Betriebsfortführung in der Insolvenz

Citation for published version (APA):

Mönning, R-D. (1997). *Betriebsfortführung in der Insolvenz*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. RWS. <https://doi.org/10.26481/dis.19971107rm>

Document status and date:

Published: 01/01/1997

DOI:

[10.26481/dis.19971107rm](https://doi.org/10.26481/dis.19971107rm)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Betriebsfortführung in der Insolvenz

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus, Prof. mr M.J. Cohen,
volgens het besluit van het College van Decanen,
in het openbaar te verdedigen op
vrijdag 7 november 1997 om 12.00 uur

door

Rolf-Dieter Mönning
geboren te Bad Ems

Promotores:

Prof. dr. G.W. Mincke
Prof. dr. W. Uhlenbruck,
Universität Köln

Beoordelingscommissie:

Prof. Mr. G.R. de Groot
(voorzitter)
Prof. Mr. H.J. de Kluiver
Prof. dr. H. Prütting, Institut für
Verfahrensrecht, Köln
Prof. Mr. C.A. Schwarz
Prof. Mr. R.D. Vriesendorp,
Katholieke Universiteit Brabant

Vorwort

Teile Europas und Nordamerika, aber vor allem Deutschland werden nach einer AP-Meldung vom 18. April 1997 von einer „riesigen Pleitewelle überrollt“. Alle 20 Minuten muß ein Betrieb in Deutschland Konkurs oder Gesamtvollstreckung anmelden, alle 50 Sekunden leistet ein Mensch den Offenbarungseid. Etwa 500 000 Arbeitsplätze sind 1996 insolvenzbedingt vernichtet worden. Die Forderungsausfälle betragen allein in Deutschland fast 50 Milliarden DM. Nach Meinung der Wirtschaftsforschungsinstitute und der Kreditwirtschaft hält der negative Trend ungebrochen an; Hochrechnungen prognostizieren für das Jahr 2000 nahezu 40 000 Insolvenzen.

Weltweit haben sich die Insolvenzverfahrensziele verschoben. Reorganisation und übertragende Sanierung sind gleichberechtigt neben die Liquidation zum Zwecke der Haftungsverwirklichung getreten, in einigen Ländern wurden sie zum vorrangigen Insolvenzverfahrenszweck erhoben. Wer sanieren und reorganisieren will, muß insolvente Betriebe fortführen. Selbst zur Verwirklichung des Liquidationszweckes bieten sich Betriebsfortführungen im Rahmen von Auslaufproduktionen an, um den Wert der vorhandenen Vermögensgegenstände zu erhalten oder zu erhöhen. Nirgends aber sind die rechtlichen Voraussetzungen einer Betriebsfortführung sowie die mit ihr verbundenen Abläufe bis zu ihrer Beendigung geregelt.

Die Arbeit zeigt die rechtlichen, konjunkturellen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Betriebsfortführungen auf und beschreibt die Voraussetzungen einer zulässigen Fortführung sowohl unter den Bedingungen des geltenden deutschen Insolvenzrechts als auch vor allem im Hinblick auf die am 1. Januar 1999 in Kraft tretende Insolvenzordnung.

Ein internationaler Vergleich gibt Aufschluß, in welcher Weise die europäischen Nachbarländer sowie die USA Reorganisations- und Sanierungsansätze verfolgen und erleichtern. Eine herausragende Rolle spielt dabei die 1992 in den Niederlanden eingeführte „Abkühlungsperiode“, die auf richterliche Anordnung zeitlich befristet zur Aussetzung aller Gläubigerrechte führt, ohne in deren Substanz einzugreifen.

Die Wege zu einer erfolgreichen Betriebsfortführung, ausgehend von einer eingehenden Analyse der Ursachen und der vorhandenen Potentiale sowie die Umsetzung der Fortführungskonzeption in Abstimmung mit einer Vielzahl von Beteiligten, sowie die Bewältigung der Fortführungsphase, in der die Begrenzung der mit einer Betriebsfortführung verbundenen Risiken durch administrative, rechtliche und wirtschaftliche Störpotentiale im Vordergrund steht, werden eingehend dargestellt und erläutert. Der Zusammenhang zwischen Fortführung und notwendigen Eingriffen in Vor- und Sonderrechte der Verfahrensbeteiligten wird offenkundig und auch durch die unterschiedliche Entwicklung der Insolvenzbilanzen in Europa belegt.

Abgeschlossen wird die Arbeit mit den Anforderungen, die an ein qualifiziertes Controlling und an die Rechnungslegung zu stellen sind, sowie mit Haftungsproblemen und Vergütungsfragen, sämtlich Themen, die bezogen auf die Betriebsfortführung nahezu unbearbeitet und ungeklärt sind.

Mit seinem noch zweigeteilten Insolvenzrecht bietet Deutschland die besten Möglichkeiten für einen Vergleich aufgrund unterschiedlicher gesetzlicher Rahmenbedingungen in den beiden früheren Teilstaaten, die vom Ansatz her verschiedene Insolvenzverfahrens-

ziele verfolgen. Wer gleichzeitig Betriebe in den alten und den neuen Bundesländern fortführt, erfährt die abweichenden rechtlichen Vorgaben unmittelbar und erkennt die Schnittstellen, die sich je nach Ausgestaltung der Machtverhältnisse und der Eingriffsmöglichkeiten fortführungshemmend oder fortführungsfördernd auswirken. Entgegen dem Rat der Praxis hat sich der Gesetzgeber nicht dazu entschließen können, vor einer Neuregelung des Insolvenzrechts die Erfahrungen mit der Konkursordnung und der Gesamtvollstreckungsordnung abzuwarten und wissenschaftlich auszuwerten. International hingegen besteht ein großes Interesse an den deutschen Erfahrungen mit unterschiedlichen Insolvenzgesetzen, insbesondere dort, wo eine gesetzliche Fortführungs- und Sanierungsförderung angestrebt wird. Dieses Ziel wird tatsächlich nicht mit seiner Verkündung erreicht, sondern nur durch die (gesetzliche) Schaffung der für eine Fortführung unverzichtbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen.

Literatur und Rechtsprechung sind - national und international - bis einschließlich August 1997 berücksichtigt.

Für nachhaltige Förderung und Unterstützung bin ich Herrn Prof. Dr. *Wolfgang Mincke* von der Rijksuniversiteit Limburg in Maastricht zu besonderem Dank verpflichtet. In die gleiche Richtung geht mein Dank an Herrn Prof. Dr. *René de Groot* sowie an Mr *M. J. v. d. Aa*, beide ebenfalls aus Maastricht. Letztere hat mir wichtige Besonderheiten zur niederländischen Abkühlungsperiode vermittelt.

Für weiterführende Hinweise, Ratschläge und kritische Begleitung danke ich Herrn Prof. Dr. *Wilhelm Uhlenbruck* aus Köln, der mir zudem das Manuskript zu der anstehenden Veröffentlichung von „*Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz*“ bereitwillig überlassen hat, wobei ich Herrn Rechtsanwalt *Eberhard Braun* ausdrücklich in diesen Dank einbeziehe.

Herrn Prof. Dr. *Hanns Prütting* aus Köln danke ich für sein stetes Interesse an dieser Arbeit und seine konstruktiven Anregungen. Herrn Prof. *H. J. de Kluiver*, Herrn Prof. *C. A. Schwarz* sowie Herrn Prof. *R. D. Vriesendorp* danke ich für die Bereitschaft, ein nicht in ihrer Landessprache geschriebenes Manuskript schnell zu lesen und zu beurteilen.

An der Rijksuniversiteit Limburg in Maastricht habe ich von verschiedenen Personen Rat und Unterstützung erhalten. Besonders danke ich *Lars von Vliet* für die Bearbeitung der niederländischen Zusammenfassung.

Ein kritischer Gesprächspartner zu den Themen Controlling und Rechnungslegung war Herr Dipl.-Kfm. *Hans Macherey* aus Düren, dem ich dafür herzlich danke.

Den Kolleginnen und Kollegen der Sozietät Mönning & Georg, Aachen/Cottbus, gilt mein Dank für engagierte und klärende Diskussionen, Hilfsdienste und ihre Rücksichtnahme, den nicht anwaltlichen Mitarbeiterinnen darüber hinaus auch für logistische und administrative Unterstützung sowie die Bearbeitung der Grafiken und Muster.

Kompetent, geduldig und nervenstark hat Frau *Gisela Engel* die Arbeiten am Manuskript bewältigt. Ihr gilt daher ein besonderer Dank.

Auch die Familie hat ihren aktiven Beitrag geleistet, zusätzliche Belastungen ertragen und es - ebenso wie die mitreisenden Freunde - hinnehmen müssen, daß eine Kiste mit insolvenzrechtlicher Literatur und Manuskripten den gemeinsamen Urlaub nicht unwesentlich bestimmt hat. Herzlichen Dank!

Aachen, im August 1997

Rolf-Dieter Mönning

Inhaltsverzeichnis

	Rz.	Seite
A. Von der Ausnahme zur - regellosen - Regel	1	1
I. Konkurs gleich Zerschlagung?	1	1
II. Schutz der Arbeitnehmer vor Lohn- und Gehaltsausfällen	10	3
1. Systemwidrige Privilegierung vorkonkurslicher Ansprüche	10	3
2. Konkursausfallgeldversicherung	12	3
3. Anwachsen nachkonkurslicher Lohn- und Gehaltsansprüche	13	4
III. Die Entwicklung der Insolvenzzahlen nach 1974	15	4
IV. Der Funktionsverlust des Konkursrechts	22	6
1. Sonderrechte	22	6
2. Masseverbindlichkeiten	23	6
3. Kündigungsschutz	24	6
4. Rückgriffsansprüche, Differenzlohn	25	7
5. Abweisungsquote über 75 %	27	7
V. Selbsthilfe der Praxis - Änderung des Sequestrationszwecks	28	7
1. Sequestration zur Sicherung	31	8
2. Verwaltungssequestration	34	9
VI. Die rechtliche Absicherung der dynamischen Sequestration	37	10
1. Befugnis des Sequesters zur Fortführung und Verwertung	39	10
2. Sondervermögen zur Deckung der Fortführungsverbindlichkeiten	48	12
a) Vorkonkursliche Verbindlichkeiten	49	13
b) Treuhandkontenmodell	52	13
aa) Anleihe im Vergleichsrecht	53	14
bb) Keine Vermischung mit Konkursgeldern	54	14

Inhaltsverzeichnis

	Rz.	Seite
c) Erfassung und Abrechnung des Kontos	55	14
d) Weiterführung eines bestehenden Geschäftskontos	57	15
3. Keine Aus- und Absonderung während der Sequestration	58	15
a) Sequestration kein Vorkonkurs	59	16
b) Ermittlung von Gegenansprüchen nach Eröffnung	61	16
c) Zustimmung zur Herausgabe von Vorbehaltsware	62	17
d) Verarbeitung von Vorbehaltsware	63	17
e) Behandlung von halbfertigen Erzeugnissen	66	17
4. Finanzierung der Fortführung in der Sequestration	69	18
a) Sicherung der Anlaufliquidität	70	18
b) Berechtigung des Sequesters zum Forderungseinzug	72	19
aa) Umfang	74	19
bb) Abgetretene Forderungen	75	19
cc) Ersatzaussonderung im Konkurs	76	20
dd) Teilfertige Leistungen	77	20
5. Sicherung der Lohn- und Gehaltsansprüche - Kaug	78	20
a) Zeitraum	79	20
b) Vorfinanzierung von Kaug	80	21
aa) Eingriff in das Marktgeschehen	82	21
bb) Mißbrauch von Kaug	83	21
cc) Unbeteiligte Dritte	84	22
VII. Akzeptanz der Betriebsfortführung als zulässige Verwaltungsmaßnahme	86	22
1. Ordnungspolitische Gründe	87	23
2. Erweiterung der Handlungsspielräume	88	23
3. Wirtschaftliche Zwänge	90	23
4. Werterhaltung und Funktionssicherung	91	24

	Rz.	Seite
VIII. Auswirkungen der dynamischen Sequestration auf Reformdiskussion und Praxis	94	24
1. Öffentliche Resonanz	95	24
2. Geänderte Rahmenbedingungen	96	25
3. Fortführung als Glaubenssatz	99	25
4. Die Arbeit der Reformkommission	101	26
a) Reorganisationsansatz	102	26
b) Gleichberechtigte Verfahrensziele	103	27
5. Öffentlicher Druck	104	27
a) Eingeschränktes Blickfeld	105	27
b) Gemeinsame Erwartungen	107	28
6. Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Betriebes während der Sequestration	108	28
a) Ausgangslage	109	28
b) Information	111	29
c) Zahlungsaufforderung an Kunden	112	29
d) Übertragung eingehender Gelder	113	29
e) Liquiditätssicherung	114	30
f) Drittrechte	115	30
g) Ankauf der Lohn- und Gehaltsforderungen	116	30
h) Sicherung der Aufträge	120	31
7. Fortführung über den Eröffnungszeitpunkt	121	32
a) Risiken der dynamischen Sequestration	121	32
b) Fortführungszwang statt Zerschlagungs-automatismus	125	33
IX. Fehlende Standards zur Absicherung einer Fortführungs-entscheidung	129	34
X. Zusammenfassung	135	35

	Rz.	Seite
B. Die rechtliche Zulässigkeit der Betriebsfortführung im eröffneten Insolvenzverfahren	143	39
I. Der Vergleich - Die Sanierung des Unternehmensträgers	143	39
1. Entstehungsgeschichte der Vergleichsordnung	145	39
2. Erhaltung des Unternehmensträgers	148	40
3. Gemeinnutz vor Eigennutz	150	40
4. Moratorium und Stundung	151	40
5. Fortführung als Regelfall	153	41
6. Eigenverwaltung	154	41
a) Grenzen	155	41
b) Hemmnisse	156	42
7. Keine Einbindung der Sonderrechtsgläubiger	158	42
8. Schuldner und Vergleichsverwalter	160	43
9. Verlust der Funktionsfähigkeit	162	43
II. Konkurs - Liquidation und Haftungsverwirklichung	165	44
1. Gläubiger als Gefahrengemeinschaft	168	44
2. Verwertung als zentrale Aufgabe	170	45
3. Sanierung des Rechtsträgers	171	45
4. Einzel- oder Gesamtverwertung	173	46
5. Konkurs und Haftungsverwirklichung	177	47
6. Einstweilige Betriebsfortführung zur Vorbereitung der Liquidation	181	47
7. Befugnis zur Fortführung und Konkurszweck	183	48
a) Keine gesetzlichen Kriterien	184	48
b) Verantwortungskompetenz des Verwalters	185	49
III. Die Gesamtvollstreckung - Liquidation oder Betriebsfortführung	188	50
1. Die Gründe für die Aufspaltung des deutschen Insolvenzrechts	189	50
2. Gesamtvollstreckung als eigenständiges Verfahren	191	51

Inhaltsverzeichnis

	Rz.	Seite
3. Keine Identität zwischen Konkurs und Gesamtvollstreckung	196	52
a) Übertragende Sanierung und Reorganisation	197	52
b) Vergleich ohne Mindestquote	198	52
c) Sanierung als Verfahrensziel	200	53
d) Übertragende Sanierung und Haftungsverwirklichung	201	53
e) Verwertungsalternativen	202	53
4. Betriebsfortführung und Verfahrensziele, gesetzliche Sanierungsförderung	203	54
a) Rückstufung von Lohn- und Gehaltsforderungen	206	54
b) Einstellung der Zwangsvollstreckung	207	54
c) Bereits eingeleitete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen	208	55
d) Rechtsstellung der Grundpfandrechtsgläubiger	210	55
e) Funktion des Verwalters	215	56
f) Einstellung des Verfahrens	217	57
5. Weitergehende Ziele	218	57
6. Zielkonflikte	220	58
a) Subventionierung der Betriebsfortführung	222	58
b) Verlustabdeckung aus der Vermögenssubstanz	224	59
7. Gesamtvollstreckung als Modell	225	59
8. Entwicklung der Gesamtvollstreckung nach 1990	226	59
a) Allgemeines	226	59
b) Abwicklungspolitik der Treuhandanstalt	228	60
aa) Liquidation statt Gesamtvollstreckung	229	60
bb) Liquidationsmißbrauch und Konkursverschleppung	231	60
cc) Notwendiger Umdenkungsprozeß	234	61
9. Fortführungspotential der Gesamtvollstreckung	235	61

	Rz.	Seite
IV. Dynamische Sequestration - Weichenstellung für die Fortführung	236	61
1. Vermögenssicherung durch Fortführung	238	62
2. Verpflichtung des Sequesters zur Fortführung	241	63
3. Die Möglichkeiten der Kaug-Versicherung	246	64
4. Weichenstellung für das nachfolgende Verfahren	249	64
5. Dauer der Fortführung während der Sequestration	251	65
6. Gerichtliche Kontrolle	253	66
7. Offenhalten der Verfahrensziele	256	66
V. Die Insolvenzordnung - Liquidation, übertragende Sanierung und Sanierung des insolventen Unternehmensträgers als gleichberechtigte Reformziele	259	67
1. Die Auseinandersetzung um die Verfahrenszwecke	260	67
2. Insolvenzplan	266	69
3. Unternehmensfortführung bis zum Berichtstermin	271	70
4. Fortführung im Eröffnungsverfahren	273	71
a) Entscheidungsalternativen	275	71
b) Sicherungsmaßnahmen	277	72
c) Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	279	72
d) Bestimmung einzelner Pflichten	281	73
e) Obligatorische Fortführung im Eröffnungsverfahren	282	73
f) Zustimmungsvorbehalt des vorläufigen Insolvenzverwalters	284	74
5. Fortführungszwang als Reformziel	285	74
6. Entscheidung der Gläubigerversammlung	289	75
7. Kritik am Reformgesetz	292	76
a) Begrenzte wirtschaftliche Ausrichtung	293	76
b) Gesamtvollstreckung als Vorbild	295	76

	Rz.	Seite
VI. Erwartungen der Praxis	298	77
1. Dreiteilung nach 1999	299	77
2. Verbesserte Rahmenbedingungen	300	78
3. Vorverlagerung der Antragstellung	302	78
4. Eigenverwaltung	305	79
5. Gesetzliche Sanierungsförderung	309	80
a) Stilllegung vor oder bei Antragstellung	310	81
b) Desolate Strukturen	311	81
c) Fehlende Liquidität	312	81
6. Zwangsfortführung?	313	82
7. Fortführungsfördernde Maßnahmen	320	84
8. Möglichkeiten und Grenzen des Insolvenzplans	329	85
a) Keine Beschränkung auf Sanierungsfälle	330	86
b) Planverfahren und Fortführung	331	86
c) Insolvenzplan und bisheriger Quoten- und Stundungsvergleich	334	86
d) Bürokratische Diskussions- und Abstimmungsprozesse	337	87
e) Doppelfunktionen	338	88
f) Unerwünschte Transparenz	339	88
VII. Funktion der Betriebsfortführung	340	88
1. Bedeutung des Verfahrenziels	340	88
2. Fortführung als eigenständige Erhaltungsmaßnahme?	343	89
3. Vier-Stufen-Modell	348	90
IX. Zusammenfassung	350	91
C. Möglichkeiten zur Fortführung und Insolvenzziele im internationalen Vergleich	354	93
I. Vorbemerkung	354	93
II. Übereinkommen statt Einheitslösung	358	94
1. Einheit und Universalität statt Territorialität	359	94

Inhaltsverzeichnis

	Rz.	Seite
2. Universalität des Hauptinsolvenzverfahrens	360	94
3. Koordination und Kooperation	363	95
4. Insolvenzordnung und Übereinkommen	364	95
VI. Niederlande	365	96
1. Allgemeines	365	96
2. Sinkende Insolvenzzahlen	368	96
3. Französische Wurzeln	373	97
4. Ermächtigung zur Betriebsfortführung	374	97
5. Verlauf und Ergebnis der Reformdiskussion	376	98
a) Der Bericht der Maas-Kommission	376	98
b) Der Bericht der Mijnsen-Kommission	377	98
aa) Aussetzung der Gläubigerrechte	379	98
bb) Finanzierungshilfen	382	99
cc) Neuordnung der Machtverhältnisse	383	99
dd) Die Stellung des Gerichts	385	100
ee) Dauer des Moratoriums	389	101
ff) Der Reorganisationsplan	392	101
gg) Einigung statt Zwangsmoratorium	396	102
hh) Weitere Kommissionsempfehlungen	400	103
6. Die Abkühlungsperiode	404	103
a) Die Abkühlungsperiode unter Konkursbedingungen	407	104
b) Die Abkühlungsperiode im Moratorium	410	104
c) Die rechtlichen und tatsächlichen Auswirkungen der Abkühlungsperiode	412	105
aa) Allgemeines	412	105
bb) Antragsrecht	414	105
cc) Wiederholte Anordnung	417	106
dd) Beginn der Abkühlungsperiode	419	106
ee) Rechtsmittel	420	107
ff) Eingriffe in die Rechte Dritte	421	107
gg) Behandlung von Leasingverträgen	423	107
hh) Eigentumsvorbehalt und dingliche Rechte	429	109

	Rz.	Seite
d) Die Stellung des Finanzamtes in der Abkühlungsperiode	437	110
7. Zahlungsmoratorium nach geltendem Recht	441	112
a) Allgemeines	441	112
b) Antrag und Antragsteller	442	112
c) Gläubigerversammlung	447	113
d) Geschäftsführung	450	113
e) Sonderrechte	452	114
f) Beteiligte Gläubiger	454	114
g) Miete und Pacht	455	114
h) Abschluß des Moratoriums	456	114
8. Der Konkurs	458	115
a) Antrag und Eröffnung	458	115
b) Stellung und Aufgaben des rechter-commissaris	461	115
c) Die Aufgaben des Konkursverwalters (curator)	462	115
d) Die Verteilung der Masse	464	116
9. Positiver Trend	472	117
III. Frankreich	473	118
1. Prophylaxe als Verfahrensziel	474	118
2. Trennung von Mensch und Unternehmen	476	118
3. Funktionale Trennung der Verwaltungstätigkeit	478	119
4. Reform der Reform	479	119
5. Instrumente zur Vorbeugung	481	120
a) Vorwarnverfahren	482	120
b) Beratung	483	120
c) Schlichtung	484	120
6. Einheitliches Verfahren	485	121
a) Eröffnungsgrund	486	120
b) Beobachtungsphase	487	121
c) Sanierungsplan	488	121
d) Liquidation	489	121

Inhaltsverzeichnis

	Rz.	Seite
7. Obligatorische Fortführung	490	121
8. Veräußerungsverbot	492	122
9. Abweichungen gegenüber dem deutschen Recht	493	122
IV. Großbritannien	498	123
1. „Scheme of Arrangement“ als außergerichtliches Verfahren	499	123
2. Gerichtlicher Vergleich	500	124
a) CVA-Verfahren	501	124
b) „Administration“	503	124
3. „Floating Charges“	504	124
4. Reformbestrebungen	506	125
a) Erweiterung des Moratoriums	507	125
b) Vorwarnpflicht für gesicherte Gläubiger	508	126
c) Prinzip der Eigenverwaltung	509	126
5. Priorität der Haftungsverwirklichung	510	126
V. Italien	512	127
1. Sonderrecht für Großunternehmen	514	127
2. Finanzierungsgesellschaften zur Sanierungsförderung	517	128
3. Gerichtlicher Vergleich	518	128
4. Zwangsliquidation	524	129
5. Betriebsfortführung im Konkurs	525	129
6. Vorrechte	529	130
7. Besitzlose Pfandrechte	530	130
8. Unterschiede zum deutschen Recht	531	130
VII. Belgien	533	131
1. Betriebsfortführung nicht geregelt	535	131
2. Inquisitorische Ermittlung insolventer Unternehmen	536	132
3. Zweiphasenverlauf	537	132
a) Betriebsfortführung bis zur Gläubigerversammlung	537	132
b) Liquidation	539	133

Inhaltsverzeichnis

	Rz.	Seite
4. Verzögerung durch Vergleichsvorschläge	540	133
5. Frühzeitige Stillegung	541	133
6. Reformansätze	542	134
a) Abschaffung des Zwangskonkurses	543	134
b) Auswahlkriterien für Verwalter	544	134
c) Verpflichtung zur Fortführung	545	134
d) Erfüllungswahl innerhalb von 15 Tagen	547	135
e) Gerichtliche Bestätigung einer übertragenden Sanierung	548	135
f) Mitwirkungsrechte der Beteiligten bei Fortführung	550	135
7. Reform des Vergleichsrechts	551	135
8. Rechtsgestaltende Eingriffe	554	136
9. Proporzsystem und Reformbestrebungen	555	136
VIII. Österreich	556	137
1. Der klassenlose Konkurs	556	137
2. Obligatorische Fortführung	559	137
3. Maßnahmen zur Sanierungsförderung	560	138
4. Reformüberlegungen	566	139
IX. Skandinavien	567	139
1. Allgemeines	567	139
2. Moratorium nach dänischem Recht	569	139
3. Sanierungsmoratorium in Norwegen	571	140
4. Schweden - Fortführung zur Sicherung der Arbeitsplätze	573	140
X. Spanien	575	141
1. Vorläufige oder endgültige Insolvenz	577	141
2. Fortführung unter Aufsicht eines Kaufmanns	578	142
XI. Griechenland	579	142

	Rz.	Seite
XII. USA	582	142
1. Einführung	582	142
2. Liquidationsverfahren - Chapter 7	585	143
3. Reorganisationsverfahren - Chapter 11	586	143
a) Verfahrensziel	587	143
b) Sanierungsplan	588	144
c) Entscheidungsprozeß	589	144
d) Reorganisation und übertragende Sanierung	590	144
e) Erhaltung des Fortführungswerts	591	145
4. Einfluß auf die Reformdiskussion in Deutschland	592	145
5. Erfahrungen und Reformdiskussion	593	145
XIII. Zusammenfassung	601	147
D. Entscheidungsgrundlagen für eine Betriebsfortführung	611	151
I. Allgemeines	611	151
II. Insolvenzen und ihre Ursachen	615	151
1. Exogene Faktoren	616	152
a) Strukturelle Einflüsse	617	152
b) Konjunkturelle Ursachen	618	152
c) Staatliche Rahmenbedingungen	619	152
d) Branchenspezifische Ursachen	620	153
e) Höhere Gewalt	621	153
2. Zwischenbereich	622	153
a) Wettbewerb	622	153
b) Lieferantenbeziehungen	624	153
c) Fertigungstiefe, qualitative Faktoren	625	154
d) Verhalten der Kreditinstitute	626	154
3. Endogene Ursachen	628	154
a) Führungsprobleme	628	154
b) Rechtsformnachteile	630	155

Inhaltsverzeichnis

	Rz.	Seite
c) Organisationsfehler	631	155
d) Beschaffungswesen und Logistik	634	156
e) Investitionsplanung	636	156
f) Expansionsstreben und Finanzierungsprobleme	637	156
g) Unterbliebene Anpassung, Qualitätssicherung	639	157
h) Forschung und Entwicklung	644	158
i) Personalkosten	645	158
j) Berichtswesen	648	159
k) Eigenkapitalausstattung	649	159
III. Die Ursachenanalyse	650	159
1. Allgemeines	650	159
2. Bilanzanalyse	654	160
3. Empirische und qualitative Methoden der Ursachenermittlung	658	161
a) Empirische Ursachenermittlung	659	162
b) Diskriminanzanalyse	662	162
c) Einbeziehung qualitativer Faktoren	665	163
d) „Fire Alarm Analysis“	670	164
4. Ursachenanalyse als Grundlage für die Fortführungsentscheidung	674	165
a) Verdichtung der Ursachen und Fehlerquellen	676	165
b) Eigene Ermittlungen des Sequesters/vorläufigen Verwalters	678	166
IV. Die Potentialanalyse - Erfassung der vorhandenen Ressourcen für eine Fortführung	685	167
1. Begriffsbestimmung	685	167
2. Auftragslage	686	167
3. Produktionspotentiale	687	168
4. Finanzpotential	688	168
5. Bedeutung der Potentialanalyse	689	168
V. Irrationale Faktoren	690	169

	Rz.	Seite
VI. Kriterien für eine Betriebsfortführung	694	170
1. Ausgangslage	694	170
2. Vorrang der Liquidation	697	171
3. Vermögensbewertung nach Going-concern- oder Liquidationsgesichtspunkten	702	172
4. Beurteilung der Veräußerungsmöglichkeiten und Zeitfaktor	710	174
5. Werterhaltung der Bestände	716	175
6. Verminderung der Masseschulden	719	176
7. Die Erhaltung des Geschäftswertes	723	177
8. Geordneter Abbau	726	177
VII. Weitere Grundlagen einer Fortführung	727	177
1. Allgemeine Voraussetzungen	727	177
2. Führung und Management	731	178
a) Fehlende Akzeptanz der bisherigen Führung	732	178
b) Führungsaufgabe des Verwalters	733	179
VIII. Strategische Ziele der Betriebsfortführung	736	179
1. Allgemeines	736	179
2. Liquiditätsreserve durch Fortführung im Eröffnungsverfahren	738	180
3. Auslaufproduktion - Stilllegung und Liquidation nach kurzzeitiger Betriebsfortführung	741	181
a) Auslaufproduktion als Testlauf	742	181
b) Bestimmung des Zeitfaktors	746	182
c) Überschaubare Planrechnungen	747	182
d) Weitergehende Ziele	748	182
e) Fehlende Perspektive	750	183
4. Fortführung zur übertragenden Sanierung	751	183
a) Ausgangslage	751	183
b) Gründung von Vertriebsgesellschaften durch den Verwalter	752	183

	Rz.	Seite
c) Keine Garantien zur Abdeckung von Fortführungsverbindlichkeiten	754	184
d) Beurteilung der Veräußerungschancen	756	184
5. Fortführung zwecks Reorganisation	758	185
a) Planinitiative	760	185
b) Keine abstrakte Sanierungsaufgabe	764	186
c) Investitionslenkung durch Reorganisation	765	187
d) Finanzielle Absicherung	768	187
IX. Einflüsse von außen	769	187
1. Obligatorische Fortführung bei Großverfahren	770	188
2. Öffentliche Aufmerksamkeit	772	188
X. Fortführungskonzeption - Planrechnungen	776	189
1. Allgemeines	776	189
2. Plan-Ertragsrechnung, Liquiditätsbedarfsplanung, vergleichende Prognosen	777	189
3. Unterbindung konzeptionsloser Fortführungen	782	190
4. Aufbau des Rechenwerks	785	191
XI. Zusammenfassung	787	191
E. Umsetzung der Fortführungskonzeption, ihre Vermittlung und Absicherung	793	193
I. Abstimmung mit dem Gericht - Aufsicht	793	193
II. Einbeziehung und Mitwirkung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses	805	195
1. Bestellung und Zusammensetzung	807	196
a) Konkurs	807	196
b) Gesamtvollstreckung	809	196
c) Insolvenzordnung	811	196
d) Kriterien für die Auswahl	812	197
2. Wahl durch die Gläubigerversammlung	815	197

Inhaltsverzeichnis

	Rz.	Seite
3. Unterrichtung und Abstimmung - Konflikte	816	198
4. Unterstützung und Kontrolle	827	200
III. Entscheidung der Gläubigerversammlung - Gläubigerautonomie	829	201
1. Allgemeines	829	201
2. Bestimmung des Verfahrensziels	830	201
3. Verantwortlichkeit	835	202
4. Zusammensetzung der Gläubigerversammlung, Kompetenzverlagerung	838	203
IV. Einbeziehung der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen	844	204
1. Allgemeines	844	204
2. Betriebsänderungen nach geltendem Recht	846	205
a) Kündigungsschutz und Mitbestimmung	847	205
b) Notwendiger Abbau der Personalkosten	852	206
c) Anzeige an das Landesarbeitsamt	854	207
d) Unterrichtung des Betriebsrates	856	208
e) Interessenausgleich	859	208
f) Abschluß des Interessenausgleichs im Vorverfahren	864	209
g) Sozialauswahl	867	210
h) Massenentlassungsanzeige	868	210
i) Verfahren bei Schwerbehinderten	872	211
j) Mutterschutz	873	211
k) Kündigung von Betriebsräten	874	211
l) Anhörung des Betriebsrats	876	212
m) Grundsätzliche Konflikte	877	212
3. Betriebsänderungen nach der Insolvenzordnung	880	213
a) Reformüberlegungen	880	213
b) Fortbestand der Beschäftigungsverhältnisse	884	214
c) Neubestimmung der Sozialauswahl	885	214
d) Interessenausgleich und Beschlußverfahren	890	215
e) Keine Verzahnung mit Eröffnungsverfahren und Sequestration	895	216

	Rz.	Seite
4. Das Damoklesschwert des § 613a BGB	897	217
5. Beseitigung der Interessengegensätze durch Konsens	905	219
6. Sozialplan kein Sanierungsinstrument	909	220
V. Abstimmung mit den Sonderrechtsgläubigern	911	220
1. Allgemeines	911	220
2. Rechtsgrundlagen der Aus- und Absonderung	918	221
a) Einfacher Eigentumsvorbehalt	922	222
b) Verlängerter Eigentumsvorbehalt	934	225
c) Teilfertige Leistungen und halbfertige Erzeugnisse	951	230
d) Sicherungseigentum	961	232
3. Verwertungsgemeinschaften/Pools	967	234
a) Kollisionslagen	970	234
b) Gemeinsame Rechtsverfolgung	974	235
aa) Konsortium der Kreditinstitute	975	236
bb) Miteigentümergeinschaft	976	236
c) Zulässigkeit von Poolverträgen	977	236
d) Verwertungsgemeinschaften aus Sicht des Verwalters	978	237
aa) Grenzen der Poolbildung	979	237
bb) Beteiligung oder Poolsprengung	982	238
cc) Nachteile eines Konfliktmodells	985	239
dd) Abwicklungsaufwand	987	239
ee) Beteiligung der Gläubiger an Feststellungs- und Verwertungskosten	989	239
e) Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, Anfechtungsfragen	991	240
4. Notwendigkeit einer permanenten Inventur	998	241
VI. Die Nutzung des Betriebsgrundstückes im Falle der Betriebsfortführung	1004	243
1. Gemeinschuldner als Mieter oder Pächter	1004	243
2. Gemeinschuldner als Eigentümer	1007	243

	Rz.	Seite
VII. Die Finanzierung der Betriebsfortführung	1017	246
1. Liquiditätsbeschaffung durch Verwertung	1018	246
2. Massendarlehen	1020	246
3. Finanzierungsvereinbarungen in Poolverträgen	1023	247
4. Neue Kredite	1024	248
5. Liquidität durch Aufrechnungsverbot und Rückschlagsperre	1027	248
6. Fortführungsliquidität durch Anfechtung oder Rückgewähr kapitalersetzender Leistungen	1033	250
a) Die Anfechtung im Konkursfall	1037	251
b) Die Anfechtung in der Gesamtvollstreckung	1044	253
c) Das Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung	1049	254
d) Taktische Überlegungen im Falle einer Betriebsfortführung	1054	255
e) Kapitalersetzende Leistungen	1057	256
aa) Restwertausgleich bei überlassenen Betriebsmitteln	1061	257
bb) Weiternutzung des Betriebsgrund- stückes bei eigenkapitalersetzender Gebrauchsüberlassung	1062	258
cc) Gesellschafterbürgschaft als eigen- kapitalersetzende Kredithilfe	1064	258
dd) Wirkungen kapitalersetzender Leistungen	1067	259
f) Haftungsansprüche im Falle einer gescheiterten außergerichtlichen Sanierung	1071	260
g) Liquidität aus Konzernhaftungstatbeständen	1079	262
7. Öffentliche Finanzierungshilfen	1082	263
VIII. Abstimmung mit sonstigen Beteiligten	1093	265
IX. Einbeziehung des Gemeinschuldners und seine Rolle	1098	266
1. Allgemeines	1098	266
2. Die Rechtsstellung des Gemeinschuldners	1099	266
3. Der Schuldner im Insolvenzplanverfahren	1106	268

	Rz.	Seite
4. Unterstützung des Gemeinschuldners	1108	268
5. Die GmbH und die Einbeziehung ihrer Organe	1115	270
a) Abberufung	1116	270
b) Kündigung	1117	271
c) Vergütung	1121	272
d) Insolvenzsicherung der Geschäfts- führeransprüche	1124	272
e) Verfahrensrechtliche Stellung des Geschäftsführers	1127	273
6. Besonderheiten beim Genossenschaftskonkurs	1128	274
7. Die Fortführung der Aktiengesellschaft, Kompetenzverteilung	1134	275
8. Abstimmung im Konzern	1144	278
a) Insolvenz der Untergesellschaft	1147	279
b) Insolvenz der Obergesellschaft	1150	280
c) Insolvenzpläne im Konzernverbund	1151	280
d) Treuhandanstalt/BvS als Obergesellschaft	1152	280
9. Fortführungsentscheidungen bei Vereinen und ihre Umsetzung	1155	281
X. Zusammenfassung	1159	282
 F. Die Fortführungsphase - Organisation, Risiko- faktoren, Störpotentiale	1164	285
 I. Die Funktion des Verwalters	1164	285
1. Allgemeines	1164	285
2. Die Auswahlentscheidung	1165	285
3. Verwalter als ausführendes Organ	1170	286
4. Führung des Tagesgeschäfts	1173	287
5. Verlustminimierung und Kostendeckung	1177	288
 II. Der Einsatz von Hilfskräften, freien Mitarbeitern und Subunternehmern	1181	289
1. Vorbemerkung	1181	289

	Rz.	Seite
2. Notwendige Projektarbeit	1182	289
3. Erfahrung und Seriosität - Kompetenzen	1183	289
a) Mehrstufigkeit	1184	290
b) Kompetenzverteilung	1185	290
4. Führungsmethoden	1186	290
5. Vergütung der Hilfskräfte	1188	291
6. Verantwortung für Mitarbeiter	1192	292
III. Konflikte aus Berufsrecht	1194	292
1. Allgemeines	1194	292
2. Kollision von Standesrecht und Amtspflichten	1195	292
a) Auskunftspflicht des Gemeinschuldners	1196	293
b) Verschwiegenheitspflicht des Verwalters	1197	293
c) Umgehungsverbot und Tagesgeschäft	1198	293
d) Vorrang der konkursspezifischen Pflichten	1199	294
3. Anwaltliche Vertretung in Folgesachen	1201	294
4. Selbstbindung der anwaltlichen Verwalter	1205	295
IV. Die Belegschaft als Risikofaktor	1208	296
1. Allgemeines	1208	296
2. Einbindung der Schlüsselleute	1210	297
3. Erhaltung der Motivation	1216	298
4. Die Spaltung der Belegschaft durch Personalabbau und Interessenausgleich	1226	300
a) Taktische und strategische Ziele	1227	301
b) Kritik am Auswahlverfahren	1228	301
c) Frontwechsel der Gewerkschaften	1230	302
5. Beschäftigungsgesellschaften	1234	303
a) Einsatz öffentlicher Unterstützungsleistungen	1237	303
b) Betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten	1242	304
c) Verwalter als Treuhänder	1243	304
d) Einbeziehung der Gläubiger	1244	305
e) Loslösung vom „Altbetrieb“	1245	305

	Rz.	Seite
6. Die Auswirkungen des Beschäftigungs- förderungs-gesetzes	1246	305
7. Tabuthemen	1254	307
a) Übergriffe und ihre Folgen	1255	307
b) Schonung von Betriebsräten	1259	308
8. Personalauswahl	1263	309
V. Konflikte durch Einbeziehung des Gemeinschuldners	1268	310
1. Allgemeines	1268	310
2. Eignung des Schuldners	1270	311
3. Besondere Kenntnisse	1272	311
4. Akzeptanz des Schuldners	1274	312
5. Schuldner als Anspruchsgegner	1276	312
6. Vergütung und Begrenzung der Aufgaben	1278	313
VI. Die Auswirkungen strafrechtlicher Ermittlungsverfahren	1281	313
1. Allgemeines	1281	313
2. Festnahmen und die Folgen	1287	314
3. Beschlagnahme von Unterlagen und Datenmaterial	1289	315
4. Abstimmung zwischen Verwalter und Ermittlungsbehörden	1291	315
5. Embargoware	1294	316
VII. Rechtliche Störpotentiale	1296	316
1. Allgemeines	1296	316
2. Konzessionszwang und Insolvenzen	1302	317
a) Historische Entwicklung	1304	318
b) Vermögensverhältnisse und persönliche Zuverlässigkeit	1306	318
c) Bedeutung von Konzessionen für Fortführungen	1309	319
d) Untersagungsverbot nach der Insolvenzordnung	1311	319
e) Genehmigungen zum Betrieb technischer Anlagen	1312	319

Inhaltsverzeichnis

	Rz.	Seite
f) Aufschub im Verhandlungsweg	1315	320
g) Ungenehmigter Anlagenbetrieb	1316	320
3. Die Sicherung des Standorts	1318	321
4. Wettbewerbsrechtliche Verwertungsbeschränkungen	1324	322
a) Fortführung als systemwidriger Wettbewerb	1325	322
b) Kostenvorteile durch Insolvenz	1326	323
c) Werbemaßnahmen und ihre Zulässigkeit	1327	323
d) Wettbewerbsrechtliche Spielräume	1329	323
e) Gesetzlicher Auftrag zur optimalen Verwertung	1331	324
f) Konkursverkauf und Kaufvorteile	1332	324
g) Spannungslage zwischen Wettbewerbsrecht und Insolvenzrecht	1335	325
h) Vorrang des Insolvenzrechts	1338	325
i) Regelmäßiger Geschäftsverkehr unter Insolvenzbedingungen	1342	326
j) Verbot reißerischer Werbung	1345	327
k) Sonderveranstaltungen im Konkurs	1346	328
5. Insolvenzbedingte Sonderkündigungsrechte, Ablehnung der Erfüllung, Lösungsklauseln	1349	328
a) Individualvereinbarungen und Kündigungsrecht	1350	328
b) Sonderregelungen nach VOB	1352	329
c) Wahlrecht des Verwalters	1359	330
VIII. Die Belastung der Fortführung mit Altlasten	1366	332
1. Verlagerung der Verantwortlichkeit durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens	1367	332
2. Freigabe belasteter Gegenstände und Grundstücke	1369	333
3. Konsequenzen einer Betriebsfortführung für Altlasten	1373	334
IX. Betriebsfortführung und Qualitätssicherung, Produkthaftung und Gewährleistung	1376	335
1. Allgemeines	1376	335
2. Sicherung der Gewährleistungsansprüche	1377	335
3. Qualitätssicherung und Produkthaftung	1381	336

	Rz.	Seite
X. Die Bedeutung betriebswirtschaftlicher Faktoren	1387	338
1. Grenzen der Betriebswirtschaft	1387	338
a) Keine eigenständige Sanierungsaufgabe des Verwalters	1388	338
b) Sicherung der Sanierungsoption	1390	339
c) Keine abstrakten Sanierungsüberlegungen	1393	340
d) Betriebsfortführung als Zwischenstufe	1396	340
2. Finanzplanung	1402	342
3. Produktanpassung und Produktionsverlagerung	1403	342
4. Absatzplanung, Errichtung von Vertriebsgesellschaften	1405	342
5. Sozialpsychologische Phänomene	1408	343
XI. Controlling und Eigenverantwortung	1415	345
1. Controlling als Führungsinstrument	1416	345
2. Liquiditätskontrolle	1418	346
3. Produktionskontrolle	1422	346
4. Vermögenskontrolle	1423	347
5. Früherkennung von Störpotentialen	1427	347
6. Abbruch - der sich abzeichnende Mißerfolg	1429	348
a) Allgemeines	1429	348
b) Deckung eingegangener Verpflichtungen	1430	348
c) Verschiebung des Stilllegungszeitpunktes	1435	349
d) Abbruch trotz entgegenstehender Gläubigerbeschlüsse	1439	350
7. Sonderfall Großinsolvenz	1443	351
XII. Zusammenfassung	1447	352

Inhaltsverzeichnis

	Rz.	Seite
G. Rechnungslegung, Haftung und Vergütung	1452	355
I. Betriebsfortführung und Rechnungslegung	1452	355
1. Allgemeines	1452	355
2. Verhältnis von insolvenzrechtlichen und steuerrechtlichen Pflichten	1454	355
3. Externe Rechnungslegung vor Verfahrenseröffnung	1456	356
a) Erleichterungen und Befreiungsmöglichkeiten	1456	356
b) Vorbehalt der Nachholung	1459	357
4. Externe Rechnungslegung nach Verfahrenseröffnung	1460	357
5. Beschränkung der externen Rechnungslegung	1464	358
6. Interne Rechnungslegung	1471	360
a) Grundsätze	1472	360
b) Aufbau des Rechnungswerks	1475	361
c) Bewegungsbilanzen	1477	361
d) Besonderheiten bei Betriebsfortführung	1480	362
e) Bereinigung des Fortführungsaufwands	1484	362
f) Auswirkung der Fortführung auf vorhandenes Vermögen	1486	363
g) Soll-Erfassung	1490	364
h) Fortführungsaufwand als Masseverbindlichkeiten	1492	364
i) Transparenz	1495	365
j) Übertragung der Überschüsse - Abdeckung von Verlusten	1496	365
II. Haftungsfragen im Falle einer gescheiterten Betriebsfortführung	1498	366
1. Haftung des Verwalters	1498	366
a) Interne Haftung	1502	367
b) Externe Haftung	1514	370
c) Mitwirkendes Verschulden	1522	372
d) Primärhaftung	1525	372
e) Haftpflichtversicherung	1526	373

	Rz.	Seite
2. Die Haftung des Gläubigerausschusses	1527	373
a) Externe Haftung	1528	373
b) Interne Haftung	1530	374
c) Informationen und Insiderwissen	1536	375
d) Risikobegrenzung	1539	376
3. Die Haftung des Insolvenzgerichts	1544	377
a) Auswahlhaftung	1544	377
b) Überwachungshaftung	1549	378
c) Überprüfung von Stillelegungsabsichten	1557	380
III. Betriebsfortführung und Vergütungsfragen	1561	381
1. Allgemeines	1561	381
2. Erhöhung der Teilungsmasse durch Überschüsse	1563	382
3. Vergütungseinbußen durch Fortführung	1566	382
4. Auswirkungen von Vorschüssen auf die Fortführungsliquidität	1569	383
5. Fortführung als Erhöhungsfaktor	1571	384
6. Angemessenheitserwägungen als Willkürelement	1573	384
7. Vergütung von Spezialkenntnissen, Bezüge für Geschäftsführung	1577	385
8. Vergütung der Mitglieder eines Gläubigerausschuß	1584	387
IV. Zusammenfassung	1592	388
H. Schlußbetrachtung	1596	391
Verzeichnis der Anhänge		397
Anhang 1 Plan-Ertragsrechnung (Sequestration)		399
Anhang 2 Plan-Liquiditätsrechnung (Sequestration)		400
Anhang 3 Plan-Ertragsrechnung (Konkurs)		401
Anhang 4 Insolvenzbilanz (Gegenüberstellung Einstellung/Fortführung)		402
Anhang 5 Liquiditätsplanung - Tagesbericht		407

Inhaltsverzeichnis

Anhang 6	Liquiditätsverlauf - graphische Darstellung	408
Anhang 7	Soll-Ist-Vergleich	409
Anhang 8	Rahmenvereinbarung zur Vorfinanzierung von Kaug	410
Anhang 9	Vereinbarung über Interessenausgleich	412
Anhang 10	Vertrag über die Errichtung einer Verwertungsgemeinschaft	415
Literaturverzeichnis		423
Stichwortverzeichnis		457
Samenvatting		471
Summary		495

Abkürzungsverzeichnis

AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AFRG	Arbeitsförderungs-Reformgesetz
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbnErfG	Gesetz über Arbeitnehmererfindungen
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AVO	Ausführungsverordnung
BA	Bundesanstalt für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof

Abkürzungsverzeichnis

BFHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlungen der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMF	Bundesminister der Finanzen
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BuW	Betrieb und Wirtschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
CVA	Company Voluntary Arrangement
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DepotG	Depotgesetz
ders.	derselbe
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
dies.	dieselbe(n)

Abkürzungsverzeichnis

d. h.	das heißt
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DMBilG	D-Markbilanzgesetz
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
EG	Europäische Gemeinschaften
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EinigungV	Einigungsvertrag
EInsVV	Entwurf einer Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung
ELG	Einkaufs- und Liefergenossenschaften des Handwerks
Erbbau VO	Verordnung über das Erbbaurecht
EStG	Einkommenssteuergesetz
e. V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
FG	Finanzgericht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fw	Faillissementswet
GBI	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
GesRZ	Der Gesellschafter

Abkürzungsverzeichnis

GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau
GMBl	Gemeinsames Ministerblatt
GrS	Großer Senat
GUG	Gesetz zur Unterbrechung von Gesamtvollstreckungsverfahren
GuG	Grundstücksmarkt und Grundstückswert
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWG	Gemeinnützige Wohnungsbaugenossenschaft
Halbs.	Halbsatz
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
i. d. F.	in der Fassung
InsO	Insolvenzordnung
InVo	Insolvenz und Vollstreckung
Inv. W.	Invorderingswet
IO	Industrielle Organisation
i. S. d.	im Sinne des (der)
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JBl	Justizblatt
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das juristische Büro
JuD	Juridische Databank
JZ	Juristenzeitung

Kaug	Konkursausfallgeld
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KrG	Kreisgericht
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen, ab 1989: Zeitschrift für Insolvenzrecht
Kut	Konkurs- und Treuhandwesen
KWG	Kreditwesengesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, von: Lindenmaier/Möhring
LPG	Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft
LPGG	LPG-Gesetz
LohnFG	Lohnfortzahlungsgesetz
LSG	Landessozialgericht
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
MiZi	Allgemeine Verfügung über Mitteilungen in Zi- vilsachen
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
nibe	Nederlands Instituut voor Bank- en Effectenrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie; Neue Justiz
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht

Abkürzungsverzeichnis

OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PatG	Patentgesetz
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PGH	Produktionsgenossenschaften des Handwerks
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
PSVaG	Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
RdA	Recht der Arbeit
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RPS	Revue Pratique des Sociétés
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RPflG	Rechtspflegergesetz
RWS-Dok.	RWS-Dokumentation
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch
SozPlG	Sozialplangesetz
SpTrUG	Spaltungsgesetz
Stbg	Steuerberatung
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung

TCR	Tijdschrift voor Computerrecht
THG	Treuhandgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwVO	Umwandlungsverordnung
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VEG	Volkseigene Güter
VergVO	Verordnung über die Vergütung des Konkursverwalters, des Vergleichsverwalters, der Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Mitglieder des Gläubigerbeirats (Vergütungsverordnung)
VermG	Vermögensgesetz
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung
VO	Verordnung
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WZG	Warenzeichengesetz

Abkürzungsverzeichnis

ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch der DDR
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

A. Von der Ausnahme zur - regellosen - Regel

I. Konkurs gleich Zerschlagung?

Der Antrag auf Eröffnung eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens setzt den 1
Schlußpunkt hinter ein gescheitertes wirtschaftliches Engagement. Dies gilt
unabhängig von der Art des nachfolgenden Verfahrens, also sowohl für ein
Konkursverfahren, ein Gesamtvollstreckungsverfahren oder nach dem 1. Ja-
nuar 1999 für ein Insolvenzverfahren nach der Insolvenzordnung, mit der die
Rechtseinheit in Deutschland auch auf dem Gebiet des Insolvenzrechts wieder
hergestellt wird, und mit Abstrichen auch für das gerichtliche Vergleichsver-
fahren, das im wesentlichen nur noch vorübergehende taktische und psycholo-
gische Ziele verfolgt und bis auf die Rückschlagsperre (§ 28 VglO) seine
Bedeutung verloren hat.

Im Bewußtsein der Menschen bedeutet Insolvenz Zerschlagung im Anschluß 2
an eine rasche oder bereits bei Antragstellung abgeschlossene Betriebsstille-
gung. Aus dem bisherigen Unternehmensträger wird mit Verfahrenseröffnung
der Gemeinschuldner. Er oder auch die Organe einer juristischen Person als
Träger der Gemeinschuldnerrolle empfinden den Eintritt der Insolvenz glei-
chermaßen als formalisierten Ausdruck des wirtschaftlichen Mißerfolges so-
wie als menschliche Tragödie, die sie als Existenzvernichtung in Verbindung
mit einem Verlust der bisher eingenommenen gesellschaftlichen Stellung und
der daraus resultierenden persönlichen Reputation erleben.

Noch bis in die jüngere Zeit hinein galt *Ernst Jaegers* Auffassung vom „Kon- 3
kurs als Wertevernichter schlimmster Sorte und zugleich teuerstem Schulden-
tilgungsverfahren“. ¹⁾ So sehen sowohl der Gemeinschuldner als auch die am
Verfahren beteiligten Gläubiger und vielfach auch die öffentliche Meinung in
der Zerschlagung eine mehr oder weniger **planmäßige Wertzerstörung**, als
würden die dem Konkursbeschlagnahmenden Wirtschaftsgüter des Ge-
meinschuldners regelmäßig verschenkt oder unter Wert verschleudert. ²⁾

Die Überlegung, anstelle einer sofortigen Betriebsstillegung mit anschließen- 4
der Liquidation den Geschäftsbetrieb des zahlungsunfähigen und/oder über-
schuldeten Schuldners zeitweilig oder auch längerfristig durch den Konkurs-
verwalter fortzuführen, ist nicht neu. Zu jeder Zeit seit Inkrafttreten der Kon-
kursordnung am 14. Februar 1897 hat der Konkursverwalter nach **pfllichtge-
mäßem Ermessen** entscheiden müssen, ob der Geschäftsbetrieb zumindest

1) *Jaeger*, DJZ 1904, Sp. 904, 911.

2) *Müller*, S. 259.

bis zur ersten Gläubigerversammlung fortgeführt werden durfte, sollte oder gar mußte (§ 129 Abs. 2 KO).³⁾

- 5 Immer gilt: Das Unternehmen des Gemeinschuldners gehört als Sach- und Rechtsgesamtheit zur Konkursmasse. Es unterliegt der Veräußerungs- und Verwertungskompetenz des Verwalters, die sich auf alle Gegenstände erstreckt, die dem Geschäftsbetrieb unmittelbar oder mittelbar dienen. Was mit diesen Gegenständen durch den Verwalter neu erwirtschaftet wird, gehört somit ebenfalls zur Masse. Der im Rahmen einer Betriebsfortführung **erwirtschaftete Überschuß** stellt einen **Aktivposten** der Konkursbilanz dar.⁴⁾
- 6 Auch ohne weitergehenden Sanierungsansatz kann die Fortführung des gemeinschuldnerischen Geschäftsbetriebes deshalb im übereinstimmenden Interesse des Gemeinschuldners und seiner Gläubiger liegen, wobei psychologische und gesellschaftliche Aspekte auf der Seite des Gemeinschuldners überwiegen, da die Fortführung den Zeitpunkt der anstehenden Liquidation, das endgültige Aus, zumindest aufschiebt.
- 7 Gleichwohl hat die Fortführung als Verwertungs- und Verwaltungsinstrument in der Hand des Verwalters lange Zeit in der Praxis keine Rolle gespielt. Eine auf die damalige Bundesrepublik bezogene Untersuchung belegt, daß nur in 4 % der untersuchten Insolvenzfälle Betriebe zeitweilig durch den Konkursverwalter fortgeführt worden sind.⁵⁾
- 8 Für die jüngste Zeit liegen keine Vergleichszahlen vor, zumal auch das Statistische Bundesamt in der Insolvenzstatistik keine Angaben macht über die Anzahl von insolventen Betrieben, die zeitweilig oder längere Zeit in der Insolvenz fortgeführt werden. Aus dem Erfahrungsaustausch der inzwischen organisierten Insolvenzverwalter ist jedoch bekannt und belegbar, daß die Mehrzahl der insolventen Betriebe, die bei Anordnung der Sequestration oder bei Eröffnung des Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens noch nicht vollständig eingestellt waren, zumindest noch für kurze Zeit, häufig sogar bis zur ersten Gläubigerversammlung und in vielen Fällen auch darüber hinaus, fortgeführt werden.

3) Jaeger, DJZ 1904, Spalte 904 ff; Kleinfeller/Petersen, KO, § 57 Anm. 3; van Wilmsowski, S. 132; Simeon/David, Bd. 2, S. 649 ff, 700 ff; Jaeger/Henckel, KO, § 1 Rz. 10; Berges, KTS 1956, 113; J. Mohrbutter, S. 893.

4) RG, Urt. v. 26. 1. 1909 - VII 146/08, RGZ 70, 228; RG, Urt. v. 2. 4. 1919 - I 221/18, RGZ 95, 237; RG, Urt. v. 26. 10. 1931 - VIII 117/31, RGZ 134, 91, 98; BGH, Urt. v. 26. 2. 1960 - I ZR 159/58, BGHZ 32, 103, 105; BGH, Urt. v. 24. 10. 1979 - VIII ZR 298/78, ZIP 1980, 40 m. Anm. Kübler; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 1 Rz. 79; Jaeger/Henckel, KO, § 1 Rz. 122.

5) Gessner/Rhode/Strate/Ziegert, S. 218 ff; Riering, S. 16.

Dieses Ergebnis ist Folge der - von wenigen Sonderentwicklungen abgesehen - sich **fortlaufend verschlechternden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen** seit Beginn der 80er Jahre. Eine strukturell bedingte Arbeitslosigkeit in allen westlichen Industriestaaten hat eine lebhaft Diskussions über die Zielsetzung eines Insolvenzverfahrens ausgelöst und die Praxis einem zunehmend stärker werdenden Druck ausgesetzt, die Fortführung eines Betriebes als Alternative zur sofortigen Liquidation in jedem Insolvenzfall zumindest in Erwägung zu ziehen.

II. Schutz der Arbeitnehmer vor Lohn- und Gehaltsausfällen

1. Systemwidrige Privilegierung vorkonkurslicher Ansprüche

Noch zur Zeit von Hochkonjunktur und Vollbeschäftigung und vor der Diskussion über die Neuordnung des Insolvenzrechts hat der Gesetzgeber die Arbeitnehmer vor insolvenzbedingten Lohn- und Gehaltsausfällen geschützt.

Die Eröffnung eines Konkursverfahrens als Zäsur für die Trennung von Konkurs- und Masseforderungen wurde aufgegeben. Entgegen der in § 3 KO enthaltenen Bestimmung, wonach Konkursgläubiger einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner haben müssen, schuf der Gesetzgeber 1974 unechte Masseschulden, indem rückständige Arbeitnehmeransprüche für die letzten sechs Monate vor Verfahrenseröffnung **systemwidrig privilegiert** wurden (§ 59 Abs. 1 Nr. 3 KO). Grundlage dieses Eingriffs waren das Gesetz über Konkursausfallgeld⁶⁾, das Einführungsgesetz zum Einkommensteuerreformgesetz⁷⁾ sowie die seither erlassenen Ergänzungs- und Änderungsgesetze, so das Fünfte Änderungsgesetz zum Arbeitsförderungsgesetz⁸⁾ sowie das Gesetz zur Konsolidierung der Arbeitsförderung⁹⁾. Zugleich wurde die Rangordnung des § 60 KO geändert und die Masseschulden gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO vor den Verfahrenskosten plazierte.

2. Konkursausfallgeldversicherung

Als sich weder **grundlegende Strukturkrisen** der Industriestaaten noch die damit verbundene **Massenarbeitslosigkeit** abzeichneten, sollten die Reform des Arbeitsförderungsgesetzes und die Einführung des Konkursausfallgeldes zu einer nachhaltigen Sicherstellung der Arbeitnehmeransprüche im Insolvenzfall führen. Die §§ 141a - 141n AFG und die Durchführungsanweisungen der

6) Gesetz über Konkursausfallgeld vom 17. 7. 1974, BGBl I, 1481 (Art. 27 Nr. 20, 21).

7) Einführungsgesetz zum Einkommensteuerreformgesetz vom 21. 12. 1974, BGBl I, 3656.

8) Fünftes Änderungsgesetz zum AFG vom 23. 7. 1979, BGBl I, 1189.

9) Gesetz zur Konsolidierung der Arbeitsförderung vom 22. 12. 1981, BGBl I, 1497.

Bundesanstalt für Arbeit¹⁰⁾ regeln die Gewährung von Konkursausfallgeld an die Arbeitnehmer des insolventen Gemeinschuldners für Lohn- und Gehaltsrückstände zuzüglich aller individual- und kollektivvertraglichen Zulagen, Gratifikationen, Zuwendungen, Ausgleichszahlungen und Zuschüssen für einen Zeitraum von maximal drei Monaten vor Eröffnung eines Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens oder deren Ablehnung. Finanziert wird das Konkursausfallgeld von den Arbeitgebern, die von den zuständigen Berufsgenossenschaften im Umlageverfahren in Anspruch genommen werden.

3. Anwachsen nachkonkurslicher Lohn- und Gehaltsansprüche

- 13 Zu Zeiten eines noch kontinuierlichen Wirtschaftswachstums und damit einhergehender Vollbeschäftigung erschienen diese Maßnahmen zur Sicherung der von einer Insolvenz ihres Arbeitgebers betroffenen Arbeitnehmer politisch wünschenswert und finanziell darstellbar.¹¹⁾
- 14 Die Folgen der weitergehenden Privilegierung der nicht durch Konkursausfallgeld abgedeckten vorkonkurslichen Lohnrückstände als Masseschulden für den Verlauf und das Ergebnis der Verfahren wurden 1974 nicht erkannt; ebenso wenig die schon kurze Zeit später eintretende Belastung der Massen mit fortlaufenden Lohn- und Gehaltsansprüchen aus der Zeit nach Verfahrenseröffnung.

III. Die Entwicklung der Insolvenzzahlen nach 1974

- 15 Mit zyklischen Abschwächungen verzeichnet die Insolvenzstatistik seit 1974 einen **kontinuierlichen Anstieg** der Verfahren. Im Jahre 1970 wurden in der Bundesrepublik 4 201 Insolvenzverfahren beantragt, die Eröffnungsquote lag bei nahezu 50 %. Diese Tendenz hielt bis zum Jahre 1973 mit lediglich geringfügigen Veränderungen (plus 3,6 %) an. 1974 stieg die Zahl der Insolvenzen sprunghaft um 40 % auf 7 722 Verfahren an. Während 1970 die Zahl der eröffneten Konkursverfahren die der mangels Masse abgewiesenen Anträge noch überstieg, standen 1974 3 870 abgelehnte Verfahren 3 482 eröffneten Verfahren gegenüber.
- 16 Erstmals 1981 wurde die Schwelle von 10 000 Insolvenzverfahren mit insgesamt 11 635 beantragten Verfahren überschritten. Einen vorläufigen Höhepunkt erreichte die Insolvenzkurve 1985 mit 18 876 Verfahren. Dabei ging die Zahl der Vergleichsverfahren oder Anschlußkonkurse kontinuierlich seit 1970

10) Bundesanstalt für Arbeit, Durchführungsanweisungen zum Konkursausfallgeld, Stand: Oktober 1995.

11) Arbeitsbericht der Bundesregierung, hrsg. vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, 1974, S. 17, 18.

von 258 Verfahren auf noch 72 Verfahren im Jahre 1985 zurück. Die Zahl der eröffneten Konkursverfahren stagnierte trotz der gestiegenen Gesamtzahl bei ca. 4 000 Verfahren.

In den Jahren 1986 bis 1990 war als Folge eines konjunkturellen Aufschwungs auch ein Rückgang der Insolvenzzahlen zu verzeichnen. Die Entwicklung hielt auch 1991 noch an, da im ersten Jahr nach der Vereinigung insbesondere die westdeutsche Wirtschaft von den neu erschlossenen Absatzmärkten profitierte und das „Aufbauwerk Ost“ insbesondere der Bauwirtschaft starke Zuwächse brachte. 17

Im Jahre 1992 kam es in den **alten Bundesländern** zu einem deutlichen Anstieg der Insolvenzen um 9,2 %. Fast 60 % der Unternehmen, die in Konkurs gerieten, waren GmbHs. In den **neuen Bundesländern** und im Ostteil Berlins hat sich 1992 die Zahl der Insolvenzen verdreifacht. Hier wurden im Gegensatz zu den alten Bundesländern prozentual wesentlich mehr Verfahren (56 %) eröffnet als abgelehnt. Auch in den neuen Bundesländern ist die GmbH die am meisten betroffene Unternehmensform. 18

1993 steigerten sich die Zahlen in den alten Bundesländern gegenüber dem Vorjahr nochmals um 24,2 %. Der Anteil der Unternehmenskonkurse stieg um 30,5 %. Die Steigerungsraten zählen damit zu den höchsten der letzten Jahre; nur 1974, 1981 und 1982 hat es höhere Steigerungsraten bei den Unternehmenskonkursen gegeben. In den neuen Bundesländern stieg die Zahl der Gesamtvollstreckungsverfahren um 133 %, bei einem dramatisch gestiegenen Anteil der nicht eröffneten Verfahren um 300 %. 19

Auch in den Jahren 1994 bis 1996 blieben die Steigerungsraten konstant. 20
14 913 Konkursverfahren in den alten Bundesländern und 3 911 Gesamtvollstreckungsverfahren bedeuteten 1994 einen neuen Spitzenwert, der 1995 nochmals auf nahezu 24 000 Verfahren in Deutschland insgesamt anstieg.

Bereits im ersten Halbjahr 1996 wurden 12 499 Unternehmen insolvent (+ 17 %). Im Westen Deutschlands wurden 8 890 Verfahrensanträge, im Osten 3 609 Gesamtvollstreckungsanträge gestellt.¹²⁾ Insgesamt gab es 1996 in West- und Ostdeutschland 31 471 Insolvenzfälle, davon im Westen 23 078 (+ 6,3 %) und im Osten 8 393 (+ 11,8 %). Forderungsverluste sind in Höhe von 45 Mrd. DM in Westdeutschland und ca. 15 Mrd. DM in Ostdeutschland entstanden.¹³⁾ 21

12) Statistisches Bundesamt, zitiert nach Frankfurter Rundschau vom 13. 9. 1996, S. 11; zur Insolvenzzstatistik siehe auch ZIP-Report "Insolvenzzstatistik 1995", ZIP 1996, 1150.

13) Creditreform, Unternehmensentwicklung, S. 7 f.

IV. Der Funktionsverlust des Konkursrechts

1. Sonderrechte

- 22 Der Anstieg der Insolvenzen führte zwangsläufig zu einem zunehmenden Sicherungsbedürfnis sowohl der Kreditwirtschaft als auch der Warenkreditgeber. Die daraus abgeleitete Sicherungspraxis erfaßte rasch den werthaltigen Teil der vorhandenen Wirtschaftsgüter und führte zu deren Belastung mit Aussonderungs- und Absonderungsrechten.

2. Masseverbindlichkeiten

- 23 Während die Konkursmassen wertmäßig **ausgehöhlt** wurden, wuchsen die Masseverbindlichkeiten aus dem Lohn- und Gehaltsbereich überproportional an, insbesondere und mit steigender Tendenz durch Ansprüche aus Gegenseitigkeitsschuldverhältnissen, deren Erfüllung für die Zeit nach Konkurseröffnung bis zu ihrer ordnungsgemäßen Beendigung aus der Konkursmasse zu erfolgen hat (§ 59 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 KO). Dies betraf vor allem die Ansprüche der von der Insolvenz ihres Arbeitgebers betroffenen Arbeitnehmer, deren Lohnforderungen bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach Konkurseröffnung als echte Masseschulden zu berichtigen sind.¹⁴⁾

3. Kündigungsschutz

- 24 Sämtliche Kündigungsschutzbestimmungen behielten bislang im Insolvenzverfahren ihre Gültigkeit.¹⁵⁾ Gesetzliche Kündigungsfristen von bis zu sieben Monaten, teilweise verlängert um vom Arbeitsamt verfügte Sperrfristen, Sonderkündigungsschutzregelungen für Betriebsräte, Schwerbehinderte, werdende Mütter und andere Personengruppen führten unter den Bedingungen zunehmender Sockelarbeitslosigkeit zum „**Konkurs im Konkurs**“, einer alsbaldigen Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse gemäß § 204 KO oder der Ablehnung einer Verfahrenseröffnung mangels Kostendeckung (§ 107 KO), insbesondere nachdem lange Zeit davon ausgegangen werden mußte, daß nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit begründete Masseverbindlichkeiten in die Rangordnung des § 60 KO eingeordnet werden mußten und eine Vorabbefriedigung zunächst ausschied.¹⁶⁾

14) BAG, Urt. v. 15. 12. 1987 - 3 AZR 420/87, ZIP 1988, 327 = KTS 1988, 357, dazu EWiR 1988, 389 (Schaub); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 59 Rz. 12i.

15) BAG, Urt. v. 16. 9. 1982 - 2 AZR 271/80, ZIP 1983, 205 = NJW 1983, 1341; Gottwald/Heinze, § 96 Rz. 62; Grunsky, S. 13; Jaeger/Henckel, KO, § 22 Rz. 26; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 22 Rz. 15; Schaub, ZIP 1993, 969.

16) BGH, Urt. v. 15. 2. 1984 - VIII ZR 213/82, BGHZ 90, 145 = ZIP 1984, 612 m. Anm. H. G. Eckert = NJW 1984, 1527; Gerhardt, JZ 1984, 601; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 107 Rz. 1c m. w. N., und § 60 Rz. 2; Henckel, in: Festschrift Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 169; Pape, S. 50 ff; Kilger, ZIP 1988, 409; Uhlenbruck, ZIP 1993, 241.

4. Rückgriffsansprüche, Differenzlohn

Ein Ausbluten der Konkursmasse durch die Belastung mit Masseschulden im Rang des § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO konnte auch nicht durch sofortige Freistellung der Arbeitnehmer verhindert werden. Denn die damit verbundene Absicht, den betroffenen Arbeitnehmer zur raschen Aufnahme einer anderweitigen Beschäftigung zu veranlassen, um die Voraussetzungen für die Anrechnungsregelung gemäß § 615 Abs. 2 BGB herbeizuführen, war vor dem Hintergrund steigender Arbeitslosenzahlen zum Scheitern verurteilt.

Lediglich ein kurzer Liquiditätsvorteil kann mit einer Freistellung erzielt werden, da die betroffenen Arbeitnehmer gegenüber der Bundesanstalt für Arbeit Ansprüche auf Zahlung des „Als-Ob-Arbeitslosengeldes“ gemäß § 117 Abs. 4 AFG geltend machen können. Von der Bundesanstalt für Arbeit gezahltes Arbeitslosengeld löst für die Zeit eines grundsätzlich noch bestehenden Arbeitsentgeltanspruches gegen die Masse einen Rückgriffsanspruch der Bundesanstalt im Rang des § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO aus, während die Differenzlohnansprüche (Unterschiedsbetrag zwischen geschuldetem Arbeitsentgelt und von der Bundesanstalt gezahltem Arbeitslosengeld zuzüglich auf diesen Betrag entfallender Sozialkosten und Steuern) dem betroffenen Arbeitnehmer verbleiben.¹⁷⁾

5. Abweisungsquote über 75 %

Wo mangels Masse nichts mehr zu eröffnen oder nach Eröffnung keine Deklaration der echten Masseverbindlichkeiten und der Massekosten zu bewerkstelligen war, drohte der **Funktionsverlust** des geltenden Konkurs- und Vergleichsrechts. So wurden 1983 von vier Insolvenzanträgen drei bereits mangels Masse abgelehnt. Auf dem weiten Weg zur Erreichung des Gesetzeszwecks der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger wurde zu diesem Zeitpunkt in exakt 76,58 % aller Fälle nicht einmal der Startplatz erreicht.

V. Selbsthilfe der Praxis - Änderung des Sequestrationszwecks

In dieser Situation erfuhr das 1974 in Kraft getretene Konkursausfallgeldgesetz die entscheidende Wandlung von der reinen Lohn- und Gehaltssicherung insolvenzgeschädigter Arbeitnehmer hin zur Gewährung einer Option zur Liquiditätsbeschaffung im Vorverfahrensstadium zwischen Antragstellung und Eröffnungsentscheidung.

17) Hess, KO, § 59 Rz. 110; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 4. 11. 1983 - L 4 Kr 2226/81, ZIP 1984, 196, 198; BAG, Urt. v. 16. 10. 1985 - 5 AZR 203/84, ZIP 1986, 242, dazu EWiR 1986, 183 (Grunsky); Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 60 Anm. 3; Denck, ZIP 1986, 960; Schaub, ZIP 1993, 969.

- 29 Hatte das insbesondere unter Vollbeschäftigungsbedingungen geltende Prinzip „ohne Geld keine Arbeit“ bei Einleitung eines Insolvenzverfahrens zum sofortigen Abwandern der Schlüsselpersonen und damit zum Zusammenbruch der administrativen und organisatorischen Strukturen des insolventen Betriebes geführt, so konnten die betroffenen Arbeitnehmer nunmehr bei sich verschärfenden Wettbewerbsbedingungen auf dem Arbeitsmarkt leichter dazu bewogen werden, ihre Tätigkeit auch bei nicht fristgemäßer Lohn- und Gehaltszahlung fortzusetzen, solange der für die Gewährung von Konkursausfallgeld maßgebliche Zeitraum von maximal drei Monaten nicht überschritten wurde.
- 30 Das Vorverfahren gewann auf diese Weise überragende Bedeutung. Nur in seinem Verlauf konnten die Mittel zur Eröffnung des Verfahrens erwirtschaftet werden.

1. Sequestration zur Sicherung

- 31 Die zunehmende Komplexität der zur Beurteilung der Eröffnungsvoraussetzungen maßgeblichen Faktoren macht eine sofortige oder auch nur zeitnahe Entscheidung des Konkursgerichts über den Antrag unmöglich. In Anlehnung an die Vergleichsordnung und das hier gesetzlich vorgeschaltete Vergleichsantragsverfahren (§§ 11 - 57 VglO) waren die Konkursgerichte gezwungen, bis zur Vorlage des Gutachtens über Zulässigkeit und Begründetheit des Antrages einstweilige Anordnungen gemäß § 106 KO zu treffen, um **vermögensschädigende Rechtshandlungen** des Gemeinschuldners selbst oder „last minute“-**Aktionen** einzelner Gläubiger zu vermeiden.
- 32 Über die in § 106 KO und §§ 57 - 59 VglO ausdrücklich vorgesehenen Maßnahmen hinaus erwies sich die Anordnung der Sequestration¹⁸⁾ als tauglichstes und mittlerweile unverzichtbares **Instrument zur Sicherung**, allerdings erst, nachdem Insolvenzpraxis, Rechtsprechung und Literatur gegen einen untätigen Gesetzgeber Begriff und rechtliche Grundlagen der Sequestration geklärt, ihren Zweck definiert, Inhalt und Umfang der Sequestration bestimmt

18) Zur Sequestration vgl. BGH, Urt. v. 22. 12. 1982 - VIII ZR 214/81, BGHZ 86, 190 = ZIP 1983, 191 = NJW 1983, 887; BGH, Urt. v. 13. 7. 1983 - VIII ZR 246/82, BGHZ 88, 147 = ZIP 1983, 961 = NJW 1983, 2147; BGH, Urt. v. 30. 1. 1986 - IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87 = ZIP 1986, 448, dazu EWiR 1986, 387 (Kilger); BGH, Beschl. v. 13. 7. 1987 - II ZB 48/87, ZIP 1987, 1195, dazu EWiR 1987, 1227 (Hegmanns); BGH, Urt. v. 11. 4. 1988 - II ZR 313/87, BGHZ 104, 151, 155 = ZIP 1988, 727 = NJW 1988, 1912, dazu EWiR 1988, 811 (Joost); BGH, Urt. v. 30. 4. 1992 - IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151 = ZIP 1992, 781, 783 = NJW 1992, 1026, dazu EWiR 1992, 589 (Hanisch); BGH, Urt. v. 12. 11. 1992 - IX ZR 68/92, ZIP 1993, 48, 49 = NJW 1993, 1206, dazu EWiR 1993, 71 (Onusseit); BGH, Urt. v. 25. 3. 1993 - IX ZR 164/92, ZIP 1993, 687, dazu EWiR 1993, 479 (Smid); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 6 - 13n m. w. N.; Gerhardt, ZIP 1982, 1; Uhlenbruck, KTS 1982, 201; Koch, S. 9 ff; Weiß, S. 2 ff; Kilger, KTS 1989, 495; Herbert, S. 34 ff; Feuerborn, KTS 1997, 171 f.

und die Aufgaben und Befugnisse des Sequesters abgegrenzt haben. Dieser Klärungsprozeß hat im wesentlichen im Jahre 1982 begonnen, als geänderte ökonomische Rahmenbedingungen, die durch staatlichen Eingriff bedingte Umwandlung von Konkursforderungen in Masseschulden, die nahezu ausnahmslose Belastung von Vermögensgegenständen mit Sonderrechten und die nicht praktikable gesetzliche Rangordnung des § 60 KO die Konkursordnung bis an den Rand des Kollapses führten.

Ohne die Funktion eines Vorkonkurses zu erfüllen, liegt der Zweck der Sequestration in der Vorverlagerung des Konkursbeschlages.¹⁹⁾ Zwar kennt die Sequestration keine Masse, gleichwohl wird das sequestrierte Vermögen zunächst ohne Rücksicht auf Sonderrechte den späteren Konkursgläubigern haftungsrechtlich zugewiesen, wobei das Wesen der Sequestration darin besteht, diese Haftungsmasse vor rechtswidrigen Zu- oder Übergriffen zu schützen. Die Sequestration hat somit in erster Linie **Sicherungsfunktion**. 33

2. Verwaltungssequestration

Mit der Sicherung der Masse allein wäre aber nichts gewonnen. Sie kann im Vorverfahren auch über die in § 106 KO vorgesehene einstweilige Anordnung, insbesondere den Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbots erreicht werden, wenn es gilt, das Vermögen vor dem rechtswidrigen Zugriff von einzelnen Gläubigern zu schützen. Gegen obstruierende Schuldner helfen die in § 106 Abs. 1 KO vorgesehenen Maßnahmen, wie Vorführung und Haft oder die Anordnung einer Übernahme der **Kassenführung** durch den Sequester. 34

Eine qualitativ andere Ebene wird durch die gleichzeitige Anordnung der Sequestration und die Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Sequester erreicht. Über die grundlegende Sicherungsfunktion der Sequestration hinaus wird auf diese Weise ein dynamischer Prozeß ermöglicht, dessen Abläufe und Zielsetzung nicht bereits am Tage der Anordnung der Sequestration vorgegeben sind oder feststehen, sondern sich an den Bedingungen des jeweiligen Insolvenzfalles ausrichten und daher nicht nur an der Erhaltung des Status quo zum Zeitpunkt der Antragstellung orientiert sein können. 35

Erst die „**dynamische Sequestration**“ hat die Möglichkeiten geschaffen, die in der Kombination von notwendiger und unumgänglicher Vermögenssicherung und aktiver Vermögensverwaltung durch Fortführung des schuldneri- 36

19) BGH, Urt. v. 30. 4. 1992 - IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151 = ZIP 1992, 781 = NJW 1992, 2026, dazu EWiR 1992, 589 (Hanisch).

schen Betriebes und die damit verbundene Schaffung neuer, nicht dem Zugriff einzelner Gläubiger unterliegender Vermögenswerte liegen.²⁰⁾

VI. Die rechtliche Absicherung der dynamischen Sequestration

- 37 Ein auf Vermögensmehrung ausgelegtes Sequestrationskonzept setzt notwendigerweise, schließt man spekulative Geschäfte und auch frühzeitige Verwertungsmaßnahmen aus, die Fortführung des schuldnerischen Betriebes zur Realisierung von Überschüssen voraus. Nahezu 14 Jahre waren erforderlich, um von „Glück und Zittern“, bedingt durch ungesicherte Rechtsgrundlagen, zu einem von der Rechtsprechung abgesicherten Instrumentarium zu gelangen, das die Fortführung eines insolventen Betriebes innerhalb einer im Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsantragsverfahren angeordneten Sequestration ermöglicht.²¹⁾
- 38 Ausgehend von der reinen Sicherungsfunktion hatte die Rechtsprechung ursprünglich eine Betriebsfortführung unter Aufsicht des gerichtlich bestellten Sequesters oder durch den Sequester selbst abgelehnt.²²⁾ Diese Grenzen mußten erst durch die mittlerweile im Arbeitskreis für Insolvenzrecht organisierten Praktiker und die insolvenzrechtliche Literatur gesprengt werden, wozu die von der sog. **Kölner Schule** auf der Basis des von *Henckel*²³⁾ gebildeten Begriffs der „dynamischen Sequestration“ empfohlene und dann weitgehend von den einzelnen Insolvenzgerichten übernommene und im Sequestrationsbeschluß angeordnete Übertragung der Verwaltungsbefugnis auf den Sequesterdiente.²⁴⁾

1. Befugnis des Sequesters zur Fortführung und Verwertung

- 39 Nach langer Diskussion und teilweise hart geführten Auseinandersetzungen brachten die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1993 Klarheit über die Handlungsspielräume des gerichtlich bestellten Sequesters. Insbesondere in dem sog. Gummibärchen-Fall bestätigte der Bundesgerichtshof²⁵⁾ eine während der Sequestration durchgeführte übertragende Sanierung im Anschluß an eine kurzzeitige Betriebsfortführung. Veräußert wurde der ge-

20) *Henckel*, ZZP 94 (1981), 347, 348; *Gerhardt*, ZIP 1982, 1; *Uhlenbruck*, KTS 1982, 201; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 106 Rz. 12.

21) „Glück und Zittern“, in: *Der Spiegel*, Heft 38/1982, S. 112.

22) BGH, Urt. v. 27. 3. 1961 - II ZR 294/59, BGHZ 35, 13, 17 = NJW 1961, 1304, 1305.

23) *Henckel*, ZZP 94 (1981), 347, 348.

24) *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 106 Rz. 12; *Uhlenbruck*, KTS 1982, 201; *Gottwald/Uhlenbruck*, § 14 Rz. 9.

25) BGH, Urt. v. 25. 3. 1993 - IX ZR 164/92 - Gummibärchen, ZIP 1993, 687, dazu EWIR 1993, 479 (*Smid*).

samte Bestand an halbfertigen und fertigen Erzeugnissen (Gummibärchen) durch den Schuldner mit Zustimmung des Sequesters bei gleichzeitiger Übernahme aller zum Zeitpunkt der Sequestersanordnung noch beschäftigten Mitarbeiter.

Auf Anordnung des Finanzministers des Landes Nordrhein-Westfalen wurde diese Maßnahme zunächst unter steuerlichen Aspekten angegriffen, indem versucht wurde, die aus dem Veräußerungsgeschäft resultierende Umsatzsteuer - erfolglos - als Masseforderung geltend zu machen. Mit dem Argument, die Befugnisse des Sequesters seien auf reine Sicherungsmaßnahmen beschränkt, nahm die Finanzverwaltung schließlich den Sequester in analoger Anwendung des § 82 KO in Höhe der zur Tabelle angemeldeten Steuerforderung im Rang des § 61 Abs. 1 Nr. 2 KO persönlich auf Schadensersatz in Anspruch.

Sowohl mit seinem **Gummibärchen-Urteil** als auch in dem gleichgelagerten und parallellaufenden sog. **Baumaschinen-Urteil**²⁶⁾ hat der Bundesgerichtshof die Rechtsstellung des Sequesters und die ihm eingeräumten, über den reinen Sicherungszweck hinausgehenden Befugnisse und Handlungsspielräume definiert.

Auch wenn danach unverändert die Sicherungsfunktion der Sequestration im Vordergrund bleibt, wird anerkannt, daß eine unter der Aufsicht des Sequesters stehende Betriebsfortführung zulässig ist. Alle zur Aufrechterhaltung der Produktion notwendigen Rechtsgeschäfte dürfen mit Zustimmung des Sequesters getätigt werden. Im Einzelfall kann der Sequesterszweck auch durch Veräußerung des gesamten Betriebes gewährleistet werden.

Das Wesen der Sequestration besteht demnach nicht allein in der Bewahrung und Sicherung, sondern schließt dynamische Prozesse nicht aus, sofern diese geeignet sind, das mit der Sequestration verfolgte Ziel der optimalen Vermögenserhaltung zu gewährleisten.²⁷⁾

Die Bedeutung des Gummibärchen-Falls liegt somit weder in seinem steuerrechtlich geprägten Ausgangspunkt noch in der Feststellung, daß der Sequester nicht verpflichtet ist, auf die Sonderinteressen eines einzelnen Gläubigers zu Lasten aller übrigen Verfahrensbeteiligten Rücksicht zu nehmen, sondern in der Anerkennung der sich in der Zeit von 1980 bis 1993 entwickelten Praxis,

26) BGH, Urt. v. 12. 11. 1992 - IX ZR 68/92 - Baumaschinen, ZIP 1993, 48 = NJW 1993, 1206, dazu EWIR 1993, 71 (Onusseit).

27) BGH, Urt. v. 25. 3. 1993 - IX ZR 164/92 - Gummibärchen, ZIP 1993, 687, dazu EWIR 1993, 479 (Smid); BGH, Urt. v. 12. 11. 1992 - IX ZR 68/92, ZIP 1993, 48 = NJW 1993, 1206, dazu EWIR 1993, 71 (Onusseit); OLG Düsseldorf, Urt. v. 13. 12. 1991 - 22 U 202/91, ZIP 1992, 344, dazu EWIR 1992, 493 (Johlke); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13c; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 106 Anm. 4 m. w. N.

Geschäftsbetriebe während der Sequestration durch den Gemeinschuldner oder die Organe der Gemeinschuldnerin unter Aufsicht des Sequesters fortzuführen, der berechtigt ist, seine Zustimmung zu allen in diesem Zusammenhang notwendigen Rechtsgeschäften zu erteilen, wozu auch Notverkäufe zählen.²⁸⁾

- 45 Der Sequester kann auch selbst den Betrieb fortführen oder seine Schließung veranlassen und die in diesem Zusammenhang erforderlichen Rechtsgeschäfte im eigenen Namen tätigen, sofern die Voraussetzungen einer Notgeschäftsführung vorliegen, also z. B. dann, wenn der Unternehmensträger oder seine Organe dazu nicht mehr in der Lage sind (z. B. Flucht, Verhaftung oder psychische Zusammenbrüche).
- 46 In der Praxis ist es aber so, daß erfahrene Sequester bei allen Maßnahmen sicherstellen, daß sie zu rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Gemeinschuldners oder seinen Verfügungen nach außen hin lediglich ihre Zustimmung erteilen, und somit die rechtsdogmatische Trennung zwischen der Rechtsstellung des Schuldners, der während der Sequestration als Rechtsträger erhalten bleibt, und der **Überwachungs- und Kontrollfunktion** des Sequesters beachtet wird. Die Konsequenzen dieses Dualismus für die Abwicklungspraxis werden häufig verkannt. Rechtlich im Vordergrund stehen nicht die Befugnisse des Sequesters, sondern die rechtsgeschäftlichen Handlungen des Schuldners, deren Wirksamkeit allerdings von der Zustimmung des Sequesters abhängt.
- 47 Tatsächlich aber hat der jeweilige Schuldner mit Anordnung der Sequestration seine Entscheidungskompetenzen verloren. Sowohl innerhalb des Betriebes als auch in den Außenbeziehungen zu Kunden, Lieferanten oder anderen Beteiligten zählen allein die Auffassungen und Handlungen des Sequesters, auch wenn dieser auf dem Papier den von ihm erteilten Anordnungen, die vom Gemeinschuldner auszuführen sind, am Ende lediglich zustimmt.

2. Sondervermögen zur Deckung der Fortführungsverbindlichkeiten

- 48 Eine Betriebsfortführung während der Sequestration ist ohne die fortlaufende Begründung neuer Verpflichtungen undenkbar. Die öffentlich-rechtlichen Versorgungsleistungen (Strom, Wasser, Gas etc.) müssen ebenso weiterhin in Anspruch genommen werden wie die vorhandenen Telekommunikationseinrichtungen. Zur Aufrechterhaltung der Produktion müssen Rohmaterialien, Hilfs- und Betriebsstoffe, Komponenten- und Zukaufteile erworben werden, zu deren Lieferung ohne ausreichende Zahlungsgarantie oder gar Vorkasse niemand bereit ist.

28) *Feuerborn*, KTS 1997, 171, 177.

a) Vorkonkursliche Verbindlichkeiten

Contra legem hat die insolvenzrechtliche Literatur eine Analogie zu § 106 VgIO zu entwickeln versucht, um die unter Aufsicht des Sequesters begründeten Verbindlichkeiten im späteren Konkurs der Gemeinschuldnerin als Masseschulden berichtigen zu können.²⁹⁾ Andere haben versucht, zu dem gleichen Ergebnis über eine Analogie zu § 224 Abs. 1 Nr. 5 KO zu gelangen.³⁰⁾

Nach der Konkursordnung gibt es mit Ausnahme der systemwidrig in § 59 Abs. 1 Nr. 3 KO eingeordneten Ansprüche keine vorkonkurslichen Verbindlichkeiten, die im späteren Konkurs Masseschuldcharakter haben können. Für ein vom Sequester oder vom Schuldner mit Zustimmung des Sequesters aufgenommenes Darlehen wurde dies höchstrichterlich bereits im Jahre 1986 festgestellt.³¹⁾

Sowohl im Gummibärchen-Fall als auch im Baumaschinen-Fall wird für während der Sequestration begründete Umsatzsteuerforderungen festgestellt, daß diese entsprechend der gesetzlichen Vorgabe Vorrechtsforderungen bleiben (§ 61 Abs. 1 Nr. 2 KO) und nicht zu Masseschulden werden.³²⁾

b) Treuhandkontenmodell

Da kein Vertragspartner eines insolventen Schuldners im Sequestrationsstadium für eine Aufrechterhaltung einer bestehenden oder die Begründung einer neuen Lieferbeziehung zu gewinnen wäre, wenn der Sequester ihn mit seiner während der Sequestration entstehenden Forderung in die spätere Konkursstabelle verweisen müßte, bewegte sich die Praxis lange Zeit auf äußerst brüchigem Eis, indem derartige Verbindlichkeiten zur Sicherung der Betriebsfortführung aus vorhandenen Geldern oder der späteren Konkursmasse erfüllt wurden. Erst die von der Rechtsprechung abgesicherte Treuhandkonten-Lösung lieferte einen weiteren wichtigen Baustein zur Fortführung eines insolventen Betriebes unter Sequestrationsbedingungen.³³⁾

29) Johlke, EWiR 1987, 91; Reichold, KTS 1989, 291, 297.

30) Kilger, in: Festschrift Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 189, 211; Böhle-Stamschröder/Kilger, KO, § 106 Anm. 4; Eickmann, ZIP 1984, 729; Gerhardt, ZIP 1982, 1, 8.

31) BGH, Urt. v. 30. 1. 1986 - IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87, 90 = ZIP 1986, 448, dazu EWiR 1986, 387 (Kilger).

32) BGH, Urt. v. 25. 3. 1993 - IX ZR 164/92, ZIP 1993, 687, dazu EWiR 1993, 479 (Smid); BGH, Urt. v. 12. 11. 1992 - IX ZR 68/92, ZIP 1993, 48 = NJW 1993, 1206, dazu EWiR 1993, 71 (Onusseit).

33) BGH, Urt. v. 12. 10. 1989 - IX ZR 184/88, BGHZ 109, 47 = ZIP 1989, 1466, 1468, dazu EWiR 1989, 1235 (Canaris); Kilger, ZIP 1988, 409; Gerhardt, JZ 1990, 243, 244; Kreft, in: Festschrift Merz, S. 313 ff.

aa) Anleihe im Vergleichsrecht

- 53 Über ein vom Sequester während der Sequestration eingerichtetes Treuhandkonto, auf das alle vom Sequester eingezogenen Gelder zu übertragen sind, können die während der Sequestration begründeten Verbindlichkeiten vom Treuhänder auch nach Konkurseröffnung erfüllt werden, da nach zutreffender Auffassung nichts dagegen spricht, die für das vorläufige Vergleichsverfahren entwickelten Grundsätze auch auf die Sequestration zu übertragen.³⁴⁾

bb) Keine Vermischung mit Konkursgeldern

- 54 Entscheidende Voraussetzung für die Abwicklung über ein vom Sequester eingerichtetes Treuhandkonto ist, daß die hier verwalteten Gelder nicht mit späteren Konkursgeldern vermischt werden. Erst nach vollständiger Abwicklung darf das auf dem Treuhandkonto des Sequesters noch vorhandene Guthaben auf das nach Eröffnung des Konkursverfahrens errichtete Anderkonto des Konkursverwalters überwiesen werden. Wird das Treuhandkonto zu früh aufgelöst, hat der Gläubiger aus einem vom Sequester selbst oder mit seiner Zustimmung abgeschlossenen Rechtsgeschäft lediglich eine Konkursforderung, sofern man die in diesem Fall denkbare persönliche Haftung des Sequesters in Analogie zu § 82 KO außer acht läßt. Grundsätzlich bleiben alle vor Konkurseröffnung begründeten Verbindlichkeiten in einem späteren Verfahren Konkursforderungen, selbst wenn der Sequester an ihrer Begründung mitgewirkt hat.³⁵⁾

c) Erfassung und Abrechnung des Kontos

- 55 Die über das Treuhandkonto des Sequesters getätigten Einnahmen und Ausgaben sind vom Sequester bei Beendigung der Sequestration gesondert zu erfassen und zu belegen. Die Abrechnung des Treuhandkontos ist in das vom Sequester zu erstellende Rechenwerk einzugliedern, das dem Konkursgericht zur Überprüfung vorzulegen ist. Die Rechnungslegungspflicht des Sequesters und die Überprüfung durch das Konkursgericht sind Bestandteile der gerichtlichen Aufsicht über den Sequester, die nach zutreffender Meinung strenger zu handhaben ist als im Falle eines eröffneten Konkurses, da die für diesen Fall vorgesehenen Organe der Gläubigerselbstverwaltung (Gläubigerausschuß) im Vorverfahren fehlen.³⁶⁾

34) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13m; Kreft, in: Festschrift Merz, S. 313; Gerhardt, JZ 1990, 243, 244.

35) OLG Düsseldorf, Urt. v. 10. 5. 1984 - 8 U 172/83, ZIP 1984, 728 m. Anm. Eickmann.

36) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 25.

Die Überprüfung muß auch die richtige Handhabung der während des Sequestrationsstadiums eingegangenen Verpflichtungen und deren Abwicklung über das vom Sequester einzurichtende Treuhandkonto einschließen. Werden Sequestrationsverbindlichkeiten ohne die Treuhandkonten-Lösung unmittelbar aus der späteren Masse beglichen, handelt es sich um eine konkurszweckwidrige Handlung des Verwalters, da eine derartige Vorabbefriedigung gegen den Konkurszweck der gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger verstößt. Sie birgt die Gefahr einer persönlichen Verantwortlichkeit des Verwalters, wenn der Herausgabeanspruch gegen den begünstigten Gläubiger nicht durchgesetzt werden kann.³⁷⁾ 56

d) Weiterführung eines bestehenden Geschäftskontos

Unzweckmäßig und mit einem hohen Haftungsrisiko verbunden ist auch die oftmals anzutreffende Praxis, ein bestehendes Geschäftskonto des Schuldners auf den Sequester umzuschreiben und fortan als Treuhandkonto zu führen, wenngleich auf diese Weise die Einziehung von Außenständen erleichtert wird, da die Schuldner aus der laufenden Geschäftsbeziehung die Überweisung auf das auf dem Geschäftspapier des schuldnerischen Unternehmens ausgewiesene Konto kennen. Dieser Vorteil wiegt jedoch die zu Lasten eines Sequesters gehenden Zuordnungsprobleme, insbesondere bei der sauberen Abgrenzung zwischen noch vom Gemeinschuldner veranlaßten Zahlungen und Zahlungen des Sequesters auf Sequestrationsverbindlichkeiten, nicht auf. 57

3. Keine Aus- und Absonderung während der Sequestration

Eine Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes während der Sequestration ist nur durchführbar, wenn der zu Produktionszwecken oder zur Durchführung von Dienstleistungen erforderliche Bestand an Anlagegütern und Umlaufvermögen im Rahmen der Betriebsfortführung zur Verfügung steht. Da heutzutage nahezu jeder Vermögensgegenstand, der zu Geld gemacht werden kann, mit Sonderrechten belastet ist und Materialien nur noch unter Vereinbarung von einfachem und verlängertem Eigentumsvorbehalt geliefert werden, ist eine Betriebsfortführung im Sequestrationsstadium nicht möglich, wenn sich bereits der Sequester mit der Behandlung von Aus- und Absonderungsansprüchen befassen muß und diese zu erfüllen hat. 58

37) RG, Urt. v. 13. 3. 1889 - V 343/88, RGZ 23, 62; RG, Urt. v. 16. 12. 1902 - III 437/02, RGZ 53, 192, 193; RG, Urt. v. 6. 5. 1911 - I 164/10, RGZ 76, 249; BGH, Urt. v. 3. 2. 1971 - VIII ZR 94/69, NJW 1971, 701; BGH, Urt. v. 1. 7. 1974 - II ZR 115/72, NJW 1974, 2000; BGH, Urt. v. 13. 1. 1983 - III ZR 88/81, ZIP 1983, 589 = NJW 1983, 2018.

a) Sequestration kein Vorkonkurs

- 59 Die Sequestration ist kein Vorkonkurs. Der Sequester hat weder die Rechte, die das Gesetz ausdrücklich dem Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverwalter vorbehält, noch hat er dessen Verpflichtungen zu erfüllen. Im Rahmen der Sicherungssequestration hat er das vorhandene Vermögen festzustellen und zu sichern. Die Verwaltungssequestration verläßt zwar durch die ihr eigene Dynamik den Status quo, jedoch immer ausgerichtet am Grundsatz der Vermögenserhaltung und -mehrung zur optimalen Vorbereitung des späteren Konkursverfahrens.³⁸⁾
- 60 Unbestritten ist, daß sich die Sicherungsbefugnisse und -pflichten des Sequesters auf das gesamte Vermögen des Schuldners beziehen, ohne daß der Sequester sich um bestehende Eigentumsverhältnisse kümmern darf. Es gibt keine Sequestrationsmasse: Zu sichern und zu verwalten sind alle Vermögensgegenstände, die dem Schuldner bei Anordnung der Sequestration zuzuordnen sind, also die sogenannte Istmasse.³⁹⁾

b) Ermittlung von Gegenansprüchen nach Eröffnung

- 61 Erst der spätere Konkursverwalter ist berechtigt und verpflichtet, vom Sequester gesicherte Vermögensgegenstände zu bereinigen, Aussonderungs- und Absonderungsrechte festzustellen und zu erfüllen. Häufig stellen sich nämlich erst im Zuge der weiteren Verfahrensabwicklung Sachverhalte heraus, die zur Anfechtbarkeit einer Sicherungsübereignung führen oder deren Nichtigkeit begründen können oder zur Ausübung von Zurückbehaltungsrechten berechtigen.⁴⁰⁾ Bei einfach gelagerten Sachverhalten und problemloser rechtlicher Einordnung kann der Sequester jedoch im Ausnahmefall der vom Gemeinschuldner beabsichtigten Herausgabe zustimmen, sofern dadurch der spätere Konkurszweck nicht vereitelt wird.

38) BGH, Urt. v. 22. 12. 1982 - VIII ZR 214/81, BGHZ 86, 190 = ZIP 1983, 191 = NJW 1983, 887; BGH, Urt. v. 30. 1. 1986 - IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87 = ZIP 1986, 448, dazu EWiR 1986, 387 (Kilger); BGH, Beschl. v. 13. 7. 1987 - II ZB 48/87, ZIP 1987, 1195, dazu EWiR 1987, 1227 (Hegmanns); BGH, Urt. v. 11. 4. 1988 - II ZR 313/87, BGHZ 104, 151 = ZIP 1988, 727, 728 = NJW 1988, 1912, dazu EWiR 1988, 811 (Joost); BGH, Urt. v. 11. 6. 1992 - IX ZR 255/91, BGHZ 118, 374 = ZIP 1992, 1005 = NJW 1992, 2483, dazu EWiR 1992, 807 (Gerhardt); BGH, 12. 11. 1992 - IX ZR 68/92 - Baumaschinen, ZIP 1993, 48, dazu EWiR 1993, 71 (Onusseit); BGH, Urt. v. 25. 3. 1993 - IX ZR 164/92, ZIP 1993, 687, dazu EWiR 1993, 479 (Smid).

39) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 9 f

40) Eickmann, Aktuelle Probleme, S. 13.

c) Zustimmung zur Herausgabe von Vorbehaltsware

Der Sequester ist auch nicht verpflichtet, Eigentumsvorbehaltsware herauszu- 62
geben. Will der Gemeinschuldner den Herausgabeanspruch eines Gläubigers
erfüllen, so ist dies nur mit Zustimmung des Sequesters möglich. Dieser ist
nicht gehindert, die Zustimmung zu erteilen, was sich anbietet, wenn die
entsprechenden Gegenstände für die weitere Betriebsfortführung nicht mehr
benötigt werden oder aufgrund einer geänderten Marktlage zu günstigeren
Bedingungen eingekauft werden können.

d) Verarbeitung von Vorbehaltsware

Stimmt der Sequester zu und verarbeitet der Schuldner mit seiner Zustimmung 63
Vorbehaltsware innerhalb der Sequestration, so entsteht hieraus kein Masse-
schuldanspruch zugunsten des betroffenen Gläubigers; dieser kann allerdings
im späteren Konkurs Ersatzaussonderung gemäß § 46 KO beanspruchen.

Aufgrund der gestärkten Rechtsposition macht es für einen Sequester aber kei- 64
nen Sinn, es auf Konflikte ankommen zu lassen oder eine noch ausstehende
höchstrichterliche Entscheidung zur Handhabung von Verarbeitungsklauseln
in der Sequestration abzuwarten. Angesichts des heutigen Stellenwertes einer
Betriebsfortführung in der Sequestration hat der Sequester alle Möglichkeiten,
mit den betroffenen Lieferanten über die Konditionen neu zu verhandeln, da
diese daran interessiert sind, das gelieferte Material zumindest unter teilweiser
Wahrung ihrer Rechte verarbeiten zu lassen.

In der Praxis hat sich daher die Handhabung herausgebildet, bereits im Vor- 65
verfahren den Lieferanten die Gelegenheit zu geben, unter Eigentumsvorbehalt
gelieferte Materialien zu identifizieren, um den möglichen Umfang der Son-
derrechte festzustellen. Zweifelsfrei noch vorhandenes und unter Eigentums-
vorbehalt geliefertes Material, das im Zuge der Betriebsfortführung noch be-
nötigt wird, wird dann wie eine Neulieferung behandelt und - häufig bei er-
heblicher Verbesserung der Konditionen - aus dem vom Sequester gebildeten
Treuhandvermögen bezahlt.

e) Behandlung von halbfertigen Erzeugnissen

Sind Materialien - auch unter Verbindung und Vermischung - bereits verarbei- 66
tet, ergeben sich Abgrenzungs- und Zuordnungsprobleme mit einer Vielzahl
von Sonderrechtsgläubigern, die regelmäßig erst nach Konkurseröffnung ge-
löst werden können. In der Praxis trägt der Sequester dafür Sorge, den Fertig-
stellungsgrad von Halbfertigerzeugnissen zum Zeitpunkt der Sequestrationsan-
ordnung zu erfassen und zu dokumentieren. In vielen Fällen treten diese Gläu-
biger bereits im Sequestrationsstadium an den Sequester mit dem Wunsch her-
an, eine Verwertungsgemeinschaft mit bereits fest vereinbarten Quoten unter

Einbeziehung des Gemeinschuldners mit Zustimmung des Sequesters zu bilden, was grundsätzlich möglich ist.⁴¹⁾

- 67 Auf diese Weise können bereits während der Sequestration gesicherte Grundlagen für die Verarbeitung vorhandener Materialbestände und halbfertiger Erzeugnisse geschaffen werden. Eigentumsvorbehaltsansprüche und die Rechte der finanzierenden Kreditinstitute aus Kreditsicherungsverträgen sowie die Ansprüche des schuldnerischen Betriebes aus der **Wertschöpfung** werden so frühzeitig erfaßt, eingegrenzt und zugeordnet, wodurch das Konfliktpotential erheblich verringert wird.
- 68 Dagegen spricht die bestehende Unsicherheit für die beteiligten Gläubiger, da der spätere Konkursverwalter nicht gehindert ist, eine auf eine Zustimmungserklärung des Sequesters zurückzuführende Einbeziehung in die Verwertungsgemeinschaft (Pool) anzufechten, falls sich herausstellt, daß in einem derart frühen Verfahrensstadium die einzelnen Rechte zu Lasten der Konkursmasse überbewertet wurden oder die Gläubiger insgesamt mehr Rechte erhalten haben, als jedem einzeln von ihnen zugestanden hätte.⁴²⁾

4. Finanzierung der Fortführung in der Sequestration

- 69 Jeder Sequester steht vor leeren Kassen. Eine Kreditaufnahme ist ihm meist nicht möglich, da ein vorkonkurslich gewährtes Darlehen nicht konkursfest besichert werden kann. Auch der personengleiche Konkursverwalter ist nicht gehindert, die von ihm zur Absicherung eines vorkonkurslichen Darlehens bestellten Sicherheiten anzufechten. Maßnahmen während einer Betriebsfortführung bilden hier keine Ausnahme.⁴³⁾

a) Sicherung der Anlaufliquidität

- 70 Zwar kann eine Darlehensaufnahme im Sequestrationsstadium auch über die Treuhandkonten-Lösung abgewickelt werden, doch ist diese Variante vielen Kreditinstituten nicht sicher genug, so daß diese Form der Fremdfinanzierung in der Regel während der Sequestration ausscheidet, sofern es sich nicht um Großverfahren handelt, bei denen aufgrund regionaler und überregionaler Be-

41) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 4 Rz. 13.

42) Burgermeister, S. 200 f.

43) BGH, Urt. v. 30. 1. 1986 - IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87, 91 = ZIP 1986, 448, dazu EWiR 1986, 387 (Kilger); BGH, Urt. v. 22. 12. 1982 - VIII ZR 214/81, BGHZ 86, 190 = ZIP 1983, 191 = NJW 1983, 887; BGH, Urt. v. 11. 6. 1992 - IX ZR 255/91, BGHZ 118, 374 = ZIP 1992, 1005 = NJW 1992, 2483, dazu EWiR 1992, 807 (Gerhardt); BGH, Urt. v. 29. 9. 1988 - IX ZR 39/88, BGHZ 105, 230 = ZIP 1988, 1411, dazu EWiR 1988, 1113 (Lüke); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 30 Rz. 32e, § 106 Rz. 17; Gottwald/Gottwald, § 49 Rz. 28.

deutung politische Handlungszwänge vorliegen, die eine Kreditbesicherung über öffentliche **Ausfallbürgschaften** oder staatliche **Garantien** ermöglichen.

Die Betriebsfortführung in der Sequestration hängt daher davon ab, daß es dem Sequester gelingt, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes erforderliche Anlaufliquidität im Rahmen einer Eigenfinanzierung zu beschaffen. 71

b) Berechtigung des Sequesters zum Forderungseinzug

Entscheidend hat sich hier ausgewirkt, daß der Sequester nach herrschender Auffassung der Rechtsprechung und Literatur berechtigt ist, die Außenstände des gemeinschuldnerischen Betriebes einzuziehen.⁴⁴⁾ 72

Soweit abweichend die Meinung vertreten wird, der Sequester sei im Rahmen des Forderungseinzuges kein Verfügungsberechtigter, sondern lediglich befugt, zur Sicherung der Gläubigeransprüche seine Zustimmung zum Forderungseinzug durch den Schuldner zu erteilen, führt diese Auffassung in der Praxis zum gleichen Ergebnis.⁴⁵⁾ 73

aa) Umfang

Ob selbst einziehungsberechtigt oder nur zur Mitwirkung bei der Einziehung von Forderungen befugt - Tatsache ist: Alle eingehenden Gelder stehen zur **Finanzierung der Betriebsfortführung** auf dem vom Sequester eingerichteten Treuhandkonto zur Verfügung. Auf diese Weise können Forderungen von Lieferanten oder Versorgungsunternehmen nach Vorkasse notfalls erfüllt werden, wobei in den meisten Fällen, allerdings häufig abhängig von der Person des eingesetzten Sequesters, eine Erklärung reicht, wonach der Sequester neu eingegangene Verpflichtungen aus den von ihm verwalteten Mitteln bei Fälligkeit regulieren wird. 74

bb) Abgetretene Forderungen

Der Sequester ist auch berechtigt, Forderungen einzuziehen, die der Schuldner vor Erlaß des Sequestrationsbeschlusses zur Sicherheit abgetreten hat. Entsteht die Forderung erst während der Sequestration, so steht einer Einziehung durch den Sicherungsgläubiger bereits der Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbot nach § 106 Abs. 1 Satz 3 KO entgegen.⁴⁶⁾ 75

44) Hess, KO, § 106 Rz. 9; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 106 Anm. 4; Gerhardt, ZIP 1982, 1; BGH, Urt. v. 14. 2. 1957 - VII ZR 250/56, BGHZ 23, 307, 317.

45) OLG Hamburg, Beschl. v. 28. 1. 1987 - 11 U 14/87, ZIP 1987, 385, dazu EWIR 1987, 277 (Dempewolf); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13d.

46) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13e.

cc) Ersatzaussonderung im Konkurs

- 76 Bleibt die Abtretung wirksam, so kann der Gläubiger im späteren Konkurs Ersatzaussonderung nach § 46 KO verlangen, allerdings in der Regel nur gegen Zahlung einer angemessenen Einziehungsvergütung zugunsten der Masse. Bestehen Ansprüche zugunsten einzelner Gläubiger aus Abtretungen oder Forderungen, die bereits vor Anordnung der Sequestration entstanden sind, und ist die Leistung, zu der der gemeinschuldnerische Betrieb verpflichtet ist, noch nicht erbracht, so muß der Sequester sicherstellen, daß ihm der Gegenwert für die in den Sequestrationszeitraum fallende Leistung in vollem Umfange verbleibt. Andernfalls kann der Gläubiger die Forderung in voller Höhe selbst einziehen oder Ersatzaussonderung beanspruchen, wobei jedoch die Ausübung dieser Rechte aus einer Vorausabtretung bereits entstandener, aber erst nach Eröffnung fällig werdender Forderungen der Anfechtung unterliegen kann.⁴⁷⁾

dd) Teilfertige Leistungen

- 77 Allerdings sitzt der Sequester regelmäßig am längeren Hebel. Führt er den Auftrag nicht weiter, dann geht der betreffende Gläubiger aufgrund von Gegenansprüchen des Bestellers auf Gewährleistung oder Schadensersatz meist leer aus. Letztendlich bestimmt daher der Sequester die Konditionen, über Umfang und Werthaltigkeit eines derartigen Sicherungsrechts im Falle einer Betriebsfortführung. Er muß nur rechtzeitig handeln und verhandeln.

5. Sicherung der Lohn- und Gehaltsansprüche - Kaug

- 78 An eine Betriebsfortführung im Sequestrationsstadium ist ohne Sicherstellung der Lohn- und Gehaltsansprüche der Arbeitnehmer nicht zu denken. Das 1974 eingeführte Konkursausfallgeld hat unter diesen Bedingungen einen Funktionswandel erlebt und die Betriebsfortführung im Sequestrationsstadium erst ermöglicht.

a) Zeitraum

- 79 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Gewährung von Konkursausfallgeld ist der Dreimonatszeitraum vor Verfahrenseröffnung. Sequestrations- und Kaug-Zeitraum überschneiden sich daher zwangsläufig und sind vielfach deckungsgleich, da insbesondere die Arbeitnehmervertretungen und ihre Gewerkschaften darauf achten, daß bei ausstehenden Lohn- und Gehaltszahlungen so schnell wie möglich Konkursantrag gestellt wird. Die Bedeutung des Konkurs-

47) BGH, Urt. v. 20. 3. 1997 - IX ZR 71/96, ZIP 1997, 737; Eckardt, ZIP 1997, 957, 965; OLG München, Urt. v. 6. 5. 1996 - 31 U 5988/95 (unveröff.); LG Ingolstadt, Urt. v. 25. 10. 1995 - 4 O 0621/95 (unveröff.).

ausfallgeldes für eine Betriebsfortführung in der Sequestration wird durch die Tatsache belegt, daß eine Fortsetzung der Geschäftstätigkeit meist ausscheidet, wenn bei Anordnung der Sequestration bereits drei Monatslöhne oder Gehälter rückständig sind, da es dann keine Möglichkeit gibt, zukünftige Lohn- und Gehaltszahlungen zu gewährleisten, sofern es nicht gelingt, die ältesten Lohn- und Gehaltsrückstände durch eine Sonderfinanzierung abzulösen.

b) Vorfinanzierung von Kaug

Da der Anspruch auf Konkursausfallgeld erst mit dem Zeitpunkt der Eröffnung eines Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens entsteht und teilweise umfangreiche und rechtlich komplizierte Bewertungen und Berechnungen sowie nicht gerade selten die Einrichtung einer funktionierenden Lohnbuchhaltung erfordert, vergehen bis zur Auszahlung in der Regel zwei bis sechs Wochen.

Die betroffenen Arbeitnehmer stehen daher vielfach vor der Situation, bis zu viereinhalb Monaten ohne Lohn- und Gehaltszahlungen ihren Lebensunterhalt bestreiten zu müssen, was die meisten von ihnen finanziell überfordert. Die Zulässigkeit einer Vorfinanzierung von Konkursausfallgeld war daher von entscheidender Bedeutung. Um sie ist lange gestritten worden, wobei die Bundesanstalt für Arbeit durch Durchführungsanweisungen teilweise gegen die gesetzlichen Bestimmungen die Vorfinanzierung nicht unerheblich erschwert, häufig gar verhindert hat.

aa) Eingriff in das Marktgeschehen

Der Streit um die Vorfinanzierung von Konkursausfallgeldansprüchen war zugleich die Auseinandersetzung um die Zulässigkeit einer Betriebsfortführung als solcher. Solange die Gesellschaft es sich erlauben konnte, wurde auch darum gestritten, ob die Fortführung des Geschäftsbetriebes eine zulässige Verwaltungsmaßnahme unter Insolvenzbedingungen darstellt oder einen systemwidrigen Eingriff in die Funktionen des Marktes, indem fußkranke Betriebe durch zweckwidrigen Einsatz von Umlagemitteln künstlich am Leben erhalten wurden.⁴⁸⁾

bb) Mißbrauch von Kaug

Der denkbare Mißbrauch von Konkursausfallgeld und seiner Vorfinanzierung wurde vor dem Hintergrund gesehen, daß die Aufrechterhaltung eines Ge-

48) Engelhard, ZIP 1986, 1287; Uhlenbruck, KTS 1980, 81; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 106 Anm. 4; Strasser, S. 136; Hess, KO, § 141k AFG (Anhang I) Rz. 45 ff; Hanau/Kappus, ZIP 1988, 885.

schäftsbetriebes letztendlich nur wenigen Sonderrechtsgläubigern zugute kommen könnte, insbesondere wenn es nur darum geht, mit Sonderrechten belastete Vermögenswerte, z. B. Halbfertigerzeugnisse, noch aufzuarbeiten.⁴⁹⁾ Um sich vor Angriffen der mit dem insolventen Unternehmen konkurrierenden Wettbewerber zu schützen, hatte deshalb die Bundesanstalt für Arbeit mit ihren Durchführungsanweisungen vom 24. Juli 1992 die Hürden für die Anerkennung von Vorfinanzierungen sehr hoch gebaut.⁵⁰⁾

cc) Unbeteiligte Dritte

- 84 Mit seiner Grundsatzentscheidung zur Zulässigkeit der Vorfinanzierung von Konkursausfallgeld hat das Bundessozialgericht der Diskussion ein Ende bereitet. Danach ist die Vorfinanzierung von Konkursausfallgeld durch unbeteiligte Dritte im Zusammenhang mit einem **ernsthaften Sanierungsversuch** immer zulässig, sofern das vorfinanzierende Kreditinstitut kein Eigeninteresse verfolgt.⁵¹⁾
- 85 Die Entscheidung des Bundessozialgerichtes hat die Kreditinstitute auch zu individuellen Varianten einer Vorfinanzierung animiert, indem den betroffenen Arbeitnehmern gegen eine entsprechende Bescheinigung des Sequesters Überziehungen auf ihren Gehaltskonten eingeräumt werden. Die kollektive Darlehensaufnahme unter Einbeziehung des Gemeinschaftschuldners und mit Zustimmung des Sequesters ist daher in vielen Fällen entbehrlich geworden.

VII. Akzeptanz der Betriebsfortführung als zulässige Verwaltungsmaßnahme

- 86 Die dynamische Sequestration war die Antwort der Insolvenzpraxis und der sie begleitenden insolvenzrechtlichen Literatur auf die Anfang der 80er Jahre drohende Funktionsunfähigkeit des geltenden Konkurs- und Vergleichsrechts. Die Fortführung des Geschäftsbetriebes während der Sequestration diente zunächst lediglich dem Ziel, die für die Eröffnung eines Konkursverfahrens erforderliche **Kostendeckung im Vorverfahrensstadium zu erwirtschaften**, um die Zahl der mangels Masse nicht eröffnungsfähigen Insolvenzverfahren nicht weiter zu erhöhen.

49) BAG, Urt. v. 24. 1. 1964 - 5 AZR 258/63, BB 1964, 640.

50) Bundesanstalt für Arbeit, Runderlaß 111/92 vom 24. 7. 1992 - II a5 - 714k, abgedruckt in: ZIP 1992, 1279 mit Einführung Hanau; Feuerborn, KTS 1997, 171, 172.

51) BSG, Urt. v. 30. 4. 1996 - 10 RAr 2/94, ZIP 1996, 1439, dazu EWiR 1996, 769 (Peters-Lange); BSG, Urt. v. 22. 3. 1995 - 10 RAr 1/94, BSGE 76, 67 = ZIP 1995, 935, dazu EWiR 1995, 729 (Irschlinger); BSG, Urt. v. 8. 4. 1992 - 10 RAr 12/91, BSGE 70, 265 = ZIP 1992, 941, dazu EWiR 1992, 731 (Hanau); Hanau, ZIP 1992, 1279.

1. Ordnungspolitische Gründe

Dabei bestand und besteht unter allen beteiligten Gläubigergruppen Konsens, 87
daß schon aus ordnungspolitischen Gründen die Eröffnung eines Konkurs-
oder Gesamtvollstreckungsverfahrens wünschenswert und geboten ist, um im
Rahmen eines geordneten Verfahrens zumindest **Aufschluß über die Insol-**
venzsachen sowie das Verhalten des Schuldners und seiner Gläubiger in
der Krise zu gewinnen, das verbliebene Vermögen zu sichern und bestmöglich
zu verwerten und wenigstens noch die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen,
namentlich Auskunfts-, Anzeige- und Nachweispflichten im steuerlichen Be-
reich und innerhalb des sozialen Sicherungssystems, zu erfüllen.

2. Erweiterung der Handlungsspielräume

Auch die Arbeitsverwaltung hat rasch erkannt, daß eine Fortführung des Ge- 88
schäftsbetriebes während der Sequestration die Handlungsspielräume der Äm-
ter durch den damit verbundenen Zeitgewinn vergrößerte und eine langsame
Überleitung in den Leistungsbezug oder eine erleichterte **Vermittlung in**
eine anderweitige Beschäftigung ermöglichte.

Daß die Arbeitsverwaltung gleichwohl auf eine frühzeitige Entscheidung über 89
den jeweiligen Konkursantrag zur Begrenzung der Konkursausfallgeldan-
sprüche drängt und deren Vorfinanzierung auf der Grundlage der dazu erlasse-
nen Durchführungsverordnungen nicht gerade fördert, hat auch taktische
Gründe, da der Anschein vermieden werden muß, durch Zwangsumlagen ein-
gesammelte Mittel zweckwidrig einzusetzen.

3. Wirtschaftliche Zwänge

Kritische Stimmen gegenüber der Betriebsfortführung während der Sequestra- 90
tion sind angesichts der fortlaufenden Zunahme der Insolvenzzahlen und ins-
besondere auch vor dem Hintergrund des wirtschaftlich noch nicht bewältigten
Vereinigungsprozesses und der daraus resultierenden hohen Arbeitslosenzah-
len in der ehemaligen DDR verstummt. Die Berechtigung des Sequesters,
einem insolventen Schuldner während des Sequestrationszeitraums die not-
wendigen Mittel zur Aufrechterhaltung des Betriebes zur Verfügung zu stellen
und dabei die Kaug-Regelungen zur **Absicherung der Fortführung** zu nut-
zen, wird heute ernsthaft nicht mehr in Frage gestellt.⁵²⁾

52) Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 282; vgl. auch das Arbeitsförderungs-Re-
formgesetz (AFRG) vom 24. 3. 1997, BGBl I, 594, das ab 1. 1. 1999 die Ersetzung der
Kaug-Vorschriften des AFG durch die Vorschriften des SGB III über das Insolvenzgeld
vorsieht, vgl. insbesondere § 188 SGB III, dazu Begründung RegE (§ 187), BR-Drucks.
550/96, S. 188, abgedruckt in: ZIP 1997, 563, 564.

4. Werterhaltung und Funktionssicherung

- 91 Zutreffend wird die Sequestration inzwischen als **unverzichtbare Sicherungsmaßnahme** betrachtet. Unverzichtbar deshalb, weil sie dem vom Gericht ernannten Sequester die Spielräume einräumt, im Einzelfall die zur Sicherung der Masse und zur bestmöglichen Vorbereitung eines späteren Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens erforderlichen Maßnahmen einzuleiten und durchzuführen. Dieser Handlungsrahmen wurde dabei nicht, wie vielfach gefordert, vom Gesetzgeber vorgegeben, sondern in der täglichen Praxis entwickelt und sukzessive von der Rechtsprechung abgesichert.
- 92 Die Betriebsfortführung als eine zulässige und häufig gebotene **Abwicklungsvariante der dynamischen Sequestration**, kann dabei die organisatorischen und administrativen Strukturen eines insolventen Unternehmens über den Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung hinaus sichern, dazu beitragen, Halbfertigerzeugnisse zu Endprodukten zu verarbeiten und in ihrem Wert zu erhalten, voreilige Zugriffe von echten und vermeintlichen Sonderrechtsgläubigern zu verhindern, die für die Verfahrenseröffnung unverzichtbare Liquidität zu erwirtschaften, Zeit für die Planung des sich anschließenden Insolvenzverfahrens und des Verfahrensziels zu gewinnen, um so die notwendigen Voraussetzungen für die vom Gesetz vorgegebene gleichmäßige Befriedigung der am Verfahren beteiligten Gläubiger auf der Grundlage der jeweiligen gesetzlichen Verfahrenszwecke zu schaffen.
- 93 Die Betriebsfortführung während der Sequestration ist ein Beleg dafür, wie die Praxis - ohne gesetzgeberische Hilfe - gefordert sein kann, flexibel auf neue Situationen zur Sicherung des auf herkömmlichem Wege nicht mehr zu erreichenden Gesetzeszwecks zu reagieren.

VIII. Auswirkungen der dynamischen Sequestration auf Reformdiskussion und Praxis

- 94 Die Bedeutung der Sequestration für die Aufrechterhaltung eines insolventen Geschäftsbetriebes ist nicht sofort erkannt worden. Teilweise wurde sogar die Meinung vertreten, daß eine schnelle Konkursöffnung einer angestrebten Betriebsfortführung eher dient als die Sequestration.⁵³⁾

1. Öffentliche Resonanz

- 95 Erst die steigende Zahl von Betriebsfortführungen in der Sequestration zum Zwecke der Liquiditätsbeschaffung als unabdingbare Eröffnungsvoraussetzung hat die zunächst eher zurückhaltende Betrachtungsweise geändert. Zu-

53) Riering, S. 104, 105.

dem bestand zu Beginn der 80er Jahre durchaus noch eine Nachfrage, die auf die Übernahme insolventer Produktionsbetriebe oder auf eine kapitalmäßige Beteiligung an diesen ausgerichtet war. Betriebsfortführungen während der Sequestration führten daher in einigen Fällen zur Reorganisation und Sanierung des insolventen Unternehmensträgers mit entsprechender Resonanz in der publizistischen Öffentlichkeit.⁵⁴⁾

2. Geänderte Rahmenbedingungen

Daß die Liquidation in der Insolvenzabwicklung der Bundesrepublik lange 96
Zeit im Vordergrund stand, hatte seine Ursache in dem rasanten **wirtschaftlichen Aufschwung** der Bundesrepublik als Folge des Wiederaufbaus nach dem verlorenen Weltkrieg. Die Insolvenz war nichts anderes als der formalisierte Ausdruck eines gescheiterten unternehmerischen Engagements ohne sonderliche Konsequenzen für die Volkswirtschaft, regionale Wirtschaftsstrukturen oder die Beschäftigungssituation der betroffenen Arbeitnehmer. Nicht einmal spektakuläre Insolvenzfälle, wie der Zusammenbruch der Bremer Borgward-Werke, vermochte im Nachkriegsaufschwung erkennbare Spuren zu hinterlassen.

Jeder insolvente Gemeinschuldner wurde in kürzester Zeit durch Neugründungen 97
oder entsprechende Zuwächse bei seinen Wettbewerbern substituiert. Da die Arbeitnehmer eines insolventen Betriebes regelmäßig nahtlos in den Beschäftigungsprozeß eingegliedert werden konnten, bestand auf deren Seite keinerlei Veranlassung, sich auf das Risiko einer Betriebsfortführung einzulassen, so daß die Betriebsstrukturen eines insolventen Geschäftsbetriebes spätestens mit der Konkursantragstellung zusammenbrachen.

Folgerichtig sind daher die Insolvenzverfahren der ersten 30 Jahre nach Gründung 98
der Bundesrepublik Deutschland durch die nahezu **ausschließliche Liquidation** des Schuldnervermögens gekennzeichnet.⁵⁵⁾

3. Fortführung als Glaubenssatz

Die sich zunehmend **verschlechternden ökonomischen Rahmenbedingungen** 99
und die sich abzeichnende Massenarbeitslosigkeit führten im Zusammenspiel mit steigenden Insolvenzzahlen, der sich abzeichnenden Funktionsunfähigkeit des geltenden Insolvenzrechts und der Möglichkeit einer zumindest temporären Erhaltung und Fortführung des Geschäftsbetriebes im Rahmen

54) „Glück und Zittern“, in: Der Spiegel, Heft 38/1982, S. 112.

55) Kilger, KTS 1989, 495.

einer gerichtlich angeordneten Sequestration zu einer Diskussion der Insolvenzverfahrenszwecke.⁵⁶⁾

- 100 Veröffentlichungen über gelungene Fortführungen mit abschließender Sanierung, regelmäßig verbunden mit der besonderen zahlenmäßigen Herausstellung der auf diese Weise erhaltenen Arbeitsplätze, stellten die Sanierung als Insolvenzverfahrenszweck nachdrücklich in den Vordergrund, wobei in der Debatte häufig übersehen wurde, daß die Sanierung als eine Form der Insolvenzbewältigung keine Erfindung der Neuzeit darstellt.⁵⁷⁾ Losgelöst von betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Betrachtungsweisen wurde die Fortführung als die **bessere Art der Insolvenzabwicklung** dargestellt.⁵⁸⁾

4. Die Arbeit der Reformkommission

- 101 Schon 1978 hatte der damalige Justizminister Jochen Vogel eine unabhängige Kommission berufen, die Vorschläge für eine **durchgreifende Neuordnung** des Konkurs- und Vergleichsverfahrens erarbeiten sollte. Die Arbeiten der Kommission sind gekennzeichnet durch die in dieser Zeit einsetzende Neubestimmung der Insolvenzverfahrensziele. So steht die Reorganisation des Unternehmensträgers unter Wahrung seiner rechtlichen Kontinuität im Vordergrund der Reformvorschläge der Insolvenzrechtskommission.⁵⁹⁾

a) Reorganisationsansatz

- 102 Die Fortführung des insolventen Betriebes nach Eröffnung eines Reorganisationsverfahrens sollte nach den Vorschlägen der Insolvenzrechtskommission obligatorisch sein. Für nicht unternehmerisch tätige Schuldner, deren Vermögen im Rahmen eines Liquidationsverfahrens versilbert werden sollten, eröffnete der Kommissionsbericht die Möglichkeit einer übertragenden Sanierung durch Austausch der Rechtsträger. Als Verfahrensziel sollte im Rahmen des neuartigen Reorganisationsverfahrens die Möglichkeit geschaffen werden, **sanierungsfähige und sanierungswürdige Unternehmen** zu erhalten und auf Dauer fortzuführen. Die am Verfahren beteiligten Gläubiger sollten dabei verpflichtet sein, zugunsten übergeordneter Zielsetzungen, z. B. der Arbeitsmarktpolitik, Opfer auch durch Eingriffe in ihre Sicherungsrechte zu erbringen.⁶⁰⁾

56) Balz, in: RWS-Forum 3, S. 1, 4; Engelhard, ZIP 1986, 1287; Hax, in: RWS-Forum 3, S. 21.

57) Stürmer, in: RWS Forum 3, S. 41, 43.

58) Hanisch, S. 124; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281.

59) BMJ, Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 152.

60) Balz, S. 2 ff.

b) Gleichberechtigte Verfahrensziele

Auch wenn den Kommissionsberichten der Jahre 1985 und 1986 **hohe wissenschaftliche Anerkennung** zuteil wurde, wurde die von ihr propagierte Verschiebung der Insolvenzverfahrensziele hin zum Sanierungsvorrang kritisiert und letztendlich in der Insolvenzrechtsreform nicht verwirklicht. Liquidation, Sanierung des Schuldners oder die Gesamtübertragung der Vermögenswerte auf einen neuen Rechtsträger (übertragende Sanierung) stehen danach gleichberechtigt nebeneinander. Nicht Glaubensfragen, sondern Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmen, welches der Verfahrensziele angestrebt werden soll. Dabei stellt die Fortführung des insolventen Geschäftsbetriebes nicht mehr und nicht weniger als eine notwendige Bedingung für die Verwirklichung einer angestrebten Sanierung dar, die jedoch fortlaufend einer kritischen Überprüfung unterzogen werden muß, da die Verfahrensziele nicht schematisch vorgesehen sind, ihr Wechsel vielmehr je nach Entwicklung des Verfahrens geboten sein kann.⁶¹⁾ 103

5. Öffentlicher Druck

Der mit der Sanierungsdiskussion zu Beginn der 80er Jahre entfachte Geist ist nicht mehr in die Flasche zurückgekehrt. Die Sanierung wird von einer breiten Öffentlichkeit weiterhin als **vorrangiges Ziel** eines Insolvenzverfahrens angesehen, und zwar regelmäßig verbunden mit dem Auftrag, möglichst viele der von einer Stilllegung bedrohten Arbeitsplätze zu erhalten. Konsequenterweise wird die Öffentlichkeit in der Berichterstattung über Insolvenzverfahren vorrangig über die Anzahl der von der Insolvenz bedrohten und schließlich erhaltenen Arbeitsplätze informiert. Lediglich an diesen Eckwerten werden Erfolg und Mißerfolg einer Insolvenzabwicklung gemessen.⁶²⁾ 104

a) Eingeschränktes Blickfeld

Forderungsverluste als Folge von Insolvenzen sowie die im Durchschnitt aller Insolvenzverfahren ausgeschütteten Quoten, die wesentlich mehr über die Realisierung des gesetzlich vorgegebenen Verfahrenszwecks der gemeinschaftlichen Befriedigung der am Verfahren beteiligten Gläubiger nach bestmöglicher Verwertung der vorhandenen Vermögenswerte aussagen, bleiben als statistische Werte der Diskussion in Fachkreisen vorbehalten.⁶³⁾ Verständlicherweise konnte es nicht gelingen, einer breiten Öffentlichkeit die Fortführung des insolventen Geschäftsbetriebes während des Sequestrationszeitraums als notwendi- 105

61) Hanisch, S. 115; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 282, 283.

62) Vgl. die Aufstellung bei R. Müller, S. 45 ff.

63) Gessner/Rhode/Strate/Ziegert, S. 218.

ge Maßnahme zur Vermeidung eines weiteren Funktionsverlustes des Insolvenzrechts zu vermitteln.

- 106 Wer als Gemeinschuldner vor dem Verlust seiner Existenz und seiner gesellschaftlichen Reputation steht, als Lieferant einem möglicherweise gravierenden Forderungsverlust und dem Ausfall eines möglicherweise wichtigen Abnehmers entgegensieht, als Kunde auf die Herstellung des in Auftrag gegebenen Produktes wartet, als Kreditinstitut befürchtet, daß gewährte Darlehen nicht zurückgezahlt werden, als Versicherungsunternehmer mit dem Eintritt des Versicherungsfalles insbesondere auch bei Erfüllungs-, Ausfall- und Gewährleistungsdeckungen rechnen muß und - last but not least - als Arbeitnehmer vor dem beruflichen „Aus“ steht, der sieht in der Betriebsfortführung - zunächst durch den Sequester - eine **Chance, die eigenen Verluste und Gefahren zu verringern**, und sei es nur wegen des Zeitgewinns, den eine Betriebsfortführung für alle von einer Insolvenz betroffenen Gruppen bringt.

b) Gemeinsame Erwartungen

- 107 Der Druck auf die vom Gericht ernannten Sequester und späteren Verwalter, insolvente Betriebe zumindest zeitweilig fortzuführen, ist als Folge dieser zunächst **gemeinsamen Interessenlage** ständig gewachsen. Arbeitnehmervertretungen und ihre Gewerkschaften teilen eingesetzte Verwalter in die Qualitätsstufen „Fortführer“ und „Zerschlager“ ein. Häufig bereits vor Anordnung der Sequestration wird dem noch zu ernennenden Sequester über die Medien die Fortführungserwartung der Belegschaften und zunehmend auch von Regierungsvertretern und Parlamentariern übermittelt.

6. Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Betriebes während der Sequestration

- 108 Der durch die Konkursausfallgeldversicherung gewährleistete Entlastungseffekt im Bereich der Personalkosten macht Betriebsfortführungen während der Sequestration zu einem relativ ungefährlichen Unterfangen, solange es dem Sequester gelingt, sich von **sachfremden Einflüssen** fernzuhalten und seine Planung zunächst nur auf den Sequestrationszeitraum auszurichten. Die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes während der Sequestration verbindet den Sicherungszweck mit dem Ziel der Liquiditätsbeschaffung zum Zwecke der anzustrebenden Verfahrenseröffnung.

a) Ausgangslage

- 109 Solange und soweit Konkursausfallgeld in Anspruch genommen werden kann, sind die Herstellungskosten eines Produktes oder die Kosten einer Dienstleistung während der Sequestration nicht mit Personalkosten belastet. Die Perso-

nalkosten insolventer Unternehmen erreichen nicht selten Anteile von über 50 % des Gesamtumsatzes. Können die vom insolventen Unternehmen hergestellten Produkte vermarktet werden, so ist Kostendeckung während der Sequestration regelmäßig kein Problem.

Zum Zeitpunkt der Sequestrationsanordnung bereits eingestellte oder sich auflösende Betriebe können nur in seltenen Ausnahmefällen fortgeführt werden. Der vom Gericht eingesetzte Sequester ist daher meist noch **am Tage der Sequestrationsanordnung gefordert**, die zur Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlichen Maßnahmen einzuleiten und zeitnah abzuschließen. 110

b) Information

Um das Auseinanderbrechen der Belegschaft zu vermeiden und insbesondere das Abwandern der Schlüsselpersonen zu verhindern, ist meist noch am Tage der Sequestrationsanordnung eine **Betriebsversammlung** durchzuführen und der Belegschaft das gesetzliche Sicherungssystem, insbesondere die Konkursausfallgeldregelungen, zu erläutern. Wo dies aus organisatorischen oder sonstigen Gründen nicht möglich ist, muß zumindest der Betriebsrat informiert und in ein Informationssystem eingebunden werden, um auch Außendienstlern, Monteuren, Mitarbeitern in Filialen oder Zweigniederlassungen oder auch im Ausland zu unterrichten. Bewährt hat es sich, bereits zu dieser Betriebsversammlung Vertreter der örtlichen Arbeitsverwaltung einzuladen. 111

c) Zahlungsaufforderung an Kunden

Zur Sicherung der für die Fortführung benötigten **Anlaufliquidität** ist möglichst noch am Tage der Sequestrationsanordnung mit der Übertragung der Debitoren-Buchhaltung in das vom Büro des Sequesters verwendete EDV-Programm zu beginnen, um - häufig im Wettbewerb mit Lieferanten und Banken, die Ansprüche aus verlängertem Eigentumsvorbehalt oder einer Globalzession geltend machen - die Schuldner anzuschreiben und sie unter Hinweis auf die richterliche Anordnung im Sequestrationsbeschluß aufzufordern, nur noch auf das vom Sequester errichtete Treuhandkonto zu zahlen. 112

d) Übertragung eingehender Gelder

Die Kreditinstitute des Gemeinschuldners sind über die Sequestrationsanordnung und das damit verbundene Saldierungsverbot zu informieren. Handelt es sich um eine Sequestration im Zuge eines Gesamtvollstreckungsantragsverfahrens, so können beteiligte Kreditinstitute aufgefordert werden, noch auf den 113

Geschäftskonten eingehende Beträge unverzüglich auf das vom Sequester errichtete Treuhandkonto zu überweisen.⁶⁴⁾

e) Liquiditätssicherung

- 114 Zur Liquiditätssicherung bieten sich insbesondere in Großverfahren oder in Verfahren mit regionaler Bedeutung auch Gespräche mit örtlichen Wirtschaftsförderungsgesellschaften und den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten an, wobei das Absicherungsproblem außerhalb von Verfahren mit politischer Bedeutung schwierig ist. Regelmäßig erreichbar und ausreichend ist jedoch bereits eine Vereinbarung, die es dem Sequester ermöglicht, auch mit Sonderrechten belastete Forderungen einzuziehen und zur Darstellung der für die Fortführung des Betriebes benötigten Liquidität zu verwenden. Dazu ist eine **rasche Abstimmung** mit den Kreditinstituten und den wichtigsten Lieferanten oder den am Verfahren beteiligten Kreditversicherungsgesellschaften unverzichtbar.

f) Drittrechte

- 115 Der Sequester muß kurzfristig erklären, welche im Eigentum Dritter stehenden Gegenstände des Anlage- oder Umlaufvermögens noch für die Fortführung des Geschäftsbetriebes in der Sequestration benötigt werden, und Vereinbarungen mit Eigentümern und Sicherungseigentümern über die **Modalitäten der Nutzung** herbeiführen. Leasinggesellschaften und Sonderkreditinstitute wissen, daß sie gegen den erklärten Willen des Sequesters während der Sequestration Aus- und Absonderungsansprüche nicht durchsetzen können, beanspruchen aber mindestens Auskünfte über Verbleib und Zustand der mit Sonderrechten belasteten Gegenstände sowie über Dauer und Umfang der Nutzung während der Sequestration und über die Höhe der aus dem Treuhandvermögen zu zahlenden Nutzungsentschädigung.

g) Ankauf der Lohn- und Gehaltsforderungen

- 116 Soll Konkursausfallgeld **vorfinanziert** werden, benötigt der Sequester einen **unbeteiligten Dritten**, der die Lohn- und Gehaltsforderungen der Belegschaft aufkauft,⁶⁵⁾ da das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1992 in einem Nebensatz die bis dahin gängige Praxis, die Vorfinanzierung

64) BGH, Urt. v. 13. 6. 1995 - IX ZR 137/94, BGHZ 130, 76 = ZIP 1995, 1200, dazu EWiR 1995, 1195 (Henckel).

65) Vgl. das Muster einer Rahmenvereinbarung zur Kaug-Vorfinanzierung in Anhang 8.

über eine Abtretung der Ansprüche auf Arbeitsentgelt oder des späteren Konkursausfallgeldes abzusichern, als nicht unproblematisch dargestellt hat.⁶⁶⁾

Einfacher ist es daher, die Forderung durch einen unbeteiligten Dritten aufkaufen zu lassen, der - wenn er den Ankauf über Darlehen finanziert - die von ihm erworbenen Ansprüche an das finanzierende Kreditinstitut, das unabhängig sein muß, abtreten kann (oben Rz. 84 f).⁶⁷⁾ Wird dieser Weg gewählt, so muß mit der Arbeitsverwaltung bereits im Vorfeld abgeklärt werden, ob der in Aussicht genommene Aufkäufer dort als unbeteiligter Dritter anerkannt wird. Regelmäßig darzulegen und nachzuweisen ist, daß der Dritte mit dem Ankauf nicht etwa eine bereits bestehende Gläubigerposition verbessern will.

Nach dem neuen Arbeitsförderungs-Reformgesetz, das der Bundestag am 21. März 1997 unter Zurückweisung des Bundesratseinspruches beschlossen hat, werden vorkonkursliche Verfügungen über das Arbeitsentgelt an die **vorherige Zustimmung** des Arbeitsamtes gebunden, sofern damit die Absicht einer Vorfinanzierung der Arbeitsentgelte verbunden ist. Das Arbeitsamt darf der Übertragung oder Verpfändung nur zustimmen, wenn die Vorfinanzierung dazu dient, einen erheblichen Teil der Arbeitsplätze zu erhalten.

Diese Neuregelung macht zukünftig auch die Einbeziehung von Gläubigerbanken in eine Vorfinanzierung des Insolvenzausfallgeldes möglich, sofern das Arbeitsamt auf der Grundlage einer positiven Prognoseentscheidung der Vorfinanzierung zustimmt, um Arbeitsplätze im Rahmen eines Sanierungsversuches zu erhalten,⁶⁸⁾ wobei allerdings zu beachten ist, daß auch die Lohn- und Gehaltsansprüche aus der Zeit des Eröffnungsverfahrens zukünftig als Masseschulden zu berichtigen sind (§ 55 Abs. 2 InsO).

h) Sicherung der Aufträge

Nur wenn es dem Sequester gelingt, die notwendigen Maßnahmen in kürzester Zeit umzusetzen, hat er die Möglichkeit, die **Außenbeziehungen des insolventen Betriebes zu stabilisieren**, insbesondere die Belieferung mit Material und Zukaufteilen, notfalls gegen Vorkasse, zu gewährleisten, den Bezug öffentlich-rechtlicher Leistungen zu sichern und den Kunden gegenüber zu erklären, ob, in welchem Umfang und in welcher Zeit die beim schuldnerischen Betrieb plazierten Aufträge noch erfüllt werden. Dabei muß zunächst isoliert auf den Sequestrationszeitraum abgestellt werden, jedenfalls solange nicht ab-

66) BSG, Urt. v. 8. 4. 1992 - 10 RAr 12/91, BSGE 70, 265 = ZIP 1992, 941, dazu EWIR 1992, 731 (Hanau).

67) BSG, Urt. v. 30. 4. 1996 - 10 RAr 2/94, ZIP 1996, 1439, dazu EWIR 1996, 769 (Peters-Lange).

68) Vgl. ZIP-Dokumentation „Insolvenzgeld nach dem neuen Arbeitsförderungs-Reformgesetz“, ZIP 1997, 563, 564.

sehbar und durch Planrechnungen unterlegt ist, ob und wie der Geschäftsbetrieb auch über den Eröffnungszeitpunkt hinaus fortgeführt werden kann.

7. Fortführung über den Eröffnungszeitpunkt

a) Risiken der dynamischen Sequestration

- 121 Tatsächlich aber nimmt der Druck auf den fortführenden Sequester täglich zu, um zu erreichen, daß die **Betriebsfortführung auch über den Zeitpunkt der Eröffnung** eines Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens **fortgesetzt** wird. Die hierfür erforderlichen Analysen, die Ziele einer möglichen Betriebsfortführung und alle zur Absicherung einer Fortführungsentscheidung notwendigen Planrechnungen müssen während des kurzen Sequestrationszeitraums erarbeitet werden. Die Umsetzung der konzeptionellen Vorgaben muß ebenfalls noch innerhalb des Vorverfahrens geleistet werden, da der Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- oder Insolvenzverwalter mit dem Tage der Eröffnung als faktischer Unternehmensträger alle im Zuge der Fortführung begründeten Verbindlichkeiten aus der Masse zu erfüllen hat.
- 122 Konsequenz sind **verfrühte Angststillegungen** zum Zwecke der eigenen Risikobegrenzung, ohne daß die Chancen einer zeitweiligen Betriebsfortführung während der Sequestration und/oder über den Eröffnungszeitpunkt hinaus ausgelotet werden. Die immer noch zu hohe Zahl mangels Masse abgewiesener Insolvenzanträge ist zu einem erheblichen Umfang eine vermeidbare Folge dieser Angststillegungen, die bei eingehender Nachkalkulation einer Überprüfung nicht standhalten. Sie führen von der Vernichtung von Halbfertigerzeugnissen, die im Falle einer sofortigen Stillegung häufig nur noch Schrottwert besitzen, bis zum raschen Anstieg von Schadenersatzforderungen der Auftraggeber und Besteller, die dann mit diesen Forderungen gegen Ansprüche des gemeinschuldnerischen Betriebes aus bereits erbrachten und fakturierten Leistungen aufrechnen können und damit auch den Bestand an offenen Posten - Debitoren reduzieren. Was dann noch werthaltig ist, erweist sich als mit Sonderrechten belastet und kann somit weder während der Sequestration noch in einem eröffneten Verfahren realisiert werden, wobei im Streitfall dann auch noch die Mittel fehlen, längere prozessuale Auseinandersetzungen durchzuhalten.
- 123 Die mit der dynamischen Verwaltungssequestration verbundenen Möglichkeiten zur Fortführung des schuldnerischen Betriebes bergen aufgrund der damit einhergehenden „**prozeßhaften**“ **Entwicklung** Gefahren, die häufig nicht richtig eingeschätzt werden. Gescheiterte Betriebsfortführungen können im schlimmsten Fall zum völligen **Werteverzehr** führen. In vielen Fällen werden sie zu einer langen und qualvollen Reise ohne Ende, zu einem von den gesetzlichen Verfahrenszielen her nicht gedeckten Selbstzweck mit einem neuerlich

notleidenden Betrieb, der gerade noch die mit seiner Fortführung verbundenen neuen Masseverbindlichkeiten deckt.

Die von einer Betriebsfortführung ausgehende Eigendynamik wird häufig nicht erkannt oder unterschätzt. Gegensteuerungsinstrumente halten die geltenden Insolvenzgesetze nicht bereit, Untersuchungen zu Umfang und Ursachen fehlergeschlagener Betriebsfortführungen liegen nicht vor. Über die Anforderungen, die an das Fortführungsrechenwerk auch als Vergleichsrechnung zu einem Liquidationsstatus zu stellen sind, besteht weitgehend Uneinigkeit. Werden durch eine Betriebsfortführung wenigstens eine **Handvoll Arbeitsplätze** erhalten, gilt die Fortführungsentscheidung selbst dann als richtig und sozialadäquat, wenn sich bei eingehender Betrachtungsweise herausstellt, daß die Position der am Verfahren beteiligten Gläubiger durch die zeitweilige Betriebsfortführung nicht verbessert werden konnte. 124

b) Fortführungszwang statt Zerschlagungsautomatismus

Die ökonomische Entwicklung in Deutschland hat zu einer Insolvenzpraxis geführt, die sich vom ursprünglichen Zerschlagungsautomatismus zu einem Fortführungszwang entwickelt hat, der einträchtig von der organisierten Arbeitnehmerschaft, den Trägern der sozialen Sicherungssysteme, der Mehrheit der am Verfahren beteiligten Gläubiger und insbesondere der öffentlichen Meinung getragen wird und zudem dem gewandelten Selbstverständnis der Insolvenzverwalter entspricht. 125

Namentlich die ungesicherten Gläubiger versprechen sich von einer sofortigen Liquidation des gemeinschuldnerischen Betriebes nichts. Für diese Einschätzung spricht die Insolvenzstatistik, die mittlerweile lediglich noch marginale **Quoten von unter 3 %** im Durchschnitt aller Verfahren ausweist. 126

Auch die Vorrechtsgläubiger, insbesondere die Arbeitsverwaltung mit ihren Konkursausfallgeldansprüchen unter Einbeziehung der Sozialversicherungsbeiträge, auch wenn diese von den Sozialkassen in eigener Regie zu verfolgen sind, die Arbeitnehmer mit ihren Ansprüchen aus dem Sozialplan im Rang des § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO oder § 17 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. c GesO sowie die Finanzverwaltung mit ihren Ansprüchen im Rang des § 61 Abs. 1 Nr. 2 KO und § 17 Abs. 3 Nr. 3 GesO gehen trotz ihres gesetzlichen Vorrechts häufig leer oder lediglich mit geringen Quoten aus dem eröffneten Verfahren heraus, da vielfach nur Masseschulden und Massekosten (§§ 59, 58 KO) oder die vorab zu begleichenden Verbindlichkeiten (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 - 3 GesO) gedeckt sind, sofern es nicht ohnehin aufgrund lediglich partieller Masseverbindlichkeitendeckung zu einer vorzeitigen Einstellung des Verfahrens gemäß § 204 KO oder § 19 Abs. 1 Nr. 3 GesO kommt. 127

- 128 Selbst Sicherungsgläubiger sehen in der sofortigen Liquidation häufig eine Beeinträchtigung ihrer Position, insbesondere dann, wenn die mit Sicherungsrechten belegten Gegenstände **werterhaltender Maßnahmen** bedürfen, wie dies insbesondere bei Grundstücken im Rahmen einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung und zur Vermeidung von Schäden durch Vandalismus immer mehr erforderlich wird. Erst recht gilt dies, wenn mobile Wirtschaftsgüter der Pflege und Unterhaltung bedürfen oder im Bereich des Umlaufvermögens erst durch Bearbeitung und Vermarktung ihren Wert realisieren.⁶⁹⁾

IX. Fehlende Standards zur Absicherung einer Fortführungsentscheidung

- 129 Außer einigen grundlegenden Arbeiten zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Betriebsfortführung und deren betriebswirtschaftlichen Aspekten gibt es keine von Literatur und Rechtsprechung entwickelten generellen Maßstäbe für eine Fortführungsentscheidung unter Berücksichtigung der mit einer Fortführung verbundenen Risiken und Möglichkeiten. So befassen sich mit dem Thema Betriebsfortführung in der Zeit von 1977 bis 1996 lediglich 70 Literaturbeiträge, davon die überwiegende Anzahl lediglich mit **Teilaspekten**, so insbesondere in den Jahren 1980 bis 1985 mit der rechtlichen Zulässigkeit einer Betriebsfortführung nach geltendem Recht.
- 130 Die Arbeiten zur Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter von *Riering*, *Baumgartner* und *Chalupsky/Ennöckl* stammen aus den Jahren 1987 und 1985 und berücksichtigen daher weder die Bestimmungen des Insolvenzrechtsreformgesetzes und die zur dynamischen Sequestration ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen noch die nachhaltig veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, die eine Neuorientierung des Verwalterhandelns vor dem Hintergrund der dramatischen Verschlechterung der Situation auf dem Arbeitsmarkt und einer tiefgreifenden ökonomischen Strukturkrise erfordern.⁷⁰⁾ Außerdem beziehen sie sich auf die Schweiz (*Baumgartner*) und Österreich (*Chalupsky/Ennöckl*).
- 131 Für die Entscheidungsprozesse zur Betriebsfortführung, das fortlaufende administrative, rechtliche und finanzielle Controlling, die begleitende Überwachung durch das Insolvenzgericht, die Mitwirkungs- und Kontrollbefugnisse eines Gläubigerausschusses, die speziellen Management-Probleme in einem während der Insolvenz fortgeführten Geschäftsbetrieb, die zeitliche Begrenzung einer Fortführung, die Voraussetzungen für einen Abbruch einer Betriebsfortführung mit sofortiger Stillegung bis hin zum Abschlußrechnenwerk über Verlauf und Ergebnis der Betriebsfortführung fehlen sowohl gesetzliche

69) Vgl. dazu *Stüdemann*, in: Festschrift Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 401 m. w. N.

70) *Riering*, S. 13; *Baumgartner*, S. 73 ff.

Bestimmung als auch von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze sowie grundlegende Arbeiten in der Insolvenzliteratur.

Die analytischen, rechtlichen, betriebswirtschaftlichen und administrativen Probleme einer Betriebsfortführung sowie ihre abschließende Bewertung auch im Rahmen einer allerdings hypothetischen Vergleichsrechnung mit einer anstelle der zeitweiligen Fortführung sofort eingeleiteten Liquidation erfordern Standards, die auch dazu führen müssen, die Fortführungsentscheidung nicht dem **Zufall** und dabei insbesondere der Auswahlentscheidung des Insolvenzgerichts in bezug auf die Person des Sequesters und späteren Verwalters zu überlassen. 132

Solange der Gesetzgeber dabei bleibt, arbeitsmarktpolitische Gesichtspunkte nicht als Insolvenzverfahrensziel neben oder an die Stelle der überkommenen gesetzlichen Zielvorgaben zu setzen, muß sich auch die Betriebsfortführung unabhängig von ihrer nachhaltigen Akzeptanz in der Öffentlichkeit ausschließlich daran messen lassen, ob und in welchem Maße sie dem Verfahrensziel der gleichmäßigen Befriedigung der am Verfahren beteiligten Gläubiger nach bestmöglicher Verwertung des Schuldnervermögens dient. 133

Als **Notbehelf** zur Sicherung der für eine Verfahrenseröffnung notwendigen Liquidität sind zunächst nur für die Fortführung im Antragsverfahren Entscheidungs- und Absicherungsgrundlagen geschaffen worden. In welchem Maße die Fortführung nach Verfahrenseröffnung zulässig, geboten und zur Verlustminimierung unabdingbar ist, wie sie im Einzelfall zu gestalten und wann sie zu benoten ist, kann mangels einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen nur anhand der jeweiligen Verfahrenszwecke ermittelt werden. 134

X. Zusammenfassung

Die Überlegungen zur Fortführung eines Geschäftsbetriebes nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens lassen sich nicht von den zum jeweiligen Zeitpunkt vorhandenen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen lösen. Bei **Hochkonjunktur und Vollbeschäftigung** sind Fortführungen, sofern sie nicht eine Reorganisation des Rechtsträgers ermöglichen sollen, eher die Ausnahme. Dies belegen die statistischen Vergleichszahlen auch in der Bundesrepublik Deutschland über die Zahl der fortgeführten Betriebe bis etwa 1974.⁷¹⁾ 135

Erst wenn die von einer Insolvenz betroffenen Arbeitnehmer **mangels Alternative** an der Erhaltung ihres derzeitigen Arbeitsplatzes interessiert sind und ihre Lohn- und Gehaltsansprüche für den Fortführungszeitraum sichergestellt werden können, Kunden an der Erhaltung eines Lieferanten und Lieferanten an der Aufrechterhaltung einer Absatzbeziehung interessiert sind, ent- 136

71) Gessner/Rhode/Strate/Ziegert, S. 281 ff; Lüke, in: RWS-Forum 9, S. 67, 68.

stehen die für eine Fortführung notwendigen Voraussetzungen im unmittelbaren Umfeld des insolventen Unternehmens.

- 137 Kann mangels Masse ein Verfahren nicht eröffnet werden oder müssen eröffnete Verfahren aus dem gleichen Grunde wieder eingestellt werden, haben sich also die am Verfahren beteiligten Gläubiger von dessen Abwicklung nichts zu versprechen, wird die Aufrechterhaltung der Betriebstätigkeit als Alternative in Erwägung gezogen, die es dann eventuell doch noch ermöglicht, anstelle eines totalen Forderungsverlustes zumindest noch eine Quote zu erzielen oder wenigstens den Geschäftspartner zu erhalten.
- 138 Regelmäßig sind alle werthaltigen Vermögensgegenstände mit Aus- und Absonderungsrechten belastet. Deren sofortige Liquidation bringt daher nicht einmal den Vorrechtsgläubigern einen Vorteil. Die mit der Verwertung verbundenen Erlöse stehen den Sonderrechtsgläubigern zu. Davon betroffen sind auch die Verwalter als gesetzliche Abwicklungsorgane, da nach geltendem Recht Sonderrechtsgläubiger keine Feststellungs- und Verwertungsbeiträge an die Masse abzuführen haben. Wo gleichwohl Geld in die Konkurskasse gekommen war, bestand aufgrund der geänderten Reihenfolge der im Falle einer Masseunzulänglichkeit zu berichtenden Masseschulden und Massekosten (§ 60 KO) für die abwickelnden Verwalter die Gefahr, mit ihren Vergütungsansprüchen auszufallen, da diese hinter den erstrangigen Verwaltungskosten (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO) und auch hinter den vertraglich bedingten Zahlungen (§ 59 Abs. 1 Nr. 2 KO) plazierte waren. Fortlaufende Lohn- und Gehaltsansprüche der vor oder bei Konkurseröffnung gekündigten Arbeitnehmer bis zum Ablauf ihrer gesetzlichen, tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Kündigungsfrist sorgten meist für den völligen Verzehr der vorhandenen Masse.
- 139 Vor diesem Hintergrund war die Fortführung des Geschäftsbetriebes nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens zunächst eine reine **Notmaßnahme**, um überhaupt die Eröffnungsvoraussetzungen für das nachfolgende Konkursverfahren zu schaffen. Eine sofortige Eröffnung des Verfahrens mit anschließender Fortführung verbot sich, weil die zur Deckung der vom Konkursverwalter zu begründenden Fortführungsverbindlichkeiten aus den dargestellten Gründen ausschied. Die hierfür benötigten Mittel mußten erst während des Sequesterszeitraums erwirtschaftet werden.
- 140 Ob und in welchem Umfange ein Sequester zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes befugt ist, ob die mit seiner Zustimmung eingegangenen Verpflichtungen aus realisierten Erlösen erfüllt werden durften, ob Sonderrechtsgläubiger ihre Vorzugsrechte bereits während der Sequestration durchsetzen und damit jede Fortführung des Geschäftsbetriebes unmöglich machen konnten und in welchem Umfange es möglich war, die nicht aus eigenen Mitteln darstellbaren Ansprüche der Arbeitnehmer auf Zahlung von Löhnen und Gehältern im Sequesterszeitraum auch im Falle einer Betriebsfortführung

über Konkursausfallgeld abzusichern und dieses auch noch vorzufinanzieren, mußte über einen **langen Zeitraum gerichtlich geklärt** werden.

Daß die Betriebsfortführung als Notmaßnahme zur Verhinderung des völligen Funktionsverlustes des herrschenden Insolvenzrechts Modellcharakter in der laufenden Reformdiskussion bekam, hängt allein mit den bereits beschriebenen **ökonomischen Rahmenbedingungen** zusammen. Bei hohen Insolvenz- zahlen und steigender Arbeitslosigkeit mußte zwangsläufig darüber nachgedacht werden, ob es mit den Mitteln des Insolvenzrechts möglich sein würde, erhaltungswürdige Arbeitsplätze auch nach Einleitung eines Vergleichs-, Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens im Wege der Betriebsfortführung und einem sich anschließenden, weitergehenden Sanierungsansatz zu erhalten.

Nur bei Fortführung eines Geschäftsbetriebes im Sequestrationszeitraum ergibt sich überhaupt die Möglichkeit, über die Zulässigkeit einer Fortführung im eröffneten Insolvenzverfahren und die hierfür notwendigen Rahmenbedingungen nachzudenken und zu entscheiden.

B. Die rechtliche Zulässigkeit der Betriebsfortführung im eröffneten Insolvenzverfahren

I. Der Vergleich - Die Sanierung des Unternehmensträgers

Die Vergleichsordnung wurde 1935 als Folge der Weltwirtschaftskrise und der durch sie ausgelösten Unternehmenszusammenbrüche in Deutschland vom bereits gesäuberten und gleichgeschalteten Deutschen Reichstag nach der nationalsozialistischen Machtübernahme erlassen. 143

Während der in die Konkursordnung integrierte gerichtliche Zwangsvergleich nach dem allgemeinen Prüfungstermin und vor der Schlußverteilung auf Antrag des Gemeinschuldners den Abschluß eines vom Konkursgericht zu genehmigenden Vertrages zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern über eine bestimmte, regelmäßig mit Teilerlaß der Forderungen verbundene Befriedigung der Gläubiger unter Aufhebung des Konkurses vorsieht, liegt der **rechtspolitische Sinn** der Vergleichsordnung in der zeitlich vorgezogenen Möglichkeit, insolvente, aber gleichwohl vertrauenswürdige Schuldner mittels eines Sanierungsbeitrags der nicht bevorrechtigten Gläubiger vor der wirtschaftlichen Existenzvernichtung zu bewahren. 144

1. Entstehungsgeschichte der Vergleichsordnung

Die Vergleichsordnung aus dem Jahre 1935 und ihr Vorläufer aus dem Jahre 1927 sahen in der Insolvenz deutscher Schuldner in erster Linie ein Versagen der internationalen Wirtschaftsstrukturen und insbesondere des Marktes. Man ging deshalb davon aus, daß diese Schuldner von ihren Gläubigern regelmäßig Verständnis und Entgegenkommen erwarten konnten. Wenn nicht, sollten von der Mehrheit der Gläubiger gebilligte Zwangseingriffe auch diejenigen Gläubiger zur Einsicht zwingen, die sich aus Eigensinn einem angemessenen Ausgleich mit dem Schuldner widersetzen.¹⁾ 145

Dieser Grundgedanke wurde von der bereits nationalsozialistisch geprägten Akademie für Deutsches Recht, in der der mittlerweile überarbeitete Entwurf einer Vergleichsordnung von 1934 intensiv beraten wurde, aufgegriffen.²⁾ Ziel der Überarbeitung des Entwurfs war die Hervorhebung der Interessen des „Volksganzen“. Zu diesem Zweck wurde die Stellung des Vergleichsverwalters (§§ 38 ff VglO) gestärkt und seine Aufgaben insbesondere zur Überwachung der Geschäftsfortführung (§ 39 VglO) erweitert. 146

Das Vergleichsgericht erhielt die Möglichkeit, schon im Vorverfahren Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen von Vergleichsgläubigern einstweilen ein- 147

1) Entwurf der Vergleichsordnung von 1927, Reichstagsdrucksache, III. Wahlperiode, Nr. 2340; *Böhle-Stamschräder/Kilger*, VglO, Einl. I, S. 38 ff.

2) *Vogels*, VglO, Einl. Anm. 13.

zustellen (§ 13 VglO) und Verfügungsbeschränkungen aufzuerlegen (§ 58 VglO) sowie ein allgemeines Veräußerungsverbot zu erlassen (§§ 59 ff VglO).

2. Erhaltung des Unternehmensträgers

- 148 Rechtssystematisch strebt die Vergleichsordnung die Erhaltung des insolventen Unternehmensträgers an. Dieser, gleichgültig ob es sich um eine natürliche oder eine juristische Person handelt, und das im Unternehmen repräsentierte Aktivvermögen bilden eine Einheit, die aus übergeordneten Gesichtspunkten erhalten und saniert werden soll.
- 149 Dies kann außergerichtlich auch durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung des Schuldners mit seinen Gläubigern geschehen. Wo hingegen Eingriffe obstruierender Gläubiger in den fortlaufenden Geschäftsbetrieb oder in einzelne, zur Erhaltung des Unternehmens erforderliche Vermögensgegenstände zu befürchten sind oder es auch darum geht, Minderheiten zu disziplinieren, soll das Vergleichsrecht den Rahmen für eine **kollektive Zwangsvereinbarung** unter gerichtlicher Aufsicht und fortlaufender Überwachung durch einen vom Gericht ernannten und von den Gläubigern bestätigten Vergleichsverwalter schaffen.

3. Gemeinnutz vor Eigennutz

- 150 Auch wenn es nicht gerechtfertigt ist, die Vergleichsordnung insgesamt als ausschließlich **nationalsozialistisch geprägtes Recht** zu qualifizieren, verwirklicht sie doch den ideologisch motivierten Grundgedanken „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“, der die Eingriffe in die Positionen der Gläubiger, notfalls auch gegen ihren Willen, rechtfertigen soll. Dies erklärt auch die Privilegierung der öffentlich-rechtlichen Gläubiger im Wege ihrer Nichtbeteiligung (§ 26 VglO), soweit und sofern ihnen in einem Konkursverfahren ein gesetzliches Vorrecht zusteht. Zusehen und letztendlich opfern müssen diejenigen, die auch in einem Konkursverfahren nichts oder nur wenig zu erwarten haben, wengleich das Gesetz ihnen wenigstens eine eher willkürlich gewählte Mindestquote (35 %) garantiert (§ 7 Abs. 1 VglO).

4. Moratorium und Stundung

- 151 Geht es dem insolventen Unternehmensträger lediglich darum, seine eigene **persönliche Existenz zu sichern**, so überläßt er sein Vermögen den Gläubigern zum Zwecke der Verwertung durch die Gläubiger oder dem gerichtlich ernannten Vergleichsverwalter oder einem Sachwalter mit dem Ziel, die für die Erlaßwirkung erforderliche Mindestquote von 35 % zu erwirtschaften (§ 7 Abs. 4 VglO).

Der gesetzliche Regelfall des gerichtlichen Vergleichs ist jedoch der Fortführungsvergleich, der dem Betrieb durch Stundung und Verbot der Einzelzwangsvollstreckung (Moratorium) zunächst die benötigte Atempause gewährt und über die gesetzliche Erlaßwirkung die zur Sanierung erforderliche Entschuldung herbeiführt, sofern es sich nach Auffassung der Gläubiger um ein erhaltungsfähiges Unternehmen handelt, das vor einer unnötigen konkursmäßigen Zerschlagung bewahrt werden soll und das Gericht in der Person und in dem Verhalten des Schuldners keine gesetzlichen Ablehnungs- oder Versagungsgründe findet (§§ 17, 18, 79 VglO). 152

5. Fortführung als Regelfall

Da der Fortführungsvergleich begrifflich und dogmatisch die Sanierung des insolventen Unternehmensträgers anstrebt, ist die Fortführung des Unternehmens selbst **obligatorisch**, da sie notwendige Voraussetzung zum Erreichen des angestrebten Verfahrensziels ist. Die Führung des Geschäftsbetriebes bleibt dabei in der Hand des Schuldners, der seine Arbeitskraft im Unternehmen einsetzen und bescheiden leben muß, um sich der ihm erwiesenen „**Rechtswohltat**“ würdig zu erweisen und die zur Darstellung und Erfüllung der Vergleichsquoten benötigten Mittel innerhalb des im Vergleichsvorschlag vorgegebenen und vom Gericht bestätigten Abwicklungszeitraums zu erwirtschaften.³⁾ 153

6. Eigenverwaltung

Typischerweise geht der gerichtliche Vergleich vom Prinzip der Eigenverwaltung aus. Der Schuldner als Unternehmer setzt seine Tätigkeit ungeachtet des parallellaufenden Vergleichsverfahrens fort. Eingehende Gelder werden im gesetzlichen Regelfall durch den Schuldner **selbst verwaltet**. Verbindlichkeiten, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes eingegangen werden müssen, kann der Schuldner auch ohne Zustimmung des Vergleichsverwalters begründen.⁴⁾ 154

a) Grenzen

Die Grenzen der Eigenverwaltung des Schuldners sind gesetzlich nicht vorgegeben. Dies gilt namentlich für innerbetriebliche Reorganisationsmaßnahmen und für Investitionsentscheidungen die zur Wiedererlangung der Rentabilität unumgänglich sein können. Ob und in welchem Maße der unter Eigenverwal- 155

3) Baur/Stürmer, Rz. 27.1; Balz, S. 14.

4) Gottwald/Uhlenbruck, § 74 Rz. 37; Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 57 Anm. 2.

tung stehende Schuldner derartige Verbindlichkeiten nur mit Zustimmung des Vergleichsverwalters begründen kann, ist ungeklärt.

b) Hemmnisse

- 156 Die Vergleichsordnung strebt die Erhaltung insolventer Unternehmensträger an, ohne die Einbindung der Gesellschafter der jeweiligen Unternehmensträger (AG, GmbH, GmbH & Co. KG, KG) zu regeln. So können zur Reorganisation notwendige, aber von den Gesellschaftern verweigerte Maßnahmen durch gerichtliche Entscheidungen nicht ersetzt, widerstrebende Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden. Auch Beschlüssen der Gesellschafter, die den Reorganisationsprozeß erschweren, z. B. zur Auflösung einer Gesellschaft, kann mit den Mitteln des Vergleichsrechts nicht wirksam begegnet werden.
- 157 Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen ist in der Vergleichsordnung nicht geregelt, ebensowenig die Möglichkeit einer vereinfachten Kapitalherabsetzung bei Kapitalgesellschaften bei gleichzeitiger Wiedererhöhung des Kapitals durch Neueinzahlung von Einlagen. Dies blieb späteren Ergänzungen im Gesellschaftsrecht vorbehalten (§§ 32a, 58a - 58f GmbHG).

7. Keine Einbindung der Sonderrechtsgläubiger

- 158 Gesicherte und bevorrechtigte Gläubiger werden durch die Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht gehindert, ihre Forderungen notfalls auch im Wege der Zwangsvollstreckung zu realisieren. Sie können daher die Verfahrensabläufe **empfindlich stören**. Abstimmungsregelungen zwischen am Vergleich beteiligten und nicht beteiligten Gläubigern sind in der Vergleichsordnung nicht enthalten.
- 159 Der Vorrang des Gemeinnutzes ließ und läßt sich daher mit den Bestimmungen der Vergleichsordnung nicht verwirklichen. Das vermeintliche Kollektivverfahren, das gesamtwirtschaftlichen Aspekten den Vorrang vor Einzelinteressen gewähren sollte, hat das Gegenteil bewirkt, indem einerseits die Zugangsbarrieren zu hoch gelegt wurden und andererseits die vom Gesetzgeber vorgenommene Wertung, bevorrechtigte Gläubiger und gesicherte Gläubiger nicht am Verfahren teilnehmen zu lassen, die Verfolgung von Individualinteressen ausgelöst hat. Dies gilt auch und gerade für die öffentlich-rechtlichen Gläubiger, die zur Sicherung ihres Steuer- und Beitragsaufkommens gerade im gesamtwirtschaftlichen Interesse verpflichtet sind, die ihnen eingeräumten **Privilegien** zu nutzen.

8. Schuldner und Vergleichsverwalter

Der sich selbst verwaltende Schuldner war und ist bereits aufgrund seiner **wirtschaftlichen Schwäche** nicht in der Lage, die Sonderinteressen privilegierter und bevorzogter Gläubiger auf dem Verhandlungswege in das Verfahren einzubinden und erforderliche Eingriffe in die Kapital- oder Gesellschaftsstrukturen vorzunehmen sowie Reorganisationsmaßnahmen und Investitionsentscheidungen umzusetzen. 160

Die Schwäche des Schuldners ist daher zunehmend durch eine Aufwertung der Position des Vergleichsverwalters ausgeglichen worden. Zu diesem Zweck kann das Gericht Verfügungsbeschränkungen erlassen oder ein allgemeines Veräußerungsverbot anordnen und darüber hinaus dem Verwalter die Kassenführung übertragen. Damit wird der Schuldner im Vergleichsverfahren einem Gemeinschuldner nach der Konkursordnung gleichgestellt, was zunehmend auch bereits im Vergleichseröffnungsverfahren zur Regel geworden und auch rechtlich unbedenklich ist.⁵⁾ 161

9. Verlust der Funktionsfähigkeit

Die Funktionsfähigkeit des Vergleichsverfahrens konnte damit jedoch weder hergestellt noch erhalten werden, zumal auf diese Weise die mit der Vergleichsordnung verfolgte rechtspolitische Absicht, einen insolventen Unternehmensträger durch Fortführung des Unternehmens in Eigenverwaltung und in kollektiver Abstimmung mit den beteiligten Gläubigern zu sanieren, aufgegeben wurde. Wenn überhaupt, wurde der Liquidationsvergleich (§ 7 Abs. 4 VglO) zur Regel und nicht der Fortführungsvergleich, da die Einleitung eines Vergleichsverfahrens einen Konkursgrund voraussetzt (§ 2 VglO) und daher fast immer zu spät kommt. 162

Wenn die rechtliche Stellung des Vergleichsschuldners und die des Vergleichsverwalters durch Anordnung von Sicherungsmaßnahmen, Verfügungsbeschränkungen und die Übertragung der Kassenführung substantiell verändert werden, verliert das Vergleichsverfahren seinen Sinn, da die prinzipiell gewollte Eigenverwaltung des Schuldners damit beseitigt wird. Dann aber empfiehlt sich von vornherein die Durchführung eines Konkursverfahrens, um die **notwendige Einbindung** der Vorrechtsgläubiger und insbesondere auch der Sonderrechtsgläubiger zu gewährleisten. 163

Vergleichsanträge sind, von wenigen Ausnahmen abgesehen, lediglich noch taktisch oder politisch motiviert, sei es wegen der Rückschlagsperre (§ 28 VglO), sei es, um bei Großverfahren mit überregionaler Bedeutung für eine 164

5) BGH, Urt. v. 2. 6. 1980 - III ZR 122/78, ZIP 1980, 744 = KTS 1981, 79; Uhlenbruck, KTS 1972, 220.

kurze Übergangszeit den mit einem Vergleichsantrag verbundenen **psychologischen Vorteil** zur Beruhigung der Öffentlichkeit zu nutzen oder aber auch um auszuloten, ob die Einbindung der gesicherten und bevorrechtigten Gläubiger, der Gesellschafter und Kapitalgeber mittels **politischen Drucks** am Rande des Vergleichsverfahrens durch Sondervereinbarungen herbeigeführt werden kann, um die Fortführung des Unternehmens als Gemeinschaftsaufgabe von Vergleichsverwalter, Management, Großgläubigern und Politik zu gewährleisten.

II. Konkurs - Liquidation und Haftungsverwirklichung

- 165 Im Unterschied zur Vergleichsordnung erfüllt die Konkursordnung im System des geltenden deutschen Insolvenzrechts die Funktion, den Verfahrenszweck der Liquidation und damit letztendlich der Zerschlagung zu gewährleisten.
- 166 Wo die Mittel des Schuldners nicht mehr ausreichen, seine Gläubiger - oder auch die Eigenkapitalgeber - zu befriedigen, gehen die Verfügungsrechte über die vorhandenen Vermögensgegenstände auf die Gläubiger über. Ihre Realisierung erfolgt im Rahmen eines kollektiven Gesamtvollstreckungsverfahrens mit der Zielsetzung, die Vermögenswerte durch Verwertung **bestmöglich zu realisieren** und nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen an die Gläubiger zu verteilen.
- 167 Wirtschaftlich angestrebt wird der optimale Einsatz der innerhalb und außerhalb des Schuldnerunternehmens gebundenen Ressourcen, soweit diese zur Masse gehören und damit dem Konkursbeschlagn unterliegen (§ 3 KO).⁶⁾

1. Gläubiger als Gefahrgemeinschaft

- 168 Die am Verfahren beteiligten Gläubiger haben unterschiedliche Interessen. Jeder einzelne strebt die optimale Durchsetzung der eigenen Rechte zu Lasten der Ansprüche der übrigen Beteiligten an. Privilegien und Vorrechte werden verteidigt, wenn sie die eigene Position verbessern, und bekämpft, wenn sie eigene Vermögenstitel entwerten. Gläubiger bilden daher keine Interessen-, sondern allenfalls eine **Gefahrgemeinschaft**. Gemeinsam verfolgen sie nur das Interesse, daß ihnen das gesamte, der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners mit Konkurseröffnung haftungsrechtlich zugewiesen und im weiteren Verfahrensverlauf durch den Konkursverwalter unter Mitwirkung der Organe der Gläubigerselbstverwaltung (Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung) verwertet wird.⁷⁾

6) Balz, in: RWS-Forum 3, S. 1, 5.

7) Berges, KTS 1957, 49; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 3 Rz. 2; Häsemeyer, KTS 1982, 507, 523, 524.

Da es aufgrund von Sonderrechten und gesetzlichen Vorrechten allenfalls um **169**
die **gleichmäßige Befriedigung** der am Verfahren Beteiligten, nicht aber um
Gleichheit geht, muß die Gefahrgemeinschaft es hinnehmen, jeweils nur
anteilig befriedigt zu werden, wenn die Masse, wie es der Regelfall ist, zur
Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht.⁸⁾

2. Verwertung als zentrale Aufgabe

Die Verwaltung und die Verwertung des dem Konkursbeschlagnahmenden **170**
Vermögens ist die zentrale Aufgabe des zunächst gerichtlich ernannten, dann
aber von der ersten Gläubigerversammlung zu bestätigenden Verwalters
(§ 117 KO). Dieser ist weder Vertreter der Gläubiger noch des Schuldners,
sondern handelt in **amtsähnlicher Stellung**; er ist unmittelbar legitimiert
durch die gesetzlichen Bestimmungen der Konkursordnung und bis auf wenige
Ausnahmen weder an Beschlüsse noch an Aufträge und Weisungen gebunden.
Die Art und Weise der Verwertung wird gesetzlich nicht vorgeschrieben. Sie
liegt allein im pflichtgemäßen Ermessen des Verwalters, der jedoch die Mög-
lichkeiten der **optimalen Verwertung** zu beachten und auszuschöpfen hat.⁹⁾

3. Sanierung des Rechtsträgers

Der Konkurs verfolgt den Verfahrenszweck der Liquidation des Schuldnerver- **171**
mögens. Er schließt jedoch ein „Überleben“ des insolventen Unternehmensträ-
gers nicht aus, der in der Rolle des Gemeinschuldners berechtigt ist, einen
Zwangsvergleich mit seinen nicht bevorrechtigten Gläubigern anzustreben
und zu beantragen, der im Falle der Annahme und Bestätigung die Konkurs-
wirkungen beseitigt und dem Gemeinschuldner die ihm mit der Konkurseröff-
nung entzogene Verwaltungs- und Verfügungsmacht wieder in vollem Umfan-
ge zurückgewährt (§§ 173 - 196 KO).

Kann der Gemeinschuldner die Zustimmungserklärungen aller am Verfahren **172**
beteiligten Gläubiger vorweisen oder deren Rechte sicherstellen, so ist das
Konkursverfahren auf seinen Antrag einzustellen (§§ 202, 203 KO). Auch die
Konkursordnung enthält somit gesetzliche Vorgaben, die zur Aufhebung der
mit Verfahrenseröffnung erfolgten Trennung von Unternehmen und Unterneh-
mensträger führt und bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auch die
Sanierung des Rechtsträgers ermöglicht.

8) BGH, Urt. v. 29. 1. 1964 - Ib ZR 197/62, BGHZ 41, 98, 101; Häsemeyer, KTS 1982, 507 ff; Baur/Stürner, Rz. 5.36.

9) OLG Düsseldorf, Urt. v. 7. 11. 1972 - 4 U 79/72, KTS 1973, 271, 272; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 117 Anm. 4; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 11, vgl. dort auch § 6 Rz. 17 zum Theorienstreit über die Rechtsstellung des Verwalters.

4. Einzel- oder Gesamtverwertung

- 173 Im Regelfall bleibt es jedoch bei der konkursrechtlich vorgegebenen Trennung von Unternehmensträger und Unternehmen und der in ihr repräsentierten immobilien, mobilen und immateriellen Vermögensgegenstände. Wer deren bestmögliche Verwertung im Interesse der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger anstrebt, muß sich zwangsläufig die Frage nach Zeitpunkt, Reihenfolge und Verwertungsart stellen. Ohne Nachfrage gibt es keine Verwertung. Die vielfach aufgestellte Forderung nach einer möglichst raschen Verwertung bleibt damit letztlich inhaltsleer, da **ohne Markt nur über den Preis** verwertet werden kann, was die Gläubiger selbst dann schädigt, wenn man mit einer weit verbreiteten Auffassung meint, wer rasch gibt, gäbe doppelt.¹⁰⁾
- 174 Bei jeder Liquidation von Sachgesamtheiten ist zu entscheiden, ob im konkreten Fall die Einzelverwertung oder die regelmäßig mit niedrigeren Verwertungskosten und geringerem Aufwand verbundene en-bloc-Veräußerung zu wirtschaftlich günstigeren Ergebnissen führt, da der beauftragte Verwalter zur optimalen Verwertung verpflichtet ist.¹¹⁾
- 175 Aus der Gesamtveräußerung des Unternehmens an einen Erwerber, der regelmäßig beabsichtigt, die geschäftlichen Aktivitäten des Gemeinschuldners fortzuführen, wurde im Zuge der Sanierungsdiskussion der 80er Jahre die „übertragende Sanierung“¹²⁾. Erst durch diesen weitergehenden Anspruch entwickelte sich aus dem ursprünglichen Problem der ordnungsgemäßen Preisfindung eine ordnungspolitische und arbeitsmarktpolitische Diskussion bis hin zu der Frage, ob eine Gesamtveräußerung mit dem Ziel einer übertragenden Sanierung im Interesse der Arbeitsplatzerhaltung selbst dann einer Einzelliquidation vorzuziehen ist, wenn diese in der Addition einen höheren Verwertungserlös verspricht.¹³⁾
- 176 Der zunehmend mit der Gesamtveräußerung verbundene Anspruch, das von seinem insolventen Unternehmensträger losgelöste Unternehmen durch rechtsgeschäftliche Übertragung auf einen neuen Rechtsträger im gesamtwirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Interesse zu erhalten, hat die Fortführung des schuldnerischen Betriebes durch den Konkursverwalter zunehmend mit

10) BGH, Urt. v. 10. 4. 1979 - VI ZR 77/77, KTS 1980, 122 = NJW 1980, 55; BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, 117 = NJW 1987, 844, dazu EWIR 1986, 1229 (Merz); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117, Rz. 14.

11) OLG Düsseldorf, Urt. v. 7. 11. 1972 - 4 U 79/72, KTS 1973, 271, 272; Plate, KTS 1980, 101.

12) Geprägt wurde der Begriff von Karsten Schmidt, ZIP 1980, 328, 336.

13) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 17; Karsten Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht, S. 140 ff; Balz, S. 71 ff; Stürner, in: RWS Forum 3, S. 41, 43; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 285.

dem Sanierungsgedanken verknüpft. **Sanieren oder Liquidieren wurde zur Glaubensfrage.**¹⁴⁾

5. Konkurs und Haftungsverwirklichung

Der Einfluß betriebswirtschaftlicher Betrachtungsweisen hat nichts am Zweck des Konkursverfahrens als Haftungsverwirklichung durch Verwertung des Schuldnervermögens geändert. 177

Die einstweilige Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter im eröffneten Konkursverfahren kann dabei ein **Mittel und ein Weg zur optimalen Verwertung** darstellen, und zwar losgelöst von allen weitergehenden Ansprüchen und Erhaltungüberlegungen. In diesem Sinne ist die Betriebsfortführung als reine Wertsicherungsmaßnahme angelegt, z. B. zur Fertigstellung von halbfertigen Erzeugnissen bei gleichwohl **kurzzeitig** vorgesehener Einzel- oder Gesamtliquidation. 178

Die Betriebsfortführung kann auch **mittelfristig** ausgerichtet werden, um bei schlechten Einzelverwertungsaussichten überhaupt erst die Voraussetzungen für eine Gesamtveräußerung zu schaffen, wobei der gewünschte Effekt der übertragenden Sanierung legitimerweise in die Betrachtung einfließen kann, aber letztendlich nicht Ziel der Betriebsfortführung, sondern nur deren Folge ist. 179

Eine **längerfristige Perspektive** ist dann mit einer Betriebsfortführung verbunden, wenn der Unternehmensträger einen Zwangsvergleich oder die Einstellung des Konkursverfahrens mit Zustimmung der Gläubiger anstrebt. Auch in diesen Fällen ist die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter **nie- mals Selbstzweck oder Dauerzustand**, sondern lediglich das Ergebnis einer nachvollziehbaren Prognoserechnung, die die Vorteile einer einstweiligen Geschäftsfortführung gegenüber einer schnellen Vermögensverwertung, in der Regel durch Einzelveräußerung der dem Konkursbeschlagnahmefallen Vermögensgegenstände, belegt.¹⁵⁾ 180

6. Einstweilige Betriebsfortführung zur Vorbereitung der Liquidation

Auch wenn die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter allgemein nur als **zeitweilige Maßnahme** für zulässig erachtet wird, läßt sich ihr zeitlicher 181

14) Balz, S. 1 ff; Hanisch, S. 115; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 14.

15) BGH, Urt. v. 10. 4. 1979 - VI ZR 77/77, KTS 1980, 122 = NJW 1980, 55; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 1 Anm. 3b; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 14b; Hanisch, S. 115; Kretschmer, KTS 1977, 137; Obermüller, Rz. 62; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 282; Henckel, ZIP 1980, 2, 9; Kosch, S. 15.

Rahmen allenfalls dort abschätzen, wo es sich bei der Betriebsfortführung tatsächlich lediglich um eine Auslaufproduktion zur Vorbereitung und Umsetzung einer bereits geplanten Betriebsstillegung und der sich hieran anschließenden Gesamt- oder Einzelverwertung handelt.

- 182 In den Fällen, in denen das in einem Unternehmen repräsentierte Vermögen durch Betriebsfortführung überhaupt erst vermarktbar wird oder der Unternehmensträger in Abstimmung mit den Gläubigern weitergehende Ziele zur Beseitigung der Konkurswirkungen anstrebt, sind selbst jahrelange Betriebsfortführungen unter Leitung des Konkursverwalters nicht auszuschließen und - solange die Ausgangsprämisse der zu Beginn der Betriebsfortführung aufgestellten **Prognoserechnung** noch stimmt - zulässig.¹⁶⁾

7. Befugnis zur Fortführung und Konkurszweck

- 183 Die Befugnis des Konkursverwalters zur Fortführung des gemeinschuldnerischen Geschäftes war lange Zeit ein Randthema, wurde jedoch allgemein für zulässig erachtet.¹⁷⁾ Die Begründung liefert seit jeher die Regelung des § 129 Abs. 2 KO, wonach der Verwalter bis zum Beschluß der Gläubigerversammlung das Geschäft des Gemeinschuldners **nach seinem Ermessen** zu schließen oder fortzuführen hat. Will der Verwalter im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens das Geschäft vor der ersten Gläubigerversammlung schließen, so hat er den Gemeinschuldner zu unterrichten, der seinerseits der beabsichtigten Schließung mit einem beim Konkursgericht zu stellenden Untersuchungsantrag begegnen kann (§ 130 Abs. 2 KO).

a) Keine gesetzlichen Kriterien

- 184 Eine gesetzliche Definition, was eine Betriebsfortführung im Konkurs leisten kann und soll, wie sie abzulaufen hat, welchen Mitwirkungsrechten der Organe der Gläubigerselbstverwaltung sie unterliegt und welche Berichts- und Rechnungslegungspflichten der fortführende Konkursverwalter zu erfüllen hat, enthält die Konkursordnung nicht. Rechtsprechung und teilweise auch die Literatur haben **lediglich negative Kriterien** entwickelt, die bestimmen, wann eine Betriebsfortführung - notfalls auch gegen das Votum einer Gläubigerversammlung - durch den Konkursverwalter zu beenden ist, nämlich dann, wenn

16) BGH, Urt. v. 10. 4. 1979 - VI ZR 77/77, KTS 1980, 122 = NJW 1980, 55; Hanisch, S. 123; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 14; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 1 Anm. 3 b.

17) Simeon/David, Bd. 2, S. 702, 706; Schulzenstein, ZZP 35 (1906), 447; Preuß. OVG, in: Preußisches Justizministerialblatt, 1904, 105; Jaeger/Weber, KO, § 129 Rz. 9; Hanisch, S. 115; Stüdemann, in: Festschrift Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 401.

die vom Verwalter im Zuge der Fortführung begründeten Neumasseverbindlichkeiten voraussichtlich nicht mehr gedeckt sind.¹⁸⁾

b) Verantwortungskompetenz des Verwalters

Ursächlich für die Zurückhaltung bei der Erarbeitung und Festlegung von **Betriebsfortführungskriterien** ist die Tatsache, daß bis zu Beginn der 80er Jahre die Betriebsfortführung durch einen Konkursverwalter in der Praxis trotz ihrer grundsätzlichen Anerkennung als ein zulässiges Mittel zur Realisierung des Konkurszwecks **weitgehend unbekannt** war. In den Jahren des Wirtschaftswachstums war es für Mitarbeiter eines insolventen Unternehmens problemlos möglich, ein neues Beschäftigungsverhältnis einzugehen. Zusammenbrüche von Unternehmen wurden lange als unumgängliche Konsequenz eines nicht zu vermeidenden Bereinigungsprozesses im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung verstanden, bei dem nicht lebensfähige Betriebe zu Recht aus dem Markgeschehen aussortiert wurden.

Erst der dramatische Anstieg der Insolvenzzahlen in den Jahren 1981 bis 1986 machte zusammen mit geänderten ökonomischen Rahmenbedingungen die Betriebsfortführung verstärkt auch zu einem arbeitsmarktpolitischen und ordnungspolitischen Faktor. Gelungene Betriebsfortführungen, die zur Erhaltung insolventer Unternehmen, entweder durch Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers oder durch rechtsgeschäftliche Veräußerung der vorhandenen Wirtschaftsgüter an einen neuen Unternehmensträger (übertragende Sanierung) führten, verstärkten den Druck auf die Sequester und Konkursverwalter, **wirtschaftliche Lösungen** im Rahmen einer Betriebsfortführung anzubieten und umzusetzen, und forcierten zugleich die Diskussion über die Neuausrichtung des Insolvenzverfahrenszwecks bei **Hervorhebung des Sanierungsgedankens**.

Jahrelange Betriebsfortführungen unter Aufsicht und Verantwortung eines Konkursverwalters sind seither keine Seltenheit. Die von 1978 bis 1994 geführte Diskussion über die Neuordnung und Vereinheitlichung des deutschen Insolvenzrechts, die vorrangig die Insolvenzverfahrensziele zum Gegenstand hatte, hat trotz des nachhaltig verfolgten Sanierungsgedankens nicht zur Be-

18) RG JW 1899, 305; BGH, Ur. v. 21. 3. 1961 - VI ZR 149/60, KTS 1961, 94; BGH, Ur. v. 27. 2. 1973 - VI ZR 118/71, KTS 1973, 251 = NJW 1973, 1043; BGH, Ur. v. 29. 5. 1979 - VI ZR 104/78, BGHZ 74, 316, 320 = ZIP 1980, 25 = NJW 1979, 2212; BGH, Ur. v. 10. 4. 1979 - VI ZR 77/77, KTS 1980, 122 = NJW 1980, 55; BGH, Ur. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, 118 = NJW 1987, 844, dazu EWIR 1986, 1229 (Merz); Kilger, KTS 1989, 495, 511; Karsten Schmidt, KTS 1976, 191; Hess, KO, § 117 Rz. 108; Merz, WM 1983, 106, 108; Plate, KTS 1981, 325; Eickmann, Aktuelle Probleme, S. 67 ff; Kübler, ZGR 1982, 498; Lüke, ZHR 152 (1988), 202, 204.

stimmung von Fortführungskriterien geführt. Ob und wie lange eine Betriebsfortführung mit dem tradierten Konkurszweck vereinbar ist, entscheidet unverändert in erster Linie der Verwalter.¹⁹⁾

III. Die Gesamtvollstreckung - Liquidation oder Betriebsfortführung

- 188 Anstelle der Übernahme der Konkursordnung auch für das Gebiet der ehemaligen DDR entschieden sich Politik und Gesetzgeber 1990 für die Beibehaltung der Gesamtvollstreckungsordnung bis zum Inkrafttreten eines angestrebten einheitlichen Insolvenzrechts für das vereinigte Deutschland.

1. Die Gründe für die Aufspaltung des deutschen Insolvenzrechts

- 189 Mit dem Erlaß der Gesamtvollstreckungsverordnung am 1. Juli 1990, durch den **Einigungsvertrag** geändert und umbenannt in "Gesamtvollstreckungsordnung",²⁰⁾ sollte zusammen mit der Zweiten Verordnung über die Gesamtvollstreckung vom 25. Juli 1990, ebenfalls durch den Einigungsvertrag geändert und umbenannt in "Gesetz über die Unterbrechung von Gesamtvollstreckungsverfahren",²¹⁾ dem Problem Rechnung getragen werden, daß der **Anpassungsprozeß** in der zu diesem Zeitpunkt noch bestehenden DDR zu einem raschen Anstieg der Insolvenzen führen würde, wobei es rechtspolitisch darauf ankam, den Unternehmen einen gesetzlichen Rahmen zu geben, die Betriebe auch nach Einleitung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens fortzuführen. **Betriebsfortführung und Liquidation** sollten **gleichwertig** nebeneinander stehen; im Einzelfall sollte zu entscheiden sein, ob eine sofortige Verwertung der vorhandenen Wirtschaftsgüter erfolgen muß oder eine begrenzte Betriebsfortführung auch mit dem Ziel einer Sanierung möglich ist.²²⁾
- 190 Um den Sanierungsgedanken zu betonen, wurde durch das Spaltungsgesetz²³⁾ die Anwendung des § 613a BGB im Gesamtvollstreckungsverfahren zunächst befristet ausgesetzt.

19) *Hanisch*, S. 129, 130.

20) Verordnung über die Gesamtvollstreckung vom 6. 6. 1990, BGBl I Nr. 32 S. 285, geändert durch Anlage II Kap. III A Abschn. II Nr. 1 des Einigungsvertrages vom 31. 8. 1990, BGBl II 1990, 889, 1153, Bekanntmachung der Neufassung vom 23. 5. 1991, BGBl I, 1185, zuletzt geändert durch Gesetz 18. 6. 1997, BGBl I, 1430, 1441.

21) Zweite Verordnung über die Gesamtvollstreckung - Unterbrechung des Verfahrens - vom 25. 7. 1990, BGBl I Nr. 45 S. 762, geändert durch Anlage II Kap. III A Abschn. II Nr. 2 des Einigungsvertrages vom 31. 8. 1990, BGBl II 1990, 889, 1155, i. d. F. der Bekanntmachung vom 23. 5. 1991, BGBl I, 1191.

22) *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, § 1 Rz. 6 ff; *Landfermann*, ZIP 1991, 826 ff; *Smid*, in: *Smid/Zeuner*, GesO, § 1 Rz. 7.

23) Gesetz über die Spaltung von Treuhandunternehmen (Spaltungsgesetz - SpTrUG) vom 5. 4. 1991, BGBl I, 854.

2. Gesamtvollstreckung als eigenständiges Verfahren

Diese grundlegende Entscheidung hat zunächst zu dem wenig erfreulichen Zustand geführt, daß in Deutschland jetzt drei verschiedene, nicht miteinander verzahnte Insolvenzverfahrensgesetze gelten. Auf diese Weise wird die sachgerechte Bearbeitung von Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsverfahren nicht nur den überregional arbeitenden Verwaltern und den Gerichten, sondern insbesondere auch Lieferanten, Kunden, Kreditgebern und sonstigen Beteiligten erschwert, die sich auf teilweise gegensätzliche Abwicklungsgrundsätze, insbesondere bei der Durchsetzung von Sonderrechten, einstellen müssen. 191

Nur langsam hat sich dabei die Erkenntnis durchgesetzt, daß es sich bei der Gesamtvollstreckungsordnung um ein **eigenständiges Insolvenzverfahren** handelt, das sich deutlich von den Abwicklungsvorgaben des Konkurs- und Vergleichsrechts **unterscheidet**, während in der Anfangszeit noch die Neigung bestand, daß umfangreichere Gesetzeswerk der Konkursordnung zur „Vertiefung“ der Gesamtvollstreckungsordnung heranzuziehen und anstelle der in der Gesamtvollstreckungsordnung nicht enthaltenen Vorschriften die gesetzlichen Regelungen der Konkursordnung anzuwenden.²⁴⁾ Selbst noch nach sieben Jahren Erfahrung besteht die Neigung, einer unerwünschten Eigenständigkeit der Gesamtvollstreckung mit der Konstruktion von angenommenen Regelungslücken zu begegnen, die es erlauben sollen, die Bestimmungen der Konkursordnung heranzuziehen.²⁵⁾ 192

Die im Einigungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR dokumentierte rechtspolitische Zielsetzung bestimmt, daß im sogenannten Beitrittsgebiet mit Ausnahme der Regelungen der §§ 207 ff und 214 ff KO die Bestimmungen der **Konkursordnung keine Geltung** erlangen. Der Einigungsvertrag enthält auch keinen Generalverweis, wonach zur Ergänzung oder Auslegung der bei Abschluß des Vertrages bekannten, einfachen, klaren und knappen Bestimmungen der Gesamtvollstreckung die Regelungen der Konkursordnung dienen sollten.²⁶⁾ 193

Durch den Einigungsvertrag ist die Gesamtvollstreckungsordnung mit nur geringen Änderungen in den Rang eines eigenständigen Bundesgesetzes erhoben worden. Sie verfolgt im Zusammenspiel mit dem Gesetz über die Unterbrechung von Gesamtvollstreckungsverfahren (GUG) und den Änderungen durch 194

24) Gottwald, Nachtrag GesO, S. 1; Hess/Binz/Wienberg, GesO, Einl. Rz. 1 ff; Schmidt-Räntsch, DtZ 1990, 344; Kreft, in: RWS-Forum 9, S. 21, 24.

25) Pape, KTS 1996, 231; vor allem Hess/Binz/Wienberg, GesO, Einl. Rz. 1 ff.

26) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, Einl. Rz. 79; Landfermann, in: Festschrift Merz, S. 367, 379 ff.

das Hemmnisbeseitigungsgesetz²⁷⁾ als Insolvenzverfahrensziel auch **wirtschafts-, sozial-, arbeitsmarkt- und strukturpolitische Ziele**.

- 195 So sollte die Gesamtvollstreckungsverordnung mit ihren Nebengesetzen dazu beitragen, den zwar erwarteten, in seinen Ausmaßen aber falsch eingeschätzten Anpassungsprozeß der DDR-Planwirtschaft und den Übergang in eine marktwirtschaftliche Ordnung zu erleichtern, die erwarteten Massenentlassungen zu verlangsamen und den **Rechtsfrieden** in der ehemaligen DDR zu sichern.²⁸⁾

3. Keine Identität zwischen Konkurs und Gesamtvollstreckung

- 196 Bereits vom **Verfahrenszweck** her sind Konkursordnung und Gesamtvollstreckungsordnung **nicht identisch**.²⁹⁾

a) Übertragende Sanierung und Reorganisation

- 197 Werden Probleme der wirtschaftlichen Neuordnung und Anpassung an regionale und überregionale Strukturfragen zu einem eigenständigen Insolvenzverfahrenszweck oder zumindest zu dessen wesentlichen Bestandteil, so verschiebt sich das Spannungsfeld der tradierten Insolvenzverfahrensziele konsequenterweise von der Liquidation durch Einzelveräußerung und der damit verbundenen Zerschlagung hin zur Gesamtverwertung mit dem Ziel einer übertragenden Sanierung oder zur Reorganisation und Sanierung des insolventen Unternehmensträgers selbst.

b) Vergleich ohne Mindestquote

- 198 Als Instrument zur Reorganisation des Rechtsträgers ermöglicht die Gesamtvollstreckungsordnung den Abschluß eines Vergleichs gemäß § 16 GesO zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern, ohne daß Mindestquoten für die nicht bevorrechtigten Gläubiger vorgesehen werden und ohne daß es darauf ankommt, ob der insolvente Schuldner die Rechtswohltat eines Forderungsverzichtes verdient hat, also vergleichswürdig ist.

27) Gesetz zur Beseitigung von Hemmnissen bei der Privatisierung von Unternehmen und zur Förderung von Investitionen (Hemmnisbeseitigungsgesetz - PrHBG) vom 22. 3. 1991, BGBl I, 766.

28) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 1 Rz. 6 ff; Landfermann, ZIP 1991, 826; Smid, WM 1991, 1621 ff.

29) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, Einl. Rz. 35 ff; Smid, in: Smid/Zeuner, GesO, Einl. Rz. 18; Krefl, in: RWS-Forum 9, S. 21, 23 f; Paulus, ZIP 1997, 569, 574 ff; a. A. Hess/Binz/Wienberg, GesO, Einl. Rz. 26.

Die **Abstimmungshürden sind herabgesetzt**, da bei der Summenmehrheit 199 nur auf die Forderungsbeträge der anwesenden Gläubiger (75 %) abgestellt wird. Losgelöst von allen subjektiven Erwägungen wird die Sanierung des Rechtsträgers im Gesamtvollstreckungsverfahren damit zu einer reinen Investitionsentscheidung der am Verfahren beteiligten Gläubiger, die den Nutzen der Sanierung der Liquidationsalternative gegenüberstellen.

c) Sanierung als Verfahrensziel

Die Einbeziehung von wirtschaftspolitischen und arbeitsmarktpolitischen Erwägungen in die von der Gesamtvollstreckung verfolgten Verfahrenszwecke hat zugleich zu einer noch stärkeren Verwirrung des Sanierungsbegriffs geführt, als dies bereits im Geltungsbereich der Konkursordnung oder auch im Rahmen der Diskussion über die Neuordnung des Insolvenzrechts zu beobachten ist. Dies gilt insbesondere für die übertragende Sanierung, die - in den Rang eines eigenständigen Verfahrensziels erhoben - Überlegungen auslöst, notfalls aus der Gemeinschuldnerin heraus eine die Vermögenswerte übernehmende **Auffanggesellschaft** zu gründen, falls im Markt ein solches Interesse nicht besteht.³⁰⁾ 200

d) Übertragende Sanierung und Haftungsverwirklichung

Die übertragende Sanierung mag letztendlich zur Erhaltung der Betriebsstrukturen führen, sie ist jedoch im eigentlichen Sinne keine Sanierung, sondern eine Spielart der Liquidation. Unter den Bedingungen der Gesamtvollstreckung ist daher nicht nur zwischen den Alternativen Einzel- oder Gesamtverwertung abzuwägen, sondern zunächst generell zu prüfen, ob die Möglichkeit der **Sanierung des insolventen Unternehmensträgers**, z. B. über einen Vergleich gemäß § 16 GesO besteht, bevor über die Art und Weise der Verwertung entschieden wird. Schon deshalb kann es primär nicht um die Bildung von Auffanggesellschaften auf Initiative des Verwalters gehen.³¹⁾ 201

e) Verwertungsalternativen

Erst wenn feststeht, daß eine Reorganisation ausscheidet, muß der Verwalter 202 für sich selbst Klarheit gewinnen, welche Vorteile die Gesamtverwertung gegenüber allen anderen Verwertungsalternativen bietet, und zugleich abschätzen, ob es für eine rechtsgeschäftliche Übernahme dieser Vermögenswerte im Unternehmen selbst (Management Buy Out) und/oder im Markt Interessenten

30) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 53; Grub, in: RWS Forum 3, S. 79, 81 f.

31) Zu weitgehend daher die Auffassung von Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 44 ff.

gibt, die prinzipiell davon ausgehen, daß sie bei Übernahme der Vermögenswerte und Aufrechterhaltung und Fortführung des Betriebes in der Lage sind, **rentabel zu wirtschaften** und die Insolvenzursachen in dieser neuen Konstellation nicht nur zu beseitigen, sondern auch auf Dauer zu vermeiden.

4. Betriebsfortführung und Verfahrensziele, gesetzliche Sanierungsförderung

- 203 Auch in der Gesamtvollstreckung ist der Verwalter in erster Linie Sachwalter der Gläubigerinteressen. Für das Unternehmenskonzept, die Kapitalausstattung, die Beteiligungsverhältnisse, die organisatorischen und administrativen Maßnahmen, den Produktionsprozeß und die Vertriebsstruktur einer Auffanggesellschaft trägt der Verwalter **keine Verantwortung**.
- 204 Nicht anders als im Konkurs- kann auch im Gesamtvollstreckungsrecht das Mittel einer Betriebsfortführung durch den Verwalter allen Verfahrenszielen - Liquidation, übertragende Sanierung, Reorganisation - dienen.
- 205 Daß die Betriebsfortführung im besonderen Maße die Erfüllung der **erweiterten rechtspolitischen Zielsetzung** der Gesamtvollstreckungsordnung gewährleistet, liegt auf der Hand, da durch sie der unvermeidbare Absturz eines insolventen Unternehmens zumindest zeitlich verzögert wird und die notwendigen Anpassungsprozesse erleichtert werden. Die gravierenden Unterschiede zwischen Gesamtvollstreckungs- und Konkursordnung liegen daher nicht zuletzt in den rechtlichen Rahmenbedingungen, die Betriebsfortführungen im Geltungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung fördern.

a) Rückstufung von Lohn- und Gehaltsforderungen

- 206 Die im Falle einer Betriebsfortführung vorab zu begleichenden Verbindlichkeiten (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO) sind bei den Personalkosten auf die Lohn- und Gehaltsansprüche der weiterbeschäftigten Mitarbeiter beschränkt. Die Lohn- und **Gehaltsforderungen freigestellter Arbeitnehmer** müssen eine **rangmäßige Rückstufung** hinnehmen (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 GesO).

b) Einstellung der Zwangsvollstreckung

- 207 Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger können bereits im Antragsverfahren eingestellt werden (§ 2 Abs. 4 GesO). Da die vorläufige Einstellung obligatorisch ist, muß sich der die Geschäfte fortführende oder die Fortführung durch den Gemeinschuldner überwachende Sequester um **Störaktionen** einzelner Gläubiger nicht kümmern. Diese Maßnahme sichert das Schuldnervermögen vor „Ausplünderung“, wobei die gerichtlich angeordnete Einstellung die Wirkung eines Vollstreckungshindernisses hat, das von den je-

weiligen Vollstreckungsorganen von Amts wegen zu beachten ist. Bereits begonnene Vollstreckungsmaßnahmen sind gemäß § 775 Nr. 2, § 776 Satz 2 Halbs. 2 ZPO einstweilen einzustellen. Neue Vollstreckungsmaßnahmen dürfen nicht mehr begonnen werden.³²⁾

c) Bereits eingeleitete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

Alle vor der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens eingeleiteten und noch nicht beendeten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen **verlieren** mit Eröffnung des Verfahrens **ihre Wirkung** (§ 7 Abs. 3 GesO). Unabhängig von Anfechtungsfragen kann der Verwalter somit uneingeschränkt auch über solche Anlagegegenstände verfügen, die zugunsten einzelner Gläubiger vor Verfahrenseröffnung gepfändet wurden. 208

Die Gesamtvollstreckungsordnung trifft bezüglich der betroffenen Gläubiger keinerlei Differenzierung. Auch ein vor der Verfahrenseröffnung wirksam erlangtes **Pfändungspfandrecht** unterliegt der Regelung des § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO.³³⁾ Überdies gibt es **keine zeitliche Einschränkung**. Unwirksam werden alle Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die bei Verfahrenseröffnung noch nicht abgeschlossen sind.³⁴⁾ 209

d) Rechtsstellung der Grundpfandrechtsgläubiger

Grundpfandrechtlich gesicherte Gläubiger können in der Gesamtvollstreckung weder abgesonderte Befriedigung verlangen noch ihre Rechte im Wege der Immobiliervollstreckung durchsetzen, sofern es sich um das Betriebsgrundstück handelt, das im Falle der Fortführung weiterhin benutzt wird.³⁵⁾ Diese Auffassung wurde konsequent aus der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers für die Übernahme der Gesamtvollstreckungsordnung und gegen die Einführung der Konkursordnung auf dem Gebiet der ehemaligen DDR entwickelt. Die in der Gesamtvollstreckungsordnung bereits verwirklichten Reformansätze sollten insbesondere dazu führen, dem Verwalter nicht das für eine Betriebsfortführung **notwendige Betriebsgrundstück** zu entziehen. 210

Die Einschränkung der Immobiliervollstreckung durch die dinglich gesicherten Geldkreditgeber hat die Grundfesten der deutschen Kreditwirtschaft ins Wanken gebracht. Auf breiter Front ist diese im Jahre 1996 gegen die Auffas- 211

32) Steder, ZIP 1997, 59, 60; Kreft, in: RWS-Forum 9, S. 21, 26.

33) BGH, Urt. v. 3. 8. 1995 - IX ZR 34/95, ZIP 1995, 1425 m. Anm. Mitlehner, dazu EWIR 1995, 881 (Walker)

34) Steder, ZIP 1997, 59, 61; Kreft, in: RWS-Forum 9, S. 21, 29.

35) LG Memmingen, Beschl. v. 10. 4. 1995 - 4 T 315/95, ZIP 1995, 1537; AG Halle-Saalkreis, Beschl. v. 9. 5. 1995 - 55 L 1 und 3/95, ZIP 1995, 1538, dazu EWIR 1995, 883 (Tintelnot).

sung vorgegangen, daß auch den Gläubigern rechtsgeschäftlich bestellter Grundpfandrechte die Immobilizarzwangsvollstreckung verboten ist und auch für diese Gläubiger nur eine Befriedigung nach Maßgabe des § 12 Abs. 1 GesO in Betracht kommt. Um die damit verbundene Unsicherheit bezüglich der Verwertbarkeit von Grundpfandrechten zugunsten der Kreditwirtschaft zu vermeiden, wird zunehmend eine gesetzliche Regelungslücke angenommen, die einen Rückgriff auf die §§ 47, 126 KO ermöglichen soll.³⁶⁾

- 212 Ohne Rücksicht auf die mit der Fortgeltung der Gesamtvollstreckungsordnung verfolgten gesetzgeberischen Ziele und gegen den Wortlaut des Gesetzes wird mittlerweile zunehmend die Anwendung des § 12 Abs. 1 GesO bei der gesamtvollstreckungsrechtlichen Behandlung von Grundpfandrechten eingeschränkt.³⁷⁾
- 213 Dabei wird überwiegend vom **Ergebnis** her argumentiert. Denn bei wortgetreuer Anwendung des § 12 Abs. 1 GesO hat der Verwalter auch bei belasteten Grundstücken das Wahlrecht, ob er die Grundstücke herausgibt oder die Grundpfandrechte durch Zahlung ablöst. Da die Gesamtvollstreckungsordnung hierzu eine Regelung enthält, ist weder der Rückgriff auf die Vorschriften der Konkursordnung noch der Vorgriff auf die zukünftige Insolvenzordnung zulässig. Vielmehr enthält § 12 Abs. 1 GesO eine eigenständige Regel, bei deren Auslegung allenfalls auf die **Entstehungsgeschichte** der Gesamtvollstreckungsordnung zurückgegriffen werden kann.³⁸⁾
- 214 Die bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung bestehende Rechtsunsicherheit kann und muß den fortführenden Verwalter im Gesamtvollstreckungsverfahren veranlassen, mit den beteiligten Grundpfandrechtsgläubigern eine Vereinbarung zur weiteren Nutzung des Betriebsgrundstückes, notfalls gegen Zahlung einer Nutzungsentschädigung, zu treffen.

e) Funktion des Verwalters

- 215 Die Rechtsstellung des Verwalters gegenüber einem Gläubiger, der gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 GesO einen Herausgabeanspruch an einem sicherungshalber übereigneten Gegenstand oder einer sicherungshalber abgetretenen Forderung geltend macht, ist **wesentlich stärker** als die des Konkursverwalters im Konkursverfahren. Anders als der Konkursverwalter hat der Gesamtvollstrek-

36) Pape, KTS 1996, 231, 245 f.

37) LG Leipzig, Beschl. v. 28. 5. 1996 - 12 T 0127/96, ZIP 1996, 1051, dazu EWiR 1996, 707 (Holzer); LG Potsdam, Beschl. v. 8. 12. 1995 - 1 T 68/95, WM 1996, 1281; OLG Jena, Beschl. v. 13. 2. 1996 - 6 W 172/95, ZIP 1996, 467, dazu EWiR 1996, 309 (Paulus); LG Schwerin, Beschl. v. 7. 7. 1993 - 5 T 101/93, DtZ 1994, 416 = WM 1996, 1282.

38) Lübben/Landfermann, ZIP 1990, 829; dazu auch Nerlich, in: RWS-Forum 9, S. 39.

kungsverwalter die Möglichkeit, die Herausgabe durch **Ablösung** des Pfandrechts mittels Zahlung zu vermeiden.³⁹⁾

Es ist Sache des Gläubigers, seinen Herausgabeanspruch gegen den Verwalter gerichtlich durchzusetzen, der seinerseits lediglich verpflichtet ist, die geltend gemachten Ansprüche einer sorgfältigen eigenen Prüfung zu unterziehen und während dieser Zeit keine Verwertungshandlungen vorzunehmen.⁴⁰⁾ Die Privilegien für Sonderrechtsgläubiger sind somit in der Gesamtvollstreckungsordnung zurückgedrängt. Über die gesetzlich vorgesehene Ablösemöglichkeit liegt das **Verwertungsrecht faktisch beim Verwalter**. 216

f) Einstellung des Verfahrens

Auch ein bereits eröffnetes Verfahren kann eingestellt werden, wenn der Eröffnungsgrund später wegfällt (§ 19 Abs. 1 Nr. 4 GesO). Während des Gesamtvollstreckungsverfahrens besteht die Möglichkeit der Verfahrensunterbrechung sowohl zum Zwecke der Sanierung des insolventen Rechtsträgers durch Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung oder zur Vorbereitung und Durchführung einer Gesamtliquidation durch rechtsgeschäftliche Übertragung des einem Unternehmen zuzuordnenden Vermögensgegenstandes auf einen anderen Rechtsträger (§ 2 GUG). 217

5. Weitergehende Ziele

Mit der Entscheidung zur Übernahme der Gesamtvollstreckungsordnung der DDR für den Bereich des sogenannten Beitrittsgebietes und der damit verbundenen Teilung des deutschen Insolvenzrechts für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung ist der Insolvenzverfahrenszweck über die tradierten Ziele hinaus für einen ursprünglich auf maximal zehn Jahre veranschlagten Zeitraum um **wirtschafts-, sozial- und arbeitsmarktpolitische Gesichtspunkte** erweitert worden. 218

Der durch die Gesamtvollstreckungsordnung dokumentierte Verzicht auf **Gesetzesperfektionismus**, ihre auch dem Laien verständliche Sprache und ihr Vorzug, komplexe Sachverhalte begrifflich und regelungstechnisch zu konzentrieren, ermöglichen und gewährleisten eine flexible und dynamische Verfahrensabwicklung und erleichtern die Aufrechterhaltung und Fortführung des gemeinschuldnerischen Betriebes. Die Betriebsfortführung in der Gesamtvollstreckung ist die rechtspolitisch gewünschte Folge der bewußten Entscheidung 219

39) BGH, Urt. v. 4. 6. 1996 - IX ZR 261/95, ZIP 1996, 1307, 1308, dazu EWiR 1996, 797 (Weitzmann).

40) LG Düsseldorf, Urt. v. 19. 6. 1996 - 5 O 387/95, ZIP 1996, 1309, 1310, dazu EWiR 1996, 983 (Lüke).

für die Zerteilung des deutschen Insolvenzrechts im **Übergangsstadium** bis zur 1999 bevorstehenden Rechtsvereinheitlichung, wobei die Gesamtvollstreckungsordnung weder den Begriff der Betriebs- oder Geschäftsfortführung als solchen verwendet noch ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen oder Art, Umfang und Dauer, die Berichterstattung und die Rechnungslegung regelt. Jedoch ist die Betriebsfortführung als anderweitige Verfügungsmaßnahme i. S. d. § 8 Abs. 2 GesO gesetzlich gedeckt und damit nicht nur - wie im Bereich der Konkursordnung - ein Teilaspekt zur Erreichung des gesetzlichen Verfahrensziels.

6. Zielkonflikte

- 220 Dem Verwalter wird in den neuen Bundesländern bei der Abwicklung von Gesamtvollstreckungsverfahren auch eine wirtschafts- und sozialpolitische Verantwortung als Folge der **historisch einmaligen Situation** der Überleitung einer kollektiven Wirtschaftsordnung in die Bedingungen einer sozialen Marktwirtschaft auferlegt.⁴¹⁾
- 221 Ein Zielkonflikt zwischen den auf Haftungsverwirklichung und zumindest teilweiser Realisierung ihrer bestehenden Forderungen ausgerichteten Gläubigern, den schutzwürdigen Belangen des Schuldners und der besonderen wirtschafts- und sozialpolitischen Verantwortung des Verwalters ist daher häufig unvermeidbar.
- a) **Subventionierung der Betriebsfortführung**
- 222 Mit Eröffnung des Verfahrens verliert der Schuldner bezogen auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung die Verfügungsbefugnis über sein gesamtes pfändbares Vermögen, das der Gesamtvollstreckung unterworfen ist und zu diesem Zweck beschlagnahmt und den Gläubigern zur Haftungsverwirklichung zugewiesen wird. Nicht anders als unter den Bedingungen der Konkursordnung hat der Verwalter auch in der Gesamtvollstreckung im Rahmen seiner Verwaltungs- und Verwertungsbefugnis die Pflicht, dieses Vermögen bestmöglich zu verwerten und zum Zwecke der gleichmäßigen Befriedigung an die Gläubiger auszukehren.
- 223 Der Einsatz des dem Gesamtvollstreckungsbeschluss unterliegenden Vermögens zur Subventionierung einer Betriebsfortführung ist daher nicht zulässig, wenn auf diese Weise ein **Vermögensverzehr** zu erwarten ist.⁴²⁾

41) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 33, 34.

42) Zu diesem Problem: Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 33, 34, die eine Teilsubventionierung zu Lasten der Masse in Erwägung ziehen, solange der Zerschlagungswert als Untergrenze nicht unterschritten wird; Mönnig, in: RWS-Forum 9, S. 43, 53.

b) Verlustabdeckung aus der Vermögenssubstanz

Die Lösung dieses Zielkonflikts entscheidet der Verwalter in der Phase zwischen Verfahrenseröffnung und erster Gläubigerversammlung. Dann ist es Sache der Gläubiger, über die Fortführung oder Schließung des Geschäftsbetriebes zu entscheiden (§ 15 Abs. 5 GesO) und abzuwägen, ob und in welchem Umfang ein **Subventionsbeitrag** aus der Vermögenssubstanz des insolventen Betriebes geleistet werden soll.⁴³⁾ 224

7. Gesamtvollstreckung als Modell

Die Gesamtvollstreckungsordnung ist von den Insolvenzpraktikern begrüßt worden.⁴⁴⁾ Ihre Faszination liegt in dem fehlenden Perfektionismus und den von ihr gewährten Handlungsspielräumen bei gleichzeitiger **Eindämmung von Vor- und Sonderrechten** sowie der rangmäßigen Zurückstufung von Ansprüchen, die der Verwalter auch für die Zeit nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens noch zu erfüllen hat, die ihm aber im Rahmen einer Betriebsfortführung keinen Vorteil bringen, wie dies insbesondere bei freigestellten Arbeitnehmern der Fall ist, die noch bis zum Ablauf ihrer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Kündigungsfristen Masseansprüche haben. Die Gesamtvollstreckungsordnung wurde aus diesem Grund auch als **Modell für ein einheitliches Insolvenzverfahren** in Deutschland vorgeschlagen.⁴⁵⁾ 225

8. Entwicklung der Gesamtvollstreckung nach 1990

a) Allgemeines

Die Insolvenzpraxis muß sich daher zu Recht daran messen lassen, ob und in welchem Umfang sie die gesetzlichen Freiräume der Gesamtvollstreckung auch zur Fortführung eines insolventen Geschäftsbetriebes als probates Mittel zur Verwirklichung der Verfahrensziele nutzt. Bei immer stärkerer Betonung der **Eigenständigkeit** der Gesamtvollstreckungsordnung begann die **Bewährungsprobe** jedoch erst nach 1993, als die Zahl der Gesamtvollstreckungsverfahren auf 1 885 Verfahren anstieg. 226

Demgegenüber haben Gesamtvollstreckungsverfahren in der unmittelbaren Umbruchphase 1991 und 1992 keine Rolle gespielt, obwohl Regierung und Gesetzgeber die Gesamtvollstreckungsordnung und das Unterbrechungsgesetz 227

43) Unzutreffend die Auffassung von Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 15 Rz. 7, wonach die Entscheidungsbefugnis der Gläubigerversammlung keine praktische Bedeutung hat, da es vielfach nur noch um die Bestätigung einer bereits erfolgten Geschäftsschließung gehe.

44) Gravenbrucher Kreis, ZIP 1992, 657.

45) Gravenbrucher Kreis, ZIP 1992, 657, 658.

gerade auf die Bedürfnisse der ersten Umstellungsphase ausgerichtet und ursprünglich ein gerichtlich kontrolliertes Regelverfahren zur Abwicklung notleidender DDR-Betriebe gewollt haben.⁴⁶⁾

b) Abwicklungspolitik der Treuhandanstalt

- 228 Diese Vorgaben kollidierten mit einer im wesentlichen politisch motivierten Grundentscheidung der Treuhandanstalt, deren Aufgabe es war und ist, das ehemals **volkseigene Vermögen der DDR** nach den Grundsätzen der sozialen Marktwirtschaft zu privatisieren und zu verwerten (§ 1 THG).

aa) Liquidation statt Gesamtvollstreckung

- 229 Die Geschäftspolitik der Treuhandanstalt setzte bei nicht überlebensfähigen Betrieben die nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen ablaufende Liquidation an die Stelle des gerichtlich kontrollierten Gesamtvollstreckungsverfahrens. Zu diesem Zweck wurden Liquidatoren, überwiegend Rechtsanwälte aus den alten Bundesländern, requiriert, die oftmals über **keine Abwicklungspraxis** verfügten und nur die Aufgabe hatten, die von der Treuhandanstalt vorgegebenen **Stillelegungsentscheidungen auszuführen**.
- 230 Ohne Rechts- und Fachaufsicht entwickelte sich auf diese Weise eine Abwicklungspraxis eigener Art mit noch nicht abschließend übersehbaren haftungsrechtlichen Folgen für den Staat, wobei die haftungsauslösenden Weisungen der Abwicklungsabteilung der Treuhandanstalt erst sukzessive auch im Zuge von Gesamtvollstreckungsverfahren von privatisierten ehemaligen Treuhandbetrieben erkennbar werden.

bb) Liquidationsmißbrauch und Konkursverschleppung

- 231 Politisch wurde bereits weitgehend der Schlußstrich unter die Abwicklungspraxis der Treuhandanstalt gezogen. Trotz eines vermuteten finanziellen Schadens von 20 - 49 Mrd. DM wird aus übergeordneten politischen Gründen eine Aufarbeitung der einzelnen Liquidationsmißbrauchsfälle unterbleiben.⁴⁷⁾ Allenfalls werden Einzelfälle einer **strafrechtlichen Würdigung** unterzogen.
- 232 Für die Gesamtvollstreckung hat sich die Abwicklungspraxis der Treuhandanstalt verheerend ausgewirkt. Das in ihr liegende **Potential** zur Umsetzung des wirtschaftlichen Anpassungsprozesses wurde **nicht genutzt**, das Gesamtvollstreckungs-Unterbrechungsgesetz (GUG) hat keinerlei Wirkung entfaltet,

46) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, Einl. Rz. 90.

47) Vgl. dazu im einzelnen den Bericht des 2. THA-Untersuchungsausschusses, BT-Drucks. 12/8408, auszugsweise abgedruckt in: ZIP 1994, 1652.

da die Treuhandanstalt ihre Leitungsmacht als Anteilseignerin nach einer kurzen Interimsperiode von wenigen Wochen ausschließlich zur Abwicklung im Rahmen einer stillen Liquidation eingesetzt hat.⁴⁸⁾

Als Folge dieser Politik hat sich die Praxis der stillen Liquidation insbesondere bei insolventen GmbHs in den neuen Bundesländern erhalten. Rechtsgeschäftlich bestellte Liquidatoren versuchen sich an außergerichtlichen Abwicklungen - bestenfalls unter Berücksichtigung gesamtvollstreckungsrechtlicher Kriterien und Rangordnungen -, die sich in vielen Fällen als straf- und haftungsrechtlich relevante **Konkursverschleppung und Gläubigerbenachteiligungen** darstellen und im wesentlichen nur das Ziel verfolgen, den Gesellschaftern oder ihnen nahestehenden Dritten substantielle Vermögenswerte zu übertragen und die Vergütung des Liquidators zu decken. 233

cc) Notwendiger Umdenkungsprozeß

Zugleich hat das Abwicklungswesen der Treuhandanstalt im Bewußtsein der Bevölkerung einen nur schwer auflösbaren Zusammenhang zwischen wirtschaftlichem Zusammenbruch und Stillegung („**plattmachen**“) geschaffen, der Betriebsfortführungen im eröffneten Gesamtvollstreckungsverfahren erschwert, anfangs gar unmöglich gemacht hat, da zunächst ein Bewußtsein für Zulässigkeit und Sinn einer solchen Maßnahme erzeugt werden mußte. 234

9. Fortführungspotential der Gesamtvollstreckung

Erst allmählich haben Öffentlichkeit, Verfahrensorgane und die an einem Insolvenzverfahren beteiligten Gläubiger das in der Gesamtvollstreckungsordnung verankerte Potential erkannt; das die grundsätzlich zulässige und erwünschte Betriebsfortführung ermöglicht und erleichtert und dazu dienen kann, sowohl den Verfahrenszweck der Liquidation durch Einzel- oder Gesamtveräußerung als auch das Ziel der **Sanierung des insolventen Rechtsträgers** über einen Vergleich (§ 16 GesO) zu erreichen. 235

IV. Dynamische Sequestration - Weichenstellung für die Fortführung

Betriebsfortführungen im Konkurs oder in der Gesamtvollstreckung sind praktisch ausgeschlossen, wenn der Geschäftsbetrieb nicht bereits im Sequestrationszeitraum fortgeführt wird. Die Bedeutung der Sequestration als unver- 236

48) Bericht des 2. THA-Untersuchungsausschusses, BT-Drucks. 12/8408, auszugsweise abgedruckt in: ZIP 1994, 1652; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 1 GUG Rz. 11 ff.

zichtbare Sicherungsmaßnahme sowohl im Konkursantrags- als auch im Gesamtsvollstreckungsantragsverfahren ist allgemein anerkannt.⁴⁹⁾

- 237 In ihrer regelmäßigen Ausprägung als Verwaltungssequestration, die zur Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im gerichtlichen Sequestrationsbeschluß auf den ernannten Sequester führt, ist sie nicht in erster Linie statisch, d. h. auf Vermögenssicherung angelegt, sondern **prozeßhaft und damit dynamisch** (oben Rz. 28 ff).

1. Vermögenssicherung durch Fortführung

- 238 Die Vermögenssicherung kann danach auch in der Weiterführung des schuldenrischen Betriebes liegen, häufig gewährleistet allein eine derartige Abwicklungskonzeption innerhalb der Sequestration die **Schaffung von Vermögenssubstanz oder Liquidität**, wodurch die Eröffnung eines Konkurs- oder Gesamtsvollstreckungsverfahrens erst ermöglicht wird.
- 239 Die Fortführung des Geschäftsbetriebes während der Sequestration wird heute allgemein als zulässige Verwaltungs- und Sicherungsvariante anerkannt. Selbst Verwertungshandlungen sind mit Zustimmung des Sequesters und in Ausnahmefällen auch durch den Sequester selbst zulässig, insbesondere dann, wenn nur auf diese Weise der Wert eines Unternehmens erhalten werden kann oder nur so die optimale Vorbereitung des späteren Insolvenzverfahrens gewährleistet ist.⁵⁰⁾
- 240 Im Rahmen einer Verwaltungssequestration kann der Sequester den Geschäftsbetrieb **auch selbst führen**. In jedem Fall hat er die Möglichkeit, dem Schuldner die zur Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlichen Mittel aus eingehenden Geldern zur Verfügung zu stellen.⁵¹⁾ Dazu wird der Sequester regelmäßig in den Sequestrationsbeschlüssen zur Bereitstellung von Geldern zum Zwecke der Betriebsfortführung ermächtigt. Ob er von dieser Ermächtigung Gebrauch macht, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Will der Schuldner rechtsgeschäftliche Verpflichtungen eingehen, die eine Vermögensminderung befürchten lassen, kann der Sequester die hierzu erforderliche Zustimmung und den Einsatz der von ihm verwalteten finanziellen Mittel verwei-

49) Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 282.

50) BGH, Urt. v. 25. 3. 1993 - IX ZR 164/92, ZIP 1993, 687, dazu EWiR 1993, 479 (Smid); BGH, Urt. v. 12. 11. 1992 - IX ZR 68/92, ZIP 1993, 48 = NJW 1993, 1206, dazu EWiR 1993, 71 (Onusseit); OLG Düsseldorf, Urt. v. 13. 12. 1991 - 22 U 202/91, ZIP 1992, 344, dazu EWiR 1992, 493 (Johike); Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 282, 283; ders., KTS 1982, 201; ders., Gläubigerberatung, S. 265; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13c; Jaeger/Weber, KO, § 106 Rz. 12; Koch, S. 86 ff; Gerhardt, ZIP 1982, 1; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 106 Anm. 4; Eickmann, ZIP 1984, 729; Herbert, S. 121; Kilger, KTS 1989, 495, 497; Hanisch, S. 117.

51) Herbert, S. 123.

gern. Auf diese Weise hat der Sequester mittelbar auch die Möglichkeit, die Schließung des schuldnerischen Geschäfts herbeizuführen, obwohl er zur Durchführung einer Stillelegung überwiegend für nicht befugt angesehen wird.⁵²⁾

2. Verpflichtung des Sequesters zur Fortführung

Die Zulässigkeit einer Betriebsfortführung während der Sequestration und die hierzu von Rechtsprechung, Literatur und Praxis entwickelten Grundsätze haben entscheidend dazu beigetragen, den quotalen Anteil der mangels Masse abgelehnten Konkurs- und Gesamtvollstreckungsverfahren nicht weiter ansteigen zu lassen. 241

Der gerichtlich ernannte Sequester ist daher in jedem Fall **verpflichtet**, in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Sequestrationsanordnung zu entscheiden, ob die Weiterführung des schuldnerischen Betriebes zum Zwecke der Werterhaltung und zur Vorbereitung des beantragten Insolvenzverfahrens geboten ist. Entscheidende Bedeutung hat dabei die Weiterführung von begonnenen Dienstleistungen oder Projekten sowie die Verarbeitung von Rohmaterial, Komponenten und Zukaufteilen sowie halbfertigen Erzeugnissen zu Endprodukten.⁵³⁾ 242

Das rechtliche Instrumentarium zur Liquiditätsbeschaffung, zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Strukturen, zur Abwicklung von während der Sequestration begründeten Verbindlichkeiten, zum Zusammenhalt des der Sequestration unterliegenden Vermögens ist vorhanden (vgl. ausführlich oben Rz. 37 ff). 243

Die Prüfung der nur durch Fortführung gewährleisteten Werterhaltung und ihre Umsetzung müssen, sofern der schuldnerische Betrieb nicht bereits bei Anordnung der Sequestration geschlossen ist, **unverzüglich erfolgen**, um die Auflösung der Betriebsstruktur, der Kunden- und Lieferantenbeziehungen und das Auseinanderfallen der Belegschaft zu vermeiden. 244

Wer unter den Bedingungen der dynamischen Sequestration das Mittel der Betriebsfortführung zwecks Werterhaltung nicht berücksichtigt, eingehend prüft und - sofern geboten - umsetzt, **handelt pflichtwidrig**, wenn auf diese Weise der mit der Sequestration verfolgte Sicherungszweck nicht erreicht wird, denn die Fortführung des Geschäftsbetriebes während der Sequestration stellt mitt- 245

52) Jaeger/Weber, KO, § 106 Rz. 12; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13a; Uhlenbruck, Gläubigerberatung, S. 265.

53) Hanisch, S. 117; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 283; Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 47.

lerweile eine **typische Verwaltungsmaßnahme** dar.⁵⁴⁾ Die Verletzung dieser sequestrationsspezifischen Pflicht des Sequesters kann im Falle des Verschuldens in analoger Anwendung von § 82 KO oder § 8 Abs. 1 GesO zur **Haftung** des Sequesters für die daraus entstandenen Schäden führen.

3. Die Möglichkeiten der Kaug-Versicherung

- 246** Ist die Betriebsfortführung durch den **Sequestrationszweck gedeckt**, so ist auch die Inanspruchnahme von Konkursausfallgeld oder gar dessen Vorfinanzierung als notwendiges Mittel zur Aufrechterhaltung der Betriebsstrukturen zulässig.⁵⁵⁾
- 247** Zwar schützt die im Umlageverfahren von den Arbeitgebern zu finanzierende Sozialleistung (Konkursausfallgeld) die betroffenen Arbeitnehmer zunächst nur vor dem Risiko eines Lohnausfalls bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ihres Arbeitgebers.⁵⁶⁾ Gleichwohl ist der Einsatz von Konkursausfallgeld auch zur Betriebsfortführung während der Sequestration zum Zwecke der Vermögenssicherung, zur - wenn auch nur temporären - Erhaltung von Arbeitsplätzen und zur Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten nicht zu beanstanden, wie auch die Durchführungsanweisung der Bundesanstalt für Arbeit zur Anerkennung von Kaug-Vorfinanzierung belegt.⁵⁷⁾
- 248** Allerdings wird der Sequester darauf zu achten haben, daß der maximale Kaug-Zeitraum von **allenfalls drei Monaten** nicht überschritten wird, um die Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer nicht zu schmälern. Er kann dies in der Funktion des meist personengleichen Gutachters gewährleisten, indem er rechtzeitig und damit fristgerecht in seinem Gutachten einen Entscheidungsvorschlag unterbreitet und dabei auch den Zeitpunkt für die Eröffnungs- oder Abweisungsentscheidung empfiehlt und diesen parallel mit der örtlichen Arbeitsverwaltung abstimmt.

4. Weichenstellung für das nachfolgende Verfahren

- 249** Unmittelbar nach Anordnung der Sequestration werden die **Weichen** für Verlauf und Ergebnis des Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens gestellt. Werden die Voraussetzungen für ein rechtlich zulässiges und wirtschaftlich

54) Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 284; Herbert, S. 122; Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 47.

55) BSG, Urt. v. 8. 4. 1992 - 10 RAr 12/91, BSGE 70, 265 = ZIP 1992, 941, dazu EWiR 1992, 731 (Hanau); Hanau, ZIP 1992, 1279; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13n; siehe auch das Muster einer Vereinbarung zur Kaug-Vorfinanzierung in Anhang 8.

56) Die Bundesregierung informiert, Arbeitsbericht 1974, S. 17, 18.

57) Runderlaß 11/92 der Bundesanstalt für Arbeit vom 24. 7. 1992 - III a 5 - 714k, abgedruckt in: ZIP 1992, 1279.

notwendige Betriebsfortführung nicht unverzüglich geschaffen und kommt es als Folge dieses Versäumnisses zu einer Einstellung der Betriebstätigkeit, so sind die Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung und Fortführung des Geschäftsbetriebes in der Regel **ein für allemal verspielt**.

Nur wenn es gelingt, Lieferanten und Kunden, Versorgungsunternehmen und Kooperationspartnern nahezu zeitgleich mit der Kenntnis von der Sequestrationsanordnung auch die Nachricht von der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes zu übermitteln, kann die **Sicherung der innerbetrieblichen Strukturen** und der **außerbetrieblichen Geschäftsbeziehungen** gewährleistet werden. Gelingt es dem Sequester, den Geschäftsbetrieb über die ersten fünf besonders kritischen Tage nach Sequestrationsanordnung aufrechtzuerhalten, so gewährt der dann regelmäßig eintretende kurzzeitige **Stabilisierungseffekt** die Atempause, die es dem Sequester, der Unternehmensführung und den Vertretern der wichtigsten Gläubiger ermöglicht, über eine Gesamtkonzeption für die Abwicklung des Insolvenzverfahrens nachzudenken und die hierzu notwendigen Voraussetzungen zu schaffen.⁵⁸⁾ Dies gilt insbesondere für Sequestrationen im Gesamtvollstreckungsantragsverfahren, da das Gericht hier bereits unmittelbar nach Eingang des Antrags auf Einleitung der Gesamtvollstreckung per Beschluß gegen den Schuldner eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen vorläufig einstellen kann (§ 2 Abs. 4 GesO), was sofort für Ruhe sorgt.

5. Dauer der Fortführung während der Sequestration

Die Länge der eintretenden **Atempause** hängt im wesentlichen davon ab, für welchen Zeitraum bereits Gehalts- und Lohnrückstände bei Anordnung der Sequestration aufgelaufen sind, von einem Faktor also, der dem Einfluß des Sequesters entzogen ist, sofern es nicht ausnahmsweise gelingt, eine Abdeckung dieser Rückstände im Wege einer Sonderfinanzierung vorzunehmen, wobei die Mittel zur Vermeidung einer strafrechtlich relevanten Gläubigerbenachteiligung nicht aus dem sequestrierten Vermögen stammen dürfen. Diese Möglichkeiten bestehen jedoch in der Regel nur in überregional und politisch **bedeutsamen Großverfahren**, bei denen Landes- oder Bundesmittel eingesetzt werden, um einen schnellen Zusammenbruch zu vermeiden.

In der Regel gewährt der gesetzlich vorgegebene Zeitraum bei der Konkursausfallgeldfinanzierung maximal einen Spielraum von drei Monaten. Auch der unter taktischen Gesichtspunkten häufig noch gewählte Weg, das Insolvenzverfahren durch einen Vergleichsantrag einzuleiten, bringt deshalb keinen weiteren zeitlichen Aufschub. Nur die Zeit des Eröffnungsverfahrens kann der vorläufige Vergleichsverwalter oder der Sequester nutzen, einen Abwicklungs-

58) Grub, in: RWS-Forum 3, S. 79, 80.

plan für das Insolvenzverfahren zu erstellen, der auch die Möglichkeiten einer zeitweiligen oder längerfristigen Betriebsfortführung unter Insolvenzbedingungen einbezieht.

6. Gerichtliche Kontrolle

- 253 Die Entscheidung über das weitere Verfahren fällt daher bereits zu einem frühen Zeitpunkt, wenn die Organe der Gläubigerselbstverwaltung (Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuß) noch nicht etabliert sind. Als überwachendes, aber auch begleitendes Verfahrensorgan steht dem gerichtlich bestellten Sequester im Vorverfahren somit nur der zuständige Richter zur Verfügung.
- 254 Die gerichtliche Aufsicht über den Sequester ist daher von besonderer Bedeutung. Zu Recht wird in den Sequestrationsanordnungsbeschlüssen seitens der Gerichte eine kurze Frist von meist nur fünf Tagen für einen ersten Zwischenbericht gesetzt, in dem der Sequester als Folge der strengeren gerichtlichen Kontrolle in der Sequestration, aber auch wegen des Zwangs zu schnellen Entscheidungen über die Möglichkeiten, den Geschäftsbetrieb während der Sequestration zum Zwecke der Werterhaltung oder -bildung aufrechtzuerhalten, zu berichten hat.
- 255 Die Zeit, die durch **Nachlässigkeit, mangelnde Erfahrung oder fehlende Qualifikation** des Sequesters unmittelbar nach Anordnung der Sequestration verspielt wird, läßt sich erfahrungsgemäß nicht mehr aufholen. Auch die erleichterte Abberufung des eingesetzten Sequesters durch das aufsichtsführende Gericht kann Versäumnisse meist nicht mehr korrigieren.⁵⁹⁾

7. Offenhalten der Verfahrensziele

- 256 Der vorläufige Vergleichsverwalter und der Sequester sind meist nicht in der Lage, während der Sequestration bereits einen Sanierungsplan zu erarbeiten.⁶⁰⁾ Der Sequester kann und muß aber die **denkbaren Optionen** zur Erreichung des Sequestrationszwecks sowie der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensziele eines späteren Insolvenzverfahrens bei differenzierter Betrachtung von Konkurs- oder Gesamtvollstreckung berücksichtigen und **offenhalten**, um die Nachteile einer zu frühen Weichenstellung für die konkurs- oder gesamtvollstreckungsmäßige Abwicklung zu vermeiden.⁶¹⁾

59) OLG Köln, Beschl. v. 11. 9. 1986 - 2 W 224/86, ZIP 1986, 1261; AG Halle-Saalkreis, Beschl. v. 30. 8. 1993 - 27 N 63/93, ZIP 1993, 1667, 1669, dazu Pape, EWiR 1993, 885; Koch, S. 149 ff; Herbert, S. 211 ff; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 25; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 2 Rz. 202.

60) A. A. Grub, in: RWS Forum 3, S. 79, 80.

61) Hanisch, S. 124; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 283.

Angstschließungen aus Furcht vor wirtschaftlichen und rechtlichen Risiken, 257
führen zu einer gravierenden Vermögensentwertung, insbesondere im Bereich
des Vorratsvermögens, das dann häufig nur noch mit dem **Schrottwert** zu Bu-
che schlägt.⁶²⁾

In allen Fällen, in denen der Geschäftsbetrieb bei Anordnung der Sequestration 258
noch arbeitet oder ein bereits eingestellter ausnahmsweise noch einmal ange-
fahren werden kann, muß der Sequester alle Optionen durchspielen, um die
am Ende des Eröffnungsverfahrens stehende gerichtliche Entscheidung vorzu-
bereiten und ihre Eignung und Vereinbarkeit mit dem angestrebten Verfah-
renszweck zu prüfen.⁶³⁾

V. Die Insolvenzordnung

- Liquidation, übertragende Sanierung und Sanierung des insolventen Unternehmensträgers als gleichberechtigte Reformziele

Am 1. Januar 1999 wird (soll) die Insolvenzordnung⁶⁴⁾ in Kraft treten. Mit ihr 259
wird die **innerdeutsche Rechtseinheit** durch Schaffung eines einheitlichen In-
solvenzverfahrens herbeigeführt.⁶⁵⁾

1. Die Auseinandersetzung um die Verfahrenszwecke

Der Streit um die Insolvenzrechtsreform war in erster Linie eine Auseinander- 260
setzung um die von ihr verfolgten Verfahrenszwecke. Während die vom frühe-
ren Justizminister Vogel 1978 berufene Insolvenzrechtskommission in ihrem
Abschlußbericht vom Dezember 1984 sowie in dessen Ergänzung aus dem
Jahre 1986⁶⁶⁾ den Schwerpunkt auf die Entwicklung eines **besonderen Reor-
ganisationsverfahrens** zum Zwecke der Sanierung des insolventen Unterneh-
mensträgers zur Vermeidung eines Konkurses legten, betonten zunächst der
Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts vom No-
vember 1989 und der davon nur leicht abweichende Regierungsentwurf vom
November 1991 als Verfahrensziel wieder das Prinzip der **kollektiven Haf-
tungsverwirklichung**, wonach das Insolvenzverfahren zur gleichmäßigen Be-

62) Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 283; Hanisch, S. 108.

63) A. A. Riering, S. 104 ff, der zu diesem Zeitpunkt die spätere rechtliche Absicherung der
dynamischen Sequestration und die damit begründeten wirtschaftlichen Möglichkeiten zur
Sicherung der Verfahrenszwecke nicht kannte und die Entscheidungsfindung daher in die
Zeit nach Eröffnung des Konkursverfahrens verlagert.

64) Insolvenzordnung (InsO) vom 5. 10. 1994, BGBl I, 2866, abgedruckt in: Kübler/
Prütting, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 43 ff.

65) Beule, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 23 ff Rz. 2 - 4.

66) BMJ, Erster und Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, erschienen 1985
und 1986 im RWS-Verlag, Köln.

friedigung der Gläubiger durch bestmögliche Liquidation des Schuldnervermögens führen sollte.⁶⁷⁾

- 261 Der Regierungsentwurf wurde insbesondere von den Insolvenzpraktikern heftig kritisiert und als **sanierungsfeindlich**, allzu **schuldnerfreundlich**, unhandlich und **unpraktikabel** sowie zu **perfektionistisch** charakterisiert.⁶⁸⁾ In dem Verzicht auf ein Vorverfahren sah die Praxis das Ende aller aussichtsreichen Sanierungsbemühungen, da die Betriebsfortführung als notwendige Voraussetzung für jede Form einer Erhaltung der Betriebsstruktur bei sofortiger Eröffnung nicht zu gewährleisten ist. Denn die zur Aufrechterhaltung eines Geschäftsbetriebes benötigte Anlaufliquidität kann ohne Vorverfahren nicht erwirtschaftet und auch kurzfristig nicht durch Fremdfinanzierungen gedeckt werden.⁶⁹⁾
- 262 Damit fiel der Regierungsentwurf hinter die von der Praxis im Rahmen eines langwierigen Prozesses innerhalb der Sequestration geschaffenen Möglichkeiten zurück.
- 263 Die nachhaltige Kritik sowie die Ergebnisse der öffentlichen Anhörung von Sachverständigen und Verbänden in der Sitzung vom 28. April 1993 veranlaßten den Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages zu **substantiellen Änderungen und Ergänzungen**, die insbesondere auch das Vorverfahren betrafen, das jetzt auch dazu dienen sollte, die Fortführungsaussichten mit dem Ziel einer nachhaltigen Sanierung zu prüfen.⁷⁰⁾ Zusammen mit der Regelung, daß ein Verfahren nur eröffnet werden darf, wenn die Kosten des gesamten Verfahrens gedeckt sind, wurden wesentliche Kritikpunkte der Insolvenzpraxis aus der Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises und dessen Alternativentwurf übernommen.⁷¹⁾
- 264 Die Gefahr einer überstürzten Verfahrenseröffnung ist damit beseitigt. Dem vorläufigen Verwalter wird im Vorstadium die Möglichkeit eingeräumt, die Weichen - wie bisher - auf eine Fortführung des Geschäftsbetriebes auszurichten, um die Option für die nunmehr **gleichwertigen Verfahrensziele Liquidation, übertragende Sanierung oder Sanierung des Rechtsträgers** bis zum ersten Berichtstermin offenzuhalten.⁷²⁾
- 265 Der Gesetzgeber und die Befürworter der Reform erwarten einen Wettbewerb der Beteiligten um die beste Abwicklungs- und Verwertungsart ohne Verlet-

67) Begründung RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 77 f, abgedruckt in: *Kübler/Prütting*, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 97 f.

68) *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 1992, 657 ff.

69) *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 1992, 657 ff; *Grub*, ZIP 1993, 393.

70) *Kübler/Prütting*, in: RWS-Dok. 8, Bd. I, S. 5 f.

71) *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 1993, 625.

72) *Kübler/Prütting*, in: RWS-Dok. 8, Bd. I, S. 5 f.

zung der Marktgesetze und ohne Zwangseingriffe in geschützte Rechtspositionen.⁷³⁾

2. Insolvenzplan

Als wesentliches **Deregulierungsinstrument** sieht die Insolvenzordnung in den §§ 217 ff die Möglichkeit vor, den Verfahrensablauf durch einen Insolvenzplan abweichend vom Regelverfahren zu gestalten. Der aus dem amerikanischen Recht übernommene Insolvenzplan ist zumindest vom Begriff her eine Neuerung im deutschen Insolvenzrecht. Er soll an die Stelle von Vergleich und Zwangsvergleich treten, den Verfahrensbeteiligten weite Spielräume für jede Art und Zielsetzung des Verfahrens gewähren, **Typenzwang vermeiden** und Eingriffe in Sonderrechte, aber auch in die Rechte von Gesellschaftern ermöglichen, sofern deren Wert beachtet wird.⁷⁴⁾ 266

Schon der Schuldner kann mit dem Antrag auf Verfahrenseröffnung einen Insolvenzplan einreichen (§ 218 Abs. 1 InsO). In erster Linie soll jedoch der Insolvenzverwalter im Auftrag der Gläubiger einen Plan ausarbeiten, der innerhalb einer angemessenen Frist dem Gericht vorzulegen ist (§ 157 Satz 2, § 218 Abs. 2 InsO). Vom Ansatz her wird der **Insolvenzplan als Sanierungsplan** verstanden. Mit ihm wird die Wiederherstellung der Ertragskraft des schuldnerischen Unternehmens angestrebt, das die Befriedigung bei Sanierung des Unternehmensträgers aus den Erträgen des fortgeführten Unternehmens, im Falle einer übertragenden Sanierung aus dem dadurch erzielten Verwertungserlös darzustellen hat.⁷⁵⁾ 267

Vorbild für den Insolvenzplan ist der in Chapter 11 des US Bankruptcy Code geregelte Reorganisationsplan, über den die Gläubiger gruppenweise abstimmen und der als Ziel gleichermaßen die Sanierung des Unternehmensträgers, die übertragende Sanierung oder die Einzelliiquidation verfolgen kann.⁷⁶⁾ 268

Trotz der bereits in einem frühen Diskussionsstadium kritisierten **unscharfen Verwendung des Sanierungsbegriffes** auch für die sogenannte übertragende Sanierung, die tatsächlich einen Fall der (Gesamt-)Liquidation darstellt, unterscheidet auch die Insolvenzordnung bei dem mittels eines Insolvenzplanes angestrebten Erhalt des Unternehmens nicht zwischen Rechtsträger und dem 269

73) Braun/Uhlenbruck, Vorwort, S. V; Balz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 3 ff Rz. 4.

74) Maus, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707 ff Rz. 1.

75) Begründung RegE InsO, BT-Druck. 12/2443, S. 195, abgedruckt in: Kübler/Prütting, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 446 f.

76) Burger, in: Festschrift Koren, S. 363; Funke, in: Festschrift Helmrich, S. 627; Braun/Uhlenbruck, S. 422 ff.

Unternehmen als Summe aller Strukturen und Vermögenswerte und losgelöst vom jeweiligen Unternehmensträger.⁷⁷⁾

- 270 Auch ohne Insolvenzplan dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners durch Verwertung und Verteilung des Erlöses gemeinschaftlich zu befriedigen, jetzt aber auch unter Einbeziehung einer übertragenden Sanierung. Wenngleich der Insolvenzplan in erster Linie Sanierungsplan sein soll, schließt er die anderen Verfahrensziele der Einzel- oder Gesamtliquidation nicht aus. Ziel des Gesetzes bleibt die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger, entweder im Regelverfahren oder dereguliert im Rahmen eines Insolvenzplans.⁷⁸⁾

3. Unternehmensfortführung bis zum Berichtstermin

- 271 Die Insolvenzordnung bestimmt, daß die **Gläubigerversammlung** über die Stillegung oder vorläufige Fortführung des Geschäftsbetriebs des Schuldners entscheidet (§ 157 InsO). Die Entscheidung wird im **Berichtstermin** getroffen. Will der Verwalter vorher stillegen, so hat er die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen (§ 158 Abs. 1 InsO). Besteht ein Gläubigerausschuß nicht, dann entscheidet der Verwalter nach pflichtgemäßem Ermessen, wobei er jedoch vor Stillegung den Schuldner unterrichten muß, der die Möglichkeit hat, der beabsichtigten Maßnahme mit einem Untersagungsantrag an das Insolvenzgericht zu begegnen (§ 158 Abs. 2 InsO).
- 272 Im Berichtstermin kann die Gläubigerversammlung den Insolvenzverwalter zugleich beauftragen, einen **Insolvenzplan** auszuarbeiten und die Ziele eines solchen Planes zu bestimmen (§ 157 InsO). Die Gläubigerversammlung (Berichtstermin) wird vom Gericht anberaumt und im Eröffnungsbeschluß bestimmt. Der Zeitrahmen beträgt maximal drei Monate bezogen auf den Eröffnungszeitpunkt, wobei eine Frist von sechs Wochen nicht unterschritten werden soll (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Nicht anders als im geltenden Recht, ist der Zeitfaktor von entscheidender Bedeutung. Drei Monate nach Verfahrenseröffnung gibt es nichts mehr zu sanieren, wenn der Betrieb des Schuldners in der Zwischenzeit nicht nahtlos fortgeführt wurde. **Die Weichen werden daher wie bisher im Vorverfahren gestellt.**

77) Balz, S. 1 ff.

78) Begründung RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 108 f, abgedruckt in: *Kübler/Prütting*, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 153 f; *Maus*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 707 ff Rz. 1.

4. Fortführung im Eröffnungsverfahren

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens setzt einen Eröffnungsgrund voraus (§ 16 InsO). Eröffnungsgründe sind die **Zahlungsunfähigkeit** (§ 17 Abs. 1 InsO) und die **Überschuldung** (§ 19 InsO). Wird die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner beantragt, so reicht auch bereits die **drohende Zahlungsunfähigkeit** als Eröffnungsgrund aus (§ 18 Abs. 1 InsO). 273

Damit soll dem Schuldner die Möglichkeit an die Hand gegeben werden, sich bereits auf der ersten Krisenstufe, die nach geltendem Recht keine Konkursantragspflicht begründet, unter den Schutz eines geordneten Schuldenbereinigungs- und Verwertungsverfahrens zu stellen, um noch rechtzeitig rechtliche und wirtschaftliche Gegenmaßnahmen einleiten zu können.⁷⁹⁾ Idealtypisch stellt der redliche und verständige Schuldner nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung den Insolvenzantrag früher als bisher, um auf der Grundlage einer noch nicht restlos aufgezehrten Liquidität, intakter Kunden- und Lieferantenbeziehungen und geordneter innerbetrieblicher Abläufe mit Hilfe eines erfahrenen vorläufigen Insolvenzverwalters ein Gegenkonzept zur Erhaltung der Betriebsstrukturen oder zur Sanierung des angeschlagenen Unternehmensträgers zu erarbeiten.⁸⁰⁾ 274

a) Entscheidungsalternativen

Mit Eingang eines zulässigen Antrags beim zuständigen Amtsgericht als Insolvenzgericht liegt der weitere Verfahrensgang zunächst in dessen Hand. Das Gericht kann den Schuldner hören, der alle zur Entscheidung über den Antrag erforderlichen Auskünfte zu erteilen hat (§ 20 InsO). Reichen dem Gericht die Auskünfte als Entscheidungsgrundlage aus, so kann es den Antrag auf Eröffnung abweisen, wenn das Vermögen die Kosten des Verfahrens voraussichtlich nicht decken wird, es sei denn, es wird ein Verfahrenskostenvorschuß geleistet (§ 26 Abs. 1 InsO). 275

Reicht die Masse nach Auffassung des Gerichtes aus, so kann es das Insolvenzverfahren eröffnen und einen Insolvenzverwalter bestellen (§ 27 Abs. 1 InsO) oder den Weg der Eigenverwaltung wählen, wenn der Schuldner dies beantragt oder der Gläubiger, der den Antrag gestellt hat, zustimmt und diese Anordnung weder zur Verzögerung des Verfahrens noch zu sonstigen Nachteilen für die Gläubiger führt (§ 270 InsO). 276

79) Uhlenbruck, Der Wirtschaftstreuhänder 6/93, S. 16, 20.

80) Karsten Schmidt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 911 ff Rz. 11; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch InsO, Kap. 3 Rz. 248 f.

b) Sicherungsmaßnahmen

- 277 Nach Antragstellung entscheidet das Insolvenzgericht über die notwendigen Maßnahmen, die eine **nachteilige Veränderung der Vermögenslage zu Lasten der Gläubiger verhindern**, nachdem die notwendige Zulässigkeitsprüfung vorausgegangen und abgeschlossen ist (§ 11 InsO). Festzustellen ist auch, ob es sich um einen Eigenantrag des Schuldners oder um den Antrag eines antragsberechtigten Gläubiger handelt (§ 13 InsO). Bei einem Fremdantrag sind das rechtliche Interesse, die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung und der Eröffnungsgrund glaubhaft zu machen (§ 14 Abs. 1 InsO). Vor der Einleitung von Sicherungsmaßnahmen hat das Gericht bei einem zulässigen Antrag den Schuldner zu hören (§ 14 Abs. 2 InsO).⁸¹⁾
- 278 Kann das Gericht nach Anhörung des Schuldners keine abschließenden Feststellungen zur Begründetheit des Antrages und zur Deckung der Kosten des ersten Verfahrensabschnittes treffen, so muß es durch geeignete Maßnahmen dafür sorgen, daß jedwede Beeinträchtigung der Vermögenslage des Schuldners vermieden wird. In Betracht kommen alle Anordnungen, die bereits das geltende Recht im Eröffnungsverfahren kennt (§ 106 Abs. 1 Satz 2, 3 KO; § 2 Abs. 3 GesO; §§ 11 - 13 VglO). Namentlich sieht das Gesetz die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters, den Erlaß eines allgemeinen Verfügungsverbots und die Untersagung von Maßnahmen der Zwangsvollstreckung oder deren einstweilige Einstellung vor (§ 21 Abs. 2 InsO).⁸²⁾

c) Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

- 279 Soll sichergestellt werden, daß ein bei Eingang eines Insolvenzantrags noch arbeitender Betrieb nicht im Zusammenhang mit der unvermeidlichen Publizität und dem im Vorverfahren vorgesehenen gerichtlichen Anordnungen abstürzt, muß zur Wiederherstellung der Handlungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens regelmäßig die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters angeordnet werden. Wählt das Gericht diesen Weg, dann muß es zugleich entscheiden, ob dem Schuldner ein **allgemeines Verfügungsverbot** mit der Folge auferlegt wird, daß die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** über das Vermögen des Schuldners auf den **vorläufigen Insolvenzverwalter** übergeht (§ 22 Abs. 1 InsO).
- 280 Alternativ kommt die Möglichkeit in Betracht, die Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters im Anordnungsbeschluß im einzelnen zu bestimmen, während der Schuldner nach außen handlungsfähig bleibt, wenngleich seine Verfügungen zu ihrer Wirksamkeit der **Zustimmung des vorläufigen Insol-**

81) Vallender, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 209 ff Rz. 17.

82) Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 239 ff Rz. 3 - 7.

venzverwalters bedürfen (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 i. V. m. § 22 Abs. 2 InsO).⁸³⁾

d) Bestimmung einzelner Pflichten

Entscheidet sich das Gericht für die weniger einschneidende Variante, wird sich der vorläufige Insolvenzverwalter weitgehend im Rahmen der bisherigen Sicherungssequestration bewegen, so daß sich die vom Insolvenzgericht zu bestimmenden Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters eng an die Regelungen der vorläufigen Vergleichsverwaltung (§§ 11 - 13 VglO) anlehnen. Dabei kommt auch die Übernahme der Kassenführung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter in Betracht, um eine geordnete Verwaltung der Einnahmen und Ausgaben zu gewährleisten und Vermögensminderungen zu vermeiden.⁸⁴⁾ 281

e) Obligatorische Fortführung im Eröffnungsverfahren

Der vorläufige Insolvenzverwalter, dem gemäß § 22 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen wird, hat das Vermögen des Schuldners nicht nur zu sichern und zu erhalten, sondern dessen Unternehmen fortzuführen, soweit nicht das Insolvenzgericht einer Stillegung zustimmt, um Vermögensminderungen, die erheblich sein müssen, zu vermeiden (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Aber auch dann, wenn das Gericht es dabei beläßt, dem vorläufigen Insolvenzverwalter lediglich bestimmte Aufgaben zu übertragen, ohne daß dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt wird (§ 22 Abs. 2 InsO), ist die Aufrechterhaltung und Fortführung des Geschäftsbetriebs des schuldnerischen Unternehmens nicht ausgeschlossen, wenngleich gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen.⁸⁵⁾ 282

Diese Konsequenz ergibt sich, wie bereits im geltenden Recht, aus der Regelung, daß allein die Gläubigerversammlung im Berichtstermin oder zuvor der Gläubigerausschuß entscheidet, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder fortgeführt werden soll (§ 157 InsO). Entscheidungsgrundlage ist dabei der Bericht des Insolvenzverwalters zur wirtschaftlichen Lage und zu den Aussichten, das Unternehmen im ganzen oder in Teilen zu erhalten (§ 156 InsO). Diese Aufgabenstellung für den Insolvenzverwalter ist unabhängig von der im Vorverfahren getroffenen Entscheidung des Gerichts, bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters, ein allgemeines Verfügungsverbot anzuordnen oder dem vorläufigen Verwalter nur Zustimmungsbefugnisse zu erteilen. 283

83) Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 239 ff Rz. 11 f.

84) Gerhardt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159 ff Rz. 2.

85) Feuerborn, KTS 1997, 171, 184 f.

f) Zustimmungsvorbehalt des vorläufigen Insolvenzverwalters

- 284 In der Praxis liegt hier jedoch die **entscheidende Schnittstelle**, wenn es im Zuge des Insolvenzverfahrens auch um die Fortführung des Geschäftsbetriebes geht. Ein lediglich mit Zustimmungsbefugnissen (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO) ausgestatteter vorläufiger Insolvenzverwalter ist nur beschränkt handlungsfähig. Im Vordergrund steht weiterhin der Schuldner,⁸⁶⁾ der vorläufige Insolvenzverwalter wird zu einem nachgeschalteten Kontrollorgan. Wird auf dieser unsicheren Grundlage ein Geschäftsbetrieb fortgeführt, so sind Konflikte zwischen Schuldner und vorläufigem Insolvenzverwalter vorprogrammiert. Die notwendige Orientierung für alle Beteiligten, ob Lieferanten, Kunden oder Arbeitnehmer, unterbleibt, die jeweiligen Befugnisse und Zuständigkeiten sind insbesondere nach außen kaum vermittelbar, die Notwendigkeit zur fortlaufenden Zustimmung zu einer Vielzahl im Tagesgeschäft anfallender Verfügungen ist nicht praktikabel. Die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsbefugnis wird daher zukünftig nur in den Fällen in Betracht kommen, in denen sich bereits bei Antragstellung die Stillegung abzeichnet oder der Betrieb bereits eingestellt ist.⁸⁷⁾

5. Fortführungszwang als Reformziel

- 285 Die Verpflichtung des mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ausgestatteten vorläufigen Insolvenzverwalters zur **Fortführung des Unternehmens** bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird als **Kernpunkt der Insolvenzrechtsreform** angesehen.⁸⁸⁾ Der Zwang zur Fortführung verfolgt das Ziel, den Verfahrensorganen und allen am Insolvenzverfahren Beteiligten eine sachgerechte Entscheidung über Einzel- oder Gesamtliquidation des Vermögens oder Sanierung des Unternehmensträgers zu ermöglichen. Nur wenn das Insolvenzgericht auf Antrag des Verwalters zustimmt, ist eine Stillegung vor dem Eröffnungszeitpunkt zulässig. Diese - nicht angreifbare - Entscheidung des Insolvenzgerichts setzt voraus, daß der vorläufige Insolvenzverwalter nachvollziehbar und nachprüfbar belegt, daß nur eine sofortige Stillegung eine erhebliche Vermögensverminderung verhindert (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO).
- 286 Mit Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbot es gegen den Schuldner geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über (§ 22 Abs. 1 InsO). Wie im Rahmen der

86) Gerhardt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159 ff Rz. 14; Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 239 ff Rz. 12.

87) Gerhardt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159 ff Rz. 14; Hess/Pape, Rz. 143.

88) Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 285; ders., in: Elschen (Hrsg.), Unternehmenssicherung und Unternehmensentwicklung, S. 210, 220 ff; Krämer, S. 19 ff.

bisherigen Sicherungssequestration obliegt es dem vorläufigen Insolvenzverwalter auch in diesem Fall, das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten. Gleiches gilt für den vorläufigen Insolvenzverwalter, dem nur einzelne Zustimmungsbefugnisse erteilt werden (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 GesO). Auch die Aufgabe, die Deckung der Verfahrenskosten zu beurteilen, ist für beide Varianten der vorläufigen Verwaltung gleich, da das Insolvenzgericht bei Beschränkung der vorläufigen Verwaltung im Regelfall diese Aufgabe gemäß § 22 Abs. 2 InsO auf den vorläufigen Verwalter übertragen wird.⁸⁹⁾

Die wesentlichen Abweichungen vom geltenden Recht stellen die nur dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis **aufgelegten Pflichten zur Fortführung** und die gutachterliche Beurteilung von mittel- bis langfristigen Fortführungschancen dar, die das Insolvenzgericht gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 3 InsO ergänzend anordnen kann. 287

Insgesamt bringt die Neuordnung die Klarstellung, daß eine Geschäftsfortführung im Vorverfahren nicht nur zulässig, sondern im Fall der Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter sogar **obligatorisch** ist. Beabsichtigt ist eine **gesetzliche Sanierungsförderung**; das Schuldnerunternehmen soll **nicht vorschnell stillgelegt** oder zer schlagen werden. 288

6. Entscheidung der Gläubigerversammlung

Die Verpflichtung zur Fortführung wirkt bis zur ersten Gläubigerversammlung über den Eröffnungszeitpunkt hinaus. Will der Insolvenzverwalter vorher stilllegen, muß er für diese Absicht nicht nur die Zustimmung des Gläubigerausschusses, sondern - wenn ein solcher nicht besteht - einen Konsens mit dem Gemeinschuldner herbeiführen. Ist dessen Zustimmung nicht zu erreichen, so bleibt das Insolvenzgericht für eine Stilllegungsentscheidung vor dem Berichtstermin zuständig (§ 158 Abs. 1, 2 InsO). 289

Erreicht das Unternehmen des Schuldners - **fortgeführt und in seiner Substanz erhalten** - den Berichtstermin, so entscheidet die Gläubigerversammlung über den weiteren Fortgang des Verfahrens auf der Grundlage des vom Insolvenzverwalter vorzutragenden Berichts, der sich auch mit den Aussichten, das Unternehmen ganz oder teilweise zu erhalten, zu befassen hat (§ 156 Abs. 1 InsO). Dies setzt notwendigerweise eine eingehende Analyse der Insolvenzursachen und der Möglichkeiten ihrer Beseitigung voraus, und zwar im Hinblick auf die Wiedererlangung der Rentabilität, die Verbesserung der Vermarktungsaussichten sowie auf Art und Umfang der Befriedigungsmöglichkeiten für die Gläubiger. 290

89) Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 239 ff Rz. 13.

- 291 Jeder Beteiligte hat die Möglichkeit, zu dem Bericht Stellung zu nehmen und eigene Abwicklungsvorschläge zu unterbreiten (§ 156 Abs. 2 InsO). Erst danach trifft die Gläubigerversammlung eine Richtungsentscheidung zum weiteren Verfahrensablauf, möglicherweise auch zur Abwicklung über einen Insolvenzplan, abweichend von den Bestimmungen des Regelverfahrens, wobei die Versammlung in weiteren Terminen die Möglichkeit hat, ihre Entscheidungen zu korrigieren (§ 157 InsO).

7. Kritik am Reformgesetz

- 292 Angesichts der im Rahmen von Konkurs- und Gesamtvollstreckungsverfahren oder der vorgeschalteten Sequestration erreichten Abwicklungsstandards hat sich insbesondere die **Insolvenzpraxis kritisch** mit der Reform auseinandergesetzt, und zwar insbesondere mit der Frage, ob das Reformgesetz seinem Anspruch entsprechend sanierungs- und erhaltungsfördernde Auswirkungen entfalten wird und die hierzu notwendige Fortführung des Geschäftsbetriebs des insolventen Schuldners erleichtert.

a) Begrenzte wirtschaftliche Ausrichtung

- 293 Von ihrer Zielsetzung her propagiert die Insolvenzordnung die Gleichwertigkeit der Verfahrensziele Liquidation, Gesamtliquidation mit übertragender Sanierung sowie Sanierung des insolventen Rechtsträgers. Diese Grundmuster der Insolvenzbewältigung sind jedoch überkommen und zudem auch, wenn gleich nicht immer *expressis verbis*, die Verfahrenszwecke des herkömmlichen Insolvenzrechts.⁹⁰⁾
- 294 Wer die Erweiterung der Insolvenzverfahrenszwecke auch um wirtschafts-, sozial- und arbeitsmarktpolitische sowie regionale und überregionale Vorgaben wünscht, mag in der Insolvenzordnung einen Rückfall hinter die von der Gesamtvollstreckungsordnung verfolgten Verfahrensziele sehen.⁹¹⁾

b) Gesamtvollstreckung als Vorbild

- 295 Die überwiegend aus der Praxis stammenden Reformgegner haben bis zuletzt versucht, die Reform zu verhindern. Obwohl der Gesetzgeber wichtige Kritikpunkte berücksichtigt hatte, blieb die Reform aus ihrer Sicht überflüssig, nachdem sich die Praxis das für die Abwicklung von Insolvenzverfahren notwendige Instrumentarium, insbesondere auch zur Verwirklichung von Sanierungsansätzen, mit Hilfe der Rechtsprechung erkämpft hatte und mit der Gesamtvoll-

90) Stürner, in: RWS-Forum 3, S. 41, 43.

91) Pritting, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 183 ff Rz. 60.

streckungsordnung inzwischen ein schlankes, Flexibilität garantierendes und damit geradezu auf die Bedürfnisse von Betriebsfortführungen ausgerichtete Gesetz zur Verfügung stand.⁹²⁾

Nachdem sich am Ende sogar entschiedene Befürworter des Reformgesetzes und damit der "großen" Insolvenzrechtsreform zu einem Sinneswandel und damit zur Übernahme der allerdings noch ergänzungsbedürftigen Gesamtvollstreckungsordnung, also einer nur **"kleinen" Insolvenzrechtsreform**, bekannten, ist es schließlich nur der sich zu diesem Zeitpunkt bereits verselbstständigten "Gesetzesmaschinerie" zuzuschreiben, daß trotz aller Kritik, insbesondere auch in der Anhörung vom 28. April 1993, die Insolvenzordnung und damit die "große" Insolvenzrechtsreform verabschiedet wurde.⁹³⁾

Es ist daher nicht verwunderlich, daß es immer noch Stimmen gibt, die das Inkrafttreten der Reform zum 1. Januar 1999 aussetzen und verschieben wollen, wobei allerdings vorrangig die mit der Reform verbundene erhöhte Kostenbelastung der Bundesländer aufgrund zusätzlich zu schaffender Stellen im Justizapparat angeführt wird.⁹⁴⁾

VI. Erwartungen der Praxis

Die herrschende Insolvenzpraxis hat immer den Abwicklungsweg gesucht, der als Folge einer aktuellen wirtschaftlichen Entwicklung geboten schien, sich dabei allerdings immer zwischen den drei Grundtypen der Insolvenzabwicklung (Liquidation durch Einzelveräußerung, Sanierung durch Gesamtliquidation unter Austausch des Rechtsträgers und Sanierung des Rechtsträgers durch vergleichsweise Einigung) bewegt. Dies wird sich auch unter den Bedingungen der Insolvenzordnung nicht ändern, zumal ein Vorabvollzug ihrer Regelung zum Teil bereits innerhalb der Gesamtvollstreckungsordnung erfolgt, da hier die Schließung von Lücken oder die Bereinigung von Redaktionsversehen auch durch einen Vorgriff auf die Bestimmungen der Insolvenzordnung erfolgt.⁹⁵⁾

1. Dreiteilung nach 1999

Durch das **späte Inkrafttreten** der Insolvenzordnung viereinhalb Jahre nach ihrer Verabschiedung und die Tatsache, daß vorher eingeleitete Insolvenzver-

92) *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 1992, 657.

93) Siehe die Stellungnahme von *Haarmeyer* zu Verlauf und Ergebnis der Anhörung von Sachverständigen und Verbänden im Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages vom 28. 4. 1993, ZIP 1993, 883.

94) Ministerkonferenz der Länder, zit. nach Frankfurter Rundschau vom 11. 8. 1996, S. 5.

95) *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, Einl., Rz. 75; *Kreft*, in: RWS-Forum 9, S. 21, 24 f.

fahren auch nach 1999 noch nach der Konkursordnung oder der Gesamtvollstreckungsordnung abzuwickeln und Rechtsstreitigkeiten nach altem Recht zu entscheiden sind, kommt es tatsächlich nach 1999 zunächst nicht zur Herstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet des Insolvenzrechts, sondern zu einer Dreiteilung, allerdings mit der vorhersehbaren Konsequenz des Austauschs und der Ergänzung. Für die Fortführung des Geschäftsbetriebes ergeben sich keine Auswirkungen, da der Weg bereits innerhalb des herkömmlichen Konkurs- und Vergleichsrechts geebnet und von der Gesamtvollstreckungsordnung erweitert und ausgebaut wurde, so daß die hierzu innerhalb der Insolvenzordnung erlassenen Regelungen letztendlich nur zur Bestätigung einer bei ihrer Verabschiedung bereits gesicherten und zulässigen Abwicklungsvariante führt.

2. Verbesserte Rahmenbedingungen

- 300 Ob das Reformgesetz gewünschte Betriebsfortführungen erleichtert, bestimmen nicht die in ihm enthaltenen Programmsätze und nicht einmal die Verpflichtung des vorläufigen Insolvenzverwalters zur Betriebsfortführung nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Entscheidend sind im einzelnen die den Verfahrensorganen übertragenen Aufgaben und die ihnen eingeräumten Befugnisse, die Behandlung von Vor- und Sonderrechten, die Möglichkeiten zur Sicherung der Anlaufliquidität, das von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen ausgehende Störpotential, die Obstruktions- und Eingriffsmöglichkeiten bestimmter Gläubiger und Gläubigerguppen, die Machtverhältnisse in der Gläubigerversammlung, die Rechte der Arbeitnehmer, insbesondere bei einer übertragenden Sanierung, und die Position der Insider, namentlich des Gemeinschuldners oder bei juristischen Personen seiner Organe oder Gesellschafter.
- 301 Die Fortführung eines Geschäftsbetriebes in der Insolvenz ist auf allen Ebenen mit analytischen, wirtschaftlichen, rechtlichen und administrativen Problemen belastet, die nur zu beherrschen sind, wenn die Zahl der „Nebenkriegsschauplätze“ im normalen Abwicklungsaltag nach dem Motto „Jeder gegen Jeden und alle gegen Einen“ begrenzt und damit überschaubar bleibt.

3. Vorverlagerung der Antragstellung

- 302 Mit der Vorverlagerung des Eröffnungsverfahrens will das neue Insolvenzrecht die entscheidende Voraussetzung für die Vermeidung masseloser Verfahren und Gestaltungsspielräume für eine Betriebsfortführung auch zum Zwecke einer späteren Sanierung schaffen.⁹⁶⁾ § 18 InsO gibt dem Schuldner die Möglichkeit, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits dann zu

96) *Drukarzcyk/Schüler*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 57 ff Rz. 51 - 72.

stellen, wenn er zu der Erkenntnis kommt, daß er voraussichtlich nicht mehr in der Lage sein wird, seine Zahlungsverpflichtungen bei Eintritt der Fälligkeit zu erfüllen. Aus der Sicht der Betriebswirtschaftslehre bedeutet dies, daß bereits im Fall einer Krise der zweiten Stufe, bei drohender Zahlungsunfähigkeit, ein Eigenantrag des Schuldners zulässig ist.⁹⁷⁾

Geänderte gesetzliche Rahmenbedingungen verändern nicht automatisch überkommene Verhaltensweisen. Solange die Insolvenz gesellschaftlich als wirtschaftliches und persönliches Scheitern empfunden wird, bleiben alle Verhaltensmuster darauf ausgerichtet, selbst in aussichtsloser Lage noch um den Erhalt des eigenen Unternehmens auch um den Preis des nutzlosen Verzehrs letzter Ressourcen zu kämpfen. Wirtschaftlich sinnvolle, dem Interesse der Verfahrensbeteiligten dienende Betriebsfortführungen und gelungene Sanierungen haben mehrheitlich nichts an der Einschätzung geändert, daß die Zerschlagung die regelmäßige Folge eines Insolvenzantrags ist. Es wird ein langer Weg, die **Schutzfunktionen** und **Gestaltungsmöglichkeiten** des neuen Insolvenzrechts zu vermitteln. 303

Letztendlich bestimmt immer das magische Viereck - **Produkt, Markt, Management und Finanzen** - die Erhaltungs- und Sanierungschancen, während die rechtlichen Rahmenbedingungen nachrangig sind, wie die Erfahrungen mit der Gesamtvollstreckungsordnung in den neuen Bundesländern zeigen, die einen optimalen Gestaltungsrahmen bietet, der aber erst allmählich für Betriebsfortführungen und darauf aufbauende Sanierungslösungen genutzt wird, weil immer noch die politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen fehlen. 304

4. Eigenverwaltung

Der Schuldner darf nicht zu seinem **eigenen Gerichtsvollzieher** werden. Mit diesem Bild hat der Gravenbrucher Kreis die in der Insolvenzordnung vorgesehene Möglichkeit einer Eigenverwaltung des Schuldners unter Aufsicht des Insolvenzgerichts gezeichnet.⁹⁸⁾ Angesichts der Tatsache, daß in mittlerweile fast 80 % aller Insolvenzfälle strafbare und anfechtbare Handlungen auch im Zusammenwirken von Schuldner und Gläubigern oder sonstigen Verfahrensbeteiligten vorliegen, stellt die Möglichkeit der Eigenverwaltung eine nur schwer nachvollziehbare Entscheidung des Gesetzgebers dar. 305

So wird der geschäftsführende Gesellschafter einer insolventen Kapitalgesellschaft nicht unbedingt bestrebt sein, in der Vermögensübersicht (§ 153 306

97) Vgl. dazu Jahnke, BuW 1996, 193; Uhlenbruck, Der Wirtschaftstreuhänder 6/93, S. 16, 20.

98) Gravenbrucher Kreis, ZIP 1990, 476, 477; Grub, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 513 ff Rz. 27 f.

InsO) Rückgewähransprüche aus Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff InsO) auszuweisen, seine eigenen Verfügungen nach Verfahrenseröffnung als unwirksam zu behandeln (§ 81 InsO), kapitalersetzende Leistungen anzufechten (§ 135 InsO), verdeckte Gewinnausschüttungen aufzudecken oder die nicht ordnungsgemäße Aufbringung oder den späteren Verzehr des Kapitals auszuweisen.

307 Besonders in der Provinz wird die Eigenverwaltung des Schuldners unter Aufsicht eines pensionierten Bankdirektors oder des Steuerberaters als Sachwalter Anziehungskraft entfalten, auch unter dem vordergründigen Aspekt der Kostensenkung. In der Tat wissen Sonderrechtsgläubiger und Gemeinschaftschuldner, was ihnen Verwalterdienste wert sind, insbesondere dann, wenn Schadensersatzansprüche und Rückgewähransprüche aus anfechtbaren Rechtshandlungen im Raum stehen oder Angriffe auf Vor- und Sonderrechte befürchtet werden. Um die Handlungsspielräume des Insolvenzverwalters zu begrenzen, nimmt die Insolvenzordnung den gescheiterten und sich dennoch selbst verwaltenden Schuldner als das kleinere Übel in Kauf.⁹⁹⁾ Dieser Betrachtungsweise werden sich Gläubiger anschließen, die Eingriffe in ihre Rechtspositionen durch den Verwalter vermeiden wollen.

308 Soll ein Betrieb fortgeführt werden, so scheidet Eigenverwaltung schon aus tatsächlichen Gründen aus. Ein insolventer Schuldner ist mit Stellung des Verfahrensanspruchs für weite Verkehrskreise weder **Ansprech- noch Verhandlungspartner**. Falsche Aussagen zur wirtschaftlichen Lage, nicht eingehaltene Zahlungsversprechungen und das mit dem Antrag verbundene Eingeständnis, seine Verpflichtungen nicht mehr erfüllen zu können, haben das Vertrauen in den Gemeinschaftschuldner und seine Glaubwürdigkeit beseitigt. Ein Sachwalter kann dies nicht ausgleichen, wie die Erfahrungen mit der Vergleichsordnung belegen. Wer die Situation zu verantworten wird von den Gläubigern, denen die Entwertung ihrer Eigentumstitel und ihrer Zahlungsansprüche droht, nicht als Gesprächspartner akzeptiert. Denkbar ist allerdings, daß das Instrument der Eigenverwaltung bei deregulativer Abwicklung über einen Insolvenzplan Bedeutung entfalten wird. Dies hängt jedoch generell von der zukünftigen Akzeptanz des Planverfahrens ab.

5. Gesetzliche Sanierungsförderung

309 Die in die Insolvenzordnung neu eingeführte Verpflichtung zur Fortführung des Geschäftsbetriebs im Vorverfahren ist Ausdruck des Reformziels, das die Sanierung gleichrangig als Verfahrenszweck neben die Liquidation eines insolventen Betriebes stellt. Die Gleichwertigkeit ist aber nur zu gewährleisten, wenn die Verfahrensbeteiligten nicht bereits im Berichtstermin vor den vollen-

99) Grub, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 513 ff Rz. 100.

deten Tatsachen eines geschlossenen und bereits weitgehend zerschlagenen Betriebes stehen. Dies setzt Fortführung bis zur Eröffnung und darüber hinaus auch bis zur ersten Gläubigerversammlung voraus, aber auch Zurückhaltung bei der Verwertung der Insolvenzmasse, mit der erst nach dem Berichtstermin begonnen werden soll, soweit die Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen (§ 159 InsO).

a) Stilllegung vor oder bei Antragstellung

Als Folge der zu späten Antragstellung ist der Geschäftsbetrieb gegenwärtig in mehr als der Hälfte aller Fälle bei Eingang des Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsantrags bereits eingestellt. Hier kann auch die Verpflichtung zur Betriebsfortführung nach vorangegangener Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter nichts mehr ändern. Bereits **zusammengebrochene Betriebsstrukturen** lassen sich weder heute noch in Zukunft wieder herstellen. Diese Fälle eignen sich von vornherein nur für eine kurzfristige Sicherungsverwaltung mit baldiger Entscheidung über die Verfahrenseröffnung.¹⁰⁰⁾ 310

b) Desolate Strukturen

Ob die drohende Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzgrund die Schuldner zukünftig in größerer Zahl veranlassen wird, sich frühzeitig unter den Schutz der Insolvenzordnung zu stellen, bleibt abzuwarten. Gegenwärtig dominieren Betriebe und Unternehmen, die bei Antragstellung oder Anordnung der Sequestration, gleichgültig ob es sich um einen Eigenantrag oder einen Fremdantrag handelt, nach längerem Überlebenskampf ausgezehrt und ausgeblutet sind, an deren Spitze ein angeschlagenes Management oder ein demoralisierter und meist selbst wirtschaftlich betroffener Inhaber steht, mit einer verunsicherten Belegschaft, stark belasteten Lieferantenbeziehungen und wankenden Absatzstrukturen. 311

c) Fehlende Liquidität

Die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes **dringend benötigten Liquiditätshilfen** bieten weder die neue Insolvenzordnung noch Begleitgesetze und mit Ausnahme von Großinsolvenzen auch keine öffentlich-rechtlichen Förderungsprogramme. Auch zukünftig wird es daher darauf ankommen, in zulässiger Weise die Möglichkeiten einer Insolvenz(ausfall)geldvorfinanzie- 312

100) Hess/Pape, Rz. 145; Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 239 ff Rz. 16, mit dem zutreffenden Hinweis in Fußn. 34, daß Betriebsstillegungen vor Antragstellung die Regel sind.

zung zwecks Kostenentlastung zu nutzen, eine Eigenfinanzierung über Realisierung von offenen Posten - Debitoren oder auch durch Verwertung nicht mehr betriebsnotwendiger Anlagegüter sowie die Fertigstellung von halbfertigen Erzeugnissen und deren rasche Auslieferung und Fakturierung zu nutzen. Dabei bleibt abzuwarten, ob sich die vorläufigen Verwalter zukünftig zur Vermeidung von unüberschaubaren Handlungs- und Haftungsrisiken nicht veranlaßt sehen werden, frühzeitig und vorsorglich die gerichtliche Zustimmung zur Stilllegung zu beantragen, da das Gericht Zeit zur Überprüfung der Stilllegungsvoraussetzungen benötigt und während eines sehr kurzen Zeitraums - wie bisher - die Entscheidung fallen muß, ob der Geschäftsbetrieb des insolventen Schuldners auch im Vorverfahren fortgeführt werden kann.

6. Zwangsfortführung?

- 313 Kein vorläufiger Verwalter kann - auch wenn ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen worden ist - **gegen seine Überzeugung und gegen seinen Willen** verpflichtet werden, den Geschäftsbetrieb fortzuführen. Zwar gelten die von ihm begründeten und im Rahmen des Vorverfahrens noch nicht regulierten Verbindlichkeiten nach Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 2 InsO). Können diese jedoch aus der späteren Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden, dann kann der Verwalter zum Schadensersatz verpflichtet sein, es sei denn, er kann sich exkulpieren und nachweisen, daß er bei Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, daß die - spätere - Masse voraussichtlich nicht zur Erfüllung ausreichen würde (§ 61 InsO).
- 314 Jeder Sequester findet bei Sequesterationsanordnung leere Kassen und mit Sonderrechten belastetes Vermögen vor. Dies wird sich auch zukünftig zunächst nicht ändern, da es einen **längerfristigen Bewußtseinsänderungsprozeß** erfordert, bis die vom Gesetzgeber gewünschte und erhoffte Vorverlagerung der Insolvenzantragstellung erfolgt. Auch der vorläufige Insolvenzverwalter muß - nicht anders als der heutige Sequester - insbesondere in den unsicheren Tagen nach Verfahrensbeginn grundsätzlich mit einer späteren Massearmut rechnen. Das Haftungsrisiko für den vorläufigen Insolvenzverwalter, dem das Insolvenzgericht unmittelbar nach Eingang des Insolvenzantrags die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen hat, ist daher erheblich.¹⁰¹⁾
- 315 Der zur Fortführung des Geschäftsbetriebes verpflichtete vorläufige Insolvenzverwalter wird schon **unmittelbar nach seiner Ernennung** mit Verpflichtungsgeschäften konfrontiert, die er kurzfristig erfüllen muß, wenn der Geschäftsbetrieb ordnungsgemäß weiterlaufen soll. Die kurzzeitige - wenngleich manchmal auch nur zwei bis drei Tage dauernde - Atempause, die dem Seque-

101) Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 286; Lüke, in: RWS-Forum 9, S. 67, 76.

ster zur Abschätzung der Fortführungschancen und Risiken gewährt wird, sieht die Insolvenzordnung nicht vor, da dem vorläufigen Insolvenzverwalter keine eigene Entscheidung zugebilligt wird, wenn ihm das Gericht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen hat.

Wehrt sich der vorläufige Verwalter im Falle einer nicht gesicherten Betriebsfortführung mit einem Stilllegungsantrag gegen die Fortführungsverpflichtung, so läuft er Gefahr, von den Verfahrensbeteiligten, und hier in erster Linie vom Schuldner, für die Einstellung und den damit verbundenen Zusammenbruch der Betriebsstruktur verantwortlich gemacht zu werden. Führt er zunächst masselos fort und gelingt es auch im weiteren Verfahrensverlauf nicht, die zur Deckung der eingegangenen Verpflichtungen zu erwirtschaften, so droht dem vorläufigen Verwalter das Haftungsrisiko aus § 61 InsO. 316

Die unmittelbare Zwangsfortführung bei Erlaß eines allgemeinen Verfügungsverbotes mit Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Verwalter kann sich daher im Ergebnis ebenso **erhaltungs- und sanierungsfeindlich** auswirken, wie die zunächst im Regierungsentwurf vorgesehene schnelle Verfahrenseröffnung. Hier zeigt sich die mangelnde Verzahnung des erst nach heftiger Kritik aus der Praxis eingeführten Vorverfahrens mit den übrigen Bestimmungen. 317

Das Problem kann nur dadurch gelöst werden, daß die im Eröffnungsverfahren anstehenden gerichtlichen Entscheidungen nicht gleichzeitig ergehen. Erst wenn der vorläufige Insolvenzverwalter die **Möglichkeit zur Fortführung** des Geschäftsbetriebes **signalisiert**, sollte dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt und dem vorläufigen Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mit der Verpflichtung übertragen werden, den Geschäftsbetrieb einstweilen fortzuführen. 318

Der sich aus dem Gesetz ergebende Fortführungszwang wird dazu führen, daß dem vorläufigen Verwalter alle Pflichten aufgebürdet werden, die ein ordentlicher Kaufmann bei der Führung seines Geschäftes zu beachten hat. Dies kann nur zulässig sein, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter als Ergebnis einer eigenen Prüfung zur **Übernahme dieser Verantwortung bereit** ist. In weit stärkerem Ausmaße als bisher werden die Gerichte daher im Vorverfahren in die Verfahrensabläufe involviert; sie werden bei der Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters auch dessen Eignung und Bereitschaft zur einstweiligen Fortführung des Geschäftsbetriebs in ihre Überlegungen einbeziehen und in den ersten Tagen nach dessen Bestellung die Verbindung zu ihm suchen und halten müssen.¹⁰²⁾ 319

102) Prütting, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 183 ff Rz. 63.

7. Fortführungsfördernde Maßnahmen

- 320 Vom rechtspolitischen Ansatz her sollen sich die von der Insolvenzordnung gewährten Rahmenbedingungen sanierungsfördernd auswirken. Dies gilt für die Erweiterung des zukünftigen **Insolvenzausfallgeldes**, das im heutigen Vergleichsverfahren nicht gezahlt wird. Die Möglichkeiten seiner **Vorfinanzierung** werden erleichtert, zumindest geregelt.¹⁰³⁾
- 321 Eine Erhöhung der Masse und damit die Vergrößerung der Chance, eingegangene Verpflichtungen aus Massemitteln zu begleichen, wird durch die **Einbeziehung des Neuvermögens** in die Insolvenzmasse angestrebt (§ 35 InsO).
- 322 Das Selbstverwertungsrecht der **absonderungsberechtigten Mobiliarsicherungsgläubiger** ist beseitigt (§ 166 Abs. 1 InsO), was Ruhe bringen und Fortführungen erleichtern wird.¹⁰⁴⁾ Das Gesetz sieht eine Anwendung dieser Regelungen im Eröffnungsverfahren jedoch nicht ausdrücklich vor, so daß nur eine analoge Anwendung in Frage kommt. Wo die Gesamtvollstreckungsordnung in § 12 Abs. 1 zur Regelung des Ablöserechts des Verwalters einen Halbsatz benötigt, sieht die Insolvenzordnung ein umständliches Unterrichtungs-, Verteilungs- und Kostenberechnungsverfahren vor (§§ 166 - 173 InsO).
- 323 Völlig ungewiß ist, wie sich die **Übertragung der Leitungsmacht** und die Ausrichtung des Insolvenzverfahrens auf die **Großgläubiger** auf die vom Reformgesetz vorgesehenen Gläubigerentscheidungen, insbesondere auch zur Fortführung des Geschäftsbetriebes und zur Ansteuerung von Erhaltungslösungen, auswirken werden.¹⁰⁵⁾
- 324 Bei kontroversen Entscheidungen kommt es zukünftig auf die **einfache Summenmehrheit** an, die oft bereits von ein oder zwei Großgläubigern erreicht wird (§ 76 InsO). Zudem haben Beschlüsse der Gläubigerversammlung zukünftig keine Bestandsgewähr, da sie durch Überprüfung des Stimmrechts (§ 77 Abs. 2 InsO) oder durch nachträgliche Aufhebung eines Beschlusses durch das Insolvenzgericht (§ 78 InsO) beseitigt werden können. Daß Entscheidungen zur Fortführung oder Stillegung eines Geschäftsbetriebes keine Unsicherheit vertragen, versteht sich von selbst.
- 325 Im Arbeitnehmerbereich, insbesondere bei der Einstufung von rückständigen Lohn- und Gehaltsansprüchen, fallen die Regelungen des Reformgesetzes hinter die Bestimmungen der Gesamtvollstreckungsordnung zurück. Alle **Lohn- und Gehaltsansprüche** werden für den Fall der Fortführung des Betrie-

103) Vgl. das Arbeitsförderungs-Reformgesetz (AFRG) vom 24. 3. 1997, BGBl I, 594, siehe dazu auch ZIP-Dokumentation „Das Insolvenzgeld nach dem neuen Arbeitsförderungs-Reformgesetz“, ZIP 1997, 563.

104) Gottwald/Adolphsen, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 805 ff Rz. 76 f.

105) Balz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 3 ff Rz. 44 - 47.

bes zu Masseverbindlichkeiten, also auch die Lohn- und Gehaltsforderungen der freigestellten Mitarbeiter, die in § 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a GesO bislang zurückgestuft sind und daher die Betriebsfortführung liquiditätsmäßig nicht belasten.

Vorteilhaft wird sich die Möglichkeit zur Kündigung von nicht mehr benötigten Arbeitnehmern mit auf **drei Monate abgekürzten Kündigungsfristen** auswirken (§ 113 Abs. 1 InsO). Gleiches gilt für die Möglichkeit, Betriebsvereinbarungen aufzuheben oder vom Verwalter kündigen zu lassen (§ 120 Abs. 1 InsO). 326

Die **Anwendung des § 613a BGB**, insbesondere auf die Fälle der Gesamtliquidation (übertragende Sanierung) im Falle einer Veräußerung durch den Verwalter, ist **sanierungsfeindlich**.¹⁰⁶⁾ Trotz der positiven Erfahrungen mit der Suspendierung der Anwendung des § 613a BGB in den neuen Bundesländern, fällt die neue Insolvenzordnung wieder hinter diesen Rechtszustand - allerdings mit einigen Korrekturen - zurück. So kann die gerichtliche Zustimmung des Arbeitsgerichts zur Durchführung einer Betriebsänderung auch bereits unter Einbeziehung des potentiellen Erwerbers im Falle einer Gesamtveräußerung herbeigeführt werden (§§ 122 ff, 128 InsO). 327

Die Entscheidungsprozesse werden jedoch mit einem Unsicherheitsfaktor belastet, der sich negativ auf die Durchführung von übertragenden Sanierungen auswirken wird. Dies gilt insbesondere für die Regelung, die zu kündigenden Mitarbeiter im **Interessenausgleich namentlich zu bezeichnen** (§ 125 Abs. 1 InsO). Bei diesem „Verrat“ wird kein Betriebsrat mitwirken. Erst nach drei Wochen kann der Verwalter dann beim Arbeitsgericht ein Sammelverfahren zur Prüfung der Wirksamkeit aller von ihm ausgesprochenen Kündigungen einleiten (§ 126 InsO). Auch wenn dieses Verfahren die Nachprüfbarkeit der Sozialauswahl erheblich einschränkt, wird allein der Zeitfaktor unumgängliche Anpassungsmaßnahmen um Monate verzögern. Das Reformgesetz offenbart hier einen Geburtsfehler zu Lasten von übertragenden Sanierungen als gesetzlich vorgegebenem Verfahrenszweck.¹⁰⁷⁾ 328

8. Möglichkeiten und Grenzen des Insolvenzplans

Der Insolvenzplan als Möglichkeit, das Insolvenzverfahren deregulativ über einen „planmäßigen“ Ablauf zu steuern, ist aus dem US-Bankruptcy-Code (Chapter 11) abgeleitet (unten Rz. 587 ff). Danach können die Gläubiger, ohne 329

106) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 17a, 17b; Berscheid, Stichwort "Sanierung/Betriebsfortführung" Rz. 10 f, 15 f; Gravenbrucher Kreis, ZIP 1992, 657 ff; ders., ZIP 1989, 468; EuGH, Urt. v. 25. 7. 1991 - Rs C-362/89, SLG 1991, I-4105 = ZIP 1993, 936, dazu EWIR 1993, 1069 ff (Mönnig); Grub, ZIP 1993, 393.

107) Berscheid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 79, 116.

an die Bestimmungen der Insolvenzordnung gebunden zu sein, auch eine vom Regelverfahren **abweichende Art der Haftungsverwirklichung** beschließen.

a) Keine Beschränkung auf Sanierungsfälle

- 330** Dabei steht der Plan für jede Art der Abwicklung zur Verfügung. Er ist nicht allein auf die Fälle beschränkt, in denen Gläubiger, Schuldner und Verwalter eine Sanierung anstreben.¹⁰⁸⁾

b) Planverfahren und Fortführung

- 331** Im geltenden Recht berichtet der Konkursverwalter in der ersten Gläubigerversammlung über die Ursachen der Insolvenz, über die Lage der Sache und über die bislang ergriffenen Maßnahmen (§ 131 KO). Gleiches gilt für die Berichtspflicht des Verwalters im Rahmen der Gesamtvollstreckung.¹⁰⁹⁾
- 332** Aus dieser Form der Berichterstattung im geltenden Konkurs- und Gesamtvollstreckungsrecht wird im zukünftigen Planverfahren nach der Insolvenzordnung der darstellende Teil (§ 220 InsO). Er bildet die Grundlage für die dann von der Gläubigerversammlung zu treffende Entscheidung über das weitere Verfahrensziel. Dieses kann **gestaltend geregelt** werden, d. h. auch durch Rechtsänderungen zu Lasten einzelner Gläubiger, die darüber in Gruppen abstimmen (§ 243 InsO), wobei in jeder Gruppe (§ 222 InsO) die gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheiten (§ 244 InsO) erreicht werden müssen.¹¹⁰⁾
- 333** Soll das Unternehmen innerhalb des Planverfahrens und darüber hinaus fortgeführt werden, so muß eine Erklärung des Schuldners vorliegen, wonach dieser zur Fortführung des Unternehmens auf der Grundlage des Plans bereit ist (§ 230 InsO).

c) Insolvenzplan und bisheriger Quoten- und Stundungsvergleich

- 334** Die Euphorie, die die Vorstellung vom deregulierenden Insolvenzplan insbesondere beim Gesetzgeber entfacht hat, haben die Insolvenzpraktiker bislang nicht nachvollziehen können.¹¹¹⁾ Alle **denkbaren Abwicklungsvarianten** sind bereits unter den Bedingungen des geltenden Rechts verwirklicht worden.

108) Uhlenbruck, in: Elschen (Hrsg.), Unternehmenssicherung und Unternehmensentwicklung, S. 210, 223; Maus, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707 ff Rz. 7 f; erste Planmuster sind abgedruckt bei Braun/Uhlenbruck, S. 516 f.

109) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 15 Rz. 5b.

110) Maus, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707 ff Rz. 29.

111) Gravenbrucher Kreis, ZIP 1989, 468; ders., ZIP 1992, 657; Grub, in: RWS-Forum 3, S. 79, 91 ff; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, Einl., Rz. 174; Kübler, Vortragsmanuskript, S. 6 ff.

Tatsächlich handelt es sich beim Insolvenzplan um eine Spielart des Quoten- und Stundungsvergleiches bisheriger Prägung.¹¹²⁾

Zum Zwecke einer Verfahrenseinstellung gemäß § 202 KO, zur Herbeiführung eines Zwangsvergleichs (§§ 173 ff KO) oder eines Vergleichs (§ 16 GesO) oder sogar auch zur Durchführung von Vergleichen nach der Vergleichsordnung ist bereits in der Vergangenheit in die gesetzlich vorgegebene Rangordnung oder in die Rechte einzelner Gläubiger im Wege von autonomen Einzelvereinbarungen eingegriffen worden. Vom Rangrücktritt aller oder einzelner Massegläubiger und der Umwandlung ihrer Masseansprüche in bevorrechtigte oder einfache Konkursforderungen, über die Rückstufungen von Vorrechtsforderungen zur einfachen Forderungen bis hin zur Aufgabe von Sonderrechten oder deren Modifizierung sind Einzel- oder Kollektivvereinbarungen auch im geltenden Konkurs- und Gesamtvollstreckungsrecht durchgeführt worden, sofern den Beteiligten die Vorteile einer derartigen Regelung auf der Grundlage einer einvernehmlichen Konzeption über die Verfahrensziele vermittelt werden konnten.

Zur **Haftungsverwirklichung**, aber auch zwecks Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers ist letztendlich **jede Gestaltung denkbar**, die den Gläubigern einen vorteilhaften Zugriff auf das Schuldnervermögen ermöglicht, wobei die Gesamtliquidation und die Reorganisation auch den durch Fortführung erhaltenen Geschäftswert realisieren. Das Instrumentarium, das zur Zweckerreichung eingesetzt wird, ist dabei zweitrangig.¹¹³⁾

d) Bürokratische Diskussions- und Abstimmungsprozesse

Die Einführung des Insolvenzplans führt daher zu keiner qualitativen Änderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand.¹¹⁴⁾ Rechtsänderungen, die mit dem Insolvenzplan angestrebt werden, bedürfen des **Konsenses der beteiligten Gläubiger**, wobei die Diskussions- und Abstimmungsprozesse innerhalb der Gruppen und die anschließende Überweisung des Insolvenzplans an das Insolvenzgericht zur weiteren Behandlung und Überprüfung (§ 231 ff InsO) den Entscheidungsprozeß bürokratisieren und verzögern.

e) Doppelfunktionen

Während die Gläubiger und die Gläubigergruppen über den Plan, die mit ihm verfolgten Ziele, insbesondere auch die Sanierungschancen, kontrovers disku-

112) Kübler, Vortragsmanuskript, S. 6, 8.

113) Balz, S. 13, 14.

114) A. A. Landfermann, BB 1995, 1654; Maus, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707 ff Rz. 1.

tieren, hat der Insolvenzverwalter die Aufgabe, den Geschäftsbetrieb unbeeinflusst und unbeeindruckt von diesem Prozeß fortzuführen. Gläubiger, die am Beratungs- und Verhandlungstisch sitzen, sind dabei als Lieferanten auch an der Fortführung beteiligt. Gleiches kann für Kunden gelten, die aus abgewickelten Geschäften möglicherweise noch Ansprüche im Insolvenzverfahren verfolgen. Ihre Bereitschaft z. B. auch zur Einräumung von Zahlungszielen, zur Erteilung neuer Aufträge und allgemein zur Erbringung von Leistungen für den Geschäftsbetrieb wird auch durch die Diskussion über den Insolvenzplan und die hierbei gewonnenen Erkenntnisse bestimmt oder von einer als ungünstig empfundenen Gruppenabstimmung beeinflusst.

f) Unerwünschte Transparenz

- 339 Alle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, Produktions- und Herstellungsverfahren, Geschäftsideen und Vertriebskonzeptionen sind für eine regelmäßig inhomogen zusammengesetzte Gläubigergemeinschaft, unter denen sich häufig auch Wettbewerber befinden, einsichtig und nachvollziehbar. Aus diesem Grunde werden insolvente Unternehmensträger oder ihr Management es sich überlegen, ob sie das Sanierungsziel über einen Insolvenzplan anstreben oder es beim Regelverfahren belassen.

VII. Funktion der Betriebsfortführung

1. Bedeutung des Verfahrensziels

- 340 Die **Fortführung** eines Geschäftsbetriebes in der Insolvenz ist **niemals Selbstzweck**, sondern allenfalls Mittel zur Verwirklichung eines zulässigen Verfahrensziels sein. Fälschlicherweise häufig nur in Verbindung mit Sanierungsbestrebungen gesehen, kann die Fortführung des Geschäftsbetriebes gleichermaßen auch die spätere Einzel- oder Gesamtliquidation des Unternehmens fördern, teilweise auch erst ermöglichen.
- 341 Die mit der Betriebsfortführung verbundenen Chancen und Risiken sind daher unabhängig vom Verfahrensziel in jedem Verfahren zu prüfen, wenn der Geschäftsbetrieb der Gemeinschuldnerin nicht bereits zu Beginn des förmlichen Insolvenzverfahrens endgültig eingestellt ist. Lediglich die konzeptionelle Anlage einer Betriebsfortführung und ihre voraussichtliche Dauer stehen im engen Zusammenhang mit dem verfolgten Verfahrensziel. Zur Reorganisation des Rechtsträgers ist regelmäßig eine längere Fortführungsphase unter Führung des Insolvenzverwalters erforderlich als im Falle einer nur kurzzeitig angelegten Auslaufproduktion.
- 342 Daß eine gesetzliche Privilegierung der Reorganisation oder der übertragenden Sanierung die Fortführung des Geschäftsbetriebes durch den Insolvenzverwalter zur Verpflichtung erhebt oder zumindest als wünschenswert ausweist, ist

deren notwendige Folge. Dabei ist nicht zu verkennen, daß auch Insolvenzordnungen, die von der Gleichrangigkeit der Verfahrensziele ausgehen, unter dem Druck einer betriebs- und volkswirtschaftlichen Betrachtungsweise das Insolvenzverfahren zunehmend als wirtschaftlich orientiertes, eigenständiges Verfahren zur sinnvollen Bereinigung einer wirtschaftlichen Notlage im öffentlichen Interesse ansehen. Damit löst sich das Insolvenzrecht von seinen historischen Wurzeln und erhält die Funktion eines **kollektiven Schadensbegrenzungsverfahrens mit ordnungspolitischer Ausrichtung**.¹¹⁵⁾

2. Fortführung als eigenständige Erhaltungsmaßnahme?

Verstärkt sich dieser Trend, ist abzusehen, daß die Betriebsfortführung als **eigenständige Erhaltungsmaßnahme** angesehen wird.¹¹⁶⁾ Losgelöst vom überkommenen Gedanken der Haftungsverwirklichung, könnte so ein überpositives Verfahrensziel zum Zwecke der Erhaltung betrieblicher Strukturen durch Fortführung des Geschäftsbetriebes entstehen. Gefördert wird diese Entwicklung durch die in der Insolvenzrechtsreform gestärkte Stellung des Schuldners, dessen schutzwürdige Interessen als Unternehmensträger zu berücksichtigen sind.¹¹⁷⁾

Der Schuldner und ein bestimmter Teil seiner Gläubiger begegnen sich in der gemeinsamen Einschätzung, daß eine Fortführung des Geschäftsbetriebes in jedem Fall einer raschen Liquidation vorzuziehen ist. Für den Schuldner spielen dabei auch psychologische Gründe eine Rolle, da das endgültige Aus in der Form einer Betriebsstillegung als Ausdruck eines wirtschaftlichen und persönlichen Scheiterns vermieden und die Hoffnung auf eine wie auch immer geartete Auffanglösung mit für den Schuldner abgemilderten Konsequenzen genährt wird.

Arbeitnehmer und ihre Gewerkschaften sehen in der Erhaltung der Betriebsstrukturen durch Fortführung des Geschäftsbetriebes ohnehin und ungeachtet aller gesetzlichen Insolvenzverfahrenszwecke das entscheidende Verfahrensziel. Nicht weit davon entfernt liegen die Einschätzungen der Sozialkassen, denen es um die Erhaltung von Beitragszahlern geht, der Bundesanstalt für Arbeit, die in der Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern durch den Insolvenzverwalter auch eine finanzielle Entlastungsmaßnahme sieht bis hin zu

115) *Hanisch*, ZZP 1977, 1, 24; *ders.*, Basler Juristische Mitteilungen 1977, 161, 174 und 179; *Riering*, S. 1 ff, 149 ff, dessen Arbeit den Untertitel „Zur konkursrechtlichen Bewältigung wirtschaftlicher Probleme“, trägt; *Baumgartner*, S. 73 ff; *Uhlenbruck*, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 285.

116) *Uhlenbruck*, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 285.

117) *Henckel*, in: Festschrift Merz, S. 197, 204.

Sonderrechtsgläubigern, die sich von der Fortführung die Aufwertung ihrer Rechte versprechen.

- 346 Von dieser Koalition wird die Fortführung des Geschäftsbetriebes - bestärkt durch die öffentliche Meinung - zunehmend isoliert und ohne Berücksichtigung von Rentabilitätsgesichtspunkten und den Verfahrenszielen betrachtet. Die öffentliche Qualifizierung der Verwalter in „Schließer“ und „Fortführer“ verstärkt diese Sichtweise und den Druck auf die eingesetzten Verwalter, die Mittel-Zweck-Relation zwischen Fortführungs- und Verfahrenszielen aufzuheben und selbst in den Fällen fortzuführen, in denen weder eine Verbesserung des späteren Liquidationserlöses zu erwarten ist, noch die Voraussetzungen für eine Gesamtliquidation geschaffen werden können und an eine Sanierung des Unternehmensträgers von vornherein nicht zu denken ist.
- 347 Wenn ein wirtschaftlich orientiertes Abwicklungsverfahren mit arbeitsmarkt-, sozial- und strukturpolitischer Ausrichtung gewünscht wird, muß der Gesetzgeber eine Änderung der Verfahrensziele herbeiführen. Es kann und darf nicht Aufgabe der in Konkursordnung, Gesamtvollstreckungsordnung und Insolvenzordnung vorgesehenen Organe sein, die **Verfahrenszwecke** unter dem **Druck aktueller wirtschaftlicher Verhältnisse zu verändern**.

3. Vier-Stufen-Modell

- 348 Das Entscheidungsfenster für oder gegen eine Fortführung des Geschäftsbetriebes ist nur für wenige Tage im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Einleitung des Vorverfahrens geöffnet. Auf der Basis des Vier-Stufen-Modells
- **kurzzeitige Fortführung** begrenzt auf den Zeitraum der Sequestration oder des zukünftigen Vorverfahrens (1. Stufe);
 - Fortführung im Rahmen einer **Auslaufproduktion** auch über den Eröffnungszeitpunkt hinaus mit anschließender Zerschlagung (2. Stufe);
 - Fortführung (auch mittel- bis langfristig) mit dem Ziel einer Gesamtliquidation - **übertragende Sanierung** (3. Stufe);
 - dauerhafte Betriebsfortführung zum Zwecke der **Reorganisation** (4. Stufe)

muß in kürzester Zeit die Entscheidung getroffen werden, ob eine dieser Abwicklungs- und Fortführungsstufen in Frage kommt oder die sofortige Liquidation mit dem Vorteil einer schnellen Erlösauskehrung vorzuziehen ist.

- 349 Für die Beurteilung ist in diesem frühen Verfahrensstadium allein der Sequester oder vorläufige Insolvenzverwalter zuständig, der in eigener Verantwor-

tung die Art und Weise einer Geschäftsfortführung und ihre Vereinbarkeit mit einem zulässigen Konkurszweck zu entscheiden hat.¹¹⁸⁾

IX. Zusammenfassung

Die Entscheidung über die Fortführung eines Geschäftsbetriebes im eröffneten Insolvenzverfahren kann nicht von den gesetzlichen Verfahrenszielen getrennt werden. Betriebsfortführung ist nicht Zweck, sondern allenfalls Mittel zur Realisierung eines zugelassenen Verfahrensziels. Diese Verfahrensziele bewegen sich in Deutschland traditionell zwischen Haftungsverwirklichung durch bestmögliche Verwertung des den Gläubigern haftungsrechtlich zugewiesenen Schuldnervermögens durch Liquidation und der Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers durch Vergleich oder der Einstellung des Verfahrens, wobei zukünftig abweichend vom Regelverfahren auch eine deregulative Abwicklung über einen Insolvenzplan bei entsprechendem Konsens der beteiligten Gläubiger möglich wird. Die Gesamtliquidation im Wege der übertragenen Sanierung als eigenständiges Verfahrensziel ist spätestens mit Einführung der Gesamtvollstreckungsordnung anerkannt und erfährt ihre Bestätigung als eigenständiges Insolvenzverfahrensziel durch die Insolvenzordnung. 350

Die einstweilige Betriebsfortführung ist notwendige, aber für sich alleine genommen noch nicht hinreichende Bedingung, um die weitergehenden Verfahrensziele der übertragenden Sanierung und der Reorganisation zu sichern, sofern sich die Gläubiger einvernehmlich darauf verständigen, diese Ziele anzustreben. Die Realisierung dieser Ziele ist jedoch nur möglich, wenn der insolvente Unternehmensträger während der Betriebsfortführung die notwendigen finanziellen, administrativen, rechtlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine Reorganisation schaffen kann oder eine Übernahme des Unternehmens durch rechtsgeschäftlichen Erwerb aus der Konkursmasse durch entsprechende Nachfrage gesichert ist. 351

Aber auch zur Vorbereitung einer ökonomisch sinnvollen Liquidation kann die Betriebsfortführung notwendig und sogar unverzichtbar sein, wenn es nur auf diese Weise gelingt, vorhandene Werte, insbesondere im Umlaufvermögen, zu erhalten und Masseverbindlichkeiten oder vorab zu begleichende Verbindlichkeiten sukzessive im Zuge einer Auslaufproduktion zum Zwecke der Verbesserung des Verfahrensergebnisses abzubauen. 352

Wo nachteilige ökonomische Rahmenbedingungen die Ausweichmöglichkeiten für Arbeitnehmer, Kunden und Lieferanten begrenzen, entsteht die Neigung, allein zur Erhaltung von Arbeitsplätzen und zur Erfüllung allgemeiner wirtschaftlicher und sozialer Interessen Betriebe losgelöst von den Insolvenz- 353

118) Hanisch, S. 129, 130; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 288.

verfahrenszielen fortzuführen. Dies ist mit den gesetzlichen Vorgaben in Deutschland nicht zu vereinbaren. Die Entscheidung zur temporären, vollständigen oder teilweisen, kurz-, mittel- oder langfristigen Erbringung von Produktions- und Dienstleistungen und ihrer Vermarktung, durch die eine Betriebsfortführung in der Insolvenz definiert wird, muß sich in jeder Phase an den Insolvenzverfahrenszielen messen lassen, sofern die Gläubiger im zukünftigen Insolvenzverfahren über den Insolvenzplan nicht eine andere Art der Abwicklung beschließen.

C. Möglichkeiten zur Fortführung und Insolvenzziele im internationalen Vergleich

I. Vorbemerkung

Mit Ausnahme des italienischen Konkursrechts stammt das europäische Konkursrecht aus der Epoche vor Beginn des Industriezeitalters. Parallel, aber dennoch beziehungslos wurden die Konkursgesetze in Europa in der Mitte oder am Ende des vorigen Jahrhundert konzipiert und erlassen.¹⁾ Entsprechend dieser zeitlichen Eingliederung basieren die **europäischen Konkursgesetze** auf der Konzeption des klassischen **Liquidationskonkurses**.²⁾ 354

Gemeinsam - wenn auch mit unterschiedlicher Intensität - wurden die europäischen Staaten von den Auswirkungen der Weltwirtschaftskrise des Jahres 1929 getroffen. Als Folge zahlloser Firmenzusammenbrüche und schnell wachsender Arbeitslosenzahlen versuchten sie, durch isolierte Einzelmaßnahmen ihre ausschließlich auf Liquidation ausgerichteten Insolvenzordnungen zu ändern, wobei - wie in Deutschland durch den Entwurf der Vergleichsordnung - der Sanierungs- und Erhaltungsgedanke als Insolvenzverfahrenszweck in den Vordergrund geschoben wurde. Das vom amerikanischen Präsidenten Herbert Hoover am 30. Juni 1931 einseitig zugunsten der europäischen Schuldnerstaaten verkündete Moratorium, das diese vor dem finanziellen Zusammenbruch bewahrte, diente dabei wegweisend und vorbildhaft. 355

Die durch den Weltkrieg unterbrochenen Reformbestrebungen wurden nach dem Krieg europaweit zunächst nicht wieder aufgegriffen. Ständiges Wirtschaftswachstum und Vollbeschäftigung in den westeuropäischen Staaten führten zwar nicht zur vollständigen Vermeidung von Insolvenzen. Da die Zahlen sich jedoch in einem überschaubaren Rahmen hielten, wurden diese als Ausdruck unumgänglicher Reinigungs- und Konsolidierungsprozesse begriffen, für deren Abwicklung ein auf Liquidation ausgerichtetes Konkursrecht ausreichte.³⁾ 356

Keine abstrakten rechtspolitischen Überlegungen und Diskussionen, sondern Sachzwänge führten nach 1974 als Folge der ersten schweren Nachkriegsrezession, ausgelöst von der sog. Ölkrise, zunächst zu einer Flut von Insolvenzen und hoher Arbeitslosigkeit und anschließend weltweit zur Diskussion über Inhalt und Umfang der dringend gebotenen Anpassung überalterter Konkurs- und Vergleichsordnungen. Auch ohne supranationale Lenkung oder Koordination verschoben sich in allen betroffenen Staaten die Insolvenzverfahrenszwecke, 357

1) Dölle, in: Schlegelberger (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, S. 71.

2) Arnold, ZIP 1985, 321, 333.

3) Doebling, KTS 1974, 15.

indem unter stärkerer Betonung wirtschafts- und sozialpolitischer Überlegungen das Ziel der Unternehmenssanierung sowohl in der Form einer übertragenden Sanierung bei Austausch der Rechtsträger als auch der Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers in den Blickpunkt rückte.

II. Übereinkommen statt Einheitslösung

- 358 Die zeitgleichen Reformbestrebungen führten zwangsläufig zu der Überlegung, europaweit oder zumindest für den Bereich der Europäischen Gemeinschaften das Insolvenzrecht nicht zuletzt auch zur Erleichterung grenzüberschreitender Konkursabwicklungen zu vereinheitlichen. Ergebnis dieser Überlegungen war der 1980 vorgelegte Entwurf eines **EG-Konkursübereinkommens**.⁴⁾

1. Einheit und Universalität statt Territorialität

- 359 Zielsetzung des Entwurfs war die Herstellung von Einheit und Universalität im Geltungsbereich des Übereinkommens in Abgrenzung zur Territorialität.⁵⁾ Gegenüber den jeweiligen Insolvenzverfahrenszwecken in den nationalen Insolvenzrechten der Mitgliedstaaten, verhielt sich der Entwurf neutral, wenngleich die Aussetzung einer Liquidation im Sekundärverfahren und die Möglichkeiten zum Abschluß verfahrensbeendender Vergleiche ausdrücklich vorgesehen war (Art. 26, 27).

2. Universalität des Hauptinsolvenzverfahrens

- 360 Die Einheitslösung ist an der **Inhomogenität** der einzelnen Rechtsordnung und ihrer Verwurzelung in **verschiedenen Rechtstraditionen** gescheitert. Als Zwischenstufe auf dem langen Weg zur Harmonisierung wurde Ende 1995 ein Europäisches Insolvenzübereinkommen verabschiedet und von allen Mitgliedstaaten - mit Ausnahme von Großbritannien - innerhalb der Zeichnungsfrist (23. Mai 1996) unterzeichnet.⁶⁾
- 361 Auf dem zur Zeit kleinsten gemeinsamen Nenner wird dabei die Anerkennung der Auslandswirkungen von Insolvenzverfahren (Universalitätsprinzip) geregelt. Dies geschieht in der Weise, daß parallel oder nachgeschaltet zum Hauptinsolvenzverfahren territoriale und nationale **Sekundärinsolvenzverfahren** durchgeführt werden, die von ihrer Ausrichtung her den Bedürfnissen und

4) Entwurf eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren, abgedruckt in: ZIP 1980, 582.

5) Hanisch, ZIP 1994, 1.

6) Europäisches Übereinkommen über Insolvenzverfahren vom 23. 11. 1995, abgedruckt in: ZIP 1996, 976.

Zielsetzungen des Hauptinsolvenzverfahrens untergeordnet sind und sich grundsätzlich als Liquidationsverfahren darstellen.⁷⁾ Die **Gleichsetzung von Einheit und Universalität** ist aufgehoben. Geregelt wurde eine universelle Wirkungserstreckung ausländischer Insolvenzverfahren auf das im jeweiligen europäischen Inland befindliche Vermögen des Schuldners.⁸⁾

Für Betriebsfortführungen sowohl im Hauptinsolvenz- als auch im Sekundärinsolvenzverfahren und deren Koordination gibt das Übereinkommen nichts her. Es verhält sich im Hinblick auf die anerkannten Insolvenzverfahrensziele wie sein Vorläufer neutral. Als verfahrensbeendende Maßnahmen werden allerdings Sanierungsplan, Vergleich oder vergleichbare Maßnahmen für das Sekundärverfahren ausdrücklich anerkannt, wobei die Initiative vom Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens ausgeht (Art. 34). 362

3. Koordination und Kooperation

Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, daß der Erfolg der Abwicklung im Falle einer Verfahrensmehrheit letztendlich von der Koordination der parallel laufenden Verfahren und der Kooperation der jeweiligen Verfahrensorgane abhängt.⁹⁾ Bei den Verfahrenszielen herrscht das Hauptinsolvenzverfahren oder das nationale Recht, unter dessen Geltung das Verfahren eingeleitet und eröffnet wird. 363

4. Insolvenzordnung und Übereinkommen

Nach Art. 49 tritt das EU-Übereinkommen am ersten Tag des sechsten Monats in Kraft, der auf die Hinterlegung der Ratifizierungsurkunde durch den letzten unterzeichnenden Vertragsstaat erfolgt. Da noch nicht alle europäischen Staaten unterzeichnet haben und in Deutschland noch kein Ratifizierungsgesetz erlassen wurde, bleibt es vorläufig im Bereich der Anerkennung von ausländischen Insolvenzverfahren bei der Rechtsspaltung (§§ 237, 238 KO und § 22 GesO), die 1999 durch Art. 102 EGIInsO aufgehoben wird, was allerdings nur für Verfahren gilt, die nach dem 31. Dezember 1998 beantragt werden.¹⁰⁾ 364

7) Balz, ZIP 1996, 948; Prütting, ZIP 1996, 1277, 1278.

8) Hanisch, ZIP 1994, 1; Balz, ZIP 1996, 948; Prütting, ZIP 1996, 1277, 1278.

9) Hanisch, ZIP 1994, 1, 8.

10) Lüer, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1217 ff Rz. 6 ff.

VI. Niederlande

1. Allgemeines

- 365 Das niederländische Insolvenzrecht (Faillissementswet) stammt aus dem Jahre 1893 und enthält im ersten Abschnitt Titel I den Konkurs (Faillissement) mit den Artikeln 1 - 212 Fw und in Titel II das Zahlungsmoratorium (Surséance van betaling) in den Artikeln 213 - 284 Fw. Im zweiten Abschnitt unter Titel II ist der Vergleich (Akkoord) geregelt, der gleichzeitig oder nach einem Zahlungsmoratorium beantragt werden kann (Art. 252 Fw).
- 366 Eine Besonderheit des niederländischen Rechts und ein weltweites Unikat stellt die sogenannte **Abkühlungsperiode** (Afkoelingsperiode) dar, die sowohl unter den Bedingungen des Konkurses (Art. 63a Fw) als auch im Rahmen eines Zahlungsmoratoriums (Art. 241a Fw) angeordnet werden kann.
- 367 Das bürgerliche Gesetzbuch (Burgerlijk Wetboek) enthält seit dem 1. Januar 1992 in Buch III (Allgemeines Vermögensrecht) Neuregelungen zum Eigentumsvorbehalt (Art. 92 ff BW) sowie zum Hypotheken- und Pfandrecht (Art. 227 ff BW) neue Bestimmungen, die sich auf die Abwicklung von Konkursen und Zahlungsmoratorien auswirken. Gleiches gilt für einzelne Bestimmungen in Buch V (Sachenrecht) sowie Buch VI (Allgemeines Schuldrecht) und für Kapitel IV in Buch VII (Mietrecht).¹¹⁾

2. Sinkende Insolvenzzahlen

- 368 In den Niederlanden sind die Insolvenzzahlen seit 1994 kontinuierlich um insgesamt 16,2 % auf 5 600 Insolvenzfälle im Jahr 1996 zurückgegangen. Die höchste Steigerung hatten die Insolvenzzahlen in diesem Land im Jahre 1993 erreicht, als insgesamt 6 428 Fälle gezählt wurden, was im Vergleich zum Vorjahr einen Anstieg von 27,4 % bedeutete.¹²⁾
- 369 Das in Heerlen ansässige Amt für Statistik betreibt eine sehr differenzierte Insolvenzdarstellung, die nicht nur zeitlich und regional gegliedert wird, sondern auch Tabellen zur Anzahl der betroffenen Mitarbeiter und zum Alter der insolventen Betriebe enthält. Danach werden 12 % aller insolventen niederländischen Betriebe nicht einmal zwei Jahre alt. Nahezu 20 % aller Insolvenzfälle betreffen Unternehmen im zweiten bis vierten Jahr ihrer Existenz. Bemerkenswert ist auch, daß die Zahl der Existenzneugründungen in den Niederlanden 1996 siebenmal größer war als die Zahl der Insolvenzen.¹³⁾

11) Mincke, in: van Maanen/van der Welt (Hrsg.), Property Law on the Threshold of the 21st Century, S. 651, 652.

12) Creditreform, Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa, S. 15.

13) Centraal Bureau voor de Statistiek, Bericht vom 31. 3. 1997, S. 2 ff.

Eine noch bessere Insolvenzbilanz für 1996 wurde allein durch den Konkurs des Flugzeugbau-Unternehmens Fokker verhindert. Der Abbau von fast 6 000 Arbeitsplätzen schlägt sich in einem Anstieg der 1996 verlorenen Arbeitsplätze auf 35 000 im Vergleich zu 32 000 im Jahre 1995 nieder. Gläubiger insolventer niederländischer Unternehmen mußten 1996 einen Verlust von 5,2 Mrd. Gulden verbuchen, was trotz des Fokker-Konkurses einen leichten Rückgang gegenüber dem Vorjahr (5,5 Mrd. Gulden Forderungsverluste) bedeutet. 370

Ökonomisch haben sich die Niederlande von der europäischen Rezession abkoppeln können. 1996 betrug das Wachstum des Bruttoinlandproduktes 1,5 %. Die Arbeitslosenquote ist unter die 7 %-Marke gesunken. Die Staatsquote konnte von 45,3 % auf 44 % gesenkt werden. 371

Die vergleichsweise günstige ökonomische Lage spiegelt sich in den sinkenden Insolvenzzahlen wider. Aber auch die 1992 eingeführte Abkühlungsperiode wird - nach einer Anlaufzeit von einem Jahr - gleichermaßen für die sinkenden Insolvenzzahlen in den Niederlanden verantwortlich gemacht. 372

3. Französische Wurzeln

Das niederländische Recht hat seine Wurzeln im französischen Recht, was die Niederlande allerdings nicht veranlaßt hat, die rechtspolitischen Ansätze des französischen Insolvenzverfahrens zu übernehmen. Traditionell geht das niederländische Insolvenzrecht im Interesse der Gläubiger von dem Verfahrensziel der Haftungsverwirklichung durch Liquidation aus. Dabei werden aber **übergeordnete Verfahrensziele**, wie der Erhalt von Arbeitsplätzen, gleichermaßen berücksichtigt wie die schutzwürdigen Interessen von gesicherten Gläubigern.¹⁴⁾ 373

4. Ermächtigung zur Betriebsfortführung

Auch innerhalb des Liquidationskonkurses sieht das niederländische Konkursrecht die **ausdrückliche Befugnis** des Konkursverwalters (curator) **zur Fortführung** des schuldnerischen Betriebes vor, sofern der Gläubigerausschuß oder der rechter-commissaris zustimmt (Art. 98 Fw). 374

Zur Vermeidung des Konkurses können Betriebe und Unternehmen in der Krise ein Zahlungsmoratorium verbunden mit einem Vergleich beantragen, dessen Ziel die Erhaltung des Unternehmensträgers ist. Unter Aufsicht eines oder mehrerer Verwalter (bewindvoerder) wird der Geschäftsbetrieb während der Dauer des Moratoriums fortgeführt, wobei der Schuldner zur Begründung 375

14) Arnold, ZIP 1985, 321, 333.

von Fortführungsverbindlichkeiten auf die Mitwirkung des Verwalters angewiesen ist (Art. 231 Abs. 3 Fw).

5. Verlauf und Ergebnis der Reformdiskussion

a) Der Bericht der Maas-Kommission

- 376 Der Anstieg der Insolvenzzahlen zu Beginn der 80er Jahre führte auf der Jahresversammlung der Handelsrechtlichen Vereinigung im Jahre 1983 zur Errichtung einer Kommission, die nach ihrem Vorsitzenden *P. C. Maas*, dem ehemaligen Präsidenten der nationalen Investitionsbank, benannt wurde. Die Kommission stellte das Ergebnis ihrer Untersuchung der Handelsrechtlichen Vereinigung am 15. Februar 1985 vor und forderte ein **Gesetz zur Reorganisation und Wiederherstellung** von Unternehmen. Aufgrund der vorgesehenen Eingriffe in gesicherte Rechtspositionen der betroffenen Gläubiger wurde der Kommissionsbericht insbesondere von den niederländischen Banken scharf kritisiert.

b) Der Bericht der Mijnsen-Kommission

- 377 Die **Kritik** an den Vorschlägen der Maas-Kommission veranlaßte den niederländischen Justizminister eine zweite Kommission zusammenzustellen, die nach ihrem Vorsitzenden *F. H. J. Mijnsen* benannt wurde, der wie sein Vorgänger aus dem Kreise der Banken stammt. Auch der Bericht der Mijnsen-Kommission befaßt sich in erster Linie mit den Möglichkeiten, ein **insolventes Unternehmen zu erhalten und fortzuführen**. Die Reformüberlegungen der Kommission beziehen sich daher nahezu ausnahmslos auf das Zahlungsmoratorium, während der Konkurs mit Liquidation und Zerschlagung gleichgesetzt wird.¹⁵⁾
- 378 Der Bericht der Mijnsen-Kommission greift einen Vorschlag von *Maas* auf, der empfohlen hatte, Betrieben, die sich in ernstlichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden, eine **Ruheperiode einzuräumen**.

aa) Aussetzung der Gläubigerrechte

- 379 Der Reformvorschlag der Mijnsen-Kommission fordert die **Aussetzung der Rechte aller Gläubiger** gegen den Schuldner während der Zeit des Zahlungsmoratoriums, und zwar unter Einschluß der Gläubiger mit Vorrechtsforderungen (preferente vorderingen) der Separatisten (absonderungsberechtigte Gläubiger) sowie der Gläubiger mit dinglichen Sicherheitsrechten (*zakelijk zekerheidsrechten*), während nach geltendem Recht das Zahlungsmoratorium nur

15) *Meeter*, in: *nibe* 1992, S. 5, 6; *van der Aa*, *TvI* 4/95, S. 72.

die Gläubiger mit ungesicherten Forderungen (concurrente vorderingen) betrifft.

Für die Kommission steht die Erhaltung des Unternehmens im Vordergrund. Ziel des Zahlungsmoratoriums in Verbindung mit einem Vergleich ist nicht mehr in erster Linie die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger (Art. 218 Abs. 4 Fw), sondern die Wiederherstellung der Ertragskraft des insolventen Unternehmens.¹⁶⁾ 380

Die Kommission zieht mit ihrem Vorschlag die Konsequenz aus der Erkenntnis, daß unter den Bedingungen des Zahlungsmoratoriums die gesicherten Gläubiger in der Lage sind, die Fortführung eines Geschäftsbetriebes zeitlich zu blockieren, sofern Schuldner und Verwalter die Rechte dieser Gläubiger nicht durch Zahlung ablösen können. Dabei geht es jedoch im Kern immer nur darum, die Ausübung der Rechte **zeitlich auszusetzen**, während Eingriffe in die Rechtspositionen selbst nicht beabsichtigt sind.¹⁷⁾ 381

bb) Finanzierungshilfen

Der Bericht der Mijnsen-Kommission geht davon aus, daß die Aussetzung der Rechte der Vorrechts- und Sonderrechtsgläubiger allein nicht ausreichend ist, um die Voraussetzungen für eine Betriebsfortführung während des Moratoriums zu schaffen. Vielmehr sollen darüber hinaus finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt werden, um die Betriebsfortführung abzusichern. Dieses Ziel soll nach den Vorstellungen der Mijnsen-Kommission erreicht werden, indem es Banken untersagt wird, Forderungen, die ihnen zur Sicherheit für gewährte Kredite abgetreten worden sind, während des Moratoriums einzuziehen. Ferner soll es den Kreditgebern untersagt werden, Darlehensverträge während eines Moratoriums zu kündigen. Auch Kündigungen, die 14 Tage vor Anordnung des Zahlungsaufschubs ausgesprochen worden sind, sollen nichtig sein, um zu verhindern, daß Banken und Sparkassen in Kenntnis oder Erwartung eines Moratoriums Kredite kündigen. 382

cc) Neuordnung der Machtverhältnisse

Der Kommissionsbericht erwartet, daß der Schuldner oder das Management des insolventen Betriebes und der oder die Verwalter während des Zahlungsmoratoriums **gemeinschaftlich für das Unternehmen handeln** und damit zur Zusammenarbeit verpflichtet und gezwungen sind. Wird das Moratorium mit einem Vergleichsvorschlag zwecks Reorganisation des insolventen Unternehmens verbunden, sieht der Kommissionsvorschlag die Einbeziehung der Inha- 383

16) Meeter, in: nibe 1992, S. 5, 18.

17) Meeter, in: nibe 1992, S. 5, 7 ff.

ber oder Anteilseigner sowie der Arbeitnehmer vor, deren Einfluß zu Lasten der beteiligten Gläubiger verstärkt wird.

- 384 Allerdings beläßt es der Kommissionsvorschlag dabei, Konkurs und Moratorium in einem gemeinsamen Konkursgesetz zu regeln. Auch zukünftig soll allein der Schuldner berechtigt sein, ein Moratorium zu beantragen. Im Gegensatz zu den Vorschlägen der Maas-Kommission lehnt der Mijnsen-Bericht ein sogenanntes **Zwangsmoratorium** auf Antrag anderer Beteiligter ab.

dd) Die Stellung des Gerichts

- 385 Nach den Vorstellungen der Mijnsen-Kommission soll das Gericht am Tage der Antragstellung das Moratorium vorläufig anordnen. Anschließend hat das Gericht innerhalb einer Frist von 14 Tagen eine endgültige Entscheidung zu treffen. Das Gericht legt seiner Entscheidung die Empfehlung des **rechter-commissaris**, der im Auftrag des Gerichts eine Voruntersuchung durchführt, zugrunde, wobei Schuldner und Verwalter angehört werden sollen. Dem Antrag sind die Bilanzen des Unternehmens beizufügen. Falls erforderlich, kann das Gericht **Beteiligte und Sachverständige hören**.
- 386 Sieht das Gericht nach Prüfung der Unterlagen und nach Meinung des rechter-commissaris keine Möglichkeit zur Fortführung und Erhaltung des Unternehmens oder hält es das Moratorium auf der Grundlage der finanziellen Lage des Schuldners für unzweckmäßig, so ist der Antrag abzulehnen.¹⁸⁾
- 387 Zuständiges Gericht für die Gewährung des Zahlungsaufschubs ist nach den Vorstellungen der Kommission ein in jedem der fünf niederländischen Obergerichtsbezirke bestimmtes Gericht, das beraten wird durch einen in Insolvenzsachen spezialisierten rechter-commissaris. Zu Verwaltern (bewindvoerder) darf das Gericht nur natürliche Personen benennen, die mehr als durchschnittliche ökonomische, finanzielle und rechtliche Kenntnisse mitbringen, wobei an **Spezialisierungsnachweise** durch die **niederländische Anwaltskammer** gedacht ist.¹⁹⁾
- 388 Innerhalb der ersten 14 Tage nach Gewährung eines vorläufigen Zahlungsaufschubs soll das Gericht die wichtigsten Gläubiger insbesondere zur beabsichtigten Betriebsfortführung anhören, da nach Auffassung der Kommission eine Fortführung des Betriebes gegen den Willen der wichtigsten Gläubiger ausscheidet.²⁰⁾

18) Meeter, in: nibe 1992, S. 5, 15.

19) Meeter, in: nibe 1992, S. 5, 15.

20) Croon, Minderheitsvotum zum Bericht der Mijnsen-Kommission, Anlage 3, S. 4.

ee) Dauer des Moratoriums

In seinem Bericht hat sich die Kommission eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, welche Zeit ein insolventer Schuldner oder ein Krisenunternehmen benötigt, um mit Hilfe eines erfahrenen Verwalters einen Sanierungsplan zu erarbeiten und diesen vorzulegen. Die Kommission kommt hier zu dem Ergebnis, daß nach Gewährung des Zahlungsaufschubs maximal weitere drei Monate zur Vorlage eines Reorganisationsplans verstreichen dürfen, wobei diese Frist in begründeten Fällen nochmals um drei Monate verlängert werden kann. Über den **Sanierungsplan stimmen die Gläubiger** nach vorheriger Anhörung des Aufsichtsrates oder der Gesellschafter ab. 389

Von den Abläufen her geht der Bericht davon aus, daß der oder die Verwalter in der ersten Phase des Moratoriums eine Ursachenanalyse erstellen, auf deren Grundlage dann Vorschläge ausgearbeitet werden, die zur Reorganisation des insolventen Unternehmens führen sollen. Die zweite Phase dient dazu, den bereits ausgearbeiteten Plan mit allen Beteiligten zu erörtern. Dem Verwalter soll dabei die Funktion eines Katalysators zukommen. 390

Während die Maas-Kommission für die Abwicklung von Moratorium und Vergleich einen maximalen Zeitraum von drei Jahren gewähren wollte, geht die Mijnsen-Kommission davon aus, daß eine Moratoriumsperiode von allenfalls zweimal drei Monaten ausreichend sein muß, um den Reformvorschlag auch für die gesicherten Gläubiger akzeptabel erscheinen zu lassen. Dabei soll die Verlängerungsphase vom Gericht nur nach vorheriger Anhörung der wichtigsten Gläubiger bewilligt werden.²¹⁾ 391

ff) Der Reorganisationsplan

Der Reorganisationsplan besteht aus **betriebswirtschaftlichen, organisatorischen, finanziellen und rechtlichen Maßnahmen**, die zur Erhaltung des Schuldners oder seines Unternehmens erforderlich sind. Dabei erfolgt keine strenge Trennung zwischen der Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers und der Erhaltung der betrieblichen Strukturen, z. B. im Rahmen einer übertragenden Sanierung (overdracht van het bedrijf aan een koper). Beide Varianten können im Rahmen eines Moratoriums angestrebt werden.²²⁾ 392

Der Plan wird gemeinsam vom Verwalter und vom Schuldner ausgearbeitet, wobei der Betriebsrat, die wichtigsten Gläubiger und die Aktionäre einzubeziehen sind. Die Mitwirkung des Betriebsrates ist obligatorisch, wenn der Reorganisationsplan die Reduzierung des Personalbestandes vorsieht. 393

21) Meeter, in: nibe 1992, S. 5, 17.

22) Meeter, in: nibe 1992, S. 5, 18; Bericht der Mijnsen-Kommission, S. 203.

- 394 Eingriffe in gesicherte Rechte beteiligter Gläubiger dürfen nur erfolgen, wenn diese Gläubiger im Falle eines Konkurses nicht mit vollständiger Befriedigung rechnen können.²³⁾ Die Bezahlung der Masseschulden (boedelschulden) muß in jedem Fall sichergestellt sein.
- 395 Nach Auffassung der Kommission führt erst die Annahme des Reorganisationsplans zur definitiven Anordnung des Zahlungsaufschubs, seine Ablehnung führt zur Überleitung in den Konkurs.

gg) Einigung statt Zwangsmoratorium

- 396 Die Kommission geht in ihrem Bericht davon aus, daß sich Verwalter und Schuldner im Rahmen des Reorganisationsplans um Regelungen bemühen müssen, denen alle Gläubiger zustimmen können. Damit bekommt der Reorganisationsplan den Charakter eines **freiwilligen Vergleichs**, der allerdings der richterlichen Bestätigung bedarf.
- 397 Nur im Ausnahmefall soll der Reorganisationsplan durch richterliche Entscheidung durchgeführt werden, nämlich dann, wenn sich bestimmte Gläubiger grundlos widersetzen. Insoweit bleibt es im wesentlichen bei den gegenwärtigen Regelungen (Art. 268 ff Fw).
- 398 Bevor das Gericht den Reorganisationsplan bestätigt, müssen zustimmende Voten des Betriebsrates und der Gesellschafter vorliegen, soweit die Regelungen des Reorganisationsplans in ihre Rechte eingreifen. Die betroffenen Gläubiger werden zum Zwecke der **Abstimmung in drei Kategorien** eingeteilt, und zwar in Gläubiger mit dinglichen Sicherheiten, Gläubiger mit Vorrechten und ungesicherte Gläubiger. Jede Gruppe stimmt über den Reorganisationsplan ab. Der Reorganisationsplan gilt als angenommen, wenn mindestens 50 % der anwesenden Gläubiger in jeder Gruppe, die zwei Drittel der gesamten Forderungen aller in der Versammlung anwesenden Gläubiger repräsentieren müssen, für den Plan stimmen. Verglichen mit dem geltenden Zwangsvergleichsrecht (Art. 268 Fw) werden die Abstimmungshürden herabgesetzt, da derzeit noch eine Zweidrittelmehrheit der Gläubiger, die ihrerseits drei Viertel der anerkannten Forderungen vertreten, verlangt wird.
- 399 Dem Gericht wird zur Bestätigung des Reorganisationsplanes ein **Entscheidungsspielraum** eingeräumt, dessen Grenzen in dem Kommissionsbericht nicht abschließend bestimmt werden.²⁴⁾

23) Meeter, in: nibe 1992, S. 5, 19; Joosen/Vermeulen, WPNR 5955, 218.

24) Meeter, in: nibe 1992, S. 5, 19.

hh) Weitere Kommissionsempfehlungen

Die Kommission spricht sich in ihrem Bericht für ein einheitliches Verfahren im Unternehmensverbund (Konzern) aus. Insolvenzverfahren mehrerer konzernangehöriger Unternehmen sollen bei demselben Gericht konzentriert werden. 400

Zwangsvollstreckungsmaßnahmen werden nach den Vorstellungen der Reformkommission zunächst einstweilen und mit Gewährung der vorläufigen Zahlungsaussetzung endgültig eingestellt. 401

Um personelle Anpassungen zu erleichtern, schlägt die Kommission eine Änderung des Art. 239 Fw vor. Die Insolvenz führt nach niederländischem Recht zu einem **eigenständigen Kündigungsgrund** für alle Arbeitsverträge unter den Bedingungen eines Moratoriums. Mit Einleitung des Verfahrens kann allen Beschäftigten mit einer Mindestkündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden, sofern das Gesetz keine längeren Fristen vorsieht. 402

Zukünftig soll die Kündigungsmöglichkeit dahin gehend eingeschränkt werden, daß die generelle Möglichkeit zur Kündigung nur in den Fällen besteht, in denen das Unternehmen bereits eingestellt ist oder kurzfristig eingestellt wird. Wird das Unternehmen hingegen unter den Bedingungen eines Moratoriums fortgeführt, sollen die gleichen Regelungen gelten wie außerhalb eines Insolvenzverfahrens.²⁵⁾ 403

6. Die Abkühlungsperiode

Die Diskussion über die Empfehlungen der Reformkommissionen (Maas und Mijnsen) ist in den Niederlanden bis heute noch nicht abgeschlossen. Umgesetzt wurde jedoch bereits der Gedanke, Unternehmen in der Krise eine Ruheperiode einzuräumen, wobei die Vorüberlegungen für eine derartige Abkühlungsperiode bereits auf eine Besprechung im niederländischen Justizministerium im Jahre 1980 zurückgehen.²⁶⁾ 404

Ausgangspunkt dieser Überlegungen war die Erfahrung, daß die Fortsetzung betrieblicher Aktivitäten des Schuldners unter Konkursbedingungen regelmäßig ausgeschlossen war, weil Lieferanten sofort mit Lastwagen vor der Tür des insolventen Unternehmens standen, um ihre unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sachen abzuholen. Sie wollten damit dem Finanzamt zuvorkommen, das nach niederländischem Recht die Möglichkeit hat, ein dingliches Pfandrecht (bodembeslag) auszuüben, das alle beweglichen Wirtschaftsgüter ohne Rücksicht auf möglicherweise bestehende Sonderrechte umfaßt, die sich zum Zeit-

25) Meeter, in: nibe 1992, S. 5, 21.

26) van der Aa, Tvl 4/95, S. 72; Kortmann, in: Finanzierung und Verantwortung 1994, 140, 150; van Hees, A 6, S. 3.

punkt der Anordnung im Besitz des Schuldners auf dessen Grund und Boden befinden.

- 406 Der von der Mijnsen-Kommission aufgegriffene Vorschlag wurde vom Gesetzgeber übernommen. Bereits am 1. Januar 1992 sind die Art. 63a, 241a Fw in Kraft getreten. Diese Regelungen eröffnen die Möglichkeit, sowohl im Konkurs als auch während eines Moratoriums eine Abkühlungsperiode anzuordnen, in der die Befugnis zur Ausübung von Rechten durch Dritte oder zum Zugriff auf zur Masse gehörende Wirtschaftsgüter zeitlich befristet ausgesetzt wird.

a) Die Abkühlungsperiode unter Konkursbedingungen

- 407 Nach Einleitung eines Konkursverfahrens kann der rechter-commissaris von Amts wegen oder auf Antrag eines Beteiligten mit schriftlichem Beschluß bestimmen, daß Gläubiger ihre Rechte an zur Masse gehörenden Gegenständen für eine Frist von maximal einem Monat nicht ausüben dürfen, wobei die Frist einmal um einen weiteren Monat verlängert werden darf (Art. 63a Abs. 1 Fw).
- 408 Die Anordnung kann auf bestimmte Rechte und/oder auf bestimmte Gläubiger beschränkt werden, wobei der rechter-commissaris auch die Möglichkeit hat, die Art der Rechtsausübung und die von ihr betroffenen Vermögensgegenstände zu bestimmen. Während der Abkühlungsperiode anberaumte Termine oder laufende Fristen bleiben unberührt, wobei Gläubiger verpflichtet sind, in angemessener Weise Fristverlängerungen einzuräumen, wenn dies im Interesse der Sache erforderlich ist, z. B. um dem Konkursverwalter Handlungs- und Entscheidungsspielräume - auch zur Frage einer Betriebsfortführung - einzuräumen (Art. 63a Abs. 3 Fw).
- 409 Das Recht, eine Abkühlungsperiode zu bestimmen, steht im Anschluß an eine Konkurseröffnung auch dem Konkursgericht zu (Art. 63a Abs. 4 Fw).

b) Die Abkühlungsperiode im Moratorium

- 410 Auch unter den Bedingungen eines Moratoriums (Art. 213 ff Fw) gibt es die Möglichkeit, eine Abkühlungsperiode anzuordnen, die es ermöglicht, bestimmte Gläubiger von der Geltendmachung ihrer Rechte für die Dauer eines Monats auszuschließen oder die Rechtsausübung auszusetzen. Die Entscheidung trifft das Konkursgericht oder der rechter-commissaris (Art. 241a Abs. 1 Fw).
- 411 Im Falle eines Moratoriums kann das Gericht jedoch die **Abkühlungsperiode nicht von Amts wegen anordnen**, sondern nur auf Antrag des Schuldners oder des Verwalters. Insofern wird von dem im Rahmen des Moratoriums an-

sonsten ausnahmslos geltenden Grundsatz abgewichen, daß Schuldner und Verwalter (bewindvoerder) gemeinschaftlich handeln müssen.²⁷⁾

c) **Die rechtlichen und tatsächlichen Auswirkungen der Abkühlungsperiode**

aa) **Allgemeines**

Im Bericht der Mijnsen-Kommission wurde die Abkühlungsperiode in erster Linie als Reorganisationsinstrument im Rahmen eines Moratoriums behandelt. Die Ruheperiode sollte Schuldner und Verwalter die Möglichkeit einräumen, die Verhältnisse des angeschlagenen Unternehmens ohne Rücksicht auf Maßnahmen der beteiligten Gläubiger neu zu ordnen, um einen Reorganisationsplan erarbeiten zu können.²⁸⁾ 412

Seit ihrer Einführung wird die Abkühlungsperiode jedoch in unterschiedlicher Ausgestaltung in Konkurs und Moratorium angewandt.²⁹⁾ 413

bb) **Antragsrecht**

Gemäß Art. 63a Abs. 1 Fw kann unter Konkursbedingungen jeder Beteiligte während des Konkurses beim rechter-commissaris den Antrag auf Anordnung einer Abkühlungsperiode stellen, wobei unumstritten ist, daß zu den Beteiligten in jedem Fall der Konkursverwalter gehört. 414

Nach Einführung des Art. 63a Fw haben auch Gläubiger in großem Umfang von ihrem Recht Gebrauch gemacht, eine Abkühlungsperiode zu beantragen, wobei diesen Anträgen regelmäßig stattgegeben worden ist. Inzwischen hat sich die Praxis dahin gehend eingespielt, daß **Gläubigeranträgen nur stattgegeben** wird, wenn sie umfassend begründet werden. Fehlt eine Begründung, weist der rechter-commissaris den Antrag ab, wobei seine Entscheidung keiner Begründung bedarf.³⁰⁾ 415

Regelmäßig werden inzwischen Anträge auf Anordnung einer Abkühlungsperiode vom Schuldner oder vom Konkursverwalter gestellt, wobei das Gericht oder der rechter-commissaris auch diesen Anträgen nicht folgen muß. Es handelt sich um eine **Ermessensentscheidung**, bei der in der Regel berücksichtigt wird, welchen Sinn die Anordnung einer Abkühlungsperiode haben kann und soll. Dabei wird dem Antrag üblicherweise entsprochen, wenn der Geschäfts- 416

27) van der Aa, TvI 4/95, S. 72, 73.

28) Bericht der Mijnsen-Kommission, S. 1 ff.

29) van der Aa, TvI 4/95, S. 72, 73.

30) van der Aa, TvI 4/95, S. 72, 74; Rechtbank Roermond, Beschl. v. 4. 6. 1992 - Nr. 14043/92; Stollenwerck, in: Onderneming en nieuw burgerlijk recht, S. 482.

betrieb auch unter Konkursbedingungen fortgeführt werden soll. Hat der Betrieb hingegen seine Aktivitäten bereits eingestellt oder wurden wesentliche Wirtschaftsgüter bereits vor Antragstellung veräußert, sieht das Gericht von der Anordnung einer Abkühlungsperiode ab. Möglich und üblich ist es auch, in derartigen Fällen lediglich eine sehr kurze Periode von zum Beispiel zwei Tagen als Abkühlungszeitraum anzuordnen, um dem Konkursverwalter die Gelegenheit zur Sichtung und Prüfung einzuräumen.³¹⁾

cc) Wiederholte Anordnung

- 417 Wird eine Abkühlungsperiode beantragt, dann muß diesem Antrag nicht in jedem Fall gefolgt werden. Unterbleibt der Antrag auf Anordnung einer Abkühlungsperiode, dann kann unter Konkursbedingungen der rechter-commissaris von Amts wegen eine entsprechende Anordnung treffen. Entgegen ursprünglich geäußerten Befürchtungen zeigt die Praxis, daß die Richter nur zurückhaltend von der Möglichkeit Gebrauch machen, eine Abkühlungsperiode von Amts wegen anzuordnen.³²⁾
- 418 Umstritten ist, wie oft eine Abkühlungsperiode angeordnet werden kann. Das Gesetz sieht die Abkühlungsperiode für die Dauer von einem Monat mit der Möglichkeit einer einmaligen Verlängerung um einen weiteren Monat vor. Diese Begrenzung schließt jedoch die Möglichkeit zur mehrmaligen Anordnung einer Abkühlungsperiode nicht aus, sofern es um die Begrenzung von Rechten zu Lasten eines bestimmten Gläubigers geht und die Aussetzungsentcheidung sich auf jeweils andere Rechte dieses Gläubigers bezieht oder sofern sich die wiederholte Anordnung gegen die Rechtsausübung durch bislang nicht betroffene Gläubiger wendet.³³⁾

dd) Beginn der Abkühlungsperiode

- 419 Das Gesetz regelt nicht, ob die Abkühlungsperiode mit Verkündung des Beschlusses beginnt oder bereits mit der ersten Stunde des Tages an dem der Beschluß verkündet wird. Die herrschende Auffassung wendet Art. 23 Fw analog an, wonach der Schuldner im Falle einer Konkurseröffnung die Befugnis, über sein Vermögen zu verfügen, mit dem Tag verliert, an dem die Konkurseröffnung erfolgt. Gleiches gilt unter den Bedingungen eines Moratoriums (Art. 217 Fw).³⁴⁾

31) Rechtbank Roermond, Beschl. v. 17. 11. 1993 - Nr. 136/93; *van der Aa*, TvI 4/95, S. 72, 74.

32) *Stollenwerck*, in: *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, S. 482.

33) *van der Aa*, *Advocatenblad* 1994, 108, 109.

34) *van der Aa*, TvI 4/95, S. 72, 75.

ee) Rechtsmittel

Soweit das Gesetz dies nicht ausdrücklich zuläßt, sind Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Gerichts oder des rechter-commissaris nicht zulässig (Art. 282 Fw). Zur Anordnung einer Abkühlungsperiode liegen abweichende Entscheidungen einiger Gerichte vor, die eine Überprüfung der Anordnungsentscheidung zulassen, wenn grundlegende Verfahrensgrundsätze verletzt wurden oder schwerwiegende Eingriffe in die Rechte beteiligter Gläubiger ohne deren Anhörung erfolgt sind.³⁵⁾ 420

ff) Eingriffe in die Rechte Dritte

Die gesetzlichen Bestimmungen zur Abkühlungsperiode schließen die **Rechtsausübung durch die beteiligten Gläubiger** zeitlich befristet aus. Ob und in welchem Umfang während der Abkühlungsperiode in diese Rechte eingegriffen werden kann, ist gesetzlich nicht geregelt. Die Abkühlungsperiode kann angeordnet werden, ohne die betroffenen Gläubiger zu hören. Rechtsmittel gegen den Anordnungsbeschluß stehen diesen Gläubigern in der Regel nicht zu. Sie haben daher lediglich die Möglichkeit, sich die Ausübung ihrer Rechte gerichtlich genehmigen zu lassen oder eine Abänderung der richterlichen Anordnungen zu beantragen.³⁶⁾ 421

Dies gilt auch für **Vorrechtsgläubiger** und „**Separatisten**“, die ebenfalls vor Anordnung einer Abkühlungsperiode nicht gehört werden müssen.³⁷⁾ 422

gg) Behandlung von Leasingverträgen

Leasingverträge spielen im niederländischen Wirtschaftsleben eine große Rolle. Es kommt daher häufig vor, daß Leasinggesellschaften, die aufgrund von Zahlungsrückständen den Leasingvertrag kündigen und die Herausgabe des Leasingobjektes verlangen, mit einem Antrag des Schuldners oder Verwalters auf Anordnung einer Abkühlungsperiode konfrontiert werden. Ohne gerichtliche Genehmigung kann die Leasinggesellschaft dann die Herausgabe des Leasinggutes während der Abkühlungsperiode nicht verlangen. 423

Nicht abschließend geklärt ist, ob und unter welchen Voraussetzungen Schuldner und Verwalter das **Leasinggut** im Rahmen der unter Konkursbedingungen möglichen und im Rahmen eines Moratoriums obligatorischen Betriebsfortführung **weiter nutzen dürfen und zu welchen Bedingungen**. In mehreren Entscheidungen haben Gerichte die unentgeltliche Nutzung der Leasinggüter 424

35) van der Aa, TCR 3/95, S. 55 ff; Rechtbank Amsterdam, Beschl. v. 5. 8. 1993, NJ 1994, 41.

36) van der Aa, Advocatenblad 1994, 108, 109.

37) van der Aa, TvI 4/95, S. 72, 75.

gestattet.³⁸⁾ Auch die Literatur geht überwiegend davon aus, daß Schuldner und Verwalter während der Abkühlungsperiode berechtigt sind, daß geleaste Wirtschaftsgut trotz einer bereits ausgesprochenen Vertragskündigung zu nutzen.³⁹⁾

- 425 Umstritten ist lediglich die Frage, ob Verwalter und Schuldner verpflichtet sind, aus der vorhandenen Masse ein **Nutzungsentgelt** in Höhe der vereinbarten Leasingrate zu zahlen. Teilweise wird dazu die Auffassung vertreten, daß zur weiteren Nutzung des Leasinggutes in der Abkühlungsperiode ein eigenständiger Nutzungsvertrag mit der Leasinggesellschaft zu schließen ist.⁴⁰⁾
- 426 Bei Leasingverträgen, die nach ihrem Inhalt Mietvertragscharakter haben, werden als Rechtsgrundlage für die Zahlung einer Nutzungsentschädigung Art. 39, 238 Fw herangezogen, wonach in derartigen Fällen die fortlaufenden Ansprüche auf Zahlung des Mietzinses als Masseschulden behandelt werden. Im Bereich des Finanzierungsleasing wird hingegen überwiegend auf die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgegriffen, wobei zu diesem Problem jedoch bislang noch keine gerichtlichen Entscheidungen vorliegen.⁴¹⁾
- 427 Ungeklärt sind auch die Fälle, in denen die vorhandene Masse nicht ausreicht, die mit einem Leasinggeber getroffene Nutzungsvereinbarung zu erfüllen. In den Fällen der sogenannten **negativen Masse** haben im niederländischen Recht die Abwicklungskosten Vorrang, zu denen auch die Vergütung des Verwalters gehört. Wird unter derartigen Bedingungen der Gebrauch des Leasinggutes fortgesetzt, besteht die Gefahr, daß die Einnahmen aus der Nutzung allein zur Deckung der Verfahrenskosten in die Masse fließen. Zunehmend wird daher in der Literatur die Auffassung vertreten, daß die Einnahmen aus der fortgesetzten Nutzung eines Leasinggutes **zumindest quotal** auch zur Deckung einer Nutzungsentschädigung einzusetzen sind, da sie dazu beigetragen haben, die Masse anzureichern.⁴²⁾
- 428 Keine Nutzungsentschädigung kann allerdings für den auf die Abkühlungsperiode entfallenden Zeitraum verlangt werden, den der Konkursverwalter benötigt, um die vorhandenen Wirtschaftsgüter und Sachen zu sichten und zu inventarisieren und ihre eigentumsmäßige Zuordnung zu klären.

38) Rechtbank Zwolle, Verlängerungsbeschl. v. 5.6.1992 - Nr. 94/92; Rechtbank Maastricht, Beschl. v. 20. 5. 1992 - Nr. 8073/92.

39) Vgl. dazu: *van der Aa*, Tvl 4/95, S. 72, 76; *Leufink*, S. 118; *Kortmann*, in: Finanzierung und Verantwortung 1994, 140, 152 f.

40) *van der Aa*, Tvl 4/95, S. 72, 76.

41) *Kortmann*, in: Finanzierung und Verantwortung 1994, 140, 153.

42) *Leufink*, S. 118.

hh) Eigentumsvorbehalt und dingliche Rechte

Art. 63a und 241a Fw bestimmen, daß auch die Gläubiger mit Vorbehaltsrechten im Falle der Anordnung einer Abkühlungsperiode nicht berechtigt sind, die **Herausgabe ihrer Sachen** zu fordern. Ob Verwalter und Schuldner allerdings befugt sind, unbezahlte Warenvorräte, sicherungsübereignetes Inventar oder mit Hypotheken belastete Grundstücke im Rahmen einer Betriebsfortführung - unentgeltlich - zu nutzen, zu verbrauchen und zu verarbeiten, ist gesetzlich nicht geregelt. 429

Wird der Geschäftsbetrieb fortgeführt und kommt es im Rahmen der Fortführung zum Untergang der Rohware infolge von Verwertung, Gebrauch oder Verarbeitung, so sieht der Bericht der Mijnsen-Kommission vor, daß in diesem Falle anstelle der untergegangenen Sicherheit eine **Sicherheit** gestellt werden muß, die von den **am Verfahren beteiligten Banken** aufzubringen ist.⁴³⁾ 430

Dieser Auffassung ist die Literatur im wesentlichen nicht gefolgt. Hier wird vielmehr die Meinung vertreten, daß der Konkursverwalter verpflichtet sein soll, den Rechnungswert aus der Weiterverarbeitung an die Vorbehaltslieferanten als Masseschuld auszukehren.⁴⁴⁾ 431

Entsprechend der in der Literatur vertretenen Auffassung hat sich die Praxis mittlerweile darauf eingerichtet, den betroffenen Lieferanten entweder den Rechnungswert oder auch den Einkaufswert oder generell den Verwertungserlös nach **Abzug** eines prozentualen Anteils für die Masse auszukehren, wobei der **Masseanteil** damit begründet wird, daß andernfalls der Lieferant gehalten gewesen wäre, seine Sachen unter Einsatz von Transport- und Aussonderungskosten zurückzuholen. Häufig bürgen auch die beteiligten Banken für die Bezahlung der Lieferanten, wie z. B. im Konkursverfahren über das Vermögen des Automobilherstellers Daf. Hier wurde den Vorbehaltslieferanten bereits am Tage nach Anordnung der Abkühlungsperiode die durch eine Bankgarantie abgesicherte Zahlungszusage gegeben.⁴⁵⁾ 432

Generell zeigt sich, daß der weite Rahmen, den der Gesetzgeber mit den Bestimmungen zur Abkühlungsperiode gezogen hat, von der Praxis genutzt wird, um **fallbezogene Absprachen** zu treffen. Zum Beispiel wurde im Moratorium des Warenhauses Ter Meulen die Vereinbarung getroffen, 50 % der bestehenden Lieferantenverbindlichkeiten als sofort regulierbare Masseschuld zu be- 433

43) Bericht der Mijnsen-Kommission, S. 145; *Kortmann*, in: Finanzierung und Verantwortung 1994, 140, 154.

44) *van der Aa*, TvI 4/95, S. 72, 78; *Seinstra*, JuD 1992, 3 ff; *Verschoof*, Advocatenblad 1991, 13; *Rechtbank 's-Hertogenbosch*, Beschlüsse vom 2., 4. und 5. 2. 1993 - Nr. 77, 78, 79, 92, 94, 95/93; *Kortmann*, in: Finanzierung und Verantwortung 1994, 140, 154.

45) *van der Aa*, TvI 4/95, S. 72, 78.

handeln, während der verbleibende Rest zu einer einfachen Forderung herabgestuft wurde.⁴⁶⁾

434 Auch **Hypothekengläubiger** können während der Zeit einer Abkühlungsperiode nicht vollstrecken.⁴⁷⁾ Ungeklärt ist jedoch, ob aus der Masse die laufenden Hypothekenzinsen als Masseschulden gezahlt werden müssen.

435 Da die Abkühlungsperiode nur die Möglichkeit zur Rechtsausübung beschränkt, kann daraus nicht die Befugnis des Verwalters oder Schuldners abgeleitet werden, das mit einer Hypothek belastete Grundstück ohne weiteres und unentgeltlich zu nutzen. Überwiegend werden daher Absprachen zwischen Verwalter und Schuldner sowie Hypothekengläubiger verlangt, die dem Hypothekengläubiger zumindest einen Masseanspruch in Höhe seines Zinsverlustes gewähren. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Abkühlungsperiode vom Verwalter oder vom Schuldner beantragt wurde.⁴⁸⁾

436 Dennoch haben sich die Rollen zwischen Verwalter und Hypothekengläubiger seit Einführung der Abkühlungsperiode im Jahre 1992 vertauscht. Um einen Hypothekengläubiger bislang davon abzuhalten, aus der Hypothek zu vollstrecken, mußten Verwalter und Schuldner mit einer einstweiligen Verfügung gegen den betreffenden Gläubiger vorgehen, um die Verwertung des belasteten Grundbesitzes zu verhindern. Werden jetzt die Rechte eines Hypothekengläubigers durch die Anordnung der Abkühlungsperiode berührt, so hat dieser, da gegen die Anordnung regelmäßig kein Rechtsmittel zulässig ist, nur die Möglichkeit, eine Ermächtigung zu beantragen, mit der Verwalter und Schuldner angewiesen werden, die Vollstreckung des Hypothekengläubigers zu dulden. Der rechter-commissaris oder das Gericht hat bei seiner Entscheidung die Partikularinteressen des Hypothekengläubigers gegen die Allgemeininteressen der Masse abzuwägen. Dabei hat sich die Linie herausgebildet, daß der Hypothekengläubiger keine Ermächtigung zur Verwertung und Vollstreckung erhält, solange sich der Verwalter noch in aussichtsreichen Verhandlungen über einen freihändigen Verkauf befindet oder das Grundstück im Zuge einer Betriebsfortführung noch genutzt wird.⁴⁹⁾

d) Die Stellung des Finanzamtes in der Abkühlungsperiode

437 Die Position des **Finanzamtes** und der **Betriebsvereinigungen** (Sozialkassen) regelt das **Beitreibungsgesetz** (Invorderingswet - Inv.w.), das es dem Fiskus

46) Hoff/Spigt, Bank en Effektenbedrijf, 4/94, S. 28, 32.

47) van der Aa, WPNR 1996, 708 ff; Leuftink, S. 118; Kortmann, in: Finanzierung und Verantwortung 1994, 140, 155; Bericht der Mijnsen-Kommission, S. 141 - 146.

48) van der Aa, TvI 4/95, S. 72, 78; van der Aa, WPNR 1996, 708, 712; Hoge Raad, Beschl. vom 15. 4. 1995, NJ 1995, 640.

49) van der Aa, WPNR 1996, 708, 711; Leuftink, S. 118.

ermöglicht, alle Gegenstände, die sich auf dem Grund und Boden des Abgabepflichtigen befinden, in Beschlag zu nehmen (Art. 22 Inv.w.). Bei den Betriebsvereinigungen handelt es sich um die Träger der Sozialversicherung, an denen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beteiligt sind. Der Leitfaden zum Beitreibungsgesetz aus dem Jahre 1990 unterstellt, daß Beschlagnahme und dergleichen Pfandrechte (bodembeslag) auch während einer Abkühlungsperiode grundsätzlich zulässig sind, allerdings nur mit Genehmigung des rechter-commissaris.⁵⁰⁾

Die **besondere Stellung des Finanzamtes** im niederländischen Beitreibungsgesetz und die Möglichkeit zur **Beschlagnahme** auch von Wirtschaftsgütern, die unter **Eigentumsvorbehalt** dem Schuldner geliefert oder von diesem Dritten als Sicherheit übereignet wurden, haben regelmäßig dazu geführt, daß Gläubiger die Herausgabe ihrer Sachen beantragen, um deren Entwertung und Entziehung durch das Finanzamt zu vermeiden. Ein abschreckendes Beispiel aus dem Jahre 1993 bildet das Konkursverfahren „Stokman“, in dessen Verlauf einem Lieferanten, der die Geschäftseinrichtung unter Eigentumsvorbehalt geliefert hatte, das Recht zur Wegnahme dieser Gegenstände durch Anordnung einer Abkühlungsperiode verweigert wurde. Im Anschluß daran übte das Finanzamt das Beschlagnahmerecht aus, wodurch der Lieferant endgültig seiner Rechte verlustig ging.⁵¹⁾ 438

Um derartige Konsequenzen zu vermeiden, hat die Mijnsen-Kommission in ihrem Bericht vorgeschlagen, dem Finanzamt das Recht zur Beschlagnahme während eines Moratoriums grundsätzlich zu verbieten. Dazu hat sich der Gesetzgeber bislang nicht durchringen können. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, daß die Finanzverwaltung während der Abkühlungsperiode lediglich in der Ausübung ihrer Rechte beschränkt, aber grundsätzlich nicht gehindert ist, die Beschlagnahme als reine Sicherungsmaßnahme auszuüben, da mit der Sicherung noch keine Realisierung oder Verwertung eingeleitet oder durchgeführt wird. Auch der Fiskus muß mit der Exekution warten, bis die Abkühlungsperiode abgelaufen ist.⁵²⁾ 439

Im Ergebnis führt das Recht der Finanzverwaltung zur Beschlagnahme auch während einer Abkühlungsperiode dazu, daß die Finanzverwaltung ihre Stellung zu Lasten der übrigen Gläubiger verbessert. Sowohl die rechter-commissaris als auch die Gerichte befinden sich daher in einem Zwiespalt, ob sie Sonderrechtsgläubigern die Ausübung ihrer Rechte im Zuge der Anordnung einer Abkühlungsperiode um den Preis untersagen können und sollen, daß an- 440

50) *van der Aa*, Tvl 4/95, S. 72, 79; R-C (rechter-commissaris), Rechtbank 's-Gravenhage, Beschl. v. 27. 1. 1993 - Nr. 19/93; *Vriesendorp*, in: *Het actuele recht*, S. 233.

51) Rechtbank Rotterdam, Beschl. v. 16. 12. 1992 und 8. 1. 1993 - Nr. 34/93.

52) Bericht der Mijnsen-Kommission, S. 114; *van der Aa*, Tvl 4/95, S. 72, 80; *Kortmann*, in: *Finanzierung und Verantwortung* 1994, 140, 149; *Meeter*, in: *nibe* 1992, S. 5, 28.

schließlich die Finanzverwaltung und die Sozialversicherungsträger ohne Rücksicht auf bestehende Sonderrechte alle beweglichen Wirtschaftsgüter zur Deckung von Steuer- und Abgabeschulden und zum Ausgleich rückständiger Sozialversicherungsbeiträge beschlagnahmen (Art. 21 Inv.w.). Das niederländische Rechtsverständnis hält diese Konsequenz jedoch für hinnehmbar, da die Forderung der Lieferanten ohne dingliche Sicherung lediglich eine einfache Forderung darstellt und die Finanzverwaltung mit ihren Steuerforderungen die Belange der Allgemeinheit vertritt.⁵³⁾

7. Zahlungsmoratorium nach geltendem Recht

a) Allgemeines

- 441 Bereits mit Schreiben vom 27.4. 1994 hat das niederländische Justizministerium nach der Einführung der Abkühlungsperiode auch die Reform des Moratoriums angekündigt. Vorrangig soll danach die Position der Gläubiger neu geordnet werden. Aus dem Bericht der Mijnsen-Kommission werden insbesondere die vorgesehene Weiterlieferungsverpflichtung zu Lasten der Lieferanten und die Finanzierungsverpflichtung der Banken jeweils zur Absicherung einer Betriebsfortführung aufgegriffen, wobei diese Regelung auf die im Rahmen eines Moratoriums angeordnete Abkühlungsperiode beschränkt werden soll. Diese Ankündigung hat die Reformdiskussion in den Niederlanden neu belebt. Ob und wann mit einer Umsetzung gerechnet werden kann, ist gegenwärtig noch nicht abzusehen. Unverändert liegt jedoch das Schwergewicht niederländischer Reformüberlegungen im Bereich des **Zahlungsmoratoriums** in Verbindung mit einem **Vergleich** (Art. 252 Fw), während der (Zwangs-)Vergleich im Konkurs (Art. 138 - 172 Fw) keine Rolle mehr spielt.

b) Antrag und Antragsteller

- 442 Der Antrag auf Durchführung eines Moratoriums mit Zahlungsaufschub ist beim örtlich zuständigen Gericht einzureichen (Art. 215 Fw). Der Antrag kann mit einem Vergleichsangebot verbunden werden (Art. 252 Fw).
- 443 **Antragsberechtigt** ist allein der Schuldner, wenn er erkennt, daß er voraussichtlich nicht mehr in der Lage sein wird, seine fälligen Verbindlichkeiten zu regulieren (Art. 213 Fw).
- 444 Auf den Antrag gewährt das Gericht den beantragten Zahlungsaufschub vorläufig und ernennt einen oder mehrere Verwalter (bewindvoerder), die gemeinsam mit dem Schuldner die Geschäftsführung im Rahmen einer obligatorischen Betriebsfortführung ausüben (Art. 215 Abs. 2 Fw).

53) van der Aa, Tvl 4/95, S. 72, 89; Kortmann, in: Finanzierung und Verantwortung 1994, 140, 159; van Mierlo, 1994, Law and Practice, S. 14 ff.

Zur Anhörung über den Antrag und vor Gewährung des endgültigen Zahlungsaufschubs ordnet das Gericht die Durchführung einer Gläubigerversammlung an, zu der die Gläubiger schriftlich geladen werden. Dabei gibt das Gericht auch bekannt, ob und in welcher Weise der Schuldner zugleich ein Vergleichsangebot vorgelegt hat (Art. 215 Abs. 2 Fw). 445

Der **vorläufig gewährte Zahlungsaufschub** wird öffentlich bekanntgemacht. 446
Wird der Antrag auf Zahlungsaufschub mit einem Vergleichsvorschlag verbunden, ist auch dieser zu veröffentlichen (Art. 216 Fw).

c) Gläubigerversammlung

In der Gläubigerversammlung hört das Gericht den rechter-commissaris, die Verwalter und die Gläubiger vor einer Beschlußfassung an. Jeder Gläubiger hat das Recht zur Teilnahme (Art. 218 Abs. 1 Fw). 447

Das Gericht darf nach Anhörung den **Zahlungsaufschub endgültig gewähren**, sofern nicht Gläubiger, denen zusammen mehr als ein Viertel der Forderungen zustehen, dagegen stimmen, wobei 25 % der vertretenen Gläubigerforderungen mindestens 33 % aller teilnahmeberechtigten Gläubigerforderungen ausmachen müssen (Art. 218 Abs. 2 Fw). 448

Das Moratorium kann verweigert werden, wenn die Befürchtung besteht, daß der Schuldner in dieser Zeit seine **Gläubiger benachteiligt**, oder nicht erwartet werden kann, daß er nach Ablauf des Moratoriums in der Lage sein wird, seine Gläubiger zu befriedigen. Unter den gleichen Voraussetzungen kann das Gericht den Antrag auf Zahlungsaufschub abweisen und Konkurs eröffnen (Art. 218 Abs. 5 Fw). 449

d) Geschäftsführung

Während des Moratoriums ist der Schuldner nicht befugt, ohne Mitwirkung des oder der Verwalter Rechtshandlungen vorzunehmen (Art. 228 Fw). Für Verbindlichkeiten, die der Schuldner ohne Mitwirkung des Verwalters eingegangen ist, haftet die Masse nicht (Art. 228 Abs. 2 Fw). 450

Die an dem Moratorium beteiligten Gläubiger können während der Dauer des Verfahrens **keine Zahlungen verlangen** und auch **keine Zwangsvollstreckungsmaßnahmen** gegen den Schuldner durchführen. Mit Rechtskraft des Zahlungsaufschubs erlöschen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner. Ein in Schuldhaft befindlicher Schuldner kommt frei. 451

e) **Sonderrechte**

- 452 Diese Ausschlußregelungen gelten nicht für Gläubiger, denen ein **Vorrecht** oder **Sonderrecht** zusteht. Hier behalten Vollstreckungsmaßnahmen ihre Wirkung (Art. 230 Abs. 3 Fw). Durch das Moratorium werden anhängige Klageverfahren dieser Gläubigergruppe nicht unterbrochen. Klagen gegen den Schuldner sind zulässig. Allerdings kann das Gericht das Verfahren aussetzen, wenn der Schuldner die geltend gemachte Forderung anerkennt.
- 453 Der Zahlungsaufschub bezieht sich nicht auf Vorrechtsforderungen, ebenso nicht auf Unterhaltsansprüche. Keine Wirkung entfaltet der Zahlungsaufschub auf Mietkaufverträge und Schiffsmietkaufverträge (Art. 232 Fw).

f) **Beteiligte Gläubiger**

- 454 Von dem Zahlungsaufschub betroffene Forderungen können nur gemeinschaftlich und im gleichen Verhältnis befriedigt werden (Art. 233 Fw). Sondervorteile dürfen nicht gewährt werden (Art. 233 Fw). Die Aufrechnung unter den Bedingungen eines Moratoriums ist zulässig, sofern sich die Forderungen aus der Zeit vor Einleitung des Verfahrens in aufrechenbarer Weise gegenüberstehen (Art. 234 Fw).

g) **Miete und Pacht**

- 455 Ist der Schuldner Mieter, können Mietverhältnisse unter Einhaltung der vereinbarten oder der gesetzlich vorgeschriebenen Frist beendet werden. Fortlaufende Mietzinsansprüche sind Masseschulden. Gleiches gilt für den Schuldner als Pächter (Art. 238 Abs. 1 - 3 Fw).

h) **Abschluß des Moratoriums**

- 456 Wird das Moratorium mit einem Vergleichsvorschlag verbunden, bindet die gerichtliche Bestätigung alle Gläubiger ohne Rücksicht auf ihre Beteiligung am Verfahren (Art. 273 Fw). Mit der gerichtlichen Bestätigungsentscheidung endet die Surséance (Art. 276 Fw).
- 457 Besteht keine Aussicht auf Erfüllung des Vergleichs, sind der oder die Verwalter verpflichtet, die Aufhebung des Moratoriums zu beantragen (Art. 242 Abs. 1, 2 Fw). Auf den Antrag und nach Anhörung des Schuldners hebt das Gericht den Zahlungsaufschub auf und entscheidet gleichzeitig über die Eröffnung des Konkursverfahrens. Gleiches gilt im Falle der Ablehnung des angebotenen Vergleichs durch die Gläubiger (Art. 277 Fw).

8. Der Konkurs

a) Antrag und Eröffnung

Einzigster Konkursgrund nach niederländischem Recht ist die Zahlungseinstellung des Schuldners (Art. 1 Fw). Das Verfahren wird auf Antrag eröffnet. Zuständiges Gericht (Rechtbank) ist das Landgericht (Arrondissementsrechtbank), in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz hat. 458

Wird der Antrag von einem Gläubiger gestellt, muß dieser nicht nur die eigene fällige **Forderung glaubhaft** machen, sondern darlegen, daß mindestens eine weitere **unbezahlte Forderung eines anderen Gläubigers** besteht. 459

Über den Antrag auf Eröffnung des Konkurses entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Wird der Konkurs eröffnet, so bestimmt das Gericht einen rechter-commissaris als Konkursrichter und ernennt einen oder mehrere Konkursverwalter (Art. 14 Fw). 460

b) Stellung und Aufgaben des rechter-commissaris

Der rechter-commissaris ist vor allem mit der Aufsicht des Konkursverwalters beauftragt. Der Verwalter benötigt dessen **Zustimmung** für wichtige Handlungen, insbesondere für den Fall einer Betriebsfortführung, die das niederländische Konkursrecht ausdrücklich vorsieht (Art. 98 Fw). Jeder Beteiligte hat die Möglichkeit, Handlungen und Maßnahmen des Konkursverwalters durch den rechter-commissaris untersuchen und überprüfen zu lassen. Dieser kann dem Konkursverwalter bestimmte Handlungen aufgeben oder deren Ausführung untersagen (Art. 69 Fw). 461

c) Die Aufgaben des Konkursverwalters (curator)

Der Konkursverwalter wird vom Gericht ernannt. Er hat die Aufgabe, vorhandenes Vermögen bis zum Prüfungstermin zu verwalten, wobei bis dahin Vermögenswerte nur im Ausnahmefall liquidiert werden dürfen (Art. 68 Fw). Wo immer die Rahmenbedingungen dies zulassen, soll der Konkursverwalter den **Betrieb** des Schuldners **fortführen** (Art. 98 Fw). In der Praxis sind diese Fälle jedoch selten, da in einem Fall mit Sanierungsaussichten regelmäßig von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, den Zahlungsaufschub und das Moratorium zu beantragen. Im Konkursfall wird die Masse regelmäßig bereits in der ersten Verwaltungsphase liquidiert.⁵⁴⁾ 462

Der Verwalter berichtet dem rechter-commissaris über Verlauf und Ergebnis des Verfahrens dreimonatlich. Kopien dieser Berichte sind beim Gericht erhältlich (Art. 73a Fw). 463

54) Hoebens, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, S. 157, 169.

d) Die Verteilung der Masse

- 464** Mit Ausnahme des dinglichen Pfandrechts (bodembeslag), das der Finanzverwaltung einen privilegierten Zugriff auf das bewegliche Anlagevermögen und das Vorratsvermögen des Schuldners, das sich auf dessen „Boden“ befindet, ermöglicht, stimmen die Verfahrensabläufe und die Stellung der Beteiligten im wesentlichen mit den Bestimmungen der deutschen Konkursordnung überein. Aussonderungsberechtigt sind der Vorbehaltsverkäufer, sofern er dem Schuldner einen Lieferantenkredit eingeräumt hat, wobei ein vereinbarter Eigentumsvorbehalt jedoch im Falle einer Verarbeitung untergeht (Art. 5: 16 BW) sowie der Verkäufer einer beweglichen Sache, der den noch nicht vollständig erfüllten Vertrag mittels Erklärung gegenüber dem Schuldner auflöst (Art. 7: 39 BW). Der **Aussonderungsanspruch** kann jedoch nur ausgeübt werden, wenn sich die gelieferten Güter noch in der Masse befinden.
- 465** **Hypothekengläubiger** und die Inhaber „stiller“ (besitzloser) Pfandrechte (Art. 3: 236 ff Fw) können als sogenannte Separatisten ihre Rechte außerhalb des Konkurses ausüben, sofern keine Abkühlungsperiode angeordnet ist.
- 466** Nach Zahlung der Masseschulden (boedelschulden) hat der Konkursverwalter die von ihm anerkannten, gesetzlich bevorrechtigten Gläubiger gemäß ihrem Vorrang zu befriedigen. Allgemeine Vorrechte gewähren die Konkursantragskosten, die Forderungen der Arbeitnehmer und Pensionsansprüche. Aufgrund des Beschlagnahmerechtes werden die Rechte des Fiskus und der Sozialversicherungsträger als „super-bevorrechtigt“ bezeichnet.⁵⁵⁾
- 467** Einfache Forderungen (concurrente vorderingen) müssen von den Gläubigern beim Konkursverwalter innerhalb der vom rechter-commissaris festgesetzten Frist (Art. 108 Fw) angemeldet werden. Verspätet angemeldete Forderungen werden nicht berücksichtigt (Art. 127 Abs. 2 Fw), sofern der rechter-commissaris nicht über die Aufnahme der Forderung in die Gläubigerliste unter Berücksichtigung der vom Gläubiger vorgebrachten Gründe entscheidet (Art. 127 Abs. 4 Fw).
- 468** Masseschulden sind die Gerichtskosten, die Ausgaben für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse sowie die zugunsten des Gemeinschuldners und seiner Familie bewilligte Unterstützung (Art. 100 Fw). **Fehlbeträge** müssen von allen Gläubigern, auch den Gläubigern mit gesetzlichen Vorrechten, ausgeglichen werden (Art. 182 Fw).
- 469** Die bei der Verteilung zu berücksichtigenden Forderungen werden im Prüfungstermin festgestellt. Noch acht Tage vor dem Prüfungstermin kann der

55) *Hoebens*, in: Jahn (Hrsg.), *Insolvenzen in Europa*, S. 157, 171; Rechtbank Rotterdam, Beschl. v. 11. 10. 1985, NJ 1987, Nr. 186.

Schuldner seinen Gläubigern einen Vergleichsvorschlag unterbreiten, über den innerhalb einer Frist von drei Wochen abgestimmt wird (Art. 141 Fw).

Wird zum Prüfungstermin kein Vergleichsvorschlag eingereicht oder lehnt die Gläubigerversammlung einen Vergleichsvorschlag ab, hat der Verwalter das Vermögen des Schuldners unverzüglich zu verwerten (Art. 175 Fw), sofern nicht auf Vorschlag des Konkursverwalters oder eines Gläubigers die weitere Fortführung des Geschäftsbetriebes beschlossen wird (Art. 173a Fw). Wird der Antrag mit der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit (Art. 173b Fw) angenommen, so führt dies zu einer weiteren Aussetzung der Vermögensverwertung, sofern es sich nicht um Wirtschaftsgüter handelt, die für die Betriebsfortführung nicht mehr benötigt werden (Art. 175 Abs. 3 Fw). Gegen eine weitere Fortführung des Geschäftsbetriebes auch nach dem Prüfungstermin können überstimmte Gläubiger oder der Konkursverwalter beim rechter-commissaris eine Überprüfung der Entscheidung beantragen, der vor einer abschließenden Entscheidung Gläubiger und Schuldner anhört oder Sachverständige hinzuzieht (Art. 174 Fw). 470

Im niederländischen Recht stellt sich die **Fortführung** des Geschäftsbetriebes daher auch unter Konkursbedingungen als **gewollte und gleichrangige Abwicklungs- und Verwaltungsmaßnahme** dar. 471

9. Positiver Trend

Die sich seit Einführung der Abkühlungsperiode positiv entwickelnde niederländische Insolvenzbilanz stützt die auch in der deutschen Reformdiskussion vertretene Argumentation, daß nur die ausnahmslose Aussetzung aller Gläubigerrechte Liquidationen vermeidet oder zumindest begrenzt und Betriebsfortführungen als notwendige Maßnahme zur Reorganisation und/oder Sanierung insolventer Betriebe fördert. Dabei mag den Niederländern auch ihre traditionell kaufmännisch ausgerichtete Denkweise zugute kommen, die anders als in Deutschland weniger fundamentalistisch geprägt ist und Zweckmäßigkeitserwägungen in den Vordergrund stellt. Wenn dies sinnvoll erscheint, werden auch gesicherte Rechtspositionen in Frage gestellt. Dies belegen exemplarisch die Ergebnisse der beiden Reformkommissionen (Maas und Mijnsen), die unter Führung von Bankjuristen Empfehlungen ausgesprochen haben, die besonders von den Kreditinstituten den Verzicht auf Sonderrechte und die Verpflichtung zum Stehenlassen ausgereicher Kredite gerade im Krisenzeitraum fordern. Gesicherte, auch statistisch untermauerte Erkenntnisse über die Auswirkungen der Abkühlungsperiode und ihren Einfluß auf die niederländische Insolvenzbilanz liegen noch nicht vor. Ein positiver Trend ist jedoch unverkennbar.⁵⁶⁾ 472

56) Mincke, Vortragsmanuskript, S. 14.

III. Frankreich

- 473 Das französische Insolvenzrecht und die von ihm verfolgten Ziele werden innerhalb Europas oftmals als **Gegenpol** zu den Verfahren gesehen, die als Verfahrensziel hauptsächlich die Haftungsverwirklichung zugunsten der am Verfahren beteiligten Gläubiger durch Liquidation des Schuldnervermögens sehen. Traditionell ist das französische Insolvenzrecht Teil des Handelsrechts und damit auf Kaufleute beschränkt und ausgerichtet.⁵⁷⁾

1. Prophylaxe als Verfahrensziel

- 474 Die handelsrechtlichen Wurzeln des französischen Insolvenzrechts haben ihre Wirkung auch bei der Bestimmung der Insolvenzverfahrenszwecke gezeigt, die an den **wirtschaftlichen Interessen** unter Betonung volkswirtschaftlicher Belange, insbesondere auch der Erhaltung von Arbeitsplätzen, sowie an der aktiven Verfolgung von struktur- und regionalpolitischen Zielen sowie der staatlichen Industriepolitik ausgerichtet sind.⁵⁸⁾
- 475 **Insolvenzprophylaxe**, in der Form vorbeugender, gesetzlicher Unternehmenssanierungsmaßnahmen ist Verfahrensziel. Auch wenn die gesellschaftsinternen oder gerichtlichen Vorwarnverfahren scheitern, sieht die Insolvenzbewältigung nach französischem Recht vorrangig die Rettung notleidender Unternehmen vor.⁵⁹⁾

2. Trennung von Mensch und Unternehmen

- 476 Mensch und Unternehmen werden im französischen Insolvenzrecht konsequent getrennt. Daher sind lebensfähige Unternehmen im gesamtwirtschaftlichen Interesse ohne Rücksicht auf das Verhalten des Schuldners oder des Rechtsträgers zu erhalten.⁶⁰⁾
- 477 Als Ausdruck der geänderten wirtschaftlichen Betrachtungsweise hat das französische Insolvenzrecht 1984, 1985 und 1994 eine vollständige und tiefgreifende mit großer Dynamik ablaufende Reform durchlebt. Es basiert auf dem Gesetz Nr. 84-148 vom 1. März 1984 über die Vorbeugung und gütliche Regelung der Schwierigkeiten von Unternehmen (loi relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises), das am 1. März 1985 ergänzt wurde⁶¹⁾ und das zur Einführung einer Insolvenzprophylaxe für Unternehmen führte; ferner auf dem Gesetz Nr. 85-98 vom 25. Januar 1985 (loi rela-

57) Balz, ZIP 1983, 1153.

58) Balz, ZIP 1983, 1153.

59) Dammann, ZIP 1996, 300, 301.

60) Kremer, S. 10; Arnold, ZIP 1985, 321.

61) Durch das "décret n. 85 - 295 pris pour l'application de la loi n. 84 - 148.

tive au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises), das ein Insolvenzverfahren für Unternehmen beinhaltet, das in erster Linie auf eine Sanierung ausgerichtet ist, aber auch die Möglichkeit einer gerichtlichen Liquidation vorsieht. Das am 1. Januar 1986 in Kraft getretene Gesetz führt zur **Einleitung eines obligatorischen Sanierungsverfahrens** für alle Unternehmen, die ihre Zahlungen eingestellt haben.⁶²⁾

3. Funktionale Trennung der Verwaltertätigkeit

Die **Funktionen des Insolvenzverwalters** werden aufgespalten in den gerichtlich bestellten Verwalter, der die Leitung des insolventen Unternehmens übernimmt und die Sanierungsaussichten prüft (administrateur judiciaire), den Liquidator (mandataire-liquidateur), der die Interessen der Gläubiger vertritt und im Liquidationsverfahren die Aufgabe hat, die vorhandenen Vermögenswerte zu verwerten und den Unternehmensprüfer (expert en diagnostic d'entreprise), der als Sachverständiger die Sanierungsphase und die Prüfung der Sanierungsaussichten gutachterlich begleitet. 478

4. Reform der Reform

Das mit der Reform verfolgte Ziel einer nachhaltigen Senkung der Insolvenzzahlen ist zunächst verfehlt worden. Aus diesem Grunde wurden die Regelungen vom 25. Januar 1985 und 1. März 1984 durch das Gesetz Nr. 94-475 vom 10. Juni 1994 - auch in zentralen Bestimmungen - modifiziert. Die Insolvenzstatistik in Frankreich weist aus, daß es 1993 zur Eröffnung von 70 000 Verfahren kam, von denen rund 93 % mit einer gerichtlichen Liquidation des Gemeinschuldners endeten.⁶³⁾ 479

Auch wenn die Diskussion über die Auswirkung des französischen Insolvenzrechts und das mit ihm verbundene Sanierungsziel auf die Insolvenzzahlen, bei denen Frankreich im Jahre 1993 die Spitzenstellung übernommen hat,⁶⁴⁾ noch nicht abgeschlossen ist, wurde mit dem **Reformgesetz** eine Kurskorrektur vorgenommen, mit der die **Stellung der Gläubiger** insgesamt gestärkt wird.⁶⁵⁾ 480

5. Instrumente zur Vorbeugung

Der französische Gesetzgeber hat besonderen Wert auf vorbeugende Maßnahmen gelegt, die den Eintritt der Insolvenz vermeiden sollen. Zur Erreichung 481

62) Kremer, S. 4.

63) Dammann, ZIP 1996, 300.

64) Creditreform, Euro und Insolvenzen, Presseinformation vom 30. 1. 1997, S. 2.

65) Kremer, S. 25; Dammann, ZIP 1996, 300, 302.

dieses Ziels enthält das Gesetz Nr. 84-148 vom 1. März 1994 die folgenden drei wesentlichen Instrumente.

a) **Vorwarnverfahren**

- 482 Durch die Einführung eines gerichtlichen Vorwarnverfahrens sind die größeren Handelsgesellschaften verpflichtet, eine **vorausschauende Finanzplanung** zu betreiben, um Transparenz zu gewährleisten. Dem Präsidenten des Handelsgerichts stehen dabei umfassende Auskunft- und Einwirkungsrechte bezüglich des betroffenen Unternehmens zu (Art. 34), damit er sich ein Bild über die wirtschaftliche und finanzielle Lage existenzgefährdeter Betriebe machen kann, bei denen allerdings noch keine Zahlungsunfähigkeit vorliegen darf.⁶⁶⁾

b) **Beratung**

- 483 Befristet eingestellte Berater oder provisorische Geschäftsleiter beraten, unterstützen und ersetzen das angeschlagene Management (Art. 35), wenn der Präsident dies auf Antrag des Schuldners anordnet.

c) **Schlichtung**

- 484 Die Durchführung eines **gerichtlichen Schlichtungsverfahrens** (règlement amiable), das nicht als förmliches Insolvenzverfahren im Sinne des Europäischen Übereinkommens gilt, kann alternativ zur Bestellung eines mandataire ad hoc unter Aufsicht eines conciliateur angeordnet werden. Seine Aufgabe besteht in der Herbeiführung einer - außergerichtlichen - Vereinbarung mit den Gläubigern zur Beseitigung der Insolvenzgründe (Art. 36), wobei das Gericht die Aussetzung von Vollstreckungsmaßnahmen verfügen kann.

6. **Einheitliches Verfahren**

- 485 Das Gesetz vom 25. Januar 1985 hat ein einheitliches Insolvenzverfahren eingeführt (redressement judiciaire), welches zu drei Ergebnissen führen kann: **Reorganisation** des Unternehmensträgers, **Veräußerung** oder **Liquidation**.

a) **Eröffnungsgrund**

- 486 Eröffnet wird das Verfahren bei Zahlungseinstellung infolge Zahlungsunfähigkeit des Schuldners; Überschuldung als Insolvenzgrund kennt das französische Recht nicht.

66) Dammann, ZIP 1996, 300, 301.

b) Beobachtungsphase

In der Beobachtungsphase wird die **Sanierungsfähigkeit** des Schuldners geprüft, auch mit der Möglichkeit, die vorangegangene Entscheidung des Insolvenzgerichts zu beseitigen. Nach dem durch das Reformgesetz von 1994 geänderten Art. 1 Abs. 3 des Gesetzes vom 25. Januar 1985 entfällt diese Phase, wenn das Unternehmen seine Aktivitäten bereits eingestellt hat oder seine Rettung unmöglich erscheint.⁶⁷⁾ Die Beobachtungsphase unter Leitung eines Verwalters (administrateur) dauert sechs Monate und kann maximal um weitere sechs Monate verlängert werden. 487

c) Sanierungsplan

Über den Sanierungsplan entscheidet allein das Gericht; es hört den Schuldner, den Gläubigervertreter und die Arbeitnehmervertreter. Die Geltung des Sanierungsplans ist auf zehn Jahre beschränkt. Die Einhaltung wird durch einen vom Gericht bestellten „commissaire à l'exécution du plan“ überwacht. Eine Veräußerung des Unternehmens darf nur an unbeteiligte Dritte erfolgen (Art. 21). Dabei hat das Gericht bei der Bewertung der Gebote auch die Zahl der zu erhaltenden Arbeitsplätze zu berücksichtigen (Art. 81). 488

d) Liquidation

Das Liquidationsverfahren schließt sich an, wenn die Durchführung der Sanierung unmöglich ist. Der Gläubigervertreter wird zum Liquidator bestellt, der Schuldner verliert das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über sein Vermögen, das auf den Liquidator übergeht. Das Liquidationsverfahren endet durch Einstellungsbeschluß des Gerichts, wenn das noch vorhandene Vermögen nicht mehr ausreicht, um die weiteren Kosten des Verfahrens zu decken. 489

7. Obligatorische Fortführung

Im Zuge der Sanierungsprüfung ist die Fortführung des Unternehmens obligatorisch. Das **Gericht** kann die **Fortsetzung des Unternehmens verfügen** und dabei erforderlichenfalls auch den Unternehmensgegenstand oder die Tätigkeitsbereiche ändern und einschränken.⁶⁸⁾ Auch im Falle der Liquidation kann der Geschäftsbetrieb für die Dauer von maximal vier Monaten fortgeführt werden (Art. 153). 490

Ziel der Fortführung ist es, zur Vorbereitung der Sanierung die Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit, auch durch tiefgreifende Eingriffe in die bisherigen 491

67) Dammann, ZIP 1996, 300, 301.

68) Balz, ZIP 1983, 1153, 1165; Kremer, S. 162 ff.

Betriebsstrukturen, die geschäftliche Ausrichtung sowie die Rechtsstellung der Gesellschaft, zu gewährleisten.

8. Veräußerungsverbot

- 492 Zur Absicherung der Fortführung können **gerichtliche Veräußerungsverbote** in bezug auf unentbehrliche Gegenstände verfügt werden. Die im Reorganisationsplan vorgesehenen Änderungen der Kapitalstruktur sind notfalls zwangsweise und mit der Folge qualitativer Änderungen der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse durchzusetzen.

9. Abweichungen gegenüber dem deutschen Recht

- 493 Das französische Insolvenzrecht rückt als Unternehmenssanierungsgesetz den Erhalt der Betriebsstrukturen und damit verbunden der Arbeitsplätze in den Vordergrund und definiert den Richter als zentralen Entscheidungsträger zur Umsetzung des Sanierungsziels. Die Befriedigung der am Verfahren beteiligten Gläubiger wird diesem Verfahrenszweck untergeordnet.
- 494 Die vom Gesetz zugelassene, teilweise sogar gewünschte **Entwertung von Eigentums- und Zahlungstiteln** der am Verfahren beteiligten Gläubiger ist mit den Zielen des herkömmlichen deutschen Insolvenzrechts nicht vereinbar. Aus diesem Grund hat die Reform des französischen Insolvenzrechts nur eine untergeordnete Rolle in der deutschen Reformdiskussion gespielt. Ihr Einfluß ist trotz einer Vielzahl rechtsvergleichender Untersuchungen gering geblieben.⁶⁹⁾
- 495 Die **Reform** der französischen Insolvenzrechtsreform hat 1994 zu einer nochmaligen Erweiterung der exekutiven Befugnisse des Insolvenzgerichts geführt. Innerhalb einer großen Bandbreite kann es alle Maßnahmen verfügen, die ihm geeignet erscheinen, das Sanierungsziel zu verwirklichen. Eine leichte Korrektur hat das in erster Linie auf Erhaltung ausgerichtete Sanierungsziel erfahren, indem die bislang schwache Stellung der Gläubiger gestärkt wurde. Zwar gehen Massendarlehen den Rechten von Vorbehaltsverkäufern unverändert vor, doch können diese nunmehr eine Sicherstellung ihrer Ansprüche verlangen, wenn mit Sonderrechten belastete Vermögenswerte veräußert werden (Art. 34 Abs. 2). Blieben selbst die dinglich gesicherten Gläubiger im Falle einer übertragenden Sanierung durch Gesamtliquidation unbefriedigt, da Sicherungsrechte in diesem Falle grundsätzlich untergingen, so wird jetzt durch eine im Ermessen des Insolvenzrichters stehende Entscheidung zumindest ein Teil des

69) *Kremer*, S. 228 ff.

Veräußerungserlöses zur **Deckung der gesicherten Ansprüche** reserviert (Art. 93 Abs. 1).⁷⁰⁾

Dem deutschen Recht angenähert hat sich die Stellung der Vorbehaltslieferanten, die nunmehr die Herausgabe ihrer noch vorhandenen Bestände innerhalb einer Frist von drei Monaten ab Veröffentlichung der Verfahrenseröffnung beantragen können. Diesen Herausgabeanspruch kann der Verwalter nur durch sofortige Zahlung des Kaufpreises abwenden.⁷¹⁾ 496

Ungeachtet der 1994 verfüigten Korrekturen ist das französische Insolvenzrecht von der Auffassung geprägt, daß die Ursachen der Insolvenz im endogenen Bereich liegen, die sich durch prophylaktische Maßnahmen, sachkundige Begleitung und notwendige Anpassungs- und Reorganisationsmaßnahmen vermeiden lassen, wozu es erforderlich erscheint, den unfähigen oder unredlichen Inhaber oder Unternehmensträger auszuwechseln oder unter gerichtliche Aufsicht zu stellen bei sachverständiger Begleitung durch Verwalter und Vertreter der Gläubiger. 497

IV. Großbritannien

Das englische Insolvenzrecht ist 1986 reformiert worden. Das Gesetzgebungsverfahren war langwierig und brachte bis zum Inkrafttreten des Gesetzes am 29. Dezember 1986 allein 1 200 Gesetzesänderungen.⁷²⁾ Die Statistik weist für Großbritannien sinkende Insolvenzzahlen aus (-33,4 % seit 1992) mit 42 900 Insolvenzen im Jahr 1996.⁷³⁾ 498

1. „Scheme of Arrangement“ als außergerichtliches Verfahren

Erhaltungs- und Sanierungsüberlegungen haben bis zur Einführung des Reformgesetzes in England nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Lediglich über ein außergerichtliches Sanierungsverfahren („Scheme of Arrangement“) konnte bei Fortführung des Unternehmens durch den Inhaber oder seine Organe eine gerichtlich sanktionierte Vereinbarung mit den Gläubigern zum Zwecke der Erhaltung des insolventen Unternehmensträgers herbeigeführt werden. Das „Scheme of Arrangement“ hat in der Insolvenzpraxis keine Bedeutung entwickelt, da es keine Möglichkeit bietet, gesicherte Gläubiger gegen ihren Willen einzubeziehen. Gleichwohl wurde das Verfahren auch im Zuge der Reform des Jahres 1986 beibehalten.⁷⁴⁾ 499

70) Dammann, ZIP 1996, 300; Du Buit, Tvl 6/95, S. 132.

71) Dammann, ZIP 1996, 300, 304.

72) Milman/Durrant, Preface VI.

73) Creditreform, Euro und Insolvenzen, Presseinformation vom 30. 1. 1997, S. 2.

74) Shearman, ZIP 1995, 1129.

2. Gerichtlicher Vergleich

- 500 Neu eingeführt wurden 1986 **zwei Spielarten eines Vergleichsverfahrens**, das „Company Voluntary Arrangement“ (CVA) und die „Administration“. Damit wurde das geltende englische Insolvenzrecht, bestehend aus Bankruptcy Act, Insolvency Act, Deeds of Arrangement Act, Companies Act und County Courts Act in Verbindung mit einer Vielzahl von Principles of Common Law and Equity erstmals um ausdrücklich auf Erhaltung und Sanierung ausgerichtete Instrumentarien ergänzt.⁷⁵⁾

a) CVA-Verfahren

- 501 Im Zuge eines CVA-Verfahrens wird unter Aufsicht eines von der Schuldnerin vorgeschlagenen „Nominee“ in der Regel ein **Quoten- und Stundungsvergleich** mit den ungesicherten Gläubigern vereinbart, die über den Vorschlag gemeinsam abstimmen. Bei Annahme wickelt der Verwalter als Supervisor den Vergleich ab. Die Führung des Geschäftes liegt im CVA-Verfahren unverändert beim Inhaber oder den zur Geschäftsführung berufenen Organen.
- 502 In der Praxis ist das CVA-Verfahren seit 1986 weitgehend bedeutungslos geblieben. 1993 standen 134 CVA-Verfahren mehr als 20.000 Liquidationsfälle gegenüber.⁷⁶⁾ **Schwachpunkt** des CVA-Verfahrens ist das **fehlende Moratorium**, so daß obstruierende Gläubiger nicht gehindert sind, ihre Rechte unabhängig von den laufenden Vergleichsbemühungen zu verfolgen.

b) „Administration“

- 503 Zur Vermeidung dieser Konsequenz kann das CVA-Verfahren erweitert werden, indem auf Antrag des Schuldners das zuständige Gericht die „Administration“ einleitet und einen Verwalter („Administrator“) ernennt. Dieser übernimmt die **Führung der Geschäfte** und erarbeitet einen **Sanierungsplan**, über den die Gläubiger gemeinsam abstimmen, wobei die einfache Summenmehrheit zur Annahme erforderlich ist.⁷⁷⁾

3. „Floating Charges“

- 504 Auch das „Administration“-Verfahren unter Aufsicht und Führung eines Administrators ist mit Ausnahme einiger überregional bedeutender Großverfahren wirkungslos geblieben. Dabei steht der Verfolgung von Fortführungs- und

75) Arnold, ZIP 1985, 321, 327 ff.

76) Shearman, ZIP 1995, 1129, 1131, unter Berufung auf die statistischen Veröffentlichungen des Department of Trade and Industry (DTI), London; Bailey/Graves/Smith, S. 37 ff.

77) Shearman, ZIP 1995, 1129, 1131; Bailey/Graves/Smith, S. 37 ff.

Sanierungsansätzen als größte Hürde das Recht eines über „Floating Charges“ gesicherten dinglichen Gläubigers entgegen, bei Ausschließung aller anderer Beteiligten das gesamte Vermögen des Schuldners in die eigene Verwaltung zu nehmen, zu verwerten und den Erlös an die - gesicherten - Gläubiger auszuzahlen.⁷⁸⁾ Zu diesem Zweck ernennt der gesicherte Gläubiger einen eigenen Verwalter (**Administrative Receiver**), der im Rahmen seiner Verwaltungsbefugnis den Geschäftsbetrieb des zwangsverwalteten Unternehmens bis zur Liquidation fortführen kann. Macht der dinglich gesicherte Gläubiger von dieser Möglichkeit Gebrauch, so werden damit zugleich aller anderen Arten einer Insolvenzabwicklung und -bewältigung ausgeschlossen.⁷⁹⁾

Alle Überlegungen zur neuerlichen Reform des englischen Insolvenzrechts kreisen um die zukünftige Behandlung der „Floating Charges“. Obwohl Untersuchungen belegen, daß die Zahl erfolgreicher Unternehmenssanierungen bei „Administration“-Verfahren mit 45 % überdurchschnittlich hoch liegt, besteht nur eine geringe Bereitschaft, die Rechte der gesicherten Gläubiger in Frage zu stellen.⁸⁰⁾ 505

4. Reformbestrebungen

Die eher enttäuschenden Erfahrungen mit dem CVA-Verfahren sowie der Administration hat das Wirtschaftsministerium (Department of Trade and Industry) 1993 zu einer Untersuchung über die Gründe veranlaßt. Das im April 1995 vorgelegte Dokument beinhaltet eine Reihe von Vorschlägen, die insbesondere die Reorganisationsmöglichkeiten für kleinere Betriebe verbessern sollen. 506

a) Erweiterung des Moratoriums

Das Gericht kann dem insolventen Schuldner einen Zahlungsaufschub von 28 Tagen gewähren, wobei das Moratorium auch dazu dienen soll, einen Vergleichsvorschlag zu erarbeiten. Innerhalb der 28 Tage hat eine Gläubigerversammlung über den Vorschlag abzustimmen, wobei Eingriffe in gesicherte Rechtspositionen von **Sonderrechtsgläubigern** nur mit deren Zustimmung möglich sind. 507

78) *Shearman*, GmbHR 1992, 149, 152 ff; *Lloyd-Shut*, Tvl 1/96, S. 7.

79) *Shearman*, ZIP 1995, 1129.

80) *Cork/Graham*, ZIP 1982, 1275; *Shearman*, ZIP 1995, 1129, 1135; *Bailey/Graves/Smith*, S. 101, 106.

b) **Vorwarnpflicht für gesicherte Gläubiger**

- 508 Floating-Charge-Gläubiger müssen dem insolventen Schuldner eine **Vorwarnfrist** von fünf Tagen einräumen, bevor ein Administrative Receiver im Auftrag des Gläubigers die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis erhält, um die Sicherheiten zu verwerten. Innerhalb der Vorwarnphase kann der betroffene Schuldner einen Antrag auf Durchführung eines CVA-Verfahrens stellen und damit die Einbindung des gesicherten Gläubigers in eine Abwicklung unter gerichtlicher Aufsicht erreichen.

c) **Prinzip der Eigenverwaltung**

- 509 Während des Moratoriums gilt das Prinzip der **Eigenverwaltung** unter Aufsicht eines **Nominee**, das jedoch insbesondere auf Initiative der Banken eingeschränkt werden soll, indem den Sonderrechtsgläubigern die Möglichkeit eingeräumt wird, auf eigene Kosten einen zusätzlichen Verwalter (**Supervisor**) zur Überwachung des Schuldners einzusetzen.

5. **Priorität der Haftungsverwirklichung**

- 510 Das englische Insolvenzrecht und die von ihm verfolgten Ziele bilden damit den **Gegenpol** zum französischen Recht. Übergeordnete wirtschafts- und sozialpolitische Gesichtspunkte spielen keine Rolle. Als Zwangsverwaltung auf Initiative eines dinglich gesicherten Gläubigers dient die Verwertung des Schuldnervermögens der Haftungsverwirklichung der gesicherten Gläubiger. Eine zeitweilige Fortführung des Geschäftsbetriebes unter Aufsicht und Führung eines Verwalters ist dabei nicht ausgeschlossen, dient jedoch einzig und allein der Erhöhung des Liquidationswertes.⁸¹⁾
- 511 Die Reformüberlegungen führen erstmalig in der englischen Geschichte zu einer Beschränkung der Floating Charges, indem das Recht der Banken, einen eigenen Verwalter anzustellen, angetastet wird, um die Möglichkeiten zur Fortführung des Betriebes eines insolventen Schuldners im Rahmen eines CVA-Verfahrens zu verbessern.⁸²⁾

81) *Bailey/Graves/Smith*, S. 197, 562 ff.

82) *Lloyd-Shut*, Tvl 1/96, S. 7, 8.

V. Italien

Das italienische Insolvenzrecht - Fallimento, Concordato preventivo, Liquidazione coatta amministrativa, Amministrazione straordinaria, Amministrazione controllata - basiert im wesentlichen noch auf dem Konkursgesetz vom 16. März 1942, ergänzt um die Möglichkeit der außerordentlichen Verwaltung von Großunternehmen, eingeführt im Jahre 1979. 512

Die italienische Konkursbilanz verbessert sich kontinuierlich seit 1994 mit einer Verringerung der Insolvenzzahlen um 5,6 % auf nunmehr 15 600 Fälle im Jahre 1996. Von Konkursen und Liquidationen sind in Italien in fast 75 % aller Fälle Kleinbetriebe betroffen, die maximal drei Mitarbeiter beschäftigen.⁸³⁾ 513

1. Sonderrecht für Großunternehmen

Sinn der **außerordentlichen Verwaltung** ist die Sicherung des Fortbestandes, mindestens aber eine an arbeitsmarktpolitischen und sozialen Gesichtspunkten ausgerichtete Abwicklung.⁸⁴⁾ Die „amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi“ beinhaltet ein unter Regierungskontrolle durchgeführtes Verwaltungsverfahren mit dem Ziel der **zeitweiligen Weiterführung von Großunternehmen**, an deren Erhaltung ein überragendes Allgemeininteresse besteht. Das Unternehmen wird in diesem Zeitraum von mindestens einem und maximal drei Kommissaren geleitet, die vom zuständigen Industrieminister ernannt werden. Ihre Aufgabe besteht auch in der Entwicklung eines Sanierungsprogrammes, das der ministeriellen Genehmigung bedarf. 514

Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, notleidende Großunternehmen in bereits bestehende Staatsholdings einzugliedern, um sie vor der Liquidation zu bewahren. Die „amministrazione straordinaria“ stellt somit ein auf italienische Verhältnisse zugeschnittenes Sonderrecht für Großunternehmen dar, das deren Abwicklung außerhalb der überkommenen Konkursregelungen vorsieht und den **Konkurs generell ausschließt**.⁸⁵⁾ 515

Antragsberechtigt sind Gläubiger, Schuldner und der Staatsanwalt, wobei es sich bei dem betroffenen Unternehmen oder Konzern um einen mit staatlichen Krediten geförderten Schuldner handeln muß. **Aufsichtsbehörde** in dem staatlich kontrollierten Verwaltungsverfahren mit öffentlichen Finanzierungsgarantien zur Überbrückung der Sanierungsphase ist der Minister für Industrie und Handel.⁸⁶⁾ 516

83) *Creditreform*, Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa, S. 22.

84) *Baur/König/Kreuzer*, S. 181 ff.

85) *Grunsky*, ZIP 1981, 1303.

86) *Calesanti/Maffei-Alberti/Schlesinger*, S. 705 ff.

2. Finanzierungsgesellschaften zur Sanierungsförderung

- 517 Ein italienischer Sonderweg wird auch mit dem Gesetz vom 5. Dezember 1978 (Amministrazione controllata) beschritten, das die finanzielle Sanierung von notleidenden Unternehmen erleichtert. Es sieht die Errichtung von besonderen Finanzierungsgesellschaften vor, durch die sich die am Verfahren beteiligten Banken mittelbar oder unmittelbar an der Rekapitalisierung des Unternehmens beteiligen können.⁸⁷⁾

3. Gerichtlicher Vergleich

- 518 Das überkommene italienische Konkursrecht (Fallimento) geht von vorgeschalteten außergerichtlichen Sanierungsversuchen aus, wobei die Abwicklung der Vorverfahren durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung Treuhändern, Wirtschaftsberatern oder Anwälten übertragen wird.
- 519 Der gerichtliche Vergleich (Concordato preventivo) setzt voraus, daß das betroffene Unternehmen bereits seit mindestens zwei Jahren im Handelsregister eingetragen ist und keine strafrechtlich relevanten Vorgänge festgestellt werden, die mittelbar oder unmittelbar im Zusammenhang mit der Krise stehen. Besondere Anforderungen werden an die Qualität der Buchhaltung gestellt, die ordnungsgemäß geführt sein muß und damit eine vollständige, nachvollziehbare und zutreffende Übersicht über alle Geschäftsvorfälle im Unternehmen gewährleisten muß.
- 520 Die **Mindestquote** beträgt 40 % und muß vom Schuldner **sichergestellt** und spätestens innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab Bestätigung bezahlt werden.
- 521 Zuständig für das Verfahren ist das Landgericht, in dessen Bezirk sich der Firmensitz befindet. Es ernennt mit unanfechtbarem Beschluß die Verfahrensorgane, d. h. den beauftragten Richter und den Verwalter (Kommissar), und bestimmt die Frist zur Hinterlegung des voraussichtlich für die Verfahrensabwicklung erforderlichen Vergleichsbetrages.
- 522 Innerhalb des Vergleichsverfahrens behält der Schuldner die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** und die **Leitung** des Unternehmens, allerdings unter Aufsicht des Kommissars und des beauftragten Richters. Zum Abschluß rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen ist regelmäßig die Zustimmung des Richters einzuholen.
- 523 Die Annahme des Vergleichs setzt eine Summenmehrheit von zwei Dritteln der anerkannten Forderungen voraus. Gläubiger mit Vorrechten nehmen an der

87) Colombo, ZGR 1982, 63.

Abstimmung nicht teil. Bei Annahme bestätigt das Landgericht den Vergleich durch Urteil.

4. Zwangsliquidation

Zahlungsunfähige und nicht mehr sanierungs- und erhaltungsfähige Betriebe können im Verwaltungswege **zwangsliquidiert** werden (Liquidazione coatta amministrativa - Art. 194 ff des Konkursgesetzes vom 16. 3. 1942, Nr. 267). In diesem Fall wird die Zahlungsunfähigkeit durch Urteil des Landgerichts auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger nach Anhörung der Regierungsbehörde festgestellt. Die Entscheidung ist im Amtsblatt der italienischen Republik zu veröffentlichen. Zur Abwicklung der Zwangsliquidation werden ein Liquidationskommissar und ein Überwachungsausschuß eingesetzt, die unter der Aufsicht einer Regierungsbehörde das gesamte Vermögen verwalten und liquidieren. Eine Fortführung des Geschäftsbetriebes ist im Falle der Zwangsliquidation nicht vorgesehen, aber - zumindest zeitweilig - nicht ausgeschlossen.⁸⁸⁾ 524

5. Betriebsfortführung im Konkurs

Das Konkursverfahren bedarf eines Antrags, der beim Landgericht, in dessen Bezirk das Unternehmen seinen Hauptsitz hat, einzureichen ist. Antragsberechtigt sind der Schuldner, seine Gläubiger und der Staatsanwalt. Auch die Eröffnung eines Konkursverfahrens von Amts wegen ist möglich. 525

Über den Antrag entscheidet das Gericht durch Urteil. Mit der Entscheidung werden zugleich der mit der Abwicklung betraute Richter und der Konkursverwalter ernannt. Mit Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen. An seine Stelle tritt der Konkursverwalter, der durch den beauftragten Richter (giudice delegato) überwacht wird. 526

Entscheidungen, die den Verfahrensverlauf betreffen, kann der Konkursverwalter nur mit Genehmigung des beauftragten Richters treffen und durchführen. Dazu gehört auch die **Aufrechterhaltung und Fortführung des Geschäftsbetriebes** bis zur Liquidation des Konkursvermögens, die der Konkursverwalter unter der Leitung des Richters und nach Anhörung des in bestimmten Fällen gesetzlich vorgeschriebenen Gläubigerausschusses durchführt. 527

Stellt sich während der Konkursabwicklung z. B. im Zuge einer Betriebsfortführung im Rahmen einer Geschäftsaufsicht zur Abwendung eines Konkurses (Amministrazione controllata - Art. 187 ff) heraus, daß die Vorausset- 528

88) Moser, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, S. 127, 135.

zungen für den Abschluß eines Zwangsvergleiches vorliegen, kann der Gemeinschuldner einen Vergleich einreichen, der den vollständigen Ausgleich aller bevorrechtigten Ansprüche vorsehen muß, sofern die Vorrechtsgläubiger nicht im Wege rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen auf einen Teil ihrer Ansprüche verzichten. Eine Mindestquote für die Befriedigung nicht bevorrechtigter Forderungen ist nicht vorgesehen. Liegt der Prozentsatz unter 25 %, so verlängert sich regelmäßig die Frist, in der ein Schuldner nach Durchführung des Zwangsvergleichs wieder die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen zurückerhält. Der **Zwangsvergleich** wird durch Urteil bestätigt und ist für sämtliche Gläubiger verbindlich.⁸⁹⁾

6. Vorrechte

- 529 Im italienischen Insolvenzrecht sind die Vorrechte und ihre Rangfolge nicht in den Bestimmungen des Konkursgesetzes geregelt, sondern im Zivilgesetzbuch (Art. 2777 ff Codice Civile). Dies gilt auch für die Anfechtungsbestimmungen (Art. 2901, 1454 ff Codice Civile), wobei die Anfechtung von Erfüllungshandlungen, die der Gemeinschuldner im letzten Jahr vor Konkurseröffnung vorgenommen hat, nach insolvenzrechtlichen Bestimmungen (Art. 67 Abs. 2 Konkursgesetz) erfolgt.

7. Besitzlose Pfandrechte

- 530 Besitzlose Pfand- und Sicherungsrechte werden nicht anerkannt. Eigentumsvorbehalte sind nur wirksam, wenn die entsprechenden Rechte bei Abschluß des Vertrages registriert wurden.

8. Unterschiede zum deutschen Recht

- 531 Italienische Insolvenzverfahren weisen erhebliche regionale Unterschiede auf. Dies gilt auch für die Fortführung von Betrieben bis zur vollständigen Liquidation innerhalb eines eröffneten Konkursverfahrens, während die Fortführung im Rahmen des außergerichtlichen und des gerichtlichen Vergleichs sowie in dem Sonderverfahren zur Sanierung von Großunternehmen obligatorisch ist. Spätestens mit der Einführung des „amministrazione straordinaria“ ist der Sanierungsgedanke als gleichberechtigtes Insolvenzverfahrensziel im italienischen Insolvenzrecht anerkannt.⁹⁰⁾
- 532 Mit dem Sonderrecht für Großunternehmen zieht das italienische Insolvenzrecht die Konsequenz aus der Tatsache, daß es ab einer bestimmten Größe aus

89) Moser, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, S. 127, 137.

90) Hohloch, ZIP 1982, 1029; ders., ZGR 1982, 181.

übergeordneten wirtschafts-, sozial- und arbeitsmarktpolitischen Gründen keine Alternative zur Fortführung und Erhaltung eines Großunternehmens, Staatsbetriebes oder Konzerns gibt und unterscheidet sich hier nachhaltig vom deutschen Insolvenzrecht, das ein Verfahren zur Zwangssanierung nicht kennt. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß das Sonderrecht für Großunternehmen auch eine staatliche Selbsthilfemaßnahme zur Sicherung von Staatskrediten darstellt, da dieses Verfahren nur Unternehmen zur Verfügung steht, die mit mindestens 20 Mrd. Lire verschuldet sind und zudem staatlich verbürgte Kredite oder unmittelbar staatliche Finanzierungshilfen erhalten haben.⁹¹⁾

VII. Belgien

Das belgische Insolvenzrecht ist nahezu ausschließlich auf die **Interessen der Gläubiger** und das Ziel der **Haftungsverwirklichung** ausgerichtet. Es gilt unverändert das Gesetz über das Konkursverfahren vom 18. April 1851. Dieses Gesetz wurde durch königlichen Erlass vom 25. September 1946 mit der Vergleichsordnung aus den Jahren 1887 und 1888 koordiniert. Entwürfe zur grundlegenden Reform des Insolvenzrechts, die als Verfahrensziele den Vorrang wirtschaftlicher und sozialer Gesichtspunkte vor den Interessen der Gläubiger postulierten, liegen dem Gesetzgeber seit 1959 vor. Nachdem die Überlegungen zur Schaffung eines einheitlichen Benelux-Insolvenzrechts auf der Grundlage eines 1980 geschaffenen Entwurfs gescheitert sind, wird das Reformprojekt, das im wesentlichen auf den Gesetzentwurf vom 18. März 1959 zurückgeht, zur Zeit parlamentarisch beraten.

In Belgien sind die Insolvenzen seit 1992 kontinuierlich auf jetzt 7 000 Fälle im Jahre 1996 gestiegen. Über den Fünfjahreszeitraum beträgt die Steigerungsrate 39,5 %.⁹²⁾ Besonders betroffen ist der wallonische Teil, wo der strukturelle Wandel im Kohle- und Stahlrevier in der Region Lüttich noch nicht abgeschlossen ist und gewaltsame Betriebsbesetzungen mit tätlichen Angriffen gegen Konkursverwalter und Gläubigervertreter für Schlagzeilen sorgten.

1. Betriebsfortführung nicht geregelt

Das geltende belgische Konkursrecht sieht Betriebsfortführungen zum Zwecke der Sanierung nicht vor. Die noch geltende Vergleichsordnung spielt keine Rolle; von der Möglichkeit, wie in den Niederlanden einen Zahlungsaufschub zu beantragen, wurde zuletzt 1951 Gebrauch gemacht, da das Verfahren die

91) Grunsky, ZIP 1981, 1303, 1304; Hohloch, ZIP 1982, 1029; ders., ZGR 1982, 181.

92) Creditreform, Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa, S. 2

Ernennung von Sachverständigen und eine Vorprüfung durch einen Untersuchungsrichter vorsieht und deshalb zu kompliziert und langwierig ist.⁹³⁾

2. Inquisitorische Ermittlung insolventer Unternehmen

- 536 Die **herausragende Besonderheit** des derzeit geltenden belgischen Konkursrechts ist das inquisitorische Verfahren zur Ermittlung von insolventen Unternehmen durch von den Handelsgerichten seit 1960 gebildeten Kommissionen (*Service de dépestage*) mit der Möglichkeit einer von Amts wegen verfügten Konkurseröffnung, sofern die Ermittlungen die Konkursreife eines notleidenden Schuldners belegen. Die Kommissionen arbeiten dabei nach der empirischen Methode und sammeln Indizien (Versäumnisurteile, protestierte Wechsel, rückständige Sozialbeiträge, Steuerrückstände, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, Nichtvorlage der Jahresabschlüsse). Die Untersuchungskommission kann dem Handelsgericht vorschlagen, in einer öffentlichen Verhandlung über die Eröffnung eines Konkursverfahrens von Amts wegen zu beschließen. Ungeklärt ist, ob der Schuldner durch das Handelsgericht angehört oder zumindest vorgeladen werden muß, bevor das Gericht von Amts wegen den Konkurs eröffnet.⁹⁴⁾

3. Zweiphasenverlauf

a) Betriebsfortführung bis zur Gläubigerversammlung

- 537 Nach dem gesetzlichen Leitbild spielt sich das belgische Konkursverfahren in zwei Phasen ab. In der **ersten Phase** vor der Gläubigerversammlung soll der mit umfassenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnissen ausgestattete Konkursverwalter das **Unternehmen weiterführen**, ohne Verwertungshandlungen durchführen zu dürfen. Ausgenommen sind nur Gegenstände, die schnell verderben oder bald an Wert verlieren (Art. 477 Abs. 1 KG). Alle anderen Veräußerungsmaßnahmen unterliegen einem langwierigen Abstimmungsverfahren, in dessen Verlauf der Konkurschuldner vor der Erteilung einer gerichtlichen Veräußerungsgenehmigung angehört werden muß. In dieser Entscheidung hat das Gericht auch Art und Bedingung des geplanten Verkaufs zu bestimmen (Art. 477 Abs. 2 KG).
- 538 Immobilien dürfen vor der Gläubigerversammlung nur mit gerichtlicher Zustimmung veräußert werden (Art. 1193 Gerichtsgesetzbuch). Auch Gläubiger, die Sonderrechte ausüben wollen, bedürfen der gerichtlichen Genehmigung zur Pfandverwertung, wobei das zuständige Handelsgericht auch den Konkurs-

93) C. Matray, *Mercredis de la comptabilité*, Nr. 3/76, S. 1, 4; D. Matray, Vortragsmanuskript, S. 20.

94) *t'Kint*, *Examen de jurisprudence* 1984 - 1990, Nr. 36, S. 359.

verwalter mit der Durchführung der Veräußerung beauftragen kann, während dem ersteingetragenen Hypothekengläubiger in jedem Fall das Recht zur Verwertung zuerkannt wird.⁹⁵⁾

b) Liquidation

In der **zweiten Phase** des Konkursverfahrens soll nach Durchführung der Gläubigerversammlung das Vermögen durch den Konkursverwalter **liquidiert** werden, sofern es in der Versammlung nicht zu einem Vergleichsabschluß zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern gekommen ist. Der Staatsanwalt vertritt in diesem Verfahren die Interessen von Staat und Gesellschaft (Art. 469 KG). Er kann in dieser Funktion eigene Vorschläge unterbreiten und Stellungnahmen abgeben. 539

4. Verzögerung durch Vergleichsvorschläge

Das Recht des Schuldners, in der Gläubigerversammlung Vergleichsvorschläge zu unterbreiten, hat insbesondere Gesamtliquidationen mit dem Ziel einer übertragenden Sanierung verhindert. Zudem ist strittig, ob das belgische Konkursrecht die Gesamtliquidation zur Erhaltung der Betriebsstrukturen und der Arbeitsplätze zuläßt.⁹⁶⁾ 540

5. Frühzeitige Stillegung

Der gesetzlich verordnete Stillstand in der ersten Phase des Konkursverfahrens bis zur Gläubigerversammlung verhindert insbesondere bei von Amts wegen und gegen den Widerstand des Schuldners eröffneten Konkursverfahren die Entwicklung von Abwicklungskonzeptionen, da abgewartet werden muß, ob der Schuldner in der Gläubigerversammlung einen Vergleichsvorschlag unterbreitet. Tatsächlich ist die Zahl der eingereichten Vergleichsvorschläge gering. Mangels gesetzlich zulässiger Gestaltungsmöglichkeit kommt es statt dessen in den meisten Fällen zu einer vollständigen Einstellung des Geschäftsbetriebes bereits vor der Gläubigerversammlung.⁹⁷⁾ 541

95) Kassationshof, Entscheidung vom 21. 9. 1984, RPS 1985, 105; *Bourseaux*, in: Jahn (Hrsg.), *Insolvenzen in Europa*, S. 6, 9; *Hissel*, in: *Ordre de Avocats Liège* (Hrsg.), *Faillite et liquidation*, S. 29, 35.

96) *D. Matray*, S. 16.

97) *D. Matray*, Vortragsmanuskript, S 16.

6. Reformansätze

- 542 Der belgische Reformentwurf sieht eine **grundlegende Neuordnung** des Insolvenzrechts vor. Die Interessen der Gläubiger, der Öffentlichkeit, der Arbeitnehmer und des Konkursschuldners sollen zu einem gerechten Ausgleich geführt werden. Nach Darstellung des Justizministeriums werden mit der Reform Einfachheit, Schnelligkeit, Transparenz, Gleichgewicht und Menschlichkeit als Reformziele angestrebt.⁹⁸⁾

a) Abschaffung des Zwangskonkurses

- 543 Das Gesetz soll die Möglichkeit zur Eröffnung eines Konkursverfahrens von Amts wegen beseitigen, doch wird das Inquisitionsverfahren beibehalten. Indizien, die eine Konkursreife des beobachteten Unternehmens belegen könnten, sind jedoch der zuständigen Staatsanwaltschaft zuzuleiten, die berechtigt ist, einen Antrag auf Einleitung eines Konkursverfahrens zu stellen. Mit Eingang eines Konkursantrags kann das Gericht das Verfahren für die Dauer von 15 Tagen aussetzen, um den Schuldner, die Staatsanwaltschaft oder die Gläubiger in die Lage zu versetzen, die Möglichkeiten zur Einleitung und Durchführung eines Vergleichsverfahrens zu prüfen.

b) Auswahlkriterien für Verwalter

- 544 Für die Person des Kurators oder Verwalters legt der Reformentwurf verbindliche Auswahlkriterien fest. Gefordert werden berufliche Kompetenz, Lebensalter und Ausbildungsnachweise. Nur Bewerber, die den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen, sollen zukünftig in die bei der Generalversammlung des Handelsgerichts geführten Liste aufgenommen werden.

c) Verpflichtung zur Fortführung

- 545 Der Reformentwurf enthält die Möglichkeit, den Konkursverwalter zur Fortführung des Geschäftsbetriebes zu verpflichten. Zur Vorbereitung der Entscheidung hat das Gericht Vertreter der Belegschaft oder die Arbeitnehmervertretung oder außerbetriebliche Gewerkschaftsvertreter anzuhören. Die Anordnung der Fortführung des Geschäftsbetriebes soll lediglich unterbleiben, wenn diese zur nachhaltigen Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen führt.
- 546 Die Initiative zur Vorlage eines **Fortführungsantrags** soll dabei grundsätzlich vom **Konkursverwalter** ausgehen, dessen Fortführungsentscheidung der gerichtlichen Genehmigung nach vorheriger Anhörung der Beteiligten bedarf. Wirkung und Grenzen der gerichtlichen Entscheidung sind umstritten, insbe-

98) D. Matray, Vortragsmanuskript, S. 21.

sondere ist ungeklärt, ob das Gericht die Fortführung auch gegen die Empfehlung des Konkursverwalters anordnen darf.⁹⁹⁾

d) Erfüllungswahl innerhalb von 15 Tagen

Bei Fortführung des Geschäftsbetriebes durch den Konkursverwalter muß dieser innerhalb einer Frist von 15 Tagen entscheiden, ob er noch nicht vollständig erfüllte Verträge erfüllt. Erklärt sich der Verwalter nicht, so gilt der Vertrag als aufgelöst. 547

e) Gerichtliche Bestätigung einer übertragenden Sanierung

Der Gesetzentwurf sieht ausdrücklich die **Gesamtveräußerung** des Unternehmens zwecks **übertragender Sanierung** vor. Die ausgehandelten Übernahmemodalitäten werden dem Konkursgericht zur Bestätigung vorgelegt. Vertraglich übernommene Verpflichtungen, wie z. B. der Erhalt einer bestimmten Anzahl von Arbeitsplätzen, sollen notfalls gerichtlich - auch noch nach Abschluß des Konkursverfahrens - erzwungen werden können. 548

Ein Eilverfahren gewährt dem Schuldner und jedem Gläubiger die Möglichkeit, die beabsichtigte Veräußerung gerichtlich untersagen zu lassen. In der laufenden Diskussion wird vielfach befürchtet, daß von dieser Möglichkeit insbesondere Arbeitnehmer und ihre Vertretungen Gebrauch machen, um die Bedingungen der Übernahme und des in diesem Zusammenhang abgeschlossenen Sozialplans zu beeinflussen und zu ändern.¹⁰⁰⁾ 549

f) Mitwirkungsrechte der Beteiligten bei Fortführung

Die im Reformentwurf vorgesehene **regelmäßige Fortführung** des Geschäftsbetriebes zwecks Erhaltung der Betriebsstrukturen durch Gesamtliquidation ist insgesamt erheblichen Mitwirkungsrechten ausgesetzt und unterliegt substantiellen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalten. Ungeklärt ist, in welchem Umfange in Gläubigerrechte eingegriffen werden kann, um das angestrebte Reformziel zu erreichen. 550

7. Reform des Vergleichsrechts

Parallel zur Reform des Konkursrechts liegt dem Gesetzgeber auch ein Reformentwurf für das gerichtliche Vergleichsverfahren vor. Verfahrensgrund 551

99) D. Matray, Vortragsmanuskript, S. 25.

100) D. Matray, Vortragsmanuskript, S. 28.

können Zahlungsstockung, drohende Zahlungseinstellung oder Kapitalverzehr auf den Wert des Grundkapitals sein.¹⁰¹⁾

- 552 **Ziel des Vergleichsverfahrens** können sowohl die Sanierung des Unternehmensträgers als auch die Durchführung einer übertragenden Sanierung im Wege einer Gesamtliquidation sein. Zur Vorbereitung des Vergleichs sieht der Gesetzentwurf eine Beobachtungsphase von sechs Monaten vor, die um weitere drei Monate verlängert werden kann. In dieser Phase ist die Einstellung aller Zwangsvollstreckungsmaßnahmen anzuordnen. Zur Prüfung der Sanierungsvoraussetzungen setzt das Gericht Prüfer (*commissaire de sursis*) ein, die den Schuldner unabhängig und unparteiisch zu unterstützen und zu überwachen haben und gemeinsam mit ihm den Sanierungsplan entwickeln sollen. Der Vollstreckungsaufschub erstreckt sich auch auf Sonderrechts- und Vorrechtsgläubiger, denen jedoch Zinsen und Nebenkosten gezahlt werden müssen.
- 553 Über den **Plan stimmen die Gläubiger** ab. Zur Annahme ist die Zustimmung der Hälfte aller angemeldeten Gläubiger, deren Forderungen mehr als die Hälfte der Gesamtforderungen ausmachen müssen, erforderlich. Im Falle der Annahme kann das Gericht einen weiteren 24monatigen Vollstreckungsaufschub gewähren, der nochmals um 12 Monate verlängert werden kann. Für die Durchführung der Sanierung stehen dem Unternehmen somit insgesamt 45 Monate zur Verfügung.

8. Rechtsgestaltende Eingriffe

- 554 Die vorgesehene Neuordnung des Vergleichsrechts führt zu **gravierenden Eingriffen** in die Rechte auch der **bevorrechtigten Gläubiger**. Das Sanierungsinteresse hat gegenüber dem Befriedigungsanspruch der Gläubiger Vorrang. Zu diesem Zweck wird die Fortführung des Geschäftsbetriebes nach Einleitung eines gerichtlichen Vergleichs oder Konkursverfahrens obligatorisch. Um diese abzusichern, soll nur ein überschaubarer und erwiesenermaßen qualifizierter Personenkreis für die Übernahme des Amtes als Vergleichsverwalter oder als Sanierungsprüfer zugelassen werden. Ungeklärt ist die Absicherung der Fortführung durch die Gewährung von Liquiditätshilfen. Erwogen wird die Gewährung zweckgebundener öffentlicher Mittel, Garantien oder Bürgschaften.

9. Proporzsystem und Reformbestrebungen

- 555 Die Reformbestrebungen, die zu einer substantiellen Änderung der Insolvenzverfahrensziele und damit verbunden auch zu Eingriffen in gesicherte Gläubigerrechte führen sollen, haben eine lebhafte Diskussion in Belgien ausgelöst.

101) D. Matray, Vortragsmanuskript, S. 29.

Dabei sind in den vergangenen 30 Jahren alle Reformen an der wiederholten Änderung der politischen Mehrheitsverhältnisse gescheitert, wobei jede Gesetzesänderung zusätzlich auch das schwierige Proporzsystem zwischen Flamen und Wallonen berücksichtigen und überwinden muß.¹⁰²⁾

VIII. Österreich

1. Der klassenlose Konkurs

Österreich hat innerhalb Europas bei der Reform des Insolvenzrechts die Vorreiterrolle ausgeübt. Mit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 1. Juli 1982 und der Einführung des Vorverfahrens und des Ausgleichsverfahrens zum Zwecke der Sanierung (**Sanierungsausgleich**) verfolgt das reformierte österreichische Insolvenzrecht **vorrangig das Sanierungsziel**. Wird dieses verfehlt, so ist das gesamte Schuldnervermögen im Rahmen eines Konkursverfahrens zu verwerten und an die Gläubiger zu verteilen, wobei die Liquidation auch innerhalb eines Ausgleichsverfahrens (Liquidationsausgleich) erfolgen kann. 556

Im Zuge der Insolvenzrechtsreform wurden **sämtliche Vorrechte beseitigt**. Lediglich die absonderungsberechtigten Gläubiger sind berechtigt, Vorwegbefriedigung aus der Konkursmasse bezüglich des mit dem Absonderungsrecht belasteten Gutes zu beanspruchen. Zur Absicherung der Arbeitnehmer - und damit zur Verwirklichung des "**klassenlosen Konkurses**" - wurde die beitragsfinanzierte Insolvenzentgeltversicherung geschaffen. 557

Österreich weist seit 1992 einen deutlichen Zuwachs an Insolvenzen aus (+ 49,3 %) mit 5 600 Fällen im Jahr 1996.¹⁰³⁾ Die meisten Konkurs- und Ausgleichsverfahren verzeichnet die Tourismus-Branche aufgrund eines Einbruchs in den Übernachtungszahlen von 25 % innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren.¹⁰⁴⁾ 558

2. Obligatorische Fortführung

Der Reformansatz im österreichischen Recht geht von der Einschätzung aus, daß ein herkömmliches Konkursverfahren zur Wertezerstörung und insbesondere zur Vernichtung von Produktionsstätten und Arbeitsplätzen durch konkursmäßige Liquidation führt.¹⁰⁵⁾ Deshalb wird angestrebt, alle verfahrensrechtlichen Hemmnisse zur Durchführung einer wirtschaftlich sinnvollen Sanierung zu beseitigen. Zu ihrer Vorbereitung ist die Aufrechterhaltung und 559

102) Arnold, ZIP 1985, 321, 328.

103) Creditreform, Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa, S. 2, 17.

104) Creditreform, Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa, S. 17 f.

105) Arnold, ZIP 1985, 321, 326.

Fortführung des Geschäftsbetriebes sowohl im Vorverfahren als auch im Rahmen eines Sanierungsausgleichs obligatorisch. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß auch die Gläubiger ein Interesse an der Fortführung des Geschäftsbetriebes haben und daher bereit sind, dem neuen Unternehmen neue Mittel zuzuführen oder **Fortführungsgarantien** abzugeben. Während eines Vorverfahrens gewährte Kredite sind im nachfolgenden Ausgleichs- oder Konkursverfahren unanfechtbar (Art. 31 KO).

3. Maßnahmen zur Sanierungsförderung

- 560 Während des Vorverfahrens darf **nicht gepfändet** werden, die Erfüllung von **Ab- und Aussonderungsansprüchen** ist unzulässig. Nach einer Zeitspanne von maximal fünf Wochen wird das Vorverfahren bei günstigen Sanierungsaussichten in das Ausgleichsverfahren übergeleitet. Vor Mißbräuchen schützt die Alternative einer **Überleitung in den Anschlußkonkurs**.¹⁰⁶⁾
- 561 Die Fortführungsgarantie soll die beteiligten Gläubiger vor Ausfällen als Folge gescheiterter Fortführungsversuche schützen. Werden Fortführungsgarantien gewährt, so darf eine Stilllegung des Geschäftsbetriebes nicht verfügt werden. Um die Fortführung des Unternehmens durch den Masseverwalter oder Ausgleichsverwalter nicht zu gefährden, verhindert ein Exekutionsstop die Erfüllung von Aussonderungs- und Absonderungsansprüchen vor Ablauf von 90 Tagen ab Verfahrenseröffnung.
- 562 Die finanzielle Ausstattung von fortgeführten Betrieben während eines Ausgleichs- oder Konkursverfahrens wird durch die Regelung gestärkt, daß **Arbeitnehmerforderungen** nur dann Massedeforderungen sind, wenn der Arbeitnehmer im Personalstand des fortgeführten Unternehmens verbleibt. Scheidet er aus, so werden seine Lohn- und Gehaltsansprüche zu Konkursforderungen, die jedoch der Sicherung des Insolvenzausfallentgeltes unterliegen.
- 563 Auch ein Konkursverfahren kann noch in ein (Zwangs-)Ausgleichsverfahren zum Zwecke der Sanierung des insolventen Unternehmensträgers übergeleitet werden.
- 564 Die gesetzlich gewünschte Fortführung eines Geschäftsbetriebes nach Einleitung eines förmlichen Insolvenzverfahrens hat im österreichischen Recht in erster Linie die Aufgabe, eine wirtschaftlich sinnvolle Sanierung zu ermöglichen. Gesamtliquidationen, die zur Erhaltung der Betriebsstruktur bei Übertragung des Unternehmens auf einen neuen Rechtsträger führen, sind sowohl innerhalb eines Ausgleichsverfahrens als Liquidationsausgleich als auch im Rahmen eines Konkursverfahrens möglich. Auch ihre Durchführung setzt die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes durch den Verwalter voraus.

106) Vgl. ZIP aktuell 1982, Nr. 076, S. A 51 ff.

Im Ausgleichsverfahren gehört es zur wichtigsten Aufgabe des Verwalters, die Fortführung des Geschäftsbetriebes durch den Schuldner sicherzustellen und zu überwachen.¹⁰⁷⁾ 565

4. Reformüberlegungen

In Österreich soll ähnlich wie in Frankreich ein Frühwarnsystem etabliert werden, das Gegenmaßnahmen noch auf der Ebene der ersten Krisenstufe (drohende Zahlungseinstellung) ermöglichen und zur Bereitstellung von Liquiditätshilfen und Sanierungskrediten führen soll. Zu diesem Zweck ist am 1. Juli 1997 ein neues Unternehmensreorganisations-Gesetz in Kraft getreten. Das **Reorganisationsverfahren** ist allerdings **außerhalb des Insolvenzverfahrens** bei den Zivil- und Handelsgerichten **angesiedelt**. Voraussetzung für die Einleitung ist, daß noch kein Insolvenzgrund vorliegt. Der Reorganisation müssen alle Beteiligten zustimmen. 566

IX. Skandinavien

1. Allgemeines

Dänemark hat bereits 1977 die alte Konkursordnung aus dem Jahre 1872 als Folge der 1958 vereinbarten Zusammenarbeit zwischen Dänemark, Norwegen und Finnland zur Überprüfung und Revision der geltenden Konkurs- und Zwangsvergleichssysteme reformiert.¹⁰⁸⁾ Gemeinsames Ziel dieser Staaten ist die Förderung von freiwilligen Schuldenregelungen zum Zwecke der "Rehabilitation" und zur Vermeidung von Konkurs. 567

In den skandinavischen Staaten gehen die Insolvenzzahlen seit 1992 kontinuierlich zurück. Dänemark weist dabei mit 1 900 Verfahren absolut die niedrigste Anzahl von Insolvenzen (- 27,5 % im Jahre 1996) auf, während in Norwegen 3 800 (- 2,5 % im Jahre 1996) und in Schweden 12 200 Fälle registriert wurden. Schweden hat dabei die Insolvenzzahlen seit 1992 fast halbiert (22 449 Insolvenzen im Jahre 1992).¹⁰⁹⁾ 568

2. Moratorium nach dänischem Recht

Das dänische Insolvenzrecht ist im Jahre 1984 ergänzt und erweitert worden. Danach führt die Zahlungseinstellung zu einem Moratorium (Betalingsstands), das von einer gerichtlich ernannten Aufsichtsperson überwacht wird. Während des Moratoriums sind Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen unzulässig. 569

107) Schwank, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, S. 210.

108) Gohmar, RabelsZ 1971, 226.

109) Creditreform, Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa, S. 2.

Die Dauer des Moratoriums beträgt drei Monate. In dieser Zeit sind die Sanierungsaussichten zu prüfen. Das **Geschäft** wird durch den **Schuldner unter Aufsicht des Verwalters** fortgeführt.

- 570 Zeichnet sich die Möglichkeit zur Erhaltung des Unternehmens ab, so kann die Sanierung des Rechtsträgers durch einen freiwilligen Vergleich bei Zustimmung aller Gläubiger oder mittels eines Zwangsvergleichs herbeigeführt werden, wobei zur Annahme eine qualifizierte Kopf- und Stimmenmehrheit von jeweils 60 % der abstimmenden Gläubiger und der stimmberechtigten Forderungen erforderlich sind. In der Praxis wird das Moratorium elastisch und flexibel gehandhabt. Teilweise werden Fristen von bis zu einem Jahr gewährt, um die Eröffnung eines Konkursverfahrens zu verzögern oder zu vermeiden.¹¹⁰⁾

3. Sanierungsmoratorium in Norwegen

- 571 In Norwegen ist die neue Konkursordnung am 1. April 1985 in Kraft getreten. Auch sie sieht ein **vorgeschaltetes Moratorium** vor, in dessen Verlauf eine Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger mit dem Ziel der Erhaltung und Sanierung angestrebt wird.
- 572 Ein eigenständiges Verfahren regelt die Insolvenz von Privatpersonen, das am 1. Januar 1993 in Kraft getreten ist. Es sieht vor, daß der insolvente Schuldner nach Ablauf von fünf Jahren von seiner bis dahin nicht gedeckten Verschuldung befreit wird.

4. Schweden - Fortführung zur Sicherung der Arbeitsplätze

- 573 In Schweden gewährt das am 1. Januar 1988 in Kraft getretene Konkursgesetz (Konkurslov - KL) dem vom Konkursgericht eingesetzten Konkursverwalter bei der Abwicklung große Handlungsspielräume. Die Stellung der Gläubiger ist schwach. Übertragung von Eigentum mittels Besitzkonstituts ist im schwedischen Recht unbekannt. Sicherungsübereignungen können konkurssicher nur über eine Registrierung und Veröffentlichung des Vertrages vereinbart werden. Die Vereinbarung von Eigentumsvorbehalten bei Waren, die zur Weiterveräußerung oder zur Ver- oder Bearbeitung bestimmt sind, ist unzulässig. Geldkreditgeber werden gegenüber den Warenkreditgebern bevorzugt. Bankkredite können gemäß § 1 Unternehmenshypothekengesetz durch eine Unternehmenshypothek abgesichert werden, die auch den von Dritten gelieferten Warenbestand umfaßt.

¹¹⁰⁾ Arnold, ZIP 1985, 321, 332; Joergensen, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, S. 13, 24.

Das schwedische Konkursrecht kennt keine Gläubigerversammlung. Die Aufsicht über den Konkursverwalter führt das Konkursgericht. Die Berechtigung des Konkursverwalters zur Fortführung des Geschäftsbetriebes ist gesetzlich geregelt (7:8 Abs. 2 KL). Dabei hat er vorrangig die langfristige Beschäftigungssituation zu fördern.¹¹¹⁾ 574

X. Spanien

Die Normen des spanischen Konkursrechts gelten seit über 100 Jahren unverändert. Neueren Datums ist lediglich das Zahlungseinstellungsverfahren (*Suspensión de Pagos*) aus dem Jahre 1922. 575

Neben Dänemark, das sein Konkursrecht 1984 reformiert hat, weist Spanien, wo es bislang keine Reformüberlegungen gibt, 1996 den markantesten Rückgang der Insolvenzzahlen auf (- 18,2 %). Auch die absolute Zahl von lediglich 1 100 Insolvenzfällen ist in Relation zur Größe des Landes bemerkenswert niedrig.¹¹²⁾ 576

1. Vorläufige oder endgültige Insolvenz

Anders als die übrigen europäischen Staaten kennt Spanien seit jeher ein **Zahlungsaussetzungsverfahren**.¹¹³⁾ Dieses Verfahren gewährt dem Schuldner ein Moratorium, das es ihm ermöglicht, innerhalb eines kurzen Zeitraums Maßnahmen zur Vermeidung eines Konkursverfahrens durchzuführen. Voraussetzung für die Anordnung eines Moratoriums im Rahmen dieses Verfahrens ist der Antrag des Schuldners, der mit Angaben über Art und Umfang der Schuldendeckung verbunden sein muß. Nach Prüfung der Unterlagen wird die Insolvenz alternativ für lediglich vorübergehend (**Insolvenzia Provisional**) oder endgültig (**Insolvenzia Definitiva**) erklärt. Bei vorübergehender Insolvenz entscheidet eine frühestens 30 Tage später stattfindende Gläubigerversammlung über den Abschluß eines Vertrages zwischen den Gläubigern und dem Gemeinschuldner zum Zwecke der Sanierung. Scheitert diese Vereinbarung, ist der Gemeinschuldner verpflichtet, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen. Bei endgültiger Insolvenz verbleibt dem Schuldner eine Frist von 14 Tagen, um die Insolvenzgründe zu beseitigen. 577

111) Herrmann, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, S. 221, 230 ff.

112) *Creditreform*, Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa, S. 2.

113) von Carstenn-Lichterfelde, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, S. 251, 257.

2. Fortführung unter Aufsicht eines Kaufmanns

- 578 Das eröffnete Konkursverfahren enthält keine besonderen Bestimmungen zur **Fortführung** des Geschäftsbetriebes. Diese ist jedoch unter Aufsicht eines Treuhänders (Depositario) ebenso **zulässig** wie unter Führung der von der Gläubigerversammlung zu wählenden drei Konkursverwalter (Syndicos), wobei das Gericht ergänzend die Möglichkeit hat, insbesondere bei der Fortführung von Geschäftsbetrieben einen „Comisario“ zu bestellen, bei dem es sich regelmäßig um einen - ortsansässigen - Kaufmann handelt.¹¹⁴⁾

XI. Griechenland

- 579 In Griechenland hat sich die Zahl der Insolvenzfälle seit 1992 fast verdoppelt. Von 806 Fällen im Jahre 1992 stiegen die Insolvenzen auf 1 500 im Jahre 1996 an. Mit einer Quote von 57,6 % wies Griechenland 1995 die höchste Zuwachsrate auf, die in Europa in einem Land seit 1992 zu verzeichnen war.¹¹⁵⁾
- 580 In Anlehnung an die italienische „amministrazione straordinaria“ (oben Rz. 514) kennt auch das griechische Insolvenzrecht die Möglichkeit, Großunternehmen unter die Verwaltung und Geschäftsführung der Gläubiger zu stellen. Dies setzt den Antrag eines Gläubigers voraus, dessen Forderung mindestens 51 % der Gesamtschulden dieser Gesellschaft umfaßt. Erforderlich sind ferner die **Vorlage eines Fortführungs- und Sanierungsgutachtens** sowie ein zu diesem Zweck errichteter Sonderausschuß bei der Bank von Griechenland und ein Beschluß des örtlich zuständigen Landgerichts.
- 581 In allen anderen Fällen ist die Fortführung des Geschäftsbetriebes eine zulässige Verwaltungsmaßnahme zur Abwicklung des Konkursverfahrens.

XII. USA

1. Einführung

- 582 Während der europäische Rechtsvergleich aus Gründen der irgendwann anstehenden Harmonisierung unvermeidlich ist, ist die Beschäftigung mit dem amerikanischen Insolvenzrecht Folge der Übernahme seiner wesentlichen Gedanken und Instrumente (Insolvenzplan) in das deutsche Reformgesetz.¹¹⁶⁾
- 583 In den Vereinigten Staaten ist das **Konkursrecht Bundesrecht**. Es wird durch den „Federal Bankruptcy Code“ und die vom Supreme Court erlassenen

114) Jahn, S. 262 ff.

115) *Creditreform*, Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa, S. 2

116) Braun/Uhlenbruck, S. 415 ff.

„Rules of Practice and Procedure in Bankruptcy“ geregelt. Einzelstaatliches Recht ergänzt mitunter das Bundesrecht.

Der Bankruptcy Reform Act von 1978 veränderte das bis dahin geltende Bundesrecht beträchtlich. Ein Ende 1991 eingebrachter Gesetzesvorschlag zur Reform des Insolvenzrechts fand seinen Ausdruck in einem im Juni 1992 vom Senat verabschiedeten Gesetzentwurf, dem das Repräsentantenhaus am 3. Oktober 1992 zugestimmt hat. 584

2. Liquidationsverfahren - Chapter 7

Chapter 7 des Federal Bankruptcy Code befaßt sich mit der Liquidation des Vermögens des Schuldners zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger. **Ziel des Verfahrens** ist die gleichmäßige Verteilung der Masse an die Gläubiger. Das Verfahren kann freiwillig oder unfreiwillig - auf Eigen- oder Fremdantrag - eröffnet werden.¹¹⁷⁾ Die Eröffnung des Konkursverfahrens führt zu einer Vermögensmasse, die das gesamte Vermögen des Schuldners im Zeitpunkt des Antrags erfaßt. Ab diesem Zeitpunkt sind alle anderen Versuche der Gläubiger, auf das Vermögen des Schuldners zuzugreifen, ausgeschlossen. Sofort nach der Einbringung des Konkursantrags wird ein „Interim Trustee“ bestellt, der die Vermögensmasse in seine Verwaltung übernimmt. Seine Hauptaufgabe besteht in der möglichst raschen Konkursabwicklung, die zur Verteilung des Erlöses an die Gläubiger führt. 585

3. Reorganisationsverfahren - Chapter 11

Chapter 11 des Federal Bankruptcy Code enthält unter der Überschrift „Reorganisation“ ein **Reorganisationsverfahren**, das dem **Liquidationsverfahren** gemäß Chapter 7 Bankruptcy Code **gleichwertig** gegenübersteht und in großem Maße in Anspruch genommen wird.¹¹⁸⁾ 586

a) Verfahrensziel

Verfahrensziel der Reorganisation ist die **Aufrechterhaltung des Unternehmens** auf der Grundlage eines **Reorganisationsplans**, der einer gerichtlichen Bestätigung (confirmation) bedarf und die Positionen der beteiligten Gläubiger festschreibt (§ 1129 Bankruptcy Code). Das Gesetz gibt dabei zur „classification“ der Gläubiger Regelungen vor, die auf der einen Seite auch bestehende Kreditsicherungsrechte einbeziehen, auf der anderen Seite aber zugleich auch zur Beachtung sozialer Gesichtspunkte führen sollen, wenngleich der Vorrang 587

117) Braun/Uhlenbruck, S. 485.

118) Altman, S. 17 ff.

der dinglich gesicherten Gläubiger vor den Sanierungsgläubigern und wiederum deren Priorität gegenüber den ungesicherten Altgläubigern grundsätzlich erhalten bleiben (§§ 1122, 1123 Bankruptcy Code).

b) Sanierungsplan

- 588 Der Sanierungsplan kann **weitgehende Eingriffe** in die Rechte der Gesellschafter und Eigenkapitalgeber sowie in die Positionen der Gläubiger vorsehen. Dabei gilt prinzipiell, daß die Regelungen des Plans durch Abstimmung in den einzelnen Klassen nach dem Mehrheitsprinzip angenommen und bestätigt werden müssen.¹¹⁹⁾

c) Entscheidungsprozeß

- 589 Der Entscheidungsprozeß unter den Beteiligten unterliegt keiner richterlichen Einflußnahme. Werden sich die Gläubiger einig, so können sie auch von den gesetzlichen Prioritätsregeln abweichen. Dabei kann jedoch keinem Beteiligten gegen seinen Willen mehr entzogen werden, als ihm für den Fall einer Liquidation im Rahmen eines Konkursverfahrens nach Chapter 7 verbliebe. **Obstruierende Gläubiger** einer Gruppe können in den Reorganisationsplan gezwungen werden, wenn das Gericht deren fehlende Zustimmung durch richterliche Entscheidung ersetzt. Dies ist möglich, wenn das Gericht im Zuge der Planüberprüfung feststellt, daß die Regelungen des Reorganisationsplans angemessen und fair sind.

d) Reorganisation und übertragende Sanierung

- 590 Der Reorganisationsplan läßt als **Sanierungsvarianten** sowohl die Erhaltung des Unternehmensträgers als auch die Reorganisation durch Gesamtliquidation zu.¹²⁰⁾ Das Reorganisationsverfahren gewährt somit dem Schuldner, dem „Trustee“, aber auch den Gläubigern weite Spielräume. Teilliquidationen können miteinander verbunden werden, die Betriebsstruktur des Schuldnerunternehmens steht zur Disposition der Beteiligten, selbst die Rechtsform des insolventen Unternehmens kann im Rahmen der Reorganisation geändert werden.¹²¹⁾

119) Hohloch, ZIP 1982, 1029, 1034, 1035.

120) Balz, S. 12; Braun/Uhlenbruck, S. 423.

121) Balz, S. 12.

e) Erhaltung des Fortführungswerts

Entscheidend für die Reorganisation ist allein die Zielsetzung der Gläubiger, den Fortführungswert des Unternehmens zu erhalten. Ob dies durch Reorganisation des Rechtsträgers oder durch Gesamtliquidation und Austausch des Unternehmensträgers geschieht, ist eine Frage der Bedingungen und des Marktes. Das Reorganisationsverfahren setzt die Fortführung des Geschäftsbetriebes unter Führung des Trustee voraus, wobei die Fälle zunehmen, in denen der Betrieb bereits vor Abschluß des Reorganisationsverfahrens veräußert wird. Die Pläne können auch die nur zeitweilige Fortführung des Unternehmens mit anschließender Teil- oder Gesamtliquidation vorsehen. Die Insolvenzverfahrenszwecke sind gleichrangig. Je nach den jeweiligen Bedingungen kann innerhalb der einzelnen Verfahrensziele gewechselt werden. Ob und in welchem Umfange der Geschäftsbetrieb fortgeführt wird, ist dabei eine Frage der Zweckmäßigkeit. 591

4. Einfluß auf die Reformdiskussion in Deutschland

Das amerikanische Reorganisationsverfahren hat die Reformüberlegungen bis zur Verabschiedung der Insolvenzrechtsreform in Deutschland nachhaltig beeinflusst und zur Schaffung des dem deutschen Recht bis dahin nicht bekannten Insolvenzplans als Mittel zur deregulativen Verfahrensabwicklung geführt.¹²²⁾ 592

5. Erfahrungen und Reformdiskussion

Die jetzt 16jährigen Erfahrungen mit dem amerikanischen Insolvenzrecht zeigen ein uneinheitliches Bild. Je nach Interesse und Standpunkt wurde die Wiedereinführung von Konkursvorrechten, insbesondere für Arbeitnehmer, und die stärkere Sicherung und Einbeziehung der Geldkreditgeber gefordert. Aber auch der angeblich verfehlte Sanierungsansatz im Reorganisationsverfahren gemäß Chapter 11, der sowohl im Senat als auch im Repräsentantenhaus in den dort geführten Generaldebatten teilweise als nicht weit genug reichend klassifiziert wurde, war Anlaß für neuerliche Reformbestrebungen.¹²³⁾ 593

Nach den Bestimmungen des Bankruptcy Improvement Act aus dem Jahre 1993 sind erste Korrekturen vorgenommen worden, wobei nun auch den Verbrauchern die Möglichkeit eines Reorganisationsverfahrens erschlossen wird (Chapter 13). Weitere Reformüberlegungen sehen eine Vorzugsstellung für die 594

122) Uhlenbruck, in: Elschen (Hrsg.), Unternehmenssicherung und Unternehmensentwicklung, S. 210, 223; ders., Das neue Insolvenzrecht, S. 104.

123) Warren, 102 Yale Law Journal 437, 447 ff (1992); Bradley/Rosenzweig, 101 Yale Law Journal 1043 (1992); Hirte/Otte, ZIP 1993, 964 ff.

Pensions-Sicherungs-Vereine vor, die auch nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens noch Zahlungen vor allen anderen Gläubigern erhalten sollen. Im Bankenkonskurs wurde ein Sondervorrecht für Spareinlagen geschaffen, die Vorrang vor allen anderen Forderungen haben. Auch dies belegt den Trend des amerikanischen Insolvenzrechts, schrittweise wieder zu einer bevorzugten Befriedigung bestimmter Gläubiger zurückzukehren.¹²⁴⁾

- 595 Die Steigerungsraten bei den amerikanischen Insolvenzzahlen halten unvermindert an. Vom 1. Juli 1995 bis 30. Juni 1996 wurden 1 042 110 Insolvenzverfahren angemeldet. Dies bedeutet eine Steigerung von 184 000 Fällen im genannten Zeitraum. Während die Liquidationsverfahren gemäß Chapter 7 einen Zuwachs um 22,4 % auf nunmehr 712 129 Verfahren verzeichnen, sank die Anzahl der Reorganisationsverfahren im vierten aufeinanderfolgenden Jahr um 2,7 % auf 12 859 Verfahren. Der Hauptanteil betrifft dabei Verbraucherinsolvenzen mit 989 172 Verfahren, während der Anteil der Unternehmensinsolvenzen auf 5,1 % (52 938 Verfahren) gesunken ist.¹²⁵⁾
- 596 Der kontinuierlich sinkende Anteil der Reorganisationsverfahren hat zum Bankruptcy Reform Act vom 22. Oktober 1994 geführt. Mit ihm wurde die **Stellung des Richters** wesentlich gestärkt. Um die Verfahren zu beschleunigen, kann der Richter jetzt eine Gläubigerversammlung von Amts wegen einberufen und Fristen für die Vorlage von Insolvenzplänen bestimmen.¹²⁶⁾
- 597 Bislang konnte nur der Schuldner in den ersten 120 Tagen Reorganisationspläne aufstellen. Jetzt darf die „**exclusive period**“ vom Gericht verkürzt werden, wobei jeder Beteiligte nach Fristablauf einen Reorganisationsplan vorlegen kann. Erstmals können diese verfahrensleitenden Entscheidungen mit Rechtsmitteln angegriffen werden, während nach bisherigem Recht nur verfahrensabschließende Entscheidungen einer Überprüfung durch den district court ausgesetzt waren.¹²⁷⁾
- 598 Die Novelle stärkt auch die Stellung der **dinglich gesicherten Gläubiger**. Das Pfandrecht des Kreditgebers erstreckt sich nunmehr auch auf die Pachteinnahmen, die bislang zur Finanzierung der Kosten oder neuer geschäftlicher Aktivitäten des Schuldners verwendet werden konnten. Eingeschlossen in den Haftungsverband des Grundpfandrechts sind des weiteren die Einnahmen aus einem Hotel- oder Gaststättenbetrieb.¹²⁸⁾

124) Hirte/Otte, ZIP 1994, 1493; Broude, TvI 3/95, S. 53.

125) Bankruptcy Statistical Information, Administrative Office of the United States Courts, 9/1996, S. 2 ff.

126) Broude, TvI 3/95, S. 53.

127) Broude, TvI 3/95, S. 53, 54.

128) Broude, TvI 3/95, S. 53, 55.

Eingeschränkt wurde ferner die Befreiung von der Erfüllung rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen in den ersten 60 Tagen nach Verfahrensbeginn, die sich als erhebliche Belastung für Vermieter und Verpächter dargestellt hatte. Nunmehr haben die Vertragspartner des Schuldners einen Anspruch auf einen Nachteilsausgleich, über den der Richter auch nach **Billigkeitsgesichtspunkten** entscheiden kann. 599

Die **Kleingewerbetreibenden** (small businesses) sind als neue Kategorie von Schuldnern hinzugekommen, deren Verbindlichkeiten 2 Mio. \$ nicht übersteigen dürfen. Diese Verfahren sollen nach dem Reformgesetz jetzt beschleunigt und mit weniger Aufwand, z. B. auch ohne den Ausschluß ungesicherter Gläubiger, und mit verkürzten Fristen abgewickelt werden.¹²⁹⁾ 600

XIII. Zusammenfassung

Nur scheinbar entwickeln sich international die Insolvenzgesetze der Industriestaaten beziehungslos. Die Wurzeln aller europäischen Insolvenzrechte liegen im römischen Recht, in dem neben der strafenden Verhaftung des Schuldners selbst (Personalexekution) auch bereits die Gesamtvollstreckung in das Vermögen des Schuldners (Realexekution) durch Besitzeinweisung der Gläubiger in das gesamte schuldnerische Vermögen als Folge unbeglichener Zahlungsmittel zulässig war. 601

In allen europäischen Insolvenzrechten ist der Gedanke des Kuratorenkonkurses lebendig geblieben. Der vom Prätor bestellte curator bonorum hatte die Aufgabe, als Vertreter des öffentlichen Interesses die gerechte Befriedigung aller Gläubiger ohne unnötige Schädigung des Schuldners herbeizuführen, und zwar durch Verwertung des gesamten Schuldnervermögens oder einzelner Stücke.¹³⁰⁾ Europaweit führte die Rezeption auch zur Übernahme des römischen Konkursrechts ins geltende Recht der kontinentaleuropäischen Länder.¹³¹⁾ 602

Die Folgen der Weltkriege, der industriellen Revolution, der Weltwirtschaftskrise nach 1929, des wirtschaftlichen Aufschwungs nach 1947 und der einsetzenden Rezession als Konsequenz der ersten Ölkrise nach 1974 mit der Herausbildung neuer internationaler Wirtschaftsstrukturen und zunehmender Massenarbeitslosigkeit treffen - allenfalls mit unterschiedlicher Intensität - alle Industrienationen. In allen Staaten führen die gleichen Sachzwänge zur Reform der nationalen Insolvenzordnungen, heute zudem verbunden mit der Notwendigkeit ihrer internationalen Harmonisierung, um die notwendigen wirtschaft- 603

129) Broude, TvI 3/95, S. 53, 55.

130) Sohm/Mitteis, S. 719 ff.

131) Arnold, ZIP 1985, 321, 333.

lichen und finanziellen Rahmenbedingungen für den internationalen Geld- und Warenverkehr sowie für Investitionen zu schaffen.

- 604 Die aus dem römischen Recht stammende Grundidee, wonach die Realexécution nicht Privatsache der beteiligten Gläubiger ist, sondern im öffentlichen Interesse liegt und somit unter gerichtlicher Aufsicht durch einen Kurator abzuwickeln ist, hat dabei in den westeuropäischen Staaten niemals ernsthaft zur Diskussion gestanden. Lediglich die **Verfahrensziele der nationalen Insolvenzordnungen differieren**, indem entweder das Schergewicht auf den Gedanken der Haftungsverwirklichung oder auf wirtschafts- und sozialpolitische Ziele gelegt wurde.
- 605 Die nationalen Spielarten, die sich zwischen diesen beiden Polen herausgebildet haben, sind abhängig von unterschiedlichen Traditionen sowie den politischen Grundüberzeugungen, aber auch von den jeweils bestehenden Mehrheitsverhältnissen in den Gesetzgebungsorganen.
- 606 Dabei ist die **Betriebsfortführung** - mit Ausnahme Schwedens - in **keinem Land eigenständiges Verfahrensziel**, sondern immer nur, teilweise sogar ohne ausdrückliche Erwähnung, Mittel zum Zweck. Einzelheiten zu den Voraussetzungen einer Betriebsfortführung, ihren Abläufen, ihrer Überwachung und den Folgen sind nicht oder bestenfalls ansatzweise geregelt, am weitreichendsten in dem noch nicht verabschiedeten belgischen Reformentwurf.
- 607 In Abhängigkeit von politischen Mehrheitsverhältnissen, den ökonomischen Bedingungen, aber auch von den überkommenen Rechtstraditionen der einzelnen Staaten verschieben sich die Insolvenzverfahrenszwecke zwischen den Polen Liquidation und Sanierung, erweitert um die Variante der Gesamtliquidation, die, wenn sie zur Erhaltung der Betriebsstrukturen führt, mittlerweile überwiegend als Sanierung verstanden wird und unter dem Begriff „übertragende Sanierung“ in Deutschland, aber auch in den meisten europäischen und außereuropäischen Industriestaaten zu einem gleichberechtigten Verfahrensziel geworden ist.
- 608 Die Bestimmung der Insolvenzverfahrensziele bleibt national wie international dem Gesetzgeber und seinen Institutionen vorbehalten. Die Insolvenzpraxis hat sich hingegen meist schon vorher ihre Wege gesucht, wobei die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen die Art der Abwicklung mitbestimmen. Wird dabei das jeweils geltende Insolvenzrecht den Anforderungen der Insolvenzpraxis nicht gerecht, entsteht unter dem Druck unbefriedigender Abläufe und Ergebnisse ein Sachzwang zur Änderung der Verfahrensziele und zur Anpassung der Bestimmungen des Insolvenzrechts an diese neuen Ziele. Es ist daher kein Zufall, daß nach der schweren Ölkrise des Jahres 1974 in allen Industriestaaten nahezu gleichzeitig und nur scheinbar beziehungslos nebeneinander Insolvenzrechtsreformen eingeleitet und verabschiedet wurden.

Die internationale Entwicklung zeigt auch, daß die Zahl der Insolvenzfälle durch das jeweilige Insolvenzrecht nur bedingt beeinflußt werden kann. Auch die gesetzliche Sanierungsförderung in Insolvenzreformgesetzen führt nicht zur vorbeugenden Steuerung und Vermeidung von Verbraucher- und Unternehmensinsolvenzen. Auffallend ist, daß durchschlagende Sanierungserfolge oder nachhaltige Quotenverbesserungen gerade in den Ländern nicht auszumachen sind, die, wie in Österreich, Frankreich und den USA, ehrgeizige und umfassende Reformgesetze verabschiedet haben und sich aufgrund der unbefriedigenden Ergebnisse veranlaßt sahen, schon nach kurzer Zeit Korrekturen vorzunehmen. **609**

Positive Entwicklungen zeigen sich in den Ländern, die ein vorgeschaltetes oder parallelaufendes Zahlungsaussetzungsverfahren (Moratorium) mit einer weitgehenden oder sogar vollständigen Aussetzung aller Zugriffsmöglichkeiten der am Verfahren beteiligten Gläubiger kennen, was insbesondere am Beispiel der Niederlande aufgezeigt werden kann, aber auch für Spanien, Norwegen, Dänemark, Schweden und Großbritannien gilt. Wer sanieren und reorganisieren und zu diesem Zweck die Geschäftsbetriebe insolventer Schuldner fortführen will, kommt offensichtlich nicht daran vorbei, die Gläubiger in der Ausübung ihrer Rechte nachhaltig zu beschränken. **610**

D. Entscheidungsgrundlagen für eine Betriebsfortführung

I. Allgemeines

Die Fortführung und ihr Erfolg sind mit **analytischen, betriebswirtschaftlichen, rechtlichen und administrativen Faktoren** und deren Beurteilung sowie entsprechenden Problemstellungen und ihren Lösungen verknüpft, solange sie als Abwicklungs- und Verwaltungsvariante innerhalb des Verfahrensziels der gleichmäßigen und bestmöglichen Befriedigung der beteiligten Gläubiger verstanden wird. 611

Nach der neuen Insolvenzordnung stehen die Verfahrensziele (Sanierung, übertragende Sanierung und Liquidation) gleichrangig nebeneinander (oben Rz. 264). Welches Verfahrensziel angestrebt wird, hängt nicht zuletzt vom Ergebnis einer **Analyse der Insolvenzursachen** ab, das auch die Entscheidung der Gläubiger bestimmen wird, ob das Verfahrensziel im Regelverfahren oder regulativ über einen Insolvenzplan angestrebt werden soll. 612

Von ihrer Ausrichtung her beschäftigt sich die **Schwachstellenanalyse** in erster Linie mit der Vergangenheit des notleidenden Unternehmens. Dort kann sie jedoch nicht stehenbleiben, da für die zukünftige Entwicklung auch beurteilt werden muß, ob und in welcher Zeit und mit welchen Mitteln es möglich ist, die wesentlichen Insolvenzursachen zu beseitigen. Dies gilt namentlich für den Fall, daß Verfahrensziel die Reorganisation des Unternehmensträgers ist. 613

Verfahrensbezogen muß beurteilt werden, wie sich das Ergebnis in Abhängigkeit von einer **kurz-, mittel- oder längerfristigen Betriebsfortführung** ändert, um alternativ Vergleichsrechnungen aufstellen zu können. In diese Betrachtung sind alle Aktiv- und Passivposten einzubeziehen, um beurteilen zu können, wie sich diese Faktoren unter den Bedingungen eines dynamischen Prozesses von der zunächst stichtagsbezogenen und unter Liquidationsgesichtspunkten auf den Verfahrenseröffnungszeitpunkt abgestellten Bewertung unterscheiden. 614

II. Insolvenzen und ihre Ursachen

Bei der Analyse der Insolvenzursache ist zwischen **endogenen und exogenen Faktoren** und solchen, die einem **Zwischenbereich** zuzuordnen sind, zu unterscheiden. Aus der Krisenursachenforschung¹⁾ ist bekannt, daß Insolvenzen auf 615

1) *Fleege-Althoff*, S. 8 ff, S. 83 ff; *Hahn*, S. 58 ff, 117 ff; *Rinklin*, S. 50 ff; *Bellinger*, in: *Festschrift Ruberg*, S. 49 ff; *Keiser*, S. 108 ff; *Schimmelpfeng-Marktforschung*, S. 79 ff; *Reske/Brandenburg/Mortisier*, S. 517 ff; *Endres*, S. 44 ff, S. 65 ff; *Hauschildt*, S. 142 ff; *Göschel*, in: *Blick durch die Wirtschaft*, Nr. 204/1987, S. 7 ff; *Lüthy*, S. 32 ff; *Albach*, *ZfB Ergänzungsheft* 2/1979, S. 9 ff; *ders.*, in: *DFG (Hrsg.), Forschung in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 221 - 234; *W. Baur*, S. 5 ff; *Uhlenbruck, GmbH & Co. KG*, S. 8 ff; *Risse*, *KTS* 1994, 465 ff; *Hüls*, S. 12 ff; *Hess/Binz/Wienberg*, *GesO*, § 8 Rz. 127 - 140.

mehreren Faktoren und deren Zusammenspiel beruhen, die in immer neuen Kombinationen und zeitlichen Abfolgen auftreten.

1. Exogene Faktoren

- 616 Viele Gemeinschuldner sehen in der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung die Hauptursache ihrer Insolvenz, also in einem Bereich, der außerhalb ihrer Einflußsphäre liegt. Dazu zählen **staatliche und überstaatliche Strukturkrisen**, konjunkturelle Veränderungen, Belastungen aus dem Bereich der Tarif- und der Sozialpolitik, die Rahmenbedingungen in der Form von Genehmigungs- und Zulassungsverfahren, Umweltschutzauflagen sowie allgemein die Steuer- und Abgabenbelastung.

a) Strukturelle Einflüsse

- 617 Strukturell wirkt sich insbesondere die **Globalisierung der Finanz- und Arbeitsmärkte** sowie der von Ein- und Ausfuhrhemmnissen weitgehend befreite weltweite Warenverkehr aus. Die Wettbewerbssituation nahezu aller Unternehmen und sogar vieler handwerklicher Betriebe hat sich insbesondere nach 1990 nachhaltig verändert. Billigangebote drücken auf die Preise und steigern den Kosten- und Rationalisierungsdruck.

b) Konjunkturelle Ursachen

- 618 Der Zusammenhang zwischen Insolvenz und Konjunktur wird durch die Insolvenzstatistik der Bundesrepublik Deutschland belegt, die - mit zeitlicher Verschiebung - die Phasen konjunktureller Schwierigkeiten und Erholung widerspiegelt.

c) Staatliche Rahmenbedingungen

- 619 Unter dem Schlagwort „**Standort Deutschland**“ werden nachteilige staatliche Rahmenbedingungen als Insolvenzursache im exogenen Bereich ausgewiesen. Dazu gehören Genehmigungs- und Zulassungsentscheidungen, Umweltschutzauflagen, einschließlich zeit- und kostenaufwendiger Verfahren zur Überprüfung von Ansiedlungs- und Investitionsentscheidungen auf ihre Umweltverträglichkeit (Umweltverträglichkeitsprüfung - UVP), wettbewerbsbeschränkende Gesetze, gesetzliche Schutzbestimmungen im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts, aber auch die Belastung mit Steuern und Abgaben.

d) **Branchenspezifische Ursachen**

Soweit bei den **branchenspezifischen Ursachen** exogene Faktoren angesprochen sind, handelt es sich im wesentlichen um die Auswirkungen tarifpolitischer Entscheidungen oder von Sonderfaktoren, die auch in den Bereich der strukturellen Veränderung hineinreichen. So wirkt sich die Möglichkeit, weltweit Dienst- und Arbeitsleistungen auszuschreiben und zu vergeben, korrespondierende Absatzchancen zu nutzen oder auf ausländische Arbeitnehmer zur Durchführung inländischer Projekte zurückzugreifen, in den einzelnen Branchen, z. B. auf dem Bausektor, unterschiedlich aus. 620

e) **Höhere Gewalt**

Abgerundet werden die exogenen Insolvenzfactoren durch die Fälle **höherer Gewalt**. Hierzu gehören beispielsweise kriegs- und krisenbedingte Ausfälle im Bereich der Lieferanten- oder Kundenbeziehungen bis hin zur Vernichtung von Produktionsstätten, aber auch der Einfluß von Naturkatastrophen. 621

2. **Zwischenbereich**

a) **Wettbewerb**

Als Insolvenzursache aus dem sogenannten Zwischenbereich wirkt sich insbesondere der **Einfluß des Wettbewerbs** aus, wobei die Grenzen zu strukturellen Einflüssen aus dem exogenen Bereich und auch zu innerbetrieblichen Faktoren fließend sind. Wettbewerb und Markt sind untrennbar miteinander verbunden. Das Absatzpotential mag dabei dem exogenen Bereich zuzuordnen sein, die Positionierung des Unternehmens im Wettbewerb und damit seine Wettbewerbsfähigkeit werden jedoch nahezu ausschließlich von innerbetrieblichen Entscheidungen und Strategien beeinflusst. 622

Die Abnehmer verschwinden nicht, sondern bewegen sich in ihrem Nachfrageverhalten nur anders als gewohnt. Die Reaktion auf Marktänderungen, die Vermeidung von existenzgefährdenden Konkurrenzsituationen, die Beseitigung der Abhängigkeit von einzelnen Abnehmern und die Suche nach neuen Märkten, Marktlücken und Marktsegmenten sind **innerbetriebliche Führungsaufgaben**. 623

b) **Lieferantenbeziehungen**

Dies gilt auch für Beziehungen des Unternehmens zu seinen Lieferanten, die ebenfalls dem Zwischenbereich zuzuordnen sind. Zwar ist auch diese externe Verbindung der unmittelbaren Einflußnahme des zu analysierenden Unternehmens entzogen. Ob ein Unternehmen von einem oder wenigen Lieferanten abhängig wird und bleibt, zum richtigen Zeitpunkt und in der richtigen Menge 624

zum optimalen Preis einkauft und rechtzeitig neue Einkaufsmärkte erschließt, hängt jedoch nicht zuletzt von der jeweiligen Unternehmensorganisation und den von ihr erstellten Netzplänen zur optimalen Einkaufssteuierung ab und wird damit wiederum zur Führungsaufgabe.

c) **Fertigungstiefe, qualitative Faktoren**

- 625 Ähnliches gilt für den Einsatz von Sub- und Nachunternehmern und Kooperationspartnern, die als **verlängerte Werkbanken** die Fertigungstiefe verringern. Störungen im Leistungsaustausch als Insolvenzursache, z. B. als Folge von Produktionsausfällen oder unzureichender Qualität, gehören ebenfalls in den Zwischenbereich, da sie von außen auf das Unternehmen einwirken, das allenfalls mittelbar Einfluß nehmen kann.

d) **Verhalten der Kreditinstitute**

- 626 Eine nicht unerhebliche Bedeutung als Insolvenzursache hat im Zwischenbereich das Verhalten der Kreditinstitute, deren Entscheidungen sich häufig als Auslöser der Krise erweisen, obwohl sie oft nur die Folge einer negativ verlaufenden Ertrags- und Risikobetrachtung sind, und die lediglich die Konsequenzen aus einer unbefriedigenden Geschäftsentwicklung ziehen, die ihre Ursache im endogenen und/oder exogenen Bereich hat.²⁾
- 627 **Strategisch motivierte Kreditkündigungen**, z. B. zu dem Zweck, einem von der gleichen Bank begleiteten Wettbewerber Vorteile oder Übernahmemöglichkeiten zu verschaffen, werden von Gemeinschuldnern als Insolvenzursache zwar immer wieder behauptet, lassen sich jedoch in der Praxis selten belegen.

3. **Endogene Ursachen**

a) **Führungsprobleme**

- 628 Zu den Ursachen, die innerhalb der Einflußsphäre des Unternehmens liegen, gehören Gründe, die in der **Person des Gemeinschuldners** oder seines **Managements** liegen. Sie reichen von mangelnder fachlicher und charakterlicher Qualifikation bis hin zu einem unangemessenen, nicht mehr zeitgemäßen **Führungsstil** und schließen Uneinsichtigkeit und Starrsinn, aber auch die nicht rechtzeitige Klärung einer Unternehmensnachfolge ein. Ebenso zählen krankheits- oder todesbedingte Ausfälle dazu wie auch die fehlende Möglichkeit, sich von der Führungsperson, z. B. aufgrund von Kündigungsausschlüssen oder langen Kündigungsfristen, zu trennen.

2) Kohler, S. 166 ff.

Die Folge sind **Führungsfehler**. Im internationalen Vergleich werden deutschen Unternehmensführungen mangelnde Kooperations- und Delegationsbereitschaft sowie die Unfähigkeit zur Gruppenarbeit, jeweils als Ausdruck eines veralteten zentralistischen Führungsstils, vorgeworfen. Mangelnde Kritikfähigkeit, Konfliktscheue und Entscheidungsschwächen, aber auch eine nicht abgestimmte „Politik der vollendeten Tatsachen“ zeigen sich dabei häufig nur als unterschiedliche Seiten ein und derselben Medaille mit gravierenden Konsequenzen für das betroffene Unternehmen. 629

b) Rechtsformnachteile

Zu den innerbetrieblichen Insolvenzursachen gehören auch **konstitutionelle Mängel**, zu denen insbesondere Rechtsformnachteile zu zählen sind. Sie sind häufig auszumachen, wenn die Rechtsform nur nach isolierten Gesichtspunkten (Haftungsbeschränkung, Steuervorteile, Verbesserung der Veräußerungsmöglichkeiten) gewählt wurde oder überkommene Gesellschaftsformen nicht rechtzeitig einer längst geänderten Gesellschafterstruktur angepaßt werden, wie dies bei alteingesessenen mittelständischen Familienunternehmen beobachtet werden kann. 630

c) Organisationsfehler

Hausgemacht sind auch die Insolvenzursachen, die auf organisatorische Probleme zurückzuführen sind. Die **Organisation als Instrument der Unternehmensführung** befindet sich im Umbruch. Das starre Festhalten an einmal entwickelten Plänen ist nicht mehr zeitgemäß.³⁾ **Bürokratische Strukturen**, unflexibel, machtorientiert und eingebunden in hierarchische Systeme, haben sich überlebt. Zur Beschleunigung der Entscheidungsprozesse wird die Hierarchie zunehmend verlagert oder gar beseitigt. An ihre Stelle treten kleine und teilweise bereits **autonome Systeme** unter Einbeziehung von **freien oder externen Mitarbeitern**. 631

Dies stellt notwendigerweise größere Anforderungen an die innerbetriebliche Planung unter Einbeziehung moderner Informationssysteme und Datenbanken, um die Fülle nicht mehr überschaubarer Informationen für das Unternehmen und seine Organisation verfügbar zu machen. 632

Organisation bezieht sich auch auf die innerbetrieblichen Abläufe und die hier auftretenden Mängel, die mit zunehmender Unternehmensgröße als Insolvenzursache Bedeutung gewinnen.⁴⁾ Auch die unwirtschaftliche Eigenfertigung an- 633

3) Risse, KTS 1994, 465, 478.

4) Göschel, in: Blick durch die Wirtschaft, Nr. 204/1987, S. 7 ff.

stelle eines **kostengünstigeren Fremdbezugs** stellt letztendlich einen organisatorischen Mangel dar.

d) **Beschaffungswesen und Logistik**

- 634 Innerbetriebliche Mängel im Beschaffungswesen und in der Logistik korrespondieren hier mit gleichgelagerten Problemen aus dem Zwischenbereich. Als Insolvenzzursache kommen dabei die starre Bindung an überkommene Lieferantenbeziehungen und Rohstoffquellen und die nicht gelöste Abhängigkeit zu einem Hauptlieferanten in Betracht.
- 635 Die innerbetriebliche Logistik gewinnt zunehmend an Bedeutung. Fehler in der **Bestandsführung** beruhen insbesondere auf **veralteten Erfassungs- und Nachweismethoden** und die nicht rechtzeitig erfolgte Umstellung auf moderne, rechnergestützte Systeme. Sowohl Produktionsausfälle durch falsche Bestandsführung als auch eine starke Kapitalbindung durch überhöhte Lagerbestände können gleichermaßen Folge einer mangelhaften Logistik sein wie die falsche Anordnung eines Lagers oder - bei Großunternehmen - die ungünstige Standortwahl für ein Zentrallager.

e) **Investitionsplanung**

- 636 Eine falsche Investitionsplanung von der Fehleinschätzung des Investitionsvolumens über Koordinationsmängel bei der Investitionsabwicklung bis hin zur völligen Unterlassung notwendiger Investitionsmaßnahmen fällt als Mangel im Investitionssektor bei der Analyse innerbetrieblicher Insolvenzzursachen zunehmend ins Gewicht. Besondere Bedeutung haben unterbliebene, aber zur Sicherung des Fortbestandes unerlässliche **Rationalisierungsinvestitionen** zur Ausnutzung technologischer Vorteile und **Produktivitätssteigerungen** aufgrund der damit verbundenen Möglichkeit zum Personalabbau.

f) **Expansionsstreben und Finanzierungsprobleme**

- 637 Ein verfehltes Expansionsstreben ist meist mit den bereits beschriebenen Führungsfehlern verbunden. Der zu frühe Start mit nicht ausgereiften Produkten, das Streben nach Umsatzerhöhung und Marktanteilsauswertung um jeden Preis führen durch die damit verbundenen Preiskämpfe regelmäßig zu einer Verschlechterung der Rentabilität oder zum Aufbau von Leerkapazitäten in der Form ungenutzter Produktionspotentiale.
- 638 Verstärkt werden diese Krisenpotentiale zudem durch eine nicht ausreichende finanzielle Absicherung der Umsatzausweitung und der daraus resultierenden erhöhten Abhängigkeit von Lieferantenkrediten oder teuren Überziehungskrediten.

g) Unterbliebene Anpassung, Qualitätssicherung

Fehler in der Absatzpolitik, ein **sinkendes Absatzpotential** sind zusammen mit unterbliebenen Anpassungen zunehmend als endogene Insolvenzursache einschlägig. Zu spät wurde erkannt, daß Absatzpotentiale nicht zuletzt aufgrund geänderter weltwirtschaftlicher Bedingungen vielfach weggebrochen sind und mühsam durch geeignete Marketingmaßnahmen gesichert oder neu erkämpft werden müssen.⁵⁾ 639

Unterentwickelte Marketing- und Vertriebsabteilungen sind Folge der Einschätzung, daß Märkte grundsätzlich vorhanden sind und ihre Erhaltung oder Erschließung keine überproportionalen Anstrengungen erfordert. Eine Einschätzung, die zwar lange Zeit richtig war, die aber heute dazu führt, daß Absatzprobleme bei mittelständischen Betrieben generell an vorderer Stelle bei der Ermittlung der Insolvenzursachen stehen, im Einzelhandel sogar an erster Position.⁶⁾ 640

Produktfehler sind bei der Erfassung endogener Insolvenzursachen im Rahmen empirischer Untersuchungen lange Zeit bedeutungslos geblieben.⁷⁾ Mit der schnellen technologischen und industriellen Entwicklung der Schwellenländer, insbesondere auch der Staaten Südostasiens, spielen zunehmend einerseits veraltete und andererseits noch unerprobte Produkte und deren zu spät eingeleitete Weiterentwicklung bei den internen Insolvenzursachen eine Rolle. Dazu gehört auch eine im Vergleich zu südostasiatischen Produktionsstätten überhöhte Ausschußproduktion. 641

Im Bereich der **Qualitätssicherung** durch Normierung und Zertifizierung bestehen im internationalen Vergleich erhebliche Rückstände. 75 % aller Fehler entstehen in der Planung, Entwicklung und Konstruktion, wobei 80 % dieser Fehler erst am fertigen Produkt entdeckt werden. Im deutschen Maschinenbau werden jährlich 6 Mrd. DM (4 % vom Umsatz) für Fehler und Fehlerfolgekosten aufgewendet.⁸⁾ 642

Produktmängel in Verbindung mit **fehlendem Qualitätsmanagement** und dadurch bedingte Forderungsausfälle oder Mehraufwendungen für Gewährleistungs- und Garantiarbeiten müssen daher mit zunehmender Tendenz als endogene Insolvenzursache berücksichtigt werden, wobei auch Fälle einer völligen Produktuntauglichkeit hinzukommen. 643

5) Risse, KTS 1994, 465, 474.

6) Göschel, in: Blick durch die Wirtschaft, Nr. 204/1987, S. 7; Reske/Brandenburg/Mortsiefer, S. 517.

7) Schimmelpfeng-Marktforschung, S. 81; Reske/Brandenburg/Mortsiefer, S. 517.

8) Gartzen, S. 9.

h) Forschung und Entwicklung

- 644** In Verbindung mit den Produktmängeln sind auch zu geringe, unterbliebene oder **falsch eingesetzte Mittel** für Forschung und Entwicklung als interne Insolvenzzursache bedeutsam. Die Zeit von der Erforschung über die Entwicklung bis zur Markteinführung wird häufig falsch eingeschätzt. Fehlgeschlagene Forschungs- und Entwicklungsprojekte stehen als teure Ruinen im Krisenunternehmen, nachdem sie oftmals letzte Liquiditätsreserven aufgezehrt haben. **Unterlassene Forschungs- und Entwicklungsarbeiten**, gleichgültig ob im eigenen Hause oder in Zusammenarbeit mit universitären Einrichtungen oder freiberuflichen Sachverständigen, lassen sich im Krisenzeitraum nicht mehr nachholen. Fehlgesteuerte Forschungs- und Entwicklungsmaßnahmen oder zu geringe oder gänzlich unterbliebene sind als mögliche Konkursursache erkannt, wenngleich noch nicht empirisch erfaßt.⁹⁾

i) Personalkosten

- 645** Personalkostensteigerung oder allgemein die **zu hohe Belastung durch Löhne und Gehälter, soziale Abgaben und Nebenleistungen** wird bereits seit Mitte der 70er Jahre in den empirischen Untersuchungen zunehmend an vorderster Stelle bei der Ausweisung endogener Insolvenzfaktoren genannt.¹⁰⁾ Demgegenüber haben die Personalkosten in früheren Untersuchungen als Krisenursache keine Rolle gespielt.¹¹⁾
- 646** Derzeit werden in nahezu jedem Insolvenzverfahren die Personalkosten an erster Stelle genannt, wenn es um die Beurteilung der Insolvenzzursachen geht. Auch wenn gesetzliche oder tarifliche Auswirkungen für das einzelne Unternehmen nicht zu vermeiden sind, stehen hinter überhöhten Personalkosten immer auch eine **fehlerhafte Personalplanung** und die Scheu vor anerkanntermaßen schwierigen zeit- und kostenintensiven Abbaumaßnahmen sowie Konfliktvermeidung und mangelnde Konsequenz bei Verhandlungen über Löhne, Gehälter, Sozialleistungen, Interessenausgleich und Sozialpläne.
- 647** Auf der anderen Seite können sich auch nicht leistungsadäquate Vergütungen bei Schlüsselpersonen und eine dadurch bedingte unzureichende Motivation im Personalbereich krisenfördernd auswirken.

9) Pinkwart, S. 37.

10) Schimmelpfeng-Marktforschung, S. 81.

11) Hahn, S. 117.

j) Berichtswesen

Mängel im Berichts- und Rechnungswesen, unzureichende Planung und mangelnde Kontrolle, fehlende Betriebsabrechnungssysteme, Kalkulationen auf nicht gesicherter Basis, eine unvollständige oder unrichtige Buchführung und Mängel in der Bilanzierung führen zu **Informationsdefiziten** sowohl bei Unternehmensführungen als auch ihren Beratern. Die rechtzeitige Einleitung von Gegenmaßnahmen im Falle einer sich abzeichnenden Krise unterbleibt häufig allein aus diesem Grunde. Fehlende oder falsche Informationen sind angesichts der immer größeren Komplexität der für die Betriebsführung relevanten Sachverhalte von erheblicher Bedeutung bei der Beurteilung der internen Insolvenzursachen. 648

k) Eigenkapitalausstattung

Unverändert wird die **schlechte Eigenkapitalsituation** seit Beginn der empirischen Untersuchungen an erster Stelle bei den Insolvenzursachen genannt.¹²⁾ Die wichtigste Aufgabe des Eigenkapitals liegt in seiner Haftung und der damit verbundenen Pufferfunktion im Falle eines Verlustes, was zu einer wesentlichen Verringerung der Insolvenzgefahr führt. Forschungsarbeiten belegen, daß die Baubranche als europaweit führende Insolvenzbranche lediglich über eine durchschnittliche Eigenkapitalquote von 6 % bezogen auf die gesamte Bilanzsumme verfügt, während insgesamt 15 % Eigenkapital mit allerdings sinkender Tendenz im Durchschnitt aller europäischen Unternehmen ausgewiesen werden.¹³⁾ 649

III. Die Ursachenanalyse

1. Allgemeines

Die Feststellung der Insolvenzursachen gehört zu den **gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben**, die der heutige Konkursverwalter und zukünftige Insolvenzverwalter zu erfüllen hat (§ 131 KO, § 156 Abs. 1 InsO). Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung wird vom Verwalter eines Gesamtvollstreckungsverfahrens in der ersten Gläubigerversammlung ein Bericht erwartet, der die Ursachen der Insolvenz darlegt.¹⁴⁾ 650

Der Bericht des Verwalters zu den Gründen des Zusammenbruchs wird zukünftig noch erweitert. Denn sollen die Rechte der Beteiligten über einen Insolvenzplan geregelt und möglicherweise geändert werden, dann muß der dar- 651

12) Untersuchung Creditreform 1996, FAZ vom 26. 7. 1996, S. 15.

13) Creditreform, Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa, S. 24 f.

14) Smid, in: Smid/Zeuner, GesO, § 15 Rz. 6; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 15 Rz. 5b.

stellende Teil des **Insolvenzplans** alle Angaben zu den Grundlagen und den Auswirkungen des Plans enthalten, die für die **Entscheidung der Gläubiger** über die Zustimmung zum Plan und für dessen gerichtliche Bestätigung erheblich sind.¹⁵⁾

- 652 Die Ursachenanalyse dient dabei sowohl der Erfüllung eines auf die Vergangenheit des Unternehmens ausgerichteten **Informationsbedürfnisses** der Gläubiger, die verständlicherweise über die Gründe ihrer bereits entstandenen oder noch entstehenden Verluste unterrichtet sein wollen, als auch zur Vorbereitung der den Gläubigern vorbehaltenen Entscheidung über Schließung oder Fortführung des Geschäftsbetriebes (§ 129 KO, § 15 Abs. 5 GesO, § 157 InsO).
- 653 Wenn die auch Schwachstellenanalyse genannte Darstellung der Insolvenzzusammenhänge nicht nur beschreibenden Charakter haben, sondern im wesentlichen auch die weitere Gestaltung des Verfahrens bestimmen soll, müssen die **Faktoren**, die zur Insolvenz des Schuldners geführt haben, **gewichtet** werden, da eine Entscheidung über die Fortführung des Geschäftsbetriebes zuvor Aufschluß über die Stärken und Schwächen verlangt.¹⁶⁾ Allerdings sollte dabei der praktische Nutzwert nicht aus den Augen verloren werden, was bei einer zu weit aufgefächerten Ursachenanalyse der Fall sein kann. Die Ursachenanalyse ist Handwerkzeug und keine Studienarbeit.¹⁷⁾

2. Bilanzanalyse

- 654 Bei der Bilanzanalyse werden die zur Beurteilung benötigten Informationen aus dem Zahlenmaterial von Jahresabschlußrechnungen eines Unternehmens gewonnen, im Hinblick auf bestimmte Informationsziele zusammengestellt und ausgewertet, um auf diese Weise **Erkenntnisse über die Lage eines Unternehmens** zu erhalten.¹⁸⁾
- 655 In den Grenzen **gesetzlicher Gestaltungsspielräume** bestehen Wahlrechte bei Bewertungs- und Abschreibungsmethoden, aber auch bei der zeitlichen Zuordnung von Geschäftsvorfällen. Als Folge der daraus abgeleiteten **Bilanzpolitik** vermittelt die Bilanz ein dem Unternehmen genehmes Bild. Gute Bilanzen

15) Uhlenbruck, in: Elschen (Hrsg.), Unternehmenssicherung- und Unternehmensentwicklung, S. 210, 225; Maus, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707 ff Rz. 29; Gottwald/Maus, § 3 Rz. 23.

16) Risse, KTS 1994. 465, 480.

17) Zu weitgehend daher und als Entscheidungsgrundlage für eine Betriebsfortführung von zweifelhaftem Nutzen die analytische Aufgliederung bei Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 8 Rz. 113 - 163.

18) Kohler, S. 1 ff.

verschleiern in der Regel eine noch bessere, schlechte Bilanzen eine noch schlechtere Lage.

Im Falle einer Insolvenz sind Bilanzen von der Entwicklung überholt und daher meist Makulatur. Nur in seltenen Fällen liegt im Insolvenzzeitpunkt die Bilanz für das Vorjahr oder den letzten Bilanzierungszeitraum vor. Zur Ursachenermittlung liefern sie nur geringe Aufschlüsse. Vergleicht man die auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung abzustellende Insolvenzbilanz mit dem letzten Jahresabschluß, den das insolvente Unternehmen noch erstellt hat, so zeigen sich regelmäßig diametrale Abweichungen bei der Darstellung des Vermögens und der Schulden, wobei zu berücksichtigen ist, daß die Konkursbilanz als reine Vermögensverteilungsrechnung erheblich von den kaufmännischen Bilanzen abweicht und nicht an den Grundsatz der Bilanzkontinuität gebunden ist.¹⁹⁾ 656

Aussagekräftig sind Bilanzen allenfalls im Hinblick auf Informationen, die das Verhalten des Gemeinschuldners, seiner Gesellschafter oder des Managements charakterisieren. Dies gilt für den Ausweis der Eigenmittel einschließlich Darlehen, die Entnahme- und Gewinnausschüttungspolitik, die Verwendung kurzfristiger Kredite für langfristige Zwecke sowie das Verhältnis zu verbundenen Unternehmen. 657

3. Empirische und qualitative Methoden der Ursachenermittlung

Wo die Pflicht zur ordnungsgemäßen Bilanzierung durch Bilanzpolitik ersetzt wird, wächst das Bedürfnis, **bilanztaktische Überlegungen** zu durchschauen, um negative Unternehmensentwicklungen als mögliche Insolvenzsachen frühzeitig zu erkennen oder retrospektiv die Krisenursachen bestimmen zu können. Die hierzu entwickelten Verfahren einer standardisierten Insolvenzprognose unterscheiden sich nach ihrem entweder überwiegend empirischen und statistisch-quantitativen Ansatz oder nach einem mathematisch-statistischen Verfahren, das zu einer Diskriminanzanalyse führt, die in der Diskriminanzfunktion die ermittelten Trennwerte zwischen solventen und insolventen Unternehmen ausweist. Die Diskriminanzanalyse ist unter Einbeziehung qualitativer Faktoren (Produktbeurteilung, Marktkonzeption, Zukunftsaussichten und Unternehmensführung) weiterentwickelt worden, wobei quantitative und qualitative Elemente zunächst getrennt, später jedoch im Rahmen einer Prognoseaussage wieder verbunden werden.²⁰⁾ 658

19) Pelka/Niemann, Rz. 462.

20) Hüls, S. 168 ff; Hesselmann, S. 55 f.

a) Empirische Ursachenermittlung

- 659 Herkömmlich wird Insolvenzzursachenforschung überwiegend durch Befragung und die Auswertung von Gerichtsakten, Firmenberichten und anderen Quellen über insolvente Unternehmen betrieben. Mit dieser Methode wurde bereits in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg begonnen, um insbesondere die existenzgefährdende Notlage von Aktiengesellschaften in Deutschland zu erforschen.²¹⁾
- 660 Im Jahre 1976 wurden erstmals Insolvenzverwalter in eine breit angelegte Untersuchung der Insolvenzzursachen einbezogen, wobei ihnen ein nach endogenen und exogenen Ursachen differenzierender Fragenkatalog vorgelegt wurde.²²⁾ Nicht zuletzt als Ergebnis dieser Befragung wurde im Jahre 1979 im Auftrag der Deutschen Bank eine Untersuchung nachgeschaltet, die speziell die Auswirkungen einer mangelnden Eigenkapitalbasis zum Gegenstand hatte. Weitere Untersuchungen nach der statistisch-quantitativen Methode unter Einbeziehung von Konkursverwaltern folgten 1984 und 1988.²³⁾
- 661 Als Ergebnis belegt die empirische Krisenursachenforschung die Annahme, daß **Unternehmenskrisen** nur in seltenen Fällen lediglich auf einer **einzigsten Ursache** beruhen. Die teilweise erheblich voneinander abweichenden Resultate sind jedoch ein Beleg für die Schwäche der empirisch abgeleiteten Ursachenermittlung, die auf mangelnder Repräsentativität aufgrund einer zu geringen Anzahl der untersuchten Fälle, fehlerhaften Auswahlmethoden und generell auf Befragungsprobleme, insbesondere der mangelnden Objektivierbarkeit der erteilten Antworten, beruhen kann.

b) Diskriminanzanalyse

- 662 Die Grenzen der empirischen Ursachenforschung hat zu der Überlegung geführt, die aus ihr ermittelten Kennzahlen durch ein mathematisches Verfahren zu interpretieren. Aus den Jahresabschlußdaten ermittelte Faktoren insolventer Unternehmen sind dabei mit vergleichbaren Daten solventer Betriebe in gewichteter Form linear verknüpft worden. Auf diese Weise entstand die von Altman entwickelte Diskriminanzanalyse, die im Ergebnis die **Trennlinie (Diskriminanz) solventer und insolventer Unternehmen** ausweist und darlegt, bei welchen Kennziffern branchentypisch die größten Abweichungen bestehen.²⁴⁾

21) Fleege-Althoff, S. 8 ff; Hesselmann, S. 8 ff.

22) Schimmelpfeng-Marktforschung, S. 79 ff.

23) Schlesinger, S. 131 ff; Reske/Brandenburg/Mortsiefer, S. 517 ff; Uhlenbruck, GmbH & Co. KG, S. 8 ff; Hüls, S. 38 ff; Hesselmann, S. 23.

24) Altman, The Journal of Finance 23, 1968, 589 ff; Hüls, S. 67 ff.

Auch die Diskriminanzanalyse basiert im wesentlichen auf der finanziellen Lage des betroffenen Unternehmens und den bilanziell erfaßten Daten. Die **quantitativ ermittelte Kennzahl (Z-Wert)** setzt sich zusammen aus Rentabilitäts- und Liquiditätsfaktoren sowie der Eigenkapitalkomponente und führt somit im Falle einer prophylaktischen Betrachtung zur Einschätzung der finanziellen Risikolage des Unternehmens, bei einer Ermittlung nach Eintritt der Insolvenz zu Aufschlüssen über die aus diesem Bereich stammenden Insolvenzursachen und ihre Gewichtung. 663

Der Nachteil der Diskriminanzanalyse liegt in der Vernachlässigung qualitativer Insolvenzursachen aus allen Bereichen. 664

c) Einbeziehung qualitativer Faktoren

Die Schwächen der quantitativen Methode und der Diskriminanzanalyse haben zur Erarbeitung eines **qualitativen Faktors (Q-Wert)** geführt mit dem Ziel, eine Insolvenzprognose oder eine Insolvenzursachenanalyse durch Verknüpfung des quantitativ orientierten Z-Wertes mit dem qualitativen Q-Wertes zu ermöglichen. 665

Die in den Q-Wert einfließenden Faktoren werden dabei aus der empirischen Ursachenforschung ermittelt. Nach Oberkategorien geordnet belegen statistische Verfahren, daß in einem Q-Kriterium vor allem drei qualitative Krisenbereiche zu erfassen sind, nämlich die **Managementqualität**, die **Marktposition** und die kritischen **Wachstumsschwellen**. 666

Im Bereich der Managementqualität werden Faktoren, die die Unternehmerpersönlichkeit charakterisieren, gewertet und dokumentiert. Die Marktposition umfaßt den Bekanntheitsgrad und das Image des Unternehmens, die Qualität und Attraktivität der Produkte oder Dienstleistungen, Kundennähe, Beratung, Service, das Preis-Leistungs-Verhältnis, die Marktposition und der Marktanteil sowie die Wettbewerbssituation bis hin zur Konkurrenzbeobachtung. Als kritische Wachstumsschwellen haben sich allgemein die Gründungs- oder Startphase herausgebildet, aber auch Krisen bei der Einführung neuer Produkte, Kapazitätskrisen, Qualitätskrisen und Expansionskrisen, Abhängigkeiten von Großabnehmern oder Großlieferanten, versäumte Anpassungsmaßnahmen an eine geänderte Wettbewerbs- und Marktlage, der Generationswechsel sowie das Fehlen von Nachfolgeprodukten. 667

Die **Gewichtung** der zur Bestimmung eines Q-Wertes verwendeten Faktoren erfolgt auf statistischer Grundlage und im wesentlichen über eine Punktezuordnung, wobei nur eine relativ grobe Untergliederung innerhalb der jeweiligen Bewertungsskala erfolgt.²⁵⁾ Die Begrenzung der qualitativen Faktoren zur 668

25) Hesselmann, S. 109 ff; Hüls, S. 182 ff.

Ermittlung des Q-Wertes auf kritische Wachstumsschwellen, Marktpositionen und Führungsqualitäten korrespondiert mit den jüngsten Ergebnissen der statistisch angelegten Insolvenzzursachenermittlung und erfährt so eine nachhaltige Bestätigung.²⁶⁾

- 669 Schwierigkeiten bei der praktischen Anwendung ergeben sich aus der Art und Weise der **Verknüpfung** des der Diskriminanzanalyse entnommenen Z-Wertes mit dem qualitativen Faktor (Q-Wert), aber auch aus dem Verhältnis der einzelnen qualitativen Komponenten zueinander und ihrer Gewichtung. Im praktischen Versuch wird die Z/Q-Methode zur Insolvenzzursachenanalyse in Zusammenarbeit mit Kreditinstituten auf Insolvenzfälle angewendet, um ihre Verlässlichkeit zu testen und Korrekturen vornehmen zu können, da die aus der Anwendung der Methode abgeleitete Aussage mit dem tatsächlichen Ergebnis verglichen werden kann.²⁷⁾

d) „Fire Alarm Analysis“

- 670 Ein **rechnergestütztes Kombinationsmodell** zur Ermittlung von Insolvenzzursachen wird seit 1991 in den Niederlanden unter der Bezeichnung „Fire Alarm Analysis“ ausgehend von der Diskriminanzanalyse erprobt. Die für die Ermittlung des Z-Wertes erforderlichen Kennzahlen werden aus den Bilanzen insolventer und solventer Unternehmen abgeleitet, wobei über den sogenannten „**Fire Score**“ die **Diskriminanz-Linie** ermittelt wird und die Zuordnung des Score erfolgt. Der qualitative Faktor dieser Methode wird über die Erarbeitung eines sogenannten **Branchenmodells** gewährleistet, das die für den jeweiligen Bereich typischen Sonderbedingungen berücksichtigt.
- 671 Im Ergebnis liefert „Fire Alarm“ nicht nur eine Einschätzung des Konkursrisikos oder retrospektiv eine Aussage über die Insolvenzzursachen, sondern auch die tabellarische Eingliederung des Unternehmens im Rahmen eines Branchenvergleiches.
- 672 In den Niederlanden, zunehmend aber auch in Frankreich und in Großbritannien, wird „Fire Alarm“ vorwiegend von Konkursverwaltern insbesondere auch zur Beurteilung von Fortführungsmöglichkeiten und Sanierungsaussichten genutzt. Durch eine modellhafte Veränderung bestimmter Werte (Reduzierung von Personalkosten, Abbau eines Warenlagers, Erhöhung der Eigenmittel) können dabei auch Aussagen über die zu erwartenden Auswirkungen einer derartigen Maßnahme, insbesondere zur Beurteilung der zukünftigen Rentabilität, gemacht werden.

26) Untersuchung Creditreform 1996, FAZ vom 26. 7. 1996, S. 15.

27) Hesselmann, S. 118 ff.

Die Qualität der Aussagen hängt von der Menge des verfügbaren **Datenmaterials** ab. Die Anwendung und Weiterentwicklung von „Fire Alarm“ erfolgen daher in erster Linie in Staaten, in denen die Bilanzdaten der Unternehmen auch zum Zwecke einer statistischen Erfassung frei verfügbar sind. "Fire Alarm" wurde auf der Frühjahrstagung des Arbeitskreises für Insolvenzrecht im Deutschen Anwaltsverein im Juni 1996 in Maastricht deutschen Konkursverwaltern vorgestellt, wobei der Schwerpunkt der Präsentation auf der retrospektiven Ursachenermittlung lag, da für Deutschland noch keine Datensätze vorhanden sind, die auch die Beurteilung von Fortführungsaussichten ermöglichen würden. 673

4. Ursachenanalyse als Grundlage für die Fortführungsentscheidung

Die Ursachenanalyse und deren Ergebnisse sind eine unverzichtbare Entscheidungsgrundlage für die weitere Verfahrensabwicklung. Isoliert betrachtet kann sie eine Fortführungsentscheidung jedoch nur im negativen Sinne bestimmen, indem sich aus der Ermittlung der Insolvenzsachen ergibt, daß sich eine Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes im konkreten Fall verbietet. Ohne Markt, ohne Nachfrage, ohne Produkt und ohne Management ist eine Fortführung sinn- und aussichtslos. 674

Während der Fortführungsphase sind Kenntnisse von potentiellen Insolvenzsachen unerlässlich, um die Risiken prophylaktisch beurteilen zu können. 675

a) Verdichtung der Ursachen und Fehlerquellen

Da zur Vorbereitung einer Fortführungsentscheidung keine oder nur wenig Zeit zur Verfügung steht, muß sich die Ursachenanalyse im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Anordnung einer Sequestration oder zukünftig dem Eröffnungsverfahren mit **Näherungswerten** und sogar **ungesicherten Annahmen** begnügen, die erst im weiteren Verfahrensverlauf verdichtet oder einer fortlaufenden Korrektur kraft besserer Erkenntnisse unterzogen werden können. 676

Viele Unternehmensführungen wissen nichts oder wenig über ihr Unternehmen. Dies gilt insbesondere für die finanzielle Situation.²⁸⁾ Die Gründe liegen sowohl in der fehlenden fachlichen und persönlichen Qualifikation von Inhabern oder Führungspersonal als auch im häufig unterentwickelten Rechnungswesen, das keine aussagefähigen Daten liefert und daher keine Schlüsse zuläßt.²⁹⁾ Falsches oder unvollständiges Zahlenmaterial hat bislang den Ausgangswert von Kreditinformations- und Überwachungssystemen (z. B. EBIL - 677

28) Kohler, S. 168.

29) Untersuchung Creditreform 1996, FAZ vom 26. 7. 1996, S. 15.

Einzelbilanzanalyse; STATBIL - Statistische Bilanzanalyse; UUB - Unternehmer- und Unternehmensbeurteilung; S-PORT - Portfolio-Analyse) erheblich reduziert. Dies gilt jedenfalls dort, wo auch nach einer rechnergestützten Beurteilung noch Kredite an insolvente Unternehmen im Krisenzeitraum vergeben wurden.

b) Eigene Ermittlungen des Sequesters/vorläufigen Verwalters

- 678** Nicht anders wird es Verwaltern oder sonstigen Verfahrensbeteiligten ergehen, die auf der Grundlage von Datenverarbeitungsverfahren eine Ursachenanalyse vornehmen und hieraus eine Fortführungsentscheidung ableiten. Alle tabellarischen oder rechnergestützten Expertensysteme vermitteln eine Scheinsicherheit, insbesondere wenn die Daten, auf die sich die Auswertung stützt, mangels Überprüfung oder Gewichtung unsicher sind.
- 679** Der Wert von Expertensystemen zur Beurteilung einer Betriebsfortführung und weitergehender strategischer Verfahrensziele (Reorganisation oder übertragende Sanierung) kann daher frühestens für die Entscheidung einer Gläubigerversammlung zum Tragen kommen, die aufgrund der vom Gesetz vorgesehenen zeitlichen Spielräume (sechs Wochen bis drei Monate) und unter Berücksichtigung einer Vorverfahrensperiode von bis zu drei Monaten teilweise erst ein halbes Jahr nach Beginn des Insolvenzverfahrens stattfindet.
- 680** Im geltenden Recht steht jeder **Sequester** jedoch **schon innerhalb der ersten Tage** nach Anordnung der Sequestration vor der **Entscheidung**, einen Geschäftsbetrieb fortzuführen, sofern dieser noch nicht eingestellt ist. Soweit in diese Entscheidung bereits eine Ursachenanalyse einbezogen wird, ist diese zwangsläufig oberflächlich und ungenau. Wichtiger sind deshalb die Erfahrungen des eingesetzten Sequesters und seine Kenntnisse, die idealtypisch die Ergebnisse der empirischen Insolvenzursachenforschung unter Berücksichtigung branchentypischer Besonderheiten einbeziehen.
- 681** Von der Methodik her steht die Befragung des Gemeinschuldners und seines Führungspersonals im Vordergrund. Wichtig sind darüber hinaus aber insbesondere auch die Aussagen von Mitarbeitern, Lieferanten und Kunden sowie der Kreditinstitute, um die meist gefärbt und auf eigene Entlastung ausgerichteten Aussagen der Schuldner zu objektivieren.
- 682** Von ganz besonderer Bedeutung sind **eigene Beobachtungen**.³⁰⁾ Der erste Weg führt erfahrene Sequester daher regelmäßig in den Betrieb, dessen Zustand oft aussagekräftiger ist als jedes Zahlenmaterial. Wo die Plünderung von Werkzeug und Material bereits begonnen hat, Einrichtungen, maschinelle Anlagen, Sozialräume und Fußböden nicht mehr gepflegt oder gewartet werden,

30) Risse, KTS 1994, 465, 479.

Personal lustlos herumlungert und defätistische Sprüche die Runde machen, ist eine Aufrechterhaltung des Betriebes nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich. Diese ersten Eindrücke können regelmäßig durch eine sofort durchgeführte **Belegschafts- oder Betriebsversammlung** abgerundet werden, die insbesondere Aufschluß über den Motivationsgrad, aber auch über die Einschätzung der Führungsqualitäten des Gemeinschuldners oder des Managements liefert, dessen Teilnahme der Sequester daher zweckmäßigerweise verhindert, um eine offene Aussprache zu ermöglichen.

Wichtig ist auch die schnelle Einschätzung halbfertiger Erzeugnisse und ihres Fertigungsgrades und des Warenlagers. Die Realität hat in diesen Bereichen regelmäßig nichts mit der bilanziellen Darstellung gemeinsam. Um **überbewertete Ladenhüter** zu erkennen, reicht es oftmals aus, beim ersten Rundgang eingelagerte Teile anzuheben. Der im Vergleich zur umliegenden Regalfläche saubere Grund unter diesen Teilen verrät die Einlagerungsdauer und die meist falschen Aussagen im Jahresabschluß, wonach angeblich nur gängiges Material bewertet wurde. 683

Trotz aller Anstrengungen, auch unter Einsatz rechnergestützter Systeme zu einer **verlässlichen Bewertung** der Insolvenzgründe zu gelangen, muß der Einfluß der Ursachenanalyse auf die Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Betriebstätigkeit in der Frühphase gering bleiben oder zumindest durch eigene Beobachtungen und Erfahrungen des Sequesters oder Verwalters ergänzt werden. Allerdings gewinnt die Ursachenermittlung als unverzichtbare Entscheidungsgrundlage für die Gläubiger im Berichtstermin oder in der ersten Gläubigerversammlung zunehmend an Bedeutung.³¹⁾ 684

IV. Die Potentialanalyse - Erfassung der vorhandenen Ressourcen für eine Fortführung

1. Begriffsbestimmung

Durch die Einbeziehung von eigenen Beobachtungen und die **Erfassung der Ressourcen** wird aus der Schwachstellenanalyse eine Potentialanalyse. Diese ermittelt gegenwartsbezogen die vorhandenen Potentiale zur vorübergehenden, mittelfristigen oder langfristigen Fortführung. 685

2. Auftragslage

Ausgangspunkt ist dabei vor allem die **aktuelle Auftragslage**, die Chancen zur Sicherung der Aufträge und zu ihrer ordnungsgemäßen Abwicklung, einschließlich der Erfassung und Bewertung halbfertiger Erzeugnisse. Hier liegt 686

31) *Maus*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707 ff Rz. 29.

das größte Potential zur Wertevernichtung, wenn, statt bestehende Fortführungschancen zu nutzen, ohne sachlichen Grund vorschnell stillgelegt wird.³²⁾

3. Produktionspotentiale

- 687 Im zweiten Schritt geht es um die Feststellung der Produktionspotentiale, der Kapazitäten an **Personal, Maschinen, Umlaufvermögen und Gebäuden**.³³⁾ Bricht die Belegschaft bereits auseinander oder sind die zur Fertigung unverzichtbaren Mitarbeiter und Know-how-Träger bereits abgeworben oder abgewandert, steht die Räumung der Betriebs- und Geschäftsräume bevor, müssen Rohmaterialien, Hilfs- und Betriebsstoffe in großem Umfange hinzugekauft werden oder sind die geleaste oder im Sicherungseigentum stehenden Maschinen bereits demontiert oder abgeholt, dann ist eine Fortführung des Geschäftsbetriebes meist ausgeschlossen, da die Sicherungswirkung der Sequestrationsanordnung zu spät kommt.

4. Finanzpotential

- 688 Während der Sequestration und auch zukünftig im Vorverfahren nach der Insolvenzordnung hängt die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes im Anschluß an die Feststellung eines Fortführungspotentials bei ausreichender Beschäftigung und Fertigstellung absetzbarer Erzeugnisse von der Sicherstellung und Darstellung der notwendigen **Anlaufliquidität** ab. Da Personalkosten aufgrund der Insolvenzausfallgeldversicherung im Sequestrationszeitraum oder zukünftig im Vorverfahrenszeitraum regelmäßig nicht anfallen, geht es in erster Linie um den Materialeinkauf und die Absicherung von Versorgungsleistungen (Strom, Wasser, Gas), die Aufrechterhaltung der Kommunikationssysteme, Nutzungsentgelte für geleaste Wirtschaftsgüter und die Abdeckung bezogener Leistungen bis hin zu den Transportkosten. Die sofortige Sicherstellung des Forderungseinzuges und die Beurteilung der Werthaltigkeit ausgewiesener Forderungen sind dabei vorrangig. In diesem frühen Stadium geht **Liquidität vor Rentabilität**, so daß als Mittel zur Sicherstellung kurzfristiger Zahlungen auch die Einräumung von Sonderkonditionen, Rabatten und Skonti in Frage kommt.

5. Bedeutung der Potentialanalyse

- 689 Auch die erste Potentialanalyse unmittelbar nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens kann letztendlich nur mit Näherungswerten und aus Informationen und Beobachtungen abgeleiteten Erkenntnissen arbeiten. Sowohl die Ursa-

32) Hanisch, S. 117; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 283.

33) Risse, KTS 1994, 465, 477.

chenanalyse als auch die Potentialanalyse haben in diesem frühen Verfahrens-
stadium **Vorläufigkeitscharakter**. Trotz aller Unsicherheitsfaktoren müssen
sie jedoch in die innerhalb weniger Stunden nach Verfahrensbeginn anstehen-
de Entscheidung zur einstweiligen Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes
nach Anordnung der Sequestration oder nach Übertragung der Verwaltungs-
und Verfügungsbefugnis einbezogen werden.

V. Irrationale Faktoren

Die auf der Grundlage vorläufiger Ursachen- und Potentialanalysen getroffene **690**
Entscheidung zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes dient zunächst
vorrangig der Werterhaltung. Zugleich wird im Gegensatz zu einer Stille-
legungsentscheidung ein **dynamischer Prozeß** eingeleitet, in dessen Verlauf zu-
nächst sukzessive die analytischen Grundlagen ergänzt und verbessert werden
müssen.

Die Betriebswirtschaftslehre, aber auch die Kreditwirtschaft gehen bei der Er- **691**
mittlung von Insolvenzursachen, der Ausarbeitung von Erhaltungs- und Sa-
nierungsanalysen und den strategischen Überlegungen von in erster Linie wis-
senschaftlich abgesicherten und rational bestimmten und gesteuerten Prozes-
sen aus. Fortführungs- und Sanierungsentscheidungen stehen am Endpunkt
eingehender Analysen und modellhafter Problemlösungsverfahren, die eine
gesicherte Prognose zu den Sanierungsaussichten liefern.³⁴⁾

In der Praxis hingegen ist die Betriebsfortführung innerhalb eines Insol- **692**
venzverfahrens mit betriebswirtschaftlichen Mitteln und wissenschaftlich ab-
geleiteten Analyse- und Entscheidungsverfahren nicht zu bewältigen. Sie über-
sehen die **irrationalen Elemente**, die sowohl die Fortführungsentscheidung
bestimmen als auch den dynamischen Abwicklungsprozeß beeinflussen und
nur mit rechtlichen Mitteln beherrschbar sind.³⁵⁾ Ein Kunde, der nach rationa-
ler Beurteilung seine Abnahmeverpflichtung im eigenen Interesse erfüllen
wird, kann gleichwohl aus ganz profanen Motiven, z. B. aus Verärgerung, die
Erfüllung abgeschlossener Vereinbarungen verweigern und damit je nach sei-
nem Gewicht die Ergebnisse der Potentialanalyse und einer aus ihr abgeleite-
ten Entscheidung zur Betriebsfortführung Makulatur werden lassen.

Für den Sequester und zukünftig den vorläufigen Insolvenzverwalter hat die **693**
vorläufige Einschätzung der Insolvenzursache und der noch vorhandenen Res-
ourcen in Verbindung mit den eigenen Kenntnissen und Erfahrungen sowie
den kurzfristig aus Befragungen und Beobachtungen gewonnenen Informatio-
nen daher die Funktion, die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes zunächst

34) Flosbach, S. 105 ff; Heinen, S. 23; Risse, KTS 1994, 465, 474.

35) A. A. Risse, KTS 1994, 465, 474.

bezogen auf den Sequestrationszeitraum als notwendige Maßnahme zur Erhaltung oder Schaffung von Vermögenswerten zu beurteilen und gegenüber einer sofortigen Betriebsstillegung als denkbare Alternative abzugrenzen, sofern beide Optionen bei Einleitung des Verfahrens noch zur Verfügung stehen. Diese Entscheidung spielt sich auf der ersten der vier denkbaren Fortführungsstufen ab und verfolgt dabei das überschaubare und eher bescheidene Ziel, während des Vorverfahrenszeitraums die Spielräume für die spätere Bestimmung des Verfahrensziels zu erhalten und nicht bereits eine endgültige Festlegung allein auf den Liquidationszweck herbeizuführen.

VI. Kriterien für eine Betriebsfortführung

1. Ausgangslage

- 694** Entschließt sich der Sequester, den Geschäftsbetrieb in der Sequestration fortzuführen oder dem Schuldner die zur Fortführung erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen oder wird dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis die Verpflichtung zur Fortführung des Geschäftsbetriebs bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens übertragen, so steht nur die bis zur Verfahrenseröffnung verbleibende Zeit für die Entwicklung einer über die erste Stufe (oben Rz. 348) hinausreichenden Fortführungskonzeption zur Verfügung.
- 695** Bis zu einer den Verwalter freizeichnenden Entscheidung der Gläubigerversammlung steht der Entschluß, den Geschäftsbetrieb auch über den Eröffnungszeitpunkt hinaus fortzuführen, in seinem **Ermessen**. Jetzt und in Zukunft gilt für diesen Verfahrensabschnitt die Richtschnur, daß die Betriebsfortführung die Masse nicht schmälern und damit den Interessen der am Verfahren beteiligten Gläubiger nicht zuwiderlaufen darf.³⁶⁾ Damit sind jeder Betriebsfortführung Grenzen gesetzt. Immer gilt, daß auch die zeitweilige Geschäftsfortführung nicht gegen das **Prinzip der Verlustminimierung** verstoßen darf.³⁷⁾
- 696** Auch die **bloße Hoffnung** oder entfernte Aussicht, eine spätere Veräußerung des Unternehmens würde zu einer **Vermehrung der Konkursmasse** führen, reicht zur Rechtfertigung nicht aus, wobei unter den Bedingungen der Gesamtvollstreckung die Spielräume größer sind, da die Gesamtvollstreckungsordnung aufgrund der Sondersituation in den neuen Bundesländern auch über-

36) BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115 = KTS 1987, 275 = NJW 1987, 844, dazu EWiR 1986, 1229 (Merz); Gerhardt, ZIP 1987, 760, 763 ff; Riering, S. 114 ff; Karsten Schmidt, NJW 1987, 812; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 82 Rz. 7b; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 286.

37) BGH, Urt. v. 10. 4. 1979 - VI ZR 77/77, ZIP 1980, 851 = BB 1979, 1523 = KTS 1980, 122 = NJW 1980, 55.

geordnete wirtschaftliche Ziele verfolgt. Erst die Insolvenzordnung erlaubt die Fortführung, solange keine erhebliche Vermögensminderung zu befürchten ist, womit gesetzlich anerkannt wird, daß vorhandenes Vermögen auch zur teilweisen Subventionierung einer Betriebsfortführung eingesetzt werden darf.³⁸⁾

2. Vorrang der Liquidation

Die Entscheidung zur Fortführung des Geschäftsbetriebes über den Eröffnungszeitpunkt hinaus, setzt die Auseinandersetzung mit den Chancen und voraussichtlichen Ergebnissen einer **sofortigen Liquidation** voraus. Bietet sich diese mit für die Gläubiger befriedigenden Ergebnissen an, scheidet die Fortführung aufgrund der mit ihr verbundenen Risiken aus, sofern nicht begründete und nachvollziehbare Pläne zur Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers mit dem Ziel eines Vergleichs oder einer Verfahrenseinstellung mit Zustimmung der Gläubiger vorliegen.³⁹⁾ 697

Die stichtagsbezogene, auf den Eröffnungszeitpunkt abzustellende Insolvenzbilanz muß daher zumindest in Grundzügen vorliegen. Dazu sind die zur Erfassung des Vermögens und zu seiner Bewertung erforderlichen Maßnahmen unverzüglich nach Einleitung des Verfahrens durchzuführen. Wenn die **Vorteile der schnellen Vermögensverwertung** und Erlösauskehrung und die einer unter Umständen günstigeren Liquidation nach **kurz- oder mittelfristiger Geschäftsfortführung** gegeneinander **abgewogen** werden sollen, müssen die für eine sachliche Entscheidung maßgeblichen Faktoren bekannt sein. 698

Bis zur Beschlußfassung durch die Gläubiger entscheidet hierüber der Verwalter (§ 129 Abs. 2 Satz 1 KO). Ist vom Gericht ein vorläufiger Gläubigerausschuß bestellt, so wirkt dieser bei der Entscheidung mit (§ 129 Abs. 2 Satz 2 KO). Zukünftig ist in diese Entscheidung auch der Schuldner einzubeziehen, der vom Verwalter über eine beabsichtigte Stillegungsentscheidung vor der ersten Gläubigerversammlung zu unterrichten ist, falls ein Gläubigerausschuß nicht besteht. Auf seinen Antrag kann das Gericht die beabsichtigte Stillegung bis zur Gläubigerversammlung aufschieben, sofern eine erhebliche Verminderung der Insolvenzmasse nicht zu befürchten ist (§ 158 Abs. 2 InsO). Im neuen Insolvenzrecht können deshalb auch bei einer prinzipiell günstigen Liquidationsprognose die erforderlichen Stillegungsentscheidungen verzögert werden. 699

Eine Entscheidung setzt daher die Beurteilung der Chancen einer kurzfristigen Liquidation anhand des Bestandsverzeichnisses und dessen sachverständiger Bewertung unter **Berücksichtigung der Absatzchancen** voraus. Die kurzfri- 700

38) Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 53; Lüke, ebenda, S. 67, 70.

39) Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 53.

stig erzielbaren Verwertungserlöse müssen eingeschätzt und den Resultaten einer zeitlich verlagerten Verwertung oder einer Gesamtverwertung am Ende einer kurz- oder mittelfristigen Betriebsfortführung gegenübergestellt werden.⁴⁰⁾

- 701 Auf der Passivseite stehen die am Verfahren beteiligten Forderungen, ob mit oder ohne Vorrecht, bereits weitgehend fest, sofern sie nicht von Erklärungen des Verwalters (§§ 17, 19, 21 KO; §§ 9, 12 GesO, §§ 103 ff InsO) abhängig sind. Im Bereich der Masseschulden und Massekosten oder der vorab zu begleichenden Verbindlichkeiten können durch eine Betriebsfortführung jedoch wesentliche Veränderungen eintreten, insbesondere durch Inanspruchnahme von Arbeitsleistungen von Mitarbeitern, die nach Verfahrenseröffnung und bis zum Ablauf ihrer Kündigungsfristen noch Lohn- und Gehaltsforderungen gegen die Masse geltend machen können, gleichgültig ob sie weiterbeschäftigt werden oder nicht (§ 59 Abs. 1 Nr. 2 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO), während die aus der Arbeitsleistung entstehende Wertschöpfung die Masse vergrößert. Liegen die Bewertungen nahe beieinander, so hat die **Liquidation Priorität**, da sie das Verfahrensziel der Haftungsverwirklichung ohne weitere Risiken realisiert.

3. Vermögensbewertung nach Going-concern- oder Liquidationsgesichtspunkten

- 702 Die zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände hat der Konkursverwalter unter **Angabe ihres Wertes aufzuzeichnen**, wobei er zur Bewertung einen Sachverständigen hinzuziehen kann und den Gemeinschuldner hören soll (§ 123 Abs. 1 KO). Die Schätzung hat vom voraussichtlichen Erlös im Falle einer Einzelveräußerung bezogen auf den Stichtag der Konkurseröffnung auszugehen.⁴¹⁾
- 703 Auch im **Gesamtvollstreckungsverfahren** hat der Verwalter ein **Inventar** aufzustellen (§ 11 Abs. 1 GesO). Die der Gesamtvollstreckung unterliegenden Vermögensgegenstände sind vollständig zu erfassen und sachverständig zu bewerten.⁴²⁾ Das im Bestandsverzeichnis erfaßte und bewertete Vermögen hat der Verwalter zu veräußern, sofern er sich nicht zu einer anderen Verfügungsart entschließt, wozu auch die Fortführung des Geschäftsbetriebes gehört.⁴³⁾
- 704 Auch die **Insolvenzordnung** verlangt vom Verwalter die sofortige Inbesitznahme des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens und dessen Verwal-

40) Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 54.

41) Plate, S. 56; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 123 Rz. 2.

42) Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 11 Rz. 4; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 11 Rz. 6 ff.

43) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 33 ff.

tung (§ 148 Abs. 1 InsO). Er ist verpflichtet, ein **Verzeichnis der einzelnen Gegenstände aufzustellen** und diese zu **bewerten**, wobei die Bewertung durch einen Sachverständigen erfolgen kann (§ 151 Abs. 1, 2 InsO). Im Berichtstermin berichtet der Verwalter auch über die Möglichkeiten, das Unternehmen des Schuldners im ganzen oder in Teilen zu erhalten, wozu auch die Beurteilung gehört, wie sich der Wert des Schuldnervermögens bei sofortiger Einzelliquidation, der Gesamtliquidation nach Fortführung des Geschäftsbetriebes oder im Falle einer Reorganisation wertmäßig darstellt und entwickelt.⁴⁴⁾

Steht die Abwicklung über einen **Insolvenzplan** zur Debatte, so ist diesem eine Vermögensübersicht beizufügen (§ 219 Satz 2, § 229 InsO), die im Unterschied zu dem bereits erstellten Verzeichnis den Gläubigern Aufschlüsse bietet, welche Aktiva und Passiva sich im Falle einer Bestätigung des Plans gegenüberstehen, um Grundlagen für die Beurteilung der künftigen wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens zu erhalten.⁴⁵⁾ 705

Der **Wert von Wirtschaftsgütern** wird auch durch ihre **Nutzungsart** und den derzeitigen **Standort** bestimmt. Bewährt hat sich daher, bei der Bewertung - zumindest für den internen Gebrauch - nach **Zerschlagungs- und Going-concern-Werten** zu differenzieren. Durch die Beauftragung eines fachlich qualifizierten vereidigten Sachverständigen erhält der Verwalter auf diese Weise eine wichtige Entscheidungsgrundlage für die Frage, ob die Fortführung des Betriebes zwecks Werterhalt oder gar Wertbildung entscheidend sein kann. 706

Dies gilt in besonderem Maße für den Bestand an Rohmaterial, Hilfs- und Betriebsstoffen sowie halbfertigen Erzeugnissen. Da die Aufnahme großer Läger in der Regel zeitnah nicht zu leisten ist, muß der Verwalter hier im wesentlichen auf vorhandene EDV-Bestandslisten, die zuletzt durchgeführten Inventuren oder häufig auch auf noch manuell geführte Lagerkarteien zurückgreifen. 707

Sowohl im Bereich des beweglichen Anlagevermögens als auch beim Warenlager muß der Umfang von Aussonderungsrechten aufgrund von Eigentumsvorbehalten oder die Belastung mit Absonderungsansprüchen aufgrund von Sicherungsübereignungen berücksichtigt werden, um zu wissen, in welchem Maße Geld- und Warenkreditgeber in die weiteren Abwicklungsentscheidungen einzubeziehen sind. 708

In allen Fällen sind **Prognosen über Wertveränderungen** in Abhängigkeit von einer bestimmten Abwicklungsart zwar schwierig und mit spekulativen Momenten belastet, jedoch unverzichtbar, um den Gläubigern eine sachge- 709

44) Wellensiek, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 297 ff Rz. 8.

45) Begründung RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 203, abgedruckt in: Kübler/Prütting, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 463; Maus, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707 ff Rz. 50.

rechte Entscheidung zu ermöglichen, so daß der Verwalter verpflichtet ist, die Vermögenswerte sowohl nach Zerschlagungs- als auch nach Fortführungswerten aufzuführen.⁴⁶⁾

4. Beurteilung der Veräußerungsmöglichkeiten und Zeitfaktor

- 710 Neben den Bewertungsfragen spielen auch die **Veräußerungschancen** eine für das Verfahrensergebnis und die Verlustminimierung der Gläubiger wichtige Rolle. Zu beurteilen ist die **Nachfrage** nach den vom Verwalter aufgezeichneten Wirtschaftsgütern unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Verwerfungskosten, wobei sich **Demontage- und Transportkosten** bei einer Einzelliquidation nachteilig auswirken können. Bei alten Industrieanlagen und groß dimensionierten Maschinen, die zum Zwecke der Standsicherheit über Fundamente oder sonstige Verbindungen fest mit dem Erdbreich verbunden sind und häufig noch über Unterflur-Antriebe verfügen, können Demontage- und Transportkosten Einzelveräußerungschancen auf nahezu Null reduzieren oder zu dem Ergebnis führen, daß potentielle Käufer nur zur Übernahme bereit sind, wenn sie diese Kosten nicht tragen müssen.
- 711 Technisch veraltete Maschinen sind mittlerweile nicht einmal mehr in Entwicklungsländer oder Schwellenländer zu veräußern, die noch zu Anfang der 90er Jahre teilweise en bloc die maschinellen Einrichtungen stillgelegter Betriebe aufgekauft, demontiert, in Container verladen und in die Heimatländer transportiert haben.
- 712 Dagegen gibt es derzeit für Maschinen und maschinelle Einrichtungen je nach Branche, Alter, Zustand und technischem Standard nur einen begrenzten Markt, wobei die Nachfrage sich meist auf einige bestimmte Gegenstände konzentriert, während an dem Rest kein Interesse besteht.
- 713 Eine **Gesamtveräußerung** wirkt sich vorteilhaft aus, wenn die veräußerten Anlagen am bisherigen Standort verbleiben. Auch veraltete Einrichtungen können unter Fortführungsgesichtspunkten ihren Zweck erfüllen. Nicht für jeden Bearbeitungsvorgang ist neueste Technologie erforderlich. Maschinen, die am Standort verbleiben, erzielen daher häufig auch dann noch einen Veräußerungserlös, wenn sie technisch veraltet und seit langem abgeschrieben sind.
- 714 In der gegenwärtigen Entwicklung gibt es keine Anzeichen, die in naher Zukunft eine Belebung des Gebrauchtmaschinenmarktes erwarten lassen, so daß in dieser Hinsicht das lange Zeit erfolgreiche Konzept, zur Durchführung einer späteren Gesamtliquidation Geschäftsbetriebe nach Verfahrenseröffnung fortzuführen, derzeit eher zurückhaltend zu beurteilen ist.

46) Wellensiek, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 297 ff Rz. 8; Uhlenbruck, Das neue Insolvenzrecht, S. 507.

Die Chance zur Verwertung von Beständen an Fertigwaren verschlechtert sich erfahrungsgemäß mit zunehmendem Zeitablauf, bedingt durch ihre technische Veralterung und den zunehmenden Preisverfall. Der **Zeitfaktor** spricht deshalb - isoliert betrachtet - für eine rasche Verwertung, vorausgesetzt, es besteht sowohl national als auch international zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens eine Nachfrage oder eine solche ist kurzfristig zu erwarten.⁴⁷⁾ 715

5. Werterhaltung der Bestände

Zur Begründung einer Betriebsfortführung nach Verfahrenseröffnung werden häufig vor allem befürchtete Wertverluste als Folge einer kurzfristigen Betriebsauflösung angeführt.⁴⁸⁾ **Halbfertigprodukte** sind wertlos, wenn sie nicht fertiggestellt werden.⁴⁹⁾ Die Insolvenzeröffnungsbilanzen weisen bei der Bewertung von halbfertigen Erzeugnissen und häufig auch bei der Darstellung von Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen für den Fall der sofortigen Zerschlagung oftmals lediglich Erinnerungswerte aus. Werthaltig werden diese Positionen nur bei Fertigstellung oder im Falle einer Veräußerung an einen Übernehmer, der die Betriebsstrukturen erhält und den Geschäftsbetrieb nach übertragender Sanierung fortsetzt. 716

Rechte am Warenlager einschließlich der halbfertigen Erzeugnisse haben Lieferanten aufgrund von Eigentumsvorbehalten in einfacher und erweiterter Form, aber auch Geldkreditgeber aufgrund von Sicherungsübereignungen. Banken und Lieferanten sind daher häufig übereinstimmend zumindest an einer Auslaufproduktion interessiert, die zur Fertigstellung halbfertiger Erzeugnisse unter Einsatz noch vorhandener Bestände an Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen führt und daher die **Werthaltigkeit ihrer Sicherungsrechte erhöht**. Aus dieser Interessenlage entsteht Druck auf die Verwalter, auch ohne Perspektiven für eine Sanierungslösung den Geschäftsbetrieb zumindest zeitweilig bis zur vollständigen Verarbeitung von Sicherungsgut fortzuführen. 717

Derart motivierte Betriebsfortführungen sind bedenklich, wenn nicht gar unzulässig, insbesondere dann, wenn zu ihrem Zweck während der Sequestration oder im Rahmen des zukünftigen Vorverfahrens Insolvenzausfallgeld (Konkursausfallgeld) in Anspruch genommen wird.⁵⁰⁾ 718

47) Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 54 f.

48) Riering, S. 55 ff.

49) Plate, S. 129; Veith, S. 70; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 283; Hanisch, S. 117; Riering, S. 57; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 14; Kretschmer, KTS 1977, 137; Berges, KTS 1956, 113.

50) BAG, Urt. v. 24. I. 1964 - 5 AZR 258/63, BB 1964, 640; Koch, S. 95; Hess, KO, Anhang 1, § 141k AFG Rz. 52; Gottwald/Heinze, § 101 Rz. 68 ff; Uhlenbruck, WuB VI B § 82 KO 2.90.

6. Verminderung der Masseschulden

- 719 Wegen des besonderen Augenmerks, das vor allem die Bundesanstalt für Arbeit auf Betriebsfortführungen richtet, wird zur Begründung der Maßnahme auch das Argument der Verminderung von Masseverbindlichkeiten angeführt. So kann eine Betriebsfortführung zur Erledigung vorhandener Aufträge und anschließender kurzfristiger Betriebsauflösung dazu führen, daß **aufzuwendenden Löhnen und Gehältern** eine den Aufwand ausgleichende **Wertschöpfung** auch zugunsten der Masse gegenübersteht.
- 720 Fortführungsrechnungen weisen daher Löhne und Gehälter der ohnehin bis zum Ablauf tarifvertraglicher oder gesetzlicher Kündigungsfristen zu beschäftigenden Arbeitnehmer nicht aus, da diese auch im Falle einer sofortigen Liquidation nach vorheriger Stillegung anfallen. Fortführungskosten für die Masse entstehen somit erst am ersten Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist im Falle einer sich daran anschließenden Weiterbeschäftigung.⁵¹⁾
- 721 Während der Vollbeschäftigungsperiode haben diese Überlegungen keine Rolle gespielt, da Mitarbeiter mit Lohn- und Gehaltsrückständen von der Möglichkeit einer fristlosen Eigenkündigung Gebrauch machten, um nahtlos in neue Beschäftigungsverhältnisse zu wechseln. Unter den derzeitigen Bedingungen jedoch haben insbesondere **ältere Arbeitnehmer** kaum noch Aussichten, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Ihre Arbeitskraft steht dem Verwalter zwar nicht unentgeltlich zur Verfügung,⁵²⁾ doch sind diese Kosten zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfristen im Rahmen einer auf den Fortführungszeitraum aufgestellten Planrechnung nicht zu berücksichtigen, da sie auch im Falle der Stillegung die Masse belasten.
- 722 Allerdings sind die liquiditätsmäßigen Auswirkungen im Falle der Weiterbeschäftigung zu berücksichtigen. Die Löhne und Gehälter dieser Mitarbeiter sind nach Verfahrenseröffnung zu dem tarifvertraglich oder vertraglich vereinbarten Termin fällig und zahlbar, während im Falle einer Stillegung regelmäßig eine Freistellung erfolgt, die zwar nur im Rahmen einer Gesamtvollstreckung zu einer rangmäßigen Herabstufung (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a GesO) führt, jedoch auch im Konkursverfahren und im zukünftigen Insolvenzverfahren tatsächlich zu einer finanziellen Entlastung führt, da zunächst die Bundesanstalt für Arbeit über das sogenannte **Als-Ob-Arbeitslosengeld** (§ 117 Abs. 4 AFG) in Vorlage geht.

51) Riering, S. 59; Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 55 f

52) Vgl. Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 55; a. A. Riering, S. 60.

7. Die Erhaltung des Geschäftswertes

Auch die Realisierung des Geschäftswertes als Summe **aller immateriellen Vermögensgegenstände** kann zur Begründung einer Fortführungsentscheidung herangezogen werden. Immaterielle Wirtschaftsgüter sind in der Konkurseröffnungsbilanz wertmäßig üblicherweise nicht einzustellen, da diese Werte im Falle einer Zerschlagung nicht zu realisieren sind. 723

Nur in Ausnahmefällen werden für den Kundenstamm, Verfahrens- oder Produktions-Know-how, Prospekte und sonstiges Bild- und Tonmaterial, Zeichnungen, Formeln und Tabellen nennenswerte Kaufpreise im Falle ihrer Loslösung von den Betriebsstrukturen gezahlt. Lediglich Patente, Warenzeichen, Geschmacks- und Gebrauchsmuster sowie eingeschränkt auch Konzessionen und Bewilligungen lassen sich einzeln handeln und verwerten, wenn sie einen selbständigen Vermögenswert darstellen.⁵³⁾ 724

Allgemein gilt unverändert die Einschätzung, daß die **Erhaltung des Geschäftswertes** eine **Betriebsfortführung** mit dem Ziel einer Gesamtliquidation oder der Reorganisation und Erhaltung des insolventen Unternehmensträgers erfordert.⁵⁴⁾ 725

8. Geordneter Abbau

Als weitere Argumente für die Fortführung des Geschäftsbetriebes werden die Vorteile eines gleitenden Personalabbaus sowie die geordnete Vorbereitung der Betriebsstillegung angeführt. Vorteile im Vergleich zu einer sofortigen Stillegung mögen im Einzelfall gegeben sein, ihre Gewichtung innerhalb einer Vergleichsrechnung zur Ermittlung des jeweiligen Verfahrensergebnisses bleibt jedoch untergeordnet. 726

VII. Weitere Grundlagen einer Fortführung

1. Allgemeine Voraussetzungen

Belegen die Vergleichsrechnungen, daß die Aussichten für eine Verlustminimierung der Gläubiger oder eine günstigere Haftungsverwirklichung sich durch eine **zeitweilige Betriebsfortführung verbessern**, stellt sich die Frage nach den Realisierungsaussichten unter Berücksichtigung der jeweiligen Begleitumstände. 727

Die Fortführungsfähigkeit kann durch Faktoren beeinflusst werden, die als rechnerische Größe innerhalb einer auf die Fortführung ausgerichteten Plan- 728

53) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 3; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 117 Anm. 6; KG OLGZ 17, 194; Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 56.

54) Riering, S. 83; Balz, S. 12; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 17.

Gewinn- und Verlustrechnung nicht darstellbar sind. Es geht um die Durchsetzung und Absicherung der für eine Betriebsfortführung notwendigen Rahmenbedingungen.

- 729 Ob sich ein **notwendiger Personalabbau** mit Massenentlassungen oder Einzelkündigungen, der Herbeiführung eines Interessenausgleiches und dem Abschluß eines Sozialplans durchsetzen läßt, **Ein- und Übergriffe von Vor- und Sonderrechtsgläubigern** abgewehrt oder zumindest begrenzt werden können oder **Absatzvereinbarungen** auch unter Insolvenzbedingungen durchzusetzen sind, kann im Zeitpunkt der Entscheidung meist nicht abschließend beurteilt werden. Hieraus resultiert ein **Unsicherheitsfaktor**, der Verlauf und Ergebnis einer Fortführung nachhaltig beeinflussen kann.
- 730 Im betriebswirtschaftlichen Bereich geht es im wesentlichen um Markt- und Absatzpotentiale und die Ermittlung der während der Fortführung anfallenden Fixkosten sowie die Erfassung der Ressourcen im Produktionsbereich. Organisatorische und administrative Faktoren, von der Unternehmensführung über das Personal bis hin zu betriebsinternen Informations- und Steuerungssystemen unter Einbeziehung des Controlling können sich je nach ihrer qualitativen Ausprägung gravierend auf Verlauf und Ergebnis einer Betriebsfortführung auswirken, ohne daß es möglich ist, diese Komponenten im Rahmen einer Fortführungsentscheidung zu objektivieren oder durch Zahlen oder Kennziffern zu belegen. An deren Stelle treten Einschätzungen und Erfahrungen.⁵⁵⁾

2. Führung und Management

- 731 Nicht jedes Schiff geht im Orkan unter, und nicht jedes Unternehmen wird unter den gleichen äußeren Bedingungen insolvent. Wie stark sich die äußeren Einflüsse und die aus dem Zwischenbereich resultierenden Faktoren auswirken, ist daher nicht zuletzt von der Qualität der Führung oder des Managements abhängig.
- a) **Fehlende Akzeptanz der bisherigen Führung**
- 732 Unter Insolvenzbedingungen werden an die Betriebsführung neue Anforderungen gestellt. Diese Aufgaben sind von dem gescheiterten Gemeinschuldner und dem vorhandenen Management nicht zu bewältigen. Ihnen fehlt die Akzeptanz bei Kunden und Lieferanten, denen insolvenzbedingt der Verlust ihrer Vermögenstitel droht und die hierfür in entscheidendem Maße den Inhaber oder die Führung des insolventen Unternehmens verantwortlich machen.

55) Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 65.

b) Führungsaufgabe des Verwalters

Zum faktischen Geschäftsführer wird - wie bereits in der Sequestration oder zukünftig im Eröffnungsverfahren - mit Verfahrenseröffnung der Verwalter, dem die **Schlüsselrolle für Erfolg oder Mißerfolg** der Betriebsfortführung zufällt. Auf welche Hilfen der Verwalter dabei zurückgreifen kann, ist nicht zuletzt Ergebnis der Potentialanalyse, die auch die konkreten Bedingungen der Planung, Organisation, Leitung und Kontrolle aufzeigen muß. Inwieweit dabei noch vorhandenes Führungspotential leitend in die Betriebsfortführung eingebunden werden kann, hängt auch von deren psychischer und physischer Verfassung, ihrer häufig ruinösen persönlichen wirtschaftlichen Situation und nicht zuletzt von dem Grad ihrer - auch strafrechtlichen - Verantwortung für den Insolvenzfall ab. 733

Fehlen beim eingesetzten Verwalter die für eine Fortführung unverzichtbaren Erfahrungen, Kenntnisse und manchmal auch aufgrund der üblichen Mehrfachbelastung die Zeit und kann er aus diesem Grunde die Führungsaufgabe nicht bewältigen, so ist eine dennoch getroffene Fortführungsentscheidung mit einem erheblichen Geburtsfehler belastet, der auch durch den Einsatz von Zeitmanagement oder den Mitarbeitern des Verwalters nur begrenzt korrigiert werden kann. 734

Insbesondere in der Anfangsphase erwarten die am Verfahren beteiligten Gläubiger und ihre Organe, das Gericht sowie Kunden und Vertragspartner vom Verwalter **Führungs- und Richtungsentscheidungen**, die zur **Vertrauensbildung** unverzichtbar sind. Die vom Arbeitskreis für Insolvenzrecht beim Deutschen Anwaltverein für die Verwaltertätigkeit aufgestellten Richtlinien schreiben daher vor, daß der Verwalter das Amt nur annimmt, wenn er in der Lage ist, seiner Verantwortung gerecht zu werden und die auf ihn zukommenden Belastungen zu tragen.⁵⁶⁾ 735

VIII. Strategische Ziele der Betriebsfortführung

1. Allgemeines

Die Entscheidung, den Geschäftsbetrieb auch über den Eröffnungszeitpunkt hinaus fortzuführen, wird am **Ende der Sequestration** oder des **Eröffnungsverfahrens** getroffen. Zu diesem Zeitpunkt liegen die ersten Auswertungen und Erfahrungen über Verlauf und Ergebnis der Fortführung im Sequestrationszeitraum vor. 736

56) Verhaltensrichtlinien für als Insolvenzverwalter tätige Rechtsanwälte des Arbeitskreises für Insolvenzrecht im DAV, abgedruckt in: AnwBl 1992, 118; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 78 Rz. 2; Mönnig, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 275 ff. Rz. 66; Uhlenbruck, ebenda, S. 239 ff. Rz. 3; Braun/Uhlenbruck, S. 233; Holzer, Rz. 244;

- 737 Da die betriebswirtschaftliche Auswertung in der Sequestration keine Personalkosten ausweist, sind die Daten für die Fortführung nach Verfahrenseröffnung nur begrenzt aussagefähig. In einer Vergleichsrechnung müssen die aufgrund der Konkursausfallgeldversicherung nicht gezahlten Löhne und Gehälter einbezogen werden, um ein **realistisches Bild über die Finanz- und Ertragskraft** zu erhalten.

2. Liquiditätsreserve durch Fortführung im Eröffnungsverfahren

- 738 Regelmäßig hat die Befreiung von Lohn- und Gehaltszahlungen während des Sequestrationszeitraumes **Liquidität geschaffen**, die zur Abdeckung der vom Verwalter nach Verfahrenseröffnung im Zusammenhang mit der Betriebsfortführung zu begründenden Verpflichtungen zur Verfügung steht. In jedem Fall muß die Liquiditätsreserve ausreichen, um den Zeitraum bis zur ersten Gläubigerversammlung zu überbrücken. Dies gilt insbesondere unter den Bedingungen des neuen Insolvenzrechts, denn im Zeitraum zwischen Verfahrenseröffnung und Berichtstermin ist eine kurzfristige Stillegung nicht möglich, da der Verwalter zunächst die Zustimmung des Gläubigerausschusses einholen und den Schuldner unterrichten muß, der sich mit einem Untersagungsantrag beim Insolvenzgericht gegen die beabsichtigte Maßnahme wehren kann (§ 158 Abs. 1, 2 InsO).
- 739 Wurde die notwendige Liquiditätsreserve auf der **ersten Stufe der Fortführung** während der Sequestration oder im Eröffnungsverfahren nicht erwirtschaftet oder müssen die eingezogenen Gelder aufgrund bestehender Sonderrechte nach Eröffnung an Sonderrechtsgläubiger ausgekehrt werden, so ist die Fortführung über den Eröffnungszeitraum ausgeschlossen, zumal unter diesen Bedingungen regelmäßig keine Möglichkeiten zur Darstellung einer Fremdfinanzierung bestehen.⁵⁷⁾
- 740 Im Gegensatz zu der nach eher summarischer Überprüfung getroffenen Entscheidung zur vorläufigen Betriebsfortführung im Sequestrationszeitraum, verlangt die Entschließung, den Geschäftsbetrieb auch nach Eröffnung eines Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- oder Insolvenzverfahrens fortzuführen, auch die Auseinandersetzung mit dem **strategischen Ziel**, dem die Betriebsfortführung dienen soll. Diese Überlegungen haben auch Einfluß auf die voraussichtliche Dauer der Betriebsfortführung.

57) Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 61.

3. Auslaufproduktion - Stilllegung und Liquidation nach kurzzeitiger Betriebsfortführung

Rechtlich weniger problematisch und wirtschaftlich eher ungefährlich ist eine Entscheidung auf der zweiten Stufe (oben Rz. 348) zur nur zeitweiligen Betriebsfortführung zwecks Durchführung einer **Auslaufproduktion** und **anschließender Stilllegung**. Dabei muß die Stilllegungsabsicht auch aus arbeitsrechtlichen Gründen zum Zeitpunkt der Entscheidung dokumentiert werden, auch wenn je nach Verlauf der Auslaufproduktion nicht auszuschließen ist, daß innerhalb der strategischen Verfahrensziele ein Wechsel erfolgt. 741

a) Auslaufproduktion als Testlauf

Neben dem Gesichtspunkt der Risikominimierung bietet die nur vorübergehend angelegte Betriebsfortführung alle Möglichkeiten eines **Testlaufs**, so daß während dieser Phase beurteilt werden kann, ob trotz der Stilllegungsentcheidung weitergehende strategische Verfahrensziele verfolgt werden können. Die in der Auslaufphase zusätzlich gewonnenen Informationen verdichten das Bild der bisherigen Ursachenanalyse und geben Aufschluß über das tatsächlich noch vorhandene Produktions- und Absatzpotential. 742

Entscheidungen zum Erwerb eines Unternehmens beruhen in erster Linie auf dessen Ertragskraft, wenn mit dem Erwerb die Weiterführung beabsichtigt wird.⁵⁸⁾ Die Ertragskraft wird dabei nicht mehr aus den Ergebnissen der Vergangenheit beurteilt, sondern nach den Zukunftsaussichten, so daß die laufenden Ergebnisse bei einer Kaufentscheidung eine größere Rolle spielen, als die in die Vergangenheit gerichtete Bilanzanalyse, die bei einem insolventen Unternehmen ohnehin nur zu eingeschränkt aussagefähigen Ergebnissen führen kann. 743

Bei **rentabler Fortführung** steigen die Aussichten, doch noch einen Kaufinteressenten zu finden, der seine Kaufentscheidung in erster Linie auf die betriebswirtschaftlichen Auswertungen des Fortführungszeitraums abstellt. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Fortführung Umstrukturierungsmaßnahmen vorausgegangen sind, die zu einer nachhaltigen Verbesserung der Ertragskraft führen und die häufig nur unter Insolvenzbedingungen durchgesetzt werden können. 744

Zu diesen Maßnahmen können gehören: 745

- die Stilllegung von unrentablen Teilbetrieben oder Abteilungen,
- die personelle Anpassung,
- die Bereinigung des Produktprogramms,

58) Holzapfel/Pöllath, Rz. 1.

- die Neuordnung der Kunden- und Absatzstruktur,
- die Verringerung der Fertigungstiefe mit einer Umstrukturierung zum Handelsbetrieb sowie
- die Neuordnung der Führungsebene bis hin zur Entlassung von leitenden Mitarbeitern und Suspendierung des Gemeinschuldners.⁵⁹⁾

b) Bestimmung des Zeitfaktors

- 746 Die Bestimmung des Zeitfaktors für eine einstweilige Betriebsfortführung mit dem Ziel einer späteren Betriebsauflösung hängt im wesentlichen von der Aufarbeitung vorhandener Vorräte, der Fertigstellung der halbfertigen Erzeugnisse sowie allgemein der Abwicklung laufender Geschäfte und Aufträge ab.⁶⁰⁾ Solange die **ursprüngliche Stillegungsabsicht** dadurch nicht in Frage gestellt wird, kann der Verwalter auch neue Aufträge annehmen, sofern sie innerhalb des zur Verfügung stehenden Zeitraums abzuwickeln sind.

c) Überschaubare Planrechnungen

- 747 Die zur Absicherung zu erstellenden Planrechnungen, insbesondere die Liquiditätsbedarfsermittlungen, sind überschaubar, da sie zunächst nur einen begrenzten Zeitraum umfassen, um die Deckung der Verwaltungskosten zu belegen (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO), so daß Haftungsrisiken für Verwalter und Gläubigerausschuß begrenzt werden, da die in § 61 Satz 2 InsO vorgesehene Einschränkung wirksam wird.⁶¹⁾

d) Weitergehende Ziele

- 748 Sowohl unter dem Gesichtspunkt der Verlustminimierung für die beteiligten Gläubiger als auch zum Zwecke der Werterhaltung und Wertbildung ist die nur zeitlich angelegte Betriebsfortführung mit dem Ziel einer alsbaldigen Stilllegung jeder weitergehenden Fortführungskonzeption vorzuziehen, wobei in Abhängigkeit von den Ergebnissen der Betriebsfortführung ein späterer **Wechsel der verfolgten Ziele** mit Zustimmung der Gläubiger nicht auszuschließen ist.
- 749 Im Berichtstermin sind die dann vorliegenden Auswertungen über Verlauf und Ergebnis der Betriebsfortführung seit Einleitung des Insolvenzverfahrens darzustellen und zu erläutern. Die ihnen gesetzlich eingeräumte Autonomie ge-

59) Kohler, S. 169 ff.

60) Riering, S. 57.

61) Braun/Uhlenbruck, S. 192.

stattet es der Gläubigerversammlung, Absichten und Entscheidungen in jedem Verfahrensstadium anzupassen und zu ändern (§ 157 Satz 3 InsO).⁶²⁾

e) Fehlende Perspektive

Der Nachteil der Auslaufproduktion liegt in ihrer **fehlenden Perspektive** begründet, so daß Mitarbeiter, Lieferanten und Kunden nach dauerhaften Ersatzlösungen suchen. Die Strukturen können sich deshalb kurzfristig verändern und den Verwalter zur vorzeitigen Stillegung zwingen. 750

4. Fortführung zur übertragenden Sanierung

a) Ausgangslage

Auf der dritten Stufe (oben Rz. 348) der mit einer Betriebsfortführung angestrebten Ziele steht die Überlegung, die vom Unternehmensträger losgelösten betrieblichen Strukturen durch Gesamtliquidation in ihrem Wert zu erhalten und im Wege einer übertragenden Sanierung durch **Austausch des Unternehmensträgers** auch weitergehende Ansätze, insbesondere die **Erhaltung von Arbeitsplätzen**, zu verwirklichen. Eine Betriebsfortführung mit dem Ziel einer Gesamtliquidation setzt zunächst voraus, daß die Analyse der Ursachen und der Ressourcen ein positives Resultat ergeben hat. Die Beschäftigungslage muß ausreichend, die Betriebsstrukturen müssen intakt und die Deckung der Fortführungskosten muß gewährleistet sein. Schließlich muß die **Gesamtliquidation** ein **besseres Verwertungsergebnis** versprechen als die sofort eingeleitete Einzelverwertung nach Stillegung. 751

b) Gründung von Vertriebsgesellschaften durch den Verwalter

Die verbreitete Sanierungseuphorie hat teilweise zu der Fehleinschätzung geführt, der Verwalter selbst müsse, notfalls durch Bildung von **Auffanggesellschaften** oder als **Treuhänder**, die Voraussetzungen für eine übertragende Sanierung schaffen und diese in der Zwischenphase über eine Fortführung des Geschäftsbetriebes absichern,⁶³⁾ wobei verkannt wird, daß der Verwalter die Erledigung der Sanierungsaufgabe dem Übernehmer überlassen muß, insbesondere wenn er dessen Unternehmenskonzept nicht kennt.⁶⁴⁾ 752

Derartige Initiativen überschreiten vielfach die Grenze zu **insolvenzzweckwidrigen Handlungen**, da der Verwalter in eine **doppelte Treuhand** mit allen hieraus resultierenden Konfliktpotentialen gerät, weil die Interessen der 753

62) Braun/Uhlenbruck, S. 248.

63) Grub, in: RWS-Forum 3, S. 79, 81; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 44 ff, 53.

64) Maus, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707 ff Rz. 16.

Gemeinschuldnerin und ihrer Gläubiger und die der Auffanggesellschaft und deren Neugläubiger nicht identisch sind. Je tiefer der Verwalter in die Aktivitäten der Auffanggesellschaft eingebunden ist, desto schwieriger gestaltet sich auch das Problem der korrekten Preisfindung zur Umsetzung der angestrebten Gesamtliquidation. Allerdings sind Verwalter immer häufiger gezwungen, **Vertriebsgesellschaften** zu gründen oder ihre Errichtung zu initiieren, um die Kundenbeziehungen zu sichern.⁶⁵⁾

c) **Keine Garantien zur Abdeckung von Fortführungsverbindlichkeiten**

754 Da der potentielle Übernehmer zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht vorhanden ist, gibt es im Rahmen dieser Konzeption keine Möglichkeit zur Abdeckung entstehender Fortführungsverbindlichkeiten über Garantien und Bürgschaften. Die Zeit kann daher zu einem **erheblichen Risikofaktor** werden, wenn es innerhalb eines überschaubaren Zeitraums nicht gelingt, am Markt, aus dem Wettbewerb oder aus dem Gesellschafterkreis Interessenten für eine Gesamtübernahme zu finden.

755 **Perspektivlose mehrjährige Betriebsfortführungen**, die am Ende die Substanz der vorhandenen Masse aufzehren und bestenfalls noch die Deckung der Fortführungsverbindlichkeiten bis zum Ende eines kontinuierlichen Schrumpfungsprozesses gewährleisten, sind warnende Beispiele für derart spekulativ angelegte Betriebsfortführungen, die auch nicht mit der verlangten Marktkonformität des zukünftigen Insolvenzverfahrens im Einklang stehen.⁶⁶⁾

d) **Beurteilung der Veräußerungschancen**

756 Die Absicht, einen Betrieb bis zu seinem Verkauf fortzuführen, setzt die sorgfältige Beurteilung der Veräußerungschancen voraus. Vom Handwerksbetrieb bis zum Großunternehmen unterliegen alle Gewerbetreibenden und selbst Freiberufler der Beobachtung durch ihre Wettbewerber, Lieferanten und Kunden. Ob der konkrete Betrieb sich zur Veräußerung eignet, zeichnet sich bereits im Vorverfahrensstadium ab, denn durch die **Publizität des Verfahrens** werden die Veräußerungsbemühungen offenkundig.⁶⁷⁾

757 Regt sich während der Sequestration kein **potentieller Interessent**, muß die Möglichkeit zur späteren Gesamtveräußerung zurückhaltend beurteilt werden. Ändert sich diese Lage bis zur ersten Gläubigerversammlung nicht, kann die Umsetzung einer übertragenden Sanierung als gescheitert betrachtet werden.

65) Henckel, WuB I F 5 - 3.95; OLG Hamm, Urt. v. 7. 12. 1994 - 31 U 92/94, ZIP 1995, 50 = WM 1995, 129, dazu EWiR 1995, 173 (Pape).

66) Balz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 3 ff Rz. 5.

67) Riering, S. 77.

In diesem Fall sollten sich die Gläubiger vor weiteren Verlusten durch eine Stilllegungsentscheidung (§ 132 Abs. 1 KO, § 15 Abs. 5 GesO, § 157 InsO) schützen.

5. Fortführung zwecks Reorganisation

Wird als Verfahrensziel die Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers angestrebt, so muß die **Betriebsfortführung** bereits mit Eröffnung des Verfahrens **auf Dauer angelegt** sein (vierte Stufe; oben Rz. 348). Dies gilt bereits unter den Bedingungen des geltenden Rechts, das eine Reorganisation über einen Zwangsvergleich (§§ 173 ff KO) oder eine Einstellung mit Zustimmung der Gläubiger (§§ 202, 203 KO), die Annahme und Bestätigung eines Fortführungsvergleiches (§§ 90 ff VglO) oder den Abschluß eines Vergleichs (§ 19 Abs. 1 Nr. 2, § 16 GesO) ermöglicht. Das geltende Recht schreibt für diese Arten der Verfahrensbeendigung, die dem betroffenen Schuldner wieder die volle Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis zurückgeben, keine Fristen oder Zeiträume vor. Zwangsvergleiche nach mehr als zehnjähriger Verfahrensdauer sind bekannt. 758

Die Unterscheidung in eine **zulässige zeitweilige** und eine **unzulässige dauernde** Betriebsfortführung ist unscharf und letztlich unbrauchbar, zumal nach der ersten Gläubigerversammlung die Gläubiger bestimmen, ob und in welchem Umfang sie die Haftungsverwirklichung durch Liquidation zugunsten einer Betriebsfortführung aussetzen. Auch **längerfristige**, werbend angelegte Betriebsfortführungen sind **zulässig**, da andernfalls das auch unter den Bedingungen des geltenden Insolvenzrechts zulässige Verfahrensziel einer Reorganisation nicht erreicht werden kann.⁶⁸⁾ 759

a) Planinitiative

Während nach den Bestimmungen des geltenden Rechts die Initiative für eine Reorganisationslösung vom Schuldner auszugehen hat, der allein zur Stellung eines Zwangsvergleichsantrags (§ 173 KO) oder eines Einstellungsantrags (§ 202 KO) oder zur Vorlage eines Vergleichsvorschlags (§ 16 Abs. 1 GesO) befugt ist, geht das Initiativrecht nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung auch auf den Insolvenzverwalter über. 760

68) Riering, S. 32, 143; Karsten Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht, S. 151 ff; BGH, Urt. v. 10. 4. 1979 - VI ZR 77/77, ZIP 1980, 851, 854 = BB 1979, 1523, 1524 = KTS 1980, 122 = NJW 1980, 55; a. A. BGH, Urt. v. 27. 2. 1973 - VI ZR 118/71, KTS 1973, 251; widersprüchlich Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 4b, wonach nur eine zeitweilige Unternehmensfortführung durch den Konkursverwalter zulässig ist, aber die Geschäftsfortführung im Interesse sämtlicher Beteiligter auch für einen längeren Zeitraum noch vom Konkurszweck getragen sein kann.

- 761 Der Verwalter ist künftig neben dem Schuldner berechtigt, dem Insolvenzgericht einen Insolvenzplan vorzulegen, der auch als **Sanierungsplan** gestaltet sein kann und damit das Ziel der Reorganisation des insolventen Rechtsträgers verfolgt (§ 218 Abs. 1 Satz 1 InsO). Auch im Regelverfahren kann die Initiative für eine Sanierung vom Insolvenzverwalter ausgehen, der im Berichtstermin u. a. die Möglichkeiten zur Erhaltung des Unternehmens darlegen muß (§ 156 Abs. 1 InsO).⁶⁹⁾
- 762 Das Gesetz verwendet hier den Begriff „Unternehmen“, der nicht eindeutig definiert ist. Darunter kann sowohl die übergeordnete rechtlich-finanzielle Einheit verstanden werden als auch lediglich das von den Verbindlichkeiten seines Trägers getrennte Vermögen, das im organisatorischen Verbund steht und zur Erzeugung von Leistungen eingesetzt wird.⁷⁰⁾
- 763 Je nach Begriffsbestimmung kann der gesetzliche Auftrag zur Prüfung der Erhaltungsaussichten sowohl im Sinne einer **Erhaltung der Betriebsstruktur** verstanden werden, die auch durch Gesamtliquidation und rechtsgeschäftliche Veräußerung der Wirtschaftsgüter erfolgen kann, als auch die Sanierung des Rechtsträgers meinen, der danach wieder die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Unternehmen zurtückerhält.⁷¹⁾

b) Keine abstrakte Sanierungsaufgabe

- 764 Sowohl wegen des Initiativrechts des Insolvenzverwalters zur Vorlage eines Insolvenzplans als auch aufgrund der um die Beurteilung der Sanierungsaussichten erweiterten Berichtspflicht soll der Verwalter zukünftig eine Sanierungsaufgabe erfüllen, die eine Unternehmensfortführung erfordern würde.⁷²⁾ Tatsächlich kann es aber auch unter den Bedingungen der Insolvenzordnung nicht Aufgabe des Verwalters sein, abstrakt-theoretisch und losgelöst vom Willen und den Möglichkeiten des Schuldners sowie den Interessen der Gläubiger und ohne Beachtung der grundsätzlichen Vermögensorientierung des zukünftigen Insolvenzverfahrens die **Reorganisation des Rechtsträgers anzustreben**.⁷³⁾

69) *Maus*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 707 ff Rz. 23, 27; *Braun/Uhlenbruck*, S. 500; *Burger/Schellberg*, WPg 1995, 69.

70) *Flosbach*, S. 22; *Hax*, in: *RWS-Forum* 3, S. 21, 23.

71) *Maus*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 707 ff Rz. 11 - 18.

72) *Risse*, KTS 1994, 465, 486 ff.

73) *Balz*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 3 ff Rz. 17 f.

c) **Investitionslenkung durch Reorganisation**

Die Aufgabe des Insolvenzverwalters besteht nicht in der **Investitionslenkung**. Die für die Sanierung des Rechtsträgers notwendige Investitionsentscheidung kann nur gemeinsam vom Schuldner und von den Gläubigern herbeigeführt werden. Sie müssen übereinstimmend zu dem Ergebnis kommen, daß die Sanierung durch Erhaltung des Rechtsträgers für alle Beteiligten vorteilhaft ist, so daß sich der **Verzicht auf Eigentumstitel** oder die **Zuführung neuen Kapitals** ebenso lohnt wie die **Kürzung von Forderungen** oder deren Stundung oder auch die **Gestaltung von Rechtspositionen** durch **Verzicht auf Sonderrechte oder Vorrechte**.⁷⁴⁾ 765

Wenn die Fortführung des Geschäftsbetriebes als notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung das strategische Ziel der Reorganisation des Unternehmensträgers verfolgt, dann muß diese Überlegung von außen an den Verwalter herangetragen werden und die zu ihrer Umsetzung verfolgte Konzeption zumindest bereits in Umrissen am Ende des Eröffnungsverfahrens erkennbar sein, um in die Entscheidung des Verwalters zur Ausrichtung und Dauer einer Fortführung einfließen zu können. 766

Prinzipiell kann es nur der Entscheidung des Unternehmensträgers vorbehalten sein, eine leistungs- und finanzwirtschaftliche Sanierung über einen Insolvenzplan verbunden mit einer Befreiung von den verbleibenden Verbindlichkeiten anzustreben, denn die häufig notwendige oder zweckmäßige **Übertragung von Geschäfts- oder Gesellschaftsanteilen** oder die **Herabsetzung des Stammkapitals** ist Sache des Schuldners oder der Gesellschafter und kann nicht erzwungen werden.⁷⁵⁾ 767

d) **Finanzielle Absicherung**

Wird ein langfristig angelegtes Fortführungskonzept verfolgt, so muß der Verwalter auf Ausfallgarantien bestehen, die den Zweck haben, durch vorhandene Mittel nicht gedeckte Fortführungsverbindlichkeiten darstellen zu können, für die andernfalls der Verwalter persönlich haften würde. Sein Interesse darf nicht größer sein als das des involventen Unternehmensträgers. 768

IX. Einflüsse von außen

Emotionale und irrationale Faktoren sind bei einer Entscheidung über die Fortführung des Geschäftsbetriebes und die mit ihr verfolgten Ziele nicht auszuschließen. 769

74) *Balz*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 3 ff Rz. 8.

75) *Maus*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707 ff Rz. 19; *Hirte*, ebenda, S: 955 ff Rz. 17 - 26.

1. Obligatorische Fortführung bei Großverfahren

- 770 Im Falle der Insolvenz von Großunternehmen ist es im Grunde genommen entbehrlich, sich um eine **Objektivierung der Entscheidungsgrundlage** zu bemühen, da es zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes aus übergeordneten politischen Gründen **keine Alternative** gibt. Verlorene Staatszuschüsse, Kreditbürgschaften oder staatliche oder gar supranationale Vorzugsaufträge sichern die Betriebsfortführung in großen Insolvenzverfahren ab.⁷⁶⁾
- 771 Für kleinere oder mittlere Unternehmen stehen hingegen staatliche Hilfen nicht zur Verfügung. Förderprogramme zur Abdeckung von Fortführungsrisiken befinden sich allenfalls im Diskussionsstadium. Bislang sind sie auf die Förderung des Investors beschränkt, der im Zuge einer übertragenden Sanierung von Stilllegung bedrohte Arbeitsplätze erhält, Investitionen durchführt und zu diesem Zweck einer staatlichen Hilfe bei der Finanzierung teils auch zur Darstellung seines Eigenkapitals bedarf.

2. Öffentliche Aufmerksamkeit

- 772 50 % aller insolventen Betriebe in Westdeutschland haben weniger als fünf Mitarbeiter; von der Umsatzgröße her liegt die überwiegende Anzahl der Krisenunternehmen in einer Größenordnung von 1 - 5 Mio. DM.⁷⁷⁾
- 773 Die Insolvenzpraxis, insbesondere auch die Betriebsfortführung, gestaltet sich somit **weit weniger spektakulär**, als dies aufgrund der öffentlichkeitswirksamen Berichterstattung über **Großverfahren** zu erwarten wäre.
- 774 Gleichwohl führt die öffentliche Aufmerksamkeit, die der Abwicklung von Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- und Vergleichsverfahren gewidmet wird, in Verbindung mit krisenhaft zugespitzten Situationen auf dem Arbeitsmarkt selbst bei Klein- und Mittelbetrieben zu der Hoffnung, durch Betriebsfortführung Arbeitsplätze zumindest zeitweise zu erhalten. Erwartet wird dabei meist unausgesprochen, daß die Gläubiger zu einer **Subventionierung** von unrentablen Betriebsfortführungen im Interesse übergeordneter Ziele bereit sind.⁷⁸⁾
- 775 Von diesem Druck kann sich der Verwalter nur befreien, wenn er eine Fortführungsentscheidung durch eine eingehende Ursachen- und Potentialanalyse vorbereitet, die Verfahrensziele definiert und abschätzt, ob eine Betriebsfortführung zur Gewährleistung dieses Ziels angezeigt ist, die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen klärt und die administrativen Probleme löst und damit letztendlich die **Entscheidungsgrundlage objektiviert**.

76) Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 60.

77) Untersuchung Creditreform 1996, FAZ vom 26. 7. 1996, S. 15.

78) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 34.

X. Fortführungskonzeption - Planrechnungen

1. Allgemeines

Die mit der Fortführung verfolgten Ziele, die Dauer der Fortführung, die prognostizierte Ergebnisverbesserung und die diesen Aussagen zugrundeliegenden Planrechnungen sind als **Fortführungskonzept zu dokumentieren** und dem Gericht zusammen mit dem Sequestrationsbericht oder zukünftig dem das Vorverfahren abschließenden Bericht zur Vorbereitung der Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einzureichen.⁷⁹⁾ 776

2. Plan-Ertragsrechnung, Liquiditätsbedarfsplanung, vergleichende Prognosen

Die Planrechnungen bestehen dabei aus einer **Ertragsrechnung** und der **Insolvenzbilanz**, die im Vergleich das voraussichtliche Abwicklungsergebnis im Falle einer sofortigen **Liquidation** sowie das erwartete Ergebnis unter den Bedingungen einer Betriebsfortführung aufzeigen.⁸⁰⁾ 777

Auch die Aufwendungen für Löhne und Gehälter, die bis zum Ablauf der Kündigungsfristen für die in der Fortführung noch beschäftigten Mitarbeiter nach Verfahrenseröffnung anfallen, sind in die Planrechnung einzustellen, da sie liquiditätswirksam sind (vgl. die Beispiele in Anhang 1 und 3). 778

Eine **Liquiditätsbedarfsrechnung** ist erforderlich, um zu belegen, daß die mit der Fortführung verbundenen Ausgaben als Masseschulden oder vorab zu begleichende Verbindlichkeiten (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) im Entscheidungszeitpunkt gedeckt sind (vgl. das Beispiel in Anhang 2). 779

Im geltenden Recht belegt das Fortführungskonzept einschließlich der Prognoserechnungen die **Plausibilität der Fortführungsentscheidung**, die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung vom Verwalter nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen ist (§ 129 Abs. 2 KO, § 8 Abs. 2 GesO). 780

Will der Insolvenzverwalter den Geschäftsbetrieb zukünftig vor dem Berichtstermin oder am Tage der Eröffnung des Insolvenzverfahrens schließen, so muß das von ihm vorgelegte **Rechenwerk nachvollziehbar belegen**, daß eine Fortführung nicht rentabel betrieben werden kann und/oder daß die mit der Fortführung verbundenen Kosten nicht zu decken sind. Gewinn- und Verlustrechnung sowie Liquiditätsbedarfsplanung bilden dann die Grundlage der vom Insolvenzgericht oder von den Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses 781

79) *Mönning*, in: RWS-Forum 9, S. 43, 61 f.

80) *Pelka/Niemann*, Rz. 212 f; *Sarx*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, Anhang 3; Anm. 237; *Müller*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 97 ff Rz. 14 - 16.

zu treffenden Entscheidung über die beabsichtigte Stilllegung (§ 158 Abs. 1, 2 InsO) (vgl. das Beispiel in Anhang 4).

3. Unterbindung konzeptionsloser Fortführungen

- 782 Die Fortführung eines Geschäftsbetriebes **ohne ein plausibles und nachvollziehbares Fortführungskonzept**, das die Entscheidungsgrundlagen dokumentiert und belegt, ist **pflichtwidrig**. Sie ist vom Gericht im Rahmen seiner Aufsichtspflicht zu unterbinden, um der Gefahr einer Schädigung der betreuten Vermögensinteressen entgegenzuwirken. In dem vom OLG München⁸¹⁾ entschiedenen Fall wurde die Konkursmasse im Rahmen einer negativ verlaufenen Betriebsfortführung erheblich geschädigt, wobei der zuständige Rechtspfleger, der die Betriebsfortführung dem Konkursgericht nicht angezeigt hatte, vom Konkursverwalter bestochen war. Dem Grunde nach bestätigte das Gericht die vom Sonderkonkursverwalter gegen das Land geltend gemachten Schadensersatzansprüche aus § 839 BGB, Art. 34 GG, da dessen Beamter, der zuständige Rechtspfleger, in höchstem Maße pflichtwidrig gehandelt hat, indem er die unvorbereitete und konzeptionell nicht belegte Fortführungsentcheidung toleriert hat.
- 783 Auch nach der Insolvenzordnung hat das **Insolvenzgericht** im Rahmen seiner **Aufsicht** einzuschreiten, wenn eine Betriebsfortführung weder einem zulässigen Verfahrensziel dient noch geeignet ist, die Verluste der beteiligten Gläubiger zu begrenzen, und im Gegenteil die Gefahr besteht, als vermögensschädigende Maßnahme die Masse erheblich zu verringern oder aufzuzehren. Über die Aufsichtspflicht (§ 58 InsO) kann das Insolvenzgericht zunächst Berichte und Auskünfte des Verwalters über die Entscheidungsgrundlagen sowie die vorliegenden Ergebnisse der Betriebsfortführung einholen, und zwar auch dann, wenn die Betriebsfortführung in Abstimmung mit dem vorläufigen Gläubigerausschuß und dem Schuldner durchgeführt wird.⁸²⁾
- 784 Der Aufsicht unterliegt dabei **nicht die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit** der Maßnahme, sondern allein ihre Auswirkung auf die gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensziele sowie die Art und Weise, wie der Verwalter die Geschäfte führt. Als ultima ratio kann auch die Entlassung des Insolvenzverwalters aus wichtigem Grund verfügt werden, wenn die Prüfung ergibt, daß dieser seinen Aufgaben nicht gewachsen ist, und deshalb mit schwerwiegenden, auf anderem Wege nicht zu vermeidenden Nachteilen für die Gläubiger gerechnet werden muß.⁸³⁾

81) OLG München, Urf. v. 18. 7. 1991 - I U 2199/89, ZIP 1991, 1367, dazu EWiR 1991, 1003 (App).

82) Braun/Uhlenbruck, S. 258.

83) Pape, DtZ 1995, 40.

4. Aufbau des Rechenwerks

Bewährt hat sich, die Fortführungskonzeption in den **darstellenden Teil** und das **Rechenwerk** zu gliedern. Im darstellenden Teil werden die Ergebnisse der Ursachen- und Potentialanalyse erläutert. Er gibt Aufschluß über die noch vorhandenen Ressourcen und die zur Gewährleistung der Rentabilität der Fortführung notwendigen Umstrukturierungsmaßnahmen im administrativen, personellen und betriebswirtschaftlichen Bereich. 785

Das Rechenwerk, bestehend aus der **Plan-Ertragsrechnung** sowie der **Liquiditätsbedarfsplanung**, ist als Prognoserechnung fortlaufend in einem **Soll-Ist-Vergleich** zu überprüfen, um neue Erkenntnisse, die die Wirtschaftlichkeit der Betriebsfortführung oder die erforderliche Kostendeckung beeinträchtigen können, zu verarbeiten.⁸⁴⁾ Abweichende Entwicklungen sind in Zwischenberichten dem Insolvenzgericht vorzulegen, falls ein vorläufiger Gläubigeraus- schuß nicht besteht. 786

XI. Zusammenfassung

Wer sich zur Fortführung eines Betriebes im eröffneten Insolvenzverfahren entschließt, muß die Ursachen kennen, die zur Insolvenz geführt haben, um beurteilen zu können, ob diese Faktoren mit den beschränkten Mitteln des Insolvenzsrechts im weiteren Verlauf ausgeschaltet werden können. Die **Ursachenanalyse**, auch Stärken-/Schwächenanalyse genannt, liefert dem Verwalter überdies auch wichtige Aufschlüsse für die Beurteilung des Fortführungsrisikos. Sie hat retrospektiven Charakter, um im darstellenden Teil des Berichtes Auskunft über die Insolvenzgründe zu geben, ist aber zugleich auch zukunftsorientiert, um dem Verwalter in Form eines Frühwarnsystems über Störpotentiale und ihre Symptome zu unterrichten. 787

Die **Potentialanalyse** führt zur Beurteilung der noch vorhandenen Ressourcen, die für eine Fortführung des Geschäftsbetriebes im eröffneten Insolvenzverfahren erforderlich sind. Aus dem magischen Viereck - Markt, Produkt, Finanzen und Führung - müssen nach einem Erfahrungssatz mindestens drei Faktoren in ausreichender Form vorhanden sein, um überhaupt das Risiko einer Betriebsfortführung eingehen zu können. 788

Ergänzend hat eine **Vergleichsrechnung** zu belegen, daß eine sofortige Liquidation mit kurzfristiger Erlösauskehr nach wirtschaftlichem Zweckmäßigkeitsermessen keine Vorteile bietet. Andernfalls hat die Liquidation aufgrund ihres geringeren Risikopotentials Vorrang. 789

84) *Mönning*, in: RWS-Forum 9, S. 43, 62; *Müller*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 97 ff Rz. 14 - 17.

- 790** Ursachen- und Potentialanalyse sowie die Vergleichsrechnung liefern auch die Basis für die strategische Ausrichtung der Fortführung auf der **Grundlage des Vier-Stufen-Modells** unter Berücksichtigung des angestrebten Verfahrensziels. Dabei sind Wechsel zwischen den Verfahrenszielen denkbar, insbesondere wenn eine zunächst nur als Auslaufproduktion konzipierte Betriebsfortführung nach einer Testphase deren Rentabilität belegt und Möglichkeiten zur Realisierung weiterführender Ziele - übertragende Sanierung oder Reorganisation - eröffnet.
- 791** Aus übergeordneten politischen oder wirtschaftlichen Gründen sind konzeptionelle Vorarbeiten zur Vorbereitung einer Fortführungsentscheidung nur im Falle von **Großinsolvenzen** entbehrlich, bei der volkswirtschaftliche Betrachtungsweisen im Vordergrund stehen und die sich zu einem wirtschaftlich orientierten, weitgehend eigenständigen Verfahren entwickelt haben.
- 792** Die einer Betriebsfortführung zugrundeliegenden Planrechnungen des Verwalters sichern die Entscheidung und ihre Grundlagen ab. Sie belegen, ob die aus der Ursachenanalyse, der Potentialanalyse und der Vergleichsrechnung entwickelte Fortführungskonzeption zur Deckung der eingegangenen Fortführungsverbindlichkeiten führt und das Risiko einer erheblichen Masseverkürzung auszuschließen ist. **Konzeptionslose Fortführungen** sind nicht nur risikant, sondern als insolvenzzweckwidrige Maßnahme unzulässig.

E. Umsetzung der Fortführungskonzeption, ihre Vermittlung und Absicherung

I. Abstimmung mit dem Gericht - Aufsicht

Über die Umsetzung einer während des Vorverfahrens erarbeiteten Fortführungskonzeption zum Zwecke der Aufrechterhaltung und Weiterführung des Geschäftsbetriebes auch nach Eröffnung eines Konkursverfahrens entscheidet zunächst allein der Sequester oder der vorläufige Konkursverwalter (§ 129 Abs. 2 Satz 1 KO). 793

Gleiches gilt für das Gesamtvollstreckungsverfahren, da es auch hier erst der Entscheidung der ersten Gläubigerversammlung vorbehalten ist, über die Fortführung oder die Schließung des Geschäftsbetriebes zu entscheiden (§ 15 Abs. 5 GesO). Bis dahin hat der Verwalter nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens nach seinem Ermessen den Betrieb des Gemeinschuldners entweder zu schließen oder auf der Grundlage der von ihm erarbeiteten Fortführungskonzeption einstweilen fortzuführen. 794

Hat das Insolvenzgericht im künftigen Insolvenzverfahren dem vorläufigen Insolvenzverwalter die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen**, so ist dieser verpflichtet, den Geschäftsbetrieb während des Vorverfahrens fortzuführen, sofern das Insolvenzgericht nicht einer von ihm beantragten **Stillegung zustimmt** (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Die Zustimmung darf nur erteilt werden, wenn die Gefahr einer **erheblichen Vermögensminderung** droht.¹⁾ 795

Will der mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 27 InsO) bestellte Insolvenzverwalter den Geschäftsbetrieb nach Verfahrenseröffnung stilllegen, so ist dazu die Zustimmung eines bereits bestellten Gläubigerausschusses erforderlich. Andernfalls liegt die Stillegung im Ermessen des Insolvenzverwalters, sofern nicht der Gemeinschuldner beim Insolvenzgericht die Untersagung dieser Maßnahme beantragt (§ 158 Abs. 1, 2 InsO). 796

Im Sequestrationsbericht, der bei Personenidentität zwischen Sequester und bestelltem Gutachter regelmäßig mit dem Gutachten zur Feststellung eines Insolvenzgrundes und zur Beurteilung der notwendigen Kostendeckung verbunden wird, hat der Sequester das Gericht auch über die Absicht, den Geschäftsbetrieb über den Eröffnungszeitpunkt hinaus fortzuführen, zu unterrichten und die **Entscheidungsgrundlagen** im Rahmen einer Fortführungskonzeption einschließlich der diese stützenden **Planrechnungen** darzulegen. 797

Der Verwalter steht unter der **Aufsicht des Gerichts** (§ 83 KO, § 8 Abs. 3 GesO, § 58 InsO). Zwar ist das Konkursgericht nicht berechtigt, die Ge- 798

1) Braun/Uhlenbruck, S. 237; Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 239 ff Rz. 16 f.

schaftsführung des Verwalters auf Zweckmäßigkeit zu überprüfen,²⁾ gleichwohl hat das Gericht gegen pflichtwidrige Handlungen des Verwalters einzuschreiten. Dies gilt auch für Fortführungsentscheidungen, wenn diese ohne eine ausreichende konzeptionelle Vorbereitung erfolgen und/oder im Widerspruch zu den Verfahrenszielen stehen.

- 799** Insoweit kann das Gericht im Einzelfall verpflichtet sein, die Voraussetzungen der Betriebsfortführung zu überprüfen, um pflichtwidriges Verhalten des Verwalters zu unterbinden und **masseschmälernde Verfügungen zu vermeiden**. Dies gilt verstärkt, wenn in dem betreffenden Verfahren kein vorläufiger Gläubigerausschuß zur Überwachung und Unterstützung des Verwalters bestellt ist.³⁾
- 800** Die Einbeziehung des Gerichts in wesentliche Abwicklungsentscheidungen ist auch unabdingbar, um generell die Einhaltung der für jede Form von Insolvenzverfahren geltenden **Verfahrensgrundsätze** (Gesetzesbindung, faires Verfahren, Willkürverbot, Ausschluß überlanger Verfahrensdauer) prüfen und beurteilen zu können.⁴⁾
- 801** Im Gesamtvollstreckungsverfahren erstreckt sich die Aufsicht des Gerichts ausdrücklich auf die Vermögensverwaltung (§ 8 Abs. 3 Satz 1 GesO). Diese Konkretisierung erweitert die Aufsichtspflicht bei Betriebsfortführungen, da Art und Umfang der Vermögensverwaltung in der Gesamtvollstreckung gesetzlich geregelt sind und die Betriebsfortführung als anderweitige Verwaltungsmaßnahme ausdrücklich zugelassen wird (§ 8 Abs. 2 GesO).
- 802** Vom Gericht wird verlangt, daß es sich durch regelmäßige Vorlage der Fortführungsergebnisse in Form von **betriebswirtschaftlichen Auswertungen** und durch Vorlage von **Einnahme-/Überschußrechnungen** davon überzeugt, daß die bei der Fortführungsentscheidung maßgeblichen Annahmen erfüllt werden und die Rentabilität der Fortführung gewährleistet ist, um eine erhebliche Verminderung des der Verwaltung unterliegenden Vermögens zu vermeiden. Dabei handelt es sich jedoch nicht um die Überprüfung der allein im Ermessen des vorläufigen Gesamtvollstreckungsverwalters stehenden Entscheidung zur Fortführung des Geschäftsbetriebes, sondern nur um deren ordnungsgemäße Vorbereitung und Umsetzung, die im Einklang mit den

2) RG, Urt. v. 30. 5. 1892 - VI 336/91, RGZ 29, 83; *Jaeger/Weber*, KO, § 83 Rz. 1; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 83 Rz. 6; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, § 8 Rz. 104 ff; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 83 Anm. 1; *Hess/Binz/Wienberg*, GesO, § 8 Rz. 29; a. A. *Smid/Carl*, in: *Smid/Zeuner*, GesO, § 8 Rz. 113.

3) OLG München, Urt. v. 18. 7. 1991 - I U 2199/89, ZIP 1991, 1367, dazu EWiR 1991, 1003 (App); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 83 Rz. 6.

4) *Prütting*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 183 ff Rz. 5 - 7, 56 ff.

Verfahrenszielen stehen muß und nicht zur Vermögensminderung führen darf.⁵⁾

Die Insolvenzordnung gewährt dem Gericht das Recht, vom Verwalter jederzeit **einzelne Auskünfte** oder einen **Bericht über den Sachstand** und die Geschäftsführung zu verlangen (§ 58 Abs. 1 InsO). Die Plausibilität einer Fortführungsentscheidung, insbesondere ihre Ausrichtung an den Verfahrenszielen (Liquidation, übertragende Sanierung, Reorganisation), ihr Umfang und ihre Dauer, die laufenden Ergebnisse und die notwendige Liquiditätssicherung zur Deckung der vom Verwalter eingegangenen Verpflichtungen, gehören damit zukünftig zum Geschäftsführungsbericht des fortführenden Verwalters, wobei abzuwarten bleibt, ob und in welchem Umfang die Insolvenzgerichte dem Insolvenzverwalter demnächst bereits im Eröffnungsbeschluß Berichtspflichten bis zum Berichtstermin auferlegen.⁶⁾ **803**

Da ohnehin die **Fortführungsergebnisse laufend zu dokumentieren** und im Rahmen des Controlling zu überprüfen sind, stellt diese Erweiterung der Berichtspflicht des fortführenden Insolvenzverwalters keine ungebührliche Belastung dar. Im Gegenteil, schon im eigenen Interesse wird der Insolvenzverwalter zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen die übrigen Verfahrensorgane in Verlauf und Ergebnis der Fortführung einbeziehen.⁷⁾ **804**

II. Einbeziehung und Mitwirkung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses

Alle Spielarten der Insolvenzabwicklung basieren auf dem **Prinzip der Gläubigerautonomie**. Die Gläubiger bestimmen das Verfahrensziel und den Weg zu seiner Realisierung. Organe der insolvenzrechtlichen Selbstverwaltung sind die **Gläubigerversammlung** und der **Gläubigerausschuß**.⁸⁾ **805**

Die Gläubigerversammlung wird durch das Gericht einberufen (§ 93 Abs. 1 KO, § 15 Abs. 1 GesO, § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Aufgrund der gesetzlich für die Einberufung einer Gläubigerversammlung vorgeschriebenen Formen und Fristen kommt die erste Gläubigerversammlung zu spät, um in eine Fortführungsentscheidung des Sequesters, vorläufigen Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverwalters oder des vorläufigen Insolvenzverwalters einbezogen zu **806**

5) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 121; Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 8 Rz. 109.

6) Braun/Uhlenbruck, S. 188; Hess/Weis, InVo 1996, 197 ff; Hess/Obermüller, Rz. 413 ff.

7) Zur Haftung des Verwalters im Falle der Betriebsfortführung siehe auch die umfassende Darstellung bei Lücke, Persönliche Haftung, Rz. 66 ff; ders., in: RWS-Forum 9, S. 67, 71 f.

8) Heidland, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 549 ff Rz. 4; Uhlenbruck, Gläubigerberatung, S. 413; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 6 Rz. 33.

werden. Die Abstimmung einer Fortführungsentscheidung und deren Absicherung mit den maßgeblichen Gläubigern ist daher nur möglich, wenn frühzeitig ein vorläufiger Gläubigerausschuß eingesetzt wird.⁹⁾

1. Bestellung und Zusammensetzung

a) Konkurs

- 807** Im Konkursverfahren kann das Gericht einen Gläubigerausschuß bereits vor der ersten Gläubigerversammlung bestellen. Als Mitglieder kommen nur Gläubiger oder Vertreter von Gläubigern in Frage (§ 87 Abs. 1 KO). Im Genossenschaftskonkurs ist ein Gläubigerausschuß obligatorisch (§ 103 Satz 1 GenG).
- 808** Über die Zahl der Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen. In der Praxis erfolgt die Bestellung der Mitglieder nach vorheriger Abstimmung auf Vorschlag des vorläufigen Konkursverwalters, um zur Vermeidung von Zeitverlusten sicherzustellen, daß die ernannten Mitglieder das Amt annehmen.¹⁰⁾

b) Gesamtvollstreckung

- 809** Auch in der Gesamtvollstreckung kann das Gericht einen vorläufigen Gläubigerausschuß bestellen (§ 15 Abs. 2 Satz 3 GesO). Das Gericht ist bei der Auswahl der Mitglieder gebunden, da die Ernennung aus dem Kreis der Gläubiger erfolgen muß. Während diese Beschränkung in der Gesamtvollstreckung auch die Gläubigerversammlung bindet, können im Konkursverfahren auch nicht am Verfahren beteiligte Dritte in den Gläubigerausschuß gewählt werden (§ 87 Abs. 2 KO).
- 810** Die praktische Bedeutung der Auswahlmöglichkeiten ist gering geblieben. Regelmäßig werden die Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses in der ersten Gläubigerversammlung bestätigt, sofern diese nicht von sich aus auf ihr Amt verzichten.

c) Insolvenzordnung

- 811** Die Regelungen des geltenden Rechts werden im wesentlichen von der Insolvenzordnung übernommen. Das Insolvenzgericht kann bereits vor der ersten Gläubigerversammlung einen Gläubigerausschuß einsetzen (§ 67 Abs. 1 InsO). Abweichend vom geltenden Recht enthält die Insolvenzordnung Vorstellungen über die **Zusammensetzung des Gläubigerausschusses**, in dem die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forde-

9) Braun/Uhlenbruck, S. 208 f.

10) Heidland, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 549 ff Rz. 9.

rungen, aber auch die Kleingläubiger und die Vertreter der Arbeitnehmer vertreten sein sollen (§ 67 Abs. 2 InsO). Darüber hinaus können auch andere Personen vom Gericht zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses bestellt werden (§ 67 Abs. 3 InsO). Die obligatorische Bestellung eines Gläubigerausschusses im Genossenschaftskonkurs wird beseitigt (Art. 49 Nr. 20 EGIInsO).

d) Kriterien für die Auswahl

In der zukünftigen Praxis wird sich bei der Besetzung der Gläubigerausschüsse daher nichts ändern. Das Reformgesetz regelt, was bislang praktiziert wird. Die Zusammensetzung der Gläubigerausschüsse in wichtigen Verfahren mit einem Vertreter der Banken, der Kreditversicherer, der Arbeitnehmer, der öffentlich-rechtlichen Gläubiger und des Pensions-Sicherungs-Vereines aG gilt bereits als obligatorisch. In kleineren Verfahren stammen die meist drei Mitglieder aus dem Kreis der Banken, der Kreditversicherer oder Lieferanten und dem öffentlich-rechtlichen Bereich. 812

Da es sich beim **Pensions-Sicherungs-Verein (PSV)** häufig um den Gläubiger mit der höchsten Forderung im ungesicherten Bereich handelt, wird hier teilweise von einer Ermessenseinschränkung oder gar einem Rechtsanspruch des Vereins auf Beteiligung in einem Gläubigerausschuß ausgegangen.¹¹⁾ Tatsächlich geht es jedoch oft nur um die Ausschöpfung von Informationsvorsprüngen, insbesondere im Hinblick auf vermutete Betriebsübergänge (§ 613a BGB) zum eigenen Vorteil, während Mitglieder eines Gläubigerausschusses die Gesamtinteressen des Verfahrens zu repräsentieren haben. 813

Im Falle einer Betriebsfortführung wirkt der Verwalter von sich aus auf die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses hin, sofern nicht der geringe Umfang des abzuwickelnden Verfahrens oder Kostengesichtspunkte die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses als unzweckmäßig erscheinen lassen. 814

2. Wahl durch die Gläubigerversammlung

Endgültig entscheidet sowohl nach geltendem Recht als auch nach den Regelungen der Insolvenzordnung die **Gläubigerversammlung** über die Einsetzung eines Gläubigerausschusses (§ 87 Abs. 2 KO, § 15 Abs. 2 GesO, § 68 Abs. 1, 2 InsO), die Zahl seiner Mitglieder und die Zusammensetzung.¹²⁾ Auch die Abwahl der Mitglieder eines vorläufigen Ausschusses ist möglich, in der Praxis jedoch die Ausnahme. 815

11) *Paulsdorff*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 1155 ff Rz. 21.

12) *Heidland*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 549 ff Rz. 18; *Braun/Uhlenbruck*, S. 206.

3. Unterrichtung und Abstimmung - Konflikte

- 816** Für die zeitlich unmittelbar im Zusammenhang mit der Eröffnung getroffene Fortführungsentscheidung ist die **gleichzeitige oder zumindest zeitnahe Abstimmung** dieser Maßnahme mit dem vorläufigen Gläubigerausschuß obligatorisch. Gegen das Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses ist eine Betriebsfortführung nahezu ausgeschlossen, sofern nicht sachfremde Erwägungen dessen Entscheidung beeinflussen haben.
- 817** Umgekehrt können Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses gegen den Willen des Verwalters die Fortführung eines Geschäftsbetriebes nicht durchsetzen. Ihnen bleibt nur die Möglichkeit, vor der ersten Gläubigerversammlung beim Gericht die Entlassung des Verwalters und die Bestellung eines Nachfolgers anzuregen, da die Abwahl des Verwalters in der Gläubigerversammlung oder ein Beschluß zur Fortführung eines vor der Gläubigerversammlung stillgelegten Geschäftsbetriebes zu spät kommt.
- 818** Die **Insolvenzordnung** gibt den Mitgliedern des Gläubigerausschusses das Recht, die Entlassung des Verwalters beim Insolvenzgericht zu beantragen (§ 59 Abs. 1 InsO). Nach den Bestimmungen der Konkursordnung kann der vorläufige Gläubigerausschuß lediglich die Entlassung des Verwalters durch das Konkursgericht anregen, da diese zunächst nur von Amts wegen möglich ist (§ 84 Abs. 1 KO).
- 819** In der **Gesamtvollstreckung** ist allein das Gericht befugt, den Verwalter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes abzurufen (§ 8 Abs. 3 Satz 2 GesO). Gleichwohl bleibt es den Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses unbenommen, die Entlassung des Verwalters im Falle schwerwiegender Pflichtverletzungen anzuregen.¹³⁾
- 820** Dabei beschränken sich **Pflichtverletzungen** des Verwalters - aber auch der Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses - nicht nur auf Betriebsfortführungen, die nicht mit dem jeweiligen Insolvenzverfahrenszweck im Einklang stehen, sondern auch auf unterlassene Betriebsfortführungen, wenn eine derartige Maßnahme entweder im Interesse einer optimalen Realisierung des den Gläubigern haftungsrechtlich zugewiesenen Vermögens oder zur Durchführung einer sich bereits abzeichnenden übertragenden Sanierung oder einer Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers zwingend geboten wäre. In jedem Fall muß der Gläubigerausschuß in eine Fortführungs- oder Stilllegungsentscheidung des Verwalters vor der ersten Gläubigerversammlung einbezogen werden, wobei die Insolvenzordnung dies ausdrücklich vorschreibt (§ 158 Abs. 1 InsO).¹⁴⁾

13) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 105.

14) Heidland, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 549 ff Rz. 52.

In der **Gesamtvollstreckung** ergibt sich die Einbeziehung des vorläufigen Gläubigerausschusses in Fortführungs- oder Stilllegungsentscheidungen aus der Regelung, daß der Verwalter für alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die erhebliche Auswirkungen auf den Bestand des verwalteten Vermögens haben, die **Zustimmung des Ausschusses** benötigt (§ 15 Abs. 6 Satz 4 GesO).¹⁵⁾ 821

Demgegenüber sieht die **Konkursordnung nur eine Mitteilungspflicht** des vorläufigen Konkursverwalters gegenüber dem Gläubigerausschuß vor, sofern der Verwalter bereits vor der Gläubigerversammlung beabsichtigt, das Geschäft des Gemeinschuldners zu schließen (§ 130 Abs. 1 KO). Die Beschränkung der Mitwirkungsrechte des Gläubigerausschusses ist dabei zwangsläufig, da die Konkursordnung die Fortführung des Betriebes bis zur Gläubigerverversammlung in das alleinige Ermessen des Verwalters stellt (§ 129 Abs. 2 KO). 822

Gleichwohl ist in der Praxis der Konkursabwicklung kein Fall vorstellbar, bei der die Fortführung des Geschäftsbetriebes oder dessen Stilllegung gegen den erklärten Willen der Mitglieder des Gläubigerausschusses praktiziert wird, zumal diese die Möglichkeit haben, über den Gemeinschuldner einen Untersagungsantrag zu stellen, falls die Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers z. B. im Wege des Zwangsvergleiches angestrebt wird (§ 130 Abs. 1 KO), oder Aufsichtsmaßnahmen des Gerichts zu veranlassen. 823

Es widerspricht dem Gedanken der **Gläubigerautonomie**, gegen die Mehrheitsentscheidung eines vorläufigen Gläubigerausschusses den Geschäftsbetrieb bis zur ersten Gläubigerversammlung fortzuführen oder stillzulegen. Diesem Gedanken hat sich auch der Verwalter unterzuordnen, sofern die Entscheidung des Gläubigerausschusses nicht aus eigennützigen oder sachfremden Motiven erfolgt. 824

Bei nicht lösbaren **Kompetenzkonflikten**, unüberbrückbaren Differenzen oder pflichtwidrigem Verhalten hat auch der Verwalter die Möglichkeit, auf den Widerruf einer Bestellung von Ausschußmitgliedern durch das Gericht hinzuwirken (§ 92 KO, § 70 InsO).¹⁶⁾ Für den Bereich der Gesamtvollstreckung wird diese Möglichkeit auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung allgemein für zulässig gehalten.¹⁷⁾ 825

Die Mitbestimmungs-, Mitwirkungs-, Anhörungs- und Kontrollrechte des Gläubigerausschusses sind gesetzlich geregelt. Die Mitglieder haben den Verwalter bei der Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen, können dazu die Bücher und die Aufzeichnungen einsehen und Berichte verlangen 826

15) Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 15 Rz. 15; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 15 Rz. 35.

16) Heidland, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 549 ff Rz. 20.

17) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 15 Rz. 33b.

(§ 88 Abs. 1, 2 KO). Die Gesamtvollstreckung läßt laufende Kontrollen durch die Mitglieder des Gläubigerausschusses zu, die zudem das Recht haben, Rechnungslegung durch den Verwalter zu fordern (§ 15 Abs. 6 Satz 2 und 3 GesO). Die Insolvenzordnung übernimmt im wesentlichen die Regelungen der Konkursordnung, wobei die Mitglieder des Gläubigerausschusses zukünftig auch die Möglichkeit haben, den **Geldverkehr und Geldbestand durch Dritte prüfen zu lassen** (§ 69 InsO).¹⁸⁾

4. Unterstützung und Kontrolle

- 827 Die Unterstützungs- und Kontrollpflichten des Gläubigerausschusses erfassen somit sämtliche Bereiche einer Betriebsfortführung, von der **konzeptionellen Vorbereitung** und Beschlußfassung bis hin zur **laufenden Abwicklung** der Tagesgeschäfte und des **Controlling**. Da der Gläubigerausschuß regelmäßig erst tätig wird, wenn die Entscheidung, den Geschäftsbetrieb auch über den Eröffnungszeitpunkt hinaus einstweilen fortzuführen, durch den Verwalter bereits getroffen wurde, müssen die mit der Fortführung verfolgten Ziele sowie die analytischen, betriebswirtschaftlichen, rechtlichen und administrativen Grundlagen der Fortführungsentscheidung für die Mitglieder des Gläubigerausschusses nachvollziehbar dargelegt werden.
- 828 Schon zur Begrenzung des eigenen Haftungsrisikos strebt der Verwalter dabei die Absicherung seiner Richtungsentscheidung in der ersten Sitzung des vorläufigen Gläubigerausschusses nach dessen Einsetzung an. Je nach der Qualifikation der bestellten Mitglieder ist auch eine **Arbeitsteilung bei der Umsetzung der Fortführung** denkbar. Einzelne Aufgaben können einvernehmlich an Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses delegiert werden. Da die Mitglieder ohnehin zur regelmäßigen Prüfung unter Einbeziehung der Konten und Belege verpflichtet sind, hat es sich in größeren Verfahren bewährt, das fortlaufende **Finanz-Controlling** einem Gläubigerausschußmitglied zu übertragen. In kleineren und mittleren Verfahren stellt eine echte Arbeitsteilung zwischen Verwalter und Ausschußmitgliedern die seltene Ausnahme dar, da die Mitglieder des Gläubigerausschusses sich hier im wesentlichen auf die mehr oder weniger regelmäßige Überwachung der Abwicklungstätigkeit des Verwalters beschränken.

18) Braun/Uhlenbruck, S. 209.

III. Entscheidung der Gläubigerversammlung - Gläubigerautonomie

1. Allgemeines

Die **endgültige Entscheidung** über Fortführung oder Stillegung trifft die **Gläubigerversammlung** (§ 132 KO, § 15 Abs. 5 GesO, § 157 InsO). Tatsächlich kommt der Beschlußfassung der Gläubigerversammlung im geltenden Recht jedoch nur eine geringe praktische Bedeutung zu. In der Regel wird beschlossen, was Verwalter und gegebenenfalls der vorläufige Gläubigerausschuß zur Frage der Fortführung oder Stillegung empfehlen. Ist der Geschäftsbetrieb bereits eingestellt, so scheidet eine Fortführungsentscheidung von vornherein aus. Hat der Verwalter den Geschäftsbetrieb bis zur ersten Gläubigerversammlung fortgeführt, so geht es in der Versammlung im wesentlichen nur noch um die Abstimmung des Verfahrensziels und in diesem Zusammenhang um die Ausrichtung der Fortführung, insbesondere ihre zeitliche Dauer. 829

2. Bestimmung des Verfahrensziels

Längerfristige Betriebsfortführungen sind nur möglich, wenn die Gläubiger **übereinstimmend** das Ziel einer **übertragenden Sanierung** durch Gesamtliquidation oder die **Reorganisation** des insolventen Unternehmensträgers anstreben oder zukünftig abweichend vom Regelverfahren den Verwalter beauftragen, einen Insolvenzplan auszuarbeiten. Auch dies setzt voraus, daß die Gläubigerversammlung sich zunächst einvernehmlich über das Verfahrensziel einigt (§ 157 Satz 2 InsO),¹⁹⁾ da knappe Mehrheiten keine tragfähige Grundlagen für eine Fortführung schaffen. 830

Schon unter den Bedingungen des geltenden Konkurs- und Gesamtvollstreckungsrechtes steht bereits in der ersten Gläubigerversammlung fest, ob die Möglichkeiten zur Erhaltung der Betriebsstruktur durch übertragende Sanierung oder Reorganisation des Unternehmensträgers mittels Vergleichs oder Einstellung überhaupt bestehen. Aus den zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegenden Ergebnissen des zurückliegenden Fortführungszeitraumes sind Rentabilität, Produktions- und Marktpotentiale sowie die Qualität von Führungs- und betrieblichen Strukturen hinreichend zu beurteilen. 831

Gibt es eine günstige Fortbestehensprognose, die der Verwalter zukünftig im Rahmen seines Berichtes darzulegen hat (§ 156 Abs. 1 InsO), so kann der Verwalter bereits in der ersten Gläubigerversammlung über Verlauf und Ergebnis von Übernahmeverhandlungen mit potentiellen Investoren, die sich abzeichnende Errichtung einer Auffanggesellschaft oder die Aktivitäten des Gemeinschuldners zur Umsetzung einer angestrebten Reorganisation berichten. 832

19) Braun/Uhlenbruck, S. 205.

- 833 Wo dies nicht der Fall ist, muß im Regelfall die kurzfristige Einstellung der Betriebsfortführung im Rahmen einer Auslaufproduktion beschlossen werden, um eine Vermögensminderung zu vermeiden, da der Verwalter keine Möglichkeit hat, sich kurzfristig aus eingegangenen Verpflichtungen zu lösen.
- 834 Entscheiden sich die Gläubiger gleichwohl für eine zeitlich unbefristete Fortführung des Geschäftsbetriebes, tragen sie allein das **unternehmerische Risiko**, sofern die Beschlußfassung nicht auf falschen, vom Verwalter zu verantwortenden Annahmen beruht.²⁰⁾

3. Verantwortlichkeit

- 835 Hat die Gläubigerversammlung entschieden, den Geschäftsbetrieb unter Aufsicht des Verwalters fortzuführen, und das anzustrebende Verfahrensziel definiert, so ist der **Verwalter** für die Vereinbarkeit der Fortführung mit dem Verfahrenszweck **nicht mehr verantwortlich**.²¹⁾ Allerdings entbindet eine derartige Entscheidung der Gläubigerversammlung den Verwalter nicht von der Verpflichtung, die Geschäfte ordnungsgemäß zu führen, Verlauf und Ergebnis der Betriebsfortführung zu dokumentieren und rechtzeitig auf die Gefahr einer Masseschmälerung hinzuweisen, wenn die Fortführung nicht rentabel ist und die vorhandene Vermögenssubstanz angreift.²²⁾
- 836 Auf Antrag des Verwalters hat das Gericht **nochmals eine Gläubigerversammlung** einzuberufen (§ 93 Abs. 1 KO, § 15 Abs. 1 GesO, § 75 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Der Verwalter hat damit die Möglichkeit, eine erneute Abstimmung der Gläubigerversammlung über Fortführung oder Stilllegung des Geschäftsbetriebes herbeizuführen, da die Gläubigerversammlung an frühere Beschlüsse nicht gebunden ist (§ 157 Satz 3 InsO). Notfalls kann der Konkursverwalter die Ausübung des **Vetorechts** durch das Konkursgericht beantragen (§ 99 KO, § 78 Abs. 1 InsO), wenn ein Fortführungsbeschluß dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger widerspricht oder nicht mit den gesetzlichen Verfahrenszielen zu vereinbaren ist.
- 837 In der Praxis kommen Meinungsverschiedenheiten zwischen Verwalter, Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung über die Frage einer Fortführung

20) BGH, Urt. v. 14. 4. 1987 - IX ZR 260/86, BGHZ 100, 346, 349 = ZIP 1987, 650 = NJW 1987, 3133, dazu EWiR 1987, 609 (Baur); BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115 = NJW 1987, 844, dazu EWiR 1986, 1229 (Merz); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 14h; Eickmann, Aktuelle Probleme, S. 67 ff; Lüke, in: RWS-Forum 9, S. 67; F. Baur, in: Gedächtnisschrift Bruns, S. 241, 245; Karsten Schmidt, NJW 1987, 812, 813.

21) BGH, Urt. v. 14. 4. 1987 - IX ZR 260/86, BGHZ 100, 346 = ZIP 1987, 650 = NJW 1987, 3133, dazu EWiR 1987, 609 (Baur); Merz, KTS 1989, 277; a. A. Hanisch, S. 129, 130.

22) Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 287.

oder Stillelegung des schuldnerischen Geschäftsbetriebes eher selten vor. Die Gläubiger sind zu weit vom Tagesgeschehen entfernt, um sich kontrovers mit einer sorgfältig vorbereiteten Beschlußvorlage des Verwalters auseinanderzusetzen. Bei schlecht geführten Verfahren lassen es Gläubiger heutzutage nicht mehr auf Auseinandersetzungen ankommen, sondern wählen den Verwalter in der ersten Gläubigerversammlung ab (§ 80 KO, § 15 Abs. 3 GesO, § 57 InsO).

4. Zusammensetzung der Gläubigerversammlung, Kompetenzverlagerung

Zur Stärkung der Gläubigerautonomie will die Insolvenzordnung alle wesentlichen Entscheidungen über die Ausrichtung des Verfahrens und seinen Gang bis zum **Berichtstermin** offenhalten. Der Gesetzgeber hat dabei idealtypisch eine am Verfahren **interessierte Gläubigerschaft** vor Augen, die bereit und in der Lage ist, sich in die Abläufe einzudenken, an den Entscheidungsprozessen konstruktiv mitzuwirken und Verantwortung für Abläufe und Entscheidungen zu übernehmen.²³⁾ 838

Die Realität ist von diesem Leitbild weit entfernt. In kleinen und mittleren Insolvenzverfahren mit weniger als fünf Mitarbeitern, die seit vielen Jahren unverändert mehr als die Hälfte aller Insolvenzverfahren ausmachen, finden **Gläubigerversammlungen meist ohne Gläubiger** statt. Allenfalls die Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses und - falls nicht bereits in diesem Gremium tätig - Vertreter von Banken und Sparkassen sind dann für die Teilnahme an Gläubigerversammlungen zu gewinnen. Für diese Verfahren gilt die Feststellung, daß im Endeffekt der Verwalter für die Ausrichtung eines Insolvenzverfahrens an den gesetzlich vorgegebenen Verfahrenszielen verantwortlich bleibt und in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung vorgibt, ob und wie lange ein Geschäftsbetrieb fortgeführt wird.²⁴⁾ 839

Das **Desinteresse** der Gläubiger hängt mit **schlechten Befriedigungsaussichten** zusammen. Bei weniger als 3 % Quote im Bundesdurchschnitt können einem Gläubiger keine Gründe für eine aktive Teilnahme vermittelt werden, die nur mit weiterem Zeit- und Kostenaufwand verbunden wäre. 840

Die Gläubigerversammlung reduziert sich damit auf Sonderrechtsgläubiger, die bereits unmittelbar nach Anordnung der Sequestration, spätestens nach Eröffnung des Verfahrens, Verbindung zum Verwalter aufnehmen, um über die Abwicklung ihrer Vorzugsrechte zu verhandeln und deren Aus- oder Absonderung sicherzustellen. Bei Betriebsfortführungen ist daher eine **Kompetenzverlagerung** von den gesetzlich vorgeschriebenen Organen der Gläubigerselbst- 841

23) Balz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 3 ff Rz. 44; Neumann, S. 16 f.

24) Hanisch, S. 129.

verwaltung - Gläubigerversammlung, Gläubigerausschuß - zu den **Konsortialführern** der am Verfahren beteiligten Banken und den Vertretern der **Kreditversicherer** festzustellen, die oft im Rahmen von Verwertungsgemeinschaften (Pools) über die Realisierung und Verteilung des mit Sonderrechten belasteten Umlaufvermögens abstimmen und sich aktiv auch in eine Entscheidung zur Fortführung des Geschäftsbetriebes einschalten, insbesondere mit dem Ziel, auf diese Weise die Verarbeitung von Halbfertigerzeugnissen zu Endprodukten sicherzustellen.

- 842 Auch insoweit bleibt es bei dem für Insolvenzverfahren generell geltenden Grundsatz, daß sich die Praxis ihre Wege sucht, und zwar unabhängig von den geltenden rechtlichen Bestimmungen. Nur wer ein vitales Eigeninteresse an Verlauf und Ergebnis des Insolvenzverfahrens hat und erwarten muß, daß von der Art der Verfahrensabwicklung auch die Werthaltigkeit seiner Forderungs- und Vermögenstitel abhängt, ist zur aktiven Mitarbeit, zur Unterstützung, aber auch zur Kontrolle des Verwalters bereit.²⁵⁾
- 843 Dieser Trend wird sich nach Einführung der Insolvenzordnung eher noch verstärken, da die **Dominanz der meist gesicherten Großgläubiger** durch die Bindung der Beschlüsse einer Gläubigerversammlung lediglich noch an die **Summenmehrheit** der abstimmenden Gläubiger ausgebaut wird (§ 76 Abs. 2 InsO). Die Betriebsfortführung wird zukünftig von einem Vermittlungs- und Abstimmungsprozeß zwischen Verwalter und Großgläubigern, vorrangig repräsentiert durch Kreditinstitute und Kreditversicherer, bestimmt. Beschlüsse der Gläubigerversammlung auch und gerade zur Frage einer Fortführung werden dabei durch Entscheidungen im Vorfeld weitgehend präjudiziert.

IV. Einbeziehung der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen

1. Allgemeines

- 844 Trotz der insolvenzbedingten Forderungsverluste in Milliardenhöhe und der gravierenden Folgen, die ein Insolvenzverfahren für den betroffenen Schuldner hat: Im Vordergrund der (öffentlichen) Aufmerksamkeit stehen die **Arbeitnehmer** mit ihrer Furcht vor Arbeitsplatzverlust und Einbußen beim sozialen Besitzstand. Während die schnelle Schließung eines insolventen Unternehmens und die Entlassung aller Mitarbeiter meist ohne größere Probleme durchgeführt werden können, wird die Betriebsfortführung zum Konflikt- und Problemfall durch die unumgängliche Einbeziehung der Arbeitnehmer und ihrer Vertretung aufgrund von Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten bei Betriebsänderungen.

25) Balz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 3 ff Rz. 45.

Vergrößert werden die Abwicklungsprobleme durch die zur Zeit und auch in naher Zukunft noch bestehende Rechtszersplitterung. Während teilweise bereits das Insolvenzarbeitsrecht²⁶⁾ der neuen Insolvenzordnung gilt (unten Rz. 890 ff), werden Konkursverfahren aus der Zeit vor dem 1. Oktober 1996 und Gesamtvollstreckungsverfahren nach geltendem Arbeitsrecht abgewickelt, allerdings mit der wichtigen Einschränkung, daß die Anwendung des § 613a BGB in der Gesamtvollstreckung suspendiert ist (oben Rz. 190).

2. Betriebsänderungen nach geltendem Recht

Aus der Ursachenanalyse leitet sich meist die zu hohe **Fixkostenbelastung** als eine der wesentlichen Insolvenzgründe ab. Dazu zählen auch die **Personalkosten**, die nicht oder nicht rechtzeitig einem rapide sinkenden Umsatz angepaßt werden konnten.²⁷⁾ Eine Betriebsfortführung unter Beibehaltung der vollen Beteiligungsstärke scheidet fast immer aus, da die Kosten gesenkt und einem meist erheblich geminderten Absatzpotential angepaßt werden müssen. Personelle Anpassungen, sprich Kündigungen, sind damit unumgänglich.

a) Kündigungsschutz und Mitbestimmung

In voller Schärfe stellt sich das Problem erst mit Verfahrenseröffnung. Im Vorverfahren sichert regelmäßig die **Insolvenzausfallgeldversicherung** die noch laufenden Lohn- und Gehaltsforderungen der bei Anordnung der Sequestration oder Einleitung des vorläufigen Insolvenzverfahrens noch beschäftigten Mitarbeiter. Aufgrund der gesetzlichen, tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Kündigungsfristen müssen die unumgänglichen Entlassungen und Freistellungen so schnell wie möglich durchgeführt und verfügt werden, um spätestens mit dem Tage der Verfahrenseröffnung die Personalkostenbelastung auf die in der Fortführungskonzeption geplante Größe zu reduzieren.

Während der Sequestration ist der Sequester in der Regel nicht befugt, mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich herbeizuführen oder einen Sozialplan abzuschließen und Kündigungen auszusprechen. Der Gemeinschuldner muß hierbei mitwirken. Ein von ihm und dem Sequester mit dem Betriebsrat vereinbarter Interessenausgleich ist also wirksam. Gleiches gilt für **Kündigungen**, die der Gemeinschuldner mit Zustimmung des Sequesters ausspricht. Nur im Ausnahmefall ist der Sequester - unter den Bedingungen einer Notge-

26) Zum Begriff „Insolvenzarbeitsrecht“ vgl. die Darstellung bei *Braun/Uhlenbruck*, S. 101 ff.

27) Vgl. dazu *Risse*, KTS 1994, 465, 475 f.

schäftsführung - befugt, Beschäftigungsverhältnisse mit Mitarbeitern zu kündigen.²⁸⁾

- 849** Nach Verfahrenseröffnung sind Konkurs- und Gesamtvollstreckungsverwalter im Rahmen ihrer Amtsstellung Arbeitgeber und rücken in dessen gesamten Pflichtenkreis ein. Für die Gesamtvollstreckung gelten alle Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes über Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich sowie sämtliche Kündigungsschutz- und Arbeitnehmerschutzbestimmungen.²⁹⁾ Im Konkurs sind die Regelungen des § 113 InsO sowie des § 122 InsO durch das zum 1. Oktober 1996 in Kraft getretene Beschäftigungsförderungsgesetz³⁰⁾ vorgezogen worden.
- 850** Die **Insolvenzordnung** sieht **verfahrensrechtliche Kündigungserleichterungen** vor, um einen notwendigen Arbeitsplatzabbau durchzusetzen. So kann der Verwalter die Zustimmung des Arbeitsgerichts zur Durchführung der Betriebsänderung beantragen, wenn nicht innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Verhandlungsbeginn ein Interessenausgleich mit dem Betriebsrat gemäß § 112 BetrVG zustande kommt (§ 122 ff InsO). Besteht kein Betriebsrat, kann der Verwalter beim Arbeitsgericht ein Sammelverfahren einleiten, wenn dringende betriebliche Erfordernisse die Kündigung von Arbeitnehmern unumgänglich machen (§ 126 InsO).
- 851** Eine **Verweisungsvorschrift** zur Anwendung dieser Regelungen im zukünftigen **Eröffnungsverfahren** fehlt. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß auch der mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ausgestattete vorläufige Insolvenzverwalter unverändert an die bislang geltenden Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes sowie der Kündigungsschutz- und Arbeitnehmerschutzbestimmungen gebunden bleiben wird.³¹⁾

b) Notwendiger Abbau der Personalkosten

- 852** Notwendige Stilllegungen von Teilbetrieben oder Abteilungen führen regelmäßig zu **personellen Anpassungsmaßnahmen**, da eine nachhaltige Reduzierung der Personalkosten zur Gewährleistung der Rentabilität einer Betriebsfortführung in der Regel unumgänglich ist. Handelt es sich dabei um eine Betriebsänderung i. S. d. § 111 BetrVG, kann diese erst durchgeführt werden,

28) BAG, Beschl. v. 20. 11. 1984 - 1 ABR 59/80, BAGE 42, 214 = ZIP 1985, 429; Hess, KO, § 106 Rz. 9; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 106 Anm. 4; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13a; LAG Baden-Württemberg, Ur. v. 18. 6. 1996 - 10 Sa 98/94, ZIP 1996, 1387, dazu EWiR 1996, 855 (Uhlenbruck); ArbG Solingen, Ur. v. 10. 5. 1996 - 2 Ga 14/96, ZIP 1996, 1389, dazu EWiR 1996, 873 (Hess).

29) Umfassend dazu die Darlegungen von Schaub, ZIP 1993, 969 ff.

30) Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz) vom 13. 9. 1996, BGBl I, 1476.

31) Braun/Uhlenbruck, S. 189.

wenn ein **Interessenausgleich** zustande gekommen ist oder das für den Versuch einer Einigung über den Interessenausgleich vorgesehene Verfahren bis zur Einigungsstelle voll ausgeschöpft wurde. Andernfalls drohen der Masse **Nachteilsausgleichsansprüche** (§ 113 Abs. 3 BetrVG), die Masseschuldcharakter haben, wenn die Betriebsänderung nach Eröffnung des Konkursverfahrens beschlossen und durchgeführt wird.³²⁾

Die Rentabilität einer Betriebsfortführung nach eröffnetem Verfahren muß bereits vom ersten Tag an gewährleistet sein. Andernfalls läuft der Verwalter Gefahr, die von ihm begründeten Verbindlichkeiten zu Lasten der Masse nicht decken zu können oder vorhandene Vermögenswerte nicht zum Zwecke der Werterhaltung oder Wertschöpfung, sondern zur Subventionierung einer unrentablen Fortführung einzusetzen. Notwendige Betriebsänderungen müssen daher grundsätzlich bereits im Vorverfahren oder Eröffnungsverfahren beschlossen und umgesetzt werden, damit der Verwalter ab dem Tage der Eröffnung auf der Grundlage einer bereinigten Personalstruktur nur noch diejenigen Mitarbeiter zu beschäftigen hat, die im Zuge der Betriebsfortführung eingesetzt werden sollen, und die Masse belastende Nachteilsausgleichsansprüche vermieden werden. 853

c) Anzeige an das Landesarbeitsamt

Bei sich abzeichnenden betrieblichen Veränderungen muß unverzüglich die Anzeige an das Landesarbeitsamt erfolgen. Werden erkennbare Veränderungen des Betriebes innerhalb der nächsten zwölf Monate voraussichtlich dazu führen, daß Arbeitnehmer in der in § 17 Abs. 1 KSchG bezeichneten Größenordnung entlassen werden, so hat der Arbeitgeber dies dem Präsidenten des Landesarbeitsamtes unverzüglich (formlos) schriftlich mitzuteilen. Der Mitteilung ist eine **Stellungnahme des Betriebsrates** beizufügen. 854

Das gemäß § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche Quorum ist erfüllt, wenn durch die Betriebsänderung in Unternehmen 855

- mit 21 bis 59 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer,
- mit 60 bis 499 Arbeitnehmern 10% der Belegschaft oder mehr als 25 Arbeitnehmer,
- mit 500 oder mehr Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer

freigesetzt werden. Bleibt die Massenentlassung unterhalb dieser Grenze, so **entfällt die Meldepflicht**. Unterbleibt die Anzeige, so hat dies keine Auswirkung auf die Wirksamkeit ausgesprochener Kündigungen, jedoch möglicherweise auf die Verhängung von Sperrfristen durch die Bundesanstalt für Arbeit,

32) BAG, Urt. v. 3. 4. 1990 - 1 AZR 150/89, ZIP 1990, 873; *Schaub*, ZIP 1993, 969, 979 f.

um den Vermittlungsstellen der örtlichen Arbeitsämter abgestimmte Reaktionen auf die Veränderung des Arbeitsmarktes zu ermöglichen.³³⁾

d) Unterrichtung des Betriebsrates

- 856 Gemäß § 111 BetrVG ist der Betriebsrat über **geplante Betriebsänderungen**, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten; die geplanten Betriebsänderungen sind mit dem Betriebsrat zu beraten. Dazu zählen
- die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen;
 - die Verlegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen;
 - der Zusammenschluß mit anderen Betrieben; grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks und der Betriebsanlagen.
- 857 Als Betriebsänderung gilt gemäß § 112a BetrVG auch eine reine Massenentlassung, ohne daß sonstige Änderungen der Betriebsorganisation vorliegen müssen, sofern Arbeitnehmer in der dort genannten Größenordnung freigesetzt werden.
- 858 **Anzeigepflichtige Entlassungen** müssen eingehend mit dem Betriebsrat beraten werden (§ 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG). In jedem Fall ist der Betriebsrat anzuhören (§ 102 BetrVG), wobei es sich anbietet, Unterrichtung und Anhörung zu verbinden.³⁴⁾

e) Interessenausgleich

- 859 Bevor eine Betriebsänderung (insbesondere Betriebsstillegung) durchgeführt werden kann, muß gemäß §§ 111, 112 BetrVG ein Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht werden. Wird keine Einigung erzielt, dann wird das Einigungsstellenverfahren eingeleitet, wobei eine Verhandlung vor der Einigungsstelle stattgefunden haben muß, ehe die Betriebsänderung durchgeführt werden darf. Dieses Verfahren ist selbst in den Fällen einzuhalten, in denen aus übergeordneten wirtschaftlichen Erwägungen die Betriebsstillegung kurzfristig erfolgen muß. Der Verwalter riskiert sonst Nachteilsausgleichsansprüche gemäß § 113 BetrVG. Ein **nicht kooperativer Betriebsrat** kann auf diese Weise die Stilllegungsentscheidung um Wochen und Monate verzögern.

33) Schaub, § 142.

34) Schaub, ZIP 1993, 969, 972.

Arbeitnehmer, die aufgrund einer ohne vorherigen Interessenausgleich durchgeführten Betriebsstillegung ihren Arbeitsplatz verlieren oder sonstige wirtschaftliche Nachteile erleiden, haben gemäß § 113 Abs. 1 BetrVG Anspruch auf eine Abfindung analog § 10 KSchG, die der Höhe nach in der Gerichtspraxis mit einem halben Bruttogehalt pro Beschäftigungsjahr bemessen wird. 860

Wird die Betriebsstillegung vor Eröffnung des Konkursverfahrens durchgeführt, so haben die Nachteilsausgleichsansprüche den Rang einer einfachen Konkursforderung gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO, wird die Betriebsstillegung nach Verfahrenseröffnung durch den Verwalter veranlaßt, hat der Nachteilsausgleichsanspruch den Rang einer vorrangigen Masseschuld gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO; § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO; § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO).³⁵⁾ 861

Von dem Grundsatz, daß Nachteilsausgleichsansprüche gemäß § 113 BetrVG entstehen, wenn der Betrieb ohne Interessenausgleich stillgelegt wird, sind nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23. Januar 1979³⁶⁾ Ausnahmen nur in **extremen Sonderfällen** möglich. Der Entscheidung lag die ausweglose Situation zugrunde, daß mangels Masse bereits ein Konkursantrag abgelehnt worden war und sich Übernahmeverhandlungen zerschlagen hatten, die Hauptlieferantin von ihren Eigentumsvorbehaltsrechten Gebrauch machte, Löhne und Gehälter bereits seit Monaten rückständig waren und keine Dekkung zur Fortführung des Betriebes bis zur Ausschöpfung des Verfahrens nach § 112 BetrVG vorhanden war. 862

Regelmäßig gilt jedoch der Grundsatz, daß ein Interessenausgleich auch dann versucht werden muß, wenn die geplante Betriebsänderung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens stattfindet und notwendige Folge einer wirtschaftlichen Zwangslage ist.³⁷⁾ 863

f) Abschluß des Interessenausgleichs im Vorverfahren

Bewährt hat sich in der Praxis das Modell, den **Interessenausgleich im Vorverfahren** zu vereinbaren und in ihm zu beschließen, daß die Verhandlungen über den Abschluß eines Sozialplanes bis zur Vorlage der Konkurseröffnungsbilanz vertagt werden, da erst aus ihr das voraussichtliche Verfahrensergebnis und die für die Begrenzung des Sozialplanvolumens maßgebliche Teilungsmasse ermittelt werden kann (§§ 2, 3 SozPlG; § 123 InsO). 864

35) BAG, Urt. v. 23. 8. 1988 - 1 AZR 276/87, ZIP 1988, 1417, dazu EWIR 1989, 437 (Grunsky); BAG, Urt. v. 3. 4. 1990 - 1 AZR 150/89, ZIP 1990, 873; Schaub, ZIP 1993, 969, 979 f; Braun/Uhlenbruck, S. 127.

36) BAG, Urt. v. 23. 1. 1979 - 1 AZR 64/76, BB 1979, 782.

37) BAG, Urt. v. 18. 12. 1984 - 1 AZR 176/82, BAGE 47, 329 = ZIP 1985, 633, dazu EWIR 1985, 449 (Steger); BAG, Urt. v. 9. 7. 1985 - 1 AZR 323/83, BAGE 49, 160 = ZIP 1986, 45, dazu EWIR 1986, 19 (Balz).

- 865** Der Sequester zeigt dabei dem Betriebsrat an, daß die Einleitung des Insolvenzverfahrens eine Betriebsänderung mit der Konsequenz einer vollständigen Betriebsstillegung unumgänglich macht und daher sämtliche Beschäftigungsverhältnisse gemäß den gesetzlichen oder tarifvertraglichen Kündigungsfristen beendet werden müssen.
- 866** Der Interessenausgleich enthält ferner Regelungen über sofort oder spätestens zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung anstehende **Freistellungen** und die **Auswahlkriterien** für die Abwicklungsmannschaft, ferner eine Vereinbarung zum Ablauf des Auswahlverfahrens bei noch zu deckendem Arbeitsbedarf im eröffneten Verfahren, was insbesondere für jede Form der Betriebsfortführung relevant ist.³⁸⁾

g) Sozialauswahl

- 867** Intern muß die gemäß § 1 Abs. 2 KSchG vorzunehmende Sozialauswahl bei den anstehenden betriebsbedingten Kündigungen vorbereitet werden. Es ist eine Sozialauswahl unter Berücksichtigung **vergleichbarer Arbeitnehmer** in allen Betriebsabteilungen durchzuführen, die von Personalreduzierungen betroffen sind. Hauptkriterien sind **Lebensalter**, **Betriebszugehörigkeit** und **Unterhaltsverpflichtungen**. Im Rahmen des Interessenausgleichs können mit dem Betriebsrat unter Umständen auch die Kriterien für die Sozialauswahl in Form eines Punkteschlüssels festgelegt werden, wobei zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit auch die Einbeziehung von Faktoren wie Qualifikation, Flexibilität und Zuverlässigkeit geboten ist.

h) Massenentlassungsanzeige

- 868** Gemäß § 17 KSchG ist das Arbeitsamt von anstehenden Massenentlassungen zu informieren. Die Anzeige muß innerhalb von 30 Tagen erfolgen. Abgestellt wird nicht auf den Ausspruch der Kündigungen, sondern auf die Entlassungen, d. h. den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigungen unter Beachtung der unterschiedlich langen Kündigungsfristen. Die Anzeige wird auf speziellen, behördlich vorgegebenen Formularen erstattet. Eine Stellungnahme des Betriebsrates ist beizufügen.
- 869** Gemäß § 18 Abs. 1 KSchG gilt insoweit eine **Entlassungssperre**, als anzeigepflichtige Entlassungen frühestens einen Monat nach Eingang der Anzeige beim Arbeitsamt wirksam werden können. Gemäß § 18 Abs. 2 KSchG kann das Landesarbeitsamt im Einzelfall die Sperrfrist auf zwei Monate nach Eingang der Anzeige beim Arbeitsamt verlängern, was in der Regel geschieht,

38) Bezüglich der weiteren Einzelheiten siehe das Muster eines Interessenausgleichs in Anhang 9.

wenn die Anzeige nicht rechtzeitig erstattet wurde. Auf Antrag kann auch auf die Einhaltung der Sperrfrist verzichtet werden.

Zu den Arbeitnehmern, deren Entlassung anzuzeigen ist, gehören auch Auszubildende, Volontäre und mitarbeitende Familienangehörige, nicht jedoch arbeitnehmerähnliche Personen und freie Mitarbeiter.³⁹⁾ 870

Bei **Eigenkündigungen** der betroffenen Arbeitnehmer greift der Massenentlassungsschutz nicht ein. Veranlaßt der Arbeitgeber hingegen den Abschluß von Aufhebungsverträgen, so sind diese in die Anzeige nach § 17 KSchG gemäß der Richtlinie 92/56/EWG des Rates vom 24. Juni 1992⁴⁰⁾ einzubeziehen.⁴¹⁾ 871

i) Verfahren bei Schwerbehinderten

Bei schwerbehinderten Arbeitnehmern können Kündigungen erst nach **vorheriger Zustimmung der Hauptfürsorgestelle** ausgesprochen werden (§ 15 SchwbG). Die Hauptfürsorgestelle soll ihre Entscheidung gemäß § 18 Abs. 1 SchwbG innerhalb eines Monats ab Antragstellung treffen. Erfahrungsgemäß dauert das Verfahren in der Praxis meist jedoch länger. Der Zustimmungsbescheid muß dem Konkursverwalter förmlich zugestellt sein, ehe die Kündigung ausgesprochen werden darf. Nach Zustellung muß sie binnen eines Monats ausgesprochen werden (§ 18 Abs. 3 SchwbG).⁴²⁾ 872

j) Mutterschutz

Arbeitnehmerinnen, die unter Mutterschutz stehen oder sich in Erziehungsurlaub befinden (letzteres ist auch bei männlichen Arbeitnehmern möglich), stehen ebenfalls unter besonderem Kündigungsschutz und können nur nach **vorheriger Zustimmung des Amtes für Arbeitsschutz** gekündigt werden (§ 9 Abs. 3 MuSchG, § 18 Abs. 1 Satz 1 Bundeserziehungsgeldgesetz).⁴³⁾ 873

k) Kündigung von Betriebsräten

Besonderen **Kündigungsschutz** genießen auch **Betriebsratsmitglieder**. Nur bei der Stilllegung des Betriebes ist die ordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern möglich (§ 15 Abs. 4 KSchG). Ansonsten können Betriebs- 874

39) BAG, Urt. v. 31. 7. 1986 - 2 AZR 594/85, BB 1987, 1608 = DB 1987, 1591, dazu EWiR 1987, 917 (Plander); Schaub, ZIP 1993, 969, 972.

40) Richtlinie 92/56/EWG des Rates vom 24. 6. 1992 zur Änderung der Richtlinie 75/129/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl Nr. L 245/3, abgedruckt in: RdA 1992, 387.

41) Schaub, ZIP 1993, 969, 972.

42) Schaub, § 179.

43) Schaub, § 170.

ratsmitglieder nur gekündigt werden, wenn die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung gegeben sind (§ 15 Abs. 1 KSchG). Bei Betriebsstillegungen ist die Kündigung als ordentliche Kündigung auszusprechen.

- 875 Schwierigkeiten bereitet die Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, weil sie grundsätzlich nur mit der letzten Etappe einer vorgesehenen sukzessiven Betriebsstillegung gekündigt werden können.⁴⁴⁾ Das Arbeitsverhältnis erlischt somit erst mit dem nächstzulässigen Termin nach der Stillegung.⁴⁵⁾ Diese Regelung gilt nur dann nicht, wenn der Betriebsteil, in dem ein Mitglied des Betriebsrates beschäftigt ist, bereits vorab vollständig stillgelegt wird.⁴⁶⁾ Der Konkursverwalter ist dann nicht verpflichtet, bevorzugt Betriebsratsmitglieder zu beschäftigen.⁴⁷⁾

l) Anhörung des Betriebsrats

- 876 Vor Ausspruch der einzelnen Kündigungen muß noch der Betriebsrat gemäß § 102 BetrVG zu den Kündigungen gehört werden. Dazu müssen ihm die Sozialdaten und Kündigungsfristen jedes einzelnen betroffenen Arbeitnehmers genannt und ihm der Kündigungsgrund (z. B. Betriebsstillegung) erläutert werden. Wenn beim Anhörungsverfahren gemäß § 102 BetrVG Fehler gemacht werden, sind die ausgesprochenen Kündigungen nichtig. Die Nichtigkeit kann gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auch noch außerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG vor dem Arbeitsgericht geltend gemacht werden.

m) Grundsätzliche Konflikte

- 877 Insolvenzrecht und Arbeitsrecht behandeln sich traditionell wie feindliche Brüder. Das Verhältnis ist durch schwerwiegende, meist **unversöhnliche Konfliktlagen**, bestenfalls durch Nichtbeachtung geprägt. Die Insolvenzpraxis sieht in der Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen auch im Falle eröffneter Insolvenzverfahren das größte Hindernis für erfolgreiche Reorganisationen, übertragende Sanierungen und sogar zeitlich beschränkte Auslaufproduktionen.⁴⁸⁾
- 878 Eine Beschneidung der von der organisierten Arbeiterbewegung erkämpften Schutzrechte zum Zwecke der Sanierungsförderung ist jedoch weder in

44) BAG, Urt. v. 26. 10. 1967 - 2 AZR 422/66, BB 1968, 83; BAG, Urt. v. 29. 3. 1977 - AZR 46/75, NJW 1977, 2182.

45) BAG, Urt. v. 23. 4. 1980 - 5 AZR 49/78, BAGE 33, 94 = ZIP 1980, 669 = NJW 1980, 2543.

46) LAG Köln, Urt. v. 8. 12. 1995 - 12 Sa 676/95 (unveröff.); ArbG Solingen, Urt. v. 10. 5. 1996 - 2 Ga 14/96, ZIP 1996, 1389, 1390, dazu EWIR 1996, 873 (Hess).

47) LAG Düsseldorf, Urt. v. 4. 10. 1996 - 9 Sa 912/96, ZIP 1997, 81.

48) Gravenbrucher Kreis, ZIP 1992, 657.

Deutschland noch in den anderen westlichen Industriestaaten vermittelbar oder durchsetzbar. Die Praxis wird daher auch weiterhin mit dieser Konfliktlage leben müssen, auch um den Preis, daß viele Unternehmen, die mittels eines durchgreifenden und raschen Personalabbaus saniert werden könnten, im Zuge von Insolvenzverfahren endgültig stillgelegt werden.

Die Regelungen der Insolvenzordnung versuchen, über ein **Vermittlungs- und Konsensverfahren** einen Ausgleich der unvereinbaren Interessen im Falle notwendiger Betriebsänderungen herbeizuführen. Den gleichen Weg geht zur Zeit die EU-Kommission, die bereits seit 1992 dabei ist, die Richtlinie Nr. 77/187/EWG vom 14. Februar 1977⁴⁹⁾ zu reformieren.⁵⁰⁾ 879

3. Betriebsänderungen nach der Insolvenzordnung

a) Reformüberlegungen

Die Insolvenzordnung sieht ein Verfahren vor, das es dem Insolvenzverwalter nach **dreiwöchigen ergebnislosen Verhandlungen** über einen Interessenausgleich erlaubt, geplante Betriebsänderungen ohne die Vereinbarung eines Interessenausgleichs gemäß §§ 111, 112 BetrVG durchzuführen (§ 122 InsO). Kontrolliert wird die Maßnahme durch das jeweils örtlich zuständige **Arbeitsgericht**, das seine **Zustimmung** zu den vom Verwalter ausgesprochenen Kündigungen im Rahmen einer Art **Sammelverfahren** erteilen muß, wobei die Nachprüfbarkeit der Sozialauswahl eingeschränkt ist (§ 122 Abs. 2 InsO). Gegen den Beschluß des Arbeitsgerichts ist zur Abkürzung des Verfahrens eine Beschwerde nicht möglich (§ 122 Abs. 3 InsO).⁵¹⁾ 880

Es mag dahingestellt bleiben, ob auf diese Weise die gewünschte Beschleunigung herbeigeführt werden kann oder es den Arbeitnehmervertretungen und ihren Gewerkschaften gelingen wird, die Verfahren vor den Arbeitsgerichten auch zukünftig zu verzögern und die für jede Investitionsentscheidung nachteilige Unsicherheit zu bewirken. 881

Entscheidend ist dabei - wie bisher -, ob sich zum Zeitpunkt des Zustimmungsverfahrens bereits ein konkretes Übernahme- oder Reorganisationsinteresse abzeichnet. Ist dies der Fall, so wird erfahrungsgemäß erbittert zunächst 882

49) Richtlinie 77/187/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer bei Übergang von Unternehmen, Betrieben und Betriebsteilen vom 14. 2. 1977, ABl Nr. 61/26.

50) Vorschlag der EU-Kommission vom 8. 9. 1994 für eine Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, abgedruckt in: ZIP 1994, 1568 mit Einführung *Hanau*.

51) *Düwell*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 1103 ff Rz. 21 f.

um die **Auswahlkriterien** und schließlich auch um jede einzelne Kündigung gekämpft.

- 883 Derzeit bis zur Rechtskraft jeder ausgesprochenen Kündigung, zukünftig bis zum Abschluß des Zustimmungsverfahrens, muß daher oft im Gegensatz zu den tatsächlichen Verhältnissen die Stilllegungsentscheidung auch in der Öffentlichkeit propagiert werden, um das Konfliktpotential einigermaßen zu entschärfen. Nicht nur im Bereich von Einstellungen, sondern auch in den Fällen unumgänglicher Betriebsänderungen wird das Arbeitsrecht vom Prinzip der Lüge beeinflusst.⁵²⁾ Die Insolvenzordnung hat die Gelegenheit nicht genutzt, **sanierungshemmende Entwicklungen im Arbeitsrecht** zurückzudrängen.⁵³⁾

b) Fortbestand der Beschäftigungsverhältnisse

- 884 Unverändert gilt das Arbeitsrecht auch bei zukünftigen Insolvenzen des Arbeitgebers.⁵⁴⁾ Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führt also auch zukünftig nicht zur Beendigung eines bestehenden Arbeits- oder Anstellungsverhältnisses. Doch kann der Insolvenzverwalter anstelle des bisherigen Arbeitgebers das fortbestehende Beschäftigungsverhältnis mit einer Frist von **drei Monaten** zum Monatsende kündigen, sofern nicht eine kürzere Kündigungsfrist maßgeblich ist (§ 113 Abs. 1 Satz 2 InsO).⁵⁵⁾ Gesetzliche Kündigungsfristen, die über die drei Monate hinausgehen, gelten zukünftig in der Insolvenz des Arbeitgebers nicht.⁵⁶⁾

c) Neubestimmung der Sozialauswahl

- 885 Die Regelung der Sozialauswahl wird konkretisiert (§ 1 Abs. 3 KSchG). Der bisher verwendete Begriff der sozialen Gesichtspunkte wird ersetzt durch die **Dauer der Betriebszugehörigkeit**, das **Lebensalter** und die **Unterhaltungspflichten** des Arbeitnehmers. Dies entspricht der künftigen Regelung in der Insolvenzordnung (§ 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes im be-

52) Vgl. dazu Adams, ZIP 1994, 499.

53) A. A. Braun/Uhlenbruck, S. 101.

54) Vgl. dazu: Hess/Pape, Rz. 949 ff; Schaub, ZIP 1989, 205; Berscheid, in: Gemper (Hrsg.), Symbiose oder Konflikt? - Föderalismus - Demokratie - Marktwirtschaft, S. 171; Warrikoff, BB 1994, 2338 ff; Obermüller/Hess, Rz. 454 ff.

55) Berscheid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 38 ff; Moll, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck (Hrsg.), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, S. 360 Rz. 676 ff.

56) Braun/Uhlenbruck, S. 107.

rechtigten betrieblichen Interesse liegt, sind in die Sozialauswahl nicht einzu-
beziehen (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG).

Besteht in dem betroffenen Unternehmen bereits eine gültige Regelung zur 886
Definition der sozialen Gesichtspunkte (z. B. in Form eines Tarifvertrages oder
einer Betriebsvereinbarung), so kann die Bewertung vom Arbeitsgericht nur
noch auf **grobe Fehlerhaftigkeit** hin überprüft werden (§ 1 Abs. 4 KSchG).

Enthält ein Interessenausgleich (§§ 111, 112 BetrVG) eine Liste, in der alle 887
von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer namentlich aufgeführt sind, so
wird **vermutet**, daß die Kündigung durch **dringende betriebliche Erforder-**
nisse bedingt ist. Auch in diesem Fall kann die soziale Auswahl nur auf grobe
Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

Nicht mehr dem Kündigungsschutz unterliegen Unternehmen, in denen in der 888
Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden, wobei Auszubil-
dende nicht einzurechnen sind (§ 23 Abs. 1 KSchG). Allerdings bleibt eine
Vertrauensfrist von drei Jahren erhalten, es sei denn, die betroffenen Mitarbei-
ter sind weniger als sechs Monate im Betrieb beschäftigt.

Die Konkretisierung der Sozialauswahl ermöglicht es nunmehr, im Rahmen 889
einer lediglich teilweisen Betriebsstillegung **Altersgruppen zu bilden** und die
Auswahl jeweils beschränkt auf diese Altersgruppen vorzunehmen. So können
etwa Gruppen der bis 30jährigen, der 31- bis 40jährigen, der 41- bis 50jähri-
gen, der 51- bis 60jährigen und älter als 60jährigen Arbeitnehmer gebildet
werden und entsprechend der Altersstruktur des auswahlrelevanten Personen-
kreises anteilmäßig gleich viele Arbeitnehmer entlassen werden, wobei dann
innerhalb der einzelnen Gruppen die Sozialauswahl vorzunehmen ist.⁵⁷⁾

d) Interessenausgleich und Beschlußverfahren

Gemäß Art. 6 des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes (oben 890
Rz. 849) gelten die §§ 113, 120 - 122, 125 - 138 der Insolvenzordnung bereits
ab dem 1. Oktober 1996. Dies gilt jedoch nur in den alten Bundesländern. In
den neuen Bundesländern bleibt es bei den derzeit geltenden Regelungen, da
wegen der Suspendierung des § 613a BGB kein Handlungsbedarf für eine vor-
gezogene Anwendung der arbeitsrechtlichen Sonderbestimmungen der Insol-
venzordnung gesehen wird.⁵⁸⁾

57) ZIP Dokumentation 1996, S. 1722 ff; *Berscheid*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzord-
nung, S. 1043 ff Rz. 68.

58) Siehe hierzu die Stellungnahme des *Gravenbrucher Kreises*, abgedruckt in: ZIP 1997,
1091; zur Haltung der Bundesregierung vgl. die Beantwortung einer parlamentarischen
Anfrage durch den Parlamentarischen Staatssekretär im BMJ, *Rainer Funke*, abgedruckt
in: ZIP 1997, 1479.

- 891** Damit werden unter Konkursbedingungen bereits vorzeitig die Kündigungsfristen abgekürzt (§ 113 Abs. 1 InsO). Für alle Kündigungen gilt eine **dreiwöchige Klageerhebungsfrist** (§ 113 Abs. 2 InsO), so daß die nachträgliche Geltendmachung eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB oder die fehlerhafte Betriebsratsanhörung gemäß § 102 BetrVG oder auch eine Verletzung von Sonderkündigungsschutzbestimmungen ausgeschlossen ist.⁵⁹⁾
- 892** Kommt ein Interessenausgleich nicht drei Wochen nach Verhandlungsbeginn oder schriftlicher Aufforderung zur Aufnahme von Verhandlungen zustande, so kann der Verwalter beim **Arbeitsgericht die Zustimmung** zur Durchführung einer Betriebsänderung beantragen (§ 122 InsO). Die Zustimmung ist zu erteilen, wenn die wirtschaftliche Lage des Unternehmens auch unter Berücksichtigung der sozialen Belange der Arbeitnehmer die Betriebsänderung erfordert (§ 122 Abs. 2 InsO).
- 893** Darüber hinaus hat der Verwalter die Möglichkeit, beim Arbeitsgericht feststellen zu lassen, daß die Kündigung der im Antrag konkret bezeichneten Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt ist, sofern die Verhandlungen über einen Interessenausgleich gescheitert sind. Gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts ist als einziges Rechtsmittel die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht zugelassen (§ 126 Abs. 1, 2 Satz 1 InsO).
- 894** **Rechtskräftige Entscheidungen** im Beschlußverfahren nach § 126 InsO sind im Kündigungsschutzprozeß bindend, soweit sich die Sachlage nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung nicht wesentlich geändert hat (§ 127 InsO). Erleichtert wird die Durchführung einer Betriebsveräußerung im Konkurs. Der Konkursverwalter ist nicht mehr gezwungen, die Betriebsänderung selbst durchzuführen und den Betrieb erst anschließend zu veräußern. Vielmehr kann die Betriebsänderung ab dem 1. Oktober 1996 vom Erwerber durchgeführt werden. Sind die zu kündigenden Arbeitnehmer im Interessenausgleich namentlich bezeichnet oder ist die Betriebsänderung entsprechend der gerichtlichen Feststellung gerechtfertigt, so wirkt die Vermutung, daß die Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen erfolgt ist, auch zugunsten eines anschließenden Betriebsübergangs (§ 128 Abs. 2 InsO).⁶⁰⁾

e) Keine Verzahnung mit Eröffnungsverfahren und Sequestration

- 895** Sehr viel problematischer wird sich aber die Tatsache auswirken, daß die Bestimmungen über das Verfahren bei Betriebsänderungen (§§ 121 ff InsO) nicht mit dem Eröffnungsverfahren verzahnt wurden, so daß der vorläufige Insol-

59) *Schaub*, in: RWS-Forum 9, S. 235 ff.

60) *Schaub*, in: RWS-Forum 9, S. 235 ff.

venzverwalter Betriebsänderungen nach Maßgabe der bisher geltenden Rechtsgrundsätze abwickeln muß, da zunächst nicht feststeht, ob es überhaupt zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt. Ist jedoch die Betriebsänderung nicht bereits am Tage der Verfahrenseröffnung vollzogen, ergeben sich für eine Betriebsfortführung **unkalkulierbare Personalkostenrisiken** ohne jede Planungssicherheit.

Unverändert werden daher auch in Zukunft Fortführungsentscheidungen in entscheidendem Maße davon abhängen, ob im jeweiligen Einzelfall eine Verständigung mit Betriebsrat und Gewerkschaft zur schnellen und reibungslosen Herbeiführung eines Interessenausgleichs im Vorverfahren oder Eröffnungsverfahren zustande kommt, sofern ein Personalabbau notwendige Voraussetzung zur Sicherung der Fortführungsrentabilität ist. 896

4. Das Damoklesschwert des § 613a BGB

Im Konkurs steht jede Betriebsfortführung, die eine übertragende Sanierung oder Reorganisation bei reduziertem Personalbestand anstrebt, unter dem Damoklesschwert des § 613a BGB, der in ständiger Rechtsprechung auch im Falle einer Betriebsveräußerung im Konkursverfahren gilt.⁶¹⁾ Diese Rechtsprechung steht im Widerspruch zum EG-Recht, da die EG-Richtlinie Nr. 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 (oben Rz. 879) nicht auf Betriebsveräußerungen im förmlichen Insolvenzverfahren anzuwenden ist.⁶²⁾ 897

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung von **Betriebsveräußerung** und **Betriebsstillegung**. Nur im Falle einer vollständigen und längerfristigen Einstellung der Betriebstätigkeit ist die nachfolgende Veräußerung von Anlagegegenständen an einen Erwerber unschädlich, der im weiteren Verlauf Teile der früheren Produktionstätigkeit wieder aufnimmt. Je kürzer dieser Zeitraum ist, desto größer wird die Gefahr, daß die Rechtsprechung von einer **Scheinstillegung** ausgeht und unterstellt, daß von vornherein ein Betriebsübergang beabsichtigt und diese Vorstellung auch bereits bei Ausspruch der Kün- 898

61) BAG, Urt. v. 17. 1. 1980 - 3 AZR 160/79, BAGE 32, 326 = ZIP 1980, 117 = BB 1980, 390 = DB 1980, 308 = NJW 1980, 1124; BAG, Urt. v. 20. 11. 1984 - 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 = ZIP 1985, 561 = BB 1985, 869 = DB 1985, 1135 = NJW 1985, 1574, dazu EWIR 1985, 279 (Willemsen); BAG, Urt. v. 13. 11. 1986 - 2 AZR 771/85, ZIP 1987, 525 = BB 1987, 761 = DB 1987, 990, dazu EWIR 1987, 357 (Grunsky); Berscheid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 74.

62) EuGH, Urt. v. 7. 2. 1985 - Rs 135/83, SLG 1985, 469 = ZIP 1985, 824, dazu EWIR 1985, 561 (Seiter); EuGH, Urt. v. 25. 7. 1991 - Rs C-362/89, SLG 1991, I-4105 = ZIP 1993, 936, dazu EWIR 1993, 1069 (Mönning); Berscheid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 75; offengeblieben bei Schaub, ZIP 1993, 967, 971.

digungen in den Köpfen des Sequesters, Verwalters oder Gemeinschuldners vorhanden war.⁶³⁾

- 899 Als Folge dieser unseligen Konstellation sind der Motivforschung von Arbeitsgerichten keine Grenzen gesetzt. Was haben sich Sequester, Verwalter und Gemeinschuldner tatsächlich zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches vorgestellt? Teilweise reicht es zur Annahme eines Betriebsüberganges bereits aus, wenn dieser Personenkreis unvorsichtigerweise laut über Möglichkeiten zur Durchführung einer übertragenden Sanierung im Anschluß an eine Betriebsfortführung nachgedacht hat.⁶⁴⁾
- 900 Zeichnen sich nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens Erhaltungsmöglichkeiten ab und setzen diese nach Auswertung der Ursachenanalyse die Stilllegung von Betriebsteilen und den Abbau von Personal voraus, so dürfen die dazu angestellten Überlegungen den Kopf des Sequesters oder Insolvenzverwalters erst verlassen, wenn alle zur Betriebsänderung notwendigen Maßnahmen vollzogen sind.
- 901 Im Geltungsbereich der **Gesamtvollstreckungsordnung** sind Konflikte im Personalbereich auch durch die Suspendierung der Anwendung des § 613a BGB beseitigt worden. Diese Regelung gilt unverändert bis zum 1. Januar 1999 (Art. 32 EGIInsO i. V. m. Art. 232 § 5 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB).⁶⁵⁾ Die **Ausschlußwirkung** in den neuen Bundesländern gilt jedoch erst mit Eröffnung der Gesamtvollstreckung, nicht bereits während der Sequestration im Vorverfahren.⁶⁶⁾
- 902 Betriebsfortführungsentscheidungen im Gebiet der ehemaligen DDR lassen sich daher vom ersten Tag nach Eröffnung der Gesamtvollstreckung bereits mit der Zielsetzung einer übertragenden Sanierung oder auch der Reorganisation verbinden. Der Verwalter kann offen auf potentielle Investoren zugehen oder auch mit den Gesellschaftern die Möglichkeiten zur Bildung einer Aufgangsgesellschaft erörtern. Das Verhältnis zu den gewählten Arbeitnehmervertretern und den Gewerkschaften ist wesentlich weniger verkrampft, da sie frühzeitig in entsprechende Überlegungen einbezogen werden können, ohne diesen Personenkreis in **schwerwiegende Interessenkonflikte** bei der Mitwirkung an einer Betriebsänderung zu stürzen.

63) Willemsen, ZIP 1986, 477, 480; Berscheid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 77; Gravenbrucher Kreis, ZIP 1992, 657, 659.

64) BAG, Urt. v. 16. 2. 1993 - 3 AZR 347/92, ZIP 1993, 1013 = KTS 1993, 484 = NJW 1993, 2259, dazu EWIR 1993, 757 (Joost); Berscheid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 83 f; BAG, Urt. v. 10. 10. 1996 - 2 AZR 477/95, ZIP 1997, 122.

65) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 9 Rz. 58 ff.

66) Bichlmeier/Oberhofer, S. 236; Weimar/Alfes, DB 1991, 1830, 1832; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 9 Rz. 16.

Auch der Zeitdruck ist in der Gesamtvollstreckung wesentlich geringer, da während der Sequestration ausgesprochene Kündigungen nach Eröffnung der Gesamtvollstreckung lediglich bestätigt oder erneuert werden müssen, um die Anwendung des § 613a BGB mit letzter Sicherheit auszuschließen. 903

Trotz erbitterter Diskussionen hat sich der Gesetzgeber nicht entschließen können, die Anwendung des § 613a BGB für förmliche Insolvenzverfahren auszuschließen. Die mit der Umsetzung von Fortführungskonzeptionen verbundenen Konflikte werden der Praxis daher auch nach dem 1. Oktober 1996 erhalten bleiben. 904

5. Beseitigung der Interessengegensätze durch Konsens

Die Vermittlung der Fortführungskonzeption und mit ihr verbundene Betriebsänderungen beruhen auf dem Gedanken, die bestehenden Interessengegensätze durch **Herbeiführung eines Konsenses** zu überwinden. Können sich Insolvenzverwalter und Betriebsrat nicht verständigen, soll die arbeitsgerichtliche Zustimmung zur Durchführung einer Betriebsänderung den auch bei einer Betriebsfortführung unvermeidlichen Personalabbau ermöglichen (§ 122 InsO). Gerade diese Vorschrift, die in besonderem Maße zur Harmonisierung des Arbeitsrechtes und des Insolvenzrechtes beitragen sollte, ist inhaltlich völlig mißglückt.⁶⁷⁾ 905

Die Regelung berücksichtigt weder die Auswirkung von Stillelegungsentscheidungen des Verwalters mit Zustimmung des Gerichts (§ 158 Abs. 2 InsO) noch die unterschiedlichen Verfahrenszeiträume, also Maßnahmen vor oder nach Verfahrenseröffnung und vor oder nach dem Berichtstermin, sowie die Auswirkungen eines Insolvenzplans, der als Sanierungsplan ausgestaltet ist.⁶⁸⁾ 906

Was die Arbeitsgerichte, die bislang mit dem Instrument einer Betriebsfortführung unter Insolvenzbedingungen arbeitsrechtlich wenig anzufangen wußten, aus dem gesetzlich vorgesehenen Zustimmungsverfahren (§ 122 Abs. 2 InsO) machen werden, bleibt abzuwarten. Erste Entscheidungen, die nach dem 1. Oktober 1996 ergangen sind, lassen befürchten, daß die gesetzliche Neuregelung nicht zur Kenntnis genommen wird.⁶⁹⁾ 907

Die Vermittlung einer Betriebsfortführung und der mit ihr verbundenen Konsequenzen an die betroffenen Arbeitnehmer bleibt auch nach neuem Recht eine 908

67) So zutreffend *Berscheid*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 126.

68) *Berscheid*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 126, 132.

69) So ArbG Aachen, Urt. v. 18. 2. 1997 - 4 Ca 1463/96 (unveröff.), das der Kündigungsschutzklage eines Arbeitnehmers entsprochen hat, dem nach Konkurseröffnung aufgrund eines mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Interessenausgleichs gekündigt wurde, wobei es von einer wesentlichen Änderung der Sachlage im Hinblick auf eine sechsmonatige Betriebsfortführung ausgegangen ist.

schwierige Aufgabe, die notfalls nicht einvernehmlich, sondern nur im Konflikt gelöst werden kann, um die Umsetzung einer für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes unter Insolvenzbedingungen notwendigen Betriebsänderung durchzusetzen.

6. Sozialplan kein Sanierungsinstrument

- 909 Weder nach geltendem Recht noch künftig nach der Insolvenzordnung ist der Sozialplan ein Sanierungsinstrument, das Betriebsfortführungen zum Zwecke der Reorganisation und Sanierung erleichtert und damit auch die Vermittlung und Umsetzung einer Fortführungskonzeption gegenüber der betroffenen Belegschaft vereinfachen würde. Weder dürfen über den Sozialplan rückständige Löhne ausgeglichen noch Lohnkürzungen für die Zukunft vereinbart werden.⁷⁰⁾
- 910 Gegenstand eines Sozialplanes können jetzt und auch in Zukunft nur Betriebsänderungen sein, die Entlassungen zur Folge haben (§ 2 SozPlG, § 123 Abs. 1 InsO). Nur die damit verbundenen Nachteile der Betroffenen sind mittels Sozialplan auszugleichen.⁷¹⁾

V. Abstimmung mit den Sonderrechtsgläubigern

1. Allgemeines

- 911 Selbst wenn das Gericht, der Gläubigerausschuß und später auch die Gläubigerversammlung die Fortführung beschließen und notwendige Betriebsänderungen durchgesetzt werden können, besteht die Gefahr, daß Gläubiger, denen gesetzliche Sonderrechte zustehen, die Fortführung unmöglich machen, indem sie durch **Realisierung ihrer Rechte** die betrieblichen Strukturen zerstören und dem Betrieb die zur Fortführung unentbehrlichen Vermögensgegenstände entziehen.⁷²⁾
- 912 Einschlägig sind **Aussonderungsansprüche** von Gläubigern, die Rohmaterial, Hilfs- und Betriebsstoffe sowie bewegliche Anlagegüter unter Eigentumsvorbehalt geliefert haben. Soweit die Kaufpreisforderung nicht oder nicht vollständig beglichen wurde, steht diesen Gläubigern ein Herausgabeanspruch zu.
- 913 **Absonderungsrechte** bestehen an halbfertigen Erzeugnissen zugunsten von Lieferanten, deren Materialien verarbeitet oder verbunden wurden, sofern diese in wirksamer Weise die Eigentumsvorbehaltsrechte erweitert haben, aber auch

70) *Engels*, in: Fitting/Kaiser/Heither, § 2 SozPlG Rz. 2; *Schwerdtner*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1127 ff Rz. 20 f.

71) *Schwerdtner*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1127 ff Rz. 27 - 30.

72) *Mönning*, in: RWS-Forum 9, S. 43, 64.

zugunsten von Banken aufgrund von Sicherungsübereignungen der Warenbestände.

Forderungen gegen Kunden können aufgrund von Vorausabtretungen im Rahmen verlängerter Eigentumsvorbehalte den Lieferanten oder nach Maßgabe von Einzelabtretungen oder auch Globalzessionsvereinbarungen Kreditinstituten und sonstigen Gläubigern zustehen oder an Factoring-Gesellschaften auf der Grundlage echter oder unechter Factoring-Vereinbarungen veräußert worden sein. 914

Mit Bekanntwerden der Sequestersanordnung oder der Einleitung eines Insolvenzverfahrens wird die aus dieser Gemengelage resultierende Kollisionsgefahr offenbar. Jeder Sonderrechtsgläubiger versucht, die eigenen Rechte gegen kollidierende Ansprüche der anderen Beteiligten, teilweise unter Anwendung von Faustrecht, durchzusetzen, um die eigene Position zu verbessern. 915

Soll der Geschäftsbetrieb fortgeführt werden, so ist der Eingriff in diese Rechte unvermeidlich. Rohmaterialien und halbfertige Erzeugnisse müssen verarbeitet oder fertiggestellt werden; die Einziehung von Forderungen ist zur Darstellung der Anlaufliquidität von erster Priorität. 916

Da die Sonderrechtsgläubiger besonders sensibel reagieren, wenn Sicherungsgut verbraucht oder weiterverarbeitet wird, so daß eine Beeinträchtigung oder gar der Verlust ihrer Vorzugsstellung zu befürchten ist, ist eine **schnelle und durchgreifende Abstimmung** mit ihnen erforderlich. Nur so kann die Zahl der Nebenkriegsschauplätze, die eine Fortführung nachhaltig beeinträchtigen würden, verringert werden. 917

2. Rechtsgrundlagen der Aus- und Absonderung

Die **Ist-Masse**, die der Sequester oder der vorläufige Verwalter zu Verfahrensbeginn vorfindet, und die **Soll-Masse**, die den Gläubigern als Haftungssubjekt zur Verfügung steht, unterscheiden sich gravierend. 918

Was nicht zur Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsmasse gehört, kann vom aussonderungsberechtigten Gläubiger herausverlangt werden. Der absonderungsberechtigte Gläubiger ist nach der Konkursordnung zur vorzugsweisen Befriedigung aus einem bestimmten Massegegenstand berechtigt, wobei die Verwertungskompetenz in der Gesamtvollstreckung und nach der Insolvenzordnung beim Verwalter liegt (§ 12 Abs. 1 GesO, § 166 Abs. 1 InsO). 919

Letztendlich kann und darf der Verwalter weder die Ist-Masse noch die Soll-Masse auf Dauer behalten. Er ist nach vorheriger Bereinigung um Aus- und Absonderungsrechte zur Verwertung und zur Auskehrung des Erlöses verpflichtet. Anders verhält es sich im Falle einer Betriebsfortführung. Sie ist nur möglich, wenn die **gesetzlich vorgeschriebene Verwertung** zunächst **ausge-** 920

setzt wird, um der Fortführung nicht die Grundlage zu entziehen. Dies gilt auch für bewegliche Anlagegüter und das Vorratsvermögen, das regelmäßig nahezu vollständig mit Sonderrechten belastet ist.

- 921 Auch wenn der Sequester und zukünftig wohl auch der vorläufige Insolvenzverwalter nach herrschender Auffassung nicht berechtigt und nicht verpflichtet sind, Sonderrechte während des Vor- oder Eröffnungsverfahrens zu befriedigen (oben Rz. 58),⁷³⁾ müssen diese Rechte am Anlage- und Umlaufvermögen unverzüglich nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens erfaßt und festgestellt und Vereinbarungen über die weitere Nutzung herbeigeführt werden, um die Fortführung nicht durch Einzelaktionen von Sicherungsgläubigern zu gefährden, die andernfalls nicht zu Unrecht den Untergang ihres Sicherungsgutes befürchten.

a) Einfacher Eigentumsvorbehalt

- 922 Dem einfachen Eigentumsvorbehalt liegt eine Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer (dem jetzigen Gemeinschuldner) zugrunde, wonach das Eigentum an der Ware nur unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises übertragen werden soll (§ 455 BGB). Der Vorbehaltsverkäufer bleibt deshalb zunächst Eigentümer; der Käufer erwirbt infolge der bedingten Übereignung ein Anwartschaftsrecht.
- 923 Im Konkurs des Käufers hat der Vorbehalts Eigentümer (Verkäufer, Lieferant) nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ein **Aussonderungsrecht**, sobald die Bedingung für den Eigentumserwerb nicht mehr eintreten kann und das Recht des Käufers zum Besitz nach den Vereinbarungen des obligatorischen Grundgeschäftes erloschen ist.⁷⁴⁾
- 924 In der Praxis ist die Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes häufig in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers geregelt. Auch unter Insolvenzbedingungen gelten bezüglich der Anforderungen, die an die formularmäßige Vereinbarung von Eigentumsvorbehaltsrechten zu stellen sind, die allgemeinen Grundsätze.⁷⁵⁾ Dabei setzt sich der Eigentumsvorbehalt auch bei

73) Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 239 ff Rz. 33; Pape, ZIP 1994, 89; Obermüller/Hess, Rz. 834.

74) RG, Urt. 2. 6. 1940 - VII 461/30, RGZ 133, 40, 43; RG, Urt. v. 4. 4. 1933 - VII 21/33, RGZ 140, 223, 226; BGH, Urt. v. 21. 5. 1953 - IV ZR 192/52, BGHZ 10, 69, 72 = NJW 1953, 1099; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 43 Anm. 3; Gottwald/Gottwald, § 45 Rz. 6; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 43 Rz. 28; Hess, KO, § 43 Rz. 23; Gottwald/Adolphsen, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 805 ff Rz. 10; a. A. Hübner, NJW 1980, 729, 734; Häsemeyer, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, S. 163, 179, die dem Vorbehaltskäufer lediglich ein Recht zur Absonderung zugestehen.

75) MünchKomm-Westermann, BGB, § 455 Rz. 84 ff; Staudinger/Honsell, BGB, § 455 Rz. 49 ff; Palandt/Putzo, BGB, § 455 Rz. 10 ff m. w. N.

sich **widersprechenden Verkaufs- und Einkaufsbedingungen** durch. Er ist stärker als die in den AGB des Gemeinschuldners vorgesehenen Abwehrklauseln.⁷⁶⁾

Auch der fortführende Verwalter ist verpflichtet, die dem Gemeinschuldner unter einfachem Eigentumsvorbehalt gelieferten Sachen herauszugeben, sofern dieser kein Recht zum Besitz hat. Das Besitzrecht des Käufers kann der Verkäufer durch Rücktritt beseitigen. Der Verwalter kann das Besitzrecht nur erhalten, wenn er die Erfüllung des Vertrages gemäß § 17 KO, § 9 Abs. 1 GesO, § 103 Abs. 1 InsO wählt, bevor der Rücktritt des Verkäufers wirksam geworden ist. 925

Da sich die unter Eigentumsvorbehalt an den Gemeinschuldner gelieferten Sachen im Besitz des Gemeinschuldners befinden und damit zunächst zur Ist-Masse gehören, greift zugunsten des Gemeinschuldners oder des Verwalters die **Eigentumsvermutungsregelung** ein (§ 1006 BGB). Es wird vermutet, daß die vom Konkursverwalter in Besitz genommenen Sachen der Masse gehören.⁷⁷⁾ Deshalb muß der Verkäufer, der sich auf sein Eigentumsvorbehaltsrecht beruft, substantiiert darlegen und gegebenenfalls beweisen, daß die von ihm konkret bezeichneten Gegenstände aufgrund des wirksam vereinbarten Eigentumsvorbehaltes noch seinem Eigentum stehen. Der Konkursverwalter handelt nicht pflichtwidrig, wenn er die nach der Behauptung des Verkäufers unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sachen zurückhält und schließlich veräußert, wenn der Verkäufer nicht die für die Massezugehörigkeit sprechende Eigentumsvermutung des § 1006 BGB in angemessener Frist widerlegt hat. Gleiches gilt nach der Gesamtvollstreckungsordnung.⁷⁸⁾ 926

Im Falle einer **Betriebsfortführung** wird die **Verwendung von Vorbehaltsware** problematisch, weil der Konkursverwalter nicht als berechtigt angesehen wird, den unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Gegenstand zu verwerten. Zwar hat der Vorbehaltsverkäufer dem späteren Gemeinschuldner regelmäßig gestattet, die Ware im ordnungsgemäßen Geschäftsgang weiterzuveräußern oder zu verarbeiten. Diese Ermächtigung überdauert jedoch nach herrschender Auffassung weder die Anordnung der Sequestration noch die spätere Konkursöffnung.⁷⁹⁾ 927

76) BGH, Urt. v. 20. 3. 1985 - VIII ZR 327/83, ZIP 1985, 544 = NJW 1985, 1838, dazu EWiR 1985, 323 (*Grub*); BGH, Urt. v. 5. 3. 1986 - VIII ZR 97/85, NJW-RR 1986, 984 = WM 1986, 643.

77) BGH, Urt. v. 9. 5. 1996 - IX ZR 244/95, ZIP 1996, 1181, 1183 = InVo 1996, 230, 232 = NJW 1996, 2233, dazu EWiR 1996, 753 (*Uhlenbruck*).

78) LG Düsseldorf, Urt. v. 19. 6. 1996 - 5 O 387/95, ZIP 1996, 1309, dazu EWiR 1996, 983 (*Lüke*).

79) *Henckel*, Warenlieferanten, S. 60 ff; *Serick*, Bd. V, § 63 II 5, 6 (S. 425 ff, 427); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 106 Rz. 15b.

- 928 Im zukünftigen Insolvenzverfahren ist die Stellung des Insolvenzverwalters gegenüber aussonderungsberechtigten Vorbehaltslieferanten wesentlich gestärkt worden. Er kann die Sache zunächst in der Insolvenzmasse behalten, und zwar auch dann, wenn ihm in der ersten Phase keine ausreichende Liquidität für die Wahl der Erfüllung des Kaufvertrages zur Verfügung steht, da er die Erfüllung noch ablehnen kann, wenn im Berichtstermin die Stilllegung beschlossen wird. Das **Wahlrecht** des Insolvenzverwalters (§ 103 Abs. 1, 2 InsO) muß gegenüber dem **Vorbehaltslieferanten** erst unverzüglich nach dem Berichtstermin ausgeübt werden (§ 107 Abs. 2 InsO).⁸⁰⁾
- 929 Problematisch ist, daß die für das eröffnete Verfahren geltenden Bestimmungen nicht auch bereits für das Eröffnungsverfahren gelten. Denn im Falle von Verbrauchsgütern entscheidet sich unmittelbar nach Einleitung des Eröffnungsverfahrens, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter aufgrund der ihm übertragenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zur Fortführung des Geschäftsbetriebes verpflichtet ist, das Schicksal von Rohstoffen und Materialien, die im Zuge der Betriebsfortführung veräußert oder verarbeitet werden sollen. Da zu diesem Zeitpunkt nicht einmal feststeht, ob tatsächlich ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, werden sich Vorbehaltslieferanten auf die allgemeinen Grundsätze berufen und während des Eröffnungsverfahrens Aussonderung oder zumindest Sicherstellung oder Ablösung beanspruchen,⁸¹⁾ sofern das Reformgesetz nicht noch um eine Verweisungsregel ergänzt wird.
- 930 Gegenwärtig müssen im Falle einer Betriebsfortführung bereits unmittelbar nach Anordnung der Sequestration Vereinbarungen mit Lieferanten zur weiteren Behandlung von Vorbehaltsware getroffen werden, die regelmäßig eine mit Zustimmung des Sequesters abgegebene Verpflichtung des Gemeinschuldners zur sofortigen oder späteren Ablösung der ausstehenden Kaufpreisforderung beinhalten. Dabei sind zum Teil **beträchtliche Abschläge auf die Forderung** durchsetzbar, da dem Lieferanten die Kosten für die Individualisierung und Feststellung sowie den Rücktransport und die Wiedereingliederung in das eigene Lager sowie neuerliche Veräußerungsbemühungen erspart bleiben.
- 931 Auch bei **Leasingverträgen** gewähren die getroffenen Vereinbarungen zugunsten des Leasinggebers ein Recht auf Aussonderung. Dies gilt uneingeschränkt beim kurzfristigen Operating-Leasing von Investitionsgütern, voraus-

80) Gottwald/Adolphsen, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 805 ff Rz. 10; Obermüller, ebenda, S. 751 ff Rz. 17; R. Schmidt-Räntsch, InsO, § 107 Rz. 1.

81) So auch Lohkemper, ZIP 1995, 1641, 1650; Klasmeyer/Elsner/Ringsteiner, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 837 ff Rz. 52 - 57; a. A. Uhlenbruck, ebenda, S. 239 ff Rz. 33; Obermüller/Hess, Rz. 840, die unter Verweis auf § 107 Abs. 2 Satz 1 InsO meinen, der vorläufige Insolvenzverwalter sei nicht zur Herausgabe von Vorbehaltsware verpflichtet.

gesetzt, das Besitzrecht des Leasingnehmers ist aufgrund einer wirksam ausgesprochenen Kündigung erloschen.

Gegen eine beachtliche und dogmatisch überzeugende Auffassung⁸²⁾ wird im Falle des **Finanzierungsleasing** von der herrschenden Meinung ebenfalls ein Aussonderungsanspruch des Leasinggebers angenommen, da der Finanzierungsleasingvertrag als Mietvertrag angesehen wird, obwohl nach zutreffender Ansicht die Finanzierungsfunktion im Vordergrund steht.⁸³⁾ 932

Nach den geltenden insolvenzrechtlichen Mietvertragsregelungen (§ 19 KO, § 9 GesO) bleibt dem Sequester oder Verwalter, der das Leasinggut im Zuge der Betriebsfortführung nutzt, nichts anderes übrig, als mit dem Leasinggeber eine **Nutzungsentschädigung**, meist in Höhe der vertraglich vereinbarten Leasingrate, zu vereinbaren, während sich der zukünftige Insolvenzverwalter mit Erklärungen bis nach dem Berichtstermin Zeit nehmen kann (§ 107 Abs. 2 InsO), da die Gebrauchsüberlassung beweglicher Gegenstände künftig unter das Wahlrecht des Verwalters nach § 103 InsO fällt.⁸⁴⁾ 933

b) Verlängerter Eigentumsvorbehalt

Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt macht der Verkäufer sein Einverständnis mit der Veräußerung, Verarbeitung oder Vermischung der gelieferten Sache davon abhängig, daß der spätere Gemeinschaftschuldner ihm die Ansprüche aus der Weiterveräußerung abtritt oder mit ihm verabredet, daß die Verarbeitung zu seinen Gunsten vorgenommen wird. 934

Im Gegensatz zum Vorbehaltseigentum ist die Forderung vor der Abtretung nicht Bestandteil des Verkäufervermögens gewesen. Der Käufer sichert den Verkäufer durch die Übertragung eines Gegenstandes aus seinem Vermögen. Die Vorausabtretung begründet deshalb ein **Absonderungsrecht**.⁸⁵⁾ 935

82) *Larenz/Canaris*, § 66 II 2; *Canaris*, Rz. 1719; *von Westphalen*, Rz. 55.

83) BGH, Urt. v. 5. 4. 1978 - VIII ZR 42/77, BGHZ 71, 189 = NJW 1978, 1383; BGH, Urt. v. 27. 2. 1985 - VIII ZR 328/83, ZIP 1985, 546 = NJW 1985, 1535, dazu EWiR 1985, 273 (v. *Westphalen*); BGH, Urt. v. 24. 4. 1985 - VIII ZR 65/84, ZIP 1985, 682 = NJW 1985, 1547, dazu EWiR 1985, 239 (*Hensen*); *Baumgarte*, S. 23 ff, 65; *Gottwald/Gottwald*, § 45 Rz. 23 ff m. w. N.; *Obermüller/Hess*, Rz. 848.

84) *Sinz*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 455 ff Rz. 3.

85) RG, Urt. v. 14. 10. 1927 - VII 122/27, RGZ 118, 209; RG, Urt. v. 19. 4. 1929 - VII 448/28, RGZ 124, 75; BGH, Urt. v. 14. 2. 1957 - VII ZR 250/56, BGHZ 23, 307 = NJW 1957, 750; BGH, Urt. v. 9. 12. 1970 - VIII ZR 52/69, BB 1971, 17 = KTS 1971, 194; BGH, Urt. v. 10. 4. 1978 - II ZR 103/76, BB 1978, 1030; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 43 Anm. 3 b aa; § 48 Anm. 1; *Palandt/Bassenge*, BGB, § 950 Rz. 9; *Serick*, ZIP 1982, 507; *Gottwald/Gottwald*, § 45 Rz. 41; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 43 Rz. 36; *Gottwald/Adolphsen*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 805 ff Rz. 11.

E. Umsetzung der Fortführungskonzeption, ihre Vermittlung und Absicherung

- 936 Auch der verlängerte Eigentumsvorbehalt wird in der Praxis regelmäßig durch Allgemeine Geschäftsbedingungen einbezogen. Wird beim verlängerten Eigentumsvorbehalt eine Vorausabtretung vereinbart, so muß diese hinsichtlich der abgetretenen Forderungen dem **Bestimmtheitsersfordernis** Rechnung tragen.⁸⁶⁾ Dies ist der Fall, wenn nach der objektiv ausgelegten Abtretungsklausel die vom Abtretungsempfänger im einzelnen Fall in Anspruch genommene Forderung genügend bestimmbar ist.⁸⁷⁾ Es reicht aus, wenn Formulierungen wie „in Höhe des Wertes der Vorbehaltsware“, „entsprechend dem Wert der Lieferung“, „Abtretung der Forderung aus der Verwendung des Materials“ oder „der gesamten durch Verarbeitung entstehenden Forderung“ verwendet werden.⁸⁸⁾
- 937 Soweit sowohl zur Frage der Bestimmbarkeit als auch zu einer möglichen Übersicherung konkrete Deckungsgrenzen und qualifizierte Freigabeklauseln verlangt wurden, befindet sich die Rechtsprechung neuerdings wieder im Unbruch.⁸⁹⁾ So will der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs an der bisherige Rechtsauffassung, wonach eine Voraus- oder Globalabtretung ohne ausdrückliche Festlegung der Deckungsgrenze nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam ist, zukünftig nicht mehr festhalten.⁹⁰⁾ Auch der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die Problemstellungen um die bürgerlichrechtlichen und AGRechtlichen Anforderungen an die Freigabepflicht des Sicherungsnehmers, die Deckungsgrenzen und die Maßstäbe für die Bewertung des Sicherungsguts dem Großen Senat zur Entscheidung vorgelegt.⁹¹⁾
- 938 Während bisher galt, daß formularmäßige Vorausabtretungen, aber auch Globalzessionen wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam sind, wer-

86) BGH, Urt. v. 20. 11. 1980 - VII ZR 70/80, BGHZ 79, 16 = ZIP 1981, 153 = NJW 1981, 816; BGH, Urt. v. 8. 10. 1986 - VIII ZR 342/85, BGHZ 98, 303, 305, 307 = ZIP 1987, 85 = NJW 1987, 487, dazu EWIR 1987, 5 (Meyer-Cording).

87) BGH, Urt. v. 20. 11. 1980 - VII ZR 70/80, BGHZ 79, 16 = ZIP 1981, 153 = NJW 1981, 816.

88) BGH LM § 157 Nr. 8; BGH, Urt. v. 25. 10. 1952 - I ZR 48/52, BGHZ 7, 365, 366; BGH, Urt. v. 13. 6. 1990 - VIII ZR 130/89, ZIP 1990, 1006 = NJW-RR, 1990, 1537.

89) Vgl. dazu Nobbe, ZIP 1996, 657, und Canaris, ZIP 1996, 1109.

90) BGH, Vorlagebeschl. v. 13. 5. 1997 - XI ZR 234/95, ZIP 1997, 1185, dazu 725 (Pfeiffer); BGH, Antragsbeschl. v. 23. 1. 1996 - XI ZR 257/94, ZIP 1996, 339 (Tiedtke).

91) BGH, Vorlagebeschl. v. 6. 3. 1997 - IX ZR 74/95, ZIP 1997, 632, dazu 632 (Pfeiffer); vgl. ferner BGH, Beschl. v. 11. 7. 1996 - IX ZR 74/95, NJW 1996, 2786; BGH, Beschl. v. 11. 7. 1996 - XI ZR 234/95, ZIP 1996, 2970; BGH, Beschl. v. 16. 4. 1996 - XI ZR 234/95, ZIP 1996, 2952; BGH, Urt. v. 10. 5. 1994 - XI ZR 65/93, ZIP 1994, 733 (Willow); dazu EWIR 1994, 733 (Willow); BGH, Urt. v. 19. 3. 1992 - XI ZR 374 = ZIP 1992, 629 = NJW 1992, 1626, dazu EWIR 1992, 1626; BGH, Urt. v. 29. 11. 1989 - VIII ZR 228/88, BGHZ 109, 1990, 215 (M. Wolff).

es an dem erforderlichen Schutz des Kunden gegen Übersicherung fehlt,⁹²⁾ sind Globalzessionen nur noch dann unwirksam, wenn sich der als Sicherungswert angenommene Nominalwert sowie die Bewertungsparameter nicht durch Auslegung ermitteln lassen oder das Vertragswerk in seiner Gesamtheit zu einer unbilligen Behinderung der Freigabe nicht mehr benötigter Sicherheiten führt.⁹³⁾

Entgegen der zunächst geäußerten Erwartung behalten damit die **vereinbarten 939 Deckungsgrenzen** ihre Bedeutung, da dem Sicherungsgeber im Einzelfall ein Freigabeanspruch bei Erreichen einer Deckungsgrenze von 100 % zugebilligt werden kann oder Freigabeklauseln mit einer Deckungsgrenze von 125 % als unangemessen gelten können.

Vorausabtretungen auf der Grundlage eines verlängerten Eigentumsvorbehaltes kollidieren regelmäßig mit den Absonderungsansprüchen der Kreditinstitute aus Kreditsicherungsverträgen, die **formularmäßig eine Globalzession** aller entstandenen und entstehenden Forderungen zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Bank aus der Geschäftsverbindung vorsehen. Derartige Globalabtretungsvereinbarungen sind nicht zu beanstanden, wenn sie für den Kollisionsfall den branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalt der Lieferanten den Vorrang im Rahmen einer **dinglichen Teilverzichtsklausel** einräumen.⁹⁴⁾ **940**

Die bereits abzusehende neuerliche Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Anforderungen an formularmäßig vereinbarte Vorausabtretungen im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehaltes oder zu Globalzessionsverträgen wird deren Funktion als Sicherungsmittel von Waren- oder Geldkrediten stärken, zugleich aber ein wichtiges **Finanzierungsinstrument** für eine Betriebsfortführung unmittelbar nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens beseitigen. **941**

Unabhängig von der späteren rechtlichen Zuordnung ist der Sequester grundsätzlich auch zur **Einziehung von Außenständen** befugt (oben Rz. 72 ff), die der Gemeinschuldner vor Erlaß des Sequestersbeschlusses zur Sicherheit abgetreten hat. Entsteht die Forderung erst nach Erlaß des allgemeinen Verfügungsverbot (§ 106 KO), so ist die vorherige Abtretung gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam.⁹⁵⁾ Wenn die vorausabgetretene Forderung be- **942**

92) BGH, Ur. v. 29. 11. 1989 - VIII ZR 228/88, BGHZ 109, 240 = ZIP 1990, 25, dazu EWIR 1990, 215 (M. Wolf).

93) BGH, Beschl. v. 10. 10. 1996 (VII. Senat) - XI ZR 234/95, IX ZR 74/95, ZIP 1997, 234; dazu Liebelt-Wesiphal, ZIP 1997, 230.

94) BGH, Ur. v. 8. 10. 1986 - VIII ZR 342/85, BGHZ 98, 303 = ZIP 1987, 85 = NJW 1987, 487, 490, dazu EWIR 1987, 5 (Meyer-Cording).

95) Henckel, Pflichten des Konkursverwalters, S. 12; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13e.

reits vor Anordnung der Sequestration entstanden ist, wird die getroffene Sicherungsvereinbarung vom späteren allgemeinen Veräußerungsverbot nicht mehr berührt. Soweit keine anderen Gründe vorliegen, die eine Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit der Sicherungsabrede begründen, steht die Forderung auch nach Anordnung der Sequestration dem gesicherten Gläubiger zu.⁹⁶⁾ Zahlt der Drittschuldner an den Sequester, so kann der Gläubiger im eröffneten Konkurs Ersatzaussonderung nach § 46 KO verlangen.⁹⁷⁾

- 943 Die Ersatzaussonderung nach Eröffnung des Konkursverfahrens setzt aber voraus, daß der vom Sequester eingezogene Betrag sich zu diesem Zeitpunkt noch unentscheidbar in der Masse befindet. Nur dann kann nach der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung § 46 Satz 2 KO entsprechend angewendet werden.⁹⁸⁾
- 944 Die unter diesen Bedingungen naheliegende **Selbsthilfe des Sequesters** zur Finanzierung einer Betriebsfortführung im Wege einer schnellen Einziehung aller Außenstände und deren Vermischung mit anderen Erlösen auf dem eingerichteten Sonderkonto hilft jedoch nur bedingt. Angesichts der bestehenden Sicherungspraxis ist allgemein bekannt, daß Forderungen an Lieferanten und/oder Banken vorausabgetreten sind, so daß jeder Sequester beim Einzug fälliger Forderungen damit rechnen muß, daß diese mit Sicherungsrechten belastet sind, die den Gläubigern nach Verfahrenseröffnung das Recht zur Einziehung sicherungshalber abgetretener Forderungen gewähren (§ 127 Abs. 2 KO).
- 945 Unter diesen Umständen muß der Sequester sorgfältig abwägen, ob er die Vereinnahmung einer eingezogenen Forderung auf dem von ihm eingerichteten Treuhandkonto riskiert oder zur Vermeidung von späteren Schadensersatzansprüchen die Verwaltung der eingegangenen Gelder auf einem Sicherheitenerlöskonto bis zur abschließenden Klärung vornimmt.
- 946 Die Rechtsprechung zu Art und Umfang eigener **Nachforschungspflichten** zur Feststellung von Aus- und Absonderungsrechten ist uneinheitlich und erkennt teilweise, daß es unmittelbar nach Anordnung der Sequestration in keinem Verfahren angesichts einer meist desolaten Buchhaltung möglich ist, Sonderrechte selbst zu ermitteln. Auch der Sequester kann und darf davon ausge-

96) OLG München, Urt. v. 6. 5. 1996 - 31 U 5988/95 (unveröff.); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13e ff.

97) RG, Urt. v. 19. 2. 1920 - VI 184/19, RGZ 98, 148; RG, Urt. v. 2. 5. 1933 - VII 42/33, RGZ 141, 92; BGH, Urt. v. 14. 2. 1957 - VII ZR 250/56, BGHZ 23, 307, 313 = NJW 1957, 750; BGH, Urt. v. 12. 6. 1968 - V ZR 33/65, KTS 1968, 241; Eickmann, Aktuelle Probleme, S. 14; Uhlenbruck, KTS 1982, 201.

98) Kuhn/Uhlenbruck, § 106 Rz. 13f m. w. N.

hen, daß am Verfahren beteiligte Gläubiger in ihren eigenen Angelegenheiten sorgfältig sind und ihre Rechte zeitnah und umfassend verfolgen.⁹⁹⁾

In der **Gesamtvollstreckung** hat der Verwalter das **Wahlrecht**, ob er Forderungen, die sicherungshalber abgetreten wurden, zur Einziehung durch den Berechtigten freigibt oder ob er sie selbst einzieht (§ 12 Abs. 1 GesO). Im Falle der Selbstverwertung ist er verpflichtet, dem Gläubiger die Verwertung anzukündigen und alsbald durchzuführen sowie den Erlös - unter Abzug der Verwertungskosten - auszukehren.¹⁰⁰⁾ Die Rechtsposition des Verwalters in der Gesamtvollstreckung ist gegenüber dem Konkursverwalter bei der Verwertung von Sicherungsgut generell gestärkt, da er die Herausgabe grundsätzlich durch Ablösung mittels Zahlung vermeiden kann.¹⁰¹⁾ 947

Nach der **Insolvenzordnung** kann der Verwalter **Forderungen**, die der Schuldner Lieferanten oder Kreditinstituten zur Sicherung abgetreten hat, **einziehen** (§ 166 Abs. 2 InsO). Im Anschluß an die Realisierung hat der Insolvenzverwalter die **Kosten der Feststellung und der Verwertung** vorweg für die Insolvenzmasse zu entnehmen. Der verbleibende Rest ist an den absonderungsberechtigten Gläubiger auszuzahlen (§ 170 Abs. 1 InsO). Für die Feststellung sind 4 %, für die Verwertung 5 % des Verwertungserlöses anzusetzen (§ 171 Abs. 1, 2 InsO). Anders als im Falle der Abtretung können verpfändete Forderungen grundsätzlich vom Pfandgläubiger verwertet werden (§ 173 Abs. 1 InsO).¹⁰²⁾ 948

Zur Realisierung abgetretener Forderungen enthält die Insolvenzordnung keinen Hinweis, daß die im eröffneten Verfahren anzuwendenden Grundsätze auch für das Eröffnungsverfahren gelten. Bis zu einer endgültigen Klarstellung - durch Gesetzesänderung oder Rechtsprechung - wird daher auch der vorläufige Insolvenzverwalter darauf angewiesen sein, sich mit Lieferanten und Banken über die Einziehung der Forderungen und die Verwendung des Erlöses auch im Zuge einer Betriebsfortführung abzustimmen, um Auseinandersetzungen und unkoordinierte Aktionen zu vermeiden. 949

99) Zum Meinungsstand: BGH, Ur. v. 9. 5. 1996 - IX ZR 244/95, ZIP 1996, 1181, dazu EWiR 1996, 753 (Uhlenbruck); OLG Köln, Ur. v. 14. 7. 1982 - 2 U 20/82, ZIP 1982, 1107, die jeweils davon ausgehen, daß eine Pflicht zur Aufklärung der Sach- und Rechtslage nur insoweit besteht, als ein Aussonderungsberechtigter den Aussonderungsgegenstand näher bezeichnet; a. A. OLG Düsseldorf, Ur. v. 2. 6. 1987 - 23 U 150/86, ZIP 1988, 450, 452, dazu EWiR 1988, 391 (Haug); OLG Stuttgart, Ur. v. 29. 12. 1989 - 9 U 224/89, ZIP 1990, 1091, dazu EWiR 1990, 925 (Lüke); LG Bremen, Ur. v. 28. 10. 1981 - 3 O 3565/80a, ZIP 1982, 201, die eine Nachforschungspflicht des Verwalters bejahen, um festzustellen, ob Rechte Dritter bestehen.

100) LG Berlin, Beschl. v. 26. 4. 1996 - 6 O 470/95, ZIP 1996, 1478, dazu EWiR 1996, 1031 (Wittkowski).

101) BGH, Ur. v. 4. 6. 1996 - IX ZR 261/95, ZIP 1996, 1307, dazu EWiR 1996, 797 (Weitzmann).

102) Obermüller, InVo 1996, 143, 144.

- 950 In vielen Fällen erhalten Kunden des insolventen Unternehmens Zahlungsaufforderungen des Sequesters, verschiedener Lieferanten und von Kreditinstituten mit der Folge, daß fällige Zahlungen bis zur abschließenden Klärung zurückgehalten oder gar gerichtlich hinterlegt werden, so daß dem Geschäftsbetrieb die für eine Fortführung notwendige Liquidität entzogen wird. Eine rasche Verständigung und Kompetenzklärung ist daher unverzichtbar.

c) **Teilfertige Leistungen und halbfertige Erzeugnisse**

- 951 Die Ergebnisse von Insolvenzverfahren hängen nicht zuletzt von der Fertigstellung halbfertiger Erzeugnisse und ihrer Verarbeitung zu verwertbaren Endprodukten ab.¹⁰³⁾ Teilfertige Leistungen und halbfertige Erzeugnisse bestehen fast ausnahmslos aus Rohmaterialien, die von verschiedenen Lieferanten geliefert und anschließend verarbeitet werden (§ 950 BGB). Im Regelfall sind die Anteile der einzelnen Zulieferer am Endprodukt nicht mehr eindeutig bestimmbar.
- 952 Liegt die Verarbeitung zu einem völlig anderen Produkt vor, so entsteht nach der Verkehrsanschauung eine neue Sache. Dies ist dann der Fall, wenn die Ausgangsstoffe völlig umgestaltet werden und die wirtschaftliche Bedeutung der hergestellten Sache in einem anderen wertmäßigen Verhältnis zu den einzelnen Ausgangsstoffen steht. Maßgebend ist dabei das **Verhältnis von Verarbeitungs- und Stoffwert**. Der Wert der Verarbeitung darf nicht erheblich geringer sein als der Stoffwert. Dabei ist der Verarbeitungswert nicht der effektive Kostenaufwand für die Arbeitsleistung selbst, sondern der Wert der geleisteten Arbeit, wie er sich im Sachwert der hergestellten Sache verkörpert. Um diesen zu ermitteln, muß vom Wert der neuen Sache der Wert aller Ausgangsstoffe abgezogen werden. Es kommt also nicht auf den tatsächlichen Arbeitsaufwand an, sondern lediglich auf den Differenzbetrag, der sich aus dem Vergleich des Wertes der neuen Sache mit dem Wert des verarbeiteten Ausgangsstoffes vor der Herstellung ergibt.¹⁰⁴⁾
- 953 Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Lieferanten enthalten die Klausel, wonach ihnen das Alleineigentum an dem verarbeiteten Produkt zusteht. Aus der Kollision verschiedener Alleineigentumsklauseln wird nach ihrer Reduzierung auf den geltungserhaltenden Inhalt **Miteigentum der Lieferanten**, die nachweislich Material oder Komponenten für das teilfertige Erzeugnis zugeliefert haben.¹⁰⁵⁾ Bei der Feststellung von Miteigentumsanteilen kommt es ferner darauf an, ob auch eigenes, bereits bezahltes Material des Gemeinschuldners

103) Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 282; Koch, S. 9; Hanisch, S. 117.

104) Palandt/Bassenge, BGB, § 950 Rz. 5 ff m. w. N.

105) BGH, Urt. v. 20. 11. 1980 - VII ZR 70/80, BGHZ 79, 16 = ZIP 1981, 153; Serick, BB 1972, 278, 279.

verarbeitet wurde und dieser dadurch Miteigentümer geworden ist. In diesem Fall brauchen weder Sequester noch Konkursverwalter das Produkt herauszugeben; sie sind lediglich verpflichtet, den anderen **Miteigentümern Besitz einzuräumen**.

Die **Bestimmung** der einzelnen **Miteigentumsanteile** ist überaus schwierig. 954 Häufig läßt sich nicht einmal mehr feststellen, welche Vormaterialien tatsächlich in dem halbfertigen Erzeugnis verarbeitet wurden. Insolvente Schuldner wechseln in der Krise vielfach ihre Lieferanten, da sie bei hohen Außenständen nicht mehr oder nur noch gegen Vorkasse beliefert werden und daher auf neue Zulieferer ausweichen, denen die krisenhafte Zuspitzung nicht bekannt ist. Selbst wenn im Einzelfall der Bruchteil eines Miteigentumsanteils nach dem Rohstoffwert anhand vorliegender Rechnungen ermittelt werden kann, führt dies häufig zu keiner bestimmbarer Größe, da das halbfertige Erzeugnis keinen Wert hat.

Dabei ist es Sache des absonderungsberechtigten Miteigentümers, seinen jeweiligen Anteil zu bestimmen, **nachzuweisen** und zu berechnen. Denn aus dem Besitz des Gemeinschuldners ergibt sich die Eigentumsvermutung (§ 1006 BGB), die der Gläubiger, der Sonderrechte geltend machen will, zu widerlegen hat.¹⁰⁶⁾ 955

Zur Feststellung möglicher Rechte reicht es aus, wenn der Sequester oder Konkursverwalter den Gläubigern anbietet, **Einsicht in die Geschäftsunterlagen** des Gemeinschuldners zu nehmen, und es ihnen auf diese Weise ermöglicht, die ab- und auszusondernden Rechte und Gegenstände im einzelnen zu bezeichnen und von gleichgelagerten Ansprüchen anderer Gläubiger abzugrenzen.¹⁰⁷⁾ Jedoch bestehen Auskunftspflichten des Sequesters und Verwalters zu Umfang und Verbleib des möglichen Sicherungsgutes. Diese Ermittlungen gehören zu den Amtspflichten des Konkursverwalters, insbesondere zu seiner Inventarisierungspflicht.¹⁰⁸⁾ 956

Bestimmbare Miteigentumsanteile von Vorbehaltslieferanten an halbfertigen Erzeugnissen begründen nach zutreffender Auffassung ein **Absonderungsrecht**, das die Gläubiger im Konkurs zur Selbstverwertung berechtigt (§ 127 Abs. 2 KO).¹⁰⁹⁾ In der Gesamtvollstreckung und im zukünftigen Insol- 957

106) BGH, Urt. v. 9. 5. 1996 - IX ZR 244/95, ZIP 1996, 1181 = InVo 1996, 230, 232 = NJW 1996, 2233, dazu EWIR 1996, 753 (Uhlenbruck); BGH, Urt. v. 17. 1. 1984 - VI ZR 187/82, NJW 1984, 1456; Palandt/Bassenge, BGB, § 1006 Rz. 1 ff.

107) Serick, Bd. III, § 35 I 4 a (S. 283); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 6 Rz. 53d m. w. N.

108) BGH, Urt. v. 7. 12. 1977 - VIII ZR 164/76, BGHZ 70, 86 = NJW 1978, 538; Häsemeyer, ZJP 80 (1967), 263, 268; Hanisch, S. 21, 56; Hess, KO, § 43 Rz. 129 ff; Henckel, Pflichten des Konkursverwalters, S. 2; ders., Warenlieferanten, S. 15.

109) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 4 Rz. 24; Serick, Bd. V, § 63 III 5; Gottwald/Gottwald, § 45 Rz. 20; Gottwald/Adolphsen, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 805 ff Rz. 14.

venzverfahren sind die Verwalter zur Verwertung berechtigt (§ 12 Abs. 1 GesO, § 166 Abs. 1 InsO).

- 958 Da sich das Schicksal halbfertiger Erzeugnisse aber nicht erst im eröffneten Insolvenzverfahren klärt, sondern regelmäßig bereits unmittelbar nach Anordnung der Sequestration oder zukünftig nach Einleitung des Eröffnungsverfahrens entschieden werden muß, ob teilfertige Leistungen und halbfertige Erzeugnisse zum Zwecke ihrer Werterhaltung fertiggestellt werden, müssen etwa bestehende Miteigentumsanteile unverzüglich und vor Weiterverarbeitung festgestellt und abgegrenzt werden, um überhaupt die Grundlagen für eine spätere Zuordnung der Erlösanteile zu erhalten.
- 959 Andernfalls riskiert der Sequester oder vorläufige Insolvenzverwalter Schadensersatzansprüche, wenn durch sofortige Weiterverarbeitung ohne vorherige Leistungsabgrenzung Sonderrechte vereitelt werden.¹¹⁰⁾ Zu Lasten der Masse kann bei der Verarbeitung eines teilfertigen Sicherungsgutes ohne vorherige Abstimmung mit den Sicherungsgläubigern wegen einer damit verbundenen Vereitelung eines Absonderungsanspruches ein Masseanspruch (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) entstehen.¹¹¹⁾
- 960 In der Praxis werden Absonderungsansprüche von Sonderrechtsgläubigern an teilfertigen Erzeugnissen selten geltend gemacht, da die Gläubiger an der Komplettierung oder Fertigstellung durch Sequester und/oder Verwalter interessiert sind. Voraussetzung ist eine vorangegangene Zuordnung der Miteigentumsanteile, meist verbunden mit einer Vereinbarung über die Aufteilung des Veräußerungserlöses aus der Verwertung des Endproduktes.

d) Sicherungseigentum

- 961 Die bezahlten Gegenstände des beweglichen Anlagevermögens stehen häufig im **Sicherungseigentum von Kreditinstituten**, teilweise auch von Lieferanten und Sozialversicherungsträgern. Auch Sachgesamtheiten werden von Sicherungsübereignungen erfaßt. Selbst Rechte und werthaltige Ideen und Verfahren (Know-how) sind Gegenstand von Sicherungsübereignungsverträgen.
- 962 Bei Warenlagern überwiegen Raumsicherungen, bei denen es um die Übereignung von Waren in bestimmten, durch Pläne oder Skizzen identifizierbaren Räumen geht. Auf diese Weise soll im Rahmen der Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts dem Bestimmbarkeitsgrundsatz entsprochen werden, damit zweifelsfrei ermittelt werden kann, welche Gegenstände von der Siche-

110) OLG Hamm, Urt. v. 24. 9. 1991 - 27 U 107/91, NJW-RR 1992, 540; *Serick*, Bd. V, § 63 III (S. 429 ff).

111) *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rz. 7g; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, § 12 Rz. 23 ff; *Hess/Binz/Wienberg*, GesO, § 12 Rz 245c.

rungsübereignung betroffen sind.¹¹²⁾ Hin und wieder werden auch sogenannte Markierungsverträge angetroffen, die sich durch eine besondere Kennzeichnung von sicherungsübereigneter Ware auszeichnen, während Mantelsicherungen, die durch Inventarlisten abgrenzbar und bestimmbar werden sollen, in der Praxis so gut wie keine Rolle mehr spielen.

Im **Konkurs** des Sicherungsgebers steht dem gesicherten Gläubiger ein Recht zur **Absonderung** zu (§§ 48, 49 Abs. 1 Nr. 2 KO).¹¹³⁾ Zur Verwertung des Sicherungsgutes ist der Sicherungsnehmer berechtigt (§ 127 Abs. 2 KO). 963

Demgegenüber hat der Verwalter im **Gesamtvollstreckungsverfahren** das **Wahlrecht**. Er entscheidet, ob er sicherungsübereignete Gegenstände an den Berechtigten herausgibt oder durch Zahlung unter Abzug der Verwertungskosten ablöst.¹¹⁴⁾ 964

Hat der Verwalter die sicherungsübereignete Sache in Besitz, so ist er nach den Bestimmungen der **Insolvenzordnung** zur **Verwertung** befugt (§ 166 Abs. 1 InsO).¹¹⁵⁾ Vom Erlös sind gemäß §§ 170, 171 InsO 4 % für die Kosten der Feststellung, 5 % vom Erlös für die Kosten der Verwertung und 15 % vom Bruttoerlös für die Umsatzsteuer abzuführen. Überläßt der Verwalter dem Gläubiger den Gegenstand zur Verwertung, so reduziert sich der Anspruch der Masse auf die Umsatzsteuer und die Kosten der Feststellung (§ 170 Abs. 2 InsO). 965

Im Eröffnungsverfahren, aber auch im Rahmen einer Sequestration im **Gesamtvollstreckungsantragsverfahren** sind der vorläufige Insolvenzverwalter und der Sequester ebenso wie der Konkursverwalter auf die Abstimmung mit den Sicherungsgläubigern über die Nutzung, Verwaltung und Verwertung des Sicherungsgutes angewiesen,¹¹⁶⁾ auch bis zur Klärung der Wirksamkeit for- 966

112) BGH, Urt. v. 24. 6. 1958 - VIII ZR 205/57, BGHZ 28, 16, 20 = NJW 1958, 1133, 1134 ff; BGH, Urt. v. 18. 11. 1974 - VIII ZR 236/73, DB 1975, 146.

113) RG, Urt. v. 9. 4. 1929 - VII 536/28, RGZ 124, 73, 75; BGH WM 1968, 243; BGH, Urt. v. 23. 11. 1977 - VIII ZR 7/76, KTS 1978, 165; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 48 Rz. 13; Gottwald/Gottwald, § 45 Rz. 34.

114) BGH, Urt. v. 9. 5. 1996 - IX ZR 244/95, ZIP 1996, 1181 = InVo 1996, 230 = NJW 1996, 2233, dazu EWIR 1996, 753 (Uhlenbruck); BGH, Urt. v. 4. 6. 1996 - IX ZR 261/95, ZIP 1996, 1307, dazu EWIR 1996, 797 (Weitzmann); LG Berlin, Beschl. v. 26. 4. 1996 - 6 O 470/95, ZIP 1996, 1478, dazu EWIR 1996, 1031 (Wittkowski).

115) Gottwald/Adolphsen, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 805 ff Rz. 25.

116) Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 239 ff Rz. 33, hält § 166 Abs. 2 InsO im Eröffnungsverfahren für anwendbar mit der Folge, daß der Sicherungsgläubiger ohne Zustimmung des vorläufigen Verwalters nicht verwerten darf; a. A. Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier, ebenda, S. 837 ff Rz. 53 f, die §§ 165 ff InsO im Eröffnungsverfahren für nicht analog anwendbar ansehen.

mularmäßiger Sicherungsübereignungen und der Bestimmung angemessener Deckungsklauseln.¹¹⁷⁾

3. Verwertungsgemeinschaften/Pools

- 967 Entscheidungen über eine Fortführung des Geschäftsbetriebes erfordern eine schnelle und umfassende Abstimmung mit Sonderrechtsgläubigern, um die Gefahr von Störaktionen auszuschließen und die Zahl der eine Fortführung behindernden Nebenkriegsschauplätze zu begrenzen.
- 968 Mit falscher Darstellung und überhöhter Bewertung von halbfertigen Erzeugnissen hat der Gemeinschuldner häufig seine Gläubiger über die desolate wirtschaftliche Lage getäuscht, so daß vor allem die Kreditinstitute oft von völlig falschen Vorstellungen über Umfang und Werthaltigkeit von halbfertigen Erzeugnissen ausgehen. Sequester und vorläufiger Insolvenzverwalter tun deshalb schon im eigenen Interesse gut daran, Sicherungsgläubigern unverzüglich nach Verfahrensbeginn die Möglichkeit einzuräumen, halbfertige Erzeugnisse und teulfertige Leistungen vor Ort in Augenschein zu nehmen, um sich ein eigenes (meist unerfreuliches) Bild zu machen.
- 969 Alle Sicherungsgläubiger streben die **Fertigstellung des Sicherungsgutes** an, da andernfalls meist nur wertloser **Schrott** zu entsorgen ist. Problematisch ist dabei jedoch nicht nur die Bestimmung des konkreten Fertigungsgrades in Form einer Leistungsermittlung, sondern auch die Abgrenzung der jeweiligen Rechte einzelner Gläubiger, deren Ansprüche je nach Art der mit der Gemeinschuldnerin getroffenen Vereinbarung kollidieren.

a) Kollisionslagen

- 970 Kollisionen sind in der verschiedensten Weise denkbar. Bei mehreren Vorausabtretungen zugunsten einer Vielzahl von Lieferanten gilt das **Prioritätsprinzip**. Es wird nur die zuerst vereinbarte Forderungsabtretung wirksam.¹¹⁸⁾ Den Streit um die Priorität haben die Gläubiger untereinander auszutragen. Dabei sind auch vertragliche Abtretungsverbote zu berücksichtigen. Handelt es sich jedoch bei dem Rechtsgeschäft für beide Teile um ein **Handelsgeschäft**, bleibt die Abtretung einer Geldforderung auch dann wirksam, wenn der Gemein-

117) BGH, Vorlagebeschl. v. 6. 3. 1997 - IX ZR 74/95, ZIP 1997, 632, dazu EWiR 1997, 483 (Pfeiffer); vgl. dazu auch Canaris, ZIP 1997, 813; BGH, Vorlagebeschl. v. 13. 5. 1997 - XI ZR 234/95, ZIP 1997, 1185, dazu EWiR 1997, 725 (Pfeiffer).

118) BGH, Urt. v. 30. 4. 1959 - VII ZR 19/58, BGHZ 30, 149; BGH, Urt. v. 23. 3. 1966 - Ib ZR 150/63, BGHZ 46, 140, 149; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 43 Rz. 45 ff m. w. N.

schuldner mit seinem Kunden ein Abtretungsverbot vereinbart hat (§ 354a HGB).¹¹⁹⁾

Kollidieren Vorausabtretungen aus mit Lieferanten vereinbarten verlängerten Eigentumsvorbehalten mit den Ansprüchen aus der Globalzession eines Geldkreditgebers, dann gilt ebenfalls das Prioritätsprinzip, jedoch mit der Einschränkung, daß die Globalzession **präventiv Regelungen** enthalten muß, die den Schuldner nicht fortlaufend zu einem vertragsbrüchigen Verhalten gegenüber seinen Lieferanten zwingen.¹²⁰⁾ Als Folge dieser Rechtsprechung enthalten die Kreditsicherungsverträge der Kreditinstitute dingliche Teilverzichtsklauseln, um im Konfliktfall den Vorrang von Vorausabtretungen aufgrund vereinbarter verlängerter Eigentumsvorbehalte zu gewährleisten (dazu oben Rz. 940).

Miteigentumsanteile aufgrund einer Verarbeitung zu einem völlig neuen Produkt zugunsten verschiedener Lieferanten können mit Sicherungsübereignungen aufgrund von Raumsicherungsverträgen zugunsten der Kreditinstitute kollidieren.

Zudem führen die Verarbeitung, Verbindung und Vermischung von Vormaterialien auch zu Konfliktlagen unter den betroffenen Lieferanten, die nunmehr gezwungen sind, die Verwendung der von ihnen gelieferten Erzeugnisse festzustellen, nachzuweisen und ihre daraus möglicherweise resultierenden Miteigentumsanteile gegenüber den gleichgelagerten Ansprüchen anderer Lieferanten abzugrenzen und zu beziffern (oben Rz. 951 ff).

b) Gemeinsame Rechtsverfolgung

Vor dem Hintergrund, daß die bei Einleitung des Insolvenzverfahrens vorhandenen halbfertigen Erzeugnisse zunächst keinen Wert darstellen, müssen alle Sonderrechtsgläubiger gemeinsam mit dem Sequester oder vorläufigen Insolvenzverwalter über Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes zwecks Weiterverarbeitung der halbfertigen Produkten verhandeln und entscheiden. Zur Entschärfung dieses Konflikts bilden Gläubiger häufig eine **Verwertungsgemeinschaft** oder einen **Sicherungspool**, der zur gemeinsamen

119) Vgl. dazu *Grub*, ZIP 1994, 1645, 1649; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, § 12 Rz. 13.

120) BGH, Urt. v. 30. 4. 1959 - VII ZR 19/58, BGHZ 30, 149; BGH, Urt. v. 11. 6. 1959 - VII ZR 53/58, BGHZ 30, 176; BGH, Urt. v. 9. 6. 1960 - VII ZR 228/58, BGHZ 32, 361; BGH, Urt. v. 14. 10. 1963 - VII ZR 33/62, BGHZ 40, 156; BGH JZ 1968, 527; BGH, Urt. v. 6. 11. 1968 - VIII ZR 15/67, NJW 1969, 318; BGH, Urt. v. 26. 5. 1970 - VI ZR 48/69, BB 1970, 821; BGH, Urt. v. 12. 11. 1970 - VII ZR 34/69, BGHZ 55, 34, 36 = NJW 1971, 372; BGH, Urt. v. 9. 11. 1978 - VII ZR 54/77, BGHZ 72, 308.

Wahrnehmung von Aussonderungs- und Absonderungsrechten bei Mobiliarsicherheiten führt.¹²¹⁾

aa) Konsortium der Kreditinstitute

- 975 Regelmäßig schließen sich mehrere Geldkreditgeber frühzeitig zusammen, um die ihnen zustehenden Sonderrechte gemeinsam zu verfolgen, wobei ein Kreditinstitut, meist die Bank mit den höchsten Forderungen, die Leitung als Konsortialführer übernimmt.

bb) Miteigentümergeinschaft

- 976 Nur auf bestimmte Sonderrechtsgläubiger beschränkt ist auch die sogenannte Miteigentümergeinschaft als Folge von durch Verbindung oder Vermischung (§§ 947, 948 BGB) oder Verarbeitung (§ 950 BGB) entstehenden Miteigentumsanteilen. Der Pool der Eigentumsvorbehaltsgläubiger stellt eine Bruchteilsgemeinschaft dar (§ § 741 ff BGB), die jedoch häufig die Art und Weise ihrer Auseinandersetzung abweichend vom Gesetz durch Vereinbarung regelt.¹²²⁾ Die zum Zwecke der **Konfliktvermeidung** notwendige umfassende Regelung wird jedoch nur erreicht, wenn alle Gläubiger mit Mobiliarsicherheit und auch der Verwalter selbst in die Verwertungsgemeinschaft einbezogen werden, und zwar bereits zum frühestmöglichen Zeitpunkt.

c) Zulässigkeit von Poolverträgen

- 977 Nach mittlerweile herrschender Meinung sind **Sicherheitenpoolverträge** von Gläubigern untereinander sowohl mit als auch ohne Beteiligung des Konkursverwalters zulässig. Gerade auch vor dem Hintergrund zunehmender Betriebsfortführungen hat sich die Bewertung des Sicherheitenpools von der grundsätzlichen Unzulässigkeit mit Zulässigkeitseinschränkung etwa ab dem Jahre 1984 zu einer Bewertung als grundsätzlich zulässig mit Unzulässigkeits-einschränkungen gewandelt.¹²³⁾ Wichtigste Zulässigkeitsvoraussetzung ist die Feststellung, daß durch die Poolbildung keine Rechte geschaffen werden, die den jeweiligen Sicherungsgläubigern ohne Pool nicht zustehen.¹²⁴⁾ Daß eine

121) Siehe dazu ausführlich *Burgermeister*, S. 81 ff.

122) *Stürner*, ZZP 94 (1981), 263, 275.

123) *Heilmann*, BB 1976, 987; *Marx*, NJW 1978, 246, 250; *Kilger*, KTS 1975, 142, 163; *Serick*, KTS 1989, 743; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 43 Rz. 44c; § 4 Rz. 22; *Gottwald/Gottwald*, § 46 Rz. 29; *Hess*, KO, § 43 Rz. 77; *Jaeger/Henckel*, KO, § 15 Rz. 76, 77; *Burgermeister*, S. 229 ff.

124) *Uhlenbruck*, Gläubigerberatung, S. 131 ff; *Jaeger/Henckel*, KO, § 15 Rz. 79; *Gottwald/Gottwald*, § 46 Rz. 30; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 4 Rz. 19; *Burgermeister*, S. 8.

Poolbildung zu einer Verbesserung der Beweissituation für die am Pool beteiligten Gläubiger führt, ist unschädlich.¹²⁵⁾

d) Verwertungsgemeinschaften aus Sicht des Verwalters

Auch die Insolvenzpraxis hat die anfängliche Abneigung gegen die Bildung von Verwertungsgemeinschaften zunehmend überwunden. Mehr und mehr wird erkannt, daß der Abschluß entsprechender Vereinbarungen für die weitere Abwicklung des Verfahrens von erheblichem wirtschaftlichem Vorteil sein kann und damit innerhalb des Verwertungsermessens des mit der Abwicklung betrauten Verwalters liegt.¹²⁶⁾ 978

aa) Grenzen der Poolbildung

Dabei müssen allerdings die Grenzen beachtet und die wirtschaftliche und rechtliche Position der Masse gegenüber den am Pool beteiligten Sonderrechtsgläubigern gewahrt werden. So ist zwar die Bestimmbarkeit des Miteigentumsanteils der am Pool beteiligten Lieferanten im Falle eines halbfertigen Erzeugnisses nicht Bedingung für deren Recht auf abgesonderte Befriedigung, sondern nur für die Auseinandersetzung der Sicherungsgläubiger untereinander. Da aber niemand durch eine Poolbildung mehr Rechte erwerben kann, als er individuell bereits hatte, fehlt es an der notwendigen Bestimmbarkeit, wenn nicht alle bekannten Zessionare dem Pool beitreten, denn in diesem Fall können die jeweiligen Miteigentumsanteile nicht bestimmt werden.¹²⁷⁾ 979

Durch die Einbeziehung des Verwalters in eine Verwertungsgemeinschaft oder einen Pool dürfen dessen Rechte oder seine Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt werden. Der Poolvertrag kann und darf den Verwalter nicht losgelöst von den gesetzlichen Vorgaben zu Maßnahmen und Handlungen zwingen, die mit dem Verfahrenszweck nicht im Einklang stehen.¹²⁸⁾ 980

Zur Beseitigung dieser Gefahr besteht die Möglichkeit, für unbekannte Zessionare einen Pfleger zu bestellen oder die Ansprüche der Miteigentümer von vornherein zu begrenzen, indem z. B. aus dem vorliegenden Buchwerk die **Materialeinsatzquote** ermittelt wird und hiervon unter Berücksichtigung des Fertigungsgrades und aller Unwägbarkeiten ein **Sicherheitsabschlag** gebildet wird. Auf diese Weise können auch die dogmatischen Probleme, die im Zu- 981

125) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 4 Rz. 15; R. Hess, S. 39 ff.

126) Gottwald/Gottwald, § 46 Rz. 30.

127) Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 43 Anm. 3 b bb.

128) Burgermeister, S. 251.

sammenhang mit der unvermeidlichen Trennung von Forderung und Sonderrecht entstehen, beherrscht werden.¹²⁹⁾

bb) Beteiligung oder Poolsprengung

- 982** Die prinzipiell schwierigen rechtlichen Probleme, die mit der Poolbildung, insbesondere der Übertragung und Zuordnung von Rechten unter Einbeziehung des Verwalters, verbunden sind, lassen sich begrenzen, wenn die Vereinbarung auf eine Absprache über die kollektive Rechtsverfolgung im Rahmen einer Verwertungsgemeinschaft beschränkt wird. Alle, denen Rechte an einem Gegenstand zustehen oder zustehen könnten, realisieren deren Wert gemeinsam unter Führung des Verwalters, wobei die Erlösanteile einzelner Beteiligter oder von Gruppen mit gleichartigen Sonderrechten vorher vertraglich bestimmt werden (vgl. das Beispiel in Anhang 10).
- 983** Grundsätzlich muß der an einer Verwertungsgemeinschaft beteiligte Verwalter darauf achten, daß der **Anteil der Masse** an der durch Fertigstellung der halbfertigen Erzeugnisse entstehenden **Wertschöpfung erhalten bleibt**. Auch dazu ist es bei Einbringung von halbfertigen Erzeugnissen in die Verwertungsgemeinschaft unabdingbar, vorher eine Leistungsabgrenzung vorzunehmen und den Fertigungsgrad in jedem Einzelfall oder durch Pauschalregelung zu bestimmen. In jedem Fall muß der Verwalter sicherstellen, daß die in der Verwertungsgemeinschaft repräsentierten Gläubigergruppen durch die frühzeitige Zuordnung von quotalen Anteilen an späteren Erlösen nicht bessergestellt werden als im Falle einer individuellen Verfolgung ihrer Rechte.¹³⁰⁾ Gelingt dies, so ist die Einbeziehung des Konkursverwalters in eine Verwertungsgemeinschaft aufgrund der dadurch gewonnenen Sicherheit und Klarheit insbesondere unter den Bedingungen einer Betriebsfortführung jeder anderen Verfahrensabwicklung vorzuziehen.
- 984** Zwar kann es im Einzelfall günstiger sein, z. B. durch Erfüllung einzelner Verträge den Pool zu sprengen, um die Durchsetzbarkeit der von den Gläubigern eingebrachten Sicherheiten zu erschweren. Der Verwalter, der durch die Kaufpreiszahlung für die Masse Miteigentum an der Ware erwirbt, verschlechtert die Rechtslage der übrigen Miteigentümer und der Poolmitglieder jedoch nur insoweit, als diese von ihm nicht Herausgabe, sondern nur Einräumung des Mitbesitzes an der Ware und Teilung verlangen können. Ein Wertverlust ist damit jedoch noch nicht verbunden.¹³¹⁾

129) *Bürgermeister*, S. 136 ff.

130) *Gottwald/Gottwald*, § 46 Rz. 30.

131) OLG Frankfurt/M., Urt. v. 28. 6. 1985 - 25 U 13/84, ZIP 1986, 104 = NJW-RR 1986, 721, 723, dazu EWIR 1986, 281 (*Junker*); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 4 Rz. 18, 20; *Gottwald/Gottwald*, § 46 Rz. 28; *Henckel*, Warenlieferanten, S. 84; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 43 Rz. 3; *Bürgermeister*, S. 229 ff, 243.

cc) Nachteile eines Konfliktmodells

Ist der Geschäftsbetrieb des insolventen Schuldners zu Beginn des Verfahrens bereits stillgelegt oder erfolgt die Stilllegung kurze Zeit später, kann der Verwalter im jeweiligen Einzelfall entscheiden, ob sich die Bildung einer Verwertungsgemeinschaft und sein Beitritt zum Pool anbieten oder es für die Masse vorteilhafter ist, wenn jeder einzelne Gläubiger gezwungen ist, seine Sonderrechte individuell und in Kollision zu anderen Gläubigern zu verfolgen. 985

Ein derartiges Konfliktmodell ist jedoch unter den Bedingungen einer Betriebsfortführung nicht empfehlenswert, da es mit hohen Risiken und Unsicherheitsfaktoren verbunden ist. Ein- und Übergriffe von Gläubigern, insbesondere die Verfolgung von Sonderrechten an halbfertigen Erzeugnissen durch **Untersagungs- und Unterlassungsverfügungen** können die Betriebsfortführung empfindlich stören, zumal der Konflikt sich auch nachteilig auf die Aufrechterhaltung der Lieferbeziehung auswirkt, was nicht verantwortet werden kann, wenn der Verwalter zur Fortführung des Geschäftes von wenigen Lieferanten abhängig ist. 986

dd) Abwicklungsaufwand

Da die Lieferanten schon in mittleren Insolvenzverfahren im wesentlichen durch die Kreditversicherungsgesellschaften repräsentiert werden, sorgen die schnelle Präsenz der in den jeweiligen Abwicklungsabteilungen tätigen Mitarbeiter, ihre langjährige Erfahrung und ausreichenden Rechtskenntnisse dafür, daß die Interessen der Warenkreditgeber und der Lieferanten ebenso nachdrücklich vertreten werden, wie die Sonderrechte der Kreditinstitute. 987

Selbst wenn im Einzelfall für die Masse günstigere Quoten erzielt werden können, wenn es der Verwalter außerhalb von Verwertungsgemeinschaften auf die Durchsetzung von Individualansprüchen ankommen läßt, werden diese Vorteile meist durch die dann höheren Regie- und Abwicklungskosten aufgewogen. 988

ee) Beteiligung der Gläubiger an Feststellungs- und Verwertungskosten

Für die Bildung einer Verwertungsgemeinschaft unter Einbeziehung des Verwalters spricht außerdem, daß diese Regelungen auch zu einer Vereinbarung über die mit der Feststellung und Verwertung verbundenen Kosten führt, wobei üblicherweise die vertraglich vereinbarten Quoten ebenfalls für die Zuordnung dieser Kosten herangezogen werden. 989

Konfliktträchtige Auseinandersetzungen über die Verpflichtung des Sonderrechtsgläubigers, der Masse die mit der Feststellung und Erfüllung der An- 990

sprüche entstehenden Kosten zu erstatten, werden damit zugunsten der Masse vermieden.¹³²⁾

e) Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, Anfechtungsfragen

- 991** Die Notwendigkeit, die Zuordnung von Aus- und Absonderungsrechten am Warenlager, halbfertigen Erzeugnissen und an Forderungen zu regeln, ergibt sich bei Betriebsfortführungen bereits im unmittelbaren Zusammenhang mit der Sequestrationsanordnung oder demnächst mit Einleitung des Eröffnungsverfahrens.
- 992** Wird der Vertrag über die Bildung einer Verwertungsgemeinschaft unter Einbeziehung des Sequesters bereits im Vorverfahren geschlossen, steht auf seiten der Gläubiger die nicht auszuräumende Befürchtung im Raum, der spätere - auch personengleiche Verwalter - werde über die Ausübung des ihm zustehenden Anfechtungsrechts entweder eine Nachbesserung der zunächst getroffenen Quotenregelung oder gar eine vollständige Beseitigung der Vertragsgrundlage mit der Folge anstreben, daß dann eine Leistungsabgrenzung und die Zuordnung der jeweiligen Anteile nicht mehr möglich ist.¹³³⁾
- 993** Vor allem in der Gesamtvollstreckung ist diese Befürchtung nicht von der Hand zu weisen, da zum einen die Frist zur Ausübung des Anfechtungsrechts zwei Jahre seit Eröffnung der Gesamtvollstreckung beträgt und zudem die erleichterten Anfechtungsvoraussetzungen sich auf alle Rechtshandlungen des Schuldners beziehen, die nach Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung der Gesamtvollstreckung vorgenommen wurden, wenn den jeweiligen Vertragspartnern zu dieser Zeit der Antrag auf Einleitung der Gesamtvollstreckung bereits bekannt war (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO). In der Gesamtvollstreckung ist die Gläubigerbenachteiligung nur für die Anfechtung nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GesO notwendiges Tatbestandsmerkmal. Für die Anfechtung von Rechtshandlungen, die nach Einleitung der Gesamtvollstreckung vorgenommen wurden, kommt es hingegen nur auf die objektive Vermögensverkürzung und eine allenfalls mittelbare Benachteiligung an.¹³⁴⁾

132) Vgl. dazu OLG Stuttgart, Urt. v. 11. 3. 1980 - 12 U 176/79, ZIP 1980, 528; OLG Karlsruhe, Urt. v. 19. 12. 1980 - 15 U 180/80, ZIP 1981, 257; OLG Stuttgart, Urt. v. 13. 2. 1981 - 2 U 132/80, ZIP 1981, 252; LG Hamburg, Urt. v. 14. 7. 1981 - 22 O 33/79, ZIP 1981, 1238; Hess, KO, § 43 Rz. 138; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 43 Rz. 70a.

133) BGH, Urt. v. 21. 11. 1983 - VIII ZR 191/82, ZIP 1984, 34 = NJW 1984, 803; BGH, Urt. v. 8. 10. 1986 - VIII ZR 342/85, BGHZ 98, 303 = ZIP 1987, 85 = NJW 1987, 487, dazu EWIR 1987, 5 (Meyer-Cording); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 4 Rz. 15; Burgermeister, S. 171 ff, 174.

134) BGH, Urt. v. 11. 11. 1993 - IX ZR 257/92, ZIP 1994, 40, 44 = NJW 1994, 449, dazu EWIR 1994, 169 (U. Haas); Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 10 Rz. 10 ff; Zeuner, in: Smid/Zeuner, GesO, § 10 Rz. 2; Gottwald/Huber, Nachtrag GesO, S. 83; Kref, in: RWS-Forum 9, S. 21, 35.

Der Abschluß von Verträgen zur Bildung einer Verwertungsgemeinschaft oder eines Pools unter **Einbeziehung des Sequesters** ist daher problematisch. In der Praxis werden die Verträge während der Sequestration vage verhandelt und vorbereitet, jedoch erst am Tage der Eröffnung eines Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens abschließend verhandelt und unterzeichnet. Da sich bis zu diesem Zeitpunkt der Bestand des Sicherungsgutes bereits wesentlich verändert haben kann, setzt diese Handhabung ein hohes Maß an wechselseitigem Vertrauen voraus. 994

Verwertungsgemeinschaften und Pools behalten auch nach Einführung der Insolvenzordnung ihre Bedeutung. Erleichtert werden sie durch die Tatsache, daß vom vorläufigen Insolvenzverwalter eingegangene Verpflichtungen im anschließenden Insolvenzverfahren Masseschuldcharakter haben (§ 55 Abs. 2 InsO). 995

Allerdings werden die Anfechtungsvoraussetzungen im Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung erweitert, indem wie im Falle der Gesamtvollstreckung bestimmte Umstände einer positiven Kenntnis des Gläubigers von den jeweiligen Anfechtungstatbeständen gleichgestellt werden (§ 130 Abs. 2 InsO), was die Poolbildung vor Antragstellung ausschließt, sofern die Vereinbarung zu einer Verbesserung der Rechtsstellung und nicht nur zur Beseitigung von Beweisschwierigkeiten führt.¹³⁵⁾ 996

Für das eröffnete Insolvenzverfahren wird es zukünftig auch um **Rechenexempel** gehen, um festzustellen, ob die aus der Verwertung von Sicherungsgut resultierenden Feststellungs- und Verwertungskostenbeiträge der Gläubiger (§§ 170, 171 InsO) sich im Ergebnis günstiger auswirken als eine globale und quotale Zuordnung auf der Grundlage eines Poolvertrages. Wegen des Befriedungscharakters, der mit seiner Errichtung verbunden ist, dürfte der Sicherheitpool auch im neuen Insolvenzrecht seine Bedeutung behalten, auch wenn das Verwertungsrecht dann generell auf den Verwalter übergeht (§ 166 InsO).¹³⁶⁾ 997

4. Notwendigkeit einer permanenten Inventur

Jede Form der Betriebsfortführung, die zur Aufarbeitung von Rohstoffen und halbfertigen Erzeugnissen führt, stellt besondere Anforderungen an die Erfassung der **Warenbewegungen**. Dies gilt insbesondere auch bei der Bildung von Verwertungsgemeinschaften, da oftmals über einen langen Zeitraum die bei Anordnung der Sequestration oder bei Eröffnung des Verfahrens vorhandenen Bestände von späteren Materialzukaufen abgegrenzt werden müssen und weil 998

135) *Burgermeister*, S. 308 ff.

136) So auch *Burgermeister*, S. 315 ff.

aufgrund der Unterscheidung zwischen kurrentem und nicht gängigem Material unterschiedliche Bewertungsgrundsätze zur Anwendung kommen.

- 999 Die permanente Inventur auf der Basis einer meist EDV-gestützten Lagerverwaltung setzt neben den notwendigen hard- und softwaremäßigen Voraussetzungen auch die tatsächliche Erfassung der betrieblichen Warenbewegungen voraus. **Warenzugänge** müssen über die jeweiligen Lieferscheine mengen- und wertmäßig erfaßt werden, wobei in alteingesessenen Betrieben nicht immer eine EDV-mäßige Bearbeitung gewährleistet ist. In diesen Fällen muß der Verwalter kurzfristig entscheiden, ob eine Nachrüstung organisatorisch, kostenmäßig und auch von der Schulungsarbeit her notwendig und machbar erscheint. Lagerabgangs- und -zugangsbuchungen im Bereich der unfertigen und fertigen Produkte erfolgen über die Erfassung der Fertigungsaufträge, aus denen die weitergegebenen oder verarbeiteten Stücke hervorgehen. Die **Lagerabgangsbuchung bei Fertigprodukten** muß spätestens durch die Erfassung der Kundenaufträge und Lieferscheine bei der Fakturierung erfolgen.
- 1000 Rechnergestützte Produkt-, Planungs- und Steuerungsprogramme erfassen und dokumentieren heute jede Warenbewegung. Neben der Produktionsplanung werden dabei die Kunden- und Auftragsbearbeitung, die Auftragsfakturierung, die Bestellverwaltung und die Lagerverwaltung bearbeitet. Auf diese Weise kann innerhalb der Lagerverwaltung auch die Inventur bearbeitet und fortgeschrieben werden.
- 1001 Eine derartige Ausgestaltung gewährleistet einen vollständigen und direkten Zugriff auf alle für die Durchführung der Inventarisierung notwendigen Werte und Daten. Die heute verbreiteten Programme sind in der Lage, bei der Bewertung von Fertigprodukten, die aus mehreren Komponenten bestehen, über die sogenannten **Stücklisten** die Summe der Materialkosten und über den sogenannten **Arbeitsplan** den zu berücksichtigenden Teil der Fertigungskosten eigenständig zu erfassen.
- 1002 Zusätzlich müssen die mengenmäßigen Zu- und Abgänge innerhalb der einzelnen Positionen des **Vorratsvermögens** zeitnah fortgeschrieben werden. Durch unmittelbare systemimmanente Zugriffsmöglichkeiten auf die notwendigen Werte aus den Bereichen Einkauf, Fertigung und Finanzbuchhaltung wird das Mengengerüst der Vorratsinventur jederzeit auch preismäßig bewertet.
- 1003 Entscheidet sich der Verwalter im Falle einer Betriebsfortführung zur Bildung einer Verwertungsgemeinschaft mit Banken und Lieferanten, so muß er sich zunächst über die Voraussetzungen der Inventarisierung im gemeinschuldnerischen Unternehmen Einsicht verschaffen, damit gewährleistet ist, daß die **Mengengerüste** an Rohwaren und teillfertigen Erzeugnissen permanent fortgeschrieben werden und die Voraussetzungen für eine insolvenzspezifische Bewertung des Vorratsvermögens vorliegen.

VI. Die Nutzung des Betriebsgrundstückes im Falle der Betriebsfortführung

1. Gemeinschuldner als Mieter oder Pächter

Ist der Gemeinschuldner Mieter oder Pächter des Betriebsgrundstücks und der aufstehenden Gebäude, so kann das Vertragsverhältnis im Falle des **Konkurses mit gesetzlicher Frist gekündigt** werden, sofern nicht bereits im Vorfeld die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung aufgrund Zahlungsverzuges vorliegen (§ 19 KO). 1004

In der **Gesamtvollstreckung** ist das insolvenzbedingte **Sonderkündigungsrecht** des Vermieters oder Verpächters **ausgeschlossen**. Damit soll verhindert werden, daß eine Erhaltung des gemeinschuldnerischen Unternehmens und die Fortführung des Geschäftsbetriebes durch vorzeitige Kündigung des Miet- oder Pachtverhältnisses vereitelt wird (§ 9 Abs. 3 GesO).¹³⁷⁾ Diese **Kündigungssperre** wird von der **Insolvenzordnung** übernommen (§ 112 InsO). Die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs am Standort wird somit nachhaltig erleichtert. 1005

Die aus dem Mietverhältnis resultierenden Mietzinsforderungen des Vermieters sind Masseschulden oder vorab zu begleichende Ansprüche (§ 59 Abs. 1 Nr. 2 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Mietzinsansprüche, die sich auf den Zeitraum des Eröffnungsverfahrens beziehen, haben künftig ebenfalls Masseschuldcharakter (§ 55 Abs. 2 InsO). Die Rechtsstellung des Gesamtvollstreckungsverwalters und des zukünftigen Insolvenzverwalters ist daher wesentlich stärker. Der Konkursverwalter muß hingegen auf dem Verhandlungswege versuchen, mit dem Vermieter eine Einigung über die Konditionen der weiteren Nutzung des angemieteten oder angepachteten Betriebsgeländes zu erzielen. 1006

2. Gemeinschuldner als Eigentümer

Ist der Gemeinschuldner Eigentümer des Betriebsgrundstücks, so entsteht der Druck durch **Verwertungshandlungen** absonderungsberechtigter Gläubiger, die aus den zu ihren Gunsten eingetragenen Grundpfandrechten die Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung betreiben. Dazu ist der Gläubiger im Konkursverfahren uneingeschränkt berechtigt (§ 126 KO); das Verfahren bestimmt sich nach den Regelungen des Zwangsversteigerungsgesetz, unabhängig 1007

¹³⁷⁾ Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 9 Rz. 70; Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 9 Rz. 58 ff.

gig und im wesentlichen ohne Verzahnung mit der Abwicklung des Konkursverfahrens.¹³⁸⁾

- 1008** Treffen Konkurs und Zwangsversteigerung zusammen, so geht letztere grundsätzlich vor.¹³⁹⁾ Auf Antrag des Konkursverwalters kann die Zwangsversteigerung einstweilen eingestellt werden (§ 30c ZVG). Die Einstellung ist abzulehnen, wenn sie dem betreibenden Gläubiger unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse nicht zuzumuten ist. Dies ist die Regel - nur in besonderen Ausnahmefällen wird das Gesamtinteresse der am Verfahren beteiligten Gläubiger über das Partikularinteresse der Kreditwirtschaft gestellt.
- 1009** Ohne Vereinbarung mit dem absonderungsberechtigten Grundpfandrechtsgläubiger kann der Konkursverwalter die weitere Nutzung des im Eigentum des Gemeinschuldners stehenden Betriebsgrundstücks im Zuge einer Betriebsfortführung nicht sichern. Er hat lediglich die Möglichkeit, durch rechtliche Störmanöver das Zwangsversteigerungsverfahren auf allen Ebenen von der Einleitung über die Wertermittlung bis zum Zuschlag zu verzögern.
- 1010** Nach der Gesamtvollstreckungsordnung wird ein vor Anordnung der Sequestration eingeleitetes Zwangsverwaltungs- oder Zwangsversteigerungsverfahren zunächst vorläufig eingestellt (§ 2 Abs. 4 GesO).¹⁴⁰⁾
- 1011** Ob vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung **eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen** aus Grundpfandrechten gemäß § 7 Abs. 3 GesO mit Verfahrenseröffnung ihre **Wirkung verlieren** oder der Grundpfandrechtsgläubiger berechtigt ist, die Einzelzwangsvollstreckung auch nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens zu betreiben, ist umstritten. Wegen der enormen Bedeutung dieser Frage für die Praxis der Kreditwirtschaft drängt diese mit Nachdruck auf Übernahme der für die Abwicklung des Konkursverfahrens geltenden Grundsätze in das Gesamtvollstreckungsverfahren, um eine angebliche Regelungslücke zu schließen.¹⁴¹⁾
- 1012** Während Einigkeit besteht, daß die Einstellung der Einzelzwangsvollstreckung im Gesamtvollstreckungsantragsverfahren unterschiedslos für alle Gläubiger gilt, ist die Berechtigung des absonderungsberechtigten Gläubigers zur Realisierung seines Rechts im Zuge der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung nach Eröffnung der Gesamtvollstreckung noch ungeklärt. Zu-

138) Eickmann, Aktuelle Probleme, S. 32 ff; ders., Zwangsversteigerungsrecht, § 26 (S. 325); Gerhardt, Grundpfandrechte, S. 75 ff.

139) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 126 Rz. 2a.

140) BGH, Urt. v. 26. 1. 1995 - IX ZR 99/94, BGHZ 128, 365, ZIP 1995, 480 = NJW 1995, 1159, dazu EWiR 1995, 467 (Braun); Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 2 Rz. 212; Kreft, in: RWS-Forum 9, S. 21.

141) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 1 Rz. 243 ff; Gottwald/Heilmann/Klopp, § 23 Rz. 38, 39, § 44 Rz. 64 ff; Pape, KTS 1996, 231, 245 f.

nehmend und gegen die vom Gesetzgeber mit der Übernahme der Gesamtvollstreckungsordnung für die neuen Bundesländer verfolgte rechtspolitische Zielsetzung gewinnt dabei die Auffassung Raum, daß ein eröffnetes Gesamtvollstreckungsverfahren die Einzelzwangsvollstreckung von Grundpfandrechtsgläubigern nicht ausschließt.¹⁴²⁾

Damit kann entgegen der bisherigen Praxis auch in der Gesamtvollstreckung das Problem entstehen, daß die für eine Fortführung des Geschäftsbetriebs benötigte Betriebsimmobilie dem Verwalter entzogen wird, was der Gesetzgeber mit seiner Entscheidung für die Gesamtvollstreckungsordnung und für die Förderung von Sanierungsbestrebungen verhindern wollte. **1013**

Nach der Insolvenzordnung kann das Insolvenzgericht im Eröffnungsverfahren Vollstreckungsakte von absonderungsberechtigten Gläubigern nur untersagen oder einstweilen einstellen, wenn bewegliche Gegenstände betroffen sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO). Als Ausgleich wurden jedoch die Möglichkeiten zur Einstellung der Zwangsversteigerung auch auf Antrag des vorläufigen Verwalters wesentlich erleichtert. Anders als bisher **entscheidet** nicht das Vollstreckungsgericht, sondern das **Insolvenzgericht**, das die einstweilige Einstellung verfügt, wenn der Berichtstermin noch bevorsteht oder das **Grundstück** für die Fortführung des Unternehmens oder die Vorbereitung einer Betriebsveräußerung **benötigt wird**, die Versteigerung die Durchführung eines Insolvenzplans gefährdet oder in sonstiger Weise eine angemessene Verwertung der Insolvenzmasse durch die Versteigerung erschwert würde (§ 30d ZVG, neu eingefügt durch Art. 20 Nr. 4 EGInsO¹⁴³⁾. **1014**

Da der **Antrag nur abzulehnen** ist, wenn dies unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers unzumutbar ist, wird die Einstellung zur Regel, da die wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditwirtschaft regelmäßig zu keinen Befürchtungen Anlaß geben.¹⁴⁴⁾ Der gesicherte Gläubiger wird durch einen **Nachteilsausgleich** angemessen entschädigt, indem die einstweilige Einstellung mit der Auflage zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Zinsen verbunden wird (§ 30e Abs. 1 ZVG, neu eingefügt durch Art. 20 Nr. 5 EGInsO). **1015**

142) Vgl. dazu OLG Jena, Beschl. v. 31. 5. 1996 - 6 W 183/96 (27), ZIP 1996, 1097 = WM 1996, 1277, dazu EWiR 1996, 799 (Hintzen); LG Leipzig, Beschl. v. 15. 4. 1996 - 1 T 1103/96, ZIP 1996, 880 = WM 1996, 1279, dazu EWiR 1996, 605 (Hess); LG Potsdam, Beschl. v. 8. 12. 1995 - 1 T 68/95, WM 1996, 1281; LG Memmingen, Beschl. v. 10. 4. 1995 - 4 T 315/95, ZIP 1995, 1537 = WM 1996, 1280; LG Schwerin, Beschl. v. 7. 7. 1993 - 5 T 101/93, DtZ 1994, 416 = WM 1996, 1282; Pape, KTS 1996, 231.

143) Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO) vom 5. 10. 1994, BGBl I, 2911, 2918, abgedruckt in: Kübler/Prütting, RWS-Dok. 18, Bd. II, S. 1.

144) Obermüller, InVo 1996, 143; Uhlenbruck, KTS 1994, 169, 176 ff.

- 1016** Nachdem die Einzelzwangsvollstreckung von Grundpfandrechtsgläubigern zunehmend auch für den Bereich der Gesamtvollstreckung als zulässig angesehen wird, bringt die Insolvenzordnung hier die für eine Betriebsfortführung unumgängliche Klärung zur Berechtigung des Verwalters, das belastete Grundstück im Verfahren zu nutzen, bei gleichzeitiger Bestimmung der dem gesicherten Gläubiger zustehenden Ausgleichsansprüche und erleichtert somit die Umsetzung einer Fortführungskonzeption.

VII. Die Finanzierung der Betriebsfortführung

- 1017** Derzeit steht der Sequester nach Anordnung der Sequestration vor **leeren Kassen**. Dies wird auch dem vorläufigen Insolvenzverwalter nicht anders gehen, da es geraume Zeit in Anspruch nehmen wird, bis die drohende Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzgrund (§ 18 InsO) zur zeitlichen Vorverlagerung von Insolvenzanträgen führen wird, die Gemeinschuldner also vor dem völligen Verzehr jeder Liquidität den Antrag stellen werden.

1. Liquiditätsbeschaffung durch Verwertung

- 1018** Die gängigen Methoden zur **Liquiditätsplanung** - von der sorgfältigen Forderungsüberwachung und des Zahlungsverhaltens, der Rechnungsausgangs- und Zahlungseingangskontrolle bis zur Liquiditätssicherung und -steuerung - nutzen dem Sequester im Vorverfahren nichts, da auf diese Weise lediglich Liquidität geschont, aber nicht geschaffen werden kann.¹⁴⁵⁾
- 1019** Eine **Liquiditätsbeschaffung** durch **Verwertung** von Anlagegütern kann der Sequester nur in den von der Rechtsprechung gezogenen Grenzen betreiben¹⁴⁶⁾ Die Insolvenzordnung verpflichtet den vorläufigen Insolvenzverwalter im Eröffnungsverfahren zur Erhaltung der Masse (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Erst nach dem Berichtstermin hat der Insolvenzverwalter mit der Verwertung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens zu beginnen (§ 159 InsO). Die Versilberung von Anlagegegenständen scheidet im Frühstadium daher regelmäßig aus.

2. Massendarlehen

- 1020** Die Gewährung von Massendarlehen im Vorverfahren ist problematisch, da der **Rückzahlungsanspruch** sowohl nach der Konkurs- als auch nach der Ge-

¹⁴⁵⁾ Vgl. dazu *Jahnke*, BuW 1996, 193.

¹⁴⁶⁾ BGH, Urt. v. 12. 11. 1992 - IX ZR 68/92, ZIP 1993, 48 = NJW 1993, 1206, dazu EWiR 1993, 71 (*Onusseit*); BGH, Urt. v. 25. 3. 1993 - IX ZR 164/92, ZIP 1993, 687, dazu EWiR 1993, 479 (*Smid*).

samtvollstreckungsordnung **keinen Masseschuldcharakter** hat.¹⁴⁷⁾ Eine Rückführung kann zwar grundsätzlich aus dem während der Sequestration gebildeten Sondervermögen über das Treuhandkonto (oben Rz. 52 ff) erfolgen.¹⁴⁸⁾ Doch wird dies aus praktischen Gründen meist ausscheiden, da die über das Treuhandkonto getätigten Einnahmen hierzu nicht ausreichen.

Nimmt der Sequester einen Kredit auf, so ist die Besicherung wegen der Anfechtungslage insbesondere in der Gesamtvollstreckung problematisch, da hier keine Privilegierung von Bargeschäften erfolgt.¹⁴⁹⁾ Im Konkurs kommt es darauf an, ob sich Kredit und Kreditsicherung im Sequestrationszeitraum als Bargeschäft darstellen.¹⁵⁰⁾ Erleichtert wird die Darlehensaufnahme zur Sicherstellung der Anlaufliquidity im künftigen Eröffnungsverfahren, da die von dem vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Verbindlichkeiten im nachfolgenden Insolvenzverfahren Masseschuldcharakter haben (§ 55 Abs. 2 InsO),¹⁵¹⁾ sofern die Kreditaufnahme von einem mit Verfügungsbefugnis ausgestatteten Verwalter vorgenommen wurde.¹⁵²⁾

Gegenwärtig muß sich der Sequester jedoch meist aus eigener Kraft finanzieren. Dazu kann er die Forderungen des Schuldners einziehen, wenngleich er zum eigenen Schutz etwa bestehende Sicherungsrechte von Kreditinstituten und Lieferanten beachten muß.

3. Finanzierungsvereinbarungen in Poolverträgen

Zur Sicherung der Anlaufliquidity enthalten die Vereinbarungen über die Bildung von Verwertungsgemeinschaften und Sicherheitspools die Regelung, daß der Sequester und der Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverwalter berechtigt sind, **Erlöse** aus dem Forderungseinzug und aus der Verwertung von Fertigwaren zunächst zur **Deckung der Fortführungskosten** zu verwenden, und daß die Rückführung aus zukünftigen Erlösen erfolgt, die im Rahmen der Betriebsfortführung erwirtschaftet werden (vgl. dazu das Beispiel einer Pool-

147) BGH, Urt. v. 30. 1. 1986 - IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87, 90, ZIP 1986, 448 = JZ 1986, 691, dazu EWIR 1986, 387 (Kilger); Koch, S. 109 ff; Pape, ZIP 1994, 89, 93; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 2 Rz. 190; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13m m. w. N., Rz. 15.

148) BGH, Urt. v. 12. 10. 1989 - IX ZR 184/88, BGHZ 109, 47 = ZIP 1989, 1466, 1468, dazu EWIR 1989, 1235 (Canaris); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 13m; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 2 Rz. 191 ff; Kreft, in: Festschrift Merz, S. 313 ff m. w. N.

149) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 10 Rz. 87; Smid/Zeuner, GesO, § 10 Rz. 90.

150) BGH, Urt. v. 21. 5. 1980 - VIII ZR 40/79, ZIP 1980, 518 = NJW 1980, 1961 = WM 1980, 779; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 30 Rz. 23 m. w. N.

151) Hess/Weis, InVo 1996, 225, 226.

152) Newiger, Sparkasse 1994, 492, 494.

Vereinbarung in Anhang 10). Auch diese Überlegung spricht für die Einbeziehung eines Verwalters in eine Verwertungsgemeinschaft oder einen Pool.

4. Neue Kredite

- 1024 Kreditaufnahmen nach Verfahrenseröffnung** sind rechtlich unproblematisch. Sowohl für den Kredit- als auch den Kreditsicherungsvertrag benötigt der Konkursverwalter die Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, wenn kein Ausschuß besteht (§ 134 Abs. 2 KO). Auch in der Gesamtvollstreckung hat der Gläubigerausschuß im Falle einer Kreditaufnahme mitzuwirken (§ 15 Abs. 5 GesO). Dieser Grundsatz des geltenden Rechts wurde von der Insolvenzordnung übernommen. Allerdings benötigt der Verwalter die **Zustimmung** von Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung nur für **Kredite**, die die **Masse erheblich belasten** (§ 160 Abs. 2 Nr. 2 InsO).
- 1025** Abweichend geregelt wird die **Kreditaufnahme im Insolvenzplanverfahren** (§§ 264, 265 InsO). Im Überwachungszeitraum gewährte oder stehengebliebene Kredite können Vorrang erhalten, wenn ihre Höhe den Wert der Masse nicht übersteigt (§ 229 InsO). Auf diese Weise wird gewährleistet, daß das planmäßig fortzuführende Unternehmen in die Lage versetzt wird, zur Deckung der Fortführungsverbindlichkeiten Kredite in Anspruch zu nehmen, ohne daß der Kreditgeber im Falle des Scheiterns der Sanierung einen Ausfall hinnehmen muß.¹⁵³⁾
- 1026** Ob neue Kredite (Massendarlehen) gewährt werden, hängt im Einzelfall insbesondere von der Größe und Bedeutung des Verfahrens, aber auch von der konzeptionellen und sicherungstechnischen Darstellung sowie nicht zuletzt von der Person des jeweiligen Verwalters ab, denn der Kreditgeber will einschätzen können, inwieweit sein Rückzahlungsanspruch als Masseforderung (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO; § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO; § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) gesichert oder gefährdet ist.

5. Liquidität durch Aufrechnungsverbot und Rückschlagsperre

- 1027** Wer nach Insolvenzeröffnung eine Verpflichtung gegenüber der Insolvenzmasse übernommen hat, darf nicht mit einer Insolvenzforderung aufrechnen (§ 96 Abs. 1 InsO). Ebenfalls scheidet eine Aufrechnung aus, wenn deren Möglichkeit erst im Wege einer anfechtbaren Rechtshandlung geschaffen wurde (§ 96 Nr. 3 InsO). Damit greift das Aufrechnungsverbot der Insolvenzordnung über

153) Hess/Weis, InVo 1996, 225, 227; Braun, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 859 ff Rz. 17 - 19.

die bisherigen Einschränkungen in §§ 54, 55 KO hinaus, da auch die bislang über § 55 Nr. 3 KO nicht gedeckten Fälle nunmehr erfaßt sind.¹⁵⁴⁾

Dennoch bringt die Reform gegenüber dem bisherigen Recht eine für Betriebsfortführungen und deren Finanzierung **nachteilige Veränderung im Vergleich mit der Gesamtvollstreckung**. Während die Aufrechnung nach Anordnung der Sequestration im Gesamtvollstreckungsantragsverfahren ausgeschlossen ist,¹⁵⁵⁾ fehlt eine entsprechende Regelung im zukünftigen Eröffnungsverfahren, wobei ungeklärt ist, welche Auswirkungen die Sicherungsmaßnahmen in §§ 21 ff InsO auf die Aufrechnung im Stadium des Antragsverfahrens haben.¹⁵⁶⁾ 1028

Gerade das nach der Gesamtvollstreckungsordnung bereits in der **Sequestration greifende Aufrechnungsverbot** hat in den neuen Bundesländern die Aufrechterhaltung und Fortführung von Betrieben zumindest auf der ersten Stufe (Fortführung im Eröffnungsverfahren) ermöglicht, da vor allem die Kreditinstitute des Schuldners eingehende Zahlungen nicht mehr mit eigenen Forderungen verrechnen dürfen, sondern unmittelbar nach Eingang an den Sequester weiterleiten müssen, wobei das Aufrechnungsverbot auch die Fälle erfaßt, in denen die Schuldnerforderung zwischen dem Eingang eines zulässigen Eröffnungsantrages und der Verfahrenseröffnung begründet wurde.¹⁵⁷⁾ 1029

Abgeleitet wird das weitreichende Aufrechnungsverbot aus § 2 Abs. 4 GesO i. V. m. § 394 BGB, da die der Gesamtvollstreckung unterliegende Vermögensmasse nach Zulassung eines Eröffnungsantrages nicht mehr durch Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung geschmälert werden darf.¹⁵⁸⁾ 1030

Das von der Rechtsprechung entwickelte Aufrechnungsverbot im Gesamtvollstreckungsantragsverfahren belegt erneut, daß die für jeden Sanierungsansatz unverzichtbare Liquiditätsbeschaffung im Frühstadium und die damit verbundene Möglichkeit zur Fortführung des Geschäftsbetriebes einzig und allein davon abhängt, ob und in welchem Umfange die rechtlichen Rahmenbedingungen Eingriffe in Rechtspositionen anderer Verfahrensbeteiligter zulassen. Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung gegen den überwiegenden Teil der Literaturmeinung entwickelt, die unverändert die Gesamtvollstreckung aus 1031

154) Landfermann, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 127 ff Rz. 70 - 75; Häsemeyer, ebenda, S. 489 ff Rz. 45.

155) BGH, Urt. v. 18. 4. 1996 - IX ZR 206/95, ZIP 1996, 1015, dazu EWiR 1996, 659 (Tappmeier); BGH, Urt. v. 13. 6. 1995 - IX ZR 137/94, BGHZ 130, 76 = ZIP 1995, 1200, dazu EWiR 1995, 1195 (Henckel).

156) Häsemeyer, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 489 ff Rz. 49 f.

157) BGH, Urt. v. 18. 4. 1996 - IX ZR 206/95, ZIP 1996, 1015, dazu EWiR 1996, 659 (Tappmeier); Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 7 Rz. 90b.

158) Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 7 Rz. 90b

der Sicht des Konkursrechtes betrachtet und die Motive des Gesetzgebers im Jahre 1990 nicht nachvollzogen hat.¹⁵⁹⁾

- 1032** Sicherungen, die ein Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung innerhalb des kritischen Zeitraums erlangt hat, sind unwirksam (§ 88 InsO). Anders als nach § 7 Abs. 3 GesO wird der kritische Zeitraum auf **einen Monat vor Antragstellung** begrenzt; was unter Finanzierungsgesichtspunkten einen erheblichen **Rückschritt** bedeutet. Da zudem nur Sicherungen erfaßt werden, führt dies zu einer Privilegierung aggressiver Gläubiger.¹⁶⁰⁾

6. Fortführungsliquidität durch Anfechtung oder Rückgewähr kapitalersetzender Leistungen

- 1033** Nach noch herrschender Praxis stellt die Stellung eines Vergleichs-, Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsantrags einen Fall der ultima ratio dar. Vorangegangen ist ein unterschiedlich langer Krisenzeitraum, der sich kurz vor dem wirtschaftlichen Ende durch nachhaltige Zerfallerscheinungen auszeichnet. In dieser Lage erfährt das den Gläubigern mit Verfahrenseröffnung haftungsrechtlich zugewiesene Vermögen gravierende Einbußen, da die Schuldner erfahrungsgemäß nach jedem Strohalm greifen, der Liquidität verspricht. Die Folge sind Rechtsgeschäfte, bei denen unter Aufbietung letzter Reserven Vermögensgegenstände unter Preis verschleudert werden oder Gläubiger und sonstige Dritte ein für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes notwendiges Verhalten von Gegenleistungen des Schuldners zu ihrer Sicherung oder Befriedigung abhängig machen, die unter normalen Umständen nicht oder zumindest nicht in der krisenbedingten Form durchsetzbar gewesen wären.
- 1034** Werden die Gläubiger durch rechtsgeschäftliche **Verschleuderungsaktionen** oder generell durch Rechtshandlungen benachteiligt, so kann der Verwalter mittels eines besonderen Anfechtungsrechts Rückgewähransprüche zugunsten der Masse geltend machen, sofern die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen gegeben sind. Dazu gehört auch - und zwar je nach Intensität und Zeitpunkt - des Eingriffs in die Vermögenssubstanz - entweder der vom Verwalter zu führende Nachweis, daß der begünstigte Gläubiger die Zahlungseinstellung

159) Smid, WuB VI G § 7 GesO 3.95; Eckardt, ZIP 1995, 1146; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 7 Rz. 48; Lübchen/Landfermann, ZIP 1990, 829, 833; Zeuner, in: Smid/Zeuner, GesO, § 7 Rz. 60 ff; zu den Motiven des Gesetzgebers siehe Erläuterungen zum Einigungsvertrag, BR-Drucks. 605/90, S. 8, abgedruckt in: ZIP 1990, 1236: „Danach sollen die Konkursordnung, die Vergleichsordnung und die dazugehörigen Nebengesetzen in den Ländern der früheren DDR nicht eingeführt werden. Dort soll vielmehr das bisherige Insolvenzrecht der DDR fortgelten.“

160) Vgl. Gerhardt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159 ff Rz. 48 - 54.

oder den Antrag auf Verfahrenseröffnung kannte, oder der Nachweis des Gläubigers, daß ihm diese besonderen Umständen verborgen geblieben sind.

Mit Hilfe des Anfechtungsrechts sollen die insolvenzrechtlichen Folgen des meist eher **zufälligen Zeitpunkts** der formellen Antragstellung auf den materiellen Insolvenzzzeitpunkt vorverlagert werden, zu dem ein sorgfältiger und gewissenhafter Gemeinschuldner in Kenntnis der bestehenden Zahlungsunfähigkeit oder auch Überschuldung den Antrag auf Eröffnung eines Vergleichs-, Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens hätte stellen müssen. **1035**

Gläubiger oder Dritte, die diese Verzögerung ausnutzen, um **Sondervorteile** oder Deckung für ihre Forderungstitel zu erlangen, müssen zur Sicherung der par conditio creditorum das anfechtbar Erlangte der Masse wieder zurückgewähren, sofern der Verwalter das nur in seiner Person bestehende Anfechtungsrecht ausübt (§§ 30 ff KO, § 10 GesO).¹⁶¹⁾ **1036**

a) Die Anfechtung im Konkursfall

Das besondere Anfechtungsrecht des Konkurses hat sich im Gestrüpp objektiver Tatbestandsvoraussetzungen (Zahlungseinstellung, Gläubigerbenachteiligung), subjektiver Tatbestandsmerkmale (Kenntnis, Kennenmüssen, Benachteiligungsabsicht) und der zu Lasten des Verwalters gehenden Beweispflicht verheddert. Bei den objektiven Voraussetzungen läßt sich vor allem der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung nur über Hilfsgutachten aus der meist fehlerhaften und unvollständigen Buchhaltung der Gemeinschuldner ermitteln. Auch dann, wenn der Verwalter externe Gutachter beauftragt, sind deren Feststellungen massiven Angriffen seitens der jeweiligen Anfechtungsgegner ausgesetzt, was bereits im Vorfeld dazu führt, daß der Zeitpunkt der nach außen erkennbar werdenden Zahlungsunfähigkeit auf den noch vertretbaren spätesten Termin verlegt wird, um das Prozeßrisiko des Verwalters zu minimieren. **1037**

In der Form einer Vermögensverkürzung gehört das Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung bei allen konkursrechtlichen Anfechtungstatbeständen zu den objektiven Tatbestandsvoraussetzungen.¹⁶²⁾ Leistung und Gegenleistung **1038**

161) BGH, Urt. v. 7. 3. 1972 - VI ZR 158/70, BGHZ 58, 240; BGH, Urt. v. 25. 9. 1972 - VIII ZR 216/71, BGHZ 59, 230, 232; BGH, Urt. v. 30. 9. 1993 - IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320 = ZIP 1993, 1653 = NJW 1993, 3267, dazu EWIR 1994, 373 (Henckel); Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 30 Anm. 1; Hess, KO, § 30 Rz. 1; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 30 Rz. 1 m. w. N.; Henckel, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645 ff Rz. 3 - 6.

162) BGH, Urt. v. 17. 11. 1958 - II ZR 224/57, BGHZ 28, 345, 347.

der Sicht des Konkursrechtes betrachtet und die Motive des Gesetzgebers im Jahre 1990 nicht nachvollzogen hat.¹⁵⁹⁾

- 1032** Sicherungen, die ein Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung innerhalb des kritischen Zeitraums erlangt hat, sind unwirksam (§ 88 InsO). Anders als nach § 7 Abs. 3 GesO wird der kritische Zeitraum auf **einen Monat vor Antragstellung** begrenzt, was unter Finanzierungsgesichtspunkten einen erheblichen **Rückschritt** bedeutet. Da zudem nur Sicherungen erfaßt werden, führt dies zu einer Privilegierung aggressiver Gläubiger.¹⁶⁰⁾

6. Fortführungsliquidität durch Anfechtung oder Rückgewähr kapitaleretzender Leistungen

- 1033** Nach noch herrschender Praxis stellt die Stellung eines Vergleichs-, Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsantrags einen Fall der ultima ratio dar. Vorangegangen ist ein unterschiedlich langer Krisenzeitraum, der sich kurz vor dem wirtschaftlichen Ende durch nachhaltige Zerfallserscheinungen auszeichnet. In dieser Lage erfährt das den Gläubigern mit Verfahrenseröffnung haftungsrechtlich zugewiesene Vermögen gravierende Einbußen, da die Schuldner erfahrungsgemäß nach jedem Strohalm greifen, der Liquidität verspricht. Die Folge sind Rechtsgeschäfte, bei denen unter Aufbietung letzter Reserven Vermögensgegenstände unter Preis verschleudert werden oder Gläubiger und sonstige Dritte ein für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes notwendiges Verhalten von Gegenleistungen des Schuldners zu ihrer Sicherung oder Befriedigung abhängig machen, die unter normalen Umständen nicht oder zumindest nicht in der krisenbedingten Form durchsetzbar gewesen wären.
- 1034** Werden die Gläubiger durch rechtsgeschäftliche **Verschleuderungsaktionen** oder generell durch Rechtshandlungen benachteiligt, so kann der Verwalter mittels eines besonderen Anfechtungsrechts Rückgewähransprüche zugunsten der Masse geltend machen, sofern die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen gegeben sind. Dazu gehört auch - und zwar je nach Intensität und Zeitpunkt - des Eingriffs in die Vermögenssubstanz - entweder der vom Verwalter zu führende Nachweis, daß der begünstigte Gläubiger die Zahlungseinstellung

159) Smid, WuB VI G § 7 GesO 3.95; Eckardt, ZIP 1995, 1146; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 7 Rz. 48; Lübben/Landfermann, ZIP 1990, 829, 833; Zeuner, in: Smid/Zeuner, GesO, § 7 Rz. 60 ff; zu den Motiven des Gesetzgebers siehe Erläuterungen zum Einigungsvertrag, BR-Drucks. 605/90, S. 8, abgedruckt in: ZIP 1990, 1236: „Danach sollen die Konkursordnung, die Vergleichsordnung und die dazugehörigen Nebengesetzen in den Ländern der früheren DDR nicht eingeführt werden. Dort soll vielmehr das bisherige Insolvenzrecht der DDR fortgelten.“

160) Vgl. Gerhard, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159 ff Rz. 48 - 54.

oder den Antrag auf Verfahrenseröffnung kannte, oder der Nachweis des Gläubigers, daß ihm diese besonderen Umständen verborgen geblieben sind.

Mit Hilfe des Anfechtungsrechts sollen die insolvenzrechtlichen Folgen des meist eher **zufälligen Zeitpunkts** der formellen Antragstellung auf den materiellen Insolvenzzeitpunkt vorverlagert werden, zu dem ein sorgfältiger und gewissenhafter Gemeinschuldner in Kenntnis der bestehenden Zahlungsunfähigkeit oder auch Überschuldung den Antrag auf Eröffnung eines Vergleichs-, Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens hätte stellen müssen. 1035

Gläubiger oder Dritte, die diese Verzögerung ausnutzen, um **Sondervorteile** oder Deckung für ihre Forderungstitel zu erlangen, müssen zur Sicherung der par conditio creditorum das anfechtbar Erlangte der Masse wieder zurückgewähren, sofern der Verwalter das nur in seiner Person bestehende Anfechtungsrecht ausübt (§§ 30 ff KO, § 10 GesO).¹⁶¹ 1036

a) Die Anfechtung im Konkursfall

Das besondere Anfechtungsrecht des Konkurses hat sich im Gestrüpp objektiver Tatbestandsvoraussetzungen (Zahlungseinstellung, Gläubigerbenachteiligung), subjektiver Tatbestandsmerkmale (Kenntnis, Kennenmüssen, Benachteiligungsabsicht) und der zu Lasten des Verwalters gehenden Beweisspflicht verheddert. Bei den objektiven Voraussetzungen läßt sich vor allem der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung nur über Hilfgutachten aus der meist fehlerhaften und unvollständigen Buchhaltung der Gemeinschuldner ermitteln. Auch dann, wenn der Verwalter externe Gutachter beauftragt, sind deren Feststellungen massiven Angriffen seitens der jeweiligen Anfechtungsgegner ausgesetzt, was bereits im Vorfeld dazu führt, daß der Zeitpunkt der nach außen erkennbar werdenden Zahlungsunfähigkeit auf den noch vertretbaren spätesten Termin verlegt wird, um das Prozeßrisiko des Verwalters zu minimieren. 1037

In der Form einer Vermögensverkürzung gehört das Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung bei allen konkursrechtlichen Anfechtungstatbeständen zu den objektiven Tatbestandsvoraussetzungen.¹⁶² Leistung und Gegenleistung 1038

161) BGH, Urt. v. 7. 3. 1972 - VI ZR 158/70, BGHZ 58, 240; BGH, Urt. v. 25. 9. 1972 - VIII ZR 216/71, BGHZ 59, 230, 232; BGH, Urt. v. 30. 9. 1993 - IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320 = ZIP 1993, 1653 = NJW 1993, 3267, dazu EWiR 1994, 373 (Henckel); Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 30 Anm. 1; Hess, KO, § 30 Rz. 1; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 30 Rz. 1 m. w. N.; Henckel, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645 ff Rz. 3 - 6.

162) BGH, Urt. v. 17. 11. 1958 - II ZR 224/57, BGHZ 28, 345, 347.

häufig bereits ausreicht, erste Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder erzwungene Einzelzessionen zeitlich zu bestimmen.¹⁶⁹⁾

- 1046** Der Eingang des Gesamtvollstreckungsantrags beim zuständigen Gericht steht objektiv fest. Wie bei der Zulassung verspäteter Forderungsanmeldungen (§ 14 GesO), sind strenge Anforderungen an die von einem Gläubiger zu seiner Exkulpation vorgetragenen Gründe zu stellen, wenn er gleichwohl behauptet, daß er bei Vornahme der angefochtenen Handlung keine Kenntnis von der Einleitung der Gesamtvollstreckung hatte und selbst bei gehöriger Sorgfalt keine Kenntnis hätte haben können.
- 1047** In Verbindung mit der in der Gesamtvollstreckung auf **zwei Jahre verlängerten Ausschußfrist** (§ 10 Abs. 2 GesO) führt die Anfechtung nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO wesentlich häufiger zu **Liquiditätsbeschaffung** - auch durch Abschluß von außergerichtlichen Vergleichen. Zu diesen Möglichkeiten des Anfechtungsrechts tritt häufig noch die ebenfalls liquiditätswirksame Unwirksamkeit von noch nicht beendeten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die mit Eröffnung der Gesamtvollstreckung ihre Wirkungen verlieren (§ 7 Abs. 3 GesO).
- 1048** Auch beim Anfechtungsrecht zeigt sich, daß es die abweichenden Regelungen des Gesamtvollstreckungsrechts schwer haben, sich gegen die konkursrechtlich geprägten Auffassungen zu behaupten. Obwohl der besondere Anfechtungstatbestand des § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO keinen Hinweis auf eine objektiv erforderliche Benachteiligung der Gläubiger enthält, wird dieses Erfordernis in der Literatur und zum Teil gegen die Rechtsprechung aus dem Anfechtungsrecht der Konkursordnung abgeleitet und auf die Gesamtvollstreckung übertragen.¹⁷⁰⁾ Die höchstrichterliche Rechtsprechung hingegen hat lediglich in bezug auf § 37 KO eine entsprechende Regelungslücke in der Gesamtvollstreckungsordnung festgestellt.¹⁷¹⁾ Die deutlichen Hinweise auf die Eigenständigkeit des Gesamtvollstreckungsrechts sind für einen großen Teil der zur Gesamtvollstreckung verfaßten Kommentare und Literaturbeiträge offensichtlich zu spät gekommen.¹⁷²⁾

c) Das Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung

- 1049** In der Diskussion um die Insolvenzordnung ist die in der Gesamtvollstreckung durchgeführte **Verschärfung** des Anfechtungsrechtes etappenweise **wieder**

169) Vgl. auch Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 10 Rz. 92.

170) OLG Brandenburg, Urt. v. 2. 11. 1995 - 8 U 14/95, ZIP 1996, 142, dazu EWiR 1996, 167 (Pape); Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 10 Rz. 111e; Zeuner, in: Smid/Zeuner, GesO, § 10 Rz. 81 f.

171) BGH, Beschl. v. 4. 12. 1992 - BLw 26/92, ZIP 1993, 238.

172) Kreft, in: RWS-Forum 9, S. 21, 22 f.

aufgegeben worden. Während der Regierungsentwurf zunächst noch auf grobe Fahrlässigkeit abstellte (§§ 145 - 147 RegE InsO)¹⁷³⁾, setzt die Anfechtung nunmehr wieder die positive Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags voraus, sofern keine Umstände vorliegen, die zwingend auf Zahlungsunfähigkeit, Eröffnungsantrag oder Gläubigerbenachteiligung schließen lassen (§ 130 Abs. 2, § 131 Abs. 2 InsO).¹⁷⁴⁾

Erleichtert wird die Anfechtung durch die Verlängerung der Ausübungsfrist auf **zwei Jahre** bei grundlegender Umgestaltung dieser Frist in eine **Verjährungsfrist** nach Maßgabe der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen mit der Folge, daß die Regelungen über Hemmung (§§ 202 ff BGB) und Unterbrechung (§ 298 ff BGB) zukünftig bei der Berechnung der Ausschlußfrist zur Anwendung kommen.¹⁷⁵⁾ 1050

Anstelle der Zahlungseinstellung verwendet die Insolvenzordnung durchgängig den Begriff der **Zahlungsunfähigkeit**, um dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit einzuräumen, Vorgänge auch dann noch anzufechten, wenn der Schuldner zu diesem Zeitpunkt Gläubiger teilweise noch befriedigt hat.¹⁷⁶⁾ 1051

Bei inkongruenten Deckungen sind zukünftig auch Rechtshandlungen anfechtbar, die innerhalb einer Frist von bis zu drei Monaten vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu Lasten der Gläubiger vorgenommen wurden (§ 131 Abs. 1, § 132 InsO). 1052

Wie der Vergleich zwischen Konkurs und Gesamtvollstreckung zeigt, steht und fällt das Anfechtungsrecht mit der **Zuordnung der Beweislast**. Eine Beweislastumkehr zu Lasten der Anfechtungsgegner sieht das neue Recht nur bei Rechtshandlungen zugunsten nahestehender Personen vor. Hier wird deren Kenntnis der Anfechtungstatbestände widerlegbar vermutet (§ 130 Abs. 3, § 131 Abs. 2 Satz 2 InsO).¹⁷⁷⁾ 1053

d) Taktische Überlegungen im Falle einer Betriebsfortführung

Neben allen grundsätzlichen Schwierigkeiten bei der Ausübung des Anfechtungsrechts kommen unter den Bedingungen einer Betriebsfortführung auch 1054

173) Begründung RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 158, abgedruckt in: *Kübler/Prütting*, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 338 f.

174) *Hess/Weis*, InVo 1996, 141, 142.

175) *Henckel*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 645 ff Rz. 80.

176) Begründung RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 157, abgedruckt in: *Kübler/Prütting*, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 338; *Henckel*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 645 ff Rz. 19.

177) *Hess/Weis*, InVo 1996, 141, 142; *Henckel*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 645 ff Rz. 20, 31, 39, 43.

taktische Aspekte hinzu. Anfechtungsgegner sind in der Regel Beteiligte des Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- oder Insolvenzverfahrens. Auf ihre Unterstützung ist der fortführende Verwalter angewiesen, wenn es sich bei den potentiellen Anfechtungsgegnern um Geld- oder Warenkreditgeber, Gesellschafter oder ihnen nahestehende Personen handelt, da letztere häufig an Auffang- oder Reorganisationslösungen beteiligt sind und das hierfür benötigte Kapital aufbringen.

- 1055** Die Ausübung der Anfechtung beinhaltet auch ein moralisches Werturteil, in dem bestimmten Gläubigern oder Dritten bescheinigt wird, daß sie die wirtschaftliche Notsituation des Gemeinschuldners zum eigenen Vorteil ausgenutzt haben. Auseinandersetzungen im Bereich der Anfechtung sind daher wechselseitig durch Polemik und Schärfe gekennzeichnet. Sie wirken sich nachteilig auf eine Betriebsfortführung aus, in der die Zahl der Nebenkriegsschauplätze zur Vermeidung von Risiken und Störungen begrenzt werden muß.
- 1056** Mögliche Anfechtungstatbestände gehören daher zur **Verhandlungsmasse** bei Vereinbarungen zwischen Verwalter und Gläubigern oder sonstigen an einer Betriebsfortführung beteiligten Dritten, bei denen es um die Modalitäten zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Strukturen, der Belieferung mit Ware, der Abnahme von Produkten oder der Bereitstellung von Liquiditätskrediten geht. Sich das Anfechtungsrecht zu möglichst günstigen Bedingungen abkaufen zu lassen ist meist alles, was von der Anfechtung unter den Bedingungen einer Betriebsfortführung übrigbleibt.

e) Kapitalersetzende Leistungen

- 1057** Handelt es sich bei der Gemeinschuldnerin um eine Kapitalgesellschaft kann der Verwalter gegen Gesellschafter und eingeschränkt auch gegen Quasi-Gesellschafter Haftungs-, Gebrauchsüberlassungs- und Nutzungsansprüche geltend machen, sofern und soweit sich die jeweiligen Beiträge des Gesellschafters als kapitalersetzend qualifizieren lassen. In Betracht kommen Rückzahlungsverbote, Erstattung verbotener Rückzahlungen, Anfechtung sonstiger Rückzahlungen, Anfechtung von Sicherheiten sowie Ansprüche auf unentgeltliche Nutzung für die Dauer der Konkursabwicklung oder der vertraglich vereinbarten Laufzeit (§ 32a KO i. V. m. §§ 32a, 32b GmbHG).¹⁷⁸⁾
- 1058** Das Kapitalersatzrecht hat als Konsequenz aus der Unterkapitalisierung vieler Kapitalgesellschaften in bedenklicher Weise in die **Finanzierungsfreiheit** der Gesellschafter eingegriffen.¹⁷⁹⁾ Durch die Qualifizierung von Gesellschafterlei-

¹⁷⁸⁾ Braun/Uhlenbruck, S. 98.

¹⁷⁹⁾ Karsten Schmidt, ZIP 1994, 837; Noack, in: RWS-Forum 9, S. 195, 198 f.

stungen, sei es in Form von Darlehen, Kredithilfen oder der Überlassung von Gegenständen zum Zwecke der Nutzung, als haftendes Eigenkapital nach Eintritt der Krise erhält der **Gläubigerschutz Vorrang** vor den Interessen der Gesellschafter.¹⁸⁰⁾

Schnittstelle ist der Zeitpunkt, zu dem die Gesellschaft zu marktüblichen Bedingungen kein Fremdkapital mehr erhält. Darlehen, die seitens der Gesellschafter nach diesem Zeitpunkt gewährt werden oder stehenbleiben, nicht zurückgeforderte Kredithilfen sowie die unentgeltliche Nutzungsüberlassung von Grundstücken und Gebäuden sowie von Gegenständen des Anlage- und Umlaufvermögens werden Eigenkapital gleichgestellt. Nach Eintritt der Krise vorgenommene Darlehensrückzahlungen an den Gesellschafter oder die Enthaftung von Kreditsicherheiten, führen zu Rückerstattungs- oder Freistellungsansprüchen des Verwalters gegen den jeweiligen Gesellschafter.¹⁸¹⁾ 1059

Die aus dem Kapitalersatzrecht resultierenden Ansprüche des Verwalters gegen Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft können sich daher **liquiditätswirksam** auch zugunsten einer Betriebsfortführung auswirken. Dies gilt vor allem nach Einführung der Insolvenzordnung, da hier alle Ansprüche auf Rückgewähr kapitalersetzender Darlehen einbezogen und generell subordinated werden (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO).¹⁸²⁾ 1060

aa) Restwertausgleich bei überlassenen Betriebsmitteln

Liegen die Voraussetzungen einer eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung vor, so kann der Verwalter das Nutzungsrecht an einem Gegenstand, den ein Gesellschafter der Gesellschaft zum Zwecke des Gebrauchs und der Nutzung überlassen hat, entweder selbst oder durch Weiterübertragung des Nutzungsrechts ausüben. Veräußert der Gesellschafter den Gegenstand ohne Mitwirkung des Konkursverwalters oder gegen dessen Willen, so ist der Restwert des Nutzungsrechts unter Berücksichtigung der vertraglich vereinbarten oder bei einem Vertrag mit einem außenstehenden Dritten üblicherweise bestimmten zeitlichen Grenzen zugunsten der Masse in Geld zu erstatten.¹⁸³⁾ 1061

180) Wiedemann, § 10 (S. 515).

181) Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 879 ff Rz. 26 f.

182) Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 879 ff Rz. 26 f.

183) BGH, Urt. v. 11. 7. 1994 - II ZR 146/92 - Lagergrundstück III, BGHZ 127, I = ZIP 1994, 1261 = NJW 1994, 2349 m. Anm. Altmeyers; vgl. dazu auch EWIR 1994, 1201 (Timm).

**bb) Weiternutzung des Betriebsgrundstückes bei eigenkapital-
ersetzender Gebrauchsüberlassung**

- 1062** Liegt eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung eines Betriebsgrundstücks vor, so ist der Verwalter berechtigt, das der Gemeinschuldnerin überlassene oder nach Eintritt der Krise unentgeltlich belassene Grundstück zugunsten der Konkursmasse auch im Rahmen einer Betriebsfortführung zu nutzen. Bei Einstellung des Geschäftsbetriebs darf der Konkursverwalter durch anderweitige Verpachtung das Grundstück zugunsten der Masse verwerten. Der Erlös aus dem Pachtvertrag steht der Konkursmasse zu. Allerdings hat die Masse keinen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder dessen Herausgabe an den Verwalter.¹⁸⁴⁾
- 1063** Betroffen ist auch ein Gläubiger des Grundstückseigentümers, zu dessen Gunsten das als Kapitalersatz überlassene Grundstück mit Grundpfandrechten belastet ist, wobei es darauf ankommt, ob die mit der Bestellung und Eintragung des Rechts verbundene Erstreckung auf Miet- und Pachtzinsforderungen (§§ 1123 ff BGB) noch eine Verfügung des Eigentümers zugunsten der notleidenden Kapitalgesellschaft zuläßt.¹⁸⁵⁾

cc) Gesellschafterbürgschaft als eigenkapitalersetzende Kredithilfe

- 1064** Eine Kredithilfe, die ein Gesellschafter zum Beispiel in Form einer Bürgschaft für ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen zur Verfügung gestellt hat, wird in Eigenkapitalersatz umqualifiziert, sofern und soweit der Gesellschafter den Eintritt der Krise realisiert hat. In diesem Fall haftet der Gesellschafter im Konkurs der Gesellschaft dem Gläubiger primär.¹⁸⁶⁾
- 1065** Ist das durch den Gesellschafter besicherte Darlehen vor Konkurseröffnung zurückgezahlt worden oder hat der Dritte im Falle einer Doppelbesicherung nicht den bürgenden Gesellschafter, sondern die von der Gesellschaft selbst gestellte Sicherheit verwertet, so steht dem Konkursverwalter gegen den Gesellschafter im Innenverhältnis ein **Freistellungsanspruch** zu.¹⁸⁷⁾

184) BGH, Urt. v. 11. 7. 1994 - II ZR 162/92 - Lagergrundstück IV, BGHZ 127, 17 = ZIP 1994, 1441 = NJW 1994, 2760, dazu EWiR 1994, 1107 (Fleck); Henze, Rz. 572.

185) Zustimmung: LG München II, Urt. v. 13. 2. 1996 - 3 O 6799/95, ZIP 1996, 762; ablehnend: OLG München, Urt. v. 10. 10. 1996 - 19 U 2563/96, GmbHR 1997, 356 = WiB 1997, 139.

186) BGH, Urt. v. 7. 11. 1994 - II ZR 270/93 - Früchte-GmbH, BGHZ 127, 336 = ZIP 1994, 1934 = NJW 1995, 326, dazu EWiR 1995, 157 (Westermann); BGH, Urt. v. 9. 12. 1991 - II ZR 43/91, ZIP 1992, 108 = NJW 1992, 1166, dazu EWiR 1992, 277 (Hunecke); BGH, Urt. v. 18. 11. 1991 - II ZR 258/90, ZIP 1992, 177, dazu EWiR 1992, 363 (v. Gerkau); Altmeyden, ZIP 1994, 1939.

187) BGH, Urt. v. 9. 12. 1991 - II ZR 43/91, ZIP 1992, 108 = NJW 1992, 1166, dazu EWiR 1992, 277 (Hunecke); Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG, §§ 32a, 32b Rz. 144; Karsten Schmidt, ZIP 1981, 689, 694.

Als Kredithilfen, die in Eigenkapitalersatz umqualifiziert werden können, kommen auch gestundete Lieferantenforderungen eines Gesellschafters an die GmbH in Betracht. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Gesellschafter die Konkursreife der Gesellschaft erkannt hat oder jedenfalls die Möglichkeit gehabt hat, die den Eintritt der Krise begründenden Umstände zu erkennen.¹⁸⁸⁾ 1066

dd) Wirkungen kapitalersetzender Leistungen

Vorteilhaft und nutzbringend für eine Betriebsfortführung wirkt sich insbesondere das Recht des Verwalters auf Weiternutzung eines Betriebsgrundstücks im Falle einer eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung aus. Hieraus kann sich ein beträchtlicher Entlastungseffekt ergeben, wobei allerdings ungeklärt ist, ob und in welchem Umfange das Recht auf unentgeltliche Weiternutzung durch einen dinglich gesicherten Gläubiger des Gesellschafters beeinträchtigt werden kann, der die Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung des im Eigentum des Gesellschafters stehenden Objekts betreibt. 1067

Wie unter Anfechtungsbedingungen kann sich die Durchsetzbarkeit von Rückgewähransprüchen oder unentgeltlichen Nutzungsrechten gegen einen zum Ausgleich verpflichteten Gesellschafter unter Fortführungsbedingungen als problematisch erweisen, wenn der betreffende Gesellschafter aktiv in die Betriebsfortführung einbezogen wird, und zwar entweder als Geschäftspartner (Lieferant oder Kunde) oder als zukünftiger Geldgeber und Mitgesellschafter bei einer geplanten Reorganisation oder übertragenden Sanierung. 1068

Die Insolvenzordnung hat den von der Rechtsprechung geprägten Begriff der kapitalersetzenden Darlehen in das Gesetz aufgenommen und durch den Gesetzeswortlaut auch auf offene Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften ausgedehnt, sofern im Falle einer Personengesellschaft keine persönliche Haftung einer natürlichen Person gegeben ist (§ 135 InsO). 1069

Forderungen eines Gesellschafters aus kapitalersetzenden Darlehen oder Leistungen nehmen **zukünftig nachrangig** am Insolvenzverfahren teil und werden somit **teilweise entsperrt**, was auch der Konfliktlage in den Fällen Rechnung trägt, in denen der betroffene Gesellschafter in die Finanzierung einer Reorganisationslösung oder einer übertragenden Sanierung einbezogen werden soll (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO).¹⁸⁹⁾ 1070

188) BGH, Urt. v. 28. 11. 1994 - II ZR 77/93, ZIP 1995, 23 m. Anm. Altmeyen = NJW 1995, 457, dazu EWiR 1995, 367 (Fleck).

189) Karsten Schmidt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 911 ff Rz. 22.

f) Haftungsansprüche im Falle einer gescheiterten außergerichtlichen Sanierung

- 1071** Dem Insolvenzereignis gehen nahezu immer gescheiterte Sanierungsversuche voraus. Jeder Fehlschlag führt erfahrungsgemäß zu weitreichenden Haftungsansprüchen, die jedoch häufig entweder aufgrund eines bestehenden Informationsdefizits oder - im Falle einer Betriebsfortführung - aus taktischen Erwägungen nicht realisiert werden.¹⁹⁰⁾
- 1072** In der Krise des Schuldnerunternehmens steht jeder Gläubiger vor der Entscheidung, eingeräumte Geld- oder auch Lieferantenkredite zu kündigen, Sicherheiten zu verwerten und auf diese Weise die Liquidation des Unternehmens im Wege eines förmlichen Insolvenzverfahrens zu betreiben oder stillzuhalten und Sanierungsversuche der übrigen Beteiligten abzuwarten. Insbesondere Geldkreditgeber werden darüber hinaus aktiv in Sanierungsversuche eingeschaltet, deren Ziel die Beseitigung des Konkursgrundes und die Wiederherstellung der Ertragskraft des insolventen Unternehmens ist. Scheitert dieser Versuch, kommen bei Kapitalgesellschaften Ansprüche unter dem Gesichtspunkt der Konkursverschleppungshaftung (§ 64 GmbHG) in Betracht, deren Adressaten sowohl der Geschäftsführer, faktische Geschäftsführer einschließlich der Mitglieder von Beiräten und Aufsichtsräten, aber auch die Anstifter und Gehilfen sein können, letztere insbesondere dann, wenn sie aus eigennützigen Motiven an der Konkursverschleppung mitgewirkt haben.¹⁹¹⁾
- 1073** Um den **Eintritt der Konkursreife** festzustellen, ist der Verwalter auf das Gutachten eines meist externen Sachverständigen angewiesen, das zu Lasten der Masse in Auftrag gegeben wird. Steht danach der Tatbestand der Konkursverschleppung objektiv fest, haften die Verantwortlichen im Innenverhältnis auf den sogenannten **Quotenschaden**, der sich aus einer Vergleichsrechnung zwischen dem prognostizierten Ergebnis einer fiktiven Verfahrensabwicklung bei rechtzeitiger Stellung eines Konkursantrages und dem tatsächlichem Ergebnis des auf einen verspätet gestellten Konkursantrag eingeleiteten Insolvenzverfahrens ergibt.¹⁹²⁾

190) *Neuhof*, S. 26.

191) *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 59 ff.; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, § 64 Rz. 47 - 50; BGH, Urt. v. 5. 4. 1971 - VII ZR 163/69, BGHZ 56, 81; BGH, Urt. v. 21. 1. 1975 - VIII ZR 101/73, BGHZ 63, 382; BGH, Urt. v. 28. 1. 1981 - VIII ZR 88/80, BGHZ 79, 281 = ZIP 1981, 278 = NJW 1981, 922; BGH, Urt. v. 1. 7. 1991 - II ZR 180/90, ZIP 1991, 1140; BGH, Urt. v. 23. 10. 1985 - VIII ZR 210/84, ZIP 1986, 26 = NJW 1986, 586, dazu EWiR 1986, 165 (*Hommelhoff*); *Hess/Binz/Wienberg*, GesO, § 10 Rz. 137; *Henze/Bauer*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 997 ff Rz. 13 f.

192) BGH, Urt. v. 16. 12. 1958 - VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100, 104; BGH WM 1961, 1106; BGH WM 1962, 53; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, § 64 Rz. 36; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 53; *Altmeppen*, Vortragsmanuskript, S. 5.

Im **Außenverhältnis** haften die Verantwortlichen den sogenannten Neugläubigern auf Ersatz des vollen Schadens, jedoch unter Anrechnung des Quotenschadens, den diese dadurch erlitten haben, daß sie mit dem konkursreifen Unternehmen noch Verpflichtungsgeschäfte abgeschlossen haben, aus denen sie den geltend gemachten Ausfall erlitten haben.¹⁹³⁾ **1074**

Nach geltendem Recht muß jeder **Neugläubiger** den ihm entstandenen Schaden in eigener Regie verfolgen. Im zukünftigen Recht wird sowohl der Quotenschaden als auch der sogenannte Neugläubigerschaden nach den Grundsätzen der **Gesamtschadensliquidation** ausschließlich durch den Verwalter geltend gemacht (§ 92 InsO).¹⁹⁴⁾ **1075**

Dritte, die sich aus eigennützigen Motiven an der Konkursverschleppung aktiv beteiligt haben, sind im **Innenverhältnis** zur Herausgabe von Sicherheiten sowie des Verwertungserlöses verpflichtet und können die ihnen aus dem unzureichenden Sanierungskredit zustehende Forderung gegen den Gemeinschuldner im Falle der Insolvenz nicht geltend machen. Im Außenverhältnis haften sie dem einzelnen Neugläubiger auf Ersatz des diesem entstandenen Schadens nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 GmbHG, § 826 BGB).¹⁹⁵⁾ **1076**

In der Praxis sind die Fälle, in denen es Verwaltern gelungen ist, Geschäftsführer, faktische Geschäftsführer, Beiräte, Aufsichtsräte, Anstifter und Gehilfen wegen Konkursverschleppung auf den Quotenschaden in Anspruch zu nehmen, äußerst selten. Entscheidend ist die **Beweislast**, die es dem Verwalter auferlegt, eine in sich **schlüssige und nachvollziehbare Vergleichsrechnung** vorzulegen, aus der sich der geltend gemachte Unterschiedsbetrag in Form einer Quote ergibt. Die Bemühungen scheitern letztendlich vor allem im Bereich des Umlaufvermögens, da es nach Wochen und Monaten nicht mehr gelingt, den Bestand an Rohmaterial, Hilfs- und Betriebsstoffen sowie teiltfertigen Erzeugnissen rückwirkend und ohne Inventur auf einen bestimmten Stichtag hin zu ermitteln. **1077**

Da die **Konkursverschleppungshaftung** auch zu strafrechtlichen Konsequenzen für die Beteiligten führen kann, kommt es immer zu heftigen und langwierigen Auseinandersetzungen, so daß Schadensersatzansprüche entweder mangels ihrer Beweisbarkeit oder mangels Aktivlegitimation des Verwalters (Neu- **1078**

193) BGH, Vorlagebeschl. v. 20. 9. 1993 - II ZR 292/91, ZIP 1993, 1543 = NJW 1993, 2931, dazu EWIR 1993, 1095 (Roth); BGH, Ur. v. 6. 6. 1994 - II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, ZIP 1994, 1103 = NJW 1994, 2220, dazu EWIR 1994, 791 (Wilhelm).

194) Bork, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1017 ff Rz. 17; Braun/Uhlenbruck, S. 96.

195) BGH, Ur. v. 23. 10. 1985 - VIII ZR 210/84, ZIP 1986, 26 = NJW 1986, 586, dazu EWIR 1986, 165 (Hommelhoff).

gläubigerschaden) nicht zur Finanzierung einer Betriebsfortführung eingesetzt werden können.

g) Liquidität aus Konzernhaftungstatbeständen

- 1079** Im Konzern stehen dem beherrschten Unternehmen **Verlustausgleichsansprüche** gegen das herrschende Unternehmen zu. Voraussetzung ist, daß es sich um Kapitalgesellschaften handelt und die Geschäftsführung im finanziellen Bereich durch das herrschende Unternehmen gegen die Interessen des beherrschten Unternehmens ausgeübt wurde (§ 302 AktG). Sind die Verluste bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden, so ist die Muttergesellschaft zum Ausgleich dieser Verluste verpflichtet.¹⁹⁶⁾ Dabei finden die Vorschriften des Aktiengesetzes auf die GmbH entsprechende Anwendung¹⁹⁷⁾
- 1080** Die Höhe der Verlustausgleichsansprüche steht jedoch im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Einleitung oder Eröffnung eines Insolvenzverfahrens noch nicht fest. Ihre Bezifferung ist erst nach Vorlage einer Schlußbilanz für das abgelaufene (Rumpf-)Geschäftsjahr des beherrschten Unternehmens möglich,¹⁹⁸⁾ wobei sich die **Verlustübernahmeverpflichtung** nicht auf Abwicklungsverluste erstreckt.¹⁹⁹⁾
- 1081** Selbst wenn der im Konzern oftmals anzutreffende Domino-Effekt ausbleibt und das herrschende Unternehmen nicht in die Insolvenz der Tochtergesellschaft involviert wird, werden Verlustausgleichsansprüche im Normalfall erst im Zuge einer langwierigen Insolvenzabwicklung nach meist mehrjähriger Prozeßdauer realisiert. Auf in die Konkurseröffnungsbilanz eingestellte Verlustausgleichsansprüche erhält der Verwalter keinen Kredit. Für die Finanzierung einer Betriebsfortführung können diese Ansprüche allenfalls mittelbar eingesetzt werden, zum Beispiel um eine aus der Betriebsfortführung resultierende Unterdeckung auszugleichen oder nicht beglichene Fortführungsverbindlichkeiten noch zu regulieren.

196) BGH, Urt. v. 14. 12. 1987 - II ZR 170/87, BGHZ 103, 1 = ZIP 1988, 229, 232 = NJW 1988, 1326, dazu EWIR 1988, 1149 (Koch); Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. zu § 13 Rz. 24; Jaeger/Weber, KO, § 207 Rz. 11; Karsten Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht, S. 231; Braun/Uhlenbruck, S. 93.

197) BGH, Urt. v. 16. 9. 1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 = ZIP 1985, 1263, dazu EWIR 1985, 885 (Hommelhoff); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 207 Vorbem. K Rz. 2a.

198) BGH, Urt. 14. 12. 1987 - II ZR 170/87, BGHZ 103, 1 = ZIP 1988, 229 = NJW 1988, 1326, dazu EWIR 1988, 1149 (Koch); Acher, S. 36 ff.

199) Braun/Uhlenbruck, S. 93.

7. Öffentliche Finanzierungshilfen

Öffentliche **Kredit- und Zuschußprogramme** sind weder auf Reorganisation **1082** und übertragende Sanierung noch allgemein auf die Unterstützung einer Betriebsfortführung im eröffneten Insolvenzverfahren zugeschnitten. Gefördert werden in erster Linie Investitionen zur Durchführung des notwendigen Strukturwandels, zur Verbesserung der Beschäftigungslage sowie zur Regional- und Technologieförderung. Alle mittel- bis langfristig angelegten Programme, auch im Bereich der sogenannten Mittelstandsförderung, scheiden von vornherein zur Unterstützung einer Betriebsfortführung aus, da der Förderzeitraum nicht bestimmbar ist.

Soweit im Rahmen der **regionalen Wirtschaftsförderung** der Ausgleich von **1083** strukturellen Nachteilen auch zur Erhaltung und Verbesserung der Erwerbstätigenstruktur angestrebt wird, stehen auch diese Fördermaßen dem insolventen Unternehmen nach den vorgegebenen Antragsvoraussetzungen nicht zur Verfügung, da die jeweiligen Verwendungszwecke nicht erfüllt werden. Weder kann der Verwalter eine Betriebsfortführung als arbeitsplatzschaffende Maßnahme deklarieren, bei der nach den Förderrichtlinien ein Arbeitsplatzzuwachs von mindestens 15 % nachgewiesen werden muß, noch kann er im Bereich arbeitsplatzsichernder Maßnahmen den vorgegebenen Eigenanteil auf den Investitionsbetrag darstellen.

Auch die im Rahmen des **Mittelstandsprogramms** der Kreditanstalt für Wiederaufbau gewährte Liquiditätshilfe ist nicht auf Insolvenzbedingungen zugeschnitten. Liquiditätshilfekredite dienen der langfristigen Finanzierung von Liquiditätsbedarf sowie der grundlegenden Verbesserung der Finanzierungsstruktur sowie der Ausweitung der Unternehmensaktivität.²⁰⁰⁾ Ebenso wenig stehen Mittel der deutschen Ausgleichsbank zur Absicherung einer Betriebsfortführung im eröffneten Insolvenzverfahren zur Verfügung, da die Richtlinien Sanierungsfälle ausdrücklich von jeder Förderung ausnehmen.²⁰¹⁾ **1084**

Finanzhilfen der Länder zur Sicherung von Arbeitsplätzen stehen in Form **1085** von öffentlich-rechtlichen Bürgschaften zur Verfügung, soweit entsprechende Haushaltsmittel noch vorhanden sind.²⁰²⁾ Gleichartige Richtlinien für die Gewährung von Finanzhilfen an Wirtschaftsunternehmen zum Zwecke der Sicherung von Arbeitsplätzen gelten in ähnlicher Form für alle übrigen Bundesländer. Die Finanzhilfen stehen allerdings nur zur Verfügung, wenn dem jeweiligen Antragsteller von einem Kreditinstitut seiner Wahl ein neuer Kredit für betriebliche Zwecke unter dem Vorbehalt einer Landesbürgschaft zugesagt wor-

200) Kreditanstalt für Wiederaufbau, Merkblatt für Mittelstandsprogramm 8/96.

201) Richtlinien der Deutschen Ausgleichsbank (DTA) Nr. 2/1996.

202) Runderlaß des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr des Landes NRW vom 15. 6. 1976, geändert durch Runderlaß vom 25. 6. 1979 - I/B - 60 - 40 Nr. 1.

den ist und die mit der Bürgschaftsübernahme nach den Richtlinien-Bestimmungen geäußerte Erwartung einer dauerhaften Betriebsfortführung erfüllt wird (vgl. Nr. 2.31 der Richtlinien; Nr. 8.1 der Anlage 1 der Richtlinien).

- 1086** Nach den Richtlinien der Bundesländer ist die Gewährung von Finanzhilfen in Form von **Landesbürgschaften** zur Absicherung eines Liquiditätskredites generell auch unter den Bedingungen einer Betriebsfortführung im eröffneten Insolvenzverfahren möglich. Die Höhe der jeweiligen Finanzhilfe und ihre zeitliche Dauer hängt dabei von den Bedingungen des Einzelfalls ab. Sämtliche Finanzhilfen setzen voraus, daß ein - meist bereits am Verfahren beteiligtes - Kreditinstitut zur Gewährung eines neuen Kredites für betriebliche Zwecke bereit ist.
- 1087** Die Gewährung neuer Kredite und deren Absicherung mittels Landesbürgschaft kommt daher nach allen vorliegenden Erfahrungen nur bei Großverfahren in Betracht, die überregionale Bedeutung haben, oder dann, wenn die Zahl der von Stilllegung bedrohten Arbeitsplätze zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung der regionalen Erwerbstätigenstruktur führen kann.
- 1088** Liegen diese Voraussetzungen vor, dann sind die Möglichkeiten zur Gewährung einer öffentlichen Finanzhilfe meist bereits im Vorstadium geprüft worden. Für den fortführenden Verwalter kommt es dann darauf an, mit der Wirtschaftsförderungsgesellschaft des zuständigen Bundeslandes, dem Wirtschaftsministerium und in einigen Fällen auch mit dem Ministerium für Arbeit und Soziales die grundsätzlichen Voraussetzungen für die Finanzhilfe und deren Bedingungen abzuklären. In den sogenannten Standardverfahren, die mehr als 90 % aller Insolvenzen ausmachen, oder gar in den Kleinverfahren, die mit einem Anteil von über 50 % vertreten sind, stehen öffentliche Finanzhilfen zur Absicherung einer Betriebsfortführung nicht zur Verfügung.²⁰³⁾
- 1089** Arbeitsplatzbezogen gibt es Finanzierungshilfen, die auch dem Verwalter im eröffneten Insolvenzverfahren zur Verfügung stehen. Dazu zählt die Regelung des bisherigen § 249h AFG als Lohnzuschußmaßnahme, die begrenzt war auf das Gebiet der neuen Bundesländer. Für das gesamte Bundesgebiet wird daraus ab dem 1. Januar 1998 die Vorschrift des § 242s AFG.²⁰⁴⁾ Diese Regelung sieht zeitlich begrenzt die Gewährung eines Lohnkostenzuschusses in Höhe von 2 400 DM pro Person vor.
- 1090** Schwieriger ist die Darstellung eines Qualifizierungszuschusses nach § 103b AFG, der für die Dauer von drei Monaten gezahlt wird. Damit können Überbrückungen abgedeckt werden, doch läßt sich im Rahmen eines eröffneten

203) Zur Statistik: vgl. Untersuchung Verein Creditreform, FAZ vom 27. 7. 1996, S. 15.

204) Gemäß Arbeitsförderungs-Reformgesetz (AFRG) vom 24. 3. 1997, BGBl I, 594, 702.

Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- oder Insolvenzverfahren eine Qualifizierungsmaßnahme nur schwer begründen.

Darüber hinaus halten alle Bundesländer Förderprogramme im Rahmen der sogenannten **aktiven Arbeitsmarktpolitik** bereit. Selbst wenn es dem Verwalter gelingt, sich mit Hilfe von meist landeseigenen Beratungsgesellschaften durch das Dickicht der Förderprogramme zu kämpfen, bleibt am Ende nur die Erkenntnis, daß die meisten dieser Programme nicht auf Betriebsfortführungen im eröffneten Insolvenzverfahren ausgerichtet sind. Beispielhaft zeigt die Arbeitsmarktförderung des Landes Nordrhein-Westfalen mit immerhin 15 Einzelprogrammen (z. B. Pro Regio, RECHAR, AQUA, ABM-Förderung, New Horizon), die nahezu ausschließliche Ausrichtung auf Qualifizierungsmaßnahmen. Die isolierte Förderung von Beschäftigung, insbesondere zur Erhaltung von bedrohten Arbeitsplätzen in kleinen und mittleren Unternehmen, ist nicht in einem einzigen Fall Gegenstand der Förderung. 1091

Gleichwohl lohnt es sich für den fortführenden Verwalter, Verbindung zu den jeweiligen Ansprechpartnern aufzunehmen, da der zunehmende Druck auf dem Arbeitsmarkt, der sich seit Beginn des Jahres 1997 auch in Demonstrationen entlädt, die Bereitschaft zu unbürokratischer Hilfestellung durch Erweiterung oder Anpassung der Programme im Einzelfall auch über ihre ursprüngliche Ausrichtung hinaus fördert. 1092

VIII. Abstimmung mit sonstigen Beteiligten

Auch im Verhältnis zu Verfahrensbeteiligten, die eine Betriebsfortführung nicht unmittelbar durch die Ausübung von Sonderrechten beeinflussen können oder deren Mitwirkung zur Gewährleistung der Rentabilität verzichtbar ist, sind Abstimmungs- und Vermittlungsmaßnahmen erforderlich, um den **störungsfreien Ablauf** der Betriebsfortführung zu gewährleisten. 1093

Die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes sollte daher unverzüglich durch Rundschreiben an die beteiligten Gläubiger und Schuldner bekanntgemacht werden, da diese in der Fortführung als Lieferanten und Kunden eine wichtige Rolle spielen können. Ist der Gemeinschuldner von wenigen Lieferanten oder Kunden abhängig, muß die Fortführung im persönlichen Gespräch vermittelt werden, um die Lieferbeziehung zu sichern und den Kunden zu halten. Letzteres ist nur möglich, wenn der Sequester oder Verwalter in der Lage ist, dem Kunden die für die Abwicklung der Aufträge benötigte Sicherheit zu garantieren, indem er die ordnungsgemäße und termingerechte Ausführung bestehender Aufträge zusichert. Häufig werden vom Verwalter hierbei **Preiszugeständnisse** verlangt, insbesondere wenn insolvenzverfahrens Abnehmer wissen, daß der Sequester im Eröffnungsverfahren aufgrund der Konkursausfallgeldversicherung Löhne und Gehälter zunächst nicht aus eigenen Mitteln abdecken muß. 1094

- 1095** Ob und in welchem Maße es gelingt, die Beziehung zu den Abnehmern zu sichern, hängt vom jeweiligen Einzelfall und der Interessenlage ab. Befindet sich der Kunde selbst im Termindruck und läuft er Gefahr, seine Abnehmer zu verlieren, wenn der Gemeinschuldner als Zulieferer seinen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachkommt, ist es sogar umgekehrt möglich, **Konditionsvorteile** zugunsten der Masse auszuhandeln, zusätzliche Anzahlungen zu erhalten oder den Kunden zu veranlassen, das benötigte Rohmaterial selbst zu finanzieren und beizustellen, sofern nur die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages gewährleistet werden kann.
- 1096** Allgemeine Regeln zur Aufrechterhaltung der Lieferanten- und Kundenbeziehungen gibt es nicht. Häufig geben **Erfahrungen aus früheren Verfahren** bei der Entscheidung über die Fortführung oder Beendigung einer Geschäftsverbindung den Ausschlag.
- 1097** Sequester und Verwalter sollten sich davor hüten, die Abwicklung von Insolvenzverfahren über die **Presse** zu betreiben. Ausnahmsweise kann jedoch zu Beginn eines Verfahrens eine Entscheidung zur Fortführung des Geschäftsbetriebes öffentlichkeitswirksam verbreitet werden, um den damit regelmäßig verbundenen Motivationsschub zu nutzen und zweifelnde Geschäftspartner durch Übersendung von Zeitungsausschnitten nach dem Motto zu überzeugen: „Wenn es in der Zeitung steht, muß es stimmen“.

IX. Einbeziehung des Gemeinschuldners und seine Rolle

1. Allgemeines

- 1098** Im Konkurs- und insbesondere im Gesamtvollstreckungsverfahren spielt der Gemeinschuldner nur eine untergeordnete Rolle. Während der Sequestration bleibt er zwar als Rechtssubjekt erhalten, seine rechtsgeschäftlichen Verfügungen und Rechtshandlungen bedürfen jedoch zu ihrer Wirksamkeit schon zu diesem Zeitpunkt der Zustimmung des Sequesters. Tatsächlich wird der Gemeinschuldner auf diese Weise nahezu vollständig entmachtet. Kunden und Lieferanten, Mitarbeiter und die übrigen Verfahrensorgane suchen ausschließlich den Kontakt zum Sequester, um verbindliche Aussagen über die weitere Verfahrensabwicklung zu erhalten. Abstimmungsprobleme mit dem Gemeinschuldner sind selten, da dieser meist ein eigenes Interesse an der Fortführung seines Betriebes hat.

2. Die Rechtsstellung des Gemeinschuldners

- 1099** Im eröffneten Verfahren hat der Konkursverwalter den Gemeinschuldner zu unterrichten, wenn er vor der Gläubigerversammlung das Geschäft schließen will (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 KO). Hiergegen kann der Gemeinschuldner nur mit einem Untersugungsantrag vorgehen, wenn er die Durchführung eines

Zwangsvergleichs beabsichtigt und dazu bereits einen Vergleichsvorschlag eingereicht hat (§ 130 Abs. 2 KO).

Nach der Gläubigerversammlung ist der Gemeinschuldner praktisch nicht mehr existent. Lediglich in bestimmten Fällen hat der Verwalter ihn über beabsichtigte Maßnahmen zu unterrichten (§ 135 Abs. 1 KO). Dagegen ist der Gemeinschuldner zur Mitwirkung und insbesondere zur Auskunftserteilung verpflichtet (§§ 100 ff KO). Diese Verpflichtung kann notfalls zwangsweise durchgesetzt werden. 1100

Gleiches gilt für den Bereich der Gesamtvollstreckung (§ 3 GesO). Beteiligungsrechte zugunsten des Gemeinschuldners sieht die Gesamtvollstreckung nicht vor, sofern der Schuldner nicht beabsichtigt, das Verfahren mit einem Vergleich zu beenden (§ 16 GesO). 1101

Die **Rechtsstellung** des Schuldners erfährt durch die Insolvenzordnung eine **wesentliche Stärkung**.²⁰⁵⁾ Dies ergibt sich bereits aus der Neubestimmung der Verfahrensziele, bei denen die Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers oder Schuldners gleichberechtigt neben die Einzel- oder Gesamtliquidation getreten ist. 1102

Solange Reorganisation als Verfahrensziel denkbar ist oder angestrebt wird, muß daher der Gemeinschuldner zwangsläufig und folgerichtig in Abwicklungsentscheidungen einbezogen werden, zumal er dabei wichtige Dienste leisten kann.²⁰⁶⁾ Für den Bereich der Betriebsfortführung gilt dies insbesondere, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter vor dem Berichtstermin den Geschäftsbetrieb stilllegen will. So hat der Schuldner die Möglichkeit, einer Stillelegungsentscheidung mit einem **Untersagungsantrag** an das Insolvenzgericht entgegenzutreten, das dem Antrag stattgeben muß, wenn die Stilllegung ohne erhebliche Verminderung der Insolvenzmasse bis zum Berichtstermin verschoben werden kann (§ 158 Abs. 2 InsO).²⁰⁷⁾ 1103

Abgesehen von den Fällen der Eigenverwaltung (§§ 270 ff InsO), die für eine Betriebsfortführung nur eine untergeordnete Rolle spielen, da der Schuldner als Vertrags- oder Verhandlungspartner nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens nicht mehr akzeptiert wird, stärkt das Reformgesetz die Stellung des Schuldners insbesondere dann, wenn die Verfahrensziele der Reorganisation oder der übertragenden Sanierung angestrebt werden. Schon im Berichtstermin hat der Schuldner das Recht, zum Bericht des Verwalters, der sich auch mit den Erhaltungsaussichten des schuldnerischen Betriebes zu befassen hat, Stel- 1104

205) Grub, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 513 ff Rz. 100, 27; Gravenbrucher Kreis, ZIP 1992, 657, 661.

206) Landfermann, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 127 ff Rz. 83.

207) Grub, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 513 ff Rz. 60.

lung zu nehmen und dabei auch eigene Vorschläge zu unterbreiten (§ 156 Abs. 2 InsO).

- 1105** Bei besonders bedeutsamen Rechtshandlungen hat der Schuldner die Möglichkeit, diese vorläufig bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung vom Insolvenzgericht untersagen zu lassen (§ 161 InsO). Lehnt der Schuldner eine vom Verwalter beabsichtigte Betriebsveräußerung oder deren Konditionen ab, so kann er beim Insolvenzgericht beantragen, daß die geplante Veräußerung nur mit Zustimmung der Gläubigerversammlung zulässig ist (§ 163 Abs. 1 InsO).²⁰⁸⁾

3. Der Schuldner im Insolvenzplanverfahren

- 1106** Soll abweichend vom Regelverfahren das Verfahren über einen Insolvenzplan abgewickelt werden, so steht dem Schuldner neben dem Verwalter das **Initiativrecht** zu, wobei der Insolvenzplan bereits mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim Insolvenzgericht eingereicht werden kann (§ 218 Abs. 1 Satz 1, § 18 InsO). Wird der Verwalter beauftragt, einen Insolvenzplan auszuarbeiten, so wirkt der Schuldner bei der Aufstellung des Plans beratend mit (§ 218 Abs. 3 InsO). Hat der Schuldner einen Insolvenzplan vorgelegt, dann kann das Insolvenzgericht auf seinen Antrag die **Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse aussetzen** (§ 233 InsO).²⁰⁹⁾
- 1107** Stammt der vorgelegte Insolvenzplan nicht vom Schuldner, so hat er die Möglichkeit zum Widerspruch (§ 247 InsO). Aufstellung und Durchführung eines Insolvenzplans sind daher nur unter Einbeziehung des Schuldners denkbar. Handelt es sich bei dem Insolvenzplan um einen Sanierungsplan (Fortführungsplan), setzt das Planverfahren notwendigerweise die Kooperation mit dem Schuldner voraus, auf dessen Initiative in diesen Fällen das Planverfahren betrieben wird.

4. Unterstützung des Gemeinschuldners

- 1108** Wird der Gemeinschuldner als Inhaber des Geschäfts, geschäftsführender Gesellschafter einer Personengesellschaft oder als persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft aktiv in die Fortführung eingeschaltet, dann kann seine Tätigkeit vergütungsmäßig über die in den Insolvenzgesetzen geregelten Unterhaltsansprüche abgedeckt werden.

208) *Grub*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 513 ff Rz. 61; *Balz/Landfermann*, S. 270.

209) *Maus*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707 ff Rz. 24 - 27.

Bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung entscheidet der Konkursverwalter über die Gewährung des notdürftigen Unterhaltes (§ 129 Abs. 1 KO). Die endgültige Beschlußfassung obliegt dann der Gläubigerversammlung, die in ihrer Entscheidung nicht beschränkt ist und auch weitergehende Unterstützungsleistungen aus der Konkursmasse bewilligen kann (§ 132 Abs. 1 KO).²¹⁰⁾ 1109

Bei der Bemessung des Unterhaltes ist neben dem Umfang der tatsächlich erbrachten Leistung und den wirtschaftlichen Verhältnissen auch das bisherige Verhalten des Gemeinschuldners zu berücksichtigen.²¹¹⁾ 1110

Die Gesamtvollstreckung kennt keine Unterstützungsleistung zugunsten des Gemeinschuldners. Die Möglichkeit, den Gemeinschuldner gegen Entgelt oder Gewährung von Unterstützungsleistungen zu beschäftigen, wird jedoch auch für die Gesamtvollstreckung nicht bestritten.²¹²⁾ 1111

Eine finanzielle Absicherung des Schuldners ist erforderlich, wenn die Weiterführung des schuldnerischen Geschäfts von Zulassungen, Erlaubnissen und Bewilligungen abhängt, die nur in der Person des Gemeinschuldners vorliegen, oder wenn es sich um Freiberufler handelt.²¹³⁾ Die hier erforderliche Zusammenarbeit zwischen Verwalter und Gemeinschuldner gestaltet sich insbesondere bei der Weiterführung von Arztpraxen meist unproblematisch. Dabei wird im Bereich einer zulassungspflichtigen Tätigkeit der Gemeinschuldner nur in der Vermögensverwaltung durch den Insolvenzverwalter verdrängt.²¹⁴⁾ 1112

Auch nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung beschließt die Gläubigerversammlung über Art und Umfang der einem Schuldner zu gewährenden Unterstützung (§ 100 Abs. 1 InsO). Bis zur Beschlußfassung der Gläubigerversammlung im Berichtstermin steht es dem Insolvenzverwalter frei, dem Schuldner vorläufig den notwendigen Unterhalt zu gewähren (§ 100 Abs. 2 InsO).²¹⁵⁾ 1113

Grundsätzlich ist der Schuldner nicht zu Dienstleistungen für die Insolvenzmasse verpflichtet, auch wenn er den Verwalter bei der Erfüllung von dessen Aufgaben zu unterstützen hat. Reorganisation und Sanierung sind ohne oder 1114

210) *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 132 Anm. 3; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 132 Rz. 2.

211) BGH, Urt. v. 10. 2. 1981 - I StR 515/80, MDR 1981, 510.

212) *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, § 1 Rz. 177; *Köhle*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 615 ff Rz. 31.

213) BFH, Urt. v. 22. 3. 1994 - VII R 58/93, ZIP 1994, 1283, dazu EWiR 1994, 1003 (*Pape*); *Schick*, NJW 1990, 2359, 2361.

214) Vgl. dazu auch: *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 117 Rz. 14c, der eine Zusammenarbeit zwischen Praxisinhaber und Konkursverwalter aus praktischen Gründen für problematisch hält.

215) *Köhle*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 615 ff Rz. 31.

gegen den Schuldner nicht denkbar. Erbringt dieser in seinem oder auch im Interesse der Gläubiger Dienstleistungen, ist es zulässig und legitim, ihm hierfür eine angemessene Unterstützung aus der Masse bis zur Höhe des Pfändungsfreibetrages zu zahlen.²¹⁶⁾

5. Die GmbH und die Einbeziehung ihrer Organe

- 1115 Bei den juristischen Personen und den Genossenschaften (unten Rz. 1128 ff) treten an die Stelle des Schuldners ihre organschaftlichen Vertreter. Konkurs, Gesamtvollstreckung und Insolvenz verändern dabei die **Organkompetenz**, da die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse über das Gesellschaftsvermögen in allen Fällen auf den jeweiligen Verwalter übergehen, während die organschaftlichen Vertreter die Gemeinschuldnerrolle übernehmen.²¹⁷⁾ Die bestellten Gesellschaftsorgane bleiben lediglich für das konkursfreie Vermögen, die innergesellschaftliche Willensbildung und das Registerverfahren im sogenannten nicht verdrängenden Bereich zuständig.²¹⁸⁾

a) Abberufung

- 1116 Die Gesellschafter der GmbH sind insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen häufig auch deren Geschäftsführer. Manipulationen zu ihren Gunsten und zu Lasten der Gesellschaft, gravierende Führungsfehler, aber teilweise auch strafrechtlich relevante Sachverhalte, Unfähigkeit und Inkompetenz verlangen vom fortführenden Verwalter häufig die Entscheidung, die Geschäftsführung kurzfristig zu suspendieren. Dabei ist der Verwalter für die Abberufung des Geschäftsführers als Organ nicht zuständig. Die Abberufung kann allein von der Gesellschafterversammlung nach den Bestimmungen des GmbH-Rechts erfolgen, was in mehr als der Hälfte aller GmbH-Insolvenzen bereits vor Antragstellung geschehen ist.²¹⁹⁾

216) So auch *Grub*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 513 ff Rz. 42; zu eng die Auffassung von *Kohte*, ebenda, S. 613 ff Rz. 80 ff, der die Unterstützung nur als Unterhaltsleistung im engeren Sinne versteht, und *Landfermann*, ebenda, S. 127 ff Rz. 97.

217) *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, § 63 Rz. 63; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 213 Anm. 4e; *Uhlenbruck*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 879 ff Rz. 32 - 36.

218) *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, vor § 207 Rz. 21; *Grüneberg*, S. 71 ff.

219) *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, § 38 Rz. 44; *Uhlenbruck*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 879 ff Rz. 34; *Henssler*, ebenda, S. 977 ff Rz. 5.

b) Kündigung

Kündbar ist jedoch der **Dienstvertrag** zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer (§ 22 Abs. 1 KO, § 9 Abs. 2 GesO, § 113 Abs. 1 InsO).²²⁰⁾ Dies bedeutet, daß das Anstellungsverhältnis des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH mit Konkurseröffnung nicht automatisch endet, sondern vom Verwalter gekündigt werden muß. Dabei sind grundsätzlich die gesetzlichen Kündigungsfristen gemäß § 622 BGB einzuhalten, wobei im Konkurs seit dem 1. Oktober 1996 die Fristen der Insolvenzordnung (§ 113 InsO) zur Anwendung kommen (oben Rz. 880). Bis zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses handelt es sich bei den Vergütungsansprüchen des Geschäftsführers um Masseschulden im Rahmen des § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

Wird der Geschäftsführer nach Eröffnung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens weiterbeschäftigt, handelt es sich bei seinen Bezügen um vorab zu begleichende Verbindlichkeiten im Rang des § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, im Falle der Freistellung erfolgt eine Herabstufung in den Rang des § 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a GesO.

Soweit vertraglich längere als die gesetzlichen Kündigungsfristen vereinbart sind, steht dem vom Verwalter mit gesetzlicher Frist gekündigten Gesellschafter-Geschäftsführer ein Schadensersatzanspruch zu, der jedoch nur den Rang einer einfachen Forderung hat (§ 22 Abs. 2 KO, § 9 Abs. 2 GesO, § 113 Abs. 1 Satz 3 InsO).

Im Falle besonderer Umstände ist auch die fristlose Kündigung durch den Verwalter zulässig.²²¹⁾ Grundsätzlich wird eine fristlose Kündigung für gerechtfertigt gehalten, wenn gravierende Interessenkollisionen zwischen Konkursverwalter und Gesellschafter-Geschäftsführer bestehen, z. B. wenn der Verwalter gegen diesen wegen Verstößen gegen die Verpflichtung zur Zahlung der Stammeinlage oder des Kapitalerhaltungsgrundsatzes vorgehen muß.²²²⁾

220) BGH, Urt. v. 21. 10. 1992 - XII ZR 118/91, ZIP 1993, 150 = WM, 1983, 120, 121, dazu EWIR 1993, 43 (Blank); BGH, Urt. v. 25. 6. 1979 - II ZR 219/78, BGHZ 75, 209, ZIP 1980, 46 = NJW 1980, 595; BGH, Urt. v. 29. 1. 1981 - II ZR 92/80, BGHZ 79, 291 = ZIP 1981, 367 = NJW 1981, 1270; OLG Hamm, Urt. v. 2. 6. 1986 - 8 U 298/85, ZIP 1987, 121, dazu EWIR 1987, 271 (Groß); OLG Köln GmbHR 1959, 258 = DB 1959, 884; OLG Jena, Urt. v. 30. 11. 1995 - I U 237/95, ZIP 1996, 241, dazu EWIR 1996, 169 (Johlke); Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 22 Anm. 3c; Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG, § 63 Rz. 64; Henssler, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 977 ff Rz. 8.

221) BGH, Urt. v. 25. 6. 1979 - II ZR 219/78, BGHZ 75, 209 = ZIP 1980, 46; Henssler, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 977 ff Rz. 21.

222) Timm, ZIP 1987, 69; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 22 Rz. 5a.

c) Vergütung

- 1121 Die grundsätzliche Verpflichtung, einem geschäftsführenden Gesellschafter seine Bezüge bis zur Beendigung des Anstellungsvertrages fortzuzahlen, stößt bei den Gläubigern häufig auf Kritik und Unverständnis, da dieser regelmäßig den Zusammenbruch der Gesellschaft zu verantworten hat.²²³⁾ Allerdings kann der Verwalter mit Schadensersatzansprüchen aufrechnen, die der insolventen Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer zustehen, sofern diesem schuldhaft Verletzungen seiner Geschäftsführerpflichten nachgewiesen werden können. In Betracht kommen auch Rückgewähransprüche aus Konkursanfechtung, wenn sich der geschäftsführende Gesellschafter im Vorfeld der Insolvenz auf Kosten der Gläubiger z. B. durch Änderung seines Anstellungsvertrages noch besondere Vorteile verschafft hat.²²⁴⁾
- 1122 Steht der Geschäftsführer im Kreuzfeuer der Kritik, dann muß der Verwalter insbesondere unter Fortführungsgesichtspunkten schnell über seine Suspendierung entscheiden, um die Rahmenbedingungen für eine Fortführung nicht zu gefährden. Hält der Verwalter gegen den Widerstand wichtiger Gläubiger an einem angeschlagenen Geschäftsführer fest, so riskiert er seine eigene Akzeptanz, was sich zugleich auch nachteilig für die Aufrechterhaltung der zur Betriebsfortführung notwendigen Geschäftsbeziehungen auswirken kann.
- 1123 Ist das Verhalten des Geschäftsführers in der Krise nicht zu beanstanden und verfügt dieser über das für eine Fortführung unverzichtbare Wissen im kaufmännischen, technischen oder organisatorischen Bereich, so gehört es zu den wichtigen Aufgaben des Verwalters, die zukünftige Rolle der bisherigen Leitungsorgane neu zu definieren und für alle Beteiligten transparent zu machen, um Kompetenzkonflikte zu vermeiden. Wie den Schuldner selbst trifft auch den organschaftlichen Vertreter und den persönlich haftenden Gesellschafter die Pflicht, den Verwalter bei der Abwicklung zu unterstützen.²²⁵⁾ Regelungsbedürftig ist auch die **Vergütungsfrage**, da eine Beibehaltung der bisherigen Bezüge den übrigen Beteiligten wegen der besonderen Verantwortung der Geschäftsleitung im Insolvenzfall nicht zu vermitteln ist. Zu zahlen ist eine Vergütung, die im Hinblick auf Art und Umfang der Tätigkeit angemessen ist.²²⁶⁾

d) Insolvenzsicherung der Geschäftsführeransprüche

- 1124 Haben sich die Organe auch persönlich gegenüber Gläubigern verpflichtet und drohen deshalb auch im persönlichen und privaten Bereich der Geschäftsführer

223) Weber, KTS 1970, 73, 83.

224) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 22 Rz. 5a.

225) Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 879 ff, 890 Rz. 35 - 37; Henssler, ebenda, S. 977 ff Rz. 24 ff.

226) Henssler, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 977 ff Rz. 30.

finanzielle Notlagen, so muß die mögliche Insolvenzversicherung der Geschäftsführeransprüche geprüft und gewährleistet werden.

Die Insolvenzversicherung ist unproblematisch, soweit der Geschäftsführer, auch **1125**
wenn er gleichzeitig Gesellschafter ist, als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist. Dies hängt letztendlich von der **Höhe seiner Beteiligung** an der Gesellschaft ab.²²⁷⁾ Nach den Durchführungsanweisungen der Bundesanstalt für Arbeit zu den §§ 141a - 141n AFG wird ein Geschäftsführer dann nicht als Arbeitnehmer betrachtet, wenn sein Einfluß auf die Entscheidungen der Gesellschaft so groß ist, daß er gegebenenfalls nachteilige Gesellschafterbeschlüsse verhindern kann. Die Einstufung des Geschäftsführers hat dabei nicht nur Auswirkungen auf seine Berechtigung zum Bezug von Konkursausfallgeld, sondern gleichermaßen auch für die Ruhegeldansprüche sowie das Arbeitslosengeld.²²⁸⁾

Kann **mangels Arbeitnehmereigenschaft** eine Insolvenzversicherung der Geschäftsführeransprüche nicht gewährleistet werden, muß der fortführende Verwalter - wenn möglich in Abstimmung mit den Mitgliedern eines vorläufigen Gläubigerausschusses - eine Entscheidung über die angemessene Vergütung der weiteren Tätigkeit der bisherigen Leitungsorgane herbeiführen, um die wirtschaftliche Existenz der Geschäftsführer und damit verbunden auch ihre Motivation zu sichern.²²⁹⁾ Die wichtigsten Gläubiger sind häufig ebenfalls an einer schnellen Regelung interessiert, um die Werthaltigkeit persönlicher Sicherheiten des Geschäftsführers zu erhalten. **1126**

e) **Verfahrensrechtliche Stellung des Geschäftsführers**

Auch ein nicht in die Betriebsfortführung einbezogenes Organ behält seine **verfahrensrechtlichen Kompetenzen**, die in Abstimmung mit den Gesellschaftern und unter Berücksichtigung von deren Weisungen ausgeübt werden.²³⁰⁾ Über die erweiterten Mitwirkungsrechte nach der Insolvenzordnung zum Beispiel im Planverfahren kann daher auch der suspendierte Geschäftsführer seinen Einfluß geltend machen, so daß eine grundsätzliche Abstimmung der Fortführungsentscheidung und einzelner Maßnahmen nicht zu vermeiden ist.²³¹⁾ **1127**

227) BSG, Urt. v. 22. 11. 1974 - 1 RA 251/73, BB 1975, 282; Hess, KO, § 141a AFG, Anm. 25; LSG München, Bayerisches Amtsblatt 1983, 813; BGH, Urt. v. 28. 4. 1980 - II ZR 254/78, BGHZ 77, 94 = ZIP 1980, 453; Henze/Bauer, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 997 Rz. 11.

228) Uhlenbruck, GmbH & Co. KG, S. 575 ff; Hommelhoff/Timm, KTS 1981, 1 ff, 289 ff; Moll, ZIP 1980, 422; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 207 Vorbem. D Rz. 25b.

229) Henssler, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 977 ff Rz. 30.

230) Henssler, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 977 ff Rz. 36.

231) Grub, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 513 ff Rz. 58 - 68.

6. Besonderheiten beim Genossenschaftskonkurs

- 1128** Für das Verhältnis zwischen Verwalter und dem Vorstand einer Genossenschaft gelten im wesentlichen die gleichen Grundsätze. Die Vorstandsmitglieder sind Träger der Gemeinschuldnerrolle, während sie im Bereich ihrer Leitungsmacht durch den Verwalter verdrängt werden.²³²⁾ Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder der Genossenschaft können unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt werden, sofern nicht vertraglich eine kürzere Frist vereinbart wurde (§ 22 KO, § 9 Abs. 2 GesO, § 113 Abs. 1 InsO).
- 1129** Die Vergütungsansprüche der Vorstandsmitglieder aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind einfache Forderungen, für die Zeit nach Verfahrenseröffnung bis zur Beendigung des Anstellungsvertrages hingegen Masseschulden (§ 59 Abs. 1 Nr. 2 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 oder § 13 Abs. 1 Nr. 3 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO).²³³⁾
- 1130** Da die Genossenschaft mit Verfahrenseröffnung aufgelöst wird (§ 101 GenG), haben die Vorstandsmitglieder als Liquidatoren die Genossenschaft parallel zum Insolvenzverfahren abzuwickeln.²³⁴⁾ Auch deshalb setzt die Umsetzung einer Fortführungskonzeption in der Insolvenz einer Genossenschaft eine laufende Abstimmung zwischen dem Verwalter und den Vorstandsmitgliedern voraus.
- 1131** Dies gilt insbesondere im Geltungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung, da die Genossenschaften hier eine wichtige Rolle spielen, bedingt durch die Umwandlung vieler landwirtschaftlichen Betriebe, denen nach dem **Landwirtschaftsanpassungsgesetz**²³⁵⁾ zunächst nur die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft zur Verfügung stand. Seit Juni 1991 konnten sie sich auch in Personen- und Kapitalgesellschaften umwandeln (§ 23 LwAnpG).²³⁶⁾ Betroffen davon waren sowohl die landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften (LPG) als auch die gärtnerischen Produktionsgenossenschaften (GPG) und die Produktionsgenossenschaften der Binnenfischer (PGB), auf die sämtlich die Bestimmungen des LPG-Gesetzes²³⁷⁾ Anwendung fanden (§ 46 LPGG). Auch auf die Produktionsgenossenschaft des Handwerks (PGH) findet das Ge-

232) Müller, GenG, § 101 Anm. 8 - 17; Braun/Uhlenbruck, S. 86.

233) RG, Urt. v. 13. 3. 1928 - II 475/27, RGZ 120, 300, 302; RG, Urt. v. 24. 1. 1936 - II 192/35, RGZ 150, 99; BGH, Urt. v. 6. 4. 1964 - II ZR 75/62, BGHZ 41, 282, 288 = NJW 1964, 1367; OLG Stuttgart, Beschl. v. 26. 10. 1950 - 2 W 93/50, BB 1951, 82; Müller, GenG, § 101 Anm. 13.

234) Braun/Uhlenbruck, S. 86.

235) Landwirtschaftsanpassungsgesetz (LwAnpG) i. d. F. der Bekanntmachung vom 3. 7. 1991, BGBl I, 1418, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 20. 12. 1996, BGBl I, 2082.

236) Vgl. dazu Schweizer, Rz. 240, 305.

237) Gesetz über die landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften (LPG-Gesetz - LPGG) vom 2. 7. 1982, GBl I Nr. 25 S. 443.

nossenschaftsgesetz Anwendung. Gleiches gilt für die Einkaufs- und Liefergenossenschaften des Handwerks (ELG) sowie die Arbeiter- und die gemeinnützigen Wohnungsbaugenossenschaften, deren Gesamtvollstreckungsfähigkeit sich nach § 98 GenG richtet.²³⁸⁾

Die praktische Erfahrung zeigt, daß Betriebsfortführungen in Gesamtvollstreckungsverfahren von Genossenschaften ein hohes Maß an Kooperation und Abstimmung zwischen dem Verwalter und den Organen der Genossenschaft, teilweise auch ihren einzelnen Genossen voraussetzt. In besonderem Maße muß dabei auf die gewachsenen Verhältnisse, die regionalen Strukturen und die arbeitsteilige Produktion und Vermarktung Rücksicht genommen werden. 1132

Für das **Insolvenzplanverfahren** enthält § 116 GenG abweichende Regelungen. So kann zwischen Gläubigern, die zugleich Mitglieder sind, und den übrigen Gläubigern differenziert werden. Auf die möglichen Nachschußpflichten der Genossen ist im darstellenden Teil des Insolvenzplans einzugehen. Wird mit der Fortführung eines genossenschaftlichen Betriebes die Reorganisation über einen Insolvenzplan angestrebt, ist die Einbeziehung der Organe zwingend, da die Generalversammlung im Falle der Planbestätigung die Fortsetzung der Genossenschaft beschließen kann (§ 317 Abs. 1 Satz 1 GenG).²³⁹⁾ 1133

7. Die Fortführung der Aktiengesellschaft, Kompetenzverteilung

Die Aktiengesellschaft wird durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen aufgelöst (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG), jedoch besteht die Gesellschaft zum Zwecke der Konkursabwicklung fort.²⁴⁰⁾ Auch die **Organe** der Aktiengesellschaft bleiben im Insolvenzfall erhalten. Sie nehmen als gesetzliche Vertreter die Befugnisse des Gemeinschuldners wahr.²⁴¹⁾ Abweichend vom GmbH-Recht sind die gesetzlichen Vertreter einer Aktiengesellschaft auch bei Feststellung eines Konkursgrundes (§ 207 KO) zur **Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten verpflichtet**.²⁴²⁾ 1134

238) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, Rz. 54 ff; Beuthien/Becker, ZIP 1992, 83; LAG Berlin, Urt. v. 12. 7. 1991 - 12 Sa 28/91, WR 1991, 318; KrG Magdeburg, Urt. v. 23. 7. 1991 - C 249/91, dazu EWIR 1992, 51 (Haarmeyer); Wagner, DB 1995, 501.

239) Braun/Uhlenbruck, S. 21.

240) RG, Urt. v. 13. 12. 1911 - I 602/10 u. I 116/11, RGZ 78, 90, 93; RG, Urt. v. 15. 2. 1913 - I 358/12, RGZ 81, 359, 363; RG, Urt. v. 5. 2. 1930 - I 220/29, RGZ 127, 200; BGH, Urt. v. 18. 12. 1980 - II ZR 140/79, ZIP 1981, 178 = KTS 1981, 234, 235; Hüffer, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 264 Rz. 7 ff.

241) RG, Urt. v. 6. 5. 1911 - I 164/10, RGZ 76, 244, 246, RG, Urt. v. 14. 2. 1913 - II 401/12, RGZ 81, 330, 336; RG, Urt. v. 5. 2. 1930 - I 220/29, RGZ 127, 197, 200; KG JW 1933, 2461.

242) BGH, Urt. v. 9. 7. 1979 - II ZR 118/77, BGHZ 75, 96 = NJW 1979, 1823, 1826, 1829; Karsten Schmidt, ZIP 1980, 328; Ulmer, KTS 1981, 469, 476; Uhlenbruck, ZIP 1980, 73, 76.

- 1135** Bei Einleitung eines Insolvenzverfahrens kann sich der Verwalter daher fast immer auf bereits vorhandene Sanierungskonzeptionen stützen und sich in Abstimmung mit den Gesellschaftsorganen auf deren Umsetzung konzentrieren. Die Zusammenarbeit zwischen Verwalter und den Gesellschaftsorganen ist in der Insolvenz der Aktiengesellschaft nicht nur geboten, sondern zwingend, da Vorstand und Aufsichtsrat auch unter Insolvenzbedingungen befugt und verpflichtet sind, die inneren gesellschaftlichen Angelegenheiten der Aktiengesellschaft zu regeln.²⁴³⁾
- 1136** Wie im Falle der GmbH kann der Verwalter die Anstellungsverhältnisse der Organe kündigen (§ 22 Abs. 1 KO, § 9 Abs. 2 GesO, § 113 Abs. 1 InsO).²⁴⁴⁾ Die Behandlung der Anstellungsverträge von Aufsichtsratsmitgliedern ist ungeklärt. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, daß diese weder mit Konkurseröffnung erlöschen (§ 23 Abs. 2 KO, § 115 InsO) noch vom Verwalter gekündigt werden können (§ 22 Abs. 1 KO, § 9 Abs. 2 GesO, § 113 Abs. 1 InsO).²⁴⁵⁾
- 1137** Einigkeit besteht nur insoweit, als die Aufsichtsratsmitglieder auch bei Fortsetzung ihrer Tätigkeit keine Vergütung aus der Masse beanspruchen können.²⁴⁶⁾ Über ihre Abwahl kann demnach allein die Hauptversammlung entscheiden, die zur Regelung der inneren Angelegenheiten auch nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zuständig bleibt.²⁴⁷⁾
- 1138** Die Rechtsform der Aktiengesellschaft ist in Deutschland derzeit noch Großunternehmen vorbehalten. Aufgrund ihrer Bedeutung für die örtliche, aber häufig auch überregionale Wirtschaftsstruktur ist die Fortführung des Geschäftsbetriebes einer insolventen Aktiengesellschaft obligatorisch. Da die Organe der Aktiengesellschaft - Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand - ihre **Funktionen im nicht verdrängenden Bereich behalten**, ist der Verwalter auf eine enge Kooperation angewiesen. Häufig haben Vorstand und Aufsichtsrat im Zusammenwirken mit dem Konsortialführer der Banken und den Warenkreditgebern, aber auch Vertretern aus Politik und Verwaltung Fortführungs- und Auffangkonzeppte entwickelt, deren Umsetzung vom Verwalter erwartet

243) RG, Urt. v. 21. 1. 1885 - 432/84, RGZ 14, 419; RG, Urt. v. 16. 12. 1902 - III 437/02, RGZ 53, 190, 193; RG, Urt. v. 16. 3. 1904 - V 384/03, RGZ 57, 195, 199; RG, Urt. v. 6. 5. 1911 - I 164/10, RGZ 76, 244, 250; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 207 Rz. 10b; Jaeger/Weber, KO, §§ 207, 208 Rz. 31; Braun/Uhlenbruck, S. 16.

244) OLG Nürnberg, Urt. v. 20. 3. 1990 - 1 U 2275/89, ZIP 1991, 1020, dazu EWiR 1991, 1007 (Müller); Hüffer, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 264 Rz. 27.

245) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 207 Rz. 12.

246) RG, Urt. v. 14. 2. 1913 - II 401/12, RGZ 81, 336, 338; Barz, in: Großkomm. z. AktG, § 207 Anm. 4; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 207 Anm. 4; Jaeger/Weber, KO, §§ 207, 208 Rz. 32; Schneider, in: Festschrift Oppenhoff, S. 349; Hüffer, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 264 Rz. 28.

247) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 207 Rz. 13.

wird, der daher die Restbefugnisse der Gesellschaftsorgane berücksichtigen muß, die vor allem auch die für eine Sanierung unerläßliche Neuordnung der gesellschaftsrechtlichen Struktur sowie häufig das Mittel einer Kapitalherabsetzung (§ 229 ff AktG) in Verbindung mit einer anschließenden Kapitalerhöhung betreffen, deren Beiträge in das konkursfreie Vermögen fallen und daher in ihrer Kombination ein wichtiges **finanztechnisches Sanierungsinstrument** darstellen.²⁴⁸⁾

Aus psychologischen Gründen wird die Insolvenz einer Aktiengesellschaft unter den Bedingungen des geltenden Insolvenzrechts fast immer über einen **Vergleichsantrag** eingeleitet, von dem man im Gegensatz zu einem Konkursantrag eine die Öffentlichkeit beruhigende Wirkung erwartet. 1139

In diesen Fällen gibt es auch **kein Auswahlermessen des Insolvenzgerichts** bei der Ernennung des vorläufigen Vergleichsverwalters, da hierzu bereits im Vorfeld eine Abstimmung zwischen Vorstand und Hauptgläubiger stattgefunden hat. Nicht nur insoweit haben sich für die Insolvenzabwicklung großer Unternehmen eigene Spielregeln und Grundsätze herausgebildet, eine Art „amministrazione straordinaria“, jedoch ohne entsprechende gesetzliche Absicherung, wie sie beispielsweise das italienische Insolvenzrecht kennt (oben Rz. 514 ff). 1140

Auch im Konkurs der Aktiengesellschaft geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mit Verfahrenseröffnung auf den Verwalter über. Allerdings hat der Verwalter im Rahmen einer Aufgabenteilung vorrangig die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen, während die Organe befugt bleiben, die gesellschaftlichen Angelegenheiten der Aktiengesellschaft zu regeln und zu ordnen.²⁴⁹⁾ 1141

Da zur Ordnung der inneren Verhältnisse auch die gesetzlichen Optionen auf Fortsetzung und Umwandlung der insolventen Aktiengesellschaft bestehen (§ 274 Abs. 2 AktG), muß der Verwalter die strategischen Ziele der Organe beachten, insbesondere dann, wenn die Hauptversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beabsichtigt (§ 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG). 1142

Insolvente Aktiengesellschaften werden unter den Bedingungen der Insolvenzordnung die **Verfahrensabwicklung** über einen **Insolvenzplan** anstreben. Der rechtsgestaltende Eingriff in die Rechte der hier am Verfahren beteiligten Gläubiger läßt sich bei großen Insolvenzverfahren nicht zuletzt aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung und des damit verbundenen politischen und öffent- 1143

248) Braun/Uhlenbruck, S. 84; OLG Dresden, Urt. v. 18. 9. 1996 - 12 U 1727/95, ZIP 1996, 1780 = DB 1996, 2118, dazu EWIR 1997, 156 (Hirte).

249) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 207 Rz. 10, Braun/Uhlenbruck, S. 84; Jaeger/Henckel, KO, § 6 Rz. 18.

lichen Drucks leichter realisieren. Die Erfahrungen mit dem amerikanischen Reorganisationsrecht (oben Rz. 586 ff) belegen, daß alle großen Kapitalgesellschaften diesen Weg gehen und eine Reorganisation über einen Sanierungsplan oder wenigstens einen Übertragungsplan beabsichtigen.²⁵⁰⁾

8. Abstimmung im Konzern

- 4 Besondere Anforderungen an die Abstimmung einer Fortführungsentscheidung ergeben sich bei Insolvenzen von **Konzernunternehmen**, auch wenn die Unternehmensverbindung die isolierte Insolvenzfähigkeit der einzelnen Konzernunternehmen nicht berührt. Weder haftet die abhängige Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der herrschenden Gesellschaft, noch erstreckt sich deren Insolvenz automatisch auf ihre Untergesellschaften.²⁵¹⁾ Auch wenn die Insolvenzordnung Grundgedanken des amerikanischen Reorganisationsrechts wie den Insolvenzplan adaptiert hat - im Gegensatz zum amerikanischen Recht bleibt es dabei, daß es im deutschen Insolvenzrecht kein gemeinsames Insolvenzverfahren verbundener Unternehmen gibt, da der amerikanische Grundsatz „ein Konzern, ein Schuldner, eine Vermögensmasse“ nicht gilt.²⁵²⁾
- 5 Wird das herrschende Unternehmen insolvent, entsteht für die Untergesellschaften häufig ein Domino-Effekt, der zu einer Reihe von selbständigen Nachfolgeinsolvenzen führt. Solange es sich bei den Untergesellschaften um rechtlich eigenständige juristische Personen handelt, sind die Insolvenz Voraussetzungen in jedem einzelnen Fall gesondert zu prüfen. Dies gilt auch für die örtliche Zuständigkeit. Eine **gemeinsame Haftungsmasse** aller Konzernunternehmen ist nach deutschem Recht ausgeschlossen.²⁵³⁾
- 6 Aus der getrennten insolvenzrechtlichen Behandlung der einzelnen Konzernunternehmen folgt für den abwickelnden und fortführenden Verwalter, daß er in erster Linie isoliert die Belange seines Verfahrens zu beachten hat. Dies hat bereits in der Vergangenheit dazu geführt, daß existenzfähige Unternehmen aus ihren Konzernbeziehungen herausgelöst und saniert wurden.²⁵⁴⁾ Zwar gehen auf diese Weise der herrschenden Gesellschaft die Beteiligungswerte ver-

250) Administrative Office of the United States Courts, Bankruptcy Statistical Information, 9. 9. 1996, S. 7 ff.

251) Jauernig/Weber, KO, §§ 207, 208 Rz. 10; Baur/Stürner, Rz. 35.2.

252) Flessner, S. 385 ff; Braun/Uhlenbruck, S. 92.

253) Jauernig/Weber, KO, §§ 207, 208 Rz. 10; Kübler, ZGR 1984, 560; Timm, ZIP 1983, 225, 236; Wellenreick, ZIP 1984, 541, 543; Häsemeyer, S. 789 ff; Samer, S. 232 ff; Flessner, S. 286; Karmann Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht, S. 221.

254) Kübler, ZGR 1984, 560.

loren, doch ist dies der rechtspolitisch gewünschte Effekt der getrennten Betrachtungsweise im deutschen Insolvenzrecht.²⁵⁵⁾

a) Insolvenz der Untergesellschaft

Der **Zwang zur eigenständigen Abwicklung** ergibt sich auch aus den unterschiedlichen Interessenlagen. In der Insolvenz der Untergesellschaft liegt die mit Verfahrenseröffnung bewirkte Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages im Interesse des Verwalters oder der von ihm vertretenen Masse.²⁵⁶⁾ Für die herrschende Meinung spricht, daß die im Beherrschungsvertrag vorgesehene Leitungsmacht mit den Grundsätzen der Insolvenzabwicklung und der hier vorgesehenen Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nicht zu vereinbaren ist.

Für das beherrschte Unternehmen geht es im Verhältnis zur Obergesellschaft insbesondere um die Realisierung der Ausgleichsverpflichtung, die als Aktivposten in die Insolvenzeröffnungsbilanz einzustellen ist. Auszugleichen ist dabei der gesamte, die Überschuldung ausmachende Teil der Verbindlichkeiten.²⁵⁷⁾ **Stichtag für die Ausgleichsverpflichtung** ist der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung.²⁵⁸⁾

Wird der Geschäftsbetrieb während des Konkursverfahrens fortgeführt, so gehört der Abwicklungsgewinn zur Konkursmasse. Er ist nicht an die Obergesellschaft abzuführen.²⁵⁹⁾ Entstehen während der Fortführung Verluste, so wird teilweise die Auffassung vertreten, daß die Obergesellschaft zum Ausgleich dieser Abwicklungsverluste verpflichtet ist.²⁶⁰⁾ Mit der herrschenden Auffassung und der Rechtsprechung ist jedoch davon auszugehen, daß mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage für das Konzernverhältnis am Tage der Verfahrenseröffnung auch die Ausgleichsverpflichtung für Abwicklungsverluste entfällt.²⁶¹⁾

255) *Timmer*, ZIP 1983, 225, 237 Fußn. 110; *Karsten Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht, S. 221.

256) BGH, Urt. v. 14. 12. 1987 - II ZR 170/87, BGHZ 103, 1, 7 = ZIP 1988, 229, 231 = NJW 1988, 1326, dazu EWIR 1988, 1149 (Koch); *Karsten Schmidt*, ZGR 1983, 513, 527; *Wilhelm*, S. 32 ff.; a. A. *Jaeger/Weber*, KO, § 207, 208 Rz. 11; a. A. *Baumbach/Hueck*, AktG, § 296 Anm. 1, die lediglich die Berechtigung zur Kündigung aus wichtigem Grunde annehmen; *Braun/Uhlenbruck*, S. 93.

257) *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 207 Vorbem. K Rz. 2a m. w. N.; *Braun/Uhlenbruck*, S. 93.

258) BGH, Urt. v. 14. 12. 1987 - II ZR 170/87, BGHZ 103, 1 = ZIP 1988, 229, 232, dazu EWIR 1988, 1149 (Koch).

259) *Samer*, S. 105 ff.

260) *Samer*, S. 232 ff.; *Karsten Schmidt*, ZGR 1983, 513.

261) BGH, Urt. v. 14. 12. 1987 - II ZR 170/87, BGHZ 103, 1 = ZIP 1988, 229, 232 = NJW 1988, 1326, dazu EWIR 1988, 1149 (Koch); *Kori*, ZIP 1988, 681, 683.

b) Insolvenz der Obergesellschaft

- 1150** Im Konkurs der Obergesellschaft enden Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge mit dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung.²⁶²⁾ Dies gilt jedoch nicht für sogenannte isolierte Gewinnabführungsverträge, die im Falle der Insolvenz der Obergesellschaft von der beherrschten Gesellschaft allerdings aus wichtigem Grunde gekündigt werden können.²⁶³⁾ Der aus dem Ergebnisabführungsvertrag der Obergesellschaft zustehende Gewinn ist bis zum Tage der Verfahrenseröffnung abzugrenzen und steht der Konkursmasse des Organträgers zu. Fallen alle Konzerngesellschaften (Obergesellschaft und Untergesellschaften) gleichzeitig in Konkurs, so endet der Konzernverbund automatisch.²⁶⁴⁾

c) Insolvenzpläne im Konzernverbund

- 1151** Im zukünftigen Recht wird die Insolvenzordnung die Möglichkeiten für eine koordinierte Abwicklung einer Konzerninsolvenz verbessern, da über das Instrumentarium des Insolvenzplans eine Gesamtregelung für den Konzernverbund herbeigeführt werden kann. Abgestimmte Insolvenzpläne können dabei für jedes Konzernunternehmen gesondert eingereicht werden. Die Möglichkeit zur deregulativen, rechtsgestaltenden Abwicklung kann gewährleisten, daß unterschiedliche Interessenlagen der einzelnen Konzerngesellschaften ausgeglichen werden. Dazu ist es erforderlich, daß gleichzeitig mit Stellung der Insolvenzanträge für alle Gesellschaften Insolvenzpläne eingereicht werden (§ 218 Abs. 1, § 18 InsO). Auf diese Weise wird sichergestellt, daß sich in den Berichtsterminen die Gläubiger zunächst mit den Regelungen der Insolvenzpläne zu befassen haben, bevor über abweichende Ziele entschieden werden kann.

d) Treuhandanstalt/BvS als Obergesellschaft

- 1152** Im Bereich der Gesamtvollstreckungsordnung befindet sich die Treuhandanstalt, zum 1. Januar 1995 umbenannt in „Bundesanstalt für vereinigungsbe-

262) BGH, Urt. v. 14. 12. 1987 - II ZR 170/87, BGHZ 103, 1 = ZIP 1988, 229, 232 = NJW 1988, 1326, dazu EWiR 1988, 1149 (Koch); Baur/Stürner, Rz. 35.9; Jaeger/Weber, KO, §§ 207, 208 Rz. 11; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 207 Vorbem. K Rz. 3 m. w. N.

263) Karsten Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht, S. 224, 225; Braun/Uhlenbruck, S. 94.

264) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 207 Vorbem. K Rz. 3b; Lutter, ZfB 1984, 781, 783; Samer, S. 232 ff; Wellensiek, ZIP 1984, 541; Kübler, ZGR 1984, 560; Mertens, ZGR 1984, 542, 552 ff.

dingte Sonderaufgaben (BvS)“, in der Rolle einer beherrschenden Obergesellschaft nach den Grundsätzen des **qualifizierten faktischen Konzerns**.²⁶⁵⁾

Als Konsequenz aus der gesetzlichen Privatisierungsaufgabe hat die Treuhandanstalt/BvS in den neuen Bundesländern eine **multifunktionelle Stellung**, häufig sogar gleichzeitig als Gläubigerin von Ansprüchen, die aus Übertragungs- und Privatisierungsverträgen stammen, daneben aber auch als Schuldnerin, z. B. bei Freistellungsansprüchen für Altverbindlichkeiten und als Bürgin im Falle der Bürgschaftsübernahme für Liquiditätskredite. 1153

In fast allen Privatisierungsfällen sind die zwischen der Treuhandanstalt/BvS und den Investoren geschlossenen Vereinbarungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht vollständig abgewickelt. Beschäftigungsaufgaben und Investitionsverpflichtungen sind bei Eröffnung der Gesamtvollstreckung nur in seltenen Fällen bereits vollständig erfüllt. Gerade im Falle einer Betriebsfortführung ist daher der Gesamtvollstreckungsverwalter auf eine konzeptionelle Abstimmung mit der BvS und der Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH angewiesen. 1154

9. Fortführungsentscheidungen bei Vereinen und ihre Umsetzung

Immer häufiger werden Sportvereine, vor allem im Bereich des Profisports, insolvent. Hat der insolvente Verein zumindest regionale Bedeutung, entsteht meist ein nachhaltiger öffentlicher Druck zur Aufrechterhaltung des Spielbetriebes. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Insolvenz in eine laufende Spielzeit fällt. Schon zur Vermeidung einer sportlichen Wettbewerbsverzerrung sind daher die jeweiligen Sportverbände, aber auch die in der gleichen Klasse spielenden Vereine daran interessiert, daß der insolvente Verein die Spielzeit ordnungsgemäß zu Ende führt. 1155

Begleitet und unterstützt werden Vereinsinsolvenzen vielfach durch öffentliche Spendenaktionen, die zur Sicherung des Spielbetriebes führen sollen. Vor diesem Hintergrund muß der Verwalter eines insolventen Sportvereins Fortführungskonzeptionen vorrangig prüfen und absichern sowie die Einbeziehung der Vereinsorgane klären. 1156

265) BGH, Urt. v. 23. 9. 1991 - II ZR 135/90 - Video, BGHZ 115, 187 = ZIP 1991, 1354, dazu EWiR 1991, 945 (Altmeyden); BGH, Urt. v. 29. 3. 1993 - II ZR 265/91 - TBB, BGHZ 122, 123 = ZIP 1993, 589 = WM 1993, 687, dazu EWiR 1993, 327 (Altmeyden); Stodolkowitz, ZIP 1992, 1517; Timm/Geuting, ZIP 1992, 821; Weimar, THG, § 2 Rz. 42; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, Einl. Rz. 115; Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 10 Rz. 79b, 79c, die zutreffend darauf hinweisen, daß eine mögliche Ausgleichsverpflichtung der Treuhandanstalt/BvS nicht ohne weiteres durch die Einführung des § 28a EGAkt ausgeschlossen ist.

- 1157 Im Profibereich besteht das Problem, daß Lizenzspieler berechtigt sind, bei Einleitung eines Insolvenzverfahrens den Verein zu wechseln. Zwar steht eine eventuell noch zu zahlende Abfindung (Ablösesumme) dem abgehenden Verein und damit der Konkursmasse zu, doch beeinträchtigt das Abwandern der Leistungsträger die Spielstärke und damit auch die Attraktivität des Vereins. Die Probleme zur Aufrechterhaltung des Spielbetriebs liegen daher im wesentlichen im praktischen Bereich. Rechtlich ist der Insolvenzverwalter nicht gehindert, den Verein unter Aufrechterhaltung des Spielbetriebes weiterzuführen. Vereinslizenzen und Spielerlizenzen erlöschen durch die Insolvenz nicht.²⁶⁶⁾
- 1158 Zwar verlieren rechtsfähige Vereine durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Rechtsfähigkeit (§ 42 Abs. 1 BGB), doch gilt die Rechts- und Parteifähigkeit bis zur Beendigung der Konkursabwicklung als fortbestehend.²⁶⁷⁾ Dies ermöglicht auch die Fortführung des Spielbetriebes durch den Verwalter, der im Außenverhältnis die satzungsmäßigen Organe des Vereins verdrängt, die allein noch zur Regelung der internen Vereinsangelegenheit berechtigt und verpflichtet bleiben.

X. Zusammenfassung

- 1159 Die **Fortführung des Geschäftsbetriebes** im eröffneten Insolvenzverfahren kann niemals auf einer einsamen Entscheidung des Verwalters beruhen. Zu ihrer Umsetzung ist vielmehr ein **breiter Konsens**, zumindest aber rechtzeitige Abstimmung mit einer Vielzahl von Beteiligten erforderlich, die häufig genug zunächst unterschiedliche Interessen verfolgen und die ihre Einbindung in eine Fortführungsentscheidung letztendlich davon abhängig machen, ob und in welchem Umfange sie auf diese Weise ihre Rechtsstellung sichern oder verbessern können.
- 1160 Die größten Probleme bereitet dabei der Abschluß eines Interessenausgleichs mit der Arbeitnehmervertretung im Falle unumgänglicher Betriebsänderungen, insbesondere wenn diese mit einem deutlichen Personalabbau verbunden sind. Mit Bekanntmachung dieser Konsequenz spaltet sich die Belegschaft, wobei diejenigen Mitarbeiter, die von der Kündigung und Freistellung betroffen sind, angesichts der strukturellen Arbeitslosigkeit in der Regel nicht mehr überzeugt werden können, daß ihr Opfer im Interesse übergeordneter Ziele gerechtfertigt ist. Die Folge sind Kündigungsschutzprozesse auch in den Fällen, in denen die Maßnahme zuvor durch einen einvernehmlich ausgehandelten und abgeschlossenen Interessenausgleich abgesichert wurde.

266) Wertenbruch, ZIP 1993, 1292; Reichert, in: Grunsky (Hrsg.), S. 1 ff; Uhlenbruck, in: Festschrift Merz, S. 581.

267) BGH, Urt. v. 20. 11. 1958 - II ZR 17/57, BGHZ 28, 355, 356.

Arbeitnehmer, Gläubiger mit Vor- und Sonderrechten, die Organe der Gemeinschuldnerin oder auch der Gemeinschuldner selbst verfügen über gesetzlich verbriefte Verfahrensrechte, die ihre Einbeziehung unumgänglich machen und die spätestens in der ersten Gläubigerversammlung wirksam werden. 1161

Die **vorherige Abstimmung einer Fortführungsentscheidung** dient daher auch dem Zweck, **Konfliktpotentiale zu entschärfen** und die Zahl von Nebenkriegsschauplätzen zu begrenzen, da der Verwalter durch die unternehmerische Führungsaufgabe beansprucht ist und parallel dazu die ihm gesetzlich auferlegten Abwicklungsaufgaben, die von einer Fortführung nicht berührt werden, zu erfüllen hat. 1162

Für die Umsetzung ist die Frage der **Finanzierung** von existentieller Bedeutung. Diese ist aus eigener Kraft nur darzustellen, wenn die Rechtsordnung Eingriffe in Drittrechte zulässt oder zumindest deren Ausübung in der Fortführungsphase aussetzt. 1163

F. Die Fortführungsphase - Organisation, Risikofaktoren, Störpotentiale

I. Die Funktion des Verwalters

1. Allgemeines

Betriebsfortführungen verlaufen prozeßhaft. Selbst bei sorgfältigster Vorbereitung sind überraschende Entwicklungen, nicht erkannte Risiken, aber auch neue Perspektiven immer gegenwärtig. Die Abläufe differieren von Fall zu Fall und hängen ab von der Branche, Rechtsform, Betriebsgröße, den Insolvenzzursachen, den noch vorhandenen Ressourcen und der mit der Fortführung verfolgten Zielsetzung. Generelle Kriterien zur Bewältigung der Fortführung lassen sich daher nicht aufstellen. 1164

2. Die Auswahlentscheidung

Die **Auswahl des Verwalters** ist die Schicksalsfrage des Konkurses.¹⁾ Dies gilt insbesondere bei Betriebsfortführungen, für deren Erfolg oder Mißerfolg der Verwalter auf jeden Fall bis zur ersten Gläubigerversammlung die Verantwortung trägt. Selbst wenn ihm diese anschließend durch einen Fortführungsbeschluß der Gläubigerversammlung zumindest teilweise abgenommen wird, ist er für die Umsetzung der Fortführung im Rahmen seiner umfassenden Leitungsmacht zuständig und verantwortlich. 1165

Kriterien für die allgemein als **schwierigste Verfahrensentscheidung** des Gerichts angesehene personelle Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters oder Sequesters sind nur eingeschränkt entwickelt worden.²⁾ Die Grundsätze, die die Verwalter in den 1992 beschlossenen **Richtlinien** aufgestellt haben,³⁾ sind von den Gerichten bislang nicht aufgenommen worden. Ausgewählt wird oftmals nach persönlichen Einschätzungen, Vorlieben, Abneigungen und Erfahrungen der Richter, in vielen Fällen auch nur nach dem Zufallsprinzip. 1166

Da es auch Verwalter gibt, die prinzipiell nicht oder allenfalls beschränkt auf den Sequestrationszeitraum fortführen, werden mit der gerichtlichen Auswahlentscheidung die Weichen für oder gegen eine Betriebsfortführung gestellt. Daran wird auch die obligatorische Betriebsfortführung nach der Insolvenzordnung für den Fall der Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 InsO) nichts ändern, da eine entsprechende Anordnung die **vorherige Abstimmung zwischen Ge-** 1167

1) Jaeger/Weber, KO, § 78 Rz. 7.

2) Vgl. dazu Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 78 Rz. 2 ff m. w. N.; Mönning, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 275, 289 Rz. 49.

3) Verhaltensrichtlinien für als Insolvenzverwalter tätige Rechtsanwälte des Arbeitskreises für Insolvenzrecht im DAV, abgedruckt in: AnwBl 1992, 118.

richt und vorläufigem Insolvenzverwalter und eine zumindest summarische Überprüfung der rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Beurteilung der Fortführungsmöglichkeiten voraussetzt, so daß die Entscheidung des Insolvenzgerichts im Eröffnungsverfahren steuerbar ist.

- 1168 Zwar werden gerichtliche Auswahlentscheidungen zunehmend in der Gläubigerversammlung mittels **Abwahl** des ernannten und **Neuwahl** eines anderen Verwalters korrigiert (§ 80 KO, § 15 Abs. 3 GesO, § 57 InsO), doch kommen diese Entscheidungen zu spät, um mit dieser Maßnahme eine unzweckmäßige Stilllegungsmaßnahme des Sequesters oder vorläufigen Verwalters berichtigen zu können.
- 1169 Ein **wesentliches Störpotential** für die Entscheidung zur Fortführung eines Geschäftsbetriebes oder deren Verlauf und Ergebnis liegt somit in der Auswahlentscheidung des Gerichts, zumal kein Verwalter gezwungen werden kann, einen Geschäftsbetrieb gegen seine Überzeugung oder seinen Willen fortzuführen.⁴⁾

3. Verwalter als ausführendes Organ

- 1170 Mit der Entscheidung der Gläubigerversammlung wird der Verwalter zum ausführenden Organ einer Fortführungs- oder Stilllegungsentscheidung. Bei einem Votum für die Fortführung geht die Verantwortung für deren Verlauf und Ergebnis auf die am Verfahren beteiligten Gläubiger über, was aber die Verantwortlichkeit des Verwalters innerhalb seines Wirkungskreises nicht berührt.
- 1171 Ob eine **gegen das Votum des Verwalters** beschlossene Betriebsfortführung diesen berechtigen oder sogar verpflichten kann, den Geschäftsbetrieb gleichwohl stillzulegen, wenn dessen Rentabilität nicht gewährleistet ist oder ausgelöste Bestellungen aus den vorhandenen Mitteln nicht gedeckt werden können, ist ungeklärt. Nach geltendem Recht bleibt der Verwalter auch bei einem abweichenden Beschluß der Gläubigerversammlung zur sofortigen Liquidation verpflichtet, sobald feststeht, daß die durch die Fortführung erwachsenen Masseschulden im Rang des § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO aus den vorhandenen oder noch zu erwirtschaftenden Mitteln nicht gedeckt werden können.⁵⁾
- 1172 Die Insolvenzordnung stärkt den Gedanken der **Gläubigerautonomie**. Insbesondere ist die Gläubigerversammlung berechtigt, im Berichtstermin getroffene Entscheidungen über den Fortgang des Verfahrens in weiteren Versamm-

4) Mönning, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 275 ff, 287 ff Rz. 35 ff.

5) BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, 118 = NJW 1987, 844, dazu EWiR 1986, 1229 (Merz); Karsten Schmidt, KTS 1976, 191; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 14d; Uhlenbruck, in: Festschrift Hanisch, S. 281, 288.

lungen zu ändern (§ 157 Satz 3 InsO). Kommt der Insolvenzverwalter daher nach eingehender Prüfung zu dem Ergebnis, daß die wirtschaftliche Entwicklung die Stilllegung des bis dato fortgeführten Geschäftsbetriebes erfordert, so ist zunächst ein bestehender Gläubigerausschuß, andernfalls die Gläubigerversammlung mit einer erneuten Entscheidung über Fortführung oder Stilllegung zu befassen (oben Rz. 835 f). Der Insolvenzverwalter muß in diesem Fall von seinem **Antragsrecht** Gebrauch machen und eine **Gläubigerversammlung einberufen** lassen (§ 75 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

4. Führung des Tagesgeschäfts

In welcher Weise der fortführende Verwalter auch das Tagesgeschäft führt, 1173 hängt vom Einzelfall und den noch vorhandenen Strukturen im Betrieb des Gemeinschuldners ab. Besonders kritisch sind dabei mittelständische Betriebe in einer Größenordnung von bis zu 200 Mitarbeitern und einem Umsatz von 30 bis 40 Mio. DM. Während in Klein- und Kleinstbetrieben eine Fortführung regelmäßig nur in Abstimmung mit dem Gemeinschuldner durchgeführt wird, der dann auch in die Organisation und die Führung einbezogen bleibt, und die Leitungsorgane bei Großbetrieben auch in der Insolvenz vielfach noch intakt sind, ist ein Zusammenbruch der administrativen Strukturen in **mittelständischen Unternehmen**, die meist in der Rechtsform der GmbH geführt werden, die Regel.⁶⁾

Geschäftsführende Gesellschafter dieser Unternehmen sind meist persönlich 1174 durch Übernahme von Bürgschaften und Garantien involviert und daher selbst existenzgefährdet, was sich auf ihre psychische und physische Verfassung nachteilig auswirken kann. Hinzu kommen häufig auch anfechtbare Rechtshandlungen im Krisenzeitraum sowie strafrechtlich relevante Sachverhalte, so daß die bisherige Führung keine Gewähr dafür bietet, der besonderen Verantwortung einer Betriebsfortführung unter Insolvenzbedingungen gerecht zu werden.

In diesen Fällen ist der Verwalter häufig gezwungen, **Geschäftsführerfunktionen** im Tagesgeschäft zusammen mit einem Stab qualifizierter eigener Mitarbeiter zu erfüllen. Der Rückgriff auf das Mittelmanagement des insolventen Unternehmens löst die Probleme hingegen nicht, da deren Loyalität und Qualifikation zunächst nicht eingeschätzt werden können und insbesondere die besonderen Kenntnisse der eine Betriebsfortführung prägenden administrativen, wirtschaftlichen und rechtlichen Faktoren fehlen.⁷⁾ 1175

6) Henssler, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 977 ff Rz. 5.

7) A. A. Uhlenbruck, KTS 1989, 229, 233.

- 1176 Lassen die Strukturen es zu, daß sich der Verwalter auf eine **Aufsichts- und Überwachungsfunktion** beschränkt, müssen Organisation, Stellenpläne, Ablaufbeschreibungen sowie Zuständigkeiten neu geordnet und bestimmt werden. Des weiteren muß festgelegt werden, in welchen Bereichen sich der Verwalter die alleinige Entscheidungskompetenz vorbehält. Vor allem für den Bereich der Geldverwaltung und der Finanzierung sowie der strategischen Ausrichtung der Fortführung ist eine solche Entscheidungskompetenz unverzichtbar.

5. Verlustminimierung und Kostendeckung

- 1177 Die Fortführung ist als solche **keine Sanierungsmaßnahme**, sondern dient bestenfalls zu deren Vorbereitung. Bei ihrer Umsetzung in der Fortführungsphase muß neben den Verfahrenszielen das Prinzip der Verlustminimierung beachtet werden. Zugleich hat der Verwalter sicherzustellen, daß die im Rahmen der Fortführung eingegangenen Verpflichtungen erfüllt werden können. An diesen Vorgaben sind **Ertrags-, Finanz- und Liquiditätsplanung** auszurichten.⁸⁾
- 1178 Alle **ausgabewirksamen Maßnahmen** und Leistungen, die **Liquiditätskontrolle** und der fortlaufende **Soll-Ist-Vergleich** liegen im alleinigen Verantwortungsbereich des Verwalters, auch wenn dieser im Rahmen einer zulässigen Delegation einzelne Aufgaben auf Mitarbeiter der Gemeinschuldnerin oder sein eigenes Hilfspersonal verteilt.
- 1179 Die mit der Fortführung verbundenen **Leitungsaufgaben** treten dabei neben die konkurrenzspezifischen Pflichten, die aus dem gesetzlichen Verfahrenszweck und den zu seiner Erfüllung vom Verwalter zu bewältigenden Aufgaben resultieren. Im Falle der Betriebsfortführung erweitert sich der Kreis der Beteiligten, denen gegenüber der Verwalter Pflichten zu erfüllen hat, um die sogenannten Neugläubiger, mit denen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes Verträge abgeschlossen werden.⁹⁾
- 1180 Im Hinblick auf Art und Umfang der mit einer Betriebsfortführung verbundenen Verantwortung und besonderen Schwierigkeiten muß jeder Verwalter entscheiden, ob er sich die Fortführung eines Geschäftsbetriebes zutrauen darf. Kommt eine Betriebsfortführung in Betracht, so sind bereits im Vorfeld beson-

8) Abweichend dazu: *Risse*, KTS 1994, 465, der die Fortführung vorrangig als Aufgabe der Betriebswirtschaft darstellt.

9) BGH, Urt. v. 4. 6. 1958 - V ZR 304/56, NJW 1958, 1351; BGH, Urt. v. 27. 2. 1973 - VI ZR 118/71, NJW 1973, 1043; BGH, Urt. v. 15. 2. 1984 - VIII ZR 213/82, BGHZ 90, 145 = ZIP 1984, 612 = NJW 1984, 1527; BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115 = NJW 1987, 844, dazu EWiR 1986, 1229 (*Merz*); BGH, Urt. v. 14. 4. 1987 - IX ZR 260/86, BGHZ 100, 346 = ZIP 1987, 650 = NJW 1987, 3133, dazu EWiR 1987, 609 (*Baur*); *Merz*, KTS 1989, 277.

dere Anforderungen an die Auswahlentscheidung des Gerichts zu stellen, um Fehlbesetzungen zu vermeiden.¹⁰⁾

II. Der Einsatz von Hilfskräften, freien Mitarbeitern und Subunternehmern

1. Vorbemerkung

Komplexität, Schwierigkeit und Umfang der zu bewältigenden Aufgaben bedingen insbesondere bei Betriebsfortführungen den Einsatz von Hilfskräften. In der Anfangsphase eines Verfahrens haben Sequester und Verwalter nur wenige Stunden, allenfalls Tage Zeit, um die für eine Fortführung notwendigen rechtlichen, wirtschaftlichen und organisatorischen Rahmenbedingungen zu schaffen. 1181

2. Notwendige Projektarbeit

Die Insolvenzverwaltung kann nicht als Ein-Mann-Show bewältigt werden. Erfolgreiche und professionell arbeitende Verwalter verfügen daher über Teams von qualifizierten Mitarbeitern aller Disziplinen, die unter Führung und Verantwortung des Verwalters **Insolvenzabwicklung als Projektarbeit** begreifen. Die rechtlichen Schwerpunkte der Insolvenzabwicklung haben zwangsläufig zur Herausbildung des Juraprimats mit der Folge geführt, daß die Verwaltertätigkeit heute in erster Linie von Rechtsanwälten ausgeübt wird, die aber wissen, daß betriebswirtschaftliche Kenntnisse für eine sachgerechte Verfahrensabwicklung unverzichtbar sind, so daß Betriebswirte und Steuerberater ebenso zu den Abwicklungsmannschaften gehören wie Logistiker, EDV-Fachleute und Praktiker aus den verschiedensten Fachbereichen. 1182

3. Erfahrung und Seriosität - Kompetenzen

Da Erfahrung und absolute Seriosität zu den wichtigsten Kriterien der Hilfskräfte zählen, ist vom Einsatz von **Zeitmanagement**, das über Vermittlungsagenturen angeboten wird, abzuraten. Gleiches gilt für die Übertragung verantwortlicher Tätigkeiten auf **leitende Mitarbeiter** der Gemeinschuldnerin, deren Qualifikation und insbesondere Loyalität kurzfristig nicht getestet werden können, auch wenn der zukünftige Insolvenzverwalter für diesen Personenkreis nicht mehr gemäß § 278 BGB einzustehen hat, sofern die eingesetzten Mitarbeiter des Gemeinschuldners nicht offensichtlich ungeeignet sind (§ 60 Abs. 2 InsO). Schon in mittleren Verfahren werden erhebliche Werte 1183

10) Mönning, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 275 ff, 284 ff Rz. 35 - 37; Braun/Uhlenbruck, S. 183; Hess/Obermüller, Rz. 671 ff; Holzer, Rz. 244 ff.

verwaltet, und es stehen beträchtliche finanzielle Interessen auf dem Spiel. Wo es um Geld geht, sind Korruption und das Verlangen nach Sondervorteilen nicht weit. Im Zweifel sind daher Vertrauenswürdigkeit, Seriosität und insbesondere auch Verschwiegenheit der eingesetzten Hilfskräfte wichtiger als deren fachliche Qualifikation, die ohnehin schrittweise mit zunehmender Erfahrung erworben wird.

a) **Mehrstufigkeit**

- 1184 Im unternehmerischen Bereich stellt sich die Betriebsfortführung als **mehrstufige Führungsaufgabe** dar. Sie erstreckt sich nicht nur auf die Angestellten des eigenen Büros und die freien Mitarbeiter, denen bestimmte Aufgaben zur Erledigung übertragen werden, sondern auch auf die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des insolventen Unternehmens, die in dem gerichtlich bestellten Verwalter von einem Tag zum anderen den mit umfangreichen Machtbefugnissen ausgestatteten neuen Unternehmensführer sehen.

b) **Kompetenzverteilung**

- 1185 Die Bewältigung dieser Führungsaufgabe erfordert vom Verwalter die rasche und eindeutige Verteilung der Kompetenzen. Der Verwalter muß, wenn er sich zur Fortführung entschließt, die Aufgaben auf den verschiedenen Ebenen bestimmen, die Kommunikation sicherstellen, Verantwortlichkeiten klären und bestimmen, welche Aufgaben - neben den originären, vom Gesetz bestimmten Tätigkeiten - er sich vorbehält.

4. **Führungsmethoden**

- 1186 Aufgrund der anfangs bestehenden Informationsdefizite muß der Verwalter dabei im Verhältnis zu den Mitarbeitern des insolventen Unternehmens auf konservative, **hierarchische Führungsmethoden** zurückgreifen, da zu Beginn die Sicherung der für die Aufrechterhaltung der Produktions- und Dienstleistungstätigkeit notwendigen Betriebsstrukturen im Vordergrund steht.
- 1187 Auf allen Ebenen sind die Mitarbeiter des insolventen Unternehmens am Ende eines meist längeren Krisenzeitraums angeschlagen, mutlos und mit der eigenen Existenzsicherung befaßt. Die Vermittlung von Kompetenz, Durchsetzungsvermögen, Führungskraft und Stabilität ist entscheidend, um den meist bereits begonnenen Zerfallsprozeß aufzuhalten. Die Bewältigung dieser Aufgabe ist auch Sache der eingesetzten Hilfskräfte, die daher auch über eigenverantwortliche **Entscheidungsspielräume** verfügen müssen, wenn sie als kompetente Ansprechpartner sowohl im Unternehmen der Gemeinschuldnerin selbst als auch in dessen Außenbeziehungen akzeptiert werden sollen.

5. Vergütung der Hilfskräfte

Hilfskräfte des Verwalters können zu **Lasten des jeweiligen Verfahrens** eingestellt werden. Ihre Vergütungsansprüche sind Masseschulden (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO).¹¹⁾ Vereinzelt noch vertretene gegenteilige Auffassungen sind überholt,¹²⁾ denn die Kanzleien von Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern halten keine speziell für Betriebsfortführungen ausgebildeten, fest angestellten Mitarbeiter vor. Dies gilt sowohl für den Bereich des Rechnungswesens und des Controlling als auch für die Leitungsaufgaben im Tagesgeschäft, die Überwachung von Lagerbeständen auf der Grundlage einer permanenten Inventur, aber auch für branchenspezifische Sonderkenntnisse. 1188

Die Kosten dieser Hilfskräfte stellen sich im Zuge von Betriebsfortführungen nicht anders dar, als wenn das entsprechende Unternehmen zur Abdeckung dieser Tätigkeit eigene Mitarbeiter beschäftigen würde. Sie können daher zutreffenderweise auch nicht als Auslagen deklariert werden. Es handelt sich um Ansprüche, die der Verwalter im Rahmen seiner Verwaltungskompetenz zu Lasten der Masse als eigenständige Verbindlichkeiten begründet.¹³⁾ 1189

Die Vergütungsansprüche von Hilfskräften gehören unter dem Stichwort „**Regiekosten**“ zu den **fortführungsspezifischen Aufwandspositionen**, die im Rahmen der Bilanzposition „Überschuß aus Betriebsfortführung“ bereits saldiert als Aktivposten ausgewiesen wird. Nur insoweit, als diese Kosten auch im Falle einer Stilllegung anfallen würden, ist der entsprechende Aufwand daher im Rahmen der Konkurseröffnungsbilanz gesondert als Masseschuld im Rang des § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO auf der Passivseite auszuweisen. 1190

Der Einsatz von Hilfskräften hat jedoch Grenzen. **Unzulässig** ist es, die gesamte Verfahrensabwicklung einschließlich der Überwachung einer Betriebsfortführung zu delegieren, z. B. auch durch Erteilung einer Generalvollmacht.¹⁴⁾ 1191

11) BGH, Urt. v. 24. 1. 1991 - IX ZR 250/89, BGHZ 113, 262 = ZIP 1991, 324 = NJW 1991, 40, dazu EWIR 1991, 275 (Gottwald); Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 59 Anm. 1 a; Eickmann, VergVO, § 5 Rz. 18; Uhlenbruck, KTS 1976, 35; Eickmann, in: RWS-Forum 9, S. 257 ff.

12) Vgl. Gottwald/Lüke, § 98 Rz. 15.

13) Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 59 Anm. 1a; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 59 Rz. 1e; Eickmann, KTS 1986, 197; Eickmann, in: RWS-Forum 9, S. 257 ff; a. A. LG Freiburg, Beschl. v. 4. 1. 1984 - 9 T 38/81, ZIP 1984, 198 mit Anm. Eickmann.

14) Gottwald/Gottwald, § 23 Rz. 10.

6. Verantwortung für Mitarbeiter

- 1192 Während der Verwalter für eigene Mitarbeiter nach § 278 BGB einstehen muß,¹⁵⁾ kann er sich im Falle des Einsatzes von freien Mitarbeitern oder Subunternehmern exkulpieren, sofern er nachweist, daß er bei der **Auswahl** oder der **Überwachung** die **notwendige Sorgfalt** beachtet hat. Dies gilt aber nur dann, wenn der Verwalter Aufgaben mangels eigener Sachkunde delegiert. Dazu gehören z. B. die Beauftragung von Steuerberatern zur Erfüllung von steuerlichen Pflichten des Verwalters, von Sachverständigen zum Zwecke der ordnungsgemäßen Erfassung und Bewertung der dem Konkursbeschlagnahmefähigen Vermögensgegenstände, aber auch der Einsatz von freien Mitarbeitern zur Erledigung von Arbeiten im lohnsteuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Bereich bis hin zur Bearbeitung von Konkursausfallgeldanträgen.¹⁶⁾
- 1193 Auch aus steuerlichen Gründen ist die Beschäftigung von freien Mitarbeitern zwecks Erfüllung bestimmter Aufgaben, zu denen dem Verwalter die eigene Sachkunde fehlt, zu Lasten der Masse angezeigt. Insbesondere vermeiden Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die zu den Katalogberufen des § 18 EStG gehören, auf diese Weise die **steuerlich nachteilige Einordnung** ihrer Vergütungsansprüche als Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit.¹⁷⁾

III. Konflikte aus Berufsrecht

1. Allgemeines

- 1194 Die Insolvenzverwaltertätigkeit befindet sich bundesweit mit ganz geringen Ausnahmen fest in der Hand von Freiberuflern. In mehr als 75 % aller Insolvenzfälle werden Rechtsanwälte zu Insolvenzverwaltern ernannt. Hinzu kommen Steuerberater und Wirtschaftsprüfer. Dies sind sämtlich Berufe, zu deren Ausübung eine **staatliche Zulassung** erforderlich ist, die an gesetzlich geregelte Qualifikationsmerkmale gebunden ist (z. B. § 4 BRAO).

2. Kollision von Standesrecht und Amtspflichten

- 1195 Die Rechte und Pflichten des Rechtsanwaltes, des Steuerberaters und des Wirtschaftsprüfers ergeben sich aus **Gesetz** und **Standesrecht**. Die hieraus resultierenden Bindungen können mit **konkursspezifischen Verhaltenspflichten** kollidieren. Dies beginnt bei den Straftatbeständen Geheimnisverrat und

15) RG, Urt. v. 6. 11. 1933 - VI 231/33, RGZ 142, 184.

16) Eickmann, KTS 1986, 197; Lüke, Persönliche Haftung, Rz. 146; Smid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 337 ff Rz. 64.

17) Korn, in: RWS-Forum 9, S. 275 ff.

Parteiverrat (§ 203 Abs. 1 Nr. 3, § 356 StGB) und führt über die Stellung der freiberuflichen Insolvenzverwalter im Zivil- und Strafprozeß bis zu den besonderen standesrechtlichen Pflichten, so insbesondere die Pflicht zum kollegialen Umgang und zur Beachtung des Umgehungsverbotes.¹⁸⁾

a) Auskunftspflicht des Gemeinschuldners

Die Fortführung des Geschäftsbetriebes im eröffneten Insolvenzverfahren setzt **1196** umfassende Kenntnisse des verantwortlichen Verwalters über die Ursachen der Insolvenz, das Verhalten des Gemeinschuldners oder seiner Organe in der Krise und damit auch Sachverhalte voraus, die strafrechtliche oder haftungsrechtliche Relevanz haben können. Im Rahmen seiner **Mitwirkungs- und Auskunftspflicht** (§§ 100, 101 KO, § 3 GesO, § 97 InsO) ist der Gemeinschuldner unbeschränkt zur Auskunft verpflichtet. Selbst strafbare Handlungen sind zu offenbaren.¹⁹⁾

b) Verschwiegenheitspflicht des Verwalters

Auch wenn die vom Gemeinschuldner erteilten Auskünfte in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nicht gegen ihn verwertet werden können, ist die oftmals unumgängliche Zusammenarbeit zwischen Gemeinschuldner und Verwalter insbesondere bei Betriebsfortführungen belastet, wenn der Gemeinschuldner befürchten muß, daß der anwaltliche Insolvenzverwalter bezüglich der ihm anvertrauten Auskünfte nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet ist,²⁰⁾ was immer noch ungeklärt ist. Allerdings besteht für derartige Auskünfte ein **Beweisverwertungsverbot** (§ 97 Abs. 1 Satz 3 InsO) im nachfolgenden Strafverfahren.²¹⁾ **1197**

c) Umgehungsverbot und Tagesgeschäft

Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die als Insolvenzverwalter **1198** tätig werden, sind grundsätzlich an das jeweilige Standesrecht und den daraus resultierenden **berufsspezifischen Pflichten** gebunden.²²⁾ Diese Bindung kann erhebliche Auswirkungen haben, wenn Lieferanten, Kunden, Arbeitnehmer oder sonstige Beteiligte anwaltlich vertreten sind, weil im Tagesgeschäft

18) Dazu Henssler, in: RWS-Forum 9, S. 165, 167 ff.

19) BVerfG, Beschl. v. 13. 1. 1981 - 1 BvR 116/77, ZIP 1981, 361 = NJW 1981, 1431; LG Hamburg, Beschl. v. 16. 12. 1974 - 76 T 87/74, KTS 1975, 242; Stürner, NJW 1981, 1757, 1760; Uhlenbruck, JR 1971, 445; Braun/Uhlenbruck, S. 202.

20) LG Aachen, Beschl. v. 12. 11. 1987 - 86 Qs 104/87, ZIP 1988, 111, dazu EWiR 1988, 97 (Mönning).

21) Braun/Uhlenbruck, S. 202.

22) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 83 Rz. 8; Gottwald/Gottwald, § 23 Rz. 16.

anstehende Maßnahmen im Zuge einer Betriebsfortführung keine **umständliche Korrespondenz** oder **langwierige Abstimmung** vertragen, die bei Beachtung des Umgehungsverbots unvermeidlich wäre, da der Verwalter dann ausschließlich über den Anwaltskollegen verhandeln und korrespondieren müßte. Hat ein Anwalt die Vertretung eines am Verfahren beteiligten Lieferanten in dessen Eigenschaft als Gläubiger angezeigt und wird die bestehende Geschäftsverbindung innerhalb der Betriebsfortführung auch nach Verfahrenseröffnung fortgesetzt, so ist es dem anwaltlichen Konkursverwalter nicht zuzumuten, die Konditionen jeder einzelnen Lieferung mit oder über seinen Anwaltskollegen abzustimmen. Gleiches gilt im Verhältnis zu dem anwaltlichen Bevollmächtigten des Gemeinschuldners, der ungeachtet des bestehenden Mandatsverhältnisses verpflichtet bleibt, seiner gesetzlichen Auskunftspflicht im unmittelbaren Verhältnis zum jeweils ernannten Verwalter zu erfüllen.

d) Vorrang der konkursspezifischen Pflichten

- 1199** Im Zweifel gehen die konkursspezifischen Verhaltenspflichten den standesrechtlichen Bindungen vor. Bei Betriebsfortführungen ist der anwaltliche Konkursverwalter daher nicht verpflichtet, die das Tagesgeschäft betreffenden Vorgänge mit dem Bevollmächtigten des jeweiligen Beteiligten zu verhandeln oder abzustimmen. Ebenso wenig kann der anwaltliche Bevollmächtigte eines Beteiligten Auskünfte über seine als Insolvenzverwalter tätigen Standeskollegen zu Verfahrensablauf und Verfahrensstand verlangen, die dem Gläubiger nicht zustehen. Über das Berufsrecht können die insolvenzspezifischen Pflichten nicht erweitert werden.²³⁾
- 1200** Aus der Kollision von konkursspezifischen und anwaltsrechtlichen Verhaltenspflichten ergeben sich gleichwohl immer wieder Konflikte im Tagesgeschäft einer Betriebsfortführung. Der Verwalter muß deshalb für den Umgang mit seinen Standeskollegen Leitlinien vorgeben, die von ihm selbst, den Mitarbeitern seines Büros, aber auch von den eingesetzten Hilfskräften beachtet und eingehalten werden müssen, um eine Gleichbehandlung zu gewährleisten.

3. Anwaltliche Vertretung in Folgesachen

- 1201** Die Sicherung der für die Fortführung unerläßlichen rechtlichen Rahmenbedingungen kann häufig nur im streitigen Verfahren vor den Gerichten durchgesetzt werden. Die auch als **Insolvenzfolgesachen** bezeichneten Angelegenheiten sind regelmäßig **nicht ohne anwaltlichen Beistand** zu bearbeiten. Anwaltliche Konkursverwalter, die in Sozietäten, Partnerschaftsgesellschaften, Büro-

23) Jaeger/Weber, KO, § 82 Rz. 1; Rechtsanwaltskammer Köln, Mitteilungsblatt Nr. 66 vom Mai 1978, zitiert nach Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 83 Rz. 8; Henssler, in: RWS-Forum 9, S. 165, 175.

gemeinschaften oder anderen Kooperationsformen mit Standeskollegen oder anderen Freiberuflern verbunden sind, übertragen die Bearbeitung dieser Folgesachen im Rahmen eines zu Lasten der Masse (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, § 13 Abs. Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) begründeten Mandatsverhältnisses Kollegen der Partnerschaft. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden, sofern und soweit es sich um eine Tätigkeit handelt, für die z. B. ein nicht anwaltlicher Insolvenzverwalter mangels eigener Sachkenntnis vernünftigerweise einen Anwalt beauftragt hätte (Eickmann'sche-Formel).²⁴⁾

Die Delegation dieser Tätigkeit an Partner, Angestellte oder freie Mitarbeiter der eigenen Sozietät oder sonstigen Kooperationsformen verstößt auch nicht gegen berufsrechtliche Tätigkeitsverbote, insbesondere nicht gegen § 45 BRAO.²⁵⁾ 1202

Voraussetzung ist lediglich, daß die **notwendigen Spezialkenntnisse** in der Partnerschaft oder Kooperation vorhanden sind. Da die Mitarbeiter im Büro des Verwalters mit der Sache vertraut sind und jederzeitigen Zugang zu den Geschäftsunterlagen des Gemeinschuldners haben, wird die Bearbeitung, die Informationsbeschaffung und die Abstimmung mit dem Gemeinschuldner und seinen Beschäftigten erleichtert und verkürzt, wenn Insolvenzfolgesachen in der Kanzlei des anwaltlichen Verwalters bearbeitet werden. Gleiches gilt für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in ihren jeweiligen Spezialbereichen. 1203

Konflikte können dennoch entstehen, weil Schuldner bis zur Verfahrenseröffnung Mandatsverhältnisse mit Beratern ihres Vertrauens eingegangen sind und deren weitere Einbeziehung wünschen. Gerade die mit einer Betriebsfortführung verbundenen Risiken verlangen jedoch die Bearbeitung dieser Bereiche durch ein eingespieltes und erfahrenes Team auch von anwaltlichen Beratern, was nicht gewährleistet ist, wenn der Verwalter immer wieder mit anderen Berufskollegen zusammenarbeiten muß, die sich dabei möglicherweise auch noch in einem Interessenkonflikt befinden.²⁶⁾ 1204

4. Selbstbindung der anwaltlichen Verwalter

Im Rahmen einer freiwilligen Bindung haben sich die im Arbeitskreis für Insolvenzrecht im Deutschen Anwaltverein zusammengeschlossenen anwaltlichen Verwalter verpflichtet, **persönliche und geschäftliche Beziehungen** zu 1205

24) Eickmann, Vergütung, S. 33; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 85 Rz. 12d; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 21 Rz. 40; Eickmann, VergVO, Vor § 1 Rz. 19 f m. w. N.

25) Henssler, in: RWS-Forum 9, S. 165, 179.

26) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6. 10. 1993 - 3 W 367/93, ZIP 1993, 1807.

einzelnen Verfahrensbeteiligten spätestens in der ersten Gläubigerversammlung oder im Berichtstermin zu **offenbaren**.²⁷⁾

- 1206** Diese Verpflichtung muß in besonderem Maße bei Betriebsfortführungen beachtet werden, um jeden Verdacht der Gewährung von Sondervorteilen bei der Aufrechterhaltung von Geschäftsbeziehungen zu Mandanten und Geschäftspartnern der Anwalts-, Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüferkanzlei zu entkräften, vor allem, wenn Lieferanten, Kunden, Arbeitnehmer oder andere Beteiligte bereits vor Einleitung des Insolvenzverfahrens als Mandanten vom Büro des Verwalters betreut wurden.
- 1207** Der Verwalter kann ausgesprochenen und unausgesprochenen Erwartungen nach Konditionsverbesserungen oder Sondervorteilen zur Begrenzung bereits entstandener Verluste in diesen Fällen nur begegnen, wenn er derartige Beziehungen unmittelbar nach Einleitung des Insolvenzverfahrens offenbart und transparent macht.²⁸⁾

IV. Die Belegschaft als Risikofaktor

1. Allgemeines

- 1208** Fehlt es an geeignetem (Führungs-)Personal, dann lassen sich weder Betriebsfortführungen organisieren noch längerfristige Erhaltungs- und Sanierungsstrategien durchhalten. Dabei umfassen die **personellen Ressourcen** sowohl die Führungskräfte als auch die **Spezialisten** und **Know-how-Träger**, ohne deren Mitwirkung Fortführungsüberlegungen von vornherein zum Scheitern verurteilt sind und die in allen Bereichen des insolventen Betriebes anzutreffen sind.
- 1209** Unter Insolvenzbedingungen stehen jedoch häufig nicht die Fähigkeiten des vorhandenen Personals zur Erbringung von Dienst- und Produktionsleistungen im Vordergrund. Vielmehr wird allein die Kostenbelastung gesehen, die mit dem Einsatz von Personal zwangsläufig verbunden ist. Der Zwang zur Senkung der Fixkosten als fast immer notwendige Rahmenbedingung für die Aufrechterhaltung eines Geschäftsbetriebes im eröffneten Insolvenzverfahren erfordert **Betriebsänderungen**, die Kündigungen und Massenentlassungen vorsehen. Die damit verbundenen innerbetrieblichen Eruptionen, finanziellen Belastungen und rechtlichen Probleme wirken sich selbst dann noch belastend auf die Betriebsfortführung aus, wenn die Maßnahme als solche und ihre Umsetzung vorab einvernehmlich mit der Belegschaft oder dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich geregelt werden konnten.

27) *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 78 Rz. 2; *Mönning*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 275 ff Rz. 67; Verhaltensrichtlinien für als Insolvenzverwalter tätige Rechtsanwälte des Arbeitskreises für Insolvenzrecht im DAV, abgedruckt in: AnWB 1992, 118.

28) Im einzelnen dazu auch *Henssler*, in: RWS-Forum 9, S. 165 ff.

2. Einbindung der Schlüsselleute

In kleineren und mittleren Betrieben sind Produktions- und Dienstleistungen von wenigen Leuten abhängig. Ihre Fähigkeiten und besondere Einsatz- und Leistungsbereitschaft, Erfahrungen und Kenntnisse machen diese Schlüsselleute auch unter **Qualitätssicherungsgesichtspunkten** meist unersetzbar. Hinzu kommt, daß sie häufig Inhaber von zwingend notwendigen Erlaubnissen, Zulassungen und Konzessionen sind. Art, Umfang und Dauer einer Betriebsfortführung hängen daher nicht zuletzt von der weiteren Einbindung dieser Spezialisten und Know-how-Träger ab. 1210

Für die Beurteilung der Produktqualität kommt es nur in zweiter Linie auf die fertigungstechnischen und technologischen Aspekte an. Entscheidend ist die Beurteilung aus der Sicht des Kunden, der das insolvente Unternehmen aus oftmals langjähriger Zusammenarbeit kennt und weiß, welche **Mitarbeiter als Leistungsträger** die Qualität der Produkte und Dienstleistungen gewährleisten, und zwar unabhängig davon, ob das betroffene Unternehmen eine der Qualitätsmanagementnormen (z. B. DIN EN ISO 9000-9004) erfüllt hat und entsprechend zertifiziert wurde. 1211

So wie der Kunde sich um die Qualität der von ihm bezogenen Leistungen und Produkte sorgt, so hofft der Wettbewerber des insolventen Unternehmens auf die Möglichkeit zur Übernahme eben jener Schlüsselleute, die ihm bislang das Leben im harten Konkurrenzkampf erschwert haben. Nahezu alle Schlüsselleute sind daher einem erheblichen **Abwerbungsdruck** ausgesetzt. Da sie selbst mit Abwanderungsgedanken befaßt sind, weil sie - meist als einzige - über Alternativen verfügen, schwanken sie zwischen Loyalität und Zukunftssicherung. 1212

Vom ersten Tag an muß daher der fortführende Verwalter zu den Spezialisten, Know-how-Trägern sowie Konzessions- und Erlaubnisinhabern Kontakt suchen und mit ihnen im Gespräch bleiben, um zumindest im Rahmen eines Gentleman's Agreement von ihnen die Zusage zu erhalten, daß sie Abwanderungsentscheidungen rechtzeitig offenbaren, um überhaupt noch reagieren und über Alternativen nachdenken zu können. 1213

Wird mit der Fortführung eine spätere Reorganisation oder eine übertragende Sanierung angestrebt, muß mit den Schlüsselleuten frühzeitig über ihre zukünftige Rolle und Einbindung gesprochen werden. Häufig ist gerade dieser Personenkreis im Falle einer Erhaltung für eine kapitalmäßige Beteiligung offen oder strebt sie sogar an. Dabei sind die Konfliktlagen, die sich oftmals bei der Übernahme eines lebenden Unternehmens durch das bislang über Arbeits- oder Dienstverträge gebundene Management ergeben, unter Insolvenzbedingungen beseitigt, so daß bereits in der Anfangsphase offen über die Möglich- 1214

keiten eines **Management Buy Out** (MBO) oder eines Management Spinoff (MSO) gesprochen und verhandelt werden kann.²⁹⁾

- 1215** Ein sich mit Kauf- oder Beteiligungsabsichten tragendes Management sichert die Motivation der Fortführungsmannschaft und gewährleistet die Erhaltung der Lieferanten- und Kundenbeziehungen. Übernahmeverhandlungen werden erleichtert, da dieser Personenkreis die vorhandenen Ressourcen mit ihren Stärken und Schwächen kennt und daher auch den Wert der zu übernehmenden Wirtschaftsgüter (asset deal) im Falle einer übertragenden Sanierung oder den Beteiligungswert im Falle eines Anteilskaufs (share deal) bei einer Reorganisation des Unternehmensträgers kennt oder einzuschätzen vermag.

3. Erhaltung der Motivation

- 1216** Die Motivation der Mitarbeiter ist ein wichtiges Instrument zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes im eröffneten Insolvenzverfahren. Sie löst zwar keine Probleme, schafft jedoch die Voraussetzungen, um einen Geschäftsbetrieb in einer derart sensiblen Lage überhaupt fortführen und steuern zu können. Zu Beginn eines Insolvenzverfahrens muß der Verwalter **Motivationsbarrieren überwinden**. Sie sind Folge des wirtschaftlichen und finanziellen Zusammenbruchs und äußern sich in Mutlosigkeit, mangelndem Leistungswillen, allgemeiner Verunsicherung und Zukunftsängsten.³⁰⁾
- 1217** Will der Verwalter diese fortführungsschädlichen Motivationsbarrieren überwinden, so muß er unverzüglich seine Akzeptanz sicherstellen und Führungs- und Durchsetzungsqualität offenbaren. Die Streitfrage, ob in der Krise ein autoritärer oder ein kooperativer Führungsstil zu praktizieren ist, läßt sich nicht generell lösen und hängt nicht zuletzt auch von den intellektuellen, fachlichen und charakterlichen Fähigkeiten der jeweiligen Belegschaft ab.³¹⁾
- 1218** Motivation setzt eine Perspektive voraus. Motivationsbarrieren werden daher schnell überwunden, wenn der Verwalter in der Lage ist, eine Alternative zu der von der Belegschaft erwarteten Stilllegung und Zerschlagung aufzuzeigen. Diese wird in der Fortführung des Geschäftsbetriebes gesehen, auch wenn der Belegschaft fast immer bewußt ist, daß die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes in vielen Fällen lediglich einen zeitlichen Aufschub bedeutet. Gelingt

29) Zu den Einzelheiten eines MBO oder MSO vgl. auch die umfassende Darstellung bei *Holzappel/Pöllath*, Rz. 267a ff.

30) *R. Müller*, S. 405 ff.

31) *R. Müller*, S. 316; *W. Baur*, S. 75; *Rüschepöhler*, Plus 6/73, S. 32, 37; *Trolle*, in: *Baur* (Hrsg.), *Konfliktmanagement*, S. 87, 90; *Hammer*, IO 1979, 175; *Bleicher*, in: *Blick durch die Wirtschaft* vom 9. 1. 1984, Nr. 6, S. 1 ff; *Kayser*, BB 1983, 415, 417; *Krummenacher*, S. 3 ff; *Brandstätter*, S. 17 ff; *Uhlenbruck*, *Der Wirtschaftstreuhänder* 1/94, S. 24.

es dem Sequester, vorläufigen Verwalter oder Insolvenzverwalter, den Geschäftsbetrieb über die besonders kritischen ersten fünf Tage nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu bringen und die befürchtete Stilllegung zu vermeiden, so löst dies einen spürbaren Motivationsschub aus. Der berühmte Rück geht durch die Belegschaft. Fehlzeiten tendieren in der Folge gegen Null. Produktivität und Qualität steigen spürbar.

Diese Entwicklung ist jedoch nicht konstant. Der **Motivation abträglich** sind 1219 äußere Ereignisse und Verfahrensentscheidungen, die von der Belegschaft als belastend oder als Beleg für eine baldige Stilllegung empfunden werden. Wieder labil wird die Situation am Tage der Eröffnung des Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahrens, da die Eröffnungsentscheidung als Scheitern aller Erhaltungs- und Sanierungsbemühungen empfunden wird. Unruhestiftend und damit motivationsmindernd wirken sich ferner der Ausspruch von Kündigungen, die Durchführung einer Massenentlassung und von Freistellungen, meist als Folge eines vereinbarten Interessenausgleichs, aus. Aber auch der Abtransport von Sicherungsgut oder Vorbehaltsware, die Stornierung von Aufträgen oder Schwierigkeiten bei der Materialbeschaffung beeinflussen die Arbeitsmoral negativ, ebenso wie - mit umgekehrten Effekt - der Abschluß neuer Verträge oder die Stabilisierung der Auftragslage.

In hohem Maße ist die Motivation auch von der **Länge der Betriebsfortführung** abhängig. Mit zunehmender Zeitdauer schwindet die Hoffnung der Belegschaft auf eine Reorganisation oder die Durchführung einer übertragenden Sanierung, nicht zuletzt wenn die Zahl der Betriebsbesichtigungen durch potentielle Investoren rückläufig ist. Unter den Bedingungen einer Auslaufproduktion läßt sich das sukzessive Abwandern von Mitarbeitern nicht verhindern, da insbesondere die jüngeren Mitarbeiter fortwährend nach Ersatzlösungen suchen, solange die Betriebsfortführung nicht mit der Aussicht auf Erhaltung der betrieblichen Strukturen verbunden werden kann. 1220

Diese Faktoren können schwerwiegende Auswirkungen auf die Betriebsfortführung haben. Wer eine neue Beschäftigung gefunden hat, strebt über den Abschluß eines Aufhebungsvertrages in der Regel den sofortigen Wechsel in das neue Arbeitsverhältnis an. Die termingerechte und qualitativ einwandfreie Erledigung von Aufträgen ist dann ebenso gefährdet wie im Falle einer nachlassenden Motivation, die sich sofort auch im Ansteigen von Fehlzeiten und Qualitätsmängeln bemerkbar macht. 1221

In Klein- und Mittelbetrieben lassen sich diese Schwankungen und Unsicherheiten unter Insolvenzbedingungen nur schwer auffangen, da kurzfristig kein gleichwertiger Ersatz beschafft werden kann. Der vorangegangene Personalabbau und das Herunterfahren des Personalbestandes auf das an Kostengesichtspunkten ausgerichtete Mindestmaß schließen meist auch innerbetriebliche Umsetzungsmaßnahmen oder Vertretungsmöglichkeiten aus. 1222

- 1223 Jede Fortführung, die keine gesicherte Erhaltungsperspektive bietet, muß aufgrund dieser Unsicherheitsfaktoren, die der Betriebsfortführung in kürzester Zeit die innerbetrieblichen Voraussetzungen entziehen können, überschaubar angelegt sein. Die Steuerung muß kurzfristig greifen, wenn der Zusammenbruch der betrieblichen Strukturen aufgrund fehlender Motivation oder als Folge von Kündigungen droht.
- 1224 Dies gilt in erster Linie für die Übertragung noch nicht fertiggestellter Aufträge, die zur Vermeidung von gegen die Masse gerichteten Schadensersatzansprüchen anderweitig plazierte werden müssen, wenn die Voraussetzungen zur Aufrechterhaltung der Produktion oder zur Erbringung von Dienstleistungen im bis dahin fortgeführten Betrieb entfallen. Hat der Verwalter zur Durchführung und Erledigung dieser Aufträge nach Verfahrenseröffnung Erfüllung gewählt (§ 17 KO, § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO, § 103 InsO) oder einen Auftrag nach Eröffnung des Verfahrens neu abgeschlossen, so sind **Schadensersatzansprüche** wegen Nicht- oder Schlechterfüllung als Masseverbindlichkeiten vorab aus der Masse und zu deren Lasten zu regulieren (§ 59 Abs. 1 Nr. KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO), wobei auch die Gefahr einer **persönlichen Inanspruchnahme** des Verwalters nicht ausgeschlossen ist, wenn er bei Abschluß des Auftrages oder zum Zeitpunkt der Erfüllungswahl bereits erkennen konnte, daß der Auftrag nicht ausgeführt werden konnte.³²⁾
- 1225 Bei der Beurteilung des Risikopotentials, das sich aus mangelnder Motivation oder personeller Fluktuation ergibt, muß auch die immer geringer werdende Betriebstreue insbesondere der jüngeren Generation in die Überlegungen eingestellt werden. Die Fälle häufen sich, in denen Mitarbeiter, die sich als wichtig bis unentbehrlich einstufen, den Verbleib im fortgeführten Betrieb von Gehaltserhöhungen oder Sonderzahlungen abhängig machen. Auch wenn die Konsequenzen noch so gravierend sein mögen, können sich die Verwalter gegen derartige Pressionen nur schützen, wenn sie ausnahmslos den Grundsatz verfolgen, daß ihnen die Fortführung nicht wichtiger sein darf als den am Verfahren unmittelbar Beteiligten selbst.

4. Die Spaltung der Belegschaft durch Personalabbau und Interessenausgleich

- 1226 Die Belegschaften, die Betriebsräte und auch die zuständigen Gewerkschaftsvertreter wissen, daß die Fortführung eines Geschäftsbetriebes unter Insolvenzbedingungen ohne Personalabbau nicht zu bewerkstelligen ist. In der An-

32) Lücke, in: RWS-Forum 9, S. 67 ff; ders., Persönliche Haftung, Rz. 67; Merz, KTS 1989, 277; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 82 Rz. 18b; Pape, ZIP 1984, 796; Eckert, ZIP 1984, 615; Smid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 337 ff Rz. 9; Kübler, ebenda, S. 735 ff Rz. 37.

fangsphase eines Insolvenzverfahrens hat der Verwalter daher selbst dann nachhaltige Unterstützung bei der Umsetzung einer Fortführungskonzeption, wenn diese zunächst die Entlassung aller Mitarbeiter durch Einzelkündigungen oder im Rahmen einer Massenentlassung voraussetzt und der Verwalter anschließend die für die weitere Abwicklung benötigten Mitarbeiter über befristete Arbeitsverträge oder im Rahmen noch laufender Kündigungsfristen beschäftigt und die nicht mehr benötigten Mitarbeiter freistellt. In der Fortführungsphase entstehen dann häufig schwerwiegende Konflikte.

a) Taktische und strategische Ziele

Erstes taktisches Ziel der Arbeitnehmersvertretungen ist es, die befürchtete 1227
Stillegung zu vermeiden. Gelingt dies, so wird die weiterführende Strategie verfolgt, im Falle einer Reorganisation oder einer übertragenden Sanierung mit derzeitigen oder zukünftigen Unternehmensträgern über die personelle Zusammensetzung bis hin zur Wiedereinstellung gekündigter oder freigestellter Mitarbeiter zu verhandeln. Diese strategische Zielsetzung setzt jedoch die Anwendung des § 613a BGB voraus. Anders als in der Gesamtvollstreckung bleibt im Konkurs- sowie eingeschränkt im künftigen Insolvenzverfahren die Unsicherheit über lange Zeit erhalten, daß sich auch gekündigte und freigestellte Mitarbeiter zu einem späteren Zeitpunkt in den reorganisierten oder übernommenen Geschäftsbetrieb mit der Behauptung einklagen, die Stillegung sei zu keinem Zeitpunkt ernsthaft beabsichtigt gewesen.³³⁾

b) Kritik am Auswahlverfahren

Der Personalabbau spaltet die Belegschaft; sie bezweifelt das Auswahlverfahren 1228
oder seine Durchführung. Massive, teils handgreifliche Kritik sowie Verdächtigungen und Mutmaßungen über angeblich unsachliche Auswahlkriterien sind an der Tagesordnung. Wichtig ist daher, daß die unvermeidliche Maßnahme so schnell wie möglich, nach Möglichkeit an einem einzigen Tage, parallel zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchgeführt und abgeschlossen wird.

33) EuGH, Urt. v. 19. 9. 1995 - Rs C-48/94, ZIP 1995, 1761 = BB 1995, 2377; BAG, Urt. v. 27. 4. 1995 - 8 AZR 197/94, ZIP 1995, 1540 = NZA 95, 1155, dazu EWIR 1995, 963 (Plander); BAG, Urt. v. 4. 3. 1993 - 2 AZR 507/92, NZA 1994, 260; BAG, Urt. v. 9. 2. 1994 - 2 AZR 666/93, ZIP 1994, 1041 = NJW 1995, 75 = NZA 1994, 686, 688; BAG, Urt. v. 27. 9. 1984 - 2 AZR 309/83, BAGE 47, 13 = ZIP 1985, 698 = DB 1985, 1399, dazu EWIR 1985, 379 (Bauer); BAG, Urt. v. 5. 12. 1985 - 2 AZR 3/85, ZIP 1986, 795 = DB 1986, 1290, dazu EWIR 1986, 659 (Seiter); BAG, Urt. v. 19. 6. 1991 - 2 AZR 127/91, ZIP 1991, 1374 = DB 1991, 2442, dazu EWIR 1991, 1111 (Schaub); LAG Berlin LAGE § 15 KSchG Nr. 4; Schaub, ZIP 1993, 969, 971 m. w. N.; Berscheid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 83 - 88.

- 1229 Selbst wenn die Maßnahme zügig umgesetzt wird, bleibt das aus ihr resultierende Störpotential im gesamten Fortführungszeitraum durch die Erhebung von **Kündigungsschutzklagen** erhalten. Angegriffen werden die Kündigungen unter Hinweis auf einen angeblich bevorstehenden und beim Ausspruch der Kündigung bereits absehbaren Betriebsübergang, aber auch wegen fehlerhafter Sozialauswahl oder falscher Anwendung der mit dem Betriebsrat erarbeiteten oder - künftig - der gesetzlich vorgegebenen (§ 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO) Kriterien.³⁴⁾

c) Frontwechsel der Gewerkschaften

- 1230 Begleitet werden diese Maßnahmen häufig durch einen Frontwechsel der Gewerkschaft, die zunächst den Abschluß des Interessenausgleichs und den Personalabbau zur Vermeidung einer sofortigen Stilllegung unterstützt haben, jetzt aber ihre Mitglieder in den **Kündigungsschutzverfahren** gegen den Verwalter vertreten und dabei auch Kenntnisse ausnutzen, die sie in den Verhandlungen zum Abschluß des Interessenausgleichs erlangt haben.
- 1231 Auch diese unerfreuliche Konsequenz, die das Vertrauensverhältnis zwischen Verwaltern und Gewerkschaftssekretären nachhaltig beeinträchtigen kann, resultiert aus der Anwendung des § 613a BGB. Über Kündigungsschutzklagen sollen mögliche Optionen für eine Wiedereingliederung in die betrieblichen Strukturen aufrechterhalten werden, wenn die Betriebsfortführung durch eine übertragende Sanierung oder eine Reorganisation abgeschlossen wird. Für diese Absicht öffnet die Arbeitsgerichtsbarkeit immer wieder Tür und Tor selbst in den Fällen, in denen Kündigungen auf sorgfältigen und gesicherten Stilllegungsprognosen beruhen und es erst später zu neuen Entwicklungen (Betriebsübergang oder Verschiebung des Stilllegungszeitpunkts) kommt und die Kündigungsfristen noch nicht abgelaufen sind.³⁵⁾
- 1232 Die schwerwiegenden Auseinandersetzungen zwischen Verwalter und gekündigten und freigestellten Mitarbeitern oder ihren gewerkschaftlichen Interessenvertretern sind nicht Folge eines auf Obstruktion ausgerichteten bösen Willen, sondern die unvermeidliche Konsequenz aus dem Selbstverständnis der Gewerkschaften als Interessenvertreter, die dabei häufig gegen ihre Überzeugung die Voraussetzungen für übertragende Sanierungen durch Weiterbeschäftigungsansprüche oder Klagen auf Wiedereinstellung beseitigen, wenn der Geschäftsbetrieb auf Dauer nur mit einer reduzierten Belegschaft rentabel arbeiten kann.

34) *Berscheid*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 56 - 62.

35) BAG, Urt. v. 27. 2. 1997 - 2 AZR 160/96, DB 1997, 1414 = NZA 1997, 757, dazu EWIR 1997, 781 (*Junker/Schnelle*).

Im Bereich der **Gesamtvollstreckung** sind diese Konfliktlagen durch die **Suspendierung des § 613a BGB** bis zum 31. Dezember 1998 entschärft, so daß das für eine Betriebsfortführung aus einer Massenentlassung resultierende Störpotential dort neutralisiert wird und im Ergebnis zu vernachlässigen ist.³⁶⁾ 1233

5. Beschäftigungsgesellschaften

Zur Entschärfung des aus der Spaltung der Belegschaft in weiterbeschäftigte und freigestellte Mitarbeiter resultierenden Konflikts wird zunehmend über die **Errichtung von Beschäftigungsgesellschaften** nachgedacht. In Beschäftigungsbetrieben oder -gesellschaften wechseln Arbeitnehmer, die als Folge der Betriebsänderung gekündigt und freigestellt werden. 1234

Gegenstand der Beschäftigungsgesellschaften können sowohl **Qualifizierungsmaßnahmen** als auch jede Art sinnvoller Beschäftigung für die in den Altbetrieben nicht mehr benötigten Mitarbeiter sein, wobei die Beschäftigungsgesellschaften in einigen Fällen auch die Funktion eines **Personalreservoirs** für den fortgeführten Betrieb haben, wenn dort ein kurzfristiger Engpaß besteht oder ausgeschiedene Mitarbeiter ersetzt werden müssen. 1235

Alle Überlegungen zur Errichtung von Beschäftigungsgesellschaften einschließlich der Rechtsträgerschaft und der Finanzierung sowie ihrer zeitlichen und gegenständlichen Ausgestaltung befinden sich noch im Anfangs-, bestenfalls im Experimentierstadium. 1236

a) Einsatz öffentlicher Unterstützungsleistungen

Die Gründung von Beschäftigungsgesellschaften beruht auf dem Gedanken, **Sozialleistungen** und jede Art **öffentlicher Unterstützungsleistungen**, auf die gekündigte und freigestellte Mitarbeiter Anspruch haben, für die Dauer der bestehenden Ansprüche nicht unmittelbar an die Arbeitslosen auszuzahlen, sondern zur Finanzierung der Beschäftigungsgesellschaft einzusetzen, die ihre Mitarbeit mit Hilfe dieser Mittel entlohnt, wobei in der Regel Lohn- und Gehaltskürzungen unumgänglich sind, um eine zumindest mittelfristige Finanzierung zu gewährleisten. 1237

Neben der öffentlich-rechtlichen Finanzierung soll sich die Beschäftigungsgesellschaft um die Ausführung von Dienstleistungen aller Art, in Ausnahmefällen auch Produktionsleistungen, bemühen, um auf diese Weise zusätzliche Finanzquellen zu erschließen. 1238

36) *Berscheid*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 1043 ff Rz. 79; *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 1993, 625, 631.

- 1239** Die fortgeführten Betriebe werden auf diese Weise von den **Grundkosten** für die in die Beschäftigungsgesellschaften übergehenden Arbeitnehmer **entlastet**. Diesen bleibt der Weg in die Arbeitslosigkeit zumindest für den ersten Übergangszeitraum erspart, und ihnen wird die Möglichkeit eröffnet, in den Gesellschaften an Fort- und Umbildungsmaßnahmen teilzunehmen, um die Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt zu erhöhen.
- 1240** Die Etablierung von Qualifizierungs- und Beschäftigungsgesellschaften ist seit dem Hamburger Aktionsprogramm Wirtschaft für die Hamburger Werftindustrie (1977 - 1990) und der Stahlstiftung Saarland (seit 1986) bekannt. In den neuen Bundesländern wurden die hier bereits gewonnenen Erfahrungen in erster Linie über das **Modell „Kurzarbeit Null“** gemäß § 63 Abs. 4 AFG angewandt.
- 1241** In allen bisher bekanntgewordenen Fällen werden die Beschäftigungsgesellschaften überwiegend aus Mitteln der Bundesanstalt für Arbeit, aber auch durch öffentliche Fördermittel von Bund und Ländern finanziert. Die Gewährung von Darlehen und Zuschüssen für die Einrichtungen, die der beruflichen Fortbildung und Umschulung dienen, erfolgt nach den §§ 50 ff AFG. Die Bundesanstalt für Arbeit finanziert Löhne und Gehälter für Fortbildungsmaßnahmen, zum Teil in Form von Unterhaltsgeld, gemäß § 44 Abs. 2 AFG.

b) Betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten

- 1242** Um anzeigepflichtige Entlassungen gemäß § 17 KSchG zu vermeiden, wird über eine Beschäftigungsgesellschaft die Bildung einer „betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit“ gewählt. In diesem Fall erfolgt die Abwicklung auf der Grundlage des § 63 Abs. 4 AFG, wobei der abgebende Betrieb jedoch verpflichtet bleibt, die Lohnnebenkosten während der Dauer der Maßnahme in voller Höhe zu tragen. Ziel ist es, den in der betrieblichen Einheit zusammengefaßten Arbeitnehmern eine berufliche Qualifizierung zu ermöglichen. Die Errichtung einer Beschäftigungsgesellschaft als eigenständige Einheit ist jedoch an Voraussetzungen gebunden, die nur im Ausnahmefall vorliegen, denn der Arbeitsausfall muß auf einer schwerwiegenden strukturellen Verschlechterung der Lage des Wirtschaftszweiges beruhen und der hiervon betroffene Arbeitsmarkt außergewöhnliche Verhältnisse aufweisen.

c) Verwalter als Treuhänder

- 1243** Die Errichtung der Beschäftigungsgesellschaft muß, da der Rechtsträger des insolventen Unternehmens hierzu nicht mehr in der Lage und/oder bereit ist, durch den Insolvenzverwalter initiiert werden, der die Anteile an der Gesellschaft treuhänderisch zunächst für die am Insolvenzverfahren beteiligten Gläubiger hält, die von der Durchführung dieser Maßnahme allerdings nur

profitieren, wenn die finanziellen Unterstützungsleistungen der Bundesanstalt für Arbeit nicht durch Überleitung auf die Konkursmasse als Masseschulden beansprucht werden.

d) Einbeziehung der Gläubiger

Für die Errichtung der Beschäftigungsgesellschaft benötigt der Verwalter die Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung (§§ 133, 134 KO, § 15 Abs. 6 GesO, §§ 69, 75 InsO). Die Bereitschaft der Gläubiger, sich zumindest mittelbar in einer Beschäftigungsgesellschaft zu engagieren, ist gering. Aus diesem Grunde wird über Möglichkeiten nachgedacht, Beschäftigungsgesellschaften globaler auszuformen und nicht nur die Arbeitnehmer eines insolventen Betriebes dort weiterzubeschäftigen, sondern sie betriebsübergreifend und regional auszurichten, wobei Kommunen, Landkreise oder Bundesländer, aber auch die Industrie (Handels- und Handwerkskammer sowie Arbeitgeberverbände) als Träger in Betracht kommen. 1244

e) Loslösung vom „Altbetrieb“

Nur im Falle der völligen Loslösung der Beschäftigungsgesellschaft von dem insolventen Altbetrieb ist dort mit dieser Maßnahme im Falle der Betriebsfortführung ein **Beruhigungs- und Stabilisierungseffekt** verbunden, da sich der Konflikt, der mit der Aufspaltung der Belegschaft in weiterbeschäftigte und freigestellte Arbeitnehmer insbesondere unter den Bedingungen einer strukturellen Massenarbeitslosigkeit einhergeht, entschärft und nicht mehr oder zumindest nicht im bisherigen Umfang auf das Insolvenzverfahren zurückschlägt. 1245

6. Die Auswirkungen des Beschäftigungsförderungsgesetzes

Zum Zwecke der Sanierungsförderung und zur Entschärfung des von Betriebsänderungen in Insolvenzverfahren ausgehenden Konfliktpotential enthält das am 1. Oktober 1996 in Kraft getretene Beschäftigungsförderungsgesetz³⁷⁾ Neuregelungen (oben Rz. 890 ff), deren Auswirkung auf Betriebsfortführungen im Vor- und Eröffnungsverfahren sowie im eröffneten Insolvenzverfahren noch nicht abzuschätzen sind. 1246

37) Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz) vom 13. 9. 1996, BGBl I, 1476; vgl. dazu die Dokumentation in: ZIP 1996, 1722; vgl. auch die Stellungnahme des *Gravenbrucher Kreises*, abgedruckt in: ZIP 1997, 1091; zur Haltung der Bundesregierung vgl. die Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage durch den Parlamentarischen Staatssekretär im BMJ, *Rainer Funke*, abgedruckt in: ZIP 1997, 1479.

- 1247 Die auf den Kampf um die Sicherung der vollen Lohnfortzahlung im Krankheitsfall konzentrierten Gewerkschaften haben die Einführung des Insolvenzarbeitsrechts im Geltungsbereich der Konkursordnung zum 1. Oktober 1996 erst realisiert, nachdem Konkursverwalter die bereits vorbereiteten Kündigungsschreiben sowie Aufforderungen zum Abschluß eines Interessenausgleichs und Auswahllisten verschickt hatten. Seither sind alle Beteiligten mit der Neubestimmung ihrer Positionen befaßt, was für den Bereich der neuen Bundesländer noch ansteht.
- 1248 Die im **Insolvenzarbeitsrecht**³⁸⁾ enthaltenen Kündigungserleichterungen haben zunächst zu einer deutlichen **Verschärfung** der Auseinandersetzungen im Hinblick auf **Interessenausgleich, Kündigungen und Auswahlverfahren** geführt, wobei allerdings auch die strukturell bedingten und teilweise auf der Straße ausgetragenen Arbeitskämpfe der Bergarbeiter und Bauarbeiter zu Beginn des Jahres 1997 eine stimulierende Wirkung ausgeübt haben.
- 1249 Nach langen und kontroversen Diskussionen hat sich der Reformgesetzgeber nicht dazu entschließen können, die Anwendung des § 613a BGB bei übertragenden Sanierungen im zukünftigen Insolvenzrecht auszuschließen (oben Rz. 897). Die Entscheidung war politisch motiviert, um der Opposition die Zustimmung zur Gesetzesreform zu ermöglichen und Konflikte mit der organisierten Arbeitnehmerschaft zu begrenzen.³⁹⁾
- 1250 Auch die Europäische Kommission wird sich nicht dazu durchringen, die Anwendung der reformierten Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 (oben Rz. 879) generell für alle Fälle eines förmlichen Insolvenzverfahrens auszuschließen. Nach dem derzeitigen Diskussionsstand wird es dem jeweiligen nationalen Recht vorbehalten bleiben, die Anwendung der Richtlinien im gerichtlich überwachten Konkurs-, Vergleichs- oder Liquidationsverfahren zu regeln.⁴⁰⁾ Grundsätzlich geht auch der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission davon aus, daß Insolvenzverwalter und Arbeitnehmer unter Einbeziehung weiterer Verfahrensbeteiligter ein Konsensmodell entwickeln, um Betriebsänderungen einvernehmlich abzuwickeln und übertragende Sanierungen zu ermöglichen.⁴¹⁾
- 1251 Von diesem Leitbild gehen auch die jetzt vorzeitig in Kraft gesetzten Bestimmungen zur Durchführung von Betriebsänderungen per gesetzlich gegel-

38) Zum Begriff vgl. *Braun/Uhlenbruck*, S. 101.

39) *Berscheid*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 1043 ff Rz. 80.

40) Vorschlag der EU-Kommission vom 8. 9. 1994 für eine Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, abgedruckt in: ZIP 1994, 1568 mit Einführung *Hanau*.

41) *Bauer*, DB 1994, 1992; *Berscheid*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 1043 ff Rz. 80.

tem Vermittlungsverfahren aus (§§ 121 ff InsO). Dabei haben die Erfahrungen mit der Gesamtvollstreckungsordnung und die für das Gebiet der neuen Bundesländer angeordnete Suspendierung des § 613a BGB die Einschätzung der Insolvenzpraktiker und deren Kritik an dem vorgesehenen Vermittlungsverfahren bestätigt: Der **Ausschluß der Rechtsfolgen des § 613a BGB** auf übertragende Sanierungen im eröffneten Insolvenzverfahren fördert Sanierungen, reduziert die Konfliktpotentiale und hat sich dort positiv auf Betriebsfortführungen ausgewirkt.⁴²⁾

Bei aller Kritik und Skepsis steht fest, daß sich Möglichkeiten zur Fortführung und die mit ihr möglicherweise verfolgten weitergehenden Ziele einer Reorganisation oder einer übertragenden Sanierung durch die vorgezogene Einführung des in der Insolvenzordnung vorgesehenen **Vermittlungsverfahrens** verbessern werden. Die damit verbundenen Möglichkeiten können zur Absicherung von Fortführungsentscheidungen und zur Entwicklung weitergehender Perspektiven genutzt werden. Die fortbestehenden Bedenken der Insolvenzpraktiker beziehen sich auf den zeitlichen Rahmen des Einigungsverfahrens, in erster Linie jedoch auf die Anwendungspraxis der Arbeitsgerichte, denen die Insolvenzverwalter traditionell mit Vorbehalten begegnen; sie werfen ihnen fehlende betriebswirtschaftliche Kenntnisse und mangelnde Erfahrung im Umgang mit Sanierungsfällen, ihren Voraussetzungen und Rahmenbedingungen vor. 1252

Im Interesse einer Absicherung von Betriebsfortführungen ist es in jedem Fall geboten, die Möglichkeiten des Vermittlungsverfahrens zur Durchführung von Betriebsänderungen auszuloten, um herauszufinden, ob der Optimismus des Gesetzgebers gerechtfertigt ist, auf diese Weise das Kriebsbeil zwischen Arbeitsrecht und Insolvenzrecht begraben zu können. 1253

7. Tabuthemen

Konfliktpotentiale im Personalbereich resultieren aus insolvenzspezifischen Eingriffen, die sich insbesondere im Falle einer Betriebsfortführung gravierend auswirken und über die üblicherweise weder geschrieben noch gesprochen wird. 1254

a) Übergriffe und ihre Folgen

Gemeint sind Diebstähle von Material und Anlagegegenständen durch Mitarbeiter aller Bereiche, die erfahrungsgemäß unter den Bedingungen einer Betriebsfortführung weit verbreitet sind. Ein Unrechtsbewußtsein ist bei den Be- 1255

42) Gravenbrucher Kreis, ZIP 1994, 585; ders., ZIP 1992, 657; Grub, ZIP 1993, 393; Berscheid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043 ff Rz. 79.

troffenen häufig nicht auszumachen. Aufgefallene Mitarbeiter geben zur Begründung unerfüllte Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis an, die zur Selbsthilfe berechtigen sollen. Ebensooft wird auf eine allgemeine betriebliche Übung verwiesen, insbesondere wenn das insolvente Unternehmen Verbrauchsgüter für den täglichen Bedarf herstellt.

- 1256 In den Bereichen, in denen früher die weißen Kragen anzutreffen waren, heute jedoch eher legere Kleidung dominiert, müssen Daten, Verfahrenstechniken und Rechte vor unerlaubtem Zugriff geschützt werden. Trotz ausgeklügelter Schutzsysteme wird insbesondere im EDV-Bereich **Datenmaterial kopiert**, das entweder zum Aufbau einer eigenen Existenz unentbehrlich erscheint oder den Marktwert bei einem Wechsel zum Wettbewerb erhöht. Katastrophal für eine Betriebsfortführung kann sich diese gängige Praxis auswirken, wenn sie zugleich mit einer **Löschung verbliebener Datensätze** verbunden wird, um eine **Fortführung gezielt zu torpedieren**.
- 1257 Der Diebstahl beweglicher Wirtschaftsgüter sowie geistigen Eigentums oder auch das Ausbuchen von debitorischen Forderungen gegen Provision unter Insolvenzbedingungen wurde bislang nicht thematisiert, obwohl diese Vorfälle nahezu in jedem Insolvenzverfahren vorkommen. Ob ausgerechnet ein fortführender Insolvenzverwalter mit diesen Tabus brechen sollte, bleibt dem Einzelfall überlassen.
- 1258 Entdeckt und enttarnt er diese kriminellen Machenschaften kann damit ein Zusammenbruch der betrieblichen Strukturen verbunden sein, wenn an dem Übergriff Mitarbeiter beteiligt sind, die für die Betriebsfortführung benötigt werden. Kündigt der Verwalter zum Zwecke der Abschreckung in Einzelgesprächen oder im Rahmen einer Betriebsversammlung an, daß derartige Übergriffe arbeits-, zivil- und strafrechtliche Konsequenzen haben werden, dann ist er zum Schutz der eigenen Glaubwürdigkeit gezwungen zu handeln, wenn ihm derartige Vorfälle bekannt werden. In jedem Fall müssen die Kontrollen verschärft, der Zugang zum Lager und zu EDV-Programmen eingeschränkt und regelmäßige Stichproben durchgeführt werden, um die Masse zu schützen.

b) Schonung von Betriebsräten

- 1259 Von Personalabbaumaßnahmen sind auch die gewählten Betriebsratsmitglieder betroffen, wenn die Abteilungen, in denen sie arbeiten, ganz oder teilweise stillgelegt werden oder einzelne Mitglieder durch das Raster der Sozialauswahl fallen. Allerdings gehen Betriebsräte und Gewerkschaften von dem Grundsatz aus, daß Betriebsräte uneingeschränkt bis zum letzten Tage einer Betriebsfortführung beschäftigt und zu diesem Zweck notfalls auch fachfremd eingesetzt werden.

Grundsätzlich können Betriebsratsmitglieder erst auf der letzten Etappe einer vorgesehenen sukzessiven Betriebsstillegung gekündigt werden (vgl. oben Rz. 874 ff).⁴³⁾ Werden jedoch vorab Betriebsteile einzeln stillgelegt, kann das entsprechende Betriebsratsmitglied, das in dieser Abteilung arbeitet, bereits vorab gekündigt werden.⁴⁴⁾ 1260

In der Praxis läuft der Handel meist auf eine Vereinbarung hinaus, die eine Kooperation des Betriebsrats bei der Umsetzung einer Betriebsänderung gegen den Schutz der Betriebsratsmitglieder bis zur endgültigen Stillegung beinhaltet. Verwalter, die gegen diesen Kodex verstoßen, erkaufen sich eine sachlich begründete vorzeitige Entlassung eines Betriebsratsmitglieds oftmals mit unerbittlich geführten Verhandlungen über den Interessenausgleich und seine Abwicklung. 1261

Wo dies unvermeidlich ist, müssen die Auswahlkriterien vor der ganzen Belegschaft transparent gemacht werden, um einen innerbetrieblichen Druck zugunsten der vom Verwalter beabsichtigten Maßnahme zu erzeugen. Soll ein dem Betriebsrat angehörender Elektriker fachfremd als Schlosser beschäftigt werden und muß hierfür ein fachlich kompetenter Schlosser weichen, so ist dies der Belegschaft kaum zu vermitteln. Will der Betriebsrat sich nicht von seinen Mitgliedern isolieren, so muß er auf derart durchsichtige Manöver zur Sicherung der eigenen Existenz verzichten. Der Verwalter sollte aber wissen, daß die Antwort des düpierten Betriebsrats meist nicht lange auf sich warten läßt. 1262

8. Personalauswahl

Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Probleme bereitet die **Auswahl der Fortführungsbelegschaft** nicht nur rechtliche Schwierigkeiten. Da der Verwalter die Belegschaft nicht oder nur ansatzweise kennt, ist er hierzu auf Hinweise und Empfehlungen sowohl des Gemeinschuldners als auch aus Kreisen der Mitarbeiter angewiesen. Hilfreich sind dabei Einzelgespräche mit leitenden Mitarbeitern oder auch mit ganzen Abteilungen und der Arbeitnehmervertretung. Ebenso wichtig sind eigene Beobachtungen und die Einschätzung des vom Verwalter eingesetzten Hilfspersonals, da die Leistungsträger sich bereits sehr schnell selbst zu erkennen geben. 1263

43) BAG, Urt. v. 26. 10. 1967 - 2 AZR 422/66, BB 1968, 83; BAG, Urt. v. 29. 3. 1977 - AZR 46/75, NJW 1977, 2182; BAG, Urt. v. 23. 4. 1980 - 5 AZR 49/78, BAGE 33, 94 = ZIP 1980, 669 = NJW 1980, 2543.

44) LAG Düsseldorf, Urt. v. 4. 10. 1996 - 9 Sa 912/96, ZIP 1997, 81; LAG Köln, Urt. v. 8. 12. 1995 - 12 SA 676/95 (unveröff., rechtskräftig); ArbG Solingen, Urt. v. 10. 5. 1996 - 2 Ga 14/96, ZIP 1996, 1389, dazu EWIR 1996, 873 (Hess).

- 1264 Die innerbetrieblichen Strukturen und die mit ihnen verbunden Hierarchien werden in der Krise häufig außer Kraft gesetzt. Leistungsbereite und fachlich qualifizierte Mitarbeiter der zweiten Reihe nutzen ihre Chance und präsentieren sich dem Verwalter als loyale Krisenmanager, sofern dieser das Angebot annimmt und diese Mitarbeiter zu Lasten des bisherigen Stelleninhabers fördert.
- 1265 Unverzichtbar für die Personalauswahl einer Betriebsfortführung ist ein frühzeitig geplanter Ersatz für möglicherweise ausscheidende Schlüsselleute, Erlaubnisinhaber und Konzessionsträger.
- 1266 Für die Vermittlung und die Akzeptanz der **Abbaumaßnahme** ist ihre Ausgewogenheit unter Berücksichtigung des Alters, des Geschlechts und der Nationalität unentbehrlich. Häufig läßt es sich nicht vermeiden, daß bei den kopfgesteuerten Mitarbeitern der Abbau prozentual geringer ausfällt, als in der Produktion. Dies hängt mit der Notwendigkeit zusammen, neben der Fortführungsmannschaft auch Abwicklungspersonal für das Insolvenzverfahren zu beschäftigen, das unabhängig von der Art der Abwicklung, also auch unter Liquidationsbedingungen, benötigt wird. Dies betrifft in erster Linie die Mitarbeiter des Rechnungswesens, insbesondere der Lohn- und Finanzbuchhaltung, die mit der Bearbeitung von Konkursausfallgeldanträgen und der Aufbereitung der Buchführung beschäftigt und daher in der ersten Phase unverzichtbar sind.
- 1267 Als Folge jeder Abbaumaßnahme muß sich die verbliebene Belegschaft neu ordnen und strukturieren. In den ersten Tagen sind dabei Anpassungsprobleme unvermeidbar. Ihre Auswirkungen auf die Betriebsleistung sind jedoch überraschend gering, da die mit der Neuordnung verbundenen Schwierigkeiten durch die erhöhte Motivation der Fortführungsbelegschaft kompensiert wird, denn die Mitarbeiter sind zunächst bestrebt, die Auswahlentscheidung des Verwalters durch Leistung und Einsatz zu rechtfertigen.

V. Konflikte durch Einbeziehung des Gemeinschuldners

1. Allgemeines

- 1268 Im Konkurs und in der Gesamtvollstreckung ist der Gemeinschuldner verpflichtet, Auskünfte zu erteilen (§ 100 KO, § 3 GesO). Eine Pflicht zur Mitwirkung bei der Verfahrensabwicklung besteht hingegen nicht.⁴⁵⁾ Ebenso wenig kann der Gemeinschuldner die **Einbeziehung in eine Betriebsfortführung** beanspruchen, erst recht nicht in leitender Funktion.
- 1269 Demgegenüber sieht das neue Insolvenzrecht eine Mitwirkungspflicht des Schuldners vor, die über die bisherige Verpflichtung zur Auskunftserteilung

45) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 100 Rz. 2a.

hinausgeht, da der Schuldner zukünftig den Verwalter bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen hat (§ 97 Abs. 2 InsO). Art und Umfang der vom Insolvenzverwalter angeforderten **Unterstützungsleistungen** können durch das Gericht angeordnet werden (§ 97 Abs. 3 InsO).⁴⁶⁾

2. Eignung des Schuldners

Bei Einzelhandelsgeschäften, freiberuflichen Praxen, Handwerksbetrieben und mittelständischen Unternehmen sind die Geschäftsabläufe auf den Gemeinschuldner zugeschnitten, der vielfach multifunktional Produktion, Organisation und Vertrieb leitet. Auch bei formell kollektiven Geschäftsführungen beherrscht der Gründer oft das Geschehen, auch wenn andere Familienmitglieder nach den Statuten gleichberechtigt einbezogen sind. 1270

Aus der empirischen Insolvenzursachenforschung ist bekannt, daß nahezu alle wirtschaftlichen Zusammenbrüche auch oder ausschließlich auf Führungsfehler zurückzuführen sind. Bei kleineren Betrieben spielen Persönlichkeit und Charakter der jeweiligen Führungskraft die entscheidende Rolle. Bei kollektiven Betriebsführungen verstärken organisatorische Fehler wie unklare Kompetenzabgrenzungen und mangelnde Kommunikation persönliche Defizite, die sich vielfach in mangelnder fachlicher Qualifikation, fehlendem Durchsetzungsvermögen und einem überholten, patriarchalischen Führungsstil äußern. Der Typ des Alleinherrschers tritt dem Verwalter entweder depressiv verstimmt oder aktionistisch beflissen gegenüber. In beiden Varianten sind die Gemeinschuldner für eine Mitwirkung im Rahmen einer Betriebsfortführung ungeeignet. 1271

3. Besondere Kenntnisse

In vielen Fällen kommen Insolvenzverwalter dennoch nicht umhin, bei einer Betriebsfortführung auf den Schuldner zurückzugreifen und ihn mit wichtigen Aufgaben im Tagesgeschäft zu betrauen. Dies gilt vor allem dann, wenn die Kenntnisse des Schuldners oder seine Verbindungen zu Kunden oder Lieferanten unverzichtbar sind oder die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes sogar von der Arbeitsleistung des mitarbeitenden Gemeinschuldners abhängt. 1272

Entschließt sich der Verwalter unmittelbar nach Anordnung der Sequestration oder im eröffneten Verfahren für eine Fortführung des Geschäftsbetriebes bis zur ersten Gläubigerversammlung, so kommt er an einer klaren und eindeutigen Entscheidung über die Rolle des Gemeinschuldners nicht vorbei. Wird der Gemeinschuldner einbezogen, müssen seine Aufgaben und Kompetenzen defi- 1273

46) Grub, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 513 ff Rz. 41 ff; Henssler, ebenda, S. 977 ff Rz. 32.

niert und abgegrenzt werden. Bei Grenzüberschreitungen muß der Verwalter reagieren, um seine Autorität nicht zu gefährden.

4. Akzeptanz des Schuldners

- 1274 Bei jeder Einbeziehung des Gemeinschuldners ist im Einzelfall auszuloten, ob und in welchem Umfange der Gemeinschuldner noch im Außenbereich eingesetzt werden kann. Dies ist verstärkt bei Inhabern und Geschäftsführern relevant, die selbst den Vertrieb geleitet haben. Wenn Kunden den bisherigen Unternehmensträger nicht mehr als Ansprechpartner akzeptieren, ist dessen Einsatz im Außenbereich des Geschäftsbetriebes ausgeschlossen.
- 1275 Hat der Inhaber innerhalb des Betriebes gegenüber der Belegschaft mangels fachlicher oder charakterlicher Qualifikation keine Akzeptanz, so wäre es für eine Betriebsfortführung kontraproduktiv, dem Gemeinschuldner Führungsaufgaben in der Produktion oder im kaufmännischen Bereich zu übertragen.

5. Schuldner als Anspruchsgegner

- 1276 Ein **besonderes Spannungsfeld** entsteht, wenn der Einsatz des Gemeinschuldners in einer Betriebsfortführung wichtig oder sogar unverzichtbar ist, der Verwalter aber feststellen muß, daß das Verhalten des Gemeinschuldners im vorkonkurslichen Krisenzeitraum Rückgewähransprüche zugunsten der Masse auslöst, z. B. aus Konkursanfechtung oder gesellschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlagen (§§ 32a, 32b GmbHG i. V. m. § 32a KO, §§ 30, 31 GmbHG, §§ 170 ff HGB) wegen verbotener Einlagenrückgewähr, Rückerstattung kapitalersetzender Leistungen, verdeckter Gewinnausschüttungen oder wegen Entnahmen auf Verluste.
- 1277 Liegen bei einem GmbH-Insolvenzverfahren Anhaltspunkte für einen verspäteten Konkursantrag vor, dann geht es nicht nur um die strafrechtlichen Ermittlungen, sondern auch um mögliche Ansprüche aus dem Gesichtspunkt der **Konkursverschleppungshaftung** (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 GmbHG). Diese Ansprüche sind zur Zeit noch vom Konkursverwalter geltend zu machen, sofern es um den Quotenschaden der Altgläubiger geht.⁴⁷⁾ Zukünftig werden auch die den Neugläubigern entstehenden Schäden im Rahmen einer Gesamtschadensliquidation (§ 92 InsO) ausschließlich durch den Insolvenzverwalter verfolgt (oben Rz. 1075 ff).⁴⁸⁾

47) Henze/Bauer, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 997 ff Rz. 37 f.

48) Bork, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1017 ff Rz. 17.

6. Vergütung und Begrenzung der Aufgaben

Probleme können auch bei der **Regelung der Vergütung** des Schuldners entstehen, die bei Einzelunternehmungen, freiberuflichen Praxen und Personengesellschaften nur über die gesetzlich möglichen Unterstützungsleistungen dargestellt werden können (§ 132 Abs. 1 KO, § 100 Abs. 1 InsO). Bei Organen einer juristischen Person muß die Vergütung für den Zeitraum nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgehandelt und vertraglich vereinbart werden. Fast immer werden jedwede Zahlungen an den Gemeinschuldner von der Kritik der Gläubiger begleitet. 1278

Um das aus der Einbeziehung eines Gemeinschuldners in eine Betriebsfortführung resultierende Störpotential zu begrenzen, ist es angezeigt, den Gemeinschuldner lediglich mit der Erledigung bestimmter Aufgaben zu betrauen. Keineswegs sollte ihm die **Leitung des Geschäftsbetriebes insgesamt** übertragen werden. 1279

Ausgabenwirksame Entscheidungen sind allein vom Verwalter oder stellvertretend von den beauftragten Hilfskräften zu verfügen. Der Gemeinschuldner darf nicht zu seinem eigenen Gerichtsvollzieher werden. Andernfalls gerät der Verwalter in eine systemwidrige persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihn bei der Erfüllung der konkursspezifischen Pflichten, insbesondere auch bei der Durchsetzung von Ansprüchen, die der Konkursmasse gegen den Gemeinschuldner zustehen, behindert.⁴⁹⁾ 1280

VI. Die Auswirkungen strafrechtlicher Ermittlungsverfahren

1. Allgemeines

Unbeherrschbar wird die Situation bei gleichzeitig laufenden strafrechtlichen Ermittlungen gegen den Gemeinschuldner, die nahezu routinemäßig eingeleitet und durchgeführt werden, da jede Konkursakte der Staatsanwaltschaft zur Überprüfung zugeleitet wird.⁵⁰⁾ 1281

Seitens der Staatsanwaltschaften werden Verwalter manchmal als Sachverständige, in der Regel aber als Zeugen benannt. Jedenfalls dort, wo strafrechtlich relevante Sachverhalte vom Verwalter selbst ermittelt wurden, ist er als Zeuge zur Aussage in einem Strafprozeß verpflichtet. Beruhen seine Kenntnisse hingegen auf Auskünften, die der Gemeinschuldner aufgrund der ihm auferlegten **Auskunftspflichten** (§ 100 KO, § 3 GesO) dem Verwalter anvertraut hat, so dürfen diese Angaben im Strafverfahren nicht gegen den Schuldner ver- 1282

49) Grub/Rinn, ZIP 1983, 1583.

50) Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi) vom 1. 10. 1967, BAnz Nr. 218 vom 18. 11. 1967 (XII Nr. 1 - 7).

wendet werden (oben Rz. 1197). Insoweit besteht ein **übergesetzliches Verwertungsverbot**.⁵¹⁾

- 1283** Auch wenn die zeugnisfähigen Feststellungen des Konkursverwalters von solchen abgegrenzt werden, die auf Mitteilungen des Gemeinschuldners im Rahmen der Erfüllung seiner gesetzlichen Auskunftspflicht beruhen, bleibt es bei dem Spannungsverhältnis zwischen Verwalter und Gemeinschuldner, das in der täglichen Praxis einer Betriebsfortführung zu kaum lösbaren Konflikten führen kann.
- 1284** Insolvenzgerichte sind verpflichtet, die örtlich zuständigen **Staatsanwaltschaften** über die Einleitung von Insolvenzverfahren zu **informieren**. Parallel dazu erhalten die Ermittlungsbehörden häufig Strafanzeigen von Gläubigern, die in dem Abschluß von Verpflichtungsgeschäften im Krisenzeitraum den Tatbestand des Eingehungsbetruges (§ 263 StGB) erfüllt sehen.
- 1285** **Lohnsteueraußenprüfungen** und **Umsatzsteuersonderprüfungen**, die von den Finanzbehörden häufig bereits im Eröffnungsverfahren durchgeführt werden, lösen bei der Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten weitergehende Fahndungsmaßnahmen des Finanzamtes für Steuerstrafsachen aus.
- 1286** Strafrechtlich relevant sind in vielen Fällen auch die Ergebnisse der von den Sozialversicherungsträgern durchgeführten Prüfungen, insbesondere wenn sich herausstellt, daß der Gemeinschuldner oder seine Organe Arbeitnehmeranteile auf fällige Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen nicht entrichtet haben.

2. Festnahmen und die Folgen

- 1287** Gegen den Gemeinschuldner oder leitende Mitarbeiter der Gemeinschuldnerin eingeleitete Strafverfahren lösen Ermittlungsmaßnahmen aus, die eine Betriebsfortführung empfindlich treffen und erheblich beeinträchtigen können. So kann die **vorläufige Festnahme** wichtiger Mitarbeiter oder des Gemeinschuldners einer Betriebsfortführung den Boden entziehen, wenn der betroffene Personenkreis unentbehrlich ist.
- 1288** Die meist öffentliche Behandlung dieser Vorgänge in den Medien trifft ein ohnehin angeschlagenes Unternehmen, dessen Reputation auf diese Weise vollends beseitigt werden kann. **Durchsuchungsmaßnahmen** im Geschäftsbetrieb selbst verunsichern die Mitarbeiter und lähmen das Tagesgeschäft, insbesondere wenn diese Fahndungsmaßnahme mit der Vernehmung verbliebener Mitarbeiter als Zeugen verbunden ist.

51) BVerfG, Beschl. v. 13. 1. 1981 - 1 BvR 116/77, ZIP 1981, 361 = JZ 1981, 303 = NJW 1981, 1431; LG Hamburg, Beschl. v. 16. 12. 1974 - 76 T 87/74, KTS 1975, 242; LG Aachen, Beschl. v. 12. 11. 1987 - 86 Qs 104/87, ZIP 1988, 111, dazu EWiR 1988, 97 (Mönning); Stürner, NJW 1981, 1757; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 100 Rz. 2.

3. Beschlagnahme von Unterlagen und Datenmaterial

Die Sicherstellung der Geschäftsunterlagen und ihre Beschlagnahme oder die Versiegelung von Räumen, in denen sich diese Unterlagen befinden, entzieht dem Verwalter wichtige Informations- und Steuerungsinstrumente, ohne die sich der Geschäftsbetrieb nur noch eingeschränkt führen läßt. Die Auswertung der Buchführung wird auf diese Weise erschwert oder unmöglich gemacht. Rechnungen können nicht mehr erstellt, Mahnungen nicht geschrieben und Planrechnungen weder erarbeitet noch überprüft werden. Oftmals wird das gesamte, für eine Betriebsfortführung benötigte Datenmaterial einschließlich der Hardware beschlagnahmt und der weiteren Nutzung durch den Verwalter entzogen. 1289

Grundsätzlich ist es Sache des Verwalters, auch die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners in Besitz und Verwaltung zu nehmen (§ 117 KO). Eine gegen den Konkursverwalter gerichtete richterliche **Beschlagnahmeanordnung** (§ 98 StPO) ist **unzulässig**. Zutreffend ist davon auszugehen, daß es bereits am **Sicherstellungsbedürfnis** fehlt, da es Aufgabe des Verwalters ist, die Geschäftsunterlagen nicht nur in Besitz zu nehmen, sondern auch zu sichern.⁵²⁾ Dagegen wird teilweise die Meinung vertreten, daß die Staatsanwaltschaft berechtigt ist, die Herausgabe der Geschäftsbücher und sonstiger Unterlagen des Gemeinschuldners zu verlangen.⁵³⁾ 1290

4. Abstimmung zwischen Verwalter und Ermittlungsbehörden

Werden gleichwohl Räume des Gemeinschuldners versiegelt, Unterlagen und/oder EDV-Anlagen beschlagnahmt und sogar das Büro des Verwalters widerrechtlich durchsucht, so hilft es dem fortführenden Insolvenzverwalter wenig, wenn er nach längerer gerichtlicher Auseinandersetzung bescheinigt bekommt, daß diese Maßnahmen der Ermittlungsbehörden vom Ermittlungszweck nicht gedeckt und deshalb unzulässig waren. 1291

Muß mit entsprechenden Ermittlungshandlungen der Strafverfolgungsbehörden gerechnet werden, ist eine sofortige Abstimmung zwischen Verwalter und Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei unerlässlich, um unzulässige Ein- und Übergriffe zu vermeiden. Dabei können auch **Absprachen** über die **Auswertung von Geschäftsbüchern** und sonstigen Unterlagen des Gemeinschuldners sowie deren **Aufbewahrung** und **Lagerung** getroffen werden. Da es den Ermittlungsbehörden in erster Linie um die Gewißheit geht, daß nachträgliche Manipulationen der Bücher durch den Gemeinschuldner und sein Personal ausgeschlossen werden, sollte einvernehmlich die Auslagerung der Geschäfts- 1292

52) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 12b.

53) OLG Stuttgart wistra 1984, 240; Schäfer, KTS 1991, 23.

unterlagen in besonders gesicherte Räume vereinbart werden. Auch der anwaltliche Insolvenzverwalter, der Ermittlungshandlungen der Strafverfolgungsbehörden häufig aus dem Blickwinkel eines Strafverteidigers betrachtet, sollte bereits im eigenen Interesse jeden Anschein einer Kollaboration mit Beschuldigten vermeiden und sich nicht dem Verdacht aussetzen, der Unterdrückung von Beweismaterial Vorschub zu leisten.

- 1293** Dabei sehen Strafverfolgungsbehörden in dem Verwalter den Amtswalter, der vorrangig auch öffentliche Interessen wahrzunehmen hat. Auseinandersetzungen sind daher vorprogrammiert, wenn sich der Verwalter weitgehend neutral verhält und im Ermittlungsverfahren gegen den Gemeinschuldner auch dessen Rechte als Beschuldigter beachtet und sich nicht vorbehaltlos als mit besonderem wirtschaftlichem Sachverstand ausgestattetes Unterstützungs- und Hilfsorgan einspannen läßt. Die Erfahrung zeigt, daß die Staatsanwaltschaft bei frühzeitiger Konsultation und Abstimmung immer auch die Belange des den Betrieb fortführenden Verwalters berücksichtigt und nicht daran interessiert ist, dieser Maßnahme durch unkoordinierte und nicht abgestimmte Strafverfolgungsaktionen den Boden zu entziehen.

5. Embargoware

- 1294** Internationale Vereinbarungen und die Mitgliedschaft in supranationalen Gemeinschaften können - wie zuletzt im Falle der Nachfolgestaaten Jugoslawiens - zu wirtschaftlichen Boykottmaßnahmen führen. Internationale Wirtschaftsboykotte bleiben wirkungslos, wenn Verstöße nicht sanktioniert werden. Aus diesem Grunde enthalten auch die deutschen Außenwirtschaftsgesetze Regelungen, die im Ergebnis dazu führen, daß sogenannte Embargoware dem wirtschaftlichen Kreislauf durch richterliche Beschlagnahme entzogen wird (§ 34 Abs. 4 AWG, § 69h AWV).
- 1295** Unterhält die Gemeinschuldnerin Beziehungen zu Vertragspartnern in Embargo-Staaten, so muß der fortführende Verwalter vorsorglich überprüfen, ob von dort bezogene Waren unter die Embargo-Bestimmungen fallen. Andernfalls besteht die Gefahr, daß ganze Warenlager beschlagnahmt und der Verwertung im Zuge einer weiteren Betriebsfortführung entzogen werden.⁵⁴⁾

VII. Rechtliche Störpotentiale

1. Allgemeines

- 1296** Die Ausübung von Handwerk und Gewerbe, der Betrieb von Anlagen, die Teilnahme am Wettbewerb und die Nutzung des Betriebsgeländes einschließ-

54) AG Aachen, Beschl. v. 16. 5. 1993 - 41 GrS 997/93 (unveröff.).

lich der Gebäude sind von **Konzessionen, Erlaubnissen und Genehmigungen** sowie weiteren rechtlichen Voraussetzungen abhängig, die sich mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ändern können oder sogar vollständig entfallen.

Zwar ist grundsätzlich jedermann der Betrieb eines Gewerbes gestattet (§ 1 GewO); die Gewerbefreiheit ist jedoch durch eine Vielzahl von Ausnahmen und Beschränkungen reglementiert und häufig an die **Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden** gebunden, so daß die Ausübung des Gewerbes ganz oder teilweise auf Zeit oder Dauer untersagt werden kann, wenn anderenfalls für die Allgemeinheit mit einer Gefährdung zu rechnen ist (§ 35 GewO). Diese Gefährdung kann abstrakt auch in der Einleitung und/oder Eröffnung eines Insolvenzverfahrens liegen. 1297

Bei einem Handwerksbetrieb regelt die Handwerksordnung den Zugang zum und die Ausübung des Handwerks. Da vom Leitbild her die **persönliche Mitarbeit** des Inhabers das Handwerk kennzeichnet, sind dessen persönliche und fachliche Qualifikationen maßgebend. 1298

Der Betrieb von Anlagen ist, insbesondere wenn damit eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verbunden sein kann, an die **Erteilung von Genehmigungen** gebunden, die unter Insolvenzbedingungen widerrufen werden können, wobei vielfach der Ermessensspielraum der entscheidenden Behörden zumindest teilweise oder sogar vollständig reduziert ist. 1299

Fortführende Konkursverwalter, die Waren oder Dienstleistungen in den Verkehr bringen, sollen aus der Insolvenzsituation keine auf Dauer angelegten nachhaltigen Vorteile ziehen können. 1300

Generell können durch das Insolvenzereignis begründete Sonderkündigungsrechte von Kreditgebern oder Vertragspartnern einer Fortführung den Boden entziehen, ohne daß dies zum Zeitpunkt der Fortführungsentscheidung bereits erkennbar ist. 1301

2. Konzessionszwang und Insolvenzen

In Konkurs, Gesamtvollstreckung und Insolvenz werden das Unternehmen und die in ihm repräsentierte Gesamtheit von Vermögensgegenständen vom insolventen Unternehmensträger getrennt.⁵⁵⁾ Zur Durchführung von Produktions- oder Dienstleistungen ist der Betrieb, verstanden als organisatorisch-technische Einheit, häufig von **Genehmigungen** abhängig, die zur Ausübung des Gewerbes oder zum Betrieb einer bestimmten technischen Anlage oder Vorrichtung erteilt werden. 1302

55) Hax, in: RWS-Forum 3, S. 21, 23.

- 1303** Dort, wo die Ausübung eines Gewerbes oder eines Handwerks besondere persönliche Voraussetzungen oder fachliche Qualifikationen erfordert, hängt die Aufrechterhaltung vielfach von persönlichen Erlaubnissen wie **Konzessionen, Zulassungen oder Approbationen** ab. Genehmigungen und Erlaubnisse können bei Einleitung eines gerichtlichen Vergleichs-, Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- oder Insolvenzverfahrens aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen widerrufen oder zurückgenommen werden.

a) Historische Entwicklung

- 1304** Mit der Einführung des Gewerbesteuerediktes von 1810 wurde in Deutschland die Gewerbefreiheit eingeführt und die bis dahin geltenden ständischen Schranken beseitigt. Der Gewerbeschein gab seinem Inhaber das Recht, ein Gewerbe zu betreiben.⁵⁶⁾
- 1305** Ausgenommen wurden allerdings 34 besonders aufgeführte Gewerbearten, für die mit Rücksicht auf die öffentliche Sicherheit die Ausübung des Gewerbes von der Erteilung einer Konzession abhängig war. Grund für den **Konzessionszwang** bildet die überkommene Überzeugung, daß der Nachweis der persönlichen Zuverlässigkeit und der sachlichen Befähigung für die Ausübung bestimmter Gewerbe unverzichtbar ist.⁵⁷⁾

b) Vermögensverhältnisse und persönliche Zuverlässigkeit

- 1306** **Ungeordnete Vermögensverhältnisse** werden im deutschen Verwaltungsrecht traditionell als ein die persönliche Zuverlässigkeit des Konzessionsinhabers beseitigendes Tatbestandsmerkmal gewertet, so daß bereits die Einleitung eines Insolvenzverfahrens, erst recht aber die Eröffnung ein Grund zur Rücknahme von Erlaubnissen bilden kann (§ 53 GewO).⁵⁸⁾
- 1307** Insbesondere **Nah- und Fernverkehrserlaubnisse** sind von Rücknahmeentscheidungen der zuständigen Verwaltungsbehörde betroffen (§ 78 Abs. 1 Nr. 3 GüKG). Gleiches gilt für Taxikonzessionen in der Insolvenz eines Personenbeförderungsunternehmens (§ 8 PBefG).
- 1308** Da in beiden Fällen die Konzessionen nur zusammen mit den zur Aufrechterhaltung und Fortführung des Geschäftsbetriebes notwendigen Vermögensgegenständen übertragbar sind, muß der Verwalter zum Zwecke der Werterhaltung notfalls gerichtlich gegen die Rücknahmeentscheidungen vorgehen,

56) *Eisenhart*, Rz. 287.

57) *Huber*, S. 206 ff.

58) *Landmann/Rohmer*, GewO, § 49 Anm. 8c, Rz. 45.

denn die **isolierte Verwertung einer Konzession** stellt eine verbotswidrige Konzessionsübertragung dar.⁵⁹⁾

c) Bedeutung von Konzessionen für Fortführungen

Wo die Führung des Geschäfts von höchstpersönlichen Erlaubnissen abhängig ist, ist die Betriebsfortführung nach den Bestimmungen des geltenden Konkurs- und Gesamtvollstreckungsrechtes problematisch. Konkurs- und Gesamtvollstreckungsverwalter können das Geschäft allenfalls bis zur Rücknahme der Konzessionen fortführen.⁶⁰⁾ 1309

In Verhandlungen mit der jeweils zuständigen Genehmigungsbehörde müssen daher derzeit noch Vereinbarungen zur Handhabung von Erlaubnissen für die Dauer der Betriebsfortführung geführt werden, wobei das Fortführungskonzept präsentiert und seine Absicherung vom jeweiligen Verwalter darzustellen ist, um die Bedenken der Behörden zu zerstreuen, für die mögliche Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Vordergrund stehen. 1310

d) Untersagungsverbot nach der Insolvenzordnung

Nach der Insolvenzordnung ist die **Untersagung** eines Gewerbes oder die Rücknahme oder der Widerruf einer Zulassung **allein wegen ungeordneter Vermögensverhältnisse ausgeschlossen** (§ 12 GewO i. d. F. des Art. 71 EGlInsO). Dieses Untersagungsverbot gilt bereits im Eröffnungsverfahren, sofern das Insolvenzgericht Sicherungsmaßnahmen angeordnet hat (§ 21 InsO), sowie während der Zeit, in der die Erfüllung eines Insolvenzplans überwacht wird (§ 260 InsO). 1311

e) Genehmigungen zum Betrieb technischer Anlagen

In den Fällen, in denen erteilte Genehmigungen und Erlaubnisse auf den Betrieb als solchen oder eine technische Anlage oder Vorrichtung abstellen, wird die Genehmigung durch die Einleitung eines Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- oder Insolvenzverfahrens zunächst nicht berührt. Der Verwalter ist berechtigt, die Anlage oder den Betrieb nach Maßgabe der erteilten Genehmigung zu betreiben.⁶¹⁾ 1312

59) BGH, Urt. v. 27. 9. 1989 - VIII ZR 57/89, ZIP 1990, 45 = MDR 1990, 235, dazu EWiR 1990, 13 (Teichmann); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 1 Rz. 82; BVerwG, Urt. v. 24. 9. 1969 - BVerwG 5 C 86.68, MDR 1970, 81; Gottwald/Heilmann/Klopp, § 27 Rz. 3.

60) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 1 Rz. 82; Gottwald/Heilmann/Klopp, § 27 Rz. 3.

61) Jaeger/Henckel, KO, § 1 Rz. 11; Gottwald/Heilmann/Klopp, § 27 Rz. 2.

- 1313** Zur Gewährleistung von Sicherheitsstandards sowie zur Vermeidung von Gefährdungen für Menschen, Tiere und Umwelt ist die Einleitung eines Insolvenzverfahrens mit **verschärften Kontrollen** verbunden, die fast immer zusätzliche Auflagen zur Folge haben, deren Anordnung und Durchsetzung durch Erlaß von Verfügungen gegen den Verwalter umgesetzt werden. Dies gilt vor allem für den gesamten Bereich des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG) sowie seiner Durchführungsverordnungen, die Veterinär- und Lebensmittelüberwachung sowie die Bestimmungen der Tierhaltungs- und Tierseuchenverordnungen, aber auch für die Einhaltung von Grenzwerten bei der Einleitung von Abwässern, dem Betrieb eigener Entsorgungs- oder Abwasser-aufbereitungsanlagen, Lärm- und Geruchsemissionen bis hin zum Ausstoß von Gasen und Dämpfen (TA-Luft).
- 1314** Während im Krisenzeitraum vor Einleitung eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens dem betroffenen Unternehmen in der Regel Aufschubfristen für die Einrichtung oder Nachbesserung von technischen Anlagen und Einrichtungen gewährt werden, führt die Nachricht von der Insolvenz zu regen Aktivitäten bei den betroffenen Behörden mit der Folge, daß sich spätestens der Verwalter, oftmals aber sogar bereits der Sequester mit Untersagungsverfügungen oder ihrer Androhung konfrontiert sehen, deren Vollzug nur vermieden werden kann, wenn innerhalb kürzester Frist die von den Gesetzen oder Verordnungen vorgegebenen Standards und Grenzwerte erreicht werden.

f) Aufschub im Verhandlungsweg

- 1315** Je nach Bedeutung des Insolvenzverfahrens für die betroffene Region, insbesondere der Zahl der von einer Stilllegung bedrohten Arbeitsplätze, kann es im Verhandlungswege unter Einbeziehung der jeweiligen Verwaltungsspitze gelingen, **Auflagen zu entschärfen** oder zumindest **Fristverlängerungen** zu erreichen, sofern die Fortführung des Geschäftsbetriebes im eröffneten Insolvenzverfahren eine Perspektive zur Reorganisation oder zur Erhaltung der betrieblichen Strukturen bietet.

g) Ungenehmigter Anlagenbetrieb

- 1316** Dies gilt nicht, wenn das insolvente Unternehmen nicht genehmigte Anlagen betrieben hat. Hier ist das Ermessen der Genehmigungsbehörden regelmäßig auf Null reduziert, so daß eine Betriebsfortführung ausscheidet, wenn die erforderlichen Mittel zur kurzfristigen Durchführung von Investitionen fehlen, um auf diese Weise ausstehende Genehmigungen als Voraussetzung für die Betriebsfortführung zu erhalten.
- 1317** Insbesondere in den alten Bundesländern sind die Mitarbeiter von Umweltämtern nicht mehr bereit, über gesetzliche Bestimmungen, Verordnungen und

dem Unternehmen bereits in der Vergangenheit erteilte Auflagen hinwegzusehen, und zwar auch dann nicht, wenn dadurch Arbeitsplätze gefährdet werden. Jede Betriebsfortführung setzt daher voraus, daß der Verwalter die vorliegenden Betriebsgenehmigungen daraufhin prüft, ob deren Bestand gesichert ist oder ob mit einem Widerruf oder zusätzlichen Auflagen gerechnet werden muß.

3. Die Sicherung des Standorts

Im Konkursverfahren ist die **Standortsicherung** problematisch. Dies gilt auch 1318 dann, wenn Sequester und Konkursverwalter zunächst eine Abstimmung mit dem Eigentümer, Vermieter oder Grundpfandrechtsgläubiger zur Nutzung im Rahmen einer Fortführung getroffen haben, da die Einstellung dieses Personenkreises vermögensorientiert ist, was dazu führt, daß es diesen Beteiligten immer und in erster Linie um die Realisierung eigener Ansprüche und die Wahrung eigener Positionen geht.

Hat der Gemeinschuldner sein Betriebsgelände gemietet, so kann der Vertragspartner den Mietvertrag mit gesetzlicher Frist kündigen (§ 19 KO). Der Verwalter muß es hier häufig auf Kündigungen und anschließende Räumungsprozesse mit zäher und hinhaltender Verteidigungstaktik ankommen lassen. In der **Gesamtvollstreckung** bestehen **Miet- und Pachtverhältnisse** des Schuldners fort. Lediglich der Verwalter hat ein Sonderkündigungsrecht (§ 9 Abs. 3 GesO). Im künftigen Insolvenzverfahren bleiben Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Insolvenzmasse erhalten, sofern nicht der Verwalter kündigt (§§ 108, 109 InsO).

Ist der Gemeinschuldner Eigentümer seines Betriebsgeländes, so muß mit dessen Belastung durch Grundpfandrechte zugunsten von Kreditinstituten, aber auch anderen Gläubigern ausgegangen werden. **Absonderungsberechtigte** Gläubiger können gemäß § 126 KO ihr Recht im Wege der **Einzelzwangsvollstreckung** durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung verfolgen. Ob **grundpfandrechtlich gesicherte** Gläubiger in der **Gesamtvollstreckung** hierzu berechtigt sind, ist umstritten (oben Rz. 875 ff).⁶²⁾ 1320

62) Ablehnend: LG Memmingen, Beschl. v. 10. 4. 1995 - 4 T 315/95, ZIP 1995, 1537 = WM 1996, 1280; AG Halle-Saalkreis, Beschl. v. 9. 5. 1995 - 55 L 1 u. 3/95, ZIP 1995, 1538, dazu EWIR 1995, 883 (Tintelnot). Dafür: OLG Jena, Beschl. v. 31. 5. 1996 - 6 W 183/96 (27), ZIP 1996, 1097 = WM 1996, 1277, dazu EWIR 1996, 799 (Hintzen); OLG Dresden, Beschl. v. 7. 6. 1996 - 9 W 0540/96, ZIP 1996, 1256 = WM 1996, 1276, dazu EWIR 1996, 1081 (Hess); LG Leipzig, Beschl. v. 13. 3. 1996 - 12 T 7686/95, ZIP 1996, 881 = WM 1996, 1278, dazu EWIR 1996, 657 (Pape); LG Potsdam, Beschl. v. 8. 12. 1995 - 1 T 68/95, WM 1996, 1281; LG Schwerin, Beschl. v. 7. 7. 1993 - 5 T 101/93, WM 1996, 1282.

- 1321** Bei gemieteten Geschäftsräumen besteht das Mietverhältnis fort (§ 9 GesO), um einer Fortführung nicht die Grundlage zu entziehen. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn der Gemeinschuldner Eigentümer des Betriebsgeländes ist. Auch dieses darf ihm im Falle einer Betriebsfortführung nicht vom absonderungsberechtigten Gläubiger durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung entzogen werden, zumal dem Verwalter damit die Ausübung des gesetzlich vorgesehenen Ablöserechtes erschwert oder gar unmöglich gemacht wird.
- 1322** Nach der **Insolvenzordnung** bleibt der Gläubiger, zu dessen Gunsten das Grundstück mit Grundpfandrechten belastet wurde, zur Verwertung der Immobilie im Wege der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung berechtigt (§ 165 InsO). Zugleich wurden jedoch die Einstellungsvoraussetzungen erleichtert. Im Falle einer **Betriebsfortführung** ordnet das Insolvenzgericht auf Antrag des Verwalters die **einstweilige Einstellung** an, wobei dem gesicherten Gläubiger allerdings ein **Nachteilsausgleich** zugebilligt wird (§§ 30d, 30e Abs. 1, 2 ZVG).
- 1323** Diese Änderung entschärft ein schwerwiegendes Störpotential, das Betriebsfortführungen derzeit - jedenfalls in den alten Bundesländern - noch erheblich erschwert. Während die Konkursordnung den Verwalter zwingt, eine Vereinbarung mit den Grundpfandrechtsgläubigern herbeizuführen, wenn er den Betrieb im eröffneten Konkursverfahren über einen längeren Zeitraum fortführen will, werden nach der Insolvenzordnung separatistische Aktionen von Grundpfandrechtsgläubigern nicht mehr möglich sein, die einer Fortführung - im wahrsten Sinne - den Boden entziehen können.

4. Wettbewerbsrechtliche Verwertungsbeschränkungen

- 1324** Die Auslesefunktion des Konkurses verschafft Wettbewerbern der jeweiligen Gemeinschuldnerin die Gewißheit, sich aufgrund des besseren Unternehmenskonzeptes im Markt behauptet zu haben. Mit Einleitung des Insolvenzverfahrens verschärft jeder Wettbewerber seine Aktivitäten, um zu Lasten des insolventen Unternehmens Marktanteile hinzuzugewinnen.

a) Fortführung als systemwidriger Wettbewerb

- 1325** Betriebsfortführungen unter Insolvenzbedingungen werden vom Wettbewerb als **systemwidriger Eingriff** in das Marktgeschehen empfunden. Argwöhnisch beobachtet die Konkurrenz, daß das eben noch als ausgeschaltet betrachtete insolvente Unternehmen von nicht zu deckenden Rückzahlungsverpflichtungen befreit, für den Konkursausfallgeldzeitraum von Personalkosten entlastet und durch den gesetzlichen Zinsstopp ohne Kapitaldienst (§ 63 KO, § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO) wieder zu einem ernsthaften Konkurrenten wird, dem die

öffentlichen Sympathien gelten und der über Solidaritätsaktionen gefördert wird.

b) **Kostenvorteile durch Insolvenz**

Die Fortführung eines Geschäftsbetriebes in der Insolvenz kann daher unter **1326**
Umständen zu einer **Verzerrung des Wettbewerbs** führen, insbesondere
wenn der Entlastungseffekt zu nachhaltigen Kostenvorteilen führt, die das
Preisgefüge einer Branche zumindest unter regionalen Gesichtspunkten durch-
einanderbringen können.⁶³⁾

c) **Werbemaßnahmen und ihre Zulässigkeit**

Verstärkt wird dieser für die Wettbewerber nachteilige Effekt durch Wer- **1327**
beanzeigen, in denen der Verwalter wahlweise und je nach Notwendigkeit ent-
weder nicht auf die Insolvenzeröffnung hinweist, um im Rahmen einer Be-
triebsfortführung neue Verträge abzuschließen, oder das Publikum unter pla-
kativer Herausstellung des Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverkaufs mit
dem Hinweis auf günstige Angebote in **Sonderveranstaltungen** lockt.

Der Konkursverwalter ist grundsätzlich nicht verpflichtet, im Rahmen einer **1328**
Betriebsfortführung in Werbeanzeigen auf die Konkurseröffnung hinzuwei-
sen.⁶⁴⁾ Umgekehrt kann er unter bestimmten Voraussetzungen einen Konkurs-
warenverkauf ankündigen und auch mit extremen Preisvorteilen werben. In
beiden Varianten muß der fortführende Verwalter mit rechtlichen Abwehr-
maßnahmen, insbesondere Untersagungs- und Unterlassungsverfügungen,
rechnen, denen er mit der Hinterlegung von Schutzschriften bei allen Gerich-
ten, die für den Erlaß einer gegen den Verwalter gerichteten einstweiligen Ver-
fügung örtlich und sachlich zuständig sein können, vorbeugen kann.

d) **Wettbewerbsrechtliche Spielräume**

Die wettbewerbsrechtlichen Spielräume des Verwalters zur Erbringung von **1329**
Dienstleistungen oder zum Absatz von Produkten hängen zunächst von der Art
und Weise der Verfahrensabwicklung ab. So stellt sich der Verkauf von Kon-
kursware im Falle einer Betriebsstillegung und die mit dieser Aktion verbun-
dene Werbung rechtlich anders dar als die kontinuierliche Vermarktung im
Rahmen einer Betriebsfortführung. Besonders kritisch sind die Überschnei-
dungsfälle, in denen im Anschluß an eine kurz- oder mittelfristige Betriebs-

63) *Riering*, S. 45 ff, 58; *Plate*, KTS 1981, 325; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 117 Rz. 14.

64) BGH, Urt. v. 11. 5. 1989 - I ZR 141/87, ZIP 1989, 937, dazu EWIR 1989, 813 (*Klaka*).

fortführung die Stilllegung erfolgt und dennoch der vorhandene Warenbestand veräußert wird.

- 1330 Unbedenklich** ist die Veräußerung von beweglichen und unbeweglichen Anlagegütern, die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung zur Konkursmasse gehören, im Rahmen des gesetzlichen Verwertungsauftrages. Zur Erfüllung dieses Auftrages sind Konkursverwalter oder die von ihm beauftragten Hilfskräfte oder Verwertungsunternehmen berechtigt, mit dem **Hinweis „Konkursverkauf“** zu werben.

e) Gesetzlicher Auftrag zur optimalen Verwertung

- 1331** Im Rahmen der gesetzlichen Schranken darf und muß der Verwalter alle Maßnahmen ergreifen, die eine optimale Verwertung fördern, da er im Falle einer schlechten Verwertung haftet.⁶⁵⁾ Allerdings unterliegen die Ankündigung und die Durchführung eines Konkurswarenverkaufs, der sich auf die Verwertung der vom Gemeinschuldner vor Verfahrensbeginn hergestellten oder gehandelten Waren bezieht, gewissen wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen. Führt der Verwalter den Geschäftsbetrieb im eröffneten Verfahren fort, so unterliegt er mit einigen Besonderheiten den gleichen Regeln wie jeder Wettbewerber im Markt auch.⁶⁶⁾

f) Konkursverkauf und Kaufvorteile

- 1332** Stellt der Verkauf von Konkursware eine Sonderveranstaltung (§§ 7, 6 UWG) dar, so darf sie nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und unter Beachtung der hierfür geltenden Regelungen abgehalten werden (§ 7 Abs. 2, 3 UWG). **Unzulässige Sonderveranstaltungen** sind danach Verkaufsveranstaltungen, die außerhalb des regelmäßigen Geschäftsverkehrs stattfinden, der Beschleunigung des Warenabsatzes dienen und den Eindruck der Gewährung besonderer Kaufvorteile hervorrufen, dabei jedoch keine Sonderangebote nach § 7 Abs. 2 UWG sind.
- 1333** Beim Konkurswarenverkauf wird der Eindruck der Gewährung besonderer Kaufvorteile bereits aus der Verwendung dieser Bezeichnung abgeleitet, die den Anschein eines besonders günstigen Kaufangebotes erweckt. Ebenfalls findet der Konkurswarenverkauf regelmäßig außerhalb des „normalen Geschäftsverkehrs“ der Gemeinschuldnerin statt und dient auch der Beschleuni-

65) BGH, Urt. v. 22. 1. 1985 - VI ZR 131/83, ZIP 1985, 423 = BB 1985, 684, dazu EWiR 1985, 313 (Kübler); BGH, Urt. v. 11. 5. 1989 - I ZR 141/87, ZIP 1989, 937, dazu EWiR 1989, 813 (Klaka); Johlke, WuB V B § 3 UWG 3.89; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 6 Rz. 36c.

66) Johlke, WuB V B § 3 UWG 3.89.

gung des Warenabsatzes, vor allem wenn es sich um den Verkauf leicht verderblicher Waren handelt, so daß der Konkursausverkauf keinen Aufschub duldet.⁶⁷⁾

Pflicht des Verwalters ist es, das zur Masse gehörende Vermögen der Gemeinschuldnerin in Besitz zu nehmen und zu verwerten (§ 117 KO, § 8 Abs. 2 GesO, §§ 1, 159 InsO). Die beschleunigte Liquidation des Unternehmens und seiner Vermögensgegenstände, zu denen auch die Warenbestände des Umlaufvermögens gehören, ist gesetzliches Verfahrensziel, sofern nicht die Fortführung des Betriebes eine bessere Verwertung ermöglicht. 1334

g) Spannungslage zwischen Wettbewerbsrecht und Insolvenzrecht

Zur Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht, die zur Masse gehörenden Waren schnellstmöglich und bestmöglich zu veräußern, ist der Verwalter auch darauf angewiesen, Preisnachlässe zu gewähren und diese entsprechend anzukündigen. Die Veräußerung von Konkursware stellt daher **grundsätzlich keine unzulässige Sonderveranstaltung** dar, wenn die Veräußerung des Warenlagers der Gemeinschuldnerin in deren Geschäftsräumen zu herabgesetzten Preisen geschieht, um das Geschäft durch Versilberung der Masse aufzulösen.⁶⁸⁾ 1335

Den Charakter einer Sonderveranstaltung kann die Veräußerung jedoch dann annehmen, wenn die gewährten Preisvorteile in der Werbung groß herausgestellt werden oder das Publikum durch zusätzliche Maßnahmen **in übersteigerter Weise angelockt** wird.⁶⁹⁾ 1336

Die Spannungslage zwischen Wettbewerbs- und Konkursrecht entfällt auch dann nicht, wenn der Verwalter zunächst nach eigenem Ermessen, später auf der Grundlage eines Beschlusses der Gläubigerversammlung den Geschäftsbetrieb der Gemeinschuldnerin fortführt. Die Tätigkeit des Verwalters ist anders zu beurteilen als die frühere geschäftliche Tätigkeit des gemeinschuldnerischen Unternehmens.⁷⁰⁾ 1337

h) Vorrang des Insolvenzrechts

Teilweise wird die Meinung vertreten, im Falle der Fortführung sollte es dem Verwalter untersagt sein, die Suggestivwirkung der Begriffe „Konkursmasse“ 1338

67) *Mohrbuter/Mohrbuter*, Rz. 642; *Reimer*, UWG, § 7b Rz. 1; *Tetzner*, UWG, § 7b Anm. 2.

68) OLG Stuttgart, Urt. v. 20. 3. 1992 - 2 U 26/92, ZIP 1992, 712, 713, dazu EWiR 1992, 609 (*Büttner*); *Tappmeier*, ZIP 1992, 679.

69) OLG Stuttgart, Urt. v. 20. 3. 1992 - 2 U 26/92, ZIP 1992, 712, 713, dazu EWiR 1992, 609 (*Büttner*).

70) A. A. *Tappmeier*, ZIP 1992, 679, 681.

oder „Konkurswarenverkauf“ verkaufsfördernd einzusetzen.⁷¹⁾ Tatsächlich wird dabei verkannt, daß das Unternehmen des Schuldners als Sach- und Rechtsgesamtheit zur Konkursmasse zählt. Die Veräußerungs- und Verwertungskompetenz des Verwalters bezieht sich dabei auch auf alle Gegenstände, die dem Geschäftsbetrieb unmittelbar oder mittelbar dienen. Was mit diesen Gegenständen durch den Verwalter neu erwirtschaftet wird, gehört nach einschlägiger Auffassung zur Masse.⁷²⁾

- 1339** Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wird öffentlich bekanntgemacht. Auch bei einer Betriebsfortführung wissen Markt und Verbraucher, daß die vom Verwalter produzierten und angebotenen Waren unter Insolvenzbedingungen hergestellt und vertrieben werden. Die Vermarktung kann dabei sowohl unter der Firma der Gemeinschuldnerin mit oder ohne Hinweis auf den Konkurs als auch unter dem Namen des Konkursverwalters erfolgen. Der gesetzliche **Verwaltungs- und Verwertungsauftrag** deckt diese Maßnahme ab, wobei das **Insolvenzrecht** in dem Kollisionsbereich **Vorrang vor den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen** hat, denn die Verwertungskompetenz des Verwalters umfaßt den Kernbereich seiner Tätigkeit in Erfüllung der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensziele.
- 1340** Jede Betriebsfortführung im eröffneten Insolvenzverfahren ist endlich. Dies gilt nicht nur für die zeitlich begrenzte Auslaufproduktion, sondern auch für den Fall einer übertragenden Sanierung oder der Reorganisation, da der Schuldner mit Abschluß des Planverfahrens, der Verfahrenseinstellung oder nach Bestätigung eines Vergleichs wieder die volle Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis zurückerhält, womit auch die Tätigkeit des fortführenden Verwalters abgeschlossen wird.
- 1341** In allen Bereichen verschwimmen damit die Grenzen zwischen Konkurswarenverkäufen unter Fortführungs- oder Liquidationsgesichtspunkten. Die hier teilweise von Rechtsprechung und Literatur vorgenommene Trennung ist weder praktikabel noch mit den gesetzlichen Insolvenzverfahrenszwecken vereinbar.

i) Regelmäßiger Geschäftsverkehr unter Insolvenzbedingungen

- 1342** Da auch die Betriebsfortführung vom gesetzlichen Verwaltungs- und Verwertungsauftrag gedeckt ist, kann der Verwalter auch in diesen Fällen bei Verkäu-

71) *Tappmeier*, ZIP 1992, 679, 681; *Baumbach/Hefermehl*, UWG, § 6 Rz. 2.

72) RG, Ur. v. 26. 1. 1909 - VII 146/08, RGZ 70, 226, 228; RG, Ur. v. 2. 4. 1919 - I 221/18, RGZ 95, 235, 237; RG, Ur. v. 26. 10. 1931 - VIII 117/31, RGZ 134, 91, 98; BGH, Ur. v. 26. 2. 1960 - I ZR 159/58, BGHZ 32, 103, 105; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 1 Rz. 79; *Karsten Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht, S. 69 ff; *Jaeger/Henckel*, KO, § 1 Rz. 122.

fen auf das eröffnete Insolvenzverfahren hinweisen und Preisvorteile ankündigen. Es handelt sich dabei um die Veräußerung im Rahmen des **regelmäßigen Geschäftsverkehrs** unter Insolvenzbedingungen, so daß es sich so lange nicht um eine unzulässige Sonderveranstaltung handeln kann, wie Verkauf und Werbung nicht aus dem vorgegebenen Rahmen herausfallen.⁷³⁾

Der **Umfang der Konkursmasse** ist gesetzlich definiert. Auch Gegenstände, an denen Sonderrechte verschiedener Gläubiger bestehen, gehören zur Masse. Selbst Vorbehaltsware kann vom Verwalter verwertet werden, wenn der aussonderungsberechtigte Gläubiger auf die Durchsetzung seines Rechts verzichtet.⁷⁴⁾ Demgegenüber soll der sogenannte „**Hinzuerwerb**“ nicht zur Konkursmasse gehören.⁷⁵⁾ 1343

Auch diese Unterscheidung ist unter den Bedingungen einer Betriebsfortführung nicht durchzuhalten. In welchem Umfange ein hergestelltes Produkt aus Rohstoffen, Materialien und Komponenten besteht, die bereits zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung im Warenlager des Gemeinschuldners vorhanden waren, und welche Stoffe und Teile im Zuge der Betriebsfortführung zur Komplettierung oder Fertigstellung neu hinzuerworben wurden, ist regelmäßig nicht nachvollziehbar. Auf diese Unterscheidung kommt es letztendlich auch nicht an, solange sich die Betriebsfortführung im gesetzlich zulässigen Rahmen bewegt, der durch die jeweiligen Insolvenzverfahrensziele vorgegeben wird. 1344

j) Verbot reißerischer Werbung

Sowohl Verkäufe im Rahmen einer Betriebsfortführung als auch Verwertungshandlungen im Zuge einer Stilllegung gehören damit zum regelmäßigen Geschäftsverkehr eines Insolvenzverfahrens. Ankündigung und Durchführung von Konkurswarenverkäufen unterliegen daher keinen wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen. Eine **unzulässige Sonderveranstaltung** liegt erst dann vor, wenn reißerische Werbung oder die Art und Weise des Verkaufs aus dem Rahmen des regelmäßigen Geschäftsverkehrs herausfallen.⁷⁶⁾ Die Bezeichnung „Konkurswarenverkauf“ ist dabei nicht zu beanstanden.⁷⁷⁾ 1345

73) OLG Stuttgart, Urt. v. 20. 3. 1992 - 2 U 26/92, ZIP 1992, 712, dazu EWiR 1992, 609 (Büttner).

74) Baumbach/Hefermehl, UWG, § 6 Rz. 2; RG, Urt. v. 19. 4. 1929 - VII 448/28, RGZ 124, 75; Tappmeier, ZIP 1992, 679, 680.

75) Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 1 Anm. 1; Jaeger/Henckel, KO, § 1 Rz. 62 ff, 117 ff.

76) OLG Stuttgart, Urt. v. 20. 3. 1992 - 2 U 26/92, ZIP 1992, 712, dazu EWiR 1992, 609 (Büttner).

77) OLG Stuttgart, Urt. v. 20. 3. 1992 - 2 U 26/92, ZIP 1992, 712, dazu EWiR 1992, 609 (Büttner); in diesem Sinne auch für den Bereich des Sonderpostenhandels BGH, Urt. v. 20. 3. 1997 - I ZR 241/94, WM 1997, 1539, dazu EWiR 1997, 663 (Ulrich).

k) Sonderveranstaltungen im Konkurs

- 1346** Sonderveranstaltungen kann der Verwalter - wie jeder andere Gewerbetreibende auch - bei Jubiläen (§ 7 Abs. 3 UWG) oder im Rahmen des normalen Sommer- und Winterschlußverkaufes (§ 7 Abs. 2 UWG) durchführen. Ebenso ist der Konkursverwalter berechtigt, einen **Räumungsverkauf** wegen Geschäftsaufgabe zur Liquidation des Schuldnerunternehmens durchzuführen (§ 8 Abs. 2 UWG). Hierzu erforderlich sind jedoch eine **Anzeige** (§ 8 Abs. 3 UWG) und die **Beschränkung der Dauer** des Räumungsverkaufes auf einen Zeitraum von 24 Werktagen (§ 8 Abs. 2 UWG). Außerdem ist zu beachten, ob der Gemeinschuldner bereits innerhalb der letzten drei Jahre einen Räumungsverkauf wegen Aufgabe des gesamten Geschäftsbetriebes durchgeführt hat.
- 1347** Bei einer Betriebsfortführung kommt ein Räumungsverkauf erst am Ende einer Auslaufproduktion oder zur Vorbereitung einer übertragenden Sanierung in Betracht, z. B. wenn der Käufer den vorhandenen Warenbestand nicht übernimmt. Können nicht alle Waren im Zuge eines Räumungsverkaufes verwertet werden, bleibt der Verwalter im Rahmen seines gesetzlichen Auftrages verpflichtet, **Restbestände** auch im **weiteren Verfahrensverlauf** noch zu **verwerten**, da die Verwertungsaufgabe das gesamte Vermögen erfaßt (§ 117 KO).
- 1348** Die Verwendung des Begriffs „Konkurswarenverkauf“ ist so werbewirksam, daß der Verwalter auf weitergehende, reißerische Anpreisungen verzichten kann, um die wettbewerbsrechtlich gefährliche Grenzüberschreitung in Richtung einer unzulässigen Sonderveranstaltung zu vermeiden.

5. Insolvenzbedingte Sonderkündigungsrechte, Ablehnung der Erfüllung, Lösungsklauseln

- 1349** Ob schuldrechtliche Verpflichtungs- oder dingliche Verfügungsgeschäfte, die Mehrzahl dieser Vereinbarungen enthält **Sonderkündigungsrechte** für den Fall, daß über das Vermögen einer der Vertragsparteien ein gerichtliches Vergleichs-, Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- oder zukünftig auch Insolvenzverfahren eröffnet wird.

a) Individualvereinbarungen und Kündigungsrecht

- 1350** Unabhängig von den insolvenzrechtlichen Kündigungs- oder Rücktrittsbestimmungen (§§ 19 - 22 KO, § 9 Abs. 2, 3 GesO, §§ 109, 110, 113 InsO) oder den Regelungen bezüglich des Erlöschens von Geschäftsbesorgungsverträgen (§ 23 KO, §§ 115, 116 InsO) steht den Vertragspartnern des Gemeinschuldners oftmals ein unter Fortführungsgesichtspunkten unerwünschtes **individualrechtlich vereinbartes Kündigungsrecht** zu, das bereits häufig mit Bekanntwerden eines Antrags auf Einleitung eines Vergleichs-, Konkurs- oder

Gesamtvollstreckungsverfahrens ausgeübt wird. Erfolgt der Kündigungsauspruch im Eröffnungsverfahren, so gehen auch die im zukünftigen Insolvenzrecht vorgesehenen Regelungen zum Fortbestehen von Dauerschuldverhältnissen (§ 108 InsO) ins Leere, da die Vorschrift erst im eröffneten Insolvenzverfahren zur Anwendung kommt.⁷⁸⁾

Auch unter Konkurs- und Gesamtvollstreckungsbedingungen erfolgt die Kündigung von Schuldverhältnissen unter Hinweis auf die Einleitung des Insolvenzverfahrens meist im Sequestrationszeitraum. Wo die vertraglichen Vereinbarungen ein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht nicht enthalten, wird auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen, insbesondere darauf, daß aufgrund der drohenden Stilllegung die vertragsmäßige Erfüllung der von der Gemeinschuldnerin vereinbarungsgemäß übernommenen Verpflichtungen unsicher ist.⁷⁹⁾ Sonderkündigungsrechte lassen sich auch über Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträge einbeziehen (§ 10 Nr. 3 AGBG). 1351

b) Sonderregelungen nach VOB

Besonders gravierend wirken sich **Sonderkündigungsrechte im Werkvertragsrecht** aus, insbesondere bei Bauleistungen, denen die Bestimmungen der VOB zugrunde liegen. Bei Bauverträgen ist der Bauunternehmer grundsätzlich vorleistungspflichtig. Tritt eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Auftraggebers ein, so ist der Unternehmer berechtigt, die Fortführung der Bauarbeiten bis zur Sicherstellung der Gegenleistung abzulehnen (§ 321 BGB). Ein Sonderkündigungsrecht steht dem Bauunternehmer gemäß § 9 Nr. 1 b VOB/B für den Fall der Zahlungseinstellung oder der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu.⁸⁰⁾ 1352

Nach § 8 Nr. 2 VOB/B kann der Bauherr im Konkurs oder bei der Zahlungseinstellung des Bauunternehmens ein Sonderkündigungsrecht ausüben, wobei dessen Voraussetzungen im Zeitpunkt der Kündigung vorliegen müssen.⁸¹⁾ 1353
Nur der ausgeführte Teil der Leistungen ist abzurechnen (§ 6 Nr. 5 VOB/B). Wegen Nichterfüllung der restlichen Bauleistung kann der Bauherr Schadensersatzansprüche geltend machen, mit denen er gegen noch ausstehende Werklohnforderungen aus der erbrachten Teilleistung aufrechnen kann.

78) Begründung zum RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 146 f, abgedruckt in: *Kübler/Prütting*, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 299 f.

79) *Tintelnot*, S. 2 ff; *Berger*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 375 ff Rz. 1.

80) BGH WM 1963, 964, 965; BGH, Urt. v. 25. 10. 1971 - VII ZR 65/69, WM 1971, 1474; BGH, Urt. v. 5. 5. 1977 - VII ZR 85/6, BGHZ 68, 379, 381.

81) BGH, Urt. v. 26. 9. 1985 - VII ZR 19/85, BGHZ 96, 34 = ZIP 1985, 1509, dazu EWiR 1986, 87 (*Kilger*); *Palandt/Thomas*, BGB, § 649 Rz. 9.

- 1354** In der Praxis haben die Bestimmungen der VOB dazu geführt, daß im eröffneten Insolvenzverfahren einer Bauunternehmung eine **Betriebsfortführung fast immer ausscheidet**. Wo die Bauherren zögern, werden sie von Wettbewerbsunternehmen auf das Sonderkündigungsrecht und die Realisierung von Abrechnungsvorteilen hingewiesen, indem zu Lasten der insolventen Gemeinschaftschuldnerin Schadensersatzansprüche über angeblich insolvenzbedingte Sonderleistungen konstruiert werden.
- 1355** Häufig wechseln zeitgleich mit dem Kündigungsausspruch die auf den jeweiligen Baustellen beschäftigten Kolonnen den Arbeitgeber und führen das Bauvorhaben oftmals ohne vorherige Leistungsabgrenzung für den Nachunternehmer als neuem Arbeitgeber weiter.
- 1356** Eine Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren von Bauunternehmen ist daher nur möglich, wenn es dem Verwalter kurzfristig gelingt, über die noch ausstehenden Leistungen nach Eröffnung des Verfahrens einen **neuen Werkvertrag** für und gegen Rechnung der Masse abzuschließen oder als Sequester die Zustimmung zu einer entsprechenden Ergänzungsvereinbarung zwischen Bauunternehmen und Bauherrn zu erteilen.
- 1357** Damit vermeidet der Verwalter auch die Konsequenz, daß im Falle einer vor Anordnung der Sequestration vereinbarten Forderungsabtretung die aus der Fertigstellung der teillfertigen Leistung resultierende Werklohnforderung in voller Höhe dem Abtretungsgläubiger zusteht, wenn die Forderung bereits vor Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbotes entstanden war.⁸²⁾
- 1358** Die Möglichkeit der Kündigung eines Bauvertrages durch den Bauherrn gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B beseitigt auch das Wahlrecht des Verwalters (§ 17 Abs. 1 KO, § 9 Abs. 1 GesO) und ebenso das Wahlrecht des zukünftigen Insolvenzverwalters (§ 103 Abs. 1 InsO), da eine Einschränkung des insolvenzbedingten Sonderkündigungsrechtes nach den Bestimmungen der VOB/B nicht vorgesehen ist.⁸³⁾ Denkbar ist allerdings die **Ausübung des Anfechtungsrechts** durch den Verwalter, wenn die Berufung auf die Lösungsklausel zu einem entschädigungslosen Vermögensvorteil des Gläubigers führt.⁸⁴⁾

c) Wahlrecht des Verwalters

- 1359** Soweit im Konkurs zum Zeitpunkt der Eröffnung gegenseitige Verträge nicht vollständig erfüllt sind, hat nur die **Erfüllungswahl des Verwalters** gestal-

82) OLG München, Urt. v. 6. 5. 1996 - 31 U 5988/95 (unveröff.).

83) Berger, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 375 ff Rz. 16; einschränkend Pape, ebenda, S. 405 ff Rz. 59.

84) BGH, Urt. v. 11. 11. 1993 - IX ZR 257/92, ZIP 1994, 40, dazu EWiR 1994, 169 (U. Haas).

tende Wirkung. Nicht erst mit der Erfüllungsverweigerung des Verwalters entfallen die beiderseitigen Erfüllungsansprüche. Die Eröffnung des Verfahrens hat bereits rechtsgestaltende Wirkung.⁸⁵⁾

Unter Fortführungsbedingungen kann der Verwalter entscheiden, ob er Erfüllung verlangt oder bezüglich des ausstehenden Teils mit dem Ziel eines Neuausschlusses Verhandlungen mit dem Vertragspartner aufnimmt. Auf diese Weise wird nur der Teil des Anspruches erfaßt, der das Entgelt für die nach Konkurseröffnung aus der Masse erbrachten Teilleistung darstellt. Leistungen, die bereits vor Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner erbracht wurden, müssen somit nicht zu Lasten der Gläubiger aus der Masse vergütet werden.⁸⁶⁾ 1360

Hat der Gemeinschuldner seine Forderung abgetreten und wählt der Konkursverwalter Erfüllung, so stehen dem Gläubiger nur die bereits zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung geschaffenen oder vorhandenen Werte zu, während der durch eine Leistung des erfüllenden Konkursverwalters verursachte Wertzuwachs der Masse verbleibt.⁸⁷⁾ 1361

Die aus der geänderten Rechtsprechung zu § 17 KO abzuleitende Konsequenz entspricht der bisherigen Praxis fortführender Insolvenzverwalter, die vor Änderung der höchststrichterlichen Rechtsprechung aus Sicherheitsgründen neue Verträge über die ausstehenden Leistungen mit dem jeweiligen Auftraggeber geschlossen haben, um den Wertzuwachs für die Masse zu sichern. 1362

Die **Gesamtvollstreckung verlangt** vom Verwalter die **Ausübung seines Wahlrechts** (§ 9 Abs. 1 GesO). Anders als im Konkurs erlöschen die beiderseitigen Erfüllungsansprüche nicht im Zeitpunkt der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes muß der Verwalter Erfüllung verlangen oder die Ablehnung der Erfüllung erklären.⁸⁸⁾ Hier ist der für die Masse sichere Weg daher die Übernahme der früher üblichen Praxis unter Konkursbedingungen. Zweckmäßigerweise lehnt der Verwalter in der Gesamtvollstreckung die Erfüllung ab, um anschließend mit dem Auftraggeber eine neue vertragliche Vereinbarung über die Restlei- 1363

85) BGH, Urt. v. 20. 12. 1988 - IX ZR 50/88, BGHZ 106, 236 = ZIP 1989, 171, dazu EWiR 1989, 283 (Pape); BGH, Urt. v. 21. 11. 1991 - IX ZR 290/90, BGHZ 116, 156 = ZIP 1992, 48 = NJW 1992, 507, dazu EWiR 1992, 71 (Marotzke); BGH, Urt. v. 4. 5. 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336 = ZIP 1995, 926 = NJW 1995, 1966, dazu EWiR 1995, 691 (Uhlenbruck).

86) BGH, Urt. v. 4. 5. 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336 = ZIP 1995, 926 = NJW 1995, 1966, dazu EWiR 1995, 691 (Uhlenbruck); Brandes, in: RWS-Forum 9, S. 1, 7 ff.

87) BGH, Urt. v. 21. 11. 1991 - IX ZR 290/90, BGHZ 116, 156 = ZIP 1992, 48 = NJW 1992, 507, dazu EWiR 1992, 71 (Marotzke); Brandes, in: RWS-Forum 9, S. 1, 7 ff.

88) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 9 Rz. 18; Zeuner, in: Smid/Zeuner, GesO, § 9 Rz. 12.

stung zu schließen. Die aus der Erbringung der ausstehenden Teilleistung resultierende Wertschöpfung verbleibt damit auch dann der Masse, wenn die Gemeinschuldnerin ihre Forderung vor Einleitung der Gesamtvollstreckung abgetreten hat.

- 1364** Die **Insolvenzordnung übernimmt** im wesentlichen die **Bestimmungen des Konkursrechts** (§§ 103 ff InsO). Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt zum Erlöschen der beiderseitigen Erfüllungsansprüche. Rechtsgestaltend kann der Verwalter nach Verfahrenseröffnung wählen, ob er anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllt und zugleich Erfüllung vom anderen Teil verlangt (§ 103 Abs. 1 InsO). Allerdings hat der Verwalter zukünftig nicht mehr die Möglichkeit, das **Anwartschaftsrecht** des Eigentumsvorbehaltskäufers zu zerstören, indem er die Erfüllung ablehnt und die Sache zurückverlangt (§ 107 Abs. 1 InsO).⁸⁹⁾
- 1365** Im Falle einer Betriebsfortführung kommt es für den Verwalter in allen Fällen darauf an, die Gegenleistung für die von ihm nach Verfahrenseröffnung erbrachte (Rest-)Leistung zu sichern. Wo dies nicht erforderlich ist, muß und kann sich der zukünftige Verwalter zum Schutz der Liquidität leichter aus Verträgen lösen und die Entstehung von aufgezwungenen Masseverbindlichkeiten vermeiden.⁹⁰⁾

VIII. Die Belastung der Fortführung mit Altlasten

- 1366** Aufgrund eines insgesamt geschärften Umweltbewußtseins in der Gesellschaft und schließlich auch in der Politik hat die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit der Masse im Insolvenzfall zunehmend an Aktualität und Bedeutung gewonnen. Insolvenzrecht und öffentliches Umweltrecht sind vielfach unvereinbar, so daß es zu erheblichen Spannungen kommen kann, die sowohl die Betriebsfortführung als solche berühren, als auch ihr wirtschaftliches Ergebnis beeinflussen.

1. Verlagerung der Verantwortlichkeit durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens

- 1367** Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellt umweltrechtlich gesehen eine mehr oder weniger willkürliche Zäsur dar, die jedoch zu einer Verlagerung der ordnungsbehördlichen Verantwortlichkeit für die Beseitigung von Altlasten führt. Hat die Behörde bereits vor Einleitung eines Insolvenzverfahrens die Beseitigung von Altlasten verfügt und die Maßnahme schließlich im Wege der Ersatzvornahme selbst durchgeführt, so sind aus dieser Maßnahme resultieren-

89) *Gottwald/Adolphsen*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 805 ff Rz. 9.

90) *Pape*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 405 ff Rz. 3.

de Kostenerstattungsansprüche im nachfolgenden Verfahren als Konkursforderungen zu qualifizieren.

Wartet die Behörde hingegen mit dem Erlaß einer Ordnungsverfügung bis zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung und wählt sie als Adressaten einer Beseitigungsverfügung den Verwalter, so muß dieser die zur Entsorgung notwendigen Arbeiten zu Lasten der Masse in Auftrag geben (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder die Kosten der Ersatzvornahme als Masseschulden regulieren.⁹¹⁾ 1368

2. Freigabe belasteter Gegenstände und Grundstücke

Ob sich der Verwalter zur Schonung der Masse von der Erfüllung ordnungsbehördlicher Auflagen durch Freigabe eines belasteten Grundstückes oder einzelner belasteter Gegenstände befreien kann, ist umstritten.⁹²⁾ Die Stimmen, die eine Freigabe belasteter Grundstücke und belasteter Gegenstände und damit die Überwälzung der Beseitigung und Entsorgung auf die öffentliche Hand für problematisch halten, sehen im Gemeinschuldner, allen beteiligten Gläubigern der unterschiedlichen Rangklassen und den sonstigen Vertrags- und Geschäftspartnern des schuldnereischen Unternehmens eine **Verursachergemeinschaft**, die von dem umweltschädlichen Verhalten des insolventen Betriebes jahrelang profitiert hat und daher verpflichtet sein soll, die Beseitigungs- und Entsorgungsarbeiten zu Lasten der Masse zu erledigen.⁹³⁾ 1369

Dieser Ansatz ist jedoch dogmatisch nicht überzeugend, da erstrangige Masseverbindlichkeiten gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO oder § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO auf Handlungen des Verwalters beruhen müssen. Gleiches gilt für vorab zu begleichende Verbindlichkeiten im Rang des § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO. 1370

91) OVG Lüneburg, Beschl. v. 7. 5. 1991 - 7 M 3600/91, ZIP 1991, 1607, dazu EWiR 1991, 1221 (Pape); Baumann/Schürmann, DNotZ 1994, 502, 516.

92) Vgl. zuletzt OVG Greifswald, Urt. v. 16. 1. 1997 - 3 L 94/96, ZIP 1997, 1460, dazu Karsten Schmidt, ZIP 1997, 1441, und von Wilmsky, ZIP 1997, 1445; vgl. ferner OVG Magdeburg, Beschl. v. 12. 4. 1994 - 2 M 31/93, ZIP 1994, 1130, dazu EWiR 1994, 675 (Pape); OVG Niedersachsen, Beschl. v. 7. 1. 1993 - 7 M 5684/92, ZIP 1993, 1174 = NJW 1993, 1671, dazu EWiR 1993, 471 (Stoll); OVG Lüneburg, Beschl. v. 7. 5. 1991 - 7 M 3600/91, ZIP 1991, 1607, dazu EWiR 1991, 1221 (Pape); VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 11. 12. 1990 - 10 S 7/90, ZIP 1991, 393, dazu EWiR 1991, 487 (Stürner); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 6 Rz. 35 m. w. N.; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 17 Rz. 44 ff; Uhlenbruck, GuG 1992, 310 m. w. N.; Pape, ZIP 1991, 1544; Karsten Schmidt, BB 1991, 1273; Petersen, NJW 1992, 1202, 1204; Kilger, in: Festschrift Merz, S. 253; Rose, BB 1991, 2100; Stoll, ZIP 1992, 1437; Stürner, in: Festschrift Merz, S. 563.

93) Stürner, in: Festschrift Merz, S. 563; ders., EWiR 1991, 487; Karsten Schmidt, NJW 1993, 2833.

- 1371** Für das **Gebiet der ehemaligen DDR** stellt sich die Altlastenproblematik als Folge einer **staatlich sanktionierten Industriepolitik** dar, die zur hemmungslosen Ausbeutung der Umwelt geführt hat. Die Folgen dieser Politik können daher nicht einer eher zufällig zusammengesetzten Gefahrengemeinschaft von Gläubigern aufgebürdet werden, die nach der politischen Wende mit einem danach auf dem belasteten Gelände errichteten Betrieb vertragliche und geschäftliche Beziehungen eingegangen sind.⁹⁴⁾
- 1372** Dogmatisch überzeugend ist allein die Auffassung, daß auch im eröffneten Insolvenzverfahren allein der Schuldner für den Zustand der Sachen, die dem Insolvenzbeschlagn unterliegen, verantwortlich bleibt. Alle Maßnahmen hingegen, die zur Wahrnehmung dieser Verantwortung erforderlich sind, werden während der Dauer des Insolvenzverfahrens ausschließlich und allein durch den Verwalter ausgeübt, solange er den belasteten Gegenstand nicht zugunsten des Schuldners freigibt. Dabei ändert die Freigabe nichts daran, daß der Schuldner auch weiterhin im Rahmen seiner Zustandsverantwortlichkeit für den belasteten Gegenstand mit seinem Vermögen haftet. Inwieweit das dem Insolvenzbeschlagn unterliegende Vermögen zur Deckung von **Beseitigungskosten** herangezogen werden kann, richtet sich ausschließlich nach insolvenzrechtlichen Vorgaben. Altlasten, die aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung stammen, können damit keine Beseitigungskosten auslösen, die insolvenzrechtlich als Masseschulden oder vorab zu begleichende Verbindlichkeiten einzustufen sind. Demnach kann auch die Freigabe von Altlasten nicht gegen öffentliches Umweltrecht verstoßen.⁹⁵⁾

3. Konsequenzen einer Betriebsfortführung für Altlasten

- 1373** Führt der Verwalter den Geschäftsbetrieb im eröffneten Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- oder Insolvenzverfahren fort, so wird die Grenzziehung zwischen bereits vor Verfahrenseröffnung vorhandenen Umweltlasten und solchen, die mit der Betriebsfortführung verbunden sind, verwischt. Allein schon aus der Nutzung belasteter Grundstücke und Gegenstände und der damit verbundenen Inbesitznahme ergibt sich die ordnungsrechtliche Zustandsverantwortlichkeit der Masse.⁹⁶⁾

94) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 17 Rz. 46 ff.

95) OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 12. 4. 1994 - 2 M 31/93, ZIP 1994, 1130, 1134, dazu EWiR 1994, 675 (Pape); von Wilmsky, ZIP 1997, 389, 400; Lüke, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 683 ff Rz. 44 - 58.

96) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 17 Rz. 45 m. w. N.; OVG Bautzen, Ur. v. 16. 8. 1994 - 1 S 173/94, ZIP 1995, 852, dazu EWiR 1995, 793 (Stoll); OVG Bautzen, Ur. v. 21. 4. 1994 - 1 S 12/93, ZIP 1995, 856, dazu EWiR 1995, 579 (Pape); Lüke, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 683 ff Rz. 30.

Bei Fortführung des Geschäftsbetriebes nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens müssen daher sowohl die Kosten für die Feststellung von Verunreinigungen als auch der Aufwand für die Beseitigung von Altlasten und Abfällen als Masseschulden (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder vorab zu begleichende Verbindlichkeiten (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO) in die Plan-Ertragsrechnung und in die Liquiditätsbedarfsplanung eingestellt werden. Führt der Verwalter den Geschäftsbetrieb fort, so kommt bereits aus diesen Gründen eine **Freigabe des belasteten Betriebsgeländes** nicht in Frage. Gleiches gilt für kontaminierte Gegenstände oder Vorrichtungen, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes benötigt werden.⁹⁷⁾ 1374

Die Altlastensanierung kann erhebliche Auswirkungen auf die Masse haben. Allein die Kosten für Bodengutachten in der Sondierungsphase liegen mindestens im fünfstelligen Bereich. 1375

IX. Betriebsfortführung und Qualitätssicherung, Produkthaftung und Gewährleistung

1. Allgemeines

Der unternehmerisch tätige Insolvenzverwalter hat wie jeder Produzent für Produkte und Dienstleistungen einzustehen. Es gelten die allgemeinen Regeln des Schadensersatz- und Gewährleistungsrechts sowie der Produkthaftung. Der **fortführende Verwalter erfährt keine Privilegierung**, im Gegenteil, die verbliebenen Kunden stellen im Falle der Fortsetzung der Geschäftsbeziehung gesteigerte Anforderungen an Qualität und Qualitätssicherung. 1376

2. Sicherung der Gewährleistungsansprüche

Die Bedenken, die gegen die Plazierung neuer oder die Komplettierung angearbeiteter Aufträge erhoben werden, beruhen vielfach auf **Gewährleistungsgesichtspunkten**. Der Kunde will zu Recht wissen, wie sich das insolvente Unternehmen verhalten wird, falls das ausgelieferte Produkt oder die erbrachte Dienstleistung mangelhaft sein sollte und Gewährleistungs- und Mängelbeseitigungsansprüche geltend gemacht werden müssen. 1377

Über das Gewährleistungsrecht werden die Konsequenzen von Fehlern oder mangelnder Tauglichkeit geregelt, die zum Recht auf Rückgabe oder zur Minderung des Kaufpreises führen, zumindest aber einen Anspruch auf Nachbesserung begründen (§§ 459 ff BGB). Wer darüber hinaus zusichert, was er nicht einhalten kann, ist zum Ersatz des daraus resultierenden Schadens verpflichtet (§ 463 BGB). Jedoch gehen alle diese Ansprüche ins Leere, wenn im Falle des 1378

97) Lücke, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 683 ff Rz. 17, 60.

Zusammenbruchs der betrieblichen Strukturen bei einer gescheiterten Betriebsfortführung oder bei einer planmäßigen Stilllegung am Ende der Auslaufproduktion der Adressat dieser Ansprüche vom Markt verschwindet. Dann kann weder Wandlung noch Nachbesserung verlangt und bei einem nicht vertragsgemäßen Werk erst recht kein Anspruch auf Neuherstellung durchgesetzt werden.

- 1379 Daneben besteht bei Auftraggebern die Sorge, daß die einen Auftrag begleitenden **Dokumentationen** im Betrieb des insolventen Schuldners nicht ordnungsgemäß verwahrt oder fortgeschrieben werden, so daß Konstruktionszeichnungen vom Auftraggeber in eigener Regie neu hergestellt werden müssen, um Wartungs- und Reparaturarbeiten oder konstruktive Fortentwicklungen vornehmen zu können.
- 1380 Diese Bedenken muß der fortführende Verwalter zerstreuen, notfalls über **Preiszugeständnisse**, häufig aber auch über die **Gewährung von Sicherheits-einhalten** bis zum Ablauf der gesetzlichen Gewährleistungs- oder vertraglichen Garantiefristen. Das Risiko des Auftraggebers, im Falle massearmer Verfahren selbst dann mit Schadensersatzsprüchen auszufallen, wenn diese als Masseschuld (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO) oder vorab zu begleichende Verbindlichkeit (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO) zu berichtigen sind, kann so reduziert werden, allerdings zu Lasten der Erlöse.

3. Qualitätssicherung und Produkthaftung

- 1381 Zur Verringerung des Risikos aus der deliktischen Produkthaftung (§ 823 Abs. 1, 2 BGB) sowie der verschuldensunabhängigen Produzentenhaftung (§ 1 ProdHaftG) muß der Verwalter bei Fortführung eines Produktionsbetriebes auf die Einhaltung der unabdingbaren **Gefahrenabwendungsmaßnahmen** im Rahmen der ihn treffenden Verkehrssicherungspflichten sowie aller **Qualitätssicherungsstandards** achten. Produkthaftung ist Gefährdungshaftung. Sie umfaßt die Haftung des Herstellers für die aus der Benutzung der Produkte entstehenden Folgeschäden. Der Produzent hat dabei für Instruktions-, Fabrikations- und Konstruktionsfehler unabhängig vom Verschulden einzustehen (§ 3 ProdHaftG).
- 1382 In der Krise wächst die Versuchung, nicht ausgereifte Produkte zur Verbesserung der Absatzchancen auf den Markt zu bringen, um einen Wettbewerbsvorteil zu realisieren. Aber auch unter Insolvenzbedingungen darf der Markt erwarten, daß Konstruktion, Fabrikation und Instruktion dem aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik entsprechen und daß technische Normen, DIN-Vorschriften, VDE-Bestimmungen eingehalten werden, so daß auf diese Weise ein unabdingbarer Mindeststandard an Sicherheit gewährleistet wird. Hierzu gehört auch die laufende Verpflichtung zur Produktbeobachtung, die

den Hersteller zwingt, aus berechtigten Reklamationen Konsequenzen für die Fertigung zu ziehen.⁹⁸⁾ Zur Instruktion gehören vor allem Warn- und Hinweispflichten zur Abwendung von Gefahren im Falle eines unsachgemäßen Gebrauchs.⁹⁹⁾

Liefert das insolvente Unternehmen ins Ausland, so sind teilweise erheblich **1383**
weitergehende Anforderungen nach internationalem Produkthaftungsrecht zu beachten. Insbesondere müssen die Risiken bei einem Vertrieb auf dem amerikanischen Markt sorgfältig eingeschätzt werden.

Keinesfalls darf der Verwalter unter Kostengesichtspunkten der Versuchung **1384**
nachgeben, Qualitätsstandards zu senken und die Qualitätssicherung zu vernachlässigen. Unter Insolvenzbedingungen achten die Abnehmer sorgfältig auf jede Veränderung der Qualität, die als Übereinstimmung mit den Anforderungen des Kunden, also seinen Maßstäben bezüglich der Funktion, des Designs, der Sicherheit, der Zuverlässigkeit, der Haltbarkeit und Wertbeständigkeit, des Kundendienstes, der Umweltverträglichkeit, der Lieferzeit und des Preises, definiert wird.¹⁰⁰⁾

Meßbare Qualitätsverluste führen zur Beendigung der Geschäftsbeziehung, da **1385**
jeder Kunde im Falle der Insolvenz des Herstellers ohnehin schwankt und über eine Auftragsverlagerung nachdenkt. Nicht nur bei zertifizierten Unternehmen (Qualitätsmanagement nach DIN EN ISO 9000 bis 9004, Umweltmanagement nach EU 1836/93, CE-Dokumentationen gemäß EU-Richtlinien) wird die Wahrung der testierten Qualitätsstandards vom Markt sorgfältig beobachtet. Nahezu jeder Kunde überzeugt sich durch eigene Wahrnehmung von den Verfahrens- und Produktionsstandards und den Qualitätssicherungsmaßnahmen, bevor er eine abschließende Entscheidung zur Aufrechterhaltung und Fortsetzung einer Geschäftsverbindung trifft.

Ein fortführender Verwalter, der im Bereich des Qualitätsmanagements spart, **1386**
kann mit dieser Entscheidung die Voraussetzungen für eine Betriebsfortführung und damit verbunden auch die Chancen für Reorganisation und übertragende Sanierung kurzerhand beseitigen.

98) Palandt/Thomas, § 3 ProdHaftG Rz. 8 m. w. N.

99) BGH, Urt. v. 11. 7. 1972 - VI ZR 194/70, NJW 1972, 2217; BGH, Urt. v. 3. 6. 1975 - VI ZR 192/73, NJW 1975, 1827; BGH, Urt. v. 4. 2. 1986 - VI ZR 179/84, NJW 1986, 1863.

100) Gartzke, S. 3.

X. Die Bedeutung betriebswirtschaftlicher Faktoren

1. Grenzen der Betriebswirtschaft

- 1387 Die betriebswirtschaftliche Literatur zur Unternehmenssanierung ist nicht mehr zu übersehen.¹⁰¹⁾ Die Mehrzahl der betriebswirtschaftlichen Analysen und Handlungsanweisungen gibt für eine Betriebsfortführung in der Insolvenz nichts her. Sie beziehen sich entweder auf die bei Einleitung eines Insolvenzverfahrens nachweislich gescheiterten Sanierungsbemühungen aus dem vor-konkurslichen Zeitraum oder befassen sich aus unternehmerischer Sicht mit der Führung und Ausrichtung des ehemals insolventen Geschäftsbetriebes nach Durchführung einer übertragenden Sanierung. Hier wie im Falle einer Reorganisation beginnt die nachhaltige Wiederherstellung der Ertragskraft mit dem Tage, an dem die Führung des Unternehmens vom Verwalter wieder in die Hand eines Investors oder auch des Inhabers übergeht, der den Geschäftsbetrieb auf Dauer und mit der Absicht, nachhaltige Gewinne zu erzielen, übernimmt und weiterführt. Was die Reorganisation im Rahmen eines Insolvenzplans betrifft, so besteht schon heute Einigkeit, daß spezielle betriebswirtschaftliche Anforderungen an den Inhalt und die Abwicklung von Insolvenzplänen zu stellen sind, damit dieses Ziel realisiert werden kann.¹⁰²⁾

a) Keine eigenständige Sanierungsaufgabe des Verwalters

- 1388 Mit den Mitteln des Insolvenzrechts ist die dauerhafte Wiederherstellung der Ertragskraft, die Neuordnung der Organisations-, Führungs- und Finanzstruktur, die Optimierung der Wertschöpfungskette, die Herstellung eines auf die Anforderungen des Kunden optimal zugeschnittenen Produkts, die kritische Analyse und Selektion des Eigenfertigungs- und des Fremdfertigungsanteils, eine sich fortlaufend den veränderten Marktbedingungen anpassende Betriebsstruktur, eine systematische Akquisition und Kundenpflege sowie eine fortlaufende und systematische Marktbeobachtung durch Kundenkontakt, Beobachtung des Wettbewerbs und der technischen Entwicklung nicht zu leisten. Ein Verwalter, der sich unter den begrenzten Möglichkeiten einer Betriebsfortführung im eröffneten Insolvenzverfahren diese Aufgaben zumuten würde, wäre zum Scheitern verurteilt.
- 1389 Über eine Betriebsfortführung kann allenfalls eine **Option für weitergehende Sanierungsansätze** offengehalten werden. Die Sanierung selbst ist niemals Aufgabe des Verwalters, der nicht abstrakt-theoretisch darüber zu philosophieren hat, ob es darum gehen kann, ein erhaltungsfähiges Unternehmen durch

101) Vgl. die weiterführenden Hinweise im Literaturverzeichnis sowie die Aufstellung bei Uhlenbruck, Der Wirtschaftstreuhand 6/93, S. 16.

102) Braun/Uhlenbruck, S. 532 f; Risse, KTS 1994, 465.

Wiederherstellung seiner Ertragskraft vor einer konkursmäßigen Zerschlagung zu bewahren. Vielmehr muß er Gericht, Schuldner, Gläubiger und andere Beteiligte für diese Aufgabe gewinnen und sie überzeugen, daß dieses Ziel auch unter dem Gesichtspunkt der Vermögensorientierung einer Liquidation vorzuziehen ist. Bei angestrebter **Reorganisation** des insolventen Unternehmensträgers ist die **Sanierungsaufgabe gemeinsame Sache des Schuldners und seiner Gläubiger**, die übereinstimmend zu der Auffassung kommen müssen, daß die Kürzung von Forderungen und der Verlust von Eigentumstiteln bei marktkonformer Betrachtung die richtige Investitionsentscheidung darstellen. Das ist aber nur dann der Fall, wenn das investierte Kapital im Falle der Sanierung mindestens den gleichen Ertrag bringt wie der Einsatz einer Liquidationsquote.¹⁰³⁾

b) Sicherung der Sanierungsoption

Strebt der Schuldner unter Einbeziehung seiner Gläubiger im geltenden Recht die Reorganisation über eine Verfahrenseinstellung (§§ 202, 203 KO), einen Zwangsvergleich (§§ 173 ff KO) oder Vergleich (§ 16 GesO) oder zukünftig mit weitergehenden Eingriffen in gesicherte Rechtspositionen über einen Insolvenzplan (§§ 270 ff InsO) an, so bleibt es dem alten und neuen Unternehmensträger vorbehalten, die Gläubiger von seinem Sanierungskonzept zu überzeugen und es möglicherweise noch eine Zeitlang mit Hilfe des Verwalters umzusetzen. 1390

Sanieren oder liquidieren, diese **Entscheidung** ist Sache der **Gläubiger**. Nur die Weichenstellung kann der Verwalter selbst vornehmen, indem er sich nach geltendem Recht am Tage der Verfahrenseröffnung zur Fortführung des Geschäftsbetriebs im eröffneten Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahren entscheidet oder nach zukünftigem Recht die nach vorheriger Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO) zunächst obligatorische Betriebsfortführung auch nach Eröffnung bis zum Berichtstermin fortsetzt. 1391

Der Verwalter erfüllt diese Aufgabe, wenn es ihm im Zuge der Betriebsfortführung gelingt, die eingegangenen Verpflichtungen aus den zur Verfügung stehenden Mitteln zu decken und eine Verminderung der Vermögenssubstanz zu vermeiden, die organisatorischen Strukturen und die Produktions- und Absatzpotentiale zu erhalten, um dem Gemeinschuldner und seinen Gläubigern überhaupt die Möglichkeit zu eröffnen, über weitergehende Verfahrensziele - übertragende Sanierung und Reorganisation - nachzudenken und zu entscheiden. 1392

103) Gröhner, FLF 1984, 198 ff; Hax/Marschdorf, BFuP 1983, 112, 115; Flessner, S. 185; Balz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 3 ff Rz. 8.

c) Keine abstrakten Sanierungsüberlegungen

- 1393** Gibt es bis zum Berichtstermin keine Reorganisationsansätze seitens des Gemeinschuldners oder keine Nachfrage des Marktes zur Erhaltung der betrieblichen Strukturen im Wege einer übertragenden Sanierung, dann können diese Aktivitäten auch nicht künstlich durch den Verwalter erzeugt werden. Der Verwalter ist kein „Sozialingenieur“.¹⁰⁴⁾ Sein Bericht über mögliche Erhaltungschancen (§ 156 Abs. 1 InsO) ist keine abstrakte betriebswirtschaftliche Abhandlung über Unternehmenssanierung in der Insolvenz, sondern eine nüchterne Bestandsaufnahme über die konkreten Chancen zur Realisierung der vom Gesetz vorgegebenen Verfahrensziele Liquidation, übertragende Sanierung und Reorganisation.
- 1394** Die für den Erfolg eines Unternehmens notwendigen Faktoren sind in der Zeit zwischen Einleitung eines Insolvenzverfahrens und Berichtstermin nicht zu realisieren. Der Verwalter ist vollauf damit beschäftigt, den angeschlagenen Betrieb zu stabilisieren, Übergriffe von Sonderrechtsgläubigern abzuwehren, Kunden- und Lieferantenbeziehungen zu erhalten und eine Eigenfinanzierung auf niedrigem Niveau zur Deckung kurzfristiger Verbindlichkeiten darzustellen.
- 1395** Führungs- und Organisationsstrukturen können nachhaltig nicht verändert werden. Führungskräfte, ja nicht einmal Mitarbeiter im Bereich des mittleren Managements, sind für ein insolventes Unternehmen anstelle der bisherigen Führungskräfte zu gewinnen, da ihnen der Verwalter keine langfristige Perspektive bieten kann.

d) Betriebsfortführung als Zwischenstufe

- 1396** Die Neuordnung der Kapitalstrukturen und der Beteiligungsverhältnisse ist Aufgabe der Eigentümer oder der Gesellschafter und nicht Sache des Verwalters, der hierzu keine Kompetenz hat. Neue Produkte können kurzfristig weder entwickelt noch eingeführt werden; Optimierungen sind allenfalls in begrenztem Umfang möglich, da die Mittel für Forschung und Entwicklung regelmäßig fehlen. Die Anstrengungen des Vertriebs sind darauf gerichtet, ein Auseinanderbrechen des Kundenstammes zu verhindern. Akquisition und Kundenpflege dienen dem Ziel, ein kurzfristiges Abwandern der Kunden zum Wettbewerb zu verhindern. Neue Kunden lassen sich unter Insolvenzbedingungen nicht gewinnen.
- 1397** Innerbetrieblich geht es um die Umsetzung defensiver Maßnahmen auf niedrigem Niveau, vorrangig um die Stilllegung von Teilbetrieben oder Abteilungen, personelle Anpassungen, Bereinigungen des Produktprogramms, Umstruktu-

¹⁰⁴⁾ Balz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 3 ff Rz. 21.

rierung des Fertigungsbetriebes zum Handelsbetrieb und die Suspendierung der Führungskräfte.

Unter diesen Bedingungen hat das betriebswirtschaftliche Handwerkszeug zur Unternehmenssanierung keine Entfaltungsmöglichkeit. Es spielt bei Betriebsfortführungen in der Insolvenz allenfalls eine untergeordnete und eher begleitende Rolle, zumal Insolvenzabwicklung vom Ansatz her ohnehin in erster Linie Konfliktbewältigung bedeutet, bei der es gilt, unterschiedliche, teilweise sogar gegenläufige Interessen auszugleichen, was sich auch durch die Fortführung des Geschäftsbetriebes nicht ändert.¹⁰⁵⁾ 1398

Alle Theorien, die in der Betriebswirtschaftslehre zur Insolvenzprophylaxe entwickelt wurden, sind spätestens mit dem Antrag auf Eröffnung eines gerichtlichen Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- oder Insolvenzverfahrens ohne Belang. Das Scheitern jedes Krisenmanagements und seiner Strategie dokumentiert sich in der Insolvenz als Schlußpunkt eines fehlgeschlagenen wirtschaftlichen Engagements. 1399

Alles, was gleichwohl in die Zukunft weist und auf die Wiederherstellung der Ertragskraft gerichtet ist, ist zwangsläufig langfristig und auf Dauer angelegt und schon deshalb nicht Aufgabe des Verwalters, da jede Betriebsfortführung in der Insolvenz nur eine Zwischenlösung darstellt, gleichgültig, ob es sich um eine Auslaufproduktion mit anschließender Liquidation oder um eine kurz-, mittel- oder langfristige Betriebsfortführung zur Vorbereitung einer übertragenden Sanierung oder zur Verwirklichung einer Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers handelt. 1400

Der Verwalter organisiert und verantwortet lediglich die Zwischenstufe. In dieser Phase einer akuten Krisenbewältigung hat die Betriebswirtschaft Begleitfunktion, wenn es um Führungs- und Organisationsfragen, Mitarbeitermotivation sowie Produktions-, Absatz- und Finanzierungspotentiale geht. Kaufleute und Betriebswirte gehören daher in die Abwicklungsmannschaft des Verwalters. Erst im Rahmen einer deregulativen Abwicklung über einen als Sanierungsplan ausgestalteten Insolvenzplan wird das betriebswirtschaftliche Instrumentarium eine substantielle Aufwertung erfahren. Denn eine Sanierungsentscheidung der Gläubiger setzt die Vorlage eines Sanierungsgutachtens voraus, das die finanz- und leistungswirtschaftlichen Maßnahmen darzustellen hat. Dies wird zur Herausforderung an die Betriebswirtschaftslehre.¹⁰⁶⁾ 1401

105) Bedauernd: Risse, KTS 1982, 65.

106) Uhlenbruck, in: Elschen (Hrsg.), Unternehmenssicherung und Unternehmensentwicklung, S. 210, 223; Braun/Uhlenbruck, S. 532; *Fachausschuß Recht des IdW*, IDW-Fachnachrichten 1991, S. 319 ff.

2. Finanzplanung

- 1402** Im Bereich der Finanzierung, der Produktion und im Absatz arbeitet der Verwalter ausschließlich mit den vorhandenen, meist begrenzten Mitteln, um die Probleme zu meistern. Zur **Sicherung der Finanzierung** gehört die sorgfältige Forderungsüberwachung, die Überwachung des Zahlungsverhaltens der Kunden, die Kontrolle der Auftragsmodalitäten, die Überwachung des Rechnungsausgangs, des Zahlungseingangs und des Mahnverfahrens, die Liquiditätsplanung und -steuerung unter Berücksichtigung gewählter Zahlungsziele, Skonti, Rabatte und möglicher Zahlungsausfälle, Reduzierung des Umlaufvermögens durch just-in-time-Bezug von Rohmaterial, Hilfs- und Betriebsstoffen sowie durch schnellen Umschlag der eigenen Waren und Produkte, notfalls auch unter **Gewährung von Sonderkonditionen**, da unter Insolvenzbedingungen der Grundsatz gilt: **Liquidität vor Rentabilität**.¹⁰⁷⁾

3. Produktanpassung und Produktionsverlagerung

- 1403** In der Produktion steht die Ausmusterung unrentabler Produkte oder Serien im Vordergrund, die auch dann zu erfolgen hat, wenn eine Nachfrage gerade nach diesen Erzeugnissen besteht. Kunden bedauern die Insolvenz ihres Lieferanten oder Herstellers besonders intensiv, wenn sie wissen, daß der Schuldner seine Produkte mangels zutreffender Vor- oder Nachkalkulationen häufig sogar zu einem Preis, der unter den Herstellungskosten liegt, abgegeben hat. Kann der Verwalter keine Preiserhöhung durchsetzen, so muß er diese Erzeugnisse vom Markt nehmen.
- 1404** Fremdvergabe statt Eigenfertigung, Verringerung der Fertigungstiefe, Übertragung von Montageleistungen an polnische, tschechische, rumänische oder andere osteuropäische Kolonnen unter Führung eines inländischen Richt- oder Montagemeisters sowie die Einbeziehung universitärer Einrichtungen in Forschungs- und Entwicklungsarbeiten können kurzfristig den Produktionsbereich und die hier entstehenden Kosten entlasten.

4. Absatzplanung, Errichtung von Vertriebsgesellschaften

- 1405** Bei der **Beurteilung der Absatzpotentiale** muß berücksichtigt werden, daß insbesondere Großunternehmen ihren Einkäufern die Weisung erteilen, keine Aufträge an Insolvenzbetriebe zu vergeben, sofern es sich nicht um Großinsolvenzen handelt, bei denen die Auftragsvergabe auch international über eine politische Einflußnahme gesteuert werden kann. Der Zusammenbruch der Absatzpotentiale ist dann nur zu vermeiden, wenn eine oftmals kurzfristig zu

107) Jahnke, BuW 1996, 193 ff; Eichholz, Die Wirtschaft 1994, 19; Capell, Praxis des Rechnungswesens 1991, 118; Däumler, S. 28 ff.

errichtende Vertriebsgesellschaft die Aufträge akquiriert und deren Ausführung an den insolventen Geschäftsbetrieb als verlängerte Werkbank weitergibt.

Nicht unbedenklich ist die Errichtung dieser **Vertriebsgesellschaften** durch die Verwalter selbst, die dann bis zur Übernahme der Geschäftsanteile durch Dritte oder bis zur endgültigen Stilllegung die Anteile treuhänderisch - für wen auch immer - halten. Diese Konstruktion ist mit allen Risiken belastet, die sich grundsätzlich aus einer **doppelten Treuhand** ergeben können. Übernimmt die Vertriebsgesellschaft bereits Teile des Personals und der Anlagengegenstände, so entstehen schwer beherrschbare Konfliktlagen, wenn das Schicksal des insolventen Betriebs und der Vertriebsgesellschaft unterschiedlich verläuft, selbst wenn die Übernahme der Geschäftsanteile die Voraussetzungen einer uneigennütigen Treuhand erfüllt.¹⁰⁸⁾ 1406

Bei Ausschluß des Selbstkontrahierungsverbotes (§ 181 BGB) kann der Verwalter die Vertriebsgesellschaft im Rahmen eines Handelsvertretervertrages, Händlervertrages oder Agenturvertrages exklusiv oder eingeschränkt mit dem Vertrieb der während der Fortführung hergestellten Produkte oder Dienstleistungen beauftragen. Handelt es sich um einen Händler- oder Agenturvertrag, so schließt die Vertriebsgesellschaft Verträge mit Kunden im eigenen Namen und für eigene Rechnung und überträgt dem Insolvenzverwalter die Ausführung innerhalb eines gesondert abzuschließenden oder mit dem Händlervertrag zu verbindenden Einzel- oder Rahmenwerkvertrags. 1407

5. Sozialpsychologische Phänomene

Sozialpsychologische Phänomene beeinflussen als Problemfeld die Führungsaufgabe des Verwalters. Sie wirken darüber hinaus in die erste Phase im Anschluß an eine übertragende Sanierung oder Reorganisation hinein und müssen daher auch vom Investor oder dem jeweiligen Unternehmensträger beachtet werden. 1408

Unter der Typisierung „Rückschlag trotz Erfolgs“ ist das Phänomen der **abknickenden Motivation** in gelungenen Sanierungsfällen ein sozialpsychologisches Thema.¹⁰⁹⁾ Auch bei Betriebsfortführungen in der Insolvenz treten diese Symptome in Erscheinung, und zwar immer im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Erreichen vorgegebener Zwischenziele, in einem Augenblick also, in dem der eingetretene Erfolg das Gegenteil erwarten ließe. 1409

108) BGH, Urt. v. 14. 3. 1966 - VII ZR 7/64, NJW 1966, 1116; Palandt/Bassenge, BGB, § 903 Rz. 25 m. w. N.; Henckel, WuB I F 4. - 3.95.

109) Baumanns, S. 2.

Tatsächlich aber verbreitet sich die Auffassung, nun sei alles gerichtet, jetzt laufe alles von selbst. Auf Euphorie folgt Apathie.¹¹⁰⁾

- 1410** Das Wissen um diese Gegentakt-Schaltung ist bedeutsam für Zeit und Art begleitender Führungsmaßnahmen, die zum Ziel haben müssen, einer zu erwartenden Depression mit geeigneter Motivation zu begegnen. Der „Jetzt-ist-alles-erreicht“-Mentalität kann begegnet werden, indem der Verwalter in Gruppendiskussionen oder Betriebsversammlungen die fortbestehenden Risiken aufzeigt und die Mitwirkung der Belegschaft zu ihrer Bewältigung einfordert und damit neue Ziele setzt.
- 1411** Die Beherrschung des Phänomens der abknickenden Motivation ist auch für den Investor bedeutsam, der den Betrieb der Gemeinschuldnerin im Anschluß an eine übertragende Sanierung fortführt. Gleiches gilt für den Gemeinschuldner, der nach Vergleich oder Einstellung die Verwaltungs- und Verfügungsbezugnis zurückerhält.
- 1412** Fast nie werden die aus den Ergebnissen der Fortführungsphase abgeleiteten Plan-Ertragsrechnungen in der Sanierungsphase nach Beendigung einer Betriebsfortführung bei Weiterführung des Betriebes durch einen neuen Unternehmensträger oder durch den bisherigen Gemeinschuldner erreicht. Alle, die an dem Erfolg beteiligt waren, gönnen sich eine Atempause. Dies belegen sowohl die wieder ansteigenden Fehlzeiten im Personalbereich als auch die qualitativen Probleme bei der Herstellung von Produkten und Dienstleistungen. Aber auch Kunden und Lieferanten beenden eine Geschäftsbeziehung oftmals gerade dann, wenn der Verwalter die rechtsgeschäftliche Veräußerung der für eine Aufrechterhaltung der Betriebsstruktur notwendigen Wirtschaftsgüter an einen Übernehmer anzeigt oder die betroffenen Gläubiger selbst durch aktive Teilnahme am Verfahren die Voraussetzungen für einen Vergleich herbeigeführt haben, was auf den ersten Blick nicht recht einleuchtet.
- 1413** Ausgangspunkt ist dabei regelmäßig die Führungsebene des Unternehmens, die nach dem „Tag X“ zwischen Frustration und Lähmung, aber auch Desinteresse schwankt. Das hierzu entwickelte **Projektionsmodell** sagt aus, daß - wie in einer Matrix - die Projektions-Achse (Problemlösungskompetenz) und die Identifikations-Achse (Identifikation, Vertrauen) in einem stabilisierten Verhältnis zueinander stehen müssen, um den zunächst erreichten Erfolg dauerhaft abzusichern.¹¹¹⁾
- 1414** Unterlassene Gegenmaßnahmen sind neben anderen Faktoren mit ursächlich für das Ergebnis, daß auf lange Sicht betrachtet nur jede zweite übertragende Sanierung oder Reorganisation Erfolg hat. Das Wissen um dieses Phänomen

110) Baumanns, S. 2.

111) Baumanns, S. 2.

hat längst auch die Kreditinstitute erreicht, die sich äußerst restriktiv verhalten bei der Vergabe von Krediten an reorganisierte Unternehmen oder an Unternehmen, die im Wege der übertragenden Sanierung fortgeführt werden.

XI. Controlling und Eigenverantwortung

„Jeder hat ein Recht auf Kontrolle“, so lautet eine eher saloppe Begründung für die fortlaufende Überwachung aller geschäftlichen Aktivitäten. Dabei dient das Controlling bei einer Betriebsfortführung im eröffneten Insolvenzverfahren vor allem der zeitnahen Bestätigung realisierter Vorgaben, aber mehr noch der frühzeitigen Erkennung von nachteiligen Abweichungen. Insolvenzverfahren sind keine Experimentierwerkstätten. Das Ideal einer verantwortungsvollen, sich selbst verwaltenden Einheit¹¹²⁾ sollte nicht unbedingt unter Insolvenzbedingungen zur Anwendung kommen, um einen für die Gläubiger nachteiligen Vermögensverzehr und Haftungsrisiken für die Verfahrensorgane zu vermeiden.

1. Controlling als Führungsinstrument

Die fortlaufende Kontrolle ist ein unverzichtbares Führungsinstrument. Dabei muß der Kontrollierende wissen, daß alle Kontrollwerkzeuge schon seit jeher auf lange Sicht unterwandert oder ausgehöhlt werden. Controlling hat daher keinen statischen Charakter, sondern entwickelt sich wie die Betriebsfortführung prozeßhaft und dynamisch. Es umfaßt nicht nur **quantitative**, sondern auch **qualitative Aspekte** und unterscheidet sich so von der herkömmlichen Kontrolle.

Unter den Bedingungen einer an den gesetzlich vorgegebenen Verfahrenszielen ausgerichteten Betriebsfortführung erfüllt Controlling in erster Linie **drei Funktionen**:

- die fortlaufende Sicherstellung, daß alle vom Verwalter eingegangenen Verpflichtungen aus den vorhandenen Mitteln gedeckt werden können;
- die Beurteilung der Rentabilität der Fortführung zur Vermeidung erheblicher Wertverluste;
- die rechtzeitige Erkennung von Störpotentialen und einem sich abzeichnenden Mißerfolg.

Ein funktionierendes Controlling(-System) besteht aus der Addition einzelner Kontrollmaßnahmen und deren Ausrichtung an einem fortlaufenden Soll-Ist-Vergleich.

112) Geffrey, S. 93.

2. Liquiditätskontrolle

- 1418** Die Fortführung des Geschäftsbetriebes beruht grundsätzlich auf einer Fortführungskonzeption und entsprechenden Planrechnungen, die einer ständigen Kontrolle und Fortschreibung unterzogen werden. Als **zeitnahes Steuerungsinstrument** sind regelmäßige **Tagesberichte** zur Darstellung der Liquidität erforderlich (vgl. das Beispiel in Anhang 6). In diesen Tagesberichten werden die Guthaben auf den Fortführungskonten (Girokonten) einschließlich des für die Verwaltung der Konkursgelder eingerichteten Anderkontos sowie die offenen Posten - Debitoren erfaßt. Abgezogen werden die im Zuge der Betriebsfortführung begründeten Verbindlichkeiten, wobei aus Gründen der Sicherheit bereits herausgegebene Schecks und Überweisungen wie Zahlungen gebucht werden, während Kundenschecks nicht in die Liquiditätsbetrachtung einfließen.
- 1419** Auf diese Weise ist gewährleistet, daß keine Verbindlichkeiten eingegangen werden, die durch den vorhandenen Massebestand nicht gedeckt werden können. Eine parallel geführte **graphische Auswertung** vermittelt die Liquiditätsentwicklung auch optisch, die Schere zwischen der Linie, die die Liquidität ersten Grades anzeigt, und der Linie, die die vom Verwalter begründeten Verpflichtungen dokumentiert, darf sich nicht schließen (vgl. das Beispiel in Anhang 7).
- 1420** Ergänzt werden die Tagesberichte durch die fortlaufenden betriebswirtschaftlichen Auswertungen, die, bezogen auf die während der Betriebsfortführung getätigten Einnahmen und Ausgaben, aus der Buchhaltung entnommen werden.
- 1421** Während der Betriebsfortführung auf den Girokonten nicht benötigte Mittel werden sukzessive auf das Anderkonto übertragen. Am Ende der Betriebsfortführung - bei vollständiger Einstellung der Betriebstätigkeit - werden die auf den Girokonten noch vorhandenen Guthaben auf das Anderkonto überwiesen. Auf diese Weise läßt sich das Ergebnis der Betriebsfortführung isoliert von den konkursspezifischen Einnahmen und Ausgaben betriebswirtschaftlich erfassen und überprüfen. Der Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben ist identisch mit dem übertragenen Guthaben.

3. Produktionskontrolle

- 1422** Im Produktionsbereich ist es zweckmäßig, eine **tägliche Erfassung der hergestellten Produkte** nach Stückzahl und Modell vorzunehmen, um Schwankungen in der Produktionsleistung sofort erkennen zu können. Als hilfreich hat sich auch erwiesen, den täglichen Rechnungsausgang in der Produktionsliste zu vermerken, so daß ein Vergleich zwischen **auftragsbezogener Fertigung und Lagerfertigung** möglich ist.

4. Vermögenskontrolle

Im Finanzbereich wird durch die **tägliche Auswertung der Daten** ein zeit- 1423
naher Überblick der verfügbaren liquiden Mittel und des Saldos der Debitoren/
Kreditoren vermittelt. Bei der Einbeziehung der sogenannten Alt-Debitoren
(Forderungen des insolventen Unternehmens gegen Kunden aus dem Zeitraum
vor Anordnung der Sequestration) sind mögliche Sonderrechte ebenso zu be-
achten wie Forderungsausfälle aufgrund von Aufrechnungen und Verrech-
nungen.

Unterdeckungen im Rahmen der Betriebsfortführung können zur Vermeidung 1424
von Haftungsproblemen durch den Einsatz vorhandener Vermögenswerte aus-
geglichen werden. Dies ist möglich durch die parallellaufende Verwertung von
Anlagegegenständen, die für die Fortführung nicht benötigt werden, die
Durchsetzung von Rückgewähransprüchen aus Insolvenzanfechtung und der
Realisierung sonstiger Vermögenswerte.

Der Einsatz dieser bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits vorhandenen 1425
Vermögensgegenstände zur **Subventionierung** einer unrentablen Betriebsfort-
führung führt jedoch zur Vermögensminderung. Eine solche Subventionierung
stellt im Konkursverfahren eine konkurszweckwidrige Maßnahme dar, sofern
die Gläubiger in der Gläubigerversammlung einer in Kenntnis dieser Umstän-
de eingeleiteten und aufrechterhaltenen Betriebsfortführung nicht zustimmen.
In der Gesamtvollstreckung wird die Subvention der Betriebsfortführung aus
Vermögensgegenständen, die den Gläubigern haftungsrechtlich bereits zuge-
wiesen sind, teilweise für zulässig gehalten.¹¹³⁾ Im neuen Insolvenzrecht ist die
Subventionierung so lange zulässig, wie sie nicht zu einer erheblichen Vermö-
gisminderung führt (§ 22 Abs. 1 Nr. 2, § 158 Abs. 2 InsO).

Das Controlling muß daher auch die Aufgabe erfüllen, den Einsatz vorhandener 1426
Vermögenswerte zur **Subventionierung** der Betriebsfortführung **fortlau-
fend zu dokumentieren**, um ihren Umfang festzustellen. Wie der unbestimmte
Rechtsbegriff der erheblichen Vermögensminderung zu verstehen ist, ab
wann also ein Vermögensverzehr als erheblich zu qualifizieren ist, wird die Ju-
dikatur nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung über einen längeren Zeitraum
beschäftigen.

5. Früherkennung von Störpotentialen

Controlling erfüllt ferner die Funktion, alle denkbaren Störpotentiale rechtzei- 1427
tig zu erkennen. Diese können zum einen den personellen Bereich, zum ande-
ren die Produktion, die Organisation und den Absatz betreffen. Die Auslastung
der Produktion muß ständig erfaßt und geprüft werden. Veränderungen sind

113) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 33 ff.

kurzfristig aufzuzeigen, um nicht unvermittelt auf einen Zusammenbruch bei der Nachfrage reagieren zu müssen. Der Auslastungskurve entsprechend sind personelle Freistellungs- und Entlassungsmaßnahmen durchzuführen. Dies gilt insbesondere bei einer Auslaufproduktion, da hier sukzessive die Produktionspotentiale der sinkenden Nachfrage oder der kontinuierlichen Auftrags erledigung anzupassen sind.

- 1428** Da der Verwalter die betrieblichen Strukturen zumindest zu Beginn einer Betriebsfortführung nicht kennt, sollten die Kontrollen zwar durch externe Mitarbeiter oder Hilfskräfte des Verwalters erfolgen, denen aber erfahrene Mitarbeiter aus dem Rechnungswesen der Gemeinschuldnerin zur Seite zu stellen sind, um rechtzeitig Aktionen zu erkennen, die zur Unterwanderung und Aushöhlung der vom Verwalter veranlaßten Kontrollmaßnahmen führen können.

6. Abbruch - der sich abzeichnende Mißerfolg

a) Allgemeines

- 1429** Auch effektives Controlling kann Mißerfolge nicht verhindern. Die Reaktion auf den sich abzeichnenden oder bereits eingetretenen Fehlschlag ist Führungsaufgabe. Schnelles und konsequentes Handeln ist dann unverzichtbar, nach dem Prinzip „der erste Verlust ist der geringste“.

b) Deckung eingegangener Verpflichtungen

- 1430** Nach neuem Recht kann der Insolvenzverwalter den Geschäftsbetrieb bis zum Berichtstermin auch im Falle einer zu erwartenden Vermögensverminderung fortführen, ohne eine Stillelegungsentscheidung des Gläubigerausschusses oder des Gerichts herbeiführen zu müssen, solange der Werteverzehr nicht erheblich ist (§ 158 Abs. 2 InsO).
- 1431** Können jedoch die neu eingegangenen Verpflichtungen aus den vorhandenen Mitteln nicht mehr gedeckt werden, hat der Verwalter das Geschäft zu schließen.¹¹⁴⁾

114) BGH, Urt. v. 21. 3. 1961 - VI ZR 149/60, KTS 1961, 94, 95; BGH, Urt. v. 12. 11. 1992 - IX ZR 237/91, ZIP 1993, 271 = KTS 1993, 251, dazu EWIR 1993, 61 (Gerhardt); BGH, Urt. v. 12. 10. 1989 - IX ZR 245/88, ZIP 1989, 1584, dazu EWIR 1990, 275 (Gerhardt); BGH, Urt. v. 29. 5. 1979 - VI ZR 104/78, BGHZ 74, 316, 320 = ZIP 1980, 25 m. Anm. Kilger = NJW 1979, 2212; BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, 117, 118 = NJW 1987, 844, dazu EWIR 1986, 1229 (Merz); Hess, KO, § 117 Rz. 108; Merz, WM 1983, 106, 108; Kilger, KTS 1989, 495, 511; Mohrbutter/Mohrbutter, Rz. 653; Karsten Schmidt, KTS 1976, 191; Uhlenbruck, Rpfleger 1982, 410, 411; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117 Rz. 14; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 119; Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 8 Rz. 215; Kübler, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 735 ff Rz. 30 f.

Zur Sicherstellung der Kostendeckung auch bei negativem Verlauf der Betriebsfortführung muß der Verwalter auf die **Laufzeiten eingegangener Verpflichtungsgeschäfte** achten. Im Bereich der Personalkosten werden Mitarbeiter im Fortführungszeitraum nach Ablauf ihrer vertraglichen, tarifvertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist zweckmäßigerweise nur befristet eingestellt, wobei der sachliche Grund der Befristung im Arbeitsbedarf während der Betriebsfortführung liegt. Somit kann das befristete Arbeitsverhältnis mit dem Tag der endgültigen Betriebsstillegung beendet werden. 1432

Auch **Dauerschuld- und Wiederkehrschuldverhältnisse** sowie Versicherungsverträge können und müssen auf eine kurzzeitige Beendigung abgestellt werden, um nachlaufende Verpflichtungen der Masse im Anschluß an die Betriebsstillegung zu vermeiden. Aufträge dürfen nur angenommen werden, wenn ihre Fertigstellung innerhalb des vorgesehenen Fortführungszeitraums erfolgen kann. Dies gilt vor allem dann, wenn der Stillegungszeitpunkt mit dem Ende einer geplanten Auslaufproduktion bereits feststeht. 1433

Bei massearmen Verfahren besteht die Verpflichtung des Verwalters zur weiteren Abwicklung auch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit fort. Diese ist nach neuem Recht auch dann gegeben, wenn die fälligen Masseschulden nicht erfüllt werden können (§ 208 Abs. 1 InsO). **Fortführungsverbindlichkeiten** aus der Zeit bis zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit werden dann hinter die Kosten und die neuen Masseverbindlichkeiten herabgestuft.¹¹⁵⁾ Auf diese Weise wird jede Betriebsfortführung im massearmen Verfahren beendet, da die betroffenen Lieferanten zu einer Fortsetzung der Geschäftsbeziehung mit dem Verwalter nicht mehr bereit sind, zumal es sich bei diesem Kreis in der Regel auch um Gläubiger handelt, die bereits aus der Geschäftsverbindung zum Gemeinschuldner einen Verlust zu verbuchen hatten. 1434

c) Verschiebung des Stillegungszeitpunktes

Die Gefahr eines Mißerfolges wird verstärkt, wenn der ursprünglich vorgesehene Zeitpunkt einer Betriebsstillegung verlegt wird, weil Verlauf und Ergebnisse der Betriebsfortführung zufriedenstellend sind und die Auftragslage eine Fortsetzung auch über den zunächst angenommenen Stillegungszeitpunkt hinaus ermöglicht. Diese Entscheidung kann nicht nur die Geschäftsgrundlage für im Hinblick auf die vorgesehene Stillegung getroffene Vereinbarungen, z. B. den Abschluß eines unter Liquidationsgesichtspunkten herbeigeführten Interessenausgleichs, beeinträchtigen und beseitigen, sondern beeinflusst auch alle übrigen planungsrelevanten Faktoren, die in die Entscheidung für eine zeitlich befristet ausgerichtete Fortführung eingeflossen sind. 1435

115) Jan Uhlenbruck, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 901 ff Rz. 13; Kübler, ebenda, S. 735 ff Rz. 30.

- 1436** Das größte Gefahrenpotential geht dabei wiederum von der unkalkulierbaren Haltung gekündigter Arbeitnehmer und der Arbeitsgerichtsbarkeit aus. Letztere, der ohnehin meist das Verständnis für Betriebsfortführungen fehlt und die ihnen teils mißtrauisch, teils sogar unverhohlen feindselig gegenübersteht, sieht in der Verschiebung häufig den Beweis für eine nur **vorgeschobene Stilllegungsabsicht**.¹¹⁶⁾ Dies kann unkalkulierbare Auswirkungen bis hin zur vollständigen Beseitigung aller Fortführungsvoraussetzungen haben, vor allem, wenn dadurch die vom Verwalter ausgesprochenen Kündigungen in Frage gestellt werden.
- 1437** Die ursprüngliche Entscheidung, nach Durchführung einer Auslaufproduktion den Betrieb stillzulegen, sollte zur Vermeidung unkalkulierbarer Risiken daher nur in Frage gestellt werden, wenn damit zugleich ein Wechsel in den strategischen Verfahrenszielen verbunden ist. Dies ist der Fall, wenn sich während der Auslaufproduktion realistische Aussichten für eine Reorganisation ergeben oder sich die Möglichkeit einer übertragenden Sanierung abzeichnet. Ein Wechsel der mit der Fortführung verfolgten Zielsetzung kann nach der ersten Gläubigerversammlung oder zukünftig nach dem Berichtstermin nur mit Zustimmung einer neuerlich einzuberufenden Gläubigerversammlung erfolgen, da es grundsätzlich den Gläubigern überlassen bleibt, über Fortführung oder Schließung des Geschäfts zu entscheiden, sofern die Gläubigerversammlung die Entscheidungskompetenz nicht auf einen Gläubigerausschuß übertragen hat.¹¹⁷⁾
- 1438** Die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für Konkurs und Geamtvollstreckung vorgesehene Berechtigung einer Gläubigerversammlung, eine einmal getroffene Entscheidung zu ändern, übernimmt die zukünftige Insolvenzordnung in § 157 Satz 3 InsO.

d) Abbruch trotz entgegenstehender Gläubigerbeschlüsse

- 1439** Problematisch sind Fortführungsentscheidungen der Gläubigerversammlung, die bei ungünstigem Verlauf zum Werteverzehr führen und/oder nicht die Gewähr bieten, daß die im Zusammenhang mit der Fortführung begründeten Verbindlichkeiten gedeckt werden können.
- 1440** Die Insolvenzordnung stärkt den Gedanken der Gläubigerautonomie. So ist die Gläubigerversammlung auch berechtigt, im Berichtstermin getroffene Entscheidungen über den Fortgang des Verfahrens in weiteren Versammlungen zu ändern (§ 157 InsO). Kommt der Insolvenzverwalter daher nach eingehender Prüfung zu dem Ergebnis, daß die wirtschaftliche Entwicklung eine Stilllegung

116) ArbG Aachen, Urt. v. 18. 2. 1997 - 4 Ca 1463/96 (unveröff.).

117) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 132 Rz. 2a; Pape, ZIP 1990, 1251, 1256.

des bis dato fortgeführten Geschäftsbetriebes erfordert, so ist zunächst ein bestehender **Gläubigerausschuß**, andernfalls die **Gläubigerversammlung** mit einer **erneuten Entscheidung** über Fortführung oder Stilllegung zu befassen. Das Antragsrecht für eine Gläubigerversammlung steht auch dem Insolvenzverwalter zu, der von dieser Möglichkeit Gebrauch machen muß, wenn er gegen das Votum der Gläubiger im Berichtstermin eine Stilllegung für unausweichlich hält (§ 75 Abs. 1 Nr. InsO).

Die Entscheidung der Gläubigerversammlung beruht im geltenden, aber auch im zukünftigen Recht auf einer umfassenden Information durch den Verwalter, die eine Analyse des Betriebes umfaßt sowie die Risiken und Chancen einer weiteren Fortführung aufzeigt.¹¹⁸⁾ Verlauf und Ergebnis der bisherigen Fortführung sind zu belegen, prognostizierte Unterdeckungen durch eine fortgeschriebene Liquiditätsbedarfsplanung, eine ergänzte Plan-Ertragsvorschau und einen Soll-Ist-Vergleich (vgl. das Beispiel in Anhang 7) zu dokumentieren. Der Verwalter begegnet damit auch der Gefahr, daß sich die Gläubiger im Falle des Scheiterns der Betriebsfortführung auf **mangelhafte Berichterstattung** und **fehlerhafte Informationen** berufen.¹¹⁹⁾ 1441

Auch bei Ausführung einer vom Verwalter als falsch eingestuften Entscheidung der Gläubigerversammlung trifft ihn die gesetzliche Pflicht zur ordnungsgemäßen Amtsführung.¹²⁰⁾ Bei gravierenden Fehlentscheidungen der Gläubigerversammlung muß gegebenenfalls ein **Veto des Gerichts** herbeigeführt werden (§ 99 KO, § 78 Abs. 1 InsO).¹²¹⁾ 1442

7. Sonderfall Großinsolvenz

Für die Abwicklung von Großinsolvenzen gelten eigene Gesetze. Diese Feststellung trifft bereits auf Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten zu, die aufgrund ihrer Größe und Bedeutung nachhaltigen Einfluß auf den Arbeitsmarkt und die wirtschaftlichen Strukturen einer Region haben.¹²²⁾ 1443

In der Insolvenz eines Großunternehmens oder eines herrschenden Konzernunternehmens kommen die betriebswirtschaftlichen Grundsätze des Krisenmanagements zur Geltung, da sich in diesen Fällen die Sanierungsaufgabe bereits in der Fortführungsphase stellt. 1444

118) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 132 Rz. 2a.

119) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 132 Rz. 2a.

120) BGH, Ur. v. 21. 3. 1961 - VI ZR 149/60, KTS 1961, 94; BGH, Ur. v. 10. 4. 1979 - VI ZR 77/77, KTS 1980, 122 = NJW 1980, 55; BGH, Ur. v. 30. 1. 1980 - IV ZR 86/78, ZIP 1980, 851.

121) LG Wuppertal, Beschl. v. 29. 9. 1957 - 6 T 514 u. 578/57, KTS 1958, 45; Mohrbutter/Mohrbutter, Rz. 305 ff.

122) Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43, 60.

- 1445** Der fortführende Verwalter kann dabei auf regelmäßig bereits vor Einleitung des Insolvenzverfahrens entwickelte Konzeptionen zurückgreifen, die von den Stäben der großen Kreditinstitute sowie der landeseigenen Wirtschaftsförderungsgesellschaften oder eingeschalteten Beratungsfirmen entwickelt wurden. Der Verwalter wird dabei zum ersten Repräsentanten einer extern erarbeiteten Sanierungskonzeption, deren Umsetzung von Gläubigern und Belegschaft einerseits, aber auch von Politik, Verbänden und Öffentlichkeit andererseits erwartet wird.
- 1446** Ohne gesetzliche Absicherung ergibt sich wegen der Bedeutung von Insolvenzverfahren großer Unternehmen für das Gemeinwesen ein Sachzwang zu einer Abwicklung *sui generis*. Die insolvenztypischen Störpotentiale werden durch den Zwang zur konstruktiven Zusammenarbeit sowie durch Konsens- und Abstimmungsprozesse ausgeschaltet. Für Großunternehmen besteht eine ungeschriebene „*amministrazione straordinaria*“, wie sie das italienische Insolvenzrecht für die Abwicklung großer Wirtschaftseinheiten kennt (oben Rz. 514 ff).

XII. Zusammenfassung

- 1447** Ob sich die aufgezeigten Risikofaktoren und Störpotentiale zu einer Fortführungskatastrophe auswachsen, hängt davon ab, ob und in welchem Umfang der Verwalter grundsätzlich über generelle oder auch branchenspezifische Risiken informiert ist und das notwendige Instrumentarium zu ihrer Beherrschung einsetzt. Dazu zählen administrative Maßnahmen wie der Aufbau einer soliden und effektiven Führungsstruktur, fortlaufende Planung und Überwachung, eine zeitnahe Rechnungslegung auch zum Zwecke der Ergebnisvermittlung an die übrigen Verfahrensorgane sowie die schnelle Beendigung einer Fortführung bei einem sich abzeichnenden Mißerfolg.
- 1448** Administrative, wirtschaftliche und rechtliche Störpotentiale können einzeln oder kumuliert die Prognosen sorgfältiger Planrechnungen in Frage stellen oder vollständig beseitigen. Das Wissen um diese Faktoren erleichtert dem Verwalter die Einschätzung und begrenzt das Risiko im Rahmen eines notwendigerweise prozeßhaften Verlaufes jeder Betriebsfortführung, bei der eine Vielzahl von heterogen zusammengesetzten Beteiligten mit unterschiedlichen Interessen über einen meist längeren Zeitraum zusammenwirken müssen, um das angestrebte Ergebnis zu erreichen. Die Ziele dieser Beteiligten sind nicht statisch, sie können in Abhängigkeit von wirtschaftlichen Entwicklungen, der Situation auf dem Arbeitsmarkt oder auch aus ganz profanen persönlichen Gründen variieren und das Interesse eines Beteiligten an einer weiteren Betriebsfortführung oder der eigenen Einbindung und Mitwirkung beseitigen.

Der Verwalter muß daher die wirtschaftlichen und rechtlichen Überlegungen und Absichten der in eine Betriebsfortführung zunächst eingebundenen Beteiligten ebenso einschätzen können wie Abwehrmaßnahmen von Wettbewerbern oder Dritten, die eine Betriebsfortführung aus unterschiedlichen Gründen ablehnen oder ihr allenfalls neutral gegenüberstehen. **1449**

In Großverfahren gelten eigene Regeln. Die Störpotentiale sind geringer, weil sich die Beteiligten der Bedeutung des Verfahrens bewußt und daher eher bereit sind, Partikularinteressen zurückzustellen. Der Verwalter verfügt über größere Handlungsspielräume, weil seine Maßnahmen vorrangig an wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitserwägungen und weniger an ihrer Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Verfahrenszielen oder den rechtlichen Rahmenbedingungen gemessen werden. **1450**

Sorgfältige Planung, fortlaufende und zeitnahe Kontrolle und die umfassende Vermittlung der auf diese Weise gewonnenen Ergebnisse und Erkenntnisse an die Verfahrensorgane sind die Grundvoraussetzungen zur Vermeidung eines Mißerfolges sowie der persönlichen Haftung des fortführenden Verwalters. Intern gewinnt der Verwalter aus dem Controlling die für ihn notwendigen Erkenntnisse zur Beurteilung der Betriebsfortführung und ihrer Rentabilität in einem laufenden Soll-Ist-Vergleich. Zeichnet sich ein Mißerfolg dergestalt ab, daß die im Zuge der Betriebsfortführung begründeten Verbindlichkeiten aus der Masse nicht gedeckt werden können oder eine erhebliche Vermögensverkürzung zu befürchten ist, sichert nur das zeitnahe und zutreffende Controlling sowie deren Auswertungen die Option auf ein sofortiges Eingreifen des Verwalters bis hin zur raschen und umfassenden Betriebsstillegung, um weitere Verluste zu vermeiden. **1451**

G. Rechnungslegung, Haftung und Vergütung

I. Betriebsfortführung und Rechnungslegung

1. Allgemeines

Im Rahmen seiner amtsähnlichen Stellung ist der Konkursverwalter gehalten, die steuerlichen Pflichten in bezug auf die Konkursmasse zu erfüllen. Dazu gehören die **Abgabe der Steuererklärungen** sowie die **Erfüllung von Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten**. Im Gesellschaftskonkurs unterliegt die vom Verwalter geleitete Gesellschaft der (jährlichen) Rechnungslegungspflicht des Handelsrechts (§ 270 AktG, § 71 GmbHG).¹⁾ Daneben stehen die Pflichten des Verwalters zur Rechnungslegung gegenüber den Beteiligten am Insolvenzverfahren.²⁾ 1452

Das Ergebnis der Betriebsfortführung stellt einen Bilanzposten innerhalb des Rechnungswerkes (Eröffnungsbilanz, Zwischenbilanzen und Schlußbilanz) dar. Seine Ableitung muß plausibel durch die Vorlage einer gesonderten Fortführungsrechnung belegt werden, die alle fortführungsspezifischen Einnahmen und Ausgaben ausweist. 1453

2. Verhältnis von insolvenzrechtlichen und steuerrechtlichen Pflichten

Soweit der **vorkonkursliche Zeitraum** betroffen ist, steht die Erfüllung der handelsrechtlichen Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten unter dem **Zumutbarkeitsvorbehalt**. Reichen die vorhandenen Mittel nicht aus, die Kosten für notwendige Vorarbeiten (z. B. Ergänzung und Berichtigung einer fehlerhaften oder unvollständigen Buchführung) zu decken, kann die Erfüllung der steuerlichen Pflichten bis zur Beseitigung einer bestehenden Masseunzulänglichkeit zurückgestellt werden oder im Falle einer Verfahrenseinstellung mangels Masse vollständig entfallen.³⁾ Denn die Abgabe vorkonkurslicher Steuererklärungen dient allein der Feststellung der Passivmasse,⁴⁾ die in masseunzulänglichen Verfahren ohnehin keine Relevanz hat. **Steuerschätzungen** sind in diesen Fällen ausreichend. 1454

1) *Frotscher*, S. 33; *Tipke/Kruse*, AO, § 34 Rz. 10; *Maus*, S. 27; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 6 Anm. 11; *Hess*, KO, § 6 Rz. 57; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 6 Rz. 46d; BFH HFR 1961, 277; BFH, Urt. v. 23. 8. 1994 - VII R 143/92, BFHE 175, 309 = ZIP 1994, 1969, dazu EWIR 1995, 165 (*Braun*); BFH, Urt. v. 12. 10. 1994 - XI R 78/93, BFHE 176, 152 = ZIP 1995, 228, dazu EWIR 1995, 379 (*Braun*); *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, § 8 Rz. 73 ff; *Onusseit/Kunz*, Rz. 247 ff.

2) *Karsten Schmidt*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 911 ff Rz. 30 - 32, der von einer doppelseitigen Rechnungslegungspflicht spricht.

3) BGH, Urt. v. 29. 5. 1979 - VI ZR 104/78, BGHZ 74, 316 = ZIP 1980, 25, 26 m. Anm. *Kilger*; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 6 Rz. 46b; widersprüchlich: BFH, Urt. v. 23. 8. 1994 - VII R 143/92, BFHE 175, 309 = ZIP 1994, 1969, dazu EWIR 1995, 165 (*Braun*).

4) *Onusseit/Kunz*, Rz. 140.

1455 Das Verhältnis zwischen insolvenzrechtlichen und steuerrechtlichen Pflichten des Verwalters ist umstritten.⁵⁾ Dabei kann es eigentlich keinen Zweifel geben, daß in der Frage des Ob die den Verwalter nach der Konkursordnung, der Gesamtvollstreckungsordnung und zukünftig nach der Insolvenzordnung treffenden Pflichten Vorrang haben, während für das Wie die Vorschriften der Abgabenordnung (AO) und der Einzelsteuergesetze gelten. Wozu die Verwalter nach den Bestimmungen der Insolvenzgesetze nicht verpflichtet sind, das kann auch nicht aus Nebengesetzen abgeleitet werden.⁶⁾ Zu den originären Pflichten des Verwalters gehört die Pflicht zur Rechnungslegung gegenüber den Beteiligten, denn der Insolvenzverfahrenszweck besteht nicht in der Erfüllung handelsrechtlicher Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten, sondern in der gleichmäßigen Befriedigung der am Verfahren beteiligten Gläubiger, denen der Verwalter zur Rechenschaft verpflichtet ist.

3. Externe Rechnungslegung vor Verfahrenseröffnung

a) Erleichterungen und Befreiungsmöglichkeiten

1456 Die für die Zeit vor Verfahrenseröffnung vom Verwalter aufgestellten Bilanzen dienen lediglich der Abwehr unberechtigter Masse- oder Konkursforderungen.⁷⁾ Angesichts der hohen Einstellungsquoten stellt der für diesen Zeitraum betriebene Aufwand oftmals eine **sinnlose Verschwendung der wenigen noch vorhandenen Mittel** dar, da die Verwalter nicht nur die Kosten für Jahresabschlüsse als erstrangige Masseverbindlichkeiten darzustellen haben, sondern auch noch erhebliche Kosten für die Ergänzung und Berichtigung einer unvollständigen, fehlerhaften Buchführung aufwenden müssen.

1457 Wird der Geschäftsbetrieb nach Verfahrenseröffnung fortgeführt, so müssen mit der Finanzverwaltung Erleichterungen oder gar die vollständige Befreiung von der Buchführungspflicht vereinbart werden, soweit sich diese Pflichten auf den vor Verfahrenseröffnung liegenden Zeitraum erstrecken, da der Verwalter zunächst und in erster Linie ausschließlich die Deckung der mit der Fortführung verbundenen Kosten sicherzustellen hat.⁸⁾

1458 Die Rechtsgrundlagen für die Befreiung von der Buchführungspflicht und die Durchführung einer Schätzung ergeben sich aus §§ 148, 162 Abs. 2 AO. Da-

5) *Braun/Uhlenbruck*, S. 149; *Maus*, S. 21; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, Vorbem. vor § 1 Rz. 15.

6) Vgl. zu diesem Thema: *BFHE* 106, 305; *BFH BStBl* 1972 II, 784; *BFH BStBl* 1993 II, 265; *Klasmeyer/Kübler*, BB 1978, 369; *Maus*, S. 32; *Kilger/Nitze*, ZIP 1988, 957; *König*, ZIP 1988, 1003, 1006; *Karsten Schmidt*, Liquidationsbilanzen, S. 95; *Frotscher*, S. 34.

7) *Onusseit/Kunz*, Rz. 238; *Braun/Uhlenbruck*, S. 187.

8) Vgl. dazu auch *H. Hess*, S. 66 f.; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 124 Rz. 5; *Uhlenbruck*, ZIP 1982, 125, 131; *Onusseit/Kunz*, Rz. 247 ff.

nach ist die Finanzverwaltung im Insolvenzverfahren befugt, eine generelle Befreiung von der Buchführungs- und Bilanzierungspflicht auszusprechen, da auch die Einforderung öffentlich-rechtlicher Pflichten unter dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steht und der Aufwand für die Erfüllung der Buchführungspflichten dann nicht zu vertreten ist, wenn eine daraus abgeleitete nachrangige Steuerforderung ausweislich des prognostizierten Verfahrensergebnisses weder vollständig noch quotal gedeckt werden kann.

b) Vorbehalt der Nachholung

Die Vereinbarung zwischen Finanzverwaltung und dem Verwalter über die Befreiung von den Buchführungs- und Bilanzierungspflichten (§§ 238 ff HGB) wird mit dem Vorbehalt versehen, daß die Bilanzierung nachgeholt wird, falls sich im weiteren Verfahrensverlauf doch noch eine Ausschüttung auf die zunächst per Schätzung geltend gemachten Steuerforderungen ergibt. 1459

4. Externe Rechnungslegung nach Verfahrenseröffnung

Für den Zeitraum **nach Verfahrenseröffnung** unterliegt der Verwalter den **allgemeinen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten**, deren Erfüllung zwangsweise durchgesetzt werden kann und bei deren Verletzung der Verwalter - wie jeder andere Steuerpflichtige auch - mit der Einleitung eines gegen ihn gerichteten Bußgeld- und Strafverfahrens zu rechnen hat.⁹⁾ 1460

Bei der Bestimmung der Bilanzierungsgrundsätze, die bei einer Betriebsfortführung zugrunde zu legen sind, ist grundsätzlich von der bevorstehenden Liquidation des Unternehmens auszugehen. Daran ändert auch die zeitweilige Geschäftsfortführung im Rahmen einer Auslaufproduktion nichts, wenn auf diese Weise nur die bereits beschlossene Stilllegung vorbereitet wird. 1461

Going-concern-Grundsätze können bei der Bewertung herangezogen werden, wenn die Betriebsfortführung längerfristig mit dem Ziel einer Reorganisation des insolventen Unternehmensträgers angelegt ist, da unter dieser Voraussetzung nicht von einer Aufgabe des gesamten Gewerbebetriebes ausgegangen werden kann.¹⁰⁾ 1462

Für die Zeit ab Amtsübernahme decken sich daher die handelsrechtlichen und steuerlichen Aufzeichnungspflichten des Verwalters mit seiner aus den Insol- 1463

9) *Onusseit/Kunz*, Rz. 255 ff.

10) *Schmidt*, EStG, § 16 Anm. 29, 30; *Budde/Förschle/Deubert*, Rz. K 18, K 122; *Onusseit/Kunz*, Rz. 215.

venzgesetzen abzuleitenden Verpflichtung, mittels Rechnungslegung Rechenschaft über seine Verwaltungstätigkeit abzulegen.¹¹⁾

5. Beschränkung der externen Rechnungslegung

- 1464** Die Pflichten des Verwalters im Rahmen der externen Rechnungslegung sind in den letzten Jahren exzessiv erweitert worden. Selbst im massearmen Verfahren wird der Verwalter teilweise als verpflichtet angesehen, eine Gewerbe- und Vermögensteuererklärung auf entsprechende Anforderung des Finanzamtes abzugeben.¹²⁾
- 1465** Ist der Konkursverwalter zugleich Rechtsanwalt, soll er die Steuererklärungen notfalls selbst erstellen, wenn die Masse nicht ausreicht, mit diesen Arbeiten einen Steuerberater zu bezahlen.¹³⁾ Übersehen wird dabei, daß die Anwaltstätigkeit die praktische steuerberatende Tätigkeit nicht umfaßt. Der anwaltliche Konkursverwalter ist daher fachlich nur selten in der Lage, die von ihm verlangten Erklärungen höchstpersönlich zu erstellen.¹⁴⁾ Zudem kann niemand von Amts wegen verpflichtet werden, zu seinen Lasten unentgeltliche Leistungen in Ausübung einer amtsähnlichen Stellung zu erbringen.¹⁵⁾
- 1466** Aber auch von der Sache her entfernen sich die perfektionistisch angelegten Grundsätze der externen Rechnungslegung von den Insolvenzverfahrenszielen. Insolvenzaufwicklung bedeutet **Mangelverwaltung**. Die verbliebenen Ressourcen sollen bestmöglich zum Zwecke der Verlustabdeckung eingesetzt werden. Das Schwergewicht der Rechnungslegung liegt damit im internen Bereich. Gericht, Gläubigerausschuß und Gläubiger sollen am Ende eines Verfahrens feststellen können, ob der Verwalter das vorhandene Vermögen vollständig erfaßt, angemessen bewertet, ordnungsgemäß verwertet und die Einnahmen entsprechend den gesetzlichen Vorgaben an die am Verfahren beteiligten Gläubiger ausgekehrt hat. Demgegenüber dient die externe Rechnungslegung allein der **ordnungsgemäßen Abwicklung des Besteuerungsverfahrens**, bestehend aus dem Steuerermittlungsverfahren (§§ 78 ff AO), dem Steuerfestsetzungsverfahren (§§ 155 ff AO) und dem Steuererhebungsverfahren (§§ 218 ff und 249 ff AO).

11) *Onusseit/Kunz*, Rz. 261.

12) BFH, Urt. v. 23. 8. 1994 - VII R 143/92, ZIP 1994, 1969 = BStBl 1995 II, 194, 196 ff, dazu EWiR 1995, 165 (*Braun*).

13) BFH, Urt. v. 23. 8. 1994 - VII R 143/92, ZIP 1994, 1969 = BStBl 1995 II, 194, 197, dazu EWiR 1995, 165 (*Braun*).

14) BFH, Urt. v. 7. 3. 1995 - VII R 84/94, Stbg 1995, 353, 354, dazu EWiR 1995, 705 (*Ring*); *Pink*, ZIP 1997, 177, 184.

15) BVerfG, Beschl. v. 30. 3. 1993 - 1 BvR 1045/89, 1 BvR 1381/90, 1 BvL 11/90, BVerfGE 88, 145 = ZIP 1993, 838, 843 = NJW 1993, 2861, dazu EWiR 1993, 701 (*Pape*).

Soweit der Zeitraum vor Verfahrenseröffnung betroffen ist, kann die Sicherstellung dieser ordnungspolitischen Aufgabe notfalls durch die Finanzverwaltung selbst nach Durchführung von Sonderprüfungen oder per Schätzung erledigt werden. Es ist weder mit dem Insolvenzverfahrenszweck vereinbar noch generell einzusehen, das **fiskalische Interesse der Finanzverwaltung als Gläubigerin** gegenüber den übrigen Beteiligten zu privilegieren. 1467

Soweit der Zeitraum nach Verfahrenseröffnung betroffen ist, unterliegt der Verwalter den gesetzlich vorgegebenen handels- und steuerrechtlichen Pflichten. Dabei wird teilweise die Auffassung vertreten, daß die interne mit der externen Rechnungslegungspflicht des Insolvenzverwalters harmonisiert werden kann, indem die handelsrechtliche Buchführung und die abschließende Gewinn- und Verlustrechnung die von der Konkursordnung, der Gesamtvollstreckungsordnung und zukünftig der Insolvenzordnung vorgesehenen Grundsätze der internen Rechnungslegung ersetzen.¹⁶⁾ 1468

Diese Überlegung stellt die Rechnungslegungspflicht des Verwalters auf den Kopf, so als wäre die ordnungsgemäße Abwicklung des Besteuerungsverfahrens im eröffneten Insolvenzverfahren der eigentliche Insolvenzverfahrenszweck. Tatsächlich aber ist und bleibt der Verwalter gegenüber dem Gericht, dem Gläubigerausschuß oder auch der Gläubigerversammlung immer zur Rechnungslegung (intern) verpflichtet, während die externe Rechnungslegungspflicht sowohl dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als auch dem Prinzip der Zumutbarkeit unterliegt. Die nach handelsrechtlichen Grundsätzen geführte vollkaufmännische Buchführung kann die insolvenzrechtlich aufgebaute Einnahmen- und Ausgaben-Rechnung nicht ersetzen, da sie weder Aus- und Absonderungsrechte noch das System der Masseschulden und Massekosten oder die gesetzlichen Rangklassen als Ausgabekriterien berücksichtigt. Übertriebener Aufwand und unnötige Kosten können daher nur vermieden werden, wenn die handelsrechtlichen Bilanzen im Bereich der externen Rechnungslegung durch die Insolvenzeröffnungsbilanz, die Zwischenbilanzen und die Insolvenzschiußbilanz ersetzt werden. Dies ist zumindest für den vorkonkurslichen Zeitraum auch sachgerecht, denn im Bereich von **Einkommen-, Körperschaft- und Vermögensteuer** zeigt sich der Vermögensverzehr aus dem Vergleich der letzten vorkonkurslichen Bilanz mit den Werten der (Insolvenz-)Eröffnungsbilanz.¹⁷⁾ 1469

Auch für den Zeitraum nach Eröffnung ist in der Praxis immer häufiger festzustellen, daß die Finanzverwaltungen die Zwischenberichte und Zwischenbilanzen des Verwalters auswerten, um die ordnungsgemäße Erfüllung der externen 1470

16) Pink, ZIP 1997, 177, 181, 189; vgl. dazu auch E. Braun, ZIP 1997, 1013.

17) Zu Bilanzierungsfragen vgl. auch H. P. Müller, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 97 ff Rz. 5.

Rechnungslegungspflichten zu überprüfen. Gegen diese Form der Harmonisierung ist nichts einzuwenden.

6. Interne Rechnungslegung

- 1471 Sowohl nach der Konkurs- als auch nach der Insolvenzordnung ist der Verwalter bei Beendigung seines Amtes zur Rechnungslegung verpflichtet (§ 86 KO, § 66 Abs. 1 InsO). Adressat ist jeweils die Gläubigerversammlung. In der Gesamtvollstreckung ist der Verwalter zur Vermögensverwaltung und damit auch zur Rechnungslegung verpflichtet (§ 8 Abs. 2 GesO i. V. m. § 259 BGB). Die Rechnungslegung erfolgt gegenüber dem Gericht (§ 8 Abs. 3 GesO).¹⁸⁾

a) Grundsätze

- 1472 Art und Weise der internen Rechnungslegung sind nicht geregelt. In Rechtsprechung und Literatur bestehen erhebliche Meinungsunterschiede sowohl über Aufbau und Zusammensetzung des Rechnungswerkes als auch über weitergehende Rechnungslegungspflichten, z. B. in Form von Zwischenberichten. Letztere können im neuen Insolvenzrecht dem Verwalter durch die Gläubigerversammlung aufgegeben werden (§ 66 Abs. 3 InsO).
- 1473 Wer Rechenschaft über seine Verwaltungstätigkeit abzulegen hat, hat dem jeweiligen Adressaten eine **geordnete Zusammenstellung** der Einnahmen und der Ausgaben nebst Belegen vorzulegen (§ 259 BGB). Geordnet ist eine Zusammenstellung, wenn sie vollständig und übersichtlich und aus sich heraus nachvollziehbar und verständlich die im Zuge der Vermögensverwaltung getätigten Einnahmen und Ausgaben darstellt und belegt.¹⁹⁾
- 1474 Über die allgemeine Rechnungslegungspflicht hinaus ergibt sich aus den Besonderheiten der Insolvenzabwicklung, insbesondere der Unterteilung zwischen Masseverbindlichkeiten und Forderungen, den unterschiedlichen Rangklassen und den Sonderrechten, ein weitergehender Nachweis- und Darstellungsbedarf, vor allem bezüglich der konkreten Ausgestaltung.²⁰⁾

18) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 17 Rz. 59 ff.

19) RG, Urt. v. 19. 10. 1920 - II 199/20, RGZ 100, 150; RG, Urt. v. 4. 5. 1923 - II 310/22, RGZ 108, 7; BGH, Urt. v. 23. 11. 1981 - VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573; BGH, Urt. v. 3. 7. 1984 - X ZR 34/83, BGHZ 92, 62, 69 = ZIP 1984, 1139 = NJW 1984, 2822; BGH, Urt. v. 9. 6. 1983 - IX ZR 41/82, BGHZ 87, 367 = NJW 1983, 2244; OLG Köln, Urt. v. 17. 2. 1989 - 20 U 103/88, NJW-RR 1989, 528; LG Stuttgart, Urt. v. 24. 5. 1968 - 5 S 31/68, NJW 1968, 2337; Palandt/Heinrichs, BGB, § 261 Rz. 23 m. w. N.; Pink, ZIP 1997, 177, 197.

20) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 86 Rz. 8 ff; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 86 Anm. 1; Pelka/Niemann, Rz. 464 ff.

b) Aufbau des Rechnungswerks

Zumindest im Grundsatz besteht Einigkeit, daß das Rechnungswerk des Verwalters **dreiteilig aufgebaut** ist und neben der **Schlußrechnung** einen Tätigkeitsbericht (**Schlußbericht**) und ein Verzeichnis der bei der Verteilung zu berücksichtigenden Forderungen (**Schlußverzeichnis**) verlangt.²¹⁾ **1475**

Die Ausgestaltung des Rechnungswerkes ist umstritten. Als zur Zeit noch herrschende Praxis kann die Vorlage in Form einer Überschußrechnung bezeichnet werden; das ist eine Darstellung der Zu- und Abflüsse unter Berücksichtigung der insolvenzrechtlichen Besonderheiten.²²⁾ **1476**

c) Bewegungsbilanzen

Zwar läßt sich das rein rechnerische Ergebnis des Verfahrens auch aus der Überschußrechnung in Verbindung mit dem Tätigkeitsbericht des Verwalters entnehmen. Die reine Überschußrechnung gewährt jedoch keinen Aufschluß über den Verfahrensverlauf. Sie schließt insbesondere nicht an die Konkursbilanz an und ermöglicht somit keine Vergleiche. Zunehmend ist die Praxis daher dazu übergegangen und in größeren Verfahren gehört es mittlerweile zum Standard, neben der Überschußrechnung eine Schlußbilanz vorzulegen, die aus der Eröffnungsbilanz und den im Verfahrensverlauf vorgelegten Zwischenbilanzen abgeleitet wird und den Schlußpunkt des gesamten Rechnungswerks darstellt.²³⁾ **1477**

Als **Bewegungsbilanz** ermöglicht die Schlußbilanz einen Vergleich mit den Werten der Eröffnungsbilanz. Dieser gewährt Aufschluß über das Verfahrensergebnis unter Berücksichtigung der ursprünglichen Prognose, wie sie jede Insolvenzeröffnungsbilanz darstellt. Alle Insolvenzbilanzen - Eröffnungsbilanz, Zwischenbilanz und Schlußbilanz - haben nichts mit den handels- und steuerrechtlichen Bilanzen gemein. **1478**

Insolvenzbilanzen - mit Ausnahme der Schlußbilanz - sind Vermögensverteilungsrechnungen, die das voraussichtliche Verfahrensergebnis im Wege einer Prognose darstellen. Die Schlußbilanz zeigt auf, in welchem Maße sich die Prognose erfüllt hat. Besondere Bedeutung kommt daher der Dokumentation und Erläuterung von Abweichungen zu.²⁴⁾ **1479**

21) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 86 Rz. 8 ff; Böhner, KTS 1991, 351; Böhner/Berger/Braun, ZIP 1993, 1283; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 17 Rz. 65, 66.

22) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 86 Rz. 1; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 17 Rz. 67; Böhner, KTS 1991, 351, 352; Veit, S. 195; Pelka/Niemann, Rz. 503 ff; Pink, ZIP 1997, 177 f.

23) Böhner, KTS 1991, 351, 352; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 17 Rz. 65; Plate, S. 59; Veit, S. 196; Böhner/Berger/Braun, ZIP 1993, 1287.

24) Pelka/Niemann, Rz. 503 ff; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 17 Rz. 66.

d) **Besonderheiten bei Betriebsfortführung**

- 1480** Im Falle der Fortführung des Geschäftsbetriebs nach Eröffnung des Verfahrens stellt die Position „**Überschuß aus Betriebsfortführung**“ einen Aktivposten der Insolvenzeröffnungsbilanz dar. Aus Vorsichtigkeitsgründen meist zunächst mit einem Erinnerungswert von 1 DM ausgewiesen, enthält diese Position saldiert alle durch die Betriebsfortführungen bedingten Einnahmen und Ausgaben, die deshalb nicht mehr gesondert - weder auf der Erlösseite noch im Bereich der Masseschulden oder der vorab zu begleichenden Verbindlichkeiten - auszuweisen sind.
- 1481** Der in die Insolvenzeröffnungsbilanz eingestellte Bilanzposten wird unterlegt durch das Ergebnis einer Plan-Ertragsrechnung. Diese ist wesentlicher Bestandteil einer vorab erstellten Fortführungskonzeption; ohne sie ist die Fortführung unzulässig.²⁵⁾
- 1482** Weist die Plan-Ertragsrechnung bereits im Vorfeld eine Unterdeckung aus, so hat der Ausgleich zwangsläufig durch Einsatz von Vermögensgegenständen zu erfolgen, die mit Verfahrenseröffnung haftungsrechtlich den Gläubigern zugewiesen sind. Im neuen Insolvenzrecht ist die ausgewiesene Unterdeckung Grundlage für eine Bewertung der Frage, ob die **Teilsubventionierung** bereits mehr als die dann gesetzlich zulässige „**unerhebliche Vermögensminderung**“ darstellt (§ 22 Abs. 1 Nr. 2, § 158 Abs. 2 InsO). Ein prognostizierter Vermögensverzehr muß daher als Abzugsposten in der Insolvenzeröffnungsbilanz ausgewiesen werden.
- 1483** Bei Beendigung der Fortführung ist das Ergebnis zunächst in die Zwischenbilanzen und am Ende des Verfahrens auch in die Insolvenzschlußbilanz einzustellen. Das Fortführungsergebnis wird unterlegt durch eine betriebswirtschaftliche Auswertung, die sämtliche Einnahmen und Ausgaben der Betriebsfortführung ausweist und als Anlage der Schlußbilanz beizufügen ist.

e) **Bereinigung des Fortführungsaufwands**

- 1484** Die während der Betriebsfortführung veranlaßten Ausgaben müssen am Ende um die Aufwandspositionen bereinigt werden, die auch im Falle einer sofortigen Stillegung angefallen wären. Nur auf diese Weise läßt sich das Ergebnis der Betriebsfortführung bewerten und sich retrospektiv die Plausibilität der getroffenen Entscheidung beurteilen. Dies betrifft insbesondere die Personalkosten. Fortführungsbedingt sind nur **Löhne und Gehälter**, die ab dem ersten

25) OLG München, Urt. v. 18. 7. 1991 - I U 2199/89, ZIP 1991, 1367 ff, dazu EWiR 1991, 1003 (App).

Tage nach Ablauf der gesetzlichen oder tarifvertraglichen Kündigungsfristen entstehen.²⁶⁾

Die Fortführungsschlußrechnung enthält alle fortführungsspezifischen Zuflüsse und Abflüsse, und zwar nach Beendigung aller Rechtsgeschäfte und der Realisierung aller durchsetz- und betreibbaren Ansprüche sowie die Begleichung sämtlicher Verbindlichkeiten. Am Ende deckt sich die Darstellung aller Einnahmen und Ausgaben mit dem Prinzip der Soll-Erfassung, so daß die Streitfrage, ob der Verwalter den Grundsätzen der Ist- oder der Soll-Versteuerung unterliegt, im Bereich der Rechnungslegung keine Rolle spielt. 1485

f) Auswirkung der Fortführung auf vorhandenes Vermögen

Unabhängig vom jeweiligen Ergebnis - Überschuß oder Fehlbetrag - wirkt sich die Fortführung mittelbar oder unmittelbar auf die zum Eröffnungszeitpunkt vorhandenen Vermögensgegenstände und deren Realisierung aus. Dies gilt vor allem für Gegenstände des unbeweglichen und beweglichen Anlagevermögens, deren Verwertung aufgrund der Fortführung des Geschäftsbetriebes zunächst ausgesetzt werden muß und die auf diese Weise einem Werteverzehr durch Abnutzung unterliegen, der später nur in seltenen Fällen durch höhere Verwertungserlöse (z. B. höherer Veräußerungspreis wegen stärkerer Nachfrage) kompensiert werden kann. 1486

Die Bestände an Rohmaterialien, Hilfs- und Betriebsstoffen werden bei plangerechter Fortführung verarbeitet und umgeschlagen. Der fortführende Verwalter bezieht das Material zu einem großen Teil aus den vorhandenen Beständen und damit zu Lasten des in der Konkurseröffnungsbilanz ausgewiesenen Aktivpostens „Bestand an Rohwaren, Hilfs- und Betriebsstoffen“. Jedes Fortführungsergebnis muß im Rahmen der Rechnungslegung daher auch unter dem Gesichtspunkt einer Veränderung der übrigen Bilanzpositionen der Konkurseröffnungsbilanz gewertet werden. 1487

Die damit verbundenen Wechselwirkungen erfordern zunächst eine gesonderte Betrachtungsweise des **Liquidationsergebnisses** und des **Fortführungsergebnisses**, wozu es allerdings nicht erforderlich ist, das Rechnungswesen in zwei völlig getrennte Bereiche aufzuspalten, da das Ergebnis der Betriebsfortführung zwar gesondert auszuweisen ist, es aber lediglich eine Bilanzposition im Rechnungswerk des Verwalters darstellt.²⁷⁾ 1488

Verläuft die **Betriebsfortführung defizitär**, so muß der Verwalter im Rahmen seiner Rechnungslegung angeben, in welchem Umfang vorhandenes Ver- 1489

26) Riering, S. 34 ff.

27) LG Freiburg, Beschl. v. 13. 7. 1983 - 9 T 37/81, ZIP 1983, 1098 m. Anm. Kübler; Kessler, BBK Fach 8, 1095.

mögen zur Abdeckung des Fehlbetrages eingesetzt wurde. Bei längeren Fortführungen sind Zwischenergebnisse der Betriebsfortführung stichtagsbezogen in die Zwischenbilanzen einzustellen. Damit hat der Gläubigerausschuß oder die Gläubigerversammlung die Möglichkeit, die Fortführungsentscheidung zu korrigieren und erhebliche Vermögensminderungen zu vermeiden. Soweit die Insolvenzbuchhaltung dabei nur den tatsächlichen Zahlungsverkehr im Rahmen einer Einnahme-Überschußrechnung erfaßt, sind daraus abgeleitete Zwischenergebnisse nicht aussagekräftig, da damit keine periodengerechte Zuordnung von Aufwendungen und Erträgen verbunden ist (§ 252 Abs. 1 Nr. 5 HGB).

g) Soll-Erfassung

- 1490 Um die aufwendige Führung getrennter Kontrollisten zu vermeiden, sollte der fortführende Verwalter daher in allen Fällen, bei denen die allgemeinen Geringfügigkeitsgrenzen überschritten werden, die **Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung** beachten (§ 243 Abs. 1 HGB) und ungeachtet aller damit verbundenen steuerlichen Probleme auf die Soll-Erfassung abstellen.
- 1491 Auch die im Zuge einer Betriebsfortführung zu entrichtenden Steuern sind als vom Verwalter begründete Verbindlichkeiten vorab zu regulieren (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Reichen die Mittel nicht aus, erklärte Umsatzsteuern am Fälligkeitsstichtag zu entrichten, so bleibt dem Verwalter der Ausweg der Masseunzulänglichkeitserklärung. Rechtzeitig unterrichtete Finanzverwaltungen sind fast ausnahmslos bereit, die auf der Basis einer Soll-Versteuerung geschuldete Umsatzsteuer bis zur Beseitigung der Masseunzulänglichkeit zu stunden.²⁸⁾

h) Fortführungsaufwand als Masseverbindlichkeiten

- 1492 Bei den fortführungsbedingten Ausgaben handelt es sich zwangsläufig um Masseschulden oder vorab zu begleichende Verbindlichkeiten oder um Verbindlichkeiten, die der Schuldner im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes ohne Mitwirkung des Vergleichsverwalters eingehen darf (§ 57 Abs. 1 VglO). Bei den fortführungsspezifischen Einnahmen kommen lediglich Erlöse aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit und allenfalls ausnahmsweise außerordentliche Erträge in Betracht, soweit Geschäfte getätigt werden, die außerhalb des Unternehmensgegenstandes liegen.

28) BFH, Urf. v. 21. 6. 1994 - VII R 34/92, BFHE 175, 198 = ZIP 1995, 229, dazu EWIR 1995, 321 (Onusseite); BFH, Urf. v. 23. 8. 1994 - VII R 143/92, BFHE 175, 309 = ZIP 1994, 1969, dazu EWIR 1995, 165 (Braun); Haarmeyer/Wutke/Förster, GesO, § 17 Rz. 88.

Schon nach allgemeinen Grundsätzen hat der Verwalter im Rahmen seiner Rechnungslegungspflicht zu belegen, daß die von ihm eingegangenen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Betriebsfortführung stehen und zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes notwendig waren. Solange die Gefahr eines massearmen Verfahrens nicht auszuschließen ist, muß innerhalb des Rechenwerkes auch auf die unterschiedlichen Rangklassen der Masseverbindlichkeiten geachtet werden, insbesondere wenn der Verwalter keine neuen Verpflichtungen durch eigene Geschäfte oder Handlungen begründet, sondern Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen nach Verfahrenseröffnung im Zuge der Betriebsfortführung erfüllt (§ 59 Abs. 1 Nr. 2 KO, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Im Falle der Masseunzulänglichkeit ist dabei die gesetzlich vorgegebene Rangfolge der Masseverbindlichkeiten zu beachten (§ 60 KO, § 209 InsO). 1493

Diese Unterscheidung gilt nicht im Falle der Gesamtvollstreckung, da hier auch die aus der Erfüllung von Verträgen resultierenden Ansprüche zu den erstrangigen Verbindlichkeiten zählen, die vorab zu begleichen sind (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO). 1494

i) Transparenz

Sinn und Zweck jeder Rechnungslegung ist die Schaffung von Transparenz. Gericht, Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung müssen aus dem fortführungsspezifischen Rechenwerk die Chancen, Risiken und Ergebnisse der Betriebsfortführung ersehen und beurteilen können. Die Fortführungsbuchhaltung muß daher getrennt von den konkursspezifischen Einnahmen und Ausgaben geführt werden. Zu diesem Zweck sind auch die Bankkonten zu trennen. Während die konkursspezifischen Einnahmen und Ausgaben über die von der Gläubigerversammlung bestimmte Hinterlegungsstelle durch Errichtung eines Anderkontos abgewickelt werden, sind für die Fortführung getrennte Konten in Form von Girokonten zu führen. Auf diese Weise wird dem Verwalter auch die Erfüllung der handels- und steuerrechtlichen Rechnungslegungspflicht erleichtert. Zukünftig beginnt mit **Eröffnung** des Verfahrens ein **neues Geschäftsjahr** (§ 155 Abs. 1, 2 InsO). Die Buchführung ist am Vortage der Insolvenzeröffnung abzuschließen und am **Eröffnungstag neu einzurichten**. Demgegenüber wird im Konkurs- und Gesamtvollstreckungsverfahren im Falle einer Betriebsfortführung durchgebucht, da die Jahresabschlüsse nach den gesetzlichen oder satzungsgemäßen Vorgaben aufzustellen sind und die Konkurs- oder Gesamtvollstreckungseröffnung keine Zäsur darstellt. 1495

j) Übertragung der Überschüsse - Abdeckung von Verlusten

Während der Betriebsfortführung erwirtschaftete Überschüsse, die zur Deckung von Fortführungsverbindlichkeiten nicht benötigt werden, können suk- 1496

zessive auf das Anderkonto übertragen werden. Die von den Fortführungskonten übernommenen Bestände müssen sich am Ende mit dem Ergebnis der Betriebsfortführung im Falle eines Überschusses decken.

- 1497 Bei defizitärem Verlauf erfolgt die Abdeckung aus den Geldbeständen auf dem Anderkonto. Auf diese Weise sind die Ergebnisse der Betriebsfortführung auch über Zu- und Abflüsse auf dem Anderkonto nachvollziehbar, auf dem die Konkursgelder zu verwalten sind und dessen Führung der gesetzlich vorgeschriebenen Kontrolle durch die Mitglieder des Gläubigerausschusses (§ 88 Abs. 1 KO, § 15 Abs. 6 GesO, § 69 InsO) und mit Vorlage des Abschlußrechnungswerkes auch der Kontrolle des Insolvenzgerichts unterliegt.

II. Haftungsfragen im Falle einer gescheiterten Betriebsfortführung

1. Haftung des Verwalters

- 1498 Auch unter den Bedingungen einer Betriebsfortführung ist grundsätzlich zwischen **interner und externer Verantwortlichkeit** zu unterscheiden. Im Konkurs ist der Verwalter allen Beteiligten für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten verantwortlich (§ 82 KO). Dieser Grundsatz gilt auch für die Gesamtvollstreckung (§ 8 Abs. 1 Satz 2 GesO).
- 1499 Die Insolvenzordnung verpflichtet den Verwalter zum Schadensersatz, wenn er die sich aus der Insolvenzordnung ergebenden Pflichten schuldhaft verletzt. Maßstab ist die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Verwalters (§ 60 Abs. 1 InsO). Im neuen Recht wird damit die ausschließliche Bindung des Verwalters an die Insolvenzordnung klargestellt. Eine Ausuferung der Verwalterhaftung auf der Grundlage von vermeintlichen Pflichtverletzungen, die nach geltendem Recht auch aus Einzelgesetzen (z. B. § 69 AO) abgeleitet werden, wird beseitigt.²⁹⁾
- 1500 Die Insolvenzordnung bringt auch die überfällige Klarstellung, daß die vor allem bei Betriebsfortführungen eingesetzten **Mitarbeiter keine Erfüllungsgehilfen** des Verwalters sind, für deren Verschulden dieser einzustehen hätte. Der Verwalter haftet lediglich im Falle eines Auswahlverschuldens und bei mangelhafter Überwachung (§ 60 Abs. 2 InsO).
- 1501 Damit wird die im geltenden Konkurs- und Gesamtvollstreckungsrecht noch angewendete Unterscheidung zwischen eigenem Personal des Verwalters, für deren Verschulden er einzustehen hat (§ 278 BGB), und zu Lasten der Masse beschäftigten freien Mitarbeitern oder Subunternehmern, bei denen sich der Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverwalter im Falle eines durch diese Verrichtungsgehilfen verursachten Schadens exkulpieren kann (§ 831 BGB), be-

29) Begründung zum RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 129, abgedruckt in: *Kübler/Prütting*, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 233.

seitigt.³⁰⁾ Die von der Rechtsprechung noch vorgenommene Differenzierung und Beschränkung der Exkulpationsmöglichkeit auf rein deliktische Ansprüche ist überholt und im Vorgriff auf die Regelungen der Insolvenzordnung nicht mehr vertretbar.³¹⁾

a) Interne Haftung

Intern ist der Verwalter in bezug auf das seiner Verwaltungs- und Verwertungskompetenz unterliegende Vermögen gegenüber den am Verfahren beteiligten Gläubigern und dem Schuldner verpflichtet.³²⁾ Erfasst sind davon auch schuldhaftes Pflichtverletzungen bei der Verwaltung und Verwertung der Masse. Die Betriebsfortführung stellt, sofern sie sich an den gesetzlichen Insolvenzverfahrenszwecken ausrichtet, nicht nur eine zulässige, sondern zur **Vermögenserhaltung und Verlustminderung** möglicherweise auch **gebotene Verwaltungsmaßnahme** dar. Die interne Haftung des Verwalters kann sich daher sowohl auf die Unterlassung einer gebotenen Betriebsfortführung als auch auf die Verletzung der Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Falle der Fortführung beziehen.³³⁾ 1502

Die **interne Haftung** des Verwalters für seine Entscheidung, den Geschäftsbetrieb einstweilen fortzuführen oder stillzulegen, reicht nur bis zur **ersten Gläubigerversammlung**. Genehmigt die Gläubigerversammlung die bis dahin vom Verwalter zu verantwortende Entscheidung, so wird dieser aus seiner Verantwortung gegenüber Konkursgläubiger und Gemeinschuldner entlassen, sofern sich nicht zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, daß der Beschluß der Gläubigerversammlung auf einer falschen Darstellung des Verwalters beruht hat. In diesen Fällen kommt allerdings neben oder anstelle der insolvenzspezifischen Haftungsnormen eine deliktische Haftung des Verwalters in Betracht (§§ 823 ff BGB).³⁴⁾ 1503

Für die Beurteilung des Verwalterhandelns während der Betriebsfortführung gelten die Maßstäbe, die an einen **ordentlichen und gewissenhaften Kauf-** 1504

30) Lücke, Persönliche Haftung, S. 146 ff; Eickmann, KTS 1986, 197; Karsten Schmidt, KTS 1976, 191; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 82 Rz. 12b.

31) BGH, Urt. v. 17. 1. 1985 - IX ZR 59/84, BGHZ 93, 278 = ZIP 1985, 359 = NJW 1985, 1161, dazu EWIR 1985, 91 (Merz); Lücke, Haftung des Konkursverwalters, S. 141.

32) Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 82 Anm. 1.

33) BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, dazu EWIR 1986, 1229 (Merz); Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 82 Rz. 1a; Riering, S. 114 ff; Lücke, in: RWS-Forum 9, S. 67; Mönning, in: RWS-Forum 9, S. 43 ff; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 82 Rz. 7a, 7b; F. Baur, in: Gedächtnisschrift Bruns, S. 241, 245.

34) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 132 Rz. 2a; Smid, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 337 ff Rz. 58.

mann oder Geschäftsführer anzulegen sind. Dies gilt auch, wenn der Verwalter eine Fortführungsentscheidung der Gläubigerversammlung ausführt.³⁵⁾

- 1505** Nach neuem Insolvenzrecht ist der vorläufige Verwalter zur Fortführung verpflichtet, wenn ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gerichtlich übertragen wird (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Eine interne Verantwortlichkeit kann sich für den vorläufigen Verwalter ergeben, wenn er unter diesen Voraussetzungen den Geschäftsbetrieb ohne Zustimmung des Insolvenzgerichts stilllegt, sofern er nicht den Nachweis führen kann, daß die sofortige Stilllegung als Notmaßnahme zur Vermeidung einer erheblichen Vermögensminderung geboten war.
- 1506** Kalkulatorische Fehler oder Fehleinschätzungen, wie sie jedem Kaufmann unterlaufen können, begründen keine Haftung, solange der Verwalter die Pflichten des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters beachtet.³⁶⁾
- 1507** Sieht das Gericht im Eröffnungsverfahren davon ab, dem vorläufigen Verwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zu übertragen, dann kann die **Verpflichtung zur Betriebsfortführung** oder zur Stilllegung im Rahmen des vom Gericht zu bestimmenden Pflichtenkreises angeordnet werden (§ 22 Abs. 2 InsO). Enthält der Beschluß des Insolvenzgerichts dazu keine Anordnungen, so liegt die Entscheidung zur Fortführung oder Stilllegung zunächst im pflichtgemäßen Ermessen des vorläufigen Insolvenzverwalters, der jedoch zweckmäßigerweise auch zur Begrenzung der eigenen **Verantwortlichkeit** eine Ergänzung der vom Gericht verfügten Sicherungsmaßnahmen veranlaßt (§ 21 InsO).
- 1508** Im geltenden Konkurs- und Gesamtvollstreckungsrecht haftet der im Antragsverfahren bestellte Sequester wegen schuldhafter Verletzung sequestrationsspezifischer Pflichten in entsprechender Anwendung von § 82 KO, § 8 Abs. 1 Satz 2 GesO.³⁷⁾ Auch die Haftung des Sequesters unterscheidet sich in die interne und die externe Verantwortlichkeit.³⁸⁾

35) BGH, Urt. v. 21. 3. 1961 - VI ZR 149/60, KTS 1961, 94; BGH, Urt. v. 10. 4. 1979 - VI ZR 77/77, NJW 1980, 55 = KTS 1980, 122; BGH, Urt. v. 30. 1. 1980 - IV ZR 86/78, ZIP 1980, 851; F. Baur, in: Gedächtnisschrift Bruns, S. 241; BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, dazu EWiR 1986, 1229 (Merz).

36) BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, dazu EWiR 1986, 1229 (Merz).

37) BAG, Urt. v. 17. 2. 1993 - 4 AZR 161/92, BAGE 72, 238 = ZIP 1993, 940 = KTS 1993, 487, 491 = NJW 1993, 2699, dazu EWiR 1993, 727 (Hintzen); BGH, Urt. v. 25. 3. 1993 - IX ZR 164/92, ZIP 1993, 687, dazu EWiR 1993, 479 (Smid); BGH, Urt. v. 29. 9. 1988 - IX ZR 39/88, BGHZ 105, 230, 233 = ZIP 1988, 1411, dazu EWiR 1988, 1113 (Lüke); Lüke, ZIP 1989, 1; Merz, KTS 1989, 277, 289; Hess, KO, § 106 Rz. 31; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 26; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 106 Anm. 4; Herbert, S. 202.

38) Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 106 Anm. 4, § 82 Anm. 1 a.

Unterläßt der Sequester eine zulässige und gebotene Fortführung des Geschäftsbetriebes während des Sequestrationszeitraums, so ist er den Beteiligten für den dadurch entstandenen Schaden haftbar. Gleiches gilt für den Fall, daß die unter Aufsicht des Sequesters in der Eröffnungsphase stehende Betriebsfortführung aufgrund von schuldhaften Pflichtverletzungen des Sequesters einen Schaden verursacht.³⁹⁾ 1509

Geht es um den Vorwurf, im Wege der **Masseverkürzung** einen Gesamtschaden für die am Verfahren beteiligten Gläubiger oder auch den Gemeinschuldner durch eine schuldhaft unterlassene oder pflichtwidrig durchgeführte Betriebsfortführung verursacht zu haben, sind sowohl der Nachweis der Kausalität als auch des Verschuldens problematisch. Ein ursächlicher Zusammenhang ist nur gegeben, wenn die unterlassenen oder durchgeführten Maßnahmen des Verwalters zu dem behaupteten Masseverlust geführt haben.⁴⁰⁾ 1510

An den **Verschuldensmaßstab** werden strenge Anforderungen gestellt. Dies ist gerechtfertigt, weil die organisierten Verwalter sich durch eigene Richtlinien einer strengen Beurteilung und Kontrolle ihrer Tätigkeit in bezug auf ihre Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit, aber auch Unabhängigkeit und Objektivität unterworfen haben.⁴¹⁾ 1511

Die **Berechnung der Masseverkürzung** und die darauf aufbauende Bezifferung des den Gläubigern entstandenen Gesamtschadens sind schwierig, weil das tatsächliche Ergebnis dem Resultat eines hypothetisch oder fiktiv angenommenen alternativen Verlaufs gegenübergestellt werden muß. So können einzelne Fehler durch Korrekturentscheidungen vollständig ausgeglichen oder gar überkompensiert werden, so daß sogar der Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung beachtlich werden kann.⁴²⁾ 1512

Sowohl für die Beurteilung einzelner Maßnahmen als auch des Gesamtergebnisses einer Betriebsfortführung kommt es daher für den verantwortlichen Verwalter entscheidend darauf an, daß er die Fortführungsentscheidung durch sorgfältige, gewissenhafte und kompetente Planung vorbereitet, fortlaufend überwacht und ihre Ergebnisse gegenüber den Verfahrensbeteiligten transparent und zutreffend darstellt und Gläubigerausschuß, Gläubigerversammlung und Gericht durch fortlaufende Unterrichtung in die Pflicht zur eigenen Beurteilung und Überwachung nimmt. Ein fortführender Verwalter, der diese 1513

39) *Lücke*, in: RWS-Forum 9, S. 67.

40) BGH, Urt. v. 4. 6. 1958 - V ZR 304/56, NJW 1958, 1351 = KTS 1958, 143; BGH, Urt. v. 21. 3. 1961 - VI ZR 149/60, KTS 1961, 94; BGH, Urt. v. 11. 12. 1967 - VII ZR 139/65, BGHZ 49, 121 = NJW 1968, 701; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rz. 10.

41) Verhaltensrichtlinien für als Insolvenzverwalter tätige Rechtsanwältinnen des Arbeitskreises für Insolvenzrecht im DAV, abgedruckt in: AnwBl 1992, 118; *Mönnig*, in: *Kölner Schrift für Insolvenzrecht*, S. 275 Rz. 58 ff; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rz. 11a.

42) *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 82 Anm. 6.

Grundsätze beachtet, begrenzt die Haftungsgefahr auf ein beinahe zu vernachlässigendes Restrisiko.

b) Externe Haftung

- 1514** Extern ist der fortführende Verwalter gegenüber den Neugläubigern verantwortlich, mit denen er innerhalb der Betriebsfortführung Verträge zum Bezug von Lieferungen und Leistungen sowie zur Ausführung von Aufträgen schließt.⁴³⁾ In Frage kommen Ansprüche, die aus den von ihm abgeschlossenen Geschäften oder Handlungen resultieren und somit als erstrangige Masse-schulden zu qualifizieren sind (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO), sofern sie auch unter Einsatz des gesamten Verwertungserlöses der Masse nicht erfüllt werden können und der Verwalter dies als ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter hätte erkennen können und müssen.⁴⁴⁾
- 1515** Die Haftung beruht in diesen Fällen auf einer Fehleinschätzung der Masse. Die dazu von der Rechtsprechung entwickelten einschränkenden Grundsätze werden von der Insolvenzordnung übernommen. Der Verwalter haftet danach nicht, wenn er bei der Begründung der aus der Masse nicht zu deckenden Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, daß diese voraussichtlich nicht ausreichen würde (§ 61 InsO).
- 1516** Innerhalb seiner externen Verantwortlichkeit haftet der Verwalter daher einem einzelnen Massegläubiger nur dann persönlich, wenn er **insolvenzspezifische Pflichten**, z. B. bei der Planung, Überwachung und Ausführung der Betriebsfortführung, verletzt, die ursächlich für die Begründung von neuen Masseverbindlichkeiten sind, deren teilweiser oder vollständiger Ausfall von einem qualifizierten Verwalter unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte vermieden werden können.
- 1517** **Exkulpiert** ist der Verwalter, wenn er die Betriebsfortführung auf der Grundlage einer plausiblen Plan-Ertragsrechnung und einer diese begleitenden Liquiditätsbedarfsplanung vorbereitet. Die einzelnen Positionen der Ertragsrechnung sind dabei insolvenzspezifisch zu gewichten, typische Risikofaktoren und Störpotentiale müssen bewertet werden.
- 1518** Zeichnet sich bei Verfahrensbeginn bereits ein Zusammenbruch der Absatzstrukturen ab, so darf die Ertragsplanung nicht ungeprüft Umsatzerlöse auf der Grundlage des bei Einleitung des Insolvenzverfahrens vorhandenen Auftrags-

43) Siehe zur Begriffsdefinition: *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rz. 7c; *Lüke*, in: RWS-Forum 9, S. 67 ff; *Smid*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 337 ff Rz. 9.

44) BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, dazu EWiR 1986, 1229 (Merz); *Gerhardt*, ZIP 1987, 760, 763; *Karsten Schmidt*, NJW 1987, 812; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 82 Anm. 2 b; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rz. 7b.

bestandes unterstellen. Einzuschätzen ist auch, ob im Bereich des Anlagevermögens oder des Umlaufvermögens Reserven vorhanden sind, mit deren Einsatz notfalls eine unrentable Betriebsfortführung gedeckt werden kann. Denn im Bereich der externen Verantwortung bleibt der Verwalter auch dann gegenüber Neugläubigern in der Haftung, wenn Gläubigerausschuß oder Gläubigerversammlung der Betriebsfortführung zugestimmt hat.⁴⁵⁾

Für den fortführenden Verwalter ist es daher unter Haftungsgesichtspunkten 1519 ungefährlicher, die lediglich die interne Verantwortlichkeit auslösende Masseverkürzung hinzunehmen, als im Außenbereich ungedeckte **Fortführungsverbindlichkeiten** in Kauf zu nehmen. Allerdings wird auch hier durch die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und den Vorgriff auf die einschränkenden Haftungsbestimmungen der Insolvenzordnung die externe Verantwortung des Verwalters auf die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten beschränkt. Ausfälle, die auf unternehmerische Risiken zurückzuführen sind, begründen hingegen keine Ansprüche des ausfallenden Massegläubigers.⁴⁶⁾

Auch im Bereich der externen Verantwortung vermeidet der fortführende Verwalter seine persönliche Haftung gegenüber ausfallenden Neugläubigern durch 1520 **sorgfältige Planung**, deren Vermittlung und nachvollziehbare Darstellung gegenüber Insolvenzgericht, Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuß sowie ein zeitnahes und umfassendes Controlling.

Droht die Betriebsfortführung gleichwohl zu scheitern, sei es durch die Verwirklichung von Störpotentialen, die jeder Fortführung immanent sind, sei es durch exogene Faktoren (Strukturkrisen, branchenspezifische Absatzprobleme, höhere Gewalt, unerwartetes Verhalten Dritter), so muß der Verwalter die **Fortführung einstellen**, wenn er erkennt, daß dadurch neue Verbindlichkeiten 1521 nicht mehr gedeckt werden können.⁴⁷⁾

45) BGH, Urt. v. 22. 1. 1985 - VI ZR 131/83, ZIP 1985, 423, 427, dazu EWiR 1985, 313 (Kühler); Skrotzki, KTS 1967, 147; BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, dazu EWiR 1986, 1229 (Merz); OLG Nürnberg, Urt. v. 15. 1. 1986 - 4 U 1334/85, ZIP 1986, 244, dazu EWiR 1986, 499 (Finken); Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 82 Anm. 7.

46) BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, dazu EWiR 1986, 1229 (Merz); BGH, Urt. v. 14. 4. 1987 - IX ZR 260/86, BGHZ 100, 346 = ZIP 1987, 650 = KTS 1987, 494 = NJW 1987, 3133, dazu EWiR 1987, 609 (Baur); OLG Hamm, Urt. v. 4. 6. 1992 - 27 U 132/91, ZIP 1992, 1404; OLG Koblenz, Urt. v. 13. 6. 1991 - 5 U 1206/90, ZIP 1992, 420; Riering, S. 114 ff; Karsten Schmidt, KTS 1976, 191; F. Baur, in: Gedächtnisschrift Bruns, S. 241; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 82 Rz. 7a; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 82 Rz. 2 b; Karsten Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht, S. 152; Gerhardt, ZIP 1987, 760, 763.

47) Karsten Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht, S. 152; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 82 Anm. 2 b.

c) **Mitwirkendes Verschulden**

- 1522 In der Rechtsprechung, aber insbesondere auch in der Literatur klingt der Gedanke an, daß jeder Vertragspartner eines fortführenden Insolvenzverwalters von vornherein mit einem erhöhten Ausfallrisiko rechnen muß.⁴⁸⁾ Die auf diese Überlegung abgestellte Haftungserleichterung hat sich jedoch als Danaergeschenk erwiesen. Der Gedanke „Wer Verträge mit einem Konkursverwalter abschließt, ist letztendlich selbst schuld“ führt zur Beschränkung der Möglichkeiten zum Abschluß neuer Aufträge mit Kunden, da diese befürchten, für ihre aus Nichterfüllung oder Schlechterfüllung resultierenden und möglicherweise ausfallenden Massesforderungen den Verwalter nur noch sehr eingeschränkt persönlich in Anspruch nehmen zu können.
- 1523 Diese Konsequenz hat zu der bedenklichen und haftungsrechtlich ebenfalls riskanten Notwendigkeit der Errichtung von zwischengeschalteten Vertriebsgesellschaften geführt, deren Anteile mangels anderer Interessenten vom Verwalter treuhänderisch für die Gläubiger gehalten werden. Je länger die Betriebsfortführung dauert, um so mehr differiert der Kreis der Beteiligten und um so mehr fallen die Interessen der Masse und die der Vertriebsgesellschaft auseinander.⁴⁹⁾
- 1524 Nicht miteinander zu vereinbarende Interessen, z. B. bereits bei der **Preisbestimmung**, können daher zu deliktischen Ansprüchen gegen den Verwalter führen, wenn dieser zugunsten der Vertriebsgesellschaft die Vermögensinteressen der am Insolvenzverfahren beteiligten Gläubiger schuldhaft verletzt (§§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB).

d) **Primärhaftung**

- 1525 Das Prinzip der Primärhaftung der Masse, das die erstrangigen Masseschulden betrifft, hilft bei **fortführungsbedingten Haftungsfällen** in der Regel nicht weiter, da Ansprüche aus externer Verantwortlichkeit letztendlich darauf beruhen, daß der anspruchstellende Neugläubiger mit diesen Forderungen ausfällt.⁵⁰⁾

48) BGH, Urt. v. 4. 12. 1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151 = ZIP 1987, 115, dazu EWiR 1986, 1229 (Merz); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 82 Rz. 7a, 9b; Lüke, Persönliche Haftung, S. 22 f; Merz, WM 1983, 106, 108.

49) Henckel, WuB IF 4. - 3.95.

50) Jaeger/Henckel, KO, § 6 Rz. 43 ff; Lüke, Haftung des Konkursverwalters, S. 107; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 82 Rz. 2c.

e) Haftpflichtversicherung

Die verwalterpezifischen Risiken können über eine Haftpflichtversicherung 1526 versicherungsrechtlich abgedeckt werden. Bei der gesetzlichen Verantwortlichkeit des Verwalters handelt es sich um eine Haftpflicht im Sinne des Versicherungsvertragsgesetzes (§§ 149 ff VVG).⁵¹⁾ Ihre Prämien dürfen als **Auslagenersatz** der Masse entnommen werden.⁵²⁾ Risiken, die aus fehlerhaften kaufmännischen Entscheidungen entstehen, werden regelmäßig ausgeschlossen (Ziff. 1 der „Besonderen Bedingungen“ zu § 4 AVB). Ob es dem fortführenden Verwalter gelingt, mit der jeweiligen Versicherungsgesellschaft eine abweichende Sonderregelung zu vereinbaren, hängt meist allein von der **Reputation** des Verwalters ab.

2. Die Haftung des Gläubigerausschusses

Die Aufgabe als Gläubigerausschußmitglied ist undankbar, da konfliktträchtig, gefahrgeneigt und damit auch haftungsrelevant. Zudem muß die Tätigkeit persönlich ausgeübt werden, eine **Vertretung ist unzulässig**.⁵³⁾ Auch bei Mitgliedern eines Gläubigerausschusses ist zwischen interner und externer Verantwortung zu unterscheiden. 1527

a) Externe Haftung

Allerdings kommt die Außenhaftung durch Verletzung von Organpflichten 1528 gegenüber einzelnen Beteiligten nur ausnahmsweise in Betracht, da insoweit das Handeln des Verwalters und die dadurch ausgelösten Rechtsfolgen im Vordergrund stehen. Können eingegangene Verpflichtungen aus der Masse nicht gedeckt werden, so haften die Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Gläubigerausschuß als Organ nur dann, wenn sie die ihnen obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt haben und die Pflichtwidrigkeit **kausal** für den entstandenen Schaden ist.⁵⁴⁾ Im neuen Insolvenzrecht entfällt die externe Haftung der Ausschußmitglieder weitgehend, da die Haftung gegenüber Massegläubigern ausgeschlossen ist (§ 71 InsO).⁵⁵⁾

51) *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 82 Anm. 9.

52) *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 85 Anm. 1 e; *Hess*, KO, Anhang II, § 5 VergVO Rz. 17; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 85 Rz. 10; *Uhlenbruck*, VersR 1973, 499; *Herbert Schmidt*, KTS 1981, 65, 69; *Lüke*, Haftung des Konkursverwalters, S. 211 ff.

53) RG, Urt. v. 7. 9. 1936 - VI 73/36, RGZ 152, 125, 128; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 89 Anm. 1.

54) BGH, Urt. v. 27. 4. 1978 - VII ZR 31/76, BGHZ 71, 253 = NJW 1978, 1572; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 89 Anm. 1.

55) *Heidland*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 549 ff Rz. 26.

- 1529 Im geltenden Recht trifft die Fortführungsentscheidung der Verwalter nach pflichtgemäßen Ermessen. Selbst im Falle der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses und der Bestellung seiner Mitglieder vor dem Berichtstermin oder vor der ersten Gläubigerversammlung werden die Mitglieder mit einer regelmäßig bereits beschlossenen Fortführungsentscheidung des Verwalters konfrontiert. Gerade deshalb ist die **Haftungsbegrenzung** für Ausschußmitglieder im neuen Insolvenzrecht richtig.

b) Interne Haftung

- 1530 Die interne Verantwortung umfaßt die gesetzliche Pflicht des Gläubigerausschusses und die seiner Mitglieder zur Überprüfung des vom Verwalter erstellten Fortführungskonzeptes, einschließlich der Plan-Ertragsrechnungen und der **Liquiditätsbedarfsplanung**, und zur fortlaufenden Kontrolle der Fortführungsergebnisse, insbesondere in Form der gesetzlich vorgeschriebenen Kassenprüfung (§ 88 Abs. 2 KO, § 15 Abs. 6 GesO, § 69 InsO). Im Konkurs ist die Kasse des Verwalters monatlich durch ein Mitglied zu prüfen.⁵⁶⁾
- 1531 Während in Liquidationsverfahren die Pflicht zur monatlichen Kassenprüfung insbesondere bei nur noch geringen Geldbewegungen die Anforderungen überspannt, ist sie im Falle der Betriebsfortführung zwingend und unerlässlich, wobei die Prüfung der Kasse allein nicht ausreicht, sondern es in erster Linie um einen fortlaufenden **Soll-Ist-Vergleich**, vor allem im Bereich der Liquiditätsbedarfsplanung, geht.
- 1532 Unter Kasse wurde herkömmlich die mittlerweile bedeutungslose Barkasse des Verwalters verstanden. Inzwischen geht es dabei jedoch um die vom Verwalter eingerichteten Anderkonten unter Einbeziehung der Belege.⁵⁷⁾ Zutreffend wird mittlerweile von **Buchhaltungsprüfung** gesprochen.⁵⁸⁾
- 1533 Bei Betriebsfortführungen verbleibt das Rechnungswesen im gemeinschuldnerischen Betrieb. Die Buchführung erfolgt im Wege der elektronischen Datenverarbeitung, teilweise unter Einschaltung externer Rechenzentren. Insoweit beschränkt sich die Kontrolltätigkeit der Gläubigerausschußmitglieder auf eine mittelbare stichprobenartige Überwachung. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses wären **überfordert**, jede einzelne Materiallieferung nachzuvollziehen. Es reicht aus, daß sie sich von der Wahrung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung überzeugen.⁵⁹⁾ Die in der älteren Recht-

56) RG JW 1935, 1781; OLG Hamm, Urt. v. 5. 11. 1954 - 6 U 185/54, BB 1955, 296; BGH, Urt. v. 12. 6. 1965 - III ZR 41/64, BGH WM 1965, 1159; BGH, Urt. v. 11. 12. 1967 - VII ZR 139/65, BGHZ 49, 121 = NJW 1968, 701.

57) BGHZ 49, 121; Hess, KO, § 88 Rz. 2; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 88 Rz. 2a.

58) Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 15 Rz. 60.

59) Hess, KO, § 88 Rz. 2; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 88 Rz. 2b.

sprechung dazu noch vertretenen abweichenden Meinungen sind angesichts der Entwicklung rechnergestützter Buchführungssysteme überholt.⁶⁰⁾

Weiter eingeschränkt wird die Pflicht zur Überwachung des Rechnungswesens im Falle der Beauftragung eines Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers durch den Verwalter mit der Verpflichtung, monatliche Auswertungen über Verlauf und Ergebnis der Fortführung vorzulegen.⁶¹⁾ 1534

Erheblich relevanter ist hingegen die **interne Verantwortung** der Mitglieder eines Gläubigerausschusses oder des Gläubigerausschusses als Organ gegenüber den sonstigen Verfahrensbeteiligten. Gläubigerausschußmitglieder befinden sich meist in einem Interessenkonflikt, da ihre Partikularinteressen als beteiligte Gläubiger mit dem Gesamtinteresse des Verfahrens kollidieren können. Dies gilt vor allem im Falle von Betriebsfortführungen, die zu einer - oftmals erheblichen - zeitlichen Verlagerung der Erlösauskehr führen.⁶²⁾ 1535

c) Informationen und Insiderwissen

Der Verwalter muß den Ausschußmitgliedern alle für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes relevanten Faktoren vermitteln, da diese grundsätzlich einen Anspruch auf vollständige und lückenlose **Berichterstattung** haben, um ihren Überwachungs- und Unterstützungsauftrag wahrnehmen zu können. Diese Informationen dürfen die Mitglieder des Ausschusses nicht zum eigenen Vorteil nutzen. Sie sind zur **Verschwiegenheit** verpflichtet.⁶³⁾ Bei der Besetzung des Ausschusses muß daher von vornherein darauf geachtet werden, daß keine Gläubiger zu Ausschußmitgliedern bestellt werden, bei denen zu befürchten ist, daß sie die eigenen Interessen von denen der übrigen Verfahrensbeteiligten nicht trennen können.⁶⁴⁾ Dies gilt für Verfahrensbeteiligte, die im Wettbewerb zur Gemeinschuldnerin stehen oder die Informationen über Produktionsverfahren oder Absatzstrukturen zugunsten ihres eigenen Geschäftsbetriebes nutzen können. 1536

60) Vgl. dazu: RG, Urt. v. 2. 4. 1906 - VI 283/05, RGZ 63, 133 ff; RG, Urt. v. 7. 9. 1936 - VI 73/36, RGZ 152, 125; RG, Urt. v. 7. 11. 1935 - VI 188/35, RGZ 149, 182; BGH, Urt. v. 27. 4. 1978 - VII ZR 31/76, BGHZ 71, 253, 256 = NJW 1978, 1572; OLG Koblenz, Urt. v. 16. 2. 1956 - 5 U 600/56, KTS 1956, 159.

61) *Heidland*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 549 ff Rz. 24.

62) *Heidland*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 549 ff Rz. 20.

63) *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 89 Rz. 5; *Uhlenbruck*, BB 1976, 1198; *ders.*, Gläubigerberatung, S. 399; *Jaeger/Weber*, KO, § 88 Rz. 2.

64) Bedenklich daher die Auffassung von *Paulsdorff*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 1155 ff Rz. 21, der für den PSV eine institutionelle Mitgliedschaft im Gläubigerausschuß verlangt, gerade um die Interessen des Vereins, der häufig der größte Gläubiger ist, wahrnehmen zu können.

- 1537 Zwar hat der Verwalter das Recht und die Pflicht, Ausschußmitglieder bei widerstreitenden Interessen von den Beratungen und der Beschlußfassung **auszuschließen**.⁶⁵⁾ Ein Stimmrecht oder sogar Teilnahmeverbot kann jedoch zu unerwünschten Pattsituationen im Ausschuß führen, die durch die beschlossene ungerade Zahl der Mitglieder verhindert werden soll. Die derzeitige Beschlußpraxis wird von der zukünftigen Insolvenzordnung ausdrücklich übernommen, wonach ein gültiger Beschluß die Teilnahme der Mehrheit der Mitglieder an der Beschlußfassung und die Mehrheit der abgegebenen Stimmen voraussetzt (§ 72 InsO).
- 1538 Verletzt ein Ausschußmitglied die ihm obliegende Verschwiegenheitspflicht oder nutzt es **Insiderwissen** zu Lasten der am Verfahren beteiligten Gläubiger zum eigenen Vorteil, so ist er zum Ersatz des daraus resultierenden Schadens verpflichtet, der vom Verwalter zugunsten der Masse geltend zu machen ist. Neben der Haftung des einzelnen Ausschußmitgliedes kann auch eine Haftung des Kollegialorgans vorliegen, sofern gleichzeitig eine der gesetzlich geregelten Pflichten des Ausschusses verletzt wird.⁶⁶⁾

d) Risikobegrenzung

- 1539 Durch Betriebsfortführungen erhöhen sich Schwierigkeit und Umfang eines Insolvenzverfahrens. Bei der **Zusammensetzung** des Ausschusses sollte der Verwalter daher seinen Einfluß und sein Vorschlagsrecht dahin gehend nutzen, daß ausschließlich erfahrene Personen zur Wahl stehen. Auch juristische Personen können zu Ausschußmitgliedern bestellt werden, nicht jedoch Behörden.⁶⁷⁾
- 1540 Die Zusammensetzung mit Vertretern der Kreditinstitute, der Warenkreditgeber, öffentlich-rechtlicher Gläubiger sowie des Pensions-Sicherungs-Vereins hat sich bewährt, da zum Teil bereits aus dem speziellen Tätigkeitsbereich heraus gesetzlich vorgegebene Verschwiegenheitspflichten bestehen (Bankgeheimnis). Bei Gewerkschaftsvertretern ist zu berücksichtigen, daß diese sich aufgrund ihres politischen Selbstverständnisses als **Interessenvertreter** betrachten. Betriebsräte und Gewerkschaftssekretäre geraten daher durch die Tätigkeit in einem Gläubigerausschuß in unvermeidliche Konfliktlagen.

65) BGH, Urt. v. 22. I. 1985 - VI ZR 131/83, ZIP 1985, 423, dazu EWIR 1985, 313 (Kübler); Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 88 Rz. 4d; Hegmanns, S. 118 ff; Uhlenbruck, BB 1976, 1198, 1200.

66) BGH, Urt. v. 13. I. 1982 - IVa ZR 162/80, ZIP 1982, 326 m. Anm. Prölls; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 89 Rz. 1a.

67) BGH, Urt. v. 11. II. 1993 - IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86 = ZIP 1994, 46 = NJW 1994, 453, dazu EWIR 1994, 281 (Lüke); Uhlenbruck, Gläubigerberatung, S. 391 ff.

Im Ruhm erfolgreicher Betriebsfortführungen sonnt sich der Verwalter. Bei negativem Verlauf geraten die Mitglieder des Gläubigerausschusses in die Kritik der übrigen Verfahrensbeteiligten, wobei ihnen häufig vorgeworfen wird, ihre gesetzliche Überwachungspflicht nicht erfüllt zu haben. Die Mitglieder eines Gläubigerausschusses teilen insoweit das Schicksal anderer Kontrollorganmitglieder, wie Geschäftsführungsbeiräte und Aufsichtsräte, die sich aufgrund ihrer nicht zu vermeidenden Distanz zum Tagesgeschäft im wesentlichen darauf verlassen müssen, daß die ihnen vorgelegten Berichte und Auswertungen richtig und vollständig sind. 1541

Gescheiterte Betriebsfortführungen haben vielfach zu hohen **Schadensersatzforderungen gegen Gläubigerausschußmitglieder** geführt, deren Publizität lediglich aufgrund vergleichsweiser Erledigung auf den regionalen Bereich beschränkt blieb. Die beste Haftungsvorbeugung betreiben potentielle Ausschußmitglieder, indem sie ihre Mitwirkung auch von der Person des ernannten Verwalters abhängig machen, da der Umfang ihres Haftungsrisikos nicht zuletzt von dessen Erfahrung und Qualifikation abhängt. 1542

Zugleich ist es Aufgabe des Gerichts und des Verwalters, die Mitglieder eines Gläubigerausschusses umfassend über ihre Pflichten, insbesondere die Pflicht zur Verschwiegenheit, aber auch über das Verbot, Insiderwissen zum eigenen Vorteil auszunutzen, zu belehren. In den neuen Bundesländern besteht noch eine Tendenz, die Tätigkeit im Gläubigerausschuß zur **eigenen Verlustminimierung** durch Übernahme von Massegegenständen zu einem Vorzugspreis zu nutzen. Seit die Gerichte auch hier Merkblätter über die Pflichten eines Ausschußmitglieds und die Konsequenzen bei deren Verletzung verteilen, setzen sich auch im Bereich der Gesamtvollstreckung die Ausschüsse überwiegend aus professionellen Mitgliedern zusammen. 1543

3. Die Haftung des Insolvenzgerichts

a) Auswahlhaftung

Der Konkursverwalter wird vom Gericht ernannt. Die Entscheidung trifft der Konkursrichter (§ 78 Abs. 1 KO). Die Ernennung des (vorläufigen) Konkursverwalters kann von allen Gläubigern und dem Gemeinschuldner mit der sofortigen Beschwerde angegriffen werden (§ 73 Abs. 3 KO). Auch im Gesamtvollstreckungsverfahren wird der Verwalter vom Gericht bestellt (§ 5 Nr. 2 GesO). Die Auswahl ist Sache des Richters, dessen Entscheidung vom Schuldner und allen Betroffenen mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann (§ 20 GesO). In zukünftigen Insolvenzverfahren ernannt das Insolvenzgericht den Insolvenzverwalter (§ 27 Abs. 1 InsO). Es ist die Regel, daß der im Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsantragsverfahren ernannte Sequester zum Verwalter bestellt wird. 1544

- 1545** In allen Fällen hat der Richter lediglich das **Erstbenennungsrecht**. Es bleibt der Mehrheitsentscheidung der ersten Gläubigerversammlung (Berichtstermin) vorbehalten, dem bestellten Verwalter die Bestätigung zu versagen und statt dessen einen anderen Verwalter zu wählen (§ 80 KO, § 15 Abs. 3 GesO, § 57 InsO). Mit der Bestätigung des ernannten oder der Wahl eines neuen Verwalters endet die Haftung des Richters für die von ihm zunächst getroffene Auswahlentscheidung.⁶⁸⁾
- 1546** Bei seiner Entscheidung hat der Richter Art und Umfang des anstehenden Verfahrens sowie die **Erfahrung** und **Qualifikation** des zu ernennenden Verwalters zu berücksichtigen. Die Herausbildung eines Standes **berufsmäßiger Insolvenzverwalter**, die sich - soweit sie dem Arbeitskreis für Insolvenzrecht im Deutschen Anwaltverein angehören - zur Sicherung der Abwicklungsstandards eigenen Richtlinien unterworfen haben, ermöglicht es, Auswahlentscheidungen zu objektivieren und zum Zwecke der Qualitätssicherung an die fachliche Qualifikation und die Unabhängigkeit des Verwalters zu binden.⁶⁹⁾
- 1547** Aufgrund dieser Entwicklung sind um so **strengere Maßstäbe** an die Auswahlentscheidung des Richters anzulegen. Gravierende Regreßfälle sind nahezu immer die Konsequenz einer **fehlerhaften Auswahl**, die nur aufgrund der Subsidiarität der Staatshaftung letztendlich nicht zu Lasten der Justiz bzw. des entscheidenden Richters zum Tragen kommt (§ 839 Abs. 3 BGB i. V. m. Art. 34 GG).⁷⁰⁾
- 1548** Geht es um die Fortführung des Geschäftsbetriebes, dann muß die Auswahlentscheidung die hierfür notwendigen Erfahrungen und Qualifikationen berücksichtigen. Andernfalls ist die Entscheidung fehlerhaft, und für einen daraus resultierenden Schaden haftet der Richter, sofern ihm ein **Auswahlverschulden** nachgewiesen werden kann.⁷¹⁾

b) Überwachungshaftung

- 1549** Mit Verfahrenseröffnung geht die Zuständigkeit auf den Rechtspfleger über (§ 18 Abs. 1 RpfLG). Im neuen Insolvenzrecht kann sich der Richter das Insolvenzverfahren ganz oder teilweise vorbehalten. Andernfalls überträgt er das

68) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 78 Rz. 12; Wolff, KO, § 78 Anm. 2 (S. 243); BGH, Urt. v. 17. 10. 1985 - III ZR 105/84, KTS 1986, 298; Mönning, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 275 Rz. 20.

69) Uhlenbruck, KTS 1989, 229 ff; Pape, ZIP 1993, 737 ff; Mönning, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 275 Rz. 83, 84.

70) Mönning, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 275 Rz. 22.

71) Braun/Uhlenbruck, S. 182 f.

Verfahren dem Rechtspfleger (§ 18 Abs. 2 RpfLG i. d. F. des Art. 14 Nr. 5 EGIinsO).⁷²⁾

Auch bei Fortführung des Geschäftsbetriebes unterstehen Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- und Insolvenzverwalter der gerichtlichen Aufsicht (§ 83 KO, § 8 Abs. 3 GesO, § 58 InsO). Das Insolvenzgericht kann zukünftig vom Verwalter Berichte über den Sachstand und die **Geschäftsführung** verlangen (§ 58 Abs. 1 InsO). 1550

Allerdings bestehen hinsichtlich der **Überwachungspflicht** erhebliche Einschränkungen, sofern es sich um unternehmerische Entscheidungen des Verwalters handelt. Die Grenzen der insolvenzgerichtlichen Aufsicht sind gerade im Bereich der Unternehmensfortführung fließend und können nur für den Einzelfall bestimmt werden. So ist das Gericht nicht berechtigt, die Geschäftsführung des Verwalters auf ihre **Zweckmäßigkeit** zu überprüfen.⁷³⁾ 1551

Stellt das Gericht jedoch fest, daß die Voraussetzungen für eine Fortführung des schuldenrischen Geschäftsbetriebes nicht gegeben sind oder die Fortführung nicht im Einklang mit den Verfahrenszwecken steht oder zu befürchten ist, daß die vom Verwalter begründeten Verpflichtungen aus der Masse nicht gedeckt werden können, so kann es im Einzelfall verpflichtet sein, die Zulässigkeit der Betriebsfortführung zu überprüfen, um pflichtwidriges Verhalten des Verwalters zu unterbinden und masseschmälernde Verfügungen zu vermeiden.⁷⁴⁾ 1552

Dies gilt insbesondere dann, wenn in dem betreffenden Verfahren kein Gläubigerausschuß zur Überwachung und Unterstützung des Verwalters bestellt ist. Das Gericht ist dann verpflichtet, sich durch regelmäßige **Vorlage der Fortführungsergebnisse** in Form von betriebswirtschaftlichen Auswertungen und fortgeschriebenen Liquiditätsbedarfsplanungen davon zu überzeugen, daß die bei der Fortführungsentscheidung maßgeblichen Annahmen erfüllt werden und die Rentabilität der Fortführung gewährleistet ist. 1553

Notfalls muß das Gericht einen eigenen Gutachter einsetzen, um die Fortführungsergebnisse sachverständig überprüfen zu lassen. Generell ist das Gericht zum Einschreiten verpflichtet, wenn die Fortführung des Geschäftsbetriebes erkennbar zu einer Schädigung der Gläubiger führt oder zu befürchten steht, 1554

72) *Bernsen*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 1255 ff Rz. 5; *Borchers*, ebenda, S. 1269 ff Rz. 22, 28.

73) *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 83 Rz. 6 m. w. N.

74) OLG München, Urt. v. 18. 7. 1991 - I U 2199/89, ZIP 1991, 1367, dazu EWIR 1991, 1003 (*App*).

daß die vom Verwalter begründeten Verbindlichkeiten aus der vorhandenen Masse nicht erfüllt werden können.⁷⁵⁾

- 1555** Fälle von **Amtshaftung** wegen Verletzung der Aufsichtspflicht durch Konkursrichter und Rechtspfleger sind bislang nur selten richterlich beurteilt worden. Bekannt wurden ausschließlich **spektakuläre Fälle**, bei denen unredliche oder kriminelle Verwalter im Rahmen von Betriebsfortführungen hohe Schäden verursacht haben, die anschließend von Sonderkonkursverwaltern oder Nachfolgeverwaltern mit dem Ziel verfolgt wurden, die dadurch entstandenen Schäden auch durch Inanspruchnahme des Staates auszugleichen (§ 839 Abs. 3 BGB i. V. m. Art. 34 GG).
- 1556** Aufgrund des geltenden Subsidiaritätsprinzips wurden jedoch in fast allen Fällen die Mitglieder bestehender Gläubigerausschüsse oder auch die Hinterlegungsstellen, wenn sie Verfügungen über die hinterlegten Konkursgelder ohne Beachtung der gesetzlichen Auszahlungsvoraussetzungen (§ 136 KO) zugelassen hatten, auf Schadensersatz in Anspruch genommen. In den meisten dieser Fälle ist es daher bei **dienstaufsichtsrechtlichen Maßnahmen** gegen Rechtspfleger und Richter wegen Verletzung der Aufsichtspflicht geblieben.

c) Überprüfung von Stilllegungsabsichten

- 1557** Künftig kann das Gericht vor dem Berichtstermin mit Stilllegungsanträgen des Verwalters befaßt werden. Dann hat das Gericht sorgfältig zu prüfen, ob durch die weitere Fortführung die Gefahr einer erheblichen Vermögensverminderung besteht (§ 158 Abs. 2 InsO). Verfügt das Gericht selbst nicht über den erforderlichen **Sachverstand**, so muß es auch in diesen Fällen auf externe Sachverständige zurückgreifen und Gutachten einholen.
- 1558** Stellt das Gericht fest, daß der Insolvenzverwalter seinen Aufgaben im Rahmen einer Betriebsfortführung nicht gewachsen ist, so ist dies sowohl nach geltendem Recht⁷⁶⁾ als auch nach der Insolvenzordnung ein wichtiger Grund, ihn aus seinem Amt zu entlassen.⁷⁷⁾
- 1559** Beschließt die Gläubigerversammlung im Berichtstermin die Fortführung des Geschäftsbetriebes (§ 157 InsO), so hat das Gericht die Entscheidungsgrundlagen zu überprüfen, um festzustellen, ob die Durchführung dieses Beschlusses dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger widerspricht. Trifft dies zu, so ist

75) OLG München, Urt. v. 18. 7. 1991 - 1 U 2199/89, ZIP 1991, 1367, dazu EWiR 1991, 1003 (App); OLG Hamm, Beschl. v. 27. 4. 1973 - 23 W 84/73, MDR 1973, 1029.

76) Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 8 Rz. 106; Hess/Binz/Wienberg, GesO, § 8 Rz. 34a; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 84 Rz. 2; Pape, DtZ 1995, 40.

77) Braun/Uhlenbruck, S. 191; Vallender, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 209 ff Rz. 54 f.

das Insolvenzgericht verpflichtet, den Beschluß der Gläubigerversammlung **aufzuheben** (§ 78 Abs. 1 InsO).

Generell wird das Insolvenzgericht künftig weit stärker in die Überwachung einer Betriebsfortführung einbezogen sein, da es nicht zuletzt auch seiner Beurteilung unterliegt, wann im konkreten Fall von einer erheblichen Vermögensminderung auszugehen ist.⁷⁸⁾ Die Insolvenzordnung erkennt ausdrücklich an, daß die Fortführung eines Geschäftsbetriebes in bestimmten Grenzen ohne Verstoß gegen die gesetzlichen Insolvenzverfahrenszwecke unrentabel verlaufen darf und die Subventionierung der Fortführung aus dem vorhandenen Vermögen zumindest teilweise zulässig ist. Die **Grenzziehung** wird durch die dem Gericht vorbehaltenen Entscheidungen über einen vom Insolvenzverwalter gestellten Stilllegungsantrag erfolgen (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO, § 158 Abs. 2 InsO).⁷⁹⁾

III. Betriebsfortführung und Vergütungsfragen

1. Allgemeines

Die Fortführung eines Geschäftsbetriebes unter Aufsicht eines vorläufigen Vergleichsverwalters, im eröffneten Vergleichsverfahren, im Konkurs- und Gesamtvollstreckungsantragsverfahren sowie nach deren Eröffnung zählt zu den besonderen **Erhöhungsfaktoren** der Vergütungsverordnung⁸⁰⁾. Während die Regelungen in der Vergütungsverordnung die Höhe der Vergütung vorgeben, folgt der Anspruch des Verwalters aus dem Gesetz (§ 85 KO, § 21 Abs. 1 GesO, § 63 - 65 InsO). Eine auf der gesetzlichen Verordnungsermächtigung (§ 65 InsO) beruhende Neufassung der Vergütungsverordnung liegt bislang lediglich als Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 11. Januar 1994 vor.⁸¹⁾

Zeitgeistkonform entwickelt sich die Neigung, die Erregung an Stammtischen in Vergütungsregelungen einfließen zu lassen,⁸²⁾ um die Belastung der Insolvenzmasse mit Vergütungsansprüchen in Grenzen zu halten,⁸³⁾ während zu-

78) *Vallender*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 209 ff Rz. 63.

79) *Lüke*, in: *RWS-Forum* 9, S. 67.

80) Verordnung über die Vergütung des Konkursverwalters, des Vergleichsverwalters, der Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Mitglieder des Gläubigerbeirates vom 25. 5. 1960, BGBl I, 329, zuletzt geändert durch die 4. Änderungsverordnung vom 11. 6. 1979, BGBl I, 637.

81) Entwurf des Bundesjustizministeriums vom 11. 1. 1994 einer Insolvenzzurechtlichen Vergütungsverordnung (InsVV), abgedruckt in: *Eickmann*, *VergVO*, Anhang E; vgl. auch *Eickmann*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 359 ff Rz. 1.

82) *Eickmann*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 359 ff Rz. 24.

83) *Braun/Uhlenbruck*, S. 194.

gleich die Anforderungen an die zu erfüllenden Pflichten und die Qualität der Abwicklung fortlaufend gesteigert werden.

2. Erhöhung der Teilungsmasse durch Überschüsse

- 1563 Anknüpfungspunkt** für die Berechnung der Vergütung ist die Teilungsmasse. Für die Insolvenzordnung gilt dies ausnahmslos auch dann, wenn die Summe aller am Verfahren beteiligten Forderungen niedriger ist als die Aktivmasse. Maßgebend ist dabei die Teilungsmasse, die sich aus der Schlußrechnung ergibt (§ 1 Abs. 1 VergVO). Grundlagen sind die während des Verfahrens getätigten **Einnahmen**, die um durchlaufende Posten sowie die Abflüsse für Aus- und Absonderungsrechte zu bereinigen sind (§ 2 Nr. 1 VergVO).
- 1564** Der Überschuß aus einer Betriebsfortführung erhöht die Teilungsmasse. Er ist abzuleiten aus den fortführungsspezifischen Zu- und Abflüssen, bereinigt um diejenigen Kosten, die auch im Falle einer sofortigen Liquidation angefallen wären. Bei diesen Verbindlichkeiten handelt es sich um Masseschulden, die unabhängig von der Art der Abwicklung vorweg aus der Masse zu berichtigen sind.⁸⁴⁾
- 1565 Nennenswerte Überschüsse** als Folge einer kurz-, mittel- oder auch langfristigen Betriebsfortführung sind eher die Ausnahme. Mit den Mitteln des Insolvenzrechts sind tiefgreifende wirtschaftliche Fehlentwicklungen, die zur Insolvenz geführt haben, nicht innerhalb kürzester Frist zu bereinigen.

3. Vergütungseinbußen durch Fortführung

- 1566** Würde ausschließlich auf die Erhöhung der Teilungsmasse abgestellt, träfe den fortführenden Verwalter eine Vergütungseinbuße, der zudem noch mit einem weit höheren Abwicklungsaufwand, komplexen rechtlichen und wirtschaftlichen Problemen und monatelanger Geschäftsführertätigkeit verbunden ist. In der Relation zu einem Liquidationsverfahren verringert sich die Rentabilität aus der Sicht des fortführenden Verwalters um ein Vielfaches, wenn die am Ende bewilligte Vergütung an der Mehrarbeit und dem höheren Zeitfaktor gemessen wird.
- 1567** Der Entwurf für eine neue Vergütungsverordnung (oben Rz. 1561) bringt für die Verwalter gravierende Tarifverschlechterungen von 20 % bei den Eingangswerten bis zu 70 % im oberen Bereich, wobei sich keine Verbesserungen bei den **Zuschlägen** im Falle von Betriebsfortführungen abzeichnen.⁸⁵⁾

84) *Eickmann*, VergVO, § 2 Rz. 15; *Eickmann*, Vergütung, S. 7; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 85 Rz. 2; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 85 Anm. 3.

85) *Eickmann*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 359 ff Rz. 22.

Im Kreise der Verwalter wird der Vergütungsaspekt zumindest hinter vorgehaltener Hand als Grund für die Vermeidung von rechtlich zulässigen und wirtschaftlich möglichen Betriebsfortführungen angeführt. Verstärkt wird diese Tendenz durch die im Falle einer Betriebsfortführung eingeschränkten Möglichkeiten zur frühzeitigen Entnahme eines Vorschusses, der nach mittlerweile herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur auch schon unmittelbar nach Verfahrenseröffnung bewilligt werden darf.⁸⁶⁾ 1568

4. Auswirkungen von Vorschüssen auf die Fortführungsliquidität

Die Entnahme eines Vorschusses, der unter Berücksichtigung von Art und Umfang und Schwierigkeitsgrad des jeweiligen Insolvenzverfahrens auch den 4- bis 5fachen Regelsatz übersteigen kann, führt zu einer erheblichen Belastung der im Anfangsstadium **begrenzten Liquidität**. Sie hat Auswirkung auf die finanziellen Spielräume eines fortführenden Verwalters, der bei der Entnahme des Vorschusses die von ihm bereits begründeten oder noch zu begründenden Verpflichtungen berücksichtigen muß. Vorschüsse auf festzusetzende Vergütungsansprüche werden in Liquiditätsbedarfsrechnungen nicht berücksichtigt, da die Beteiligten eine Diskussion zu dem Thema Verfahrenskosten vermeiden wollen und der Festsetzungszeitpunkt nicht bekannt ist. Einer der spektakulärsten Haftungsfälle (Fall Dresse) wurde durch die Entnahme eines Vorschusses von über 600 000 DM unmittelbar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgelöst. Der Verwalter war anschließend nicht mehr in der Lage, seine eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Die ohnehin defizitäre Betriebsfortführung konnte mit Hilfe eines eingeweihten Bankangestellten noch eine Zeitlang über Buchungstricks durch den Einsatz von CPD-Konten bis zum **vollständigen Zusammenbruch** aufgefangen werden, der einen Schaden in Millionenhöhe verursachte. 1569

Um derartige Konsequenzen zu vermeiden, muß der Verwalter daher mit der Entnahme eines Vorschusses auf seinen Vergütungsanspruch meist bis zum Abschluß der Fortführung warten. Da die Fortführungszeiten aufgrund mangelnder Übernahmenachfrage sich fortlaufend verlängern, hat der Verwalter seine eigenen Geschäftskosten oftmals über Monate, in **Ausnahmefällen** auch über Jahre, aus der Sequestervergütung zu decken, die sich nach mittlerweile 1570

86) BVerfG, Beschl. v. 30. 3. 1993 - 1 BvR 1045/89, 1 BvR 1381/90, 1 BvL 11/90, ZIP 1993, 838, 843; BGH, Urt. v. 5. 12. 1991 - IX ZR 275/90, BGHZ 116, 233, 244 = ZIP 1992, 120 = NJW 1992, 692, dazu EWIR 1992, 173 (Uhlenbruck); LG Köln, Beschl. v. 8. 5. 1990 - 19 T 118/90, ZIP 1990, 877; Eickmann, Vergütung, S. 52; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 21 Rz. 90.

herrschender Auffassung aus analoger Anwendung der §§ 85 KO, 21 GesO und der Bestimmungen der Vergütungsverordnung ergibt.⁸⁷⁾

5. Fortführung als Erhöhungsfaktor

- 1571 Die von der Vergütungsverordnung vorgesehenen Zuschläge sollen besondere Erschwernisse bei der Verwaltungstätigkeit ausgleichen. **Erschwernisse** werden nach mittlerweile durchgängiger Praxis in der Form von Multiplikatoren ausgeglichen, die die angemessene Vergütung des sogenannten Normalverfahrens erhöhen. Für das Konkursverfahren stellt dies der 4fache, für das Gesamtvollstreckungsverfahren der 5fache Regelsatz dar (§§ 2, 3 VergVO).⁸⁸⁾
- 1572 Für Betriebsfortführungen wird durchweg der Faktor 3 als Vergütungsmultiplikator angegeben.⁸⁹⁾ Veröffentlichte Entscheidungen belegen Vergütungsfestsetzungen bis zum 14fachen Regelsatz.⁹⁰⁾ Allerdings lassen die Entscheidungen nicht erkennen, in welcher Weise die Betriebsfortführung zur Erhöhung des Regelsatzes beigetragen hat. Dahinter steht häufig die noch herrschende Praxis, die Vergütung einer **pauschalen Angemessenheitsprüfung** zu unterziehen, mit der Aspekte in die Vergütungsentscheidung einfließen, die sich aus dem geschlossenen Regelwerk der Vergütungsverordnung nicht ableiten lassen.⁹¹⁾

6. Angemessenheitserwägungen als Willkürelement

- 1573 Das Unbehagen an der unbefriedigenden Vergütungsregelung im Falle der Betriebsfortführung im eröffneten Insolvenzverfahren ist weit verbreitet, ohne daß bislang überzeugende Lösungsansätze gefunden wurden.⁹²⁾ Doch finden sich immer noch **Willkürelemente** wie „großzügige Bemessung“ oder „Ausuferung der Erhöhungsmöglichkeiten“, die mit einem verfassungskonformen Festsetzungsverfahren, das auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Rechts-

87) BVerfG, Beschl. v. 9. 2. 1989 - 1 BvR 1164/87, ZIP 1989, 384; OLG Frankfurt/M., Urt. v. 29. 4. 1992 - 21 U 188/90, ZIP 1992, 1564, 1565, dazu EWiR 1993, 165 (Eickmann); Eickmann, ZIP 1981, 143; ders., ZIP 1982, 21, 23; ders., VergVO, Anhang A Rz. 9 ff; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 106 Rz. 22c m. w. N.; Herbert, S. 213 ff; Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 106 Anm. 4; Gottwald/Delhaes, § 120 Rz. 20 ff.

88) Eickmann, Vergütung, S. 15 m. w. N.; ders., VergVO, § 4 Rz. 6; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 85 Rz. 4b; Haarmeyer/Wutzke/Förster, § 21 Rz. 48d.

89) Eickmann, Vergütung, S. 123 ff; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 85 Rz. 5d; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO, § 21 Rz. 72.

90) Vgl. dazu im einzelnen die Aufzählung bei Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 85 Rz. 5d.

91) Eickmann, in: RWS-Forum 9, S. 257 ff.

92) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 85 Rz. 5a; Eickmann, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 359 ff Rz. 1.

anwendung innerhalb des vorhandenen Regelungssystems zur richtigen Festsetzungsentscheidung führt, nichts gemein haben.⁹³⁾

Qualifizierte Verwalter, die über eingearbeitete und geschulte Mitarbeiter verfügen, sollen im Gegenzug Einbußen hinnehmen, weil auch komplizierte Verfahren für sie keine besondere Schwierigkeit mehr darstellen.⁹⁴⁾ 1574

Willkür läßt sich nur vermeiden, wenn das Regelwerk der Vergütungsverordnung auf jeden Einzelfall angewendet wird, wobei die Erhöhungskriterien auf der Grundlage einer Parameterbildung gewichtet werden müssen. Es sind Fallgruppen zu bilden und verschiedene Verfahren miteinander zu vergleichen, um den im Einzelfall gebotenen Multiplikator zu ermitteln. Für Betriebsfortführungen können keine generellen Multiplikatoren (z. B. 3 oder 4) bestimmt werden. Auch hier entscheidet der Einzelfall im Vergleich zu anderen Fällen. Es kommt auf die **branchenspezifischen Schwierigkeiten**, die Position des Unternehmens im Markt, z. B. dessen grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen, auf die Betriebsgröße, die Dauer der Fortführung sowie die Intensität und den Umfang der Leitungsfunktion des Verwalters an, die im Festsetzungsantrag des Verwalters im einzelnen darzustellen und zu belegen sind. 1575

Liegen die Voraussetzungen des § 4 VergVO vor, so sind diese Kriterien ausnahmslos und ohne Rücksicht auf die Person des jeweiligen Verwalters anzuwenden.⁹⁵⁾ Die jeweiligen Zuschläge sind zur Regelvergütung zu addieren. Liegen die in der Verordnung enthaltenen Minderungskriterien vor, so führen diese nicht zu einer Kürzung des Erhöhungsbetrages, sondern lediglich zur Minderung der Regelvergütung.⁹⁶⁾ 1576

7. Vergütung von Spezialkenntnissen, Bezüge für Geschäftsführung

Im Vergütungssystem gilt der Grundsatz, daß der Verwalter, der **Spezialkenntnisse in den Dienst der Masse** stellt, einen Anspruch auf gesonderte Vergütung hat.⁹⁷⁾ Bei einer Fortführung des Geschäftsbetriebs übernimmt er die Funktion des Geschäftsleiters. Ihm steht für diese Tätigkeit eine an Branche, Zuschnitt und Größe des fortgeführten Betriebes ausgerichtete Vergütung für diese Tätigkeit zu. Die Leitung und Überwachung eines Betriebes im Tagesgeschäft steht gesondert neben der verwalterspezifischen Abwicklungstätigkeit. 1577

93) Verfehlt: *Gottwald/Delhaes*, § 120 Rz. 12.

94) *Gottwald/Delhaes*, § 120 Rz. 13.

95) *Eickmann*, in: *RWS-Forum* 9, S. 257 ff.

96) *Eickmann*, in: *RWS-Forum* 9, S. 257 ff.

97) *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 85 Rz. 12; *Eickmann*, VergVO, Vor § 1 Rz. 22; *ders.*, Vergütung, S. 22; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 85 Anm. 2 a.

- 1578** Die Rechtsgrundlage wird durch einen Anstellungsvertrag zu Lasten der Masse geschaffen, nicht anders als in den Fällen, in denen der Verwalter in außergerichtlichen oder gerichtlichen Tätigkeiten als Steuerberater oder als Wirtschaftsprüfer seine Sonderqualifikation für die Masse nutzbar macht. Wäre dies nicht zulässig, müßte der Verwalter die Führung der Tagesgeschäfte einem auf Zeit angestellten Management oder auch dem Gemeinschuldner übertragen, der zu Lasten der Masse vergütet werden müßte,⁹⁸⁾ denn der Verwalter kann grundsätzlich nicht zu **unentgeltlichen Dienstleistungen** für die Masse verpflichtet werden.⁹⁹⁾
- 1579** Gläubiger, die sich für eine Fortführung des Geschäftsbetriebes entscheiden, müssen die auf der **Leitungsebene** entstehenden **Regiekosten** als Aufwandsposten in die Planrechnung einbeziehen. Welche Kosten hier anfallen, läßt sich aus veröffentlichten Geschäftsführerbezügen branchenbezogen ermitteln.¹⁰⁰⁾
- 1580** Beschäftigt der Verwalter eigene Mitarbeiter oder den Gemeinschuldner zu Lasten der Masse und zur Erledigung bestimmter Aufgaben, so sind deren Bezüge von der **Geschäftsführervergütung des Verwalters** abzuziehen, sofern das Unternehmen nicht aufgrund seiner Größe und seines Zuschnitts nur kollegial zu führen ist und die Leitungsfunktion ohnehin von einem Kollegialorgan mit entsprechender Aufgabenteilung erledigt wird.
- 1581** Bleibt die Unternehmensführung im Amt oder beschränkt sich der Verwalter im Tagesgeschäft lediglich auf begleitende Überwachungsmaßnahmen, so entfällt der Anspruch auf gesonderte Bezüge für die Geschäftsführung. In diesen Fällen bleibt es bei den in der Vergütungsverordnung vorgesehenen Erhöhungskriterien.
- 1582** Bezüge des Verwalters, die aufgrund seiner **Geschäftsführungstätigkeit** zu Lasten der Masse vereinbart werden, sind vom Gläubigerausschuß zu genehmigen, da es sich insoweit um Masseansprüche oder ein bedeutsames Rechtsgeschäft des Verwalters handelt (§ 133 Nr. 2 KO, § 15 Abs. 6 GesO).
- 1583** Im neuen Insolvenzrecht handelt es sich um eine Maßnahme, die der **Überwachungspflicht** des Gläubigerausschusses unterliegt (§ 69 InsO). Dabei bleibt allerdings abzuwarten, welche Vorgaben die aufgrund der gesetzlichen Verordnungsermächtigung noch zu erlassende Vergütungsverordnung zur Vergütung des fortführenden Verwalters bestimmt.

98) *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 85 Anm. 1 c; kritisch dazu: *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 85 Rz. 5a.

99) BVerfG, Beschl. v. 30. 3. 1993 - 1 BvR 1045/89 u. a., BVerfGE 88, 145 = ZIP 1993, 838, 843, dazu EWIR 1993, 701 (*Pape*).

100) Vgl. dazu *Impulse* 10/96, S. 126 ff.

8. Vergütung der Mitglieder eines Gläubigerausschuß

Mitglieder eines Gläubigerausschusses haben Anspruch auf Vergütung und den Ersatz angemessener Auslagen (§ 91 KO, § 21 Abs. 1 GesO, § 73 InsO). Die Berechnung erfolgt auf der Grundlage der Vergütungsverordnung (§ 13 Abs. 1 VergVO). **Basis ist der Zeitaufwand.** Diese Vorgabe wird von der Insolvenzordnung übernommen (§ 73 Abs. 1 Satz 2 InsO). 1584

Die zeitaufwandsbezogene Abrechnung der Gläubigerausschußvergütung führt bei Betriebsfortführungen zu problematischen Ergebnissen. Die Vergütungsansprüche werden durch die Zeitdauer fortlaufend und ergebnisunabhängig erhöht. „Hauptberufliche“ Gläubigerausschußmitglieder bilden daher bei Betriebsfortführungen - insbesondere in den neuen Bundesländern - ein häufig nicht zu kalkulierendes **Kostenpotential**, da die Mitglieder eines Gläubigerausschusses ihre gesetzlichen Pflichten in eigener Verantwortung erfüllen. 1585

In Fortführungsverfahren ist es daher unumgänglich, die Vergütung der Mitglieder eines Gläubigerausschusses nach anderen Maßstäben festzusetzen und dabei sowohl das Ergebnis der Fortführung als auch die Vergütungsansprüche des Verwalters als **Bemessungskriterien** heranzuziehen. 1586

Zunehmend setzt sich daher die Praxis durch, die Vergütungsansprüche der Ausschußmitglieder zu pauschalieren und prozentual an der Verwaltervergütung auszurichten, wobei in einzelnen Fällen und bei Ausschüssen, die aus fünf und mehr Mitgliedern bestehen, bis zu 50 % der Verwaltervergütung erreicht werden können.¹⁰¹⁾ 1587

Die bewilligten Stundensätze weichen regional derart voneinander ab, daß die **Willkürgrenze** häufig überschritten ist. Zwar wird der in der Vergütungsverordnung noch vorgesehene Regelsatz von 15 DM allgemein als diskriminierend empfunden und nicht mehr angewendet, doch reicht die Bandbreite mittlerweile von 25 DM bis 300 DM pro Stunde, wobei die einzelnen Gerichte unterschiedliche Anforderungen an Qualität und Umfang der Aufzeichnungen zur **Dokumentation** des geleisteten Aufwands stellen. Der vorliegende Entwurf einer Vergütungsverordnung geht von 50 DM als Stundensatz für Gläubigerausschußmitglieder aus,¹⁰²⁾ damit sind die Weichen für eine „Verbeam- 1588

101) Vgl. dazu auch LG Aachen, Beschl. v. 20. 7. 1992 - 3 T 265/91, ZIP 1993, 137, dazu EWiR 1993, 69 (Uhlenbruck); AG Gummersbach, Beschl. v. 24. 3. 1986 - 16 N 58/85, ZIP 1986, 659; AG Mannheim, Beschl. v. 6. 2. 1985 - N 187/84, ZIP 1985, 301, dazu EWiR 1985, 207 (Eickmann); AG Stuttgart, Beschl. v. 19. 12. 1985 - 6 (S) N 698/82, ZIP 1986, 659, dazu EWiR 1986, 401 (Eickmann); AG Karlsruhe, Beschl. v. 16. 12. 1986 - N 48/86, ZIP 1987, 124, dazu EWiR 1987, 387 (Eickmann); Eickmann, VergVO, § 13 Rz. 6, 7.

102) § 17 Abs. 1 EInsVV, abgedruckt bei: Eickmann, VergVO, Anhang E, S. 237; Braun/Uhlenbruck, S. 211.

tung“ der Ausschüsse gestellt, da Selbständige und Freiberufler zu diesen Tarifen nicht zu gewinnen sind.

- 1589** Wenn qualifizierte Gläubigerausschüsse gewollt sind, müssen Zeitaufwand und entstehende Auslagen angemessen und willkürfrei vergütet werden. Auch unter diesem Gesichtspunkt bieten sich **Pauschalvergütungen** an, zumal die Vergütungsverordnung Spielräume läßt, da der Zeitaufwand nur „im allgemeinen“ maßgebend sein soll (§ 13 Abs. 1 VergVO).
- 1590** Viele Mitglieder eines Gläubigerausschusses halten die Verpflichtung, ihren Aufwand tabellarisch festzuhalten und in geeigneter Form zu belegen, für herabsetzend, zumal über einen langen Zeitraum Telefonate, Aktenstudium, Gespräche und die Teilnahme an Verhandlungen meist nicht mehr lückenlos zu dokumentieren sind. Allgemein werden daher auch pauschale Zuschläge von bis zu 40 % für nicht erfaßte Zeitstunden vergütet.
- 1591** Unentgeltlich sind Ausschußmitglieder tätig, wenn sie als Angestellte oder Beamte von einer Behörde in den Ausschuß entsendet werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn der betreffende Mitarbeiter die Aufgabe höchstpersönlich übernimmt.¹⁰³⁾ Allerdings besteht in diesen Fällen häufig eine **Abführungspflicht** an den Dienstherrn oder im privatwirtschaftlichen Bereich an den Arbeitgeber, der als Gläubiger am Verfahren beteiligt ist und auf diese Weise einen unzulässigen Vorabausgleich auf seine angemeldete Forderung erhält. In diesen Fällen darf der Vergütungsanspruch des betreffenden Ausschußmitgliedes nur den Auslagenersatz umfassen, um eine unzulässige vorzugsweise Befriedigung eines einzelnen Gläubigers zu vermeiden. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Dienstherr oder Arbeitgeber, an den die Ausschußvergütung abzuführen ist, nicht als Gläubiger am Verfahren beteiligt ist.

IV. Zusammenfassung

- 1592** Das **Haftungsrisiko** für Verwalter und Ausschußmitglieder - intern wie extern - läßt sich durch Planung, Kontrolle und Rechnungslegung nahezu vollständig ausschließen, jedenfalls aber erheblich begrenzen. Dies setzt aber auch voraus, daß die Organe den Mut haben, eine Betriebsfortführung zu beenden, wenn sich ein Mißerfolg abzeichnet, damit eine haftungsrelevante erhebliche Vermögensminderung vermieden wird.
- 1593** Für seine Tätigkeit steht dem fortführenden Verwalter die unter Einbeziehung der vorgegebenen Erhöhungskriterien in richtiger Anwendung ermittelte Vergütung zu. Die **Vergütung** ist frei von Gönnertum oder willkürlicher Angemessenheitsprüfung festzusetzen.

103) OLG Köln, Urt. v. 1. 6. 1988 - 13 U 234/87, ZIP 1988, 992, dazu EWiR 1988, 809 (Hegmanns).

Erfüllt der fortführende Verwalter über die in den Erhöhungskriterien genannten Tätigkeitsbereiche hinaus **Managementaufgaben im Tagesgeschäft**, so hat er zu Lasten der Masse Vergütungsansprüche bis zur Höhe eines in der entsprechenden Branche und unter Berücksichtigung der Unternehmensgröße gezahlten Geschäftsführergehaltes unter Anrechnung von Vergütungszahlungen an Hilfskräfte, die im Auftrage des Verwalters ebenfalls mit Leitungsaufgaben befaßt sind. 1594

Die Vergütungsregelungen im geltenden wie im zukünftigen Recht sind fortführungshemmend. Der höhere Aufwand, die größere Verantwortung und die qualitativen Anforderungen werden im Verhältnis zum einfachen Liquidationsverfahren nicht angemessen vergütet. Fortführende Verwalter handeln gegen ihre eigenen **finanziellen Interessen**. 1595

H. Schlußbetrachtung

Für Betriebsfortführungen gibt es **keine Muster**, keine Rezepte und keine standardisierten Handlungsanweisungen. Die mit ihr verbundenen Risiken dürfen nicht unterschätzt werden. Im Rahmen einer notwendigerweise prozeßhaften Entwicklung hängt der Erfolg der Betriebsfortführung selbst bei sorgfältigster Vorbereitung, Planung und Überwachung auch von Faktoren ab, die nicht in der Einflußsphäre der Verfahrensorgane liegen. 1596

Dieser Erkenntnis wurde auch das zunächst vorgesehene Schlußkapitel geopfert, das sich mit den Möglichkeiten zur Erarbeitung einer **rechnergestützten Fortführungsprognose** (Expertensystem) befassen sollte. 1597

Insolvenzpraktiker berücksichtigen im Zusammenhang mit Betriebsfortführungen zwei ungeschriebene Grundsätze: 1598

- Es gibt keine Grundsätze.
- Nach Möglichkeit ist jede Fortführung zu vermeiden.

Letzteres ist leicht getan, wenn nicht zeitlich unmittelbar mit der Einleitung eines Insolvenzverfahrens die notwendigen Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Organisations- sowie der Absatz- und Kundenstrukturen ergriffen werden. Eine nur wenige Tage währende Untätigkeit kann allen Fortführungsüberlegungen ein schnelles Ende bereiten.

Vermeehrt geben sich Gläubiger, Insolvenzgerichte, aber auch die Öffentlichkeit mit der Abwicklung auf der Grundlage reiner Liquidationsverfahren nicht zufrieden. Es wächst die Erkenntnis, daß eine **sofortige Stillegung eine organisierte Form der Wertevernichtung** bedeuten kann, wenn vorhandene Chancen zur zumindest temporären Fortführung eines Geschäftsbetriebes nicht genutzt werden. Auch die Unterlassung einer rechtlich zulässigen und wirtschaftlich möglichen Fortführung kann eine insolvenzzweckwidrige Maßnahme darstellen. 1599

Ebenso gefährlich wie Angststillegungen sind Fortführungsentscheidungen, die auf irrationalen und von außen auf die Verfahrensorgane einwirkenden Aspekten beruhen. Der Druck auf die vom Gericht ernannten Sequester und späteren Verwalter, insolvente Betriebe zumindest zeitweilig fortzuführen, ist als Folge der schwierigen wirtschaftlichen Lage erheblich gestiegen. Die Öffentlichkeit mißt die **Qualität einer Insolvenzabwicklung** an der Zahl der erhaltenen Arbeitsplätze. Solange es jedoch dabei bleibt, daß sich auch ein wirtschaftlich orientiertes Abwicklungsverfahren mit arbeitsmarkt-, sozial- und strukturpolitischen Nebenwirkungen an den gesetzlich vorgegebenen Verfahrenszielen messen lassen muß, kann und darf der Gesichtspunkt der Arbeitsplatzerhaltung nicht im Mittelpunkt einer Betriebsfortführung stehen. Dies wird von der Öffentlichkeit anders gesehen. Der Verwalter ist jedoch nicht als 1600

Kommissar im Auftrag des jeweiligen Wirtschaftsministeriums zwecks Erfüllung allgemein politischer Vorgaben tätig, sondern hat die Aufgabe, das den Gläubigern haftungsrechtlich zugewiesene Vermögen bestmöglich zu verwerten und zur gleichmäßigen Befriedigung auf der Grundlage der gesetzlichen Verteilungsvorschriften an die Gläubiger auszukehren.

- 1601** Ein fortführender Verwalter, der der Versuchung erliegt, sich anstelle des gescheiterten Gemeinschuldners als Unternehmer oder Sanierer zu profilieren, ist meist schnell gescheitert. Die Fortführung ist - mit Ausnahme von **Großinsolvenzen** - immer nur ein Mittel, um eines der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensziele zu erreichen. Dies gilt auch unter den Bedingungen der Insolvenzordnung.
- 1602** Trotz aller Bestrebungen, die Voraussetzungen für eine gesetzliche Sanierungsförderung zu schaffen, hängt eine Betriebsfortführung entscheidend von den **wirtschaftlichen Rahmenbedingungen** und der Bewältigung rechtlicher, organisatorischer und betriebswirtschaftlicher Störpotentiale ab. Die Erfahrungen mit der Gesamtvollstreckung zeigen, daß gerade auch ein nicht sonderlich perfektes Gesetzeswerk hervorragend geeignet ist, wenn es darum geht, die notwendigen Voraussetzungen für prozeßhafte Verläufe zu schaffen, deren Bewältigung in erster Linie von der Klärung wesentlicher **Machtfragen** abhängt, und ansonsten Freiräume für eine einzelfallbezogene Abwicklung zu bieten.
- 1603** Hier hat der deutsche Gesetzgeber möglicherweise eine große Chance verstreichen lassen, indem er ohne Auswertung der mit der Gesamtvollstreckungsordnung - dem etwas anderen Konkursrecht - gewonnenen Erfahrungen die Insolvenzordnung verabschiedet und sie zudem einer mehr als fünfjährigen Vorbeurteilung ausgesetzt hat. Dabei kann allerdings nicht übersehen werden, daß auch die Gesamtvollstreckungsordnung ihren **Alternativcharakter** zunehmend verloren hat, weil insbesondere die bei den Geld- und Warenkreditgebern unerwünschten Eingriffe in ihre Rechtspositionen dazu geführt haben, die Gesamtvollstreckung aus der Sicht der Konkursordnung zu betrachten und selbst dort **Regelungslücken** zu entdecken, wo die Gesamtvollstreckungsordnung *Regeln enthält*. Oft werden dann vor allem in der Kommentarliteratur die Bestimmungen der Gesamtvollstreckungsordnung unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literaturmeinungen erläutert, die aus der Zeit vor 1990 stammen und sich daher einzig und allein auf die Konkursordnung beziehen können. Diese Entwicklung wäre nur vermeidbar gewesen, wenn eine eigenständige DDR-Rechtswissenschaft und -Praxis in der Lage gewesen wäre, die Gesamtvollstreckungsordnung und die von ihr verfolgten Verfahrenszwecke gegen die konkursrechtliche Betrachtungsweise zu verteidigen. So aber ist auch die Gesamtvollstreckungsordnung **westlich** besetzt worden. Allein aus diesem Grunde dürfte die Entscheidung des Gesetzgebers, die Gesamtvollstreckungsordnung gegen die von der Praxis erhobene Forderung nicht zum gesamtdeut-

schen Insolvenzrecht zu machen, richtig gewesen sein, obwohl die Gesamtvollstreckungsordnung über ein wesentlich höheres **Fortführungs- und Sanierungspotential** verfügt, sofern man sie eigenständig und nicht aus dem Blickwinkel des Konkursrechts betrachtet.

Wer fortführen und sanieren will, muß Machtfragen regeln. Statt dessen haben sich die Verfasser der neuen Insolvenzordnung auf den inhaltsleeren Begriff der Marktkonformität zurückgezogen, der erst noch mit Leben gefüllt werden muß. Im (freien) Markt herrscht das **Gesetz des Stärkeren**, der Eingriffe in seine Rechtsposition nur hinnimmt, wenn er sich daraus langfristig einen wirtschaftlichen Vorteil verspricht. Der unlösbare Zusammenhang zwischen Fortführung und Sanierung auf der einen Seite und notwendigen Eingriffen in gesicherte **Rechtspositionen** auf der anderen wäre für den bundesdeutschen Gesetzgeber durch einen Blick über die nahe Grenze in die **Niederlande** erkennbar gewesen, wo mit der Einführung von nur zwei gesetzlichen Vorschriften in das bestehende Faillissementswet eine Schutzzone, genannt „Afkoelingsperiode“, geschaffen wurde, in der unter Ausschluß aller äußeren Eingriffsmöglichkeiten die Fortführungs- und Sanierungsfähigkeit eines insolventen Unternehmens zeitlich befristet geprüft und umgesetzt werden kann. 1604

Deutschland ist statt dessen den amerikanischen, französischen und österreichischen Vorbildern gefolgt, die ebenfalls umfassende Kodifikationen auf dem Gebiet des Insolvenzrechts mit dem vorgeblichen Ziel einer gesetzlichen Sanierungsförderung verabschiedet haben, wobei sich die Insolvenzordnung vor allem am amerikanischen Beispiel, insbesondere beim Planverfahren, orientiert. 1605

Einzigartig ist die Tatsache, daß zwischen der Verabschiedung des Gesetzes und seinem Inkrafttreten mehr als fünf Jahre vergehen werden. Praktiker, Rechtsprechung, Lehre und Interessenverbände haben daher ausreichend Gelegenheit, eigene Bilder der Insolvenzordnung, ihrer Möglichkeiten und Grenzen zu entwerfen. Ob es jemals in Deutschland ein Gesetz gegeben hat, zu dem bereits vor Inkrafttreten mehrere tausend Seiten Literatur veröffentlicht wurde, ist nicht bekannt. Jedenfalls ist der unbefangene Umgang mit den voraussichtlich 1999 in Kraft tretenden Neuregelungen auf diese Weise ausgeschlossen. 1606

Bei allem **Detailperfektionismus** enthält die Insolvenzordnung bezogen auf die mit ihr angestrebten Sanierungsziele Geburtsfehler, die sich vor allem auch auf die Betriebsfortführung sowohl als notwendige Voraussetzung einer Reorganisation oder übertragenden Sanierung als auch der Auslaufproduktion mit anschließender Liquidation auswirken dürften. Die Voraussetzungen für eine Betriebsfortführung werden ausschließlich im Eröffnungsverfahren geschaffen. Dieses ist jedoch nicht mit dem eröffneten Insolvenzverfahren verzahnt, die eine Fortführung erleichternden - teilweise neu eingeführten - Bestimmungen gelten im Eröffnungsverfahren nicht. Dies wird sich vor allem auf die weitere 1607

Nutzung von mit Sonderrechten belasteten Anlagegegenständen und bei der Verarbeitung der Warenbestände auswirken, zu deren Nutzung oder Verwertung der Verwalter erst im eröffneten Insolvenzverfahren gegen Entschädigung berechtigt ist.

- 1608** Die abweichenden Kündigungsregelungen im Bereich des Arbeitsrechts und das von der Insolvenzordnung vorgesehene Einigungsverfahren zum Abschluß und zur Durchführung eines Interessenausgleichs sowie die vorgezogene Abwicklung einer übertragenden Sanierung sind ebenfalls nur im eröffneten Insolvenzverfahren anwendbar. Dabei sind die **Brüche** in der gesetzlichen Logik und Systematik teilweise unerklärlich, da z. B. die für eine Betriebsfortführung notwendigen Gewerbeerlaubnisse bereits mit der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren zukünftig nicht mehr untersagt werden dürfen.
- 1609** Die **haftungsrechtlichen Konsequenzen** aus einer gesetzlich verfügten Pflicht zur Betriebsfortführung nach vorheriger Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter sind derzeit noch nicht zu übersehen. Wer die Folgen im Falle einer erheblichen Vermögensverminderung oder bei nicht gewährleisteter Deckung der eingegangenen Fortführungsverbindlichkeiten trägt, wenn das Gericht einem Stilllegungsantrag nicht oder nicht rechtzeitig entspricht oder der Verwalter gegen seinen Willen zur Fortführung verpflichtet wird oder bleibt, ist ungeklärt. Ob Versicherungsgesellschaften zukünftig noch bereit sein werden, auch den fortführenden Verwalter zu versichern, der nicht mehr in der Lage ist, sofort und konsequent im Falle einer defizitären Fortführung zu reagieren, muß abgewartet werden.
- 1610** Bleibt es bei jährlich mehr als 20 000 Unternehmensinsolvenzen in Deutschland, ist jetzt schon abzusehen, daß die Gerichte angesichts der auf sie aus den Verbraucherinsolvenzen erwarteten **Mehrbelastungen** nicht in der Lage sein werden, Abwicklungsentscheidungen zeitnah zu begleiten, wobei zeitnah unter Fortführungsbedingungen sofort heißt.
- 1611** Der Gesetzgeber, repräsentiert durch wenige in die Materie eingearbeitete Beamte und Parlamentarier, hat 1994 ohne Einbeziehung der von der Reformkommission in nahezu 15jähriger Arbeit entwickelten Vorschläge und gegen die Argumente der Praxis die Insolvenzordnung verabschiedet und es bis heute nicht vermocht, dem Reformgesetz in Praxis und Wissenschaft **uneingeschränkte Akzeptanz** zu sichern. Die **Vorwirkungen** der Insolvenzordnung und die vorzeitige Einführung einzelner Teile der Reform angesichts einer Zeitspanne von fünf Jahren von der Verabschiedung des Gesetzes bis zu seinem Inkrafttreten verstärken den unglücklichen Gesamteindruck, zumal das

Gesetz in einigen Bestimmungen schon vor seiner ersten Anwendung reformiert werden mußte.¹⁾

Der Spielraum, der kriminellen oder unredlichen Schuldern sowohl in der Unternehmens- als auch in der Verbraucherinsolvenz im Zuge des Planverfahrens geboten wird, beeinträchtigt die **Planungssicherheit** im Falle Fortführung, da auch sogenannte Null-Pläne und in diesem Zusammenhang gestellte Anträge auf Aussetzung der Verwertung verhandelt werden und selbst dann beschieden werden müssen, wenn sie offensichtlich unsinnig sind und keine Aussicht auf Annahme haben, es sei denn, eine Gesetzesinitiative der Bundesländer führt noch zur Einführung einer Mindestquote. 1612

Die Insolvenzordnung versucht, Gericht, Verwalter, Schuldner, Gläubiger und Arbeitnehmer in einem System von „**checks and balances**“ an einem „Runden Tisch“ zusammenzubringen, um gemeinsam vermögensorientiert und marktkonform über die beste Art der Krisenbewältigung zu entscheiden. Welcher Betreiber eines gesunden Unternehmens würde sich angesichts der heutigen Markt- und Wettbewerbsbedingungen einem derartigen Abstimmungsverfahren im **Tagesgeschäft** unterziehen? 1613

Die Reform hat die Machtfrage nicht geklärt. Deshalb steht die von der Praxis geäußerte Befürchtung, die Insolvenzordnung werde die Fortführung eines Geschäftsbetriebes unter Insolvenzbedingungen nicht erleichtern und sich auch deshalb entgegen ihrem Anspruch als eher sanierungsfeindlich erweisen, unverändert im Raum. 1614

Die große Unbekannte ist die zukünftige Rolle des Insolvenzplans, die generelle Akzeptanz des Planverfahrens im Rahmen einer deregulativen Abwicklung. Hier wird sich zeigen, ob die für Fortführung und Sanierung notwendigen Eingriffe auch in gesicherte Rechtspositionen, die das Regelverfahren nicht zuläßt, über den Plan realisiert werden können. 1615

1) Prütting, in: RWS-Forum 9, S. 311, 315.

Verzeichnis der Anhänge

Seite

Anhang 1	Plan-Ertragsrechnung (Sequestration)	399
Anhang 2	Plan-Liquiditätsrechnung (Sequestration)	400
Anhang 3	Plan-Ertragsrechnung (Konkurs)	401
Anhang 4	Insolvenzbilanz (Gegenüberstellung Einstellung/Fortführung)	402
Anhang 5	Liquiditätsplanung - Tagesbericht	407
Anhang 6	Liquiditätsverlauf - graphische Darstellung	408
Anhang 7	Soll-Ist-Vergleich	409
Anhang 8	Rahmenvereinbarung zur Vorfinanzierung von Kaug	411
Anhang 9	Vereinbarung über Interessenausgleich	413
Anhang 10	Vertrag über die Errichtung einer Verwertungsgemeinschaft	417

Verzeichnis der Anhänge

	Seite
Anhang 1	Plan-Ertragsrechnung (Sequestration) 399
Anhang 2	Plan-Liquiditätsrechnung (Sequestration) 400
Anhang 3	Plan-Ertragsrechnung (Konkurs) 401
Anhang 4	Insolvenzbilanz (Gegenüberstellung Einstellung/Fortführung) 402
Anhang 5	Liquiditätsplanung - Tagesbericht 407
Anhang 6	Liquiditätsverlauf - graphische Darstellung 408
Anhang 7	Soll-Ist-Vergleich 409
Anhang 8	Rahmenvereinbarung zur Vorfinanzierung von Kaug 411
Anhang 9	Vereinbarung über Interessenausgleich 413
Anhang 10	Vertrag über die Errichtung einer Verwertungsgemeinschaft 417

Plan-Liquiditätsrechnung (Sequestration)

Konkursantragsverfahren Möbel Meier GmbH
für die Zeit vom 6. 5. bis 30. 6. 1996

Einnahmen	DM
- Umsatzerlöse	2.500.000,00
- Bestandsveränderungen teilfertige und fertige Produkte	0,00
- Massekredit (Anlaufliquidität)	450.000,00

Summe Liquiditätszuflüsse	2.950.000,00
 Ausgaben	
- Materialeinkauf einschließlich Warenbezugskosten	1.500.000,00
- Bestandsveränderungen Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe	0,00
- Personalkosten (Kaug-Zeitraum)	0,00
- Abschreibung (Werteverzehr)	0,00
- Raumkosten	50.000,00
- Regiekosten (Liquiditäts- und Ertragskontrolle)	50.000,00
- sonstige allgemeine Kosten (Büro- und Telefonkosten, Versicherungen)	20.000,00
- Kosten des mobilen Anlagevermögens (Reparaturen, Ersatz- und Neuinvestitionen)	75.000,00
- unvorhergesehene Ausgaben	20.000,00

Summe Liquiditätsabflüsse	1.715.000,00
 Liquiditätsüberschuß	1.235.000,00
	=====

Anmerkung: Die Plan-Liquiditätsrechnung weist den erwarteten Überschuß im Falle einer Fortführung während der **Sequestration** ohne Personalkosten aus.

Plan-Ertragsrechnung (Konkurs)

Konkursverfahren Möbel Meier GmbH
für die Zeit vom 1. 7. 1996 bis 31. 1. 1997

Erträge	DM
- Umsatzerlöse	8.000.000,00
- Bestandsveränderungen teulfertige und fertige Produkte	- 2.500.000,00
- Massekredit (Anlaufliquidität)	0,00

Gesamtleistung	5.500.000,00
 Aufwendungen	
- Materialeinkauf einschließlich Warenbezugskosten	1.550.000,00
- Bestandsveränderungen Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe	850.000,00
- Personalkosten	2.100.000,00
- Abschreibung (Werteverzehr)	25.000,00
- Raumkosten	100.000,00
- Regiekosten (Liquiditäts- und Ertragskontrolle)	100.000,00
- sonstige allgemeine Kosten (Büro- und Telefonkosten, Versicherungen)	40.000,00
- Kosten des mobilen Anlagevermögens (Reparaturen)	65.000,00
- unvorhergesehene Ausgaben	35.000,00

Summe Aufwendungen	4.865.000,00
 Ertragsüberschuß	635.000,00
	=====

Anmerkung: Die Plan-Ertragsrechnung stellt auf eine **Auslaufproduktion** mit einem bereits vorgegebenen Endzeitpunkt ab.

Gegenüberstellung der Konkurseröffnungsbilanzen

"Fortführung" und
 "Einstellung des Geschäftsbetriebes per Sequestrationsanordnung"
 Fa. Möbel Meier GmbH & Co. KG
 AUSZUG

A. Aktiva

Titel	Einstellung DM	Fortführung DM
I. Anlagevermögen		
1. Geschäfts- und Betriebseinrichtung, Fahrzeuge, Maschinen und Geräte	1.052.136,79	1.052.136,79
./.. Absonderung (SÜ)	236.872,00	236.872,00
./.. Aussonderung (EV)	<u>702.744,79</u>	<u>702.744,79</u>
	112.520,00	112.520,00
II. Umlaufvermögen		
1. Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe (Leder, Schäume, Polster, Gestelle etc.)	234.376,00	1.347.500,00
./.. Aussonderung (einfacher EV)	<u>100.000,00</u>	<u>100.000,00</u>
	134.376,00	1.247.500,00
2. Halbfertige Erzeugnisse 14.500 angearbeitete Kommissionen, durchschnittlicher Fertigungsgrad 50 %	250.000,00	1.019.100,00
./.. Absonderung (erweiterter EV, SÜ)	<u>100.000,00</u>	<u>815.280,00</u>
	150.000,00	203.820,00
3. Fertigwaren		
a) Lager A und B	1.263.750,00	1.263.750,00
./.. Absonderung (erweiterter EV, SÜ)	<u>1.263.750,00</u>	<u>1.011.000,00</u>
	0,00	252.750,00
b) Sonstige Fertigware	225.000,00	225.000,00
./.. Absonderung (erweiterter EV, SÜ)	<u>200.000,00</u>	<u>180.000,00</u>
	25.000,00	45.000,00

4. Forderungen aus Lieferungen und Leistungen

a) per Sequestrationsanordnung	9.470.909,97	9.470.909,97
./. Aussonderung (Factoring)	<u>9.470.909,97</u>	<u>9.470.909,97</u>
	0,00	0,00
b) Sonstige Forderungen	283.646,00	283.646,00
./. ausfallend, dubios	<u>50.000,00</u>	<u>50.000,00</u>
	233.646,00	233.646,00
./. Zahlungen bis KE	<u>22.807,00</u>	<u>22.807,00</u>
	210.839,00	210.839,00
./. Absonderung (erweiterter EV)	<u>210.839,00</u>	<u>168.671,20</u>
	0,00	42.167,80
c) Forderungen gegen verbundene Unternehmen	1.083.977,01	1.083.977,01
./. ausfallend, dubios, Aufrechnung	<u>1.083.977,01</u>	<u>1.083.977,01</u>
	0,00	0,00
d) während der Sequestration fertiggestellte Erzeugnisse		
- Altkommissionen	0,00	2.161.021,70
davon Masseanteil 30 %		648.306,51
- Neukommissionen	0,00	181.109,33
5. Bankguthaben	22.807,00	995.626,89
./. Absonderung (erweiterter EV)	<u>22.807,00</u>	<u>18.245,60</u>
	0,00	977.381,29
6. Kassenbestand	0,00	3.906,00
III. Sonstige Forderungen		
1. Diverse Ansprüche	1,00	1,00
2. Überschuß aus der Betriebsfortführung	0,00	500.000,00
Summe der Aktiven	421.897,00	4.214.461,93

B. Passiva

Titel	Einstellung DM	Fortführung DM
I. Masseschulden, Massekosten		
1. Geschäfte des Verwalters (§ 59 Abs. 1 Satz 1 KO)		
a) Regiekosten		
- Kosten für die Be- und Verwertung des beweglichen Anlagevermögens	20.000,00	20.000,00
- Kosten für die Erfassung der Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe, der halbfertigen Erzeugnisse und der Fertigwaren im In- und Ausland, fortlaufende Inventur	50.000,00	150.000,00
- Kosten für die Überwachung der Geschäftsabläufe, Controlling, Liquiditätskontrolle	<u>0.00</u>	<u>30.000,00</u>
	70.000,00	200.000,00
b) Steuerberatung, Buchführung		
- Kosten für Bilanzierung, Aufbereitung der Buchführung, Überprüfung der Buchführung auf anfechtbare Vorgänge, Steuererklärungen	50.000,00	50.000,00
- Kosten für Erstellung der Lohn- und Gehaltsabrechnungen einschl. Sozialkosten	<u>36.000,00</u>	<u>36.000,00</u>
	86.000,00	86.000,00
c) Rechtsberatungskosten, Prozeßkosten, Reklamationsbearbeitung		
- Reklamationsbearbeitung (soweit sie nicht Heller betrifft), Gewährleistung, Mängelbeseitigung	30.000,00	30.000,00
- Prozeßkostenrückstellung	<u>10.000,00</u>	<u>150.000,00</u>
	40.000,00	180.000,00

d) Versicherungen		
- Betriebshaftpflicht, Betriebsvermögen, Betriebsunterbrechung, Feuer-, Wasser- und Sturmversicherung etc.	0,00	100.000,00
e) Altlasten, Entsorgung	50.000,00	50.000,00
f) Nutzungsentschädigung für das Betriebsgebäude	0,00	100.000,00
	<u>246.000,00</u>	<u>716.000,00</u>
2. Vertraglich bedingte Zahlungen nach Kon- kurseröffnung (§ 59 Abs. 1 Satz 2 KO)		
- Anspruchsübergang und Differenz- lohn einschließlich Sozialkosten und Steuern, Urlaubsabgeltung, teilweise geschätzt	<u>700.000,00</u>	<u>390.000,00</u>
3. Gerichtliche und außergerichtliche Kosten (§ 58 Abs. 1 Satz 2 KO)		
- Gerichtskosten, Konkursverwalter- und Sequestervergütung, bare Auslagen, Vergütung Gläubigerausschuß, Masse- kostenvorschuß GmbH, teilweise geschätzt	<u>150.000,00</u>	<u>500.000,00</u>
4. Sonstige Masseschulden		
a) gemäß § 59 Abs. 1 Satz 3 KO		
- Urlaubsabgeltung, anteilig	290.000,00	290.000,00
- Beiträge zur Berufs- genossenschaft	64.500,00	64.500,00
- Rückstände SV-Beiträge	163.000,00	163.000,00
- sonstiges	<u>20.000,00</u>	<u>20.000,00</u>
	<u>537.500,00</u>	<u>537.500,00</u>
b) gemäß § 59 Abs. 1 Satz 4 KO		
- Erinnerungswert	<u>1,00</u>	<u>1,00</u>
	<u>1.633.501,00</u>	<u>2.143.501,00</u>

II. Bevorrechtigte Forderungen

1. § 61 Abs. 1 Satz 1 KO	2.090.700,00	2.340.700,00
2. § 61 Abs. 1 Satz 2 KO	2.158.683,03	2.158.683,03
3. § 61 Abs. 1 Satz 3 KO	3.371,90	3.371,90
4. §§ 61 Abs. 1 Sätze 4, 5 KO	<u>1,00</u>	<u>1,00</u>
	<u>4.252.755,93</u>	<u>4.502.755,93</u>

III. Nicht bevorrechtigte Forderungen

§ 61 Abs. 1 Satz 6 KO	<u>16.848.372,03</u>	<u>14.846.162,55</u>
-----------------------	----------------------	----------------------

Passiva insgesamt	22.734.628,96	21.492.419,48
--------------------------	----------------------	----------------------

Ergebnis Einstellung:

Der Wert der freien Masse beträgt	DM	421.897,00
./.. Masseschulden § 59 Abs. 1 Satz 1 KO	<u>DM</u>	<u>246.000,00</u>
Zwischensumme	DM	175.897,00
./.. Masseschulden § 59 Abs. 1 Satz 2 KO	<u>DM</u>	<u>700.000,00</u>
Fehlbetrag	<u>DM</u>	<u>524.103,00</u>

Das Konkursverfahren ist **massearm**.

Ergebnis Fortführung:

Der Wert der freien Masse beträgt	DM	4.214.461,93
./.. Masseschulden/Massekosten	<u>DM</u>	<u>2.143.501,00</u>
Zwischensumme	DM	2.070.960,93
./.. Vorrechtsforderungen		
§ 61 Abs. 1 Satz 1 KO	<u>DM</u>	<u>2.340.700,00</u>
Fehlbetrag	<u>DM</u>	<u>269.739,07</u>

Die Quote auf die **Vorrechtsforderungen** gemäß
§ 61 Abs. 1 Satz 1 KO beträgt etwa **88 %**.

Tagesbericht: Bankenstände; Forderungen/Verbindlichkeiten

Datum: 19.12.1994

Bank	Stand lt. Auszug vom	DM	Scheck- eintrichter (Zugänge)	Text	Ausgänge noch nicht gebucht	Text	neuer Stand
Kto.Nr.	# 182 16. Dez.	268.219,27				Kreditoren	268.219,27
	# 176 16. Dez.	181.824,97	12.605,38 32.329,97 19.785,34 24.230,36 1.211,82 2.137,97	11. Nov. 20. Dez. Wechsel 21.10. 20. Dez. 15. Dez. 19. Dez.	187.079,49	Kreditoren	87.046,32
Festgeld Kto.		101.372,65					101.372,65
Summe:		551.416,89	92.300,84		Summe liquide Mittel:		456.638,24

Offene Posten	Stand am	DM	bezahlt am (Abgänge)	Zugänge	neuer Saldo
Debitoren	19.12.94	1.864.258,35			1.864.258,35
Kreditoren	19.12.94	187.079,49			1.87.079,49
Saldo Forderungen/Verbindlichkeiten:					1.677.178,86

Gesamtsaldo:

2.320.896,59

Anmerkung: Der Tagesbericht stellt die verfügbare Liquidität ohne erhaltene Kundenschecks, jedoch unter Berücksichtigung bereits erteilter Überweisungsaufträge und ausgereichter Schecks täglich dar. Ausgewiesen werden ferner die Offenen Posten Kreditoren und Debitoren, aufgeteilt in - meist freie - Neudebitoren und mit Sonderrechten belastete Altdebitoren.

Liquiditätsverlauf (graphische Darstellung)

Datum	30.05.1997	06.06.1997	13.06.1997	20.06.1997	25.06.1997	30.06.1997
Anderkonto	146.547 DM	149.568 DM	149.568 DM	153.648 DM	154.307 DM	154.997 DM
Förführungs-Kto.	784.352 DM	556.312 DM	506.438 DM	403.691 DM	232.405 DM	616.953 DM
Altkonten	51.133 DM	51.133 DM	51.133 DM	51.133 DM	51.133 DM	51.133 DM
Kasse	6.824 DM	3.206 DM	7.719 DM	3.545 DM	5.784 DM	4.442 DM
Liquide Mittel	988.857 DM	760.219 DM	714.859 DM	612.016 DM	443.630 DM	827.525 DM
Debitoren alt	3.292.274 DM	3.292.274 DM	3.292.274 DM	3.292.274 DM	3.292.274 DM	3.292.274 DM
Debitoren neu	1.025.061 DM	1.254.662 DM	1.501.803 DM	1.652.737 DM	1.776.386 DM	1.338.367 DM
Kreditoren	120.662 DM	258.953 DM	268.004 DM	288.749 DM	289.698 DM	96.275 DM
Saldo	4.196.673 DM	4.287.983 DM	4.526.072 DM	4.656.262 DM	4.778.962 DM	4.534.366 DM
Deb/Kred						
Gesamtsaldo	5.185.529 DM	5.048.202 DM	5.240.931 DM	5.268.279 DM	5.222.592 DM	5.361.891 DM

Soll-Ist-Vergleich

Stahl - Meier
GmbH & Co. KG

Anfangsbestand	Juni / Soll		Juni / Ist		Juli / Soll		Juli / Ist	
	Stand 11.6.97		Stand 1.8.97		Stand 11.6.97		Stand 1.8.97	
	1. Hälfte	2. Hälfte	1. Hälfte	2. Hälfte	1. Hälfte	2. Hälfte	1. Hälfte	2. Hälfte
= Bedarf i. Spitze	Übertrag	Übertrag	Übertrag	Übertrag	Übertrag	Übertrag	Übertrag	Übertrag
Kontensland	237.936	13.976	203.232	103.206	10.125	-9.348	294.104	123.856
Einnahmen		153.246	187.304	374.800	353.727	266.661	228.465	191.265
aus Aufträgen								
gem. ges.								
Ausstellung								
Summe Einnahmen		153.243	187.304	374.800	353.727	266.661	228.465	191.265
Ausgaben								
Löhne/Gehälter/LohnSt	45.339	70.000	142.363	49.414	130.000	70.000	158.672	44.278
Krankenkasse	90.081		78.102	11.978	110.000		95.566	
Mwst. (Zahlst)	13.470		13.470		35.000		48.989	
Material	57.870	54.594	41.602	94.664	79.000	50.000	75.957	153.595
Energie	10.000		385	9.804	10.000		385	7.308
Berufsgenossensch								
Versicherungen							1.764	6.982
Grundst./Abwasser							5.520	
KFZ - Versicherung								
Telefonkosten	1.200		1.426		1.200		1.764	1.599
Bewach./Reinigung		3.500		1.041		3.500	2.870	3.322
Monteur/Kasse	6.000		4.000	17.000	8.000		5.000	11.000
Unvorhergesehenes		22.000				22.000	156	
Freie Mitarbeiter		7.000	5.983			7.000	2.270	8.658
Urlaubsgeld/Weihn. G.(2)								
Pool								
Summe Ausgaben	223.960	157.094	287.331	183.901	373.200	152.500	398.713	236.742
Addition Ende Monat		10.125		294.104		104.813		78.379

Empfehlung : Stilllegung zum 31.7.97
mit Abwicklung Auftrag
BHS AG 02437 PS 138 / 96

296.539
137.827
Konkurrenzspezifische Regiekosten einschl. Controlling

Spätere Einnahmen :
Garantieeinbehalte :
Nicht berücksichtigt :

Rahmenvereinbarung zur Vorfinanzierung von Konkursausfallgeld

1. Die Firma Stahl Meier GmbH, nachfolgend Firma genannt, hat am 1. 1. 1996 die Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen beantragt. Bis zur Entscheidung über den Konkursantrag hat das Amtsgericht mit Beschluß vom 1. 1. 1996 die Sequestration über das Vermögen der Schuldnerin angeordnet und Herrn Rechtsanwalt Rolf-Dieter Mönning zum Sequester bestellt.
2. Herr Müller ist bereit, die Ansprüche der in der Anlage aufgeführten Arbeitnehmer der Schuldnerin auf Bezahlung der nicht gezahlten Netto-Löhne und Gehälter für den Monat Dezember 1995 käuflich zu erwerben. Die Gelder werden ausgezahlt auf das zwischenzeitlich bei der Sparkasse eingerichtete Sonderkonto mit der Konto-Nr.: 999 999. Der Kaufpreis entspricht dem Nominalbetrag der abgetretenen Forderungen.
3. Die Sparkasse ist bereit, Herrn Müller den Kaufpreis zu finanzieren. Zur Vorfinanzierung des Kaufpreises gewährt sie ihm ein Darlehen in Höhe des Kaufpreises. Die Darlehensvaluta soll auf das vorbezeichnete Sonderkonto geleistet werden. Der Zinssatz für das Darlehen beträgt 7 % p. a. Die Bearbeitungsgebühr beläuft sich auf 2 %.
4. Herr Müller tritt der Sparkasse die Ansprüche gegen die Firma Stahl Meier GmbH aus dem Forderungskauf ab. Abgetreten werden auch die Rechte auf Konkursausfallgeld, die Herr Müller im Falle der Konkursöffnung über das Vermögen der Firma Stahl Meier GmbH in Höhe des Forderungskaufpreises geltend zu machen berechtigt ist. Die Sparkasse nimmt die Abtretung an.
5. Die Firma Stahl Meier GmbH bestätigt, daß sämtlichen in der beigefügten Liste aufgeführten Arbeitnehmern ein Lohn- und Gehaltsanspruch für den Monat Dezember 1995 mindestens in Höhe des jeweiligen Kaufpreises zusteht.
6. Die Firma Stahl Meier GmbH verpflichtet sich, im Falle der Rücknahme des Konkursantrages, das von Herrn Müller in Anspruch genommene Darlehen bis spätestens 30. 6. 1996 gegenüber der Sparkasse zu tilgen und Herrn Müller insoweit im Innenverhältnis freizustellen. Die Zahlungspflicht entsteht mit der Auszahlung des Darlehens auf das Sonderkonto. Sie endet mit der vollständigen Tilgung des Darlehens.
7. Im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Firma Stahl Meier GmbH oder bei Abweisung des Konkursantrages mangels Masse erfolgt die Regulierung der abgetretenen Forderungen nach dem Arbeitsförderungsgesetz (Konkursausfallgeld). Die Zahlung

soll bis spätestens 30. 6. 1996 erfolgen. Die Bundesanstalt für Arbeit wird angewiesen, die an die Sparkasse abgetretenen Ansprüche aus Konkursausfallgeld auf das vorbezeichnete Sonderkonto zu zahlen.

8. Die Firma Stahl Meier GmbH erklärt ihre Zustimmung zu dem Verkauf der Lohn- und Gehaltsansprüche der Arbeitnehmer und der Abtretung dieser Forderungen an Herrn Müller sowie der weiteren Abtretung von Herrn Müller an die Sparkasse.
9. Herr Müller erhält eine Risikoprämie in Höhe von 2 % des Darlehensbetrages, die aus der späteren Konkursmasse gezahlt wird.
10. Herr Rechtsanwalt Mönning erklärt in seiner Eigenschaft als Sequester seine Zustimmung zu den in dieser Vereinbarung enthaltenen Erklärungen der Schuldnerin.
11. Ferner stimmt der Betriebsrat den in dem Vertrag enthaltenen Erklärungen zu.
12. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkasse werden Bestandteil des Vertrages.
13. Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrages nichtig oder unwirksam sein oder werden, wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Vertragsbestimmungen nicht berührt. In diesem Fall werden die Parteien eine andere Bestimmung vereinbaren, die dem Sinn der nichtigen oder unwirksamen Bestimmung und insbesondere ihrer wirtschaftlichen Bedeutung oder dem verfolgten Zweck möglichst nahekommt. Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Nebenvereinbarungen bestehen nicht.

Aachen, den 10. 1. 1996

.....

(Sparkasse)

.....

(Müller)

.....

(Stahl Meier GmbH)

.....

(Mönning)

Rechtsanwalt als
Gutachter und Sequester

.....

(Der Betriebsrat)

Vereinbarung

zwischen

Herrn Rechtsanwalt Rolf-Dieter Mönning
in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter über das Vermögen der
Firma Stahl Meier GmbH

und

dem Betriebsrat des Unternehmens,
vertreten durch den Betriebsratsvorsitzenden

wird folgende Vereinbarung getroffen:

Interessenausgleich

1. Einführung

a) Der Konkursverwalter hat dem Betriebsrat die Gründe für den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens erläutert und darauf hingewiesen, daß eine rentable Fortführung der Betriebsstätte des Unternehmens in Aachen nicht gewährleistet ist. Es besteht keine Möglichkeit, die bestehende Zahlungsfähigkeit und Überschuldung zu beseitigen.

Ein Vermögensstatus der Fa. Stahl Meier GmbH zum Stichtag 24. 10. 1996 liegt dem Betriebsrat vor.

Liquidität, um die dargestellten Verbindlichkeiten kurzfristig bedienen zu können, ist nicht vorhanden. Aufträge, welche eine längerfristige Auslastung der Produktionskapazität ermöglichen würden, liegen ebenfalls nicht vor.

b) Im Hinblick auf diese Feststellungen wurde dem Amtsgericht daher empfohlen, das Konkursverfahren über das Vermögen der Fa. Stahl Meier GmbH zu eröffnen. Zweck des Konkursverfahrens ist es, vorhandenes Vermögen unter Aufsicht und Verwaltung des Konkursverwalters zu verwerten und die Verwertungserlöse nach den gesetzlichen Vorschriften an die am Verfahren beteiligten Gläubiger zu verteilen. Den Anträgen wurde durch das Amtsgericht entsprochen und das Konkursverfahren eröffnet.

c) Aus den dargestellten Gründen ist eine Betriebsänderung in der Form einer Betriebsstillegung und Massenentlassung, von der alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Unternehmens betroffen sind, unausweichlich.

d) Der Betriebsrat ist mit der Betriebsstillegung nicht einverstanden, sieht aber nach Einsicht der Unterlagen und nach Maßgabe der ihm vorliegenden Informationen keine Möglichkeit, die Entscheidung des Konkursverwalters abzuändern.

e) Konkursverwalter und Betriebsrat stimmen darin überein, daß die Maßnahme eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG darstellt. Der Betriebsrat nimmt die Betriebsstillegung zur Kenntnis.

Es tritt ein Interessenausgleich gemäß § 112 Abs. 1 BetrVG in Kraft.

2. Zielsetzung

Diese Vereinbarung hat zum Ziel, die mit der Betriebsänderung verbundenen Nachteile für die betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu mildern.

3. Durchführung

a) Der Geschäftsbetrieb des Unternehmens wird zur Abwicklung von Restaufträgen bis zum 31. 3. 1997 fortgeführt und mit sofortiger Wirkung schrittweise reduziert.

Die Arbeitsverträge aller Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der Stahl Meier GmbH werden unter Beachtung der Frist des § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO gekündigt. Der Ausspruch der Kündigungen der Schwerbehinderten erfolgt nach Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Der Ausspruch der Kündigungen der werdenden Mütter erfolgt gemäß § 9 Abs. 3 MuSchG nach Zulässigkeitsklärung der zuständigen Behörde. Entsprechendes gilt für die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, die sich im Erziehungsurlaub befinden.

Der Ausspruch der Kündigungen der Auszubildenden erfolgt außerordentlich unter Einhaltung einer Auslaufrfrist, die der ordentlichen Kündigungsfrist entspricht; entsprechendes gilt für andere ordentlich unkündbare Arbeitnehmer. Auszubildende, welche nicht länger als drei Monate im Ausbildungsverhältnis stehen, werden fristlos gekündigt. Der Konkursverwalter wird sich bemühen, für die im Betrieb beschäftigten Auszubildenden eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit zu finden.

Die Sozialdaten aller von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen nebst der einschlägigen Kündigungsfristen ergeben sich aus einer Namensliste, die dem Betriebsrat vorgelegt wurde. Diese ist als Anlage 1 Bestandteil dieser Vereinbarung.

b) Der Konkursverwalter wird in Verhandlungen mit den am Verfahren beteiligten Gläubigern die vorläufige Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes bis längstens zum 31. 3. 1997 für eine Fertigstellung einzelner ausgewählter Aufträge anstreben, soweit die hierfür erforderliche Liquidität gesichert ist. Mit einer vollständigen Betriebsstillegung noch während der laufenden Kündigungsfristen ist zu rechnen.

c) Voraussetzung für die Durchführung aller organisatorischen und personellen Veränderungen ist die umfassende und rechtzeitige Information des Be-

etriebsrats. Es besteht Übereinstimmung darüber, daß bei den erforderlich werdenden Maßnahmen insbesondere Mitwirkungsrechte des Betriebsrats gemäß §§ 95, 99, 102 BetrVG zu beachten sind. Im Hinblick auf die dem Betriebsrat erteilten Informationen wird das Anhörungsverfahren gemäß § 102 BetrVG als abgeschlossen angesehen.

Der Betriebsrat widerspricht den anstehenden betriebsbedingten Kündigungen nicht.

d) Aufträge, die wider Erwarten zum 31. 3. 1997 oder während der laufenden Kündigungsfristen noch nicht abgewickelt sind, werden in Abstimmung mit dem Betriebsrat von ausgewählten Mitarbeitern auf der Grundlage befristeter Arbeitsverträge fertiggestellt. Die Auswahl erfolgt nach fachlichen und sozialen Kriterien und nach Anhörung des Betriebsrats.

e) Die für die Bearbeitung der Aufträge nicht benötigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen werden von der Arbeit unter Anrechnung etwaiger Urlaubsansprüche freigestellt, gegebenenfalls sukzessive je nach abnehmendem Arbeitsanfall. Die Freistellung erfolgt in Abstimmung mit dem Betriebsrat unter Berücksichtigung fachlicher und sozialer Belange.

Mitarbeiter, die zur Entlassung vorgesehen sind, können ihr Arbeitsverhältnis mit einer Frist von maximal 14 Tagen ohne Einhaltung einer gesetzlichen Kündigungsfrist beenden.

f) Nach Eröffnung des Konkursverfahrens wird der Konkursverwalter die Verhandlungen zum Abschluß eines Sozialplans für Mitarbeiter, die am 1. 10. 1996 noch im Arbeitsverhältnis standen, nach 6 Wochen mit dem Betriebsrat aufnehmen. Bereits jetzt steht fest, daß in diesem Sozialplan nach Maßgabe des § 2 des Gesetzes über den Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren zum Ausgleich oder zur Milderung der wirtschaftlichen Nachteile ein Gesamtbetrag von bis zu zweieinhalb Monatsverdiensten sämtlicher von der Entlassung betroffenen Mitarbeiter festgesetzt wird.

g) Diese Vereinbarung dient auch als Stellungnahme des Betriebsrates gemäß § 8 AFG, § 17 KSchG, § 102 BetrVG, § 17 Abs. 2 SchwbG, § 9 MuSchG und § 18 BerzGG.

Aachen, den 20. 12. 1996

.....
(Mönning)
Rechtsanwalt als Konkursverwalter

.....
Betriebsratsvorsitzender

Vertrag über die Errichtung einer Verwertungsgemeinschaft

zwischen

Rechtsanwalt Rolf-Dieter Mönning, Frankenstraße 12-16, 52070
Aachen, handelnd in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter
der Firma Möbel Meier GmbH,

und

Bankhaus A und B

und

Factoring Bank,

und

Kreditversicherer

I.

Vorbemerkung

1. Mit Beschluß des Amtsgerichts wurde am 1. Juli 1996 das Konkursverfahren eröffnet und Rechtsanwalt Mönning zum Konkursverwalter ernannt.

Vorausgegangen ist die Anordnung der Sequestration am 6. 5. 1996. Seither wurde der Geschäftsbetrieb der Firma Möbel Meier GmbH unter Aufsicht des Sequesters fortgeführt.

2. Die in einem Pool zusammengeschlossenen Banken machen unter Berufung auf mit der Schuldnerin geschlossene Sicherungsübereignungsverträge Eigentumsrechte an den Warenbeständen und aufgrund eines Globalzessionsvertrages bzw. eines Anschlußzessionsvertrages Rechte an den Kundenforderungen geltend.

Die Factoring Bank beansprucht die Erlöse aus Kundenforderungen vor Anordnung der Sequestration, soweit sie diese aufgrund eines Factoring-Vertrages mit der Schuldnerin bereits angekauft und forfaitiert hat. Darüber hinaus macht die Factoring Bank Rechte aus Raumsicherungsverträgen an Fertigwaren und verschiedenen Außenlägern geltend.

Die Lieferanten, die einen Pool gebildet und Herrn Krause zum Poolführer bestellt haben, der im Rahmen dieser Vereinbarung durch die Kreditversicherer vertreten wird, machen Sonderrechte aus einfachem und erweitertem Eigentumsvorbehalt geltend.

3. Im Rahmen einer gemeinschaftlich getragenen Abwicklungskonzeption, die durch eine gesonderte Vereinbarung mit den Abnehmern gesichert wurde, schließen die vorgenannten Parteien zur Verteilung der von Vorbehaltsrechten und sonstigen Rechten betroffenen Forderungen und Warenbeständen die nachfolgenden Vereinbarungen. Dabei sind folgende Vorgänge zu unterscheiden:
- a) Zuordnung der bis zum Zeitpunkt der Sequestrationsanordnung entstandenen Forderungen, die die Factoring Bank angekauft hat, ihr abgetreten und von der Gemeinschuldnerin fakturiert wurden.
 - b) Zuordnung der bis zum Zeitpunkt der Sequestrationsanordnung entstandenen Forderungen, die die Factoring Bank nicht angekauft hat, jedoch an sie abgetreten sind.
 - c) Zuordnung der bis zum Zeitpunkt der Sequestrationsanordnung entstandenen Forderungen, die der Factoring Bank nicht abgetreten sind.
 - d) Verwertung und Zuordnung der bei Anordnung der Sequestration vorhandenen Fertigwaren, soweit die daraus resultierenden Kundenforderungen nicht an die Factoring Bank verkauft und abgetreten wurden.
 - e) Fertigstellung der bei Anordnung der Sequestration vorhandenen halbfertigen (angearbeiteten) Erzeugnisse mit nachfolgender Verwertung und Zuordnung.

II.

Dies vorausgeschickt treffen die Parteien folgende

T e i l u n g s v e r e i n b a r u n g

§ 1

Erlöse aus dem Forderungseinzug

1. Die Erlöse aus dem Einzug der bis zum Zeitpunkt der Sequestrationsanordnung entstandenen Forderungen, die die Factoring Bank bereits angekauft und forfaitiert hat, stehen der Factoring Bank zu.
- Sollte die Factoring Bank voll abgelöst sein, so wird der freiwerdende Betrag dieser Forderungen nach Abzug sämtlicher Beitreibungskosten gemäß § 1 Abs. 4 dieser Vereinbarung wie folgt geteilt:

- % Konkursmasse
- % Lieferanten
- % Banken.

2. Die Erlöse aus dem Einzug der bis zum Zeitpunkt der Sequestrationsanordnung entstandenen Forderungen, die die Factoring Bank nicht angekauft hat, ihr jedoch abgetreten sind, werden nach Abzug sämtlicher Beitreibungskosten gemäß § 1 Abs. 4 dieser Vereinbarung wie folgt geteilt:

- % Factoring Bank
- % Konkursmasse
- % Lieferanten
- % Banken.

Sollte die Factoring Bank voll abgelöst sein, so wird der freiwerdende Anteil zu gleichen Teilen den übrigen Parteien zugeschlagen.

3. Die Erlöse aus dem Einzug der bis zum Zeitpunkt der Sequestrationsanordnung entstandenen Forderungen, die nicht von der Factoring Bank angekauft wurden und auch nicht an sie abgetreten sind, werden nach Abzug sämtlicher Beitreibungskosten gemäß § 1 Abs. 4 dieser Vereinbarung wie folgt geteilt:

- % Konkursmasse
- % Lieferanten
- % Banken.

4. Zu den Beitreibungskosten, die gemäß § 1 Abs. 2 dieser Vereinbarung vor Verteilung der aus dem Forderungseinzug resultierenden Erlöse in Abzug zu bringen sind, zählen neben den in § 5 dieses Vertrages gesondert aufgeführten Kosten:

- a) Die im Rahmen des außergerichtlichen und gerichtlichen Forderungseinzuges anfallenden gesetzlichen Gebühren nach der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAGO) sowie die für die Einholung von Auskünften aus Melderegister, Handelsregister etc. anfallenden Kosten.
- b) Gerichts- und Zustellungskosten, sowie die im Rahmen eines Beweisaufnahmeverfahrens anfallenden Kosten für Sachverständige, Zeugen etc.
- c) Des weiteren die Kosten, die im Interesse einer ordnungsgemäßen Forderungsbeitreibung für die Prüfung der Reklamationen, ein-

schließlich der in diesem Zusammenhang anfallenden Reise- und Übernachtungskosten, erforderlich sind und entstehen.

5. Die Parteien vereinbaren, daß anwaltliche Gebühren für den Forderungszug nur in Rechnung gestellt werden, wenn die geltend gemachte Forderung ganz oder teilweise bestritten wird.

§ 2

Fertigwaren

1. Die aus der Verwertung von bei Anordnung der Sequestration vorhandenen Beständen an Fertigwaren in

- Lager 1
- Lager 2

resultierenden Erlöse werden wie folgt geteilt:

- % Factoring Bank
- % Konkursmasse
- % Lieferanten
- % Banken.

2. Sollte die Factoring Bank vorab voll abgelöst sein, erfolgt die Verteilung des freiwerdenden Betrages entsprechend des nachfolgenden Absatzes 3.
3. Die Erlöse aus der Verwertung aller anderen bei Anordnung der Sequestration vorhandenen Fertigwaren im In- und Ausland werden wie folgt geteilt:

- % Konkursmasse
- % Lieferanten
- % Banken.

4. Die Kaufpreise zur Verwertung der Fertigwaren werden vom Konkursverwalter festgesetzt, soweit nicht Preisvereinbarungen mit den Händlern eingreifen. Soweit unverwertbare Bestände vernichtet werden müssen, erfolgt die Verwertung in Abstimmung mit den Beteiligten.

§ 3

Halbfertige Erzeugnisse

1. Die Vertragsparteien sind sich einig, daß die aus der Verwertung der bei Sequestrationsanordnung vorhandenen Halbfertigwaren resultierenden Erlöse bezogen auf den jeweiligen Fertigungsgrad mit der Konkursmasse

geteilt werden. Zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten wird zwischen den Parteien ein pauschaler Fertigungsgrad an halbfertigen Erzeugnissen von 50 % vereinbart.

2. Dementsprechend werden 50 % der jeweiligen Erlöse nach Abzug der anfallenden Kosten und Steuern wie folgt verteilt:
 - % Konkursmasse
 - % Banken
 - % Lieferanten.

§ 4

Rohware

1. Die Parteien vereinbaren, daß Bestände an Rohware, die dem einfachen Eigentumsvorbehalt unterliegen, von dieser Vereinbarung nicht berührt werden.
2. Aus einfachem Eigentumsvorbehalt resultierende Aussonderungsansprüche werden vom Konkursverwalter festgestellt und entweder durch Herausgabe der Ware oder Ablösung der Forderung aufgrund gesonderter Vereinbarung mit den jeweiligen aussonderungsberechtigten Gläubigern erledigt. Die Parteien sind sich einig, daß von der in diesem Vertrag im einzelnen geregelten Verteilung bereits bezahlte Ware nicht umfaßt ist. Gleiches gilt für die Verwertung von Produkten, die nach Anordnung der Sequestration neu gefertigt werden.

§ 5

Anlaufliquidität

1. Banken und Lieferanten haben zu Händen des Sequesters bzw. Konkursverwalters aus dem Forderungseinzug einen Betrag in Höhe von DM x Mio. (in Worten: x Millionen) zur Sicherstellung der im Rahmen der Abwicklungskonzeption erforderlichen Anlaufliquidität freigegeben. Dieser Betrag steht dem Konkursverwalter zur Aufrechterhaltung und Abwicklung der Produktion zur Verfügung.
2. Die Rückführung erfolgt vorab im Rahmen der Erlösverteilung nach Maßgabe dieser Vereinbarung und - falls diese nicht ausreicht - auch aus sonstigen Erlösen, die die Firma Meier GmbH aus den nach Sequesterationsanordnung abgewickelten Geschäften erzielt. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, daß die Rechte der Sicherungsnehmer durch die Bereitstellung der Anlaufliquidität nicht beeinträchtigt werden.

§ 6

Bestandserfassung, Abrechnung

1. Der Konkursverwalter hat Herrn Dipl.-Ing. Müller mit der Erfassung der verkauften und gefertigten Warenbestände beauftragt. Die Auslandsbestände sind im Auftrage des Verwalters von Herrn Dr. Ing. Kaiser erfaßt worden.

Die durch die Inanspruchnahme von Herrn Dipl.-Ing. Müller und Herrn Dr. Ing. Kaiser entstehenden Kosten werden entsprechend der in § 1 Abs. 4 dieses Vertrages getroffenen Regelung vorab beglichen.

2. Die Ermittlung der auf die Parteien entfallenden Anteile erfolgt durch den Konkursverwalter. Dieser wird quartalsmäßig eine Abrechnung unter Angabe des zur Verteilung kommenden Betrages vorlegen.

§ 7

Forderungseinzug

1. Der außergerichtliche und gerichtliche Einzug der nach Anordnung der Sequestration entstandenen Kundenforderungen wird durch das Anwaltsbüro durchgeführt, soweit die Forderungen nicht im Wege des Factoring durch die Factoring Bank eingezogen werden.

Die Factoring Bank wird die Rechtsanwälte mit dem weiteren Forderungseinzug auch angekaufter und abgetretener Forderungen unverzüglich beauftragen, sobald sich herausstellt, daß Forderungen ganz oder teilweise bestritten werden oder auf Mahnungen nicht gezahlt wird. Die Beitreibungskosten gemäß § 1 Abs. 4 trägt in diesem Fall die Factoring Bank.

2. Unterlagen und Schriftwechsel über die Forderungen und deren Einziehung werden, soweit vorhanden, von den anderen Vertragsparteien an den Konkursverwalter ausgehändigt.

§ 8

Freistellung

1. Die in dem Pool zusammengeschlossenen Lieferanten stellen die Konkursmasse von sämtlichen Ansprüchen aller Lieferanten bis maximal zur Höhe ihres Erlösanteils frei, soweit diese insolvenzrechtlichen Sonderrechte, die Gegenstand dieser Vereinbarung sind, rechtskräftig gestützt werden.

2. Soweit andere Gläubiger rechtskräftige Ansprüche auf das Sicherheitenpaket gemäß § 2 und § 3 dieser Vereinbarung gegen eine der Vertragsparteien durchsetzen können, verpflichten sich die Vertragsparteien wechselseitig zur anteiligen Erstattung bereits erhaltener Erlösanteile.
3. Die dem Konkursverwalter im Rahmen der Abwehr der nach Absätzen 1 und 2 geltend gemachten Ansprüche Dritter entstehenden Kosten werden entsprechend der in § 1 Abs. 4 dieses Vertrages getroffenen Regelungen beglichen.
4. Die Kreditversicherer haben ihre Rechte aus diesem Vertrag an Herrn Krause als Poolverwalter übertragen.

§ 9

Schlußbestimmungen

1. Mündliche Abreden bedürfen zur Wirksamkeit der Schriftform.
2. Die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel führt nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung. Die unwirksame Klausel ist vielmehr im Sinne des gesamten Vertrages auszulegen, anzupassen oder zu ergänzen, so daß der von den Parteien gewollte wirtschaftliche Zweck bestmöglich erreicht wird.
3. Erfüllungsort ist der Sitz des Konkursverwalters.

Aachen, den 1. Juli 1996

Literaturverzeichnis

van der Aa, Marie-Jose

De afkoelingsperiode in de praktijk, TvI 4/95, S. 72

Appellabiliteit van beslissingen als bedoeld in de Art. 63a, 241a Fw, TCR 3/95, S. 55

Enkele processuele aspecten van de afkoelingsperiode, Advocatenblad 1994, 108

De positie van de hypotheekhouder tijdens de afkoelingsperiode, WPNR 1996, 708

Acher, Franz Josef

Vertragskonzern und Insolvenz. Zur Problematik der Leitungsmacht eines herrschenden Unternehmens bei Insolvenz und Liquidation einer Tochtergesellschaft, 1987

Adams, Michael

Das Bundesarbeitsgericht und das Recht zur Täuschung, ZIP 1994, 499

Albach, Horst

Empirische Untersuchungen der Firmenentwicklung, in: Deutsche Forschungsgemeinschaft (Hrsg.), Forschung in der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 221

Kampf ums Überleben: Der Ernstfall als Normalfall für Unternehmen in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung, in: ZfB Ergänzungsheft 2/1979

Altman, Edward I.

Corporate Bankruptcy in America, 1971

Financial Ratios, Discriminant Analysis and the Prediction of Corporate Bankruptcy, The Journal of Finance 23, 1968, 589

Altmeppen, Holger

Konkursverschleppungshaftung und negatives Interesse der Konkursgläubiger, Manuskript des Vortrags vor dem Arbeitskreis für Insolvenzrecht im DAV am 30. 5. 1997 in Dresden

Arnold, Hans

Insolvenzrechtsreformen in Westeuropa, ZIP 1985, 321

Bähner, Eberhard

Die Prüfung der Schlußrechnung des Konkursverwalters, KTS 1991, 351

Bähner, Eberhard/Berger, Wolfgang/Braun, Karl-Heinz

Die Schlußrechnung des Konkursverwalters, ZIP 1993, 1283

Bailey, Edward/Graves, Hugo/Smith, Cormac

Corporate Insolvency, 1992

Balz, Manfred

Die Ziele der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 3

Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen, ZIP 1996, 948

Die Ziele des Reformentwurfs, in: Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, RWS-Forum 3, 1989, S. 1 (zit.: Balz, in: RWS-Forum 3)

Sanierung von Unternehmen oder von Unternehmensträgern?, 1986

Zur Reform des französischen Insolvenzrechts, ZIP 1983, 1153

Balz, Manfred/Landfermann, Hans-Georg

Die neuen Insolvenzgesetze, 1995

Bauer, Jobst-Hubertus

Anmerkung zum EU-Richtlinienvorschlag zum Betriebsübergang, DB 1994, 1992

Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang

UWG, Kommentar, 19. Aufl., 1996

Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred

AktG, Kommentar, 13. Aufl., 1968, ergänzt 1970

Baumann, Wolfgang/Schürmann, Frank

Zur Notwendigkeit bundesgesetzlicher Regelungen über Altlasten und umweltgefährdende Boden- und Gebäudekontaminationen aus der Sicht der notariellen Praxis, DNotZ 1994, 502

Baumanns, Leo

Rückschlag trotz Erfolg - Das Phänomen der abknickenden Motivation, Vortragsmanuskript, Aachen 1995

Baumgarte, Christian

Leasing-Verträge über bewegliche Sachen im Konkurs, 1980

Baumgartner, Andreas

Fortführung eines Unternehmens nach Konkurseröffnung, 1987

Baur, Fritz

Die Eigenhaftung des Konkursverwalters bei Fortführung des gemeinschuldnerischen Betriebes, in: Gedächtnisschrift Bruns, 1980, S. 241

Baur, Fritz/Stürner, Rolf

Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II: Insolvenzrecht, 12. Aufl., 1990

- Baur, Max/König, Bernard/Kreuzer, Josef*
Italienisches Konkursrecht und andere Insolvenzverfahren, Bozen 1983
- Baur, Walter*
Sanierungen. Wege aus Unternehmenskrisen, 1978
- Beck'scher Bilanz-Kommentar*
Handels- und Steuerrecht, 3. Aufl., 1995 (zit.: *Bearbeiter*, in: Beck'scher Bilanzkommentar)
- Bellinger, Bernhard*
Unternehmenskrisen und ihre Ursachen, in: Festschrift Ruberg, 1962, S. 49
- Berger, Klaus Peter*
Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 375
- Berges, August Maria*
Die rechtlichen Grundlagen der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs, KTS 1957, 49
Geschäftsfortführung in der Vollstreckung, KTS 1956, 113
- Bernsen, Rolf*
Probleme der Insolvenzrechtsreform aus der Sicht des Rechtspflegers, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 1255
- Berscheid, Ernst-Dieter*
Probleme der Massenentlassung und Sozialauswahl nach neuem Insolvenzrecht und bei „Übertragender Sanierung“, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 1043
Konkurs - Gesamtvollstreckung - Sanierung, 1992
Betriebsfortführung in der Insolvenz. Zur Problematik der Arbeitsverhältnisse nach künftigem Insolvenzrecht, in: Gemper (Hrsg.), Symbiose oder Konflikt? - Föderalismus - Demokratie - Marktwirtschaft, 1989, S. 171
- Beule, Dieter*
Die Umsetzung der Insolvenzrechtsreform in die Justizpraxis, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 23
- Beuthien, Volker/Becker, Hartmut*
Rechtsprobleme bei der Umwandlung der Produktivgenossenschaften des Handwerks, ZIP 1992, 83
- Bichlmeier, Wilhelm/Oberhofer, Hermann*
Das Gesamtvollstreckungsverfahren in Ostdeutschland, 2. Aufl., 1994

Bleicher

Die Führungsspitze im kritischen Blickpunkt, Blick durch die Wirtschaft vom 9. 1. 1984, Nr. 6, S. 1 ff

Böhle-Stamschröder, Aloys/Kilger, Joachim

VglO, Kommentar, 11. Aufl., 1986

KO, Kommentar, 15. Aufl., 1987

Borchers, Rolf

Die funktionelle Zuständigkeit von Richter, Rechtspfleger und Geschäftsstelle im Insolvenzverfahren am Beispiel des „Hamburger Modells“, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 1269

Bork, Reinhard

Gesamt(schadens)liquidation im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 1017

Bourseaux, Alexandre

Konkursrecht in Belgien, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, 1994, S. 6

Bradley/Rosenzweig

The Untenable Case for Chapter 11, 101 Yale Law Journal 1043 (1992)

Brandes, Helmut

Aktuelle Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Konkursrecht, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 1 (zit.: Brandes, in: RWS-Forum 9)

Brandstätter, Jörn

Die Prüfung der Sanierungsfähigkeit notleidender Unternehmen. Grundlagen, Durchführung und Unterstützung durch Expertensysteme, 1993

Braun, Eberhard

Handelsbilanz contra Schlußrechnung - Der entmündigte Rechtspfleger?, ZIP 1997, 1013

Der Kreditrahmen gem. § 264 InsO als Finanzierungsinstrument des Sanierungsplans, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 859

Braun, Eberhard/Uhlenbruck, Wilhelm

Unternehmensinsolvenz, 1997

Broude, Richard F.

The Bankruptcy Reform Act of 1994, TvI 3/95, S. 53

Budde, Wolfgang/Dieter/Förschle, Gerhart

Sonderbilanzen, 1994

Du Buit, M. D.

La réforme des procédures collectives en France, *TvI* 6/95, S. 132

Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)

Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS Verlag, 1985

Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS Verlag, 1986

Burger, Anton

Das Deutsche „Einheitliche Insolvenzverfahren“ unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzplans, in: *Festschrift Koren*, 1993, S. 363

Burger, Anton/Schellberg, Bernhard

Der Insolvenzverwalter im neuen Insolvenzrecht, *WPg* 1995, 69

Burgermeister, Udo

Der Sicherheitenpool im Insolvenzrecht, 2. Aufl., 1996

Calesanti/Maffei-Alberti/Schlesinger

Le nuove legge civili commentate, 1979

Canaris, Claus-Wilhelm

Voraussetzungen und Inhalt des Anspruchs auf Freigabe von Globalsicherheiten gemäß § 242, *ZIP* 1997, 813

Die Problematik der Sicherheitenfreigabeklauseln im Hinblick auf § 9 AGBG und § 138 BGB, *ZIP* 1996, 1109

Bankvertragsrecht, 2. Aufl., 1981

Capell, Jürgen

Außergerichtliches Mahnen mit Erfolg, *Praxis des Rechnungswesens* 1991, 118

von Carstenn-Lichterfelde, Fernando

Spanisches Konkursrecht, in: *Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa*, 1994, S. 251

Chalupsky, Ernst/Ennöckl, Wolfgang

Unternehmensfortführung im Konkurs. Entscheidungsgrundlagen und Fortführungsgarantie, Wien 1985

Colombo, Giovanni E.

Sanierung und außerordentliche Verwaltung der krisenbetroffenen Unternehmen in zwei neuen italienischen Gesetzen, *ZGR* 1982, 63

Cork, Kenneth/Graham, David

Insolvenzrechtsreform in England - Erläuterungen zum Cork-Report, *ZIP* 1982, 1275

Creditreform Wirtschafts- und Konjunkturforschung

Unternehmensentwicklung - Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen I. Halbjahr 1997 vom 3. Juni 1997 (zit.: *Creditreform*, Unternehmensentwicklung)

Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa 1996/97 vom 30. Januar 1997 (zit.: *Creditreform*, Insolvenzen und Zahlungsverhalten in Europa)

Dammann, Reinhold

Das neue französische Insolvenzrecht, ZIP 1996, 300

Däumler, Klaus-Dieter

Betriebliche Finanzwirtschaft, 6. Aufl., 1993

Denck, Johannes

Die Konkurrenz von Arbeitnehmer und Bundesanstalt für Arbeit als Mas-segläubiger im Konkurs des Arbeitgebers, ZIP 1986, 960

Doehring, Carl

Die Insolvenzen im Blickfeld der Statistik. Die Entwicklung im Jahre 1972, KTS 1974, 15

Dölle, Hans

Konkurs (rechtsvergleichende Darstellung), in: Schlegelberger (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, 1936, S. 71

Drukarczyk, Jochen/Schüler, Andreas

Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung als Insolvenzauslöser, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 57

Düwell, Franz Josef

Änderungs- und Beendigungskündigung nach dem neuen Insolvenzrecht, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 1103

Eckardt, Diederich

Vorausverfügung und Sequestration, ZIP 1997, 957

Die Aufrechnung im Gesamtvollstreckungsverfahren, ZIP 1995, 1146

Eckert, Hans-Georg

Anmerkung zu BGH, Urt. 15. 2.1984 - VIII ZR 213/82, ZIP 1984, 615

Eichholz

Offene Forderungen stets im Griff behalten, Die Wirtschaft 1994, 19

Eickmann, Dieter

Vergütungsfestsetzung für Verwalter: Entscheidung nach Willkür oder Gesetz?, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 257 (zit.: *Eickmann*, in: RWS-Forum 9)

VergVO, Kommentar, 2. Aufl., 1997

Alte und neue Vergütungsprobleme in der Insolvenz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 359

Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht, 1991
(zit.: *Eickmann*, Zwangsversteigerungsrecht)

Die Vergütung der Insolvenzverwalter, 2. Aufl., 1987 (zit.: *Eickmann*, Vergütung)

Höchstpersönliches Verwalterhandeln oder Delegationsbefugnis?, KTS 1986, 197

Aktuelle Probleme des Insolvenzverfahrens aus Verwalter- und Gläubigersicht, 3. Aufl., 1985 (zit.: *Eickmann*, Aktuelle Probleme)

Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 10. 5. 1984 - 8 U 172/83, ZIP 1984, 729

Die Vergütung des nach § 106 KO bestellten Sequesters, ZIP 1982, 21

Anmerkung zu OLG Köln, Beschl. v. 3. 11. 1980 - 19 T 254/80, ZIP 1981, 143

Eisenhart, Ulrich

Deutsche Rechtsgeschichte, 1984

Endres, Ruth

Insolvenz- und Risikofaktoren im Mittel- und Kleinbetrieb, 1979

Engelhard, Hans A.

Politische Akzente einer Insolvenzrechtsreform, ZIP 1986, 1287

Feuerborn, Sabine

Rechtliche Probleme der Unternehmensfortführung durch den Sequester und vorläufigen Insolvenzverwalter, KTS 1997, 171

Fitting, Karl/Kaiser, Heinrich/Heither, Friedrich

BetrVG, Kommentar, 18. Aufl., 1996

Fleege-Althoff, Fritz

Die notleidende Unternehmung, 1930

Flessner, Axel

Sanierung und Reorganisation: Insolvenzverfahren für Großunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung, 1982

Flosbach, Hans-Jürgen

Sanierungsentscheidung der Banken, 1987

Frotscher, Gerrit

Steuern im Konkurs, 1990

Funke, Rainer

Der Insolvenzplan des Entwurfs der Insolvenzordnung im Licht der Erfahrungen mit dem amerikanischen Reorganisations- und Schuldenregulierungsrecht, in: Festschrift Helmrich, 1994, S. 627

Gartzen, Johannes

Was sind Qualitätsmanagementsysteme und welche Bedeutung haben sie für alle europäischen Unternehmen, 1995

Geffrey, Edger

Das einzige, was stört, ist der Kunde, 5. Aufl., 1995

Gerhardt, Walter

Verfügungsbeschränkungen in der Eröffnungsphase und nach Verfahrenseröffnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 159

Grundpfandrechte im Insolvenzverfahren, 7. Aufl., 1996 (zit.: *Gerhardt*, Grundpfandrechte)

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12. 10. 1989 - IX ZR 184/88, JZ 1990, 243

Die Haftung des Konkursverwalters, ZIP 1987, 760

„Soraya“ oder „Sozialplan“, JZ 1984, 601

Inhalt und Umfang der Sequestrationsanordnungen, ZIP 1982, 1

Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, 1969 (zit.: *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung)

Gerhardt, Walter/Kreft, Gerhart

Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, 7. Aufl., 1996

Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno

AktG, Kommentar, 1974 ff (zit.: *Bearbeiter*, in: Geßler/Hefermehl, AktG)

Gessner, Volker/Rhode, Barbara/Strate, Gerhard/Ziegert, Klaus A.

Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, 1978

Gohmar

Reform des Konkursrechts in den nordischen Ländern, RabelsZ 1971, 226

Göschel, Gesine

Woran scheitern Unternehmungen?, in: Kienbaum-Unternehmensgruppe (Hrsg.), Blick durch die Wirtschaft, Nr. 204/1987, S. 7 ff

Gottwald, Peter (Hrsg.)

Insolvenzrechts-Handbuch, 1990 (zit.: *Gottwald/Bearbeiter*)

Nachtrag „GesamtvollstreckungsO“ zum Insolvenzrechts-Handbuch, 1993
(zit.: *Gottwald/Bearbeiter*, Nachtrag GesO)

Gottwald, Peter/Adolphsen, Jens

Die Rechtsstellung dinglich gesicherter Gläubiger in der Insolvenzordnung, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1997, S. 805

Gravenbrucher Kreis

Vorabgeltung arbeitsrechtlicher InsO-Vorschriften: Ausdehnung auf Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsordnung geboten!, *ZIP* 1997, 1091

Appell gegen die Verabschiedung der Insolvenzrechtsreform, *ZIP* 1994, 585

Alternativentwurf einer Insolvenzordnung, *ZIP* 1993, 625

„Große“ oder „kleine“ Insolvenzrechtsreform?, *ZIP* 1992, 657

Große Insolvenzrechtsreform gescheitert, *ZIP* 1990, 476

Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Insolvenzrechtsreformgesetzes, *ZIP* 1989, 468

Gröhner, Helmut

Insolvenzrechtsreform - wirtschaftspolitisch auf Abwegen, *FLF* 1984, 198

Großkommentar

zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 1970 ff; 4. Aufl., 1992 ff (zit.: *Bearbeiter*, in: *Großkomm. z. AktG*)

Grub, Volker

Die Stellung des Schuldners im Insolvenzverfahren, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1997, S. 513

Der neue § 354a HGB - ein Vorgriff auf die Insolvenzrechtsreform, *ZIP* 1994, 1645

Der Regierungsentwurf der Insolvenzordnung ist sanierungsfeindlich!, *ZIP* 1993, 393

Handlungsspielräume des Insolvenzverwalters, in: *Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts*, *RWS-Forum* 3, 1989, S. 79 (zit.: *Grub*, in: *RWS-Forum* 3)

Grub, Volker/Rinn, Katja

Die neue Insolvenzordnung - ein Freifahrtschein für Bankrotteure, *ZIP* 1993, 1583

Grüneberg, Christian

Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrates im Konkurs, 1988

Grunsky, Wolfgang

Das Arbeitsverhältnis im Konkurs- und Vergleichsverfahren, 3. Aufl., 1994

Das italienische Sanierungsverfahren für Großunternehmen, ZIP 1981, 1303

Grunsky, Wolfgang (Hrsg.)

Der Sportverein in der wirtschaftlichen Krise, 1990

Haarmeyer, Hans

Anhörung zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung, ZIP 1993, 883

Haarmeyer, Hans/Wutzke, Wolfgang/Förster, Karsten

Handbuch zur Insolvenzordnung, 1997 (zit.: *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch InsO)

GesO, Kommentar, 3. Aufl., 1995

Hachenburg, Max

GmbHG, Großkommentar, 1990 ff

Hahn, Gerhard

Ursachen von Unternehmensmißerfolgen, 1958

Hammer, Jost

Die Wirksamkeit der Führung verbessern!, IO 1979, 175

Hanau, Peter

Bundesanstalt für Arbeit zur Kaug-Vorfinanzierung, ZIP 1992, 1279

Hanau, Peter/Kappus, Matthias

Gebräuche und Mißbräuche bei der Vorfinanzierung von Konkursausfallgeld, ZIP 1988, 885

Hanisch, Hans

Einheit oder Pluralität oder ein kombiniertes Modell beim grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren?, ZIP 1994, 1

Krise des Insolvenzrechts. Einige rechtsvergleichende Beobachtungen, Basler Juristische Mitteilungen 1977, 161

Zur Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, ZZP 1977, 1

Rechtszuständigkeit der Konkursmasse. Die Wiederentdeckung selbständiger Rechtsbeziehungen der Konkursmasse in rechtsvergleichender Sicht, 1973

Häsemeyer, Ludwig

Die Aufrechnung nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 489

Insolvenzrecht, 1992

Die Spannungen zwischen Insolvenzrecht und Privatautonomie als Aufgabe der Rechtsprechung - Ein Beitrag zur Lehre vom „Umgehungsgeschäft“, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 163

Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507

Die Behandlung der Klage auf Auskunft im Konkurs, ZZP 80 (1967), 263

Hauschildt, Jürgen (Hrsg.)

Krisendiagnose durch Bilanzanalyse, 1988

Hax, Herbert

Die ökonomischen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, in: Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, RWS-Forum 3, 1989, S. 21 (zit.: Hax, in: RWS-Forum 3)

Hax, Herbert/Marschdorf, Hans-Joachim

Anforderungen an ein Insolvenzrecht aus betriebswirtschaftlicher Sicht, BFuP 1983, 112

van Hees

Handboek voor Curatoren (Handbuch für Konkursverwalter), 1994

Hegmanns, Ekkehard

Der Gläubigerausschuß, 1986

Heidland, Herbert

Die Rechtsstellung und Aufgaben des Gläubigerausschusses als Organ der Gläubigerselbstverwaltung in der Insolvenzordnung (InsO), in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 549

Heilmann, Hans

Besprechung von: Graf Lambsdorff, Handbuch des Eigentumsvorbehalts im deutschen und ausländischen Recht, BB 1976, 987

Heinen, Edmund

Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 8. Aufl., 1982

Henckel, Wolfram

Insolvenzanfechtung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 645

Insolvenzrechtsreform zwischen Vollstreckungsrecht und Unternehmensrecht, in: Festschrift Merz, 1992, S. 197

Aktuelle Probleme der Warenlieferanten bei Kundenkonkurs, 2. Aufl., 1984 (zit.: *Henckel*, Warenlieferanten)

Die Gläubigeranfechtung - ein taugliches Mittel zur Beseitigung von Verkürzungen der Konkursmasse?, ZIP 1982, 391

Buchbesprechung: Festschrift für Werner Flume, ZZP 94 (1981), 347

Die Betriebsveräußerung im Konkurs, ZIP 1980, 2

Pflichten des Konkursverwalters gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten, 2. Aufl., 1979 (zit.: *Henckel*, Pflichten des Konkursverwalters)

Masselosigkeit und Masseschulden, in: Festschrift Einhundert Jahre Konkursordnung 1877 - 1977, 1977, S. 169

Henssler, Martin

Berufsrechtliche Tätigkeitsverbote für den Konkurs- und Insolvenzverwalter, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 165 (zit.: *Henssler*, in: RWS-Forum 9)

Die verfahrensrechtlichen Pflichten des Geschäftsführers im Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co. KG, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 977

Henze, Hartwig

Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl., 1997

Henze, Hartwig/Bauer, Karen

Pflichtenstellung und Haftung des GmbH-Geschäftsführers im gegenwärtigen und künftigen Insolvenzrecht, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 997

Herbert, Ulrich

Die Sequestration im Konkursantragsverfahren, 1989

Herrmann, Reinhard

Das schwedische Insolvenzrecht, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, 1994, S. 221

Hess, Harald

KO, Kommentar, 5. Aufl., 1995

Insolvenzrecht, RWS-Grundkurs I, 4. Aufl., 1996

Hess, Harald/Binz, Fritz/Wienberg, Rüdiger

GesO, Kommentar, 3. Aufl., 1997

Hess, Harald/Obermüller, Manfred

Die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten nach der Insolvenzordnung, 1995

Hess, Harald/Pape, Gerhard

InsO und EGIInsO, 1995

Hess, Harald/Weis, Michaela

Massekredite im Rahmen der Insolvenzordnung, InVo 1996, 225

Die Stellung des Insolvenzgerichts nach der neuen Insolvenzordnung, InVo 1996, 197

Das neue Insolvenzanfechtungsrecht, InVo 1996, 141

Hess, Rainer

Miteigentum der Vorbehaltslieferanten und Poolbildung, 1985

Hesselmann, Stephan

Standardisierte Insolvenzprognose mit Hilfe qualitativer Faktoren: Die Z/Q-Methode, 1994

Hirte, Heribert

Die vereinfachte Kapitalherabsetzung bei der GmbH, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 955

Hirte, Heribert/Otte, Karsten

Die Rechtsentwicklung im Insolvenzrecht in den Vereinigten Staaten im Jahre 1993, ZIP 1994, 1493

Die Rechtsentwicklung im Insolvenzrecht in den Vereinigten Staaten im Jahre 1992, ZIP 1993, 964

Hissel, Victor

Das belgische Recht, in: Ordre de Avocats Liège (Hrsg.), Faillite et liquidation, Liège/Aachen/Maastricht, 1992, S. 29

Hoebens, Louis M. J.

Das niederländische Insolvenzrecht, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, 1994, S. 157

Hohloch, Gerhard

Gläubigerpositionen in einem Sanierungsverfahren - rechtsvergleichende Bemerkungen zur Insolvenzrechtsreform, ZIP 1982, 1029

Sanierung durch „Sanierungsverfahren“? - Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Insolvenzrechtsreform -, ZGR 1982, 181

Holzapfel, Hans-Joachim/Pöllath, Reinhard

Recht und Praxis des Unternehmenskaufs, 7. Aufl., 1994

Holzer, Johannes

Die Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren, 1996

Hommelhoff, Peter/Timm, Wolfram

Insolvenzschutz für die Geschäftsleiter - Betriebsrente, Teil 1 und 2, KTS 1981, 1 und 289

Huber, Ernst Rudolf

Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1: Reform und Restauration, 1957

Hübner, Ulrich

Zur dogmatischen Einordnung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers, NJW 1980, 729

Hüls, Dagmar

Früherkennung insolvenzgefährdeter Unternehmen, 1995

Institut der Wirtschaftsprüfer (Fachausschuß Recht)

Entwurf einer Verlautbarung: Anforderungen an Sanierungskonzepte, in: IDW-Fachnachrichten 1991, S.319 ff

Jaeger, Ernst

Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Großkommentar (zit.: *Jaeger/Bearbeiter*)

9. Aufl., 1. - 4. Lfg. (§§ 1 - 42), 1977 ff;

8. Aufl., Bd. 1 (§§ 1 - 70), 1958;

8. Aufl., Bd. 2, 1. Halbband (§§ 71 - 206), 1973

Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 8. Aufl., 1932

Die Konkursordnung 1879 - 1904, DJZ 1904, Spalte 904 ff

Jahn, U. (Hrsg.)

Insolvenzen in Europa, 1994

Jahnke, Günter

Insolvenzen: Warnzeichen - Prophylaxe - Verhinderung, BuW 1996, 193

Joergensen, Jørgen Hendrik

Insolvenzrecht in Dänemark, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, 1994, S. 13

Johlke, Horst M.

Kurzkomentar zu OLG Celle, Urt. v. 1. 7. 1986 - 20 U 9/86, EWiR 1987, 91

Joosen/Vermeulen

De gewijzigde positie van crediteuren in de voorstellen van de Commissie-Mijnssen, WPNR 5955, 218

Kayser, Georg

Sanierungsfähigkeitsprüfung insolvenzbedrohter Unternehmen, BB 1983, 415

Keiser, Horst

Betriebswirtschaftliche Analyse von Insolvenzen bei mittelständischen Einzelhandlungen, 1966

Kessler, Walter

Buchführungspflichten des Konkursverwalters, BBK Fach 8, 1095

Kilger, Joachim

Rechtsanwendung im Konkurs, in: Festschrift Merz, 1992, S. 253

Über die Möglichkeit der Geschäftsfortführung insolventer Unternehmen unter dem geltenden Recht und nach dem Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung, KTS 1989, 495

Die Finanzierung von Unternehmen in Insolvenzverfahren, ZIP 1988, 409

Probleme der Sequestration im Konkurseröffnungsverfahren, in: Festschrift Einhundert Jahre Konkursordnung 1877 - 1977, 1977, S. 189

Der Konkurs des Konkurses, Betrachtungen zur gegenwärtigen Situation des deutschen Insolvenzrechts, KTS 1975, 142

Kilger, Joachim/Nitze, Paul

Die Buchführungs- und Bilanzierungspflicht des Konkursverwalters, ZIP 1988, 957

Kilger, Joachim/Schmidt, Karsten

KO, Kommentar, 16. Aufl., 1993

r'Kint, F.

Les faillites, les concordats et les privilèges, Examen de jurisprudence 1984 - 1990, Nr. 36, S. 359

Klasmeyer, Bernd/Elsner, Ben P./Ringstmeier, Andreas

Ausgewählte Probleme bei der Verwertung von Mobiliarsicherheiten, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 837

Klasmeyer, Bernd/Kübler, Bruno M.

Buchführungs-, Bilanzierungs- und Steuererklärungspflichten des Konkursverwalters sowie Sanktionen im Falle ihrer Verletzung, BB 1978, 369

Kleinfeller, Julius/Petersen, Georg

Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1900

Koch, Frank

Die Sequestration im Konkurseröffnungsverfahren, 1982

Kohler, Hans-Jürgen

Bilanzanalyse in der Kredit- und Insolvenzpraxis, 2. Aufl., 1985

Kohte, Wolfhard

Die Behandlung von Unterhaltsansprüchen nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 615

Kölner Schrift zur Insolvenzordnung

Das neue Insolvenzrecht in der Praxis, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e. V. (Hrsg.), 1997

König, Gisbert

Gesonderte oder harmonisierte Rechnungslegung des Konkursverwalters im Unternehmenskonkurs, ZIP 1988, 1003

Korn, Klaus

Der Insolvenzverwalter - Freiberufler oder Gewerbetreibender?, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 275 (zit.: Korn, in: RWS-Forum 9)

Kort, Michael

Die konzerngebundene GmbH in der Insolvenz, ZIP 1988, 681

Kortmann, S. C. J. J.

De afkoelingsperiode van Art. 63a Fw, in: Finanzierung und Verantwortung 1994, 140

Kosch, Hans-Jürgen

Betriebsfortführung im Konkurs, 1982

Krämer, Joachim

Das neue Insolvenzrecht, Gesetze, Begründungen und Materialien, 1995

Kreft, Gerhart

Aktuelle Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Gesamtvollstreckungsrecht, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 21 (zit.: Kreft, in: RWS-Forum 9)

Treuhandkonto und Geschäftsfortführung bei Insolvenz, in: Festschrift Merz, 1992, S. 313

Kremer, Thomas

Unternehmenssanierung in Frankreich, 1994

Kretschmer, Egon

Denkansätze für Gesetzgebung und Rechtsprechung - aus der Praxis eines Konkursverwalters, KTS 1977, 137

Krummenacher, Alfred

Krisenmanagement, Leitfaden zum Verhindern und Bewältigen von Unternehmenskrisen, 1981

Kübler, Bruno M.

Die Behandlung massearmer Insolvenzverfahren nach neuem Recht, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 735

Das neue Insolvenzrecht. Grundentscheidungen zur Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz, Manuskript des Vortrags vor der Frankfurter juristischen Gesellschaft am 9. 11. 1994

Konzern und Insolvenz, ZGR 1984, 560

Anmerkung zu LG Freiburg, Beschl. vom 13. 7. 1983 - 9 T 37/81, ZIP 1983, 1100

Sondersituationen bei Unternehmensfortführung und Unternehmenskauf im Konkurs, ZGR 1982, 498

Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns

Das neue Insolvenzrecht, Band I: InsO, Band II: EGInsO, RWS-Dokumentation 18, 1994

Kuhn, Georg/Uhlenbruck, Wilhelm

KO, Kommentar, 11. Aufl., 1994

Landfermann, Hans-Georg

Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 127

Der Ablauf einer künftigen Insolvenzverfahrens, BB 1995, 1654

Elemente der Insolvenzrechtsreform in der Gesamtvollstreckungsordnung, in: Festschrift Merz, 1992, S. 367

Sanierungsförderung und Gesamtvollstreckung, ZIP 1991, 826

von Landmann, Robert/Rohmer, Gustav

GewO, Kommentar, Loseblatt, 15. Aufl., 1995, Stand: 34. Lfg., August 1996

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm

Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., 1994

Leuftink, A. L.

Surséance van betaling, Deventer, 1995

Liebelt-Westphal, Ulf

Die gesetzliche Deckungsgrenze bei der Gewährung von Sicherheiten, ZIP 1997, 230

Lloyd-Shut, W. S. M.

Aktuelle Entwicklungen im englischen Insolvenzrecht (Übersetzung aus dem Niederländischen), TvI 1/96, S. 7

Lohkemper, Wolfgang

Die Zwangsvollstreckung während der Sequestration und in einem vorläufigen Insolvenzverfahren, ZIP 1995, 1641

Lübchen, Gustav-Adolf/Landfermann, Hans-Georg

Das neue Insolvenzrecht der DDR, ZIP 1990, 829

Lüer, Hans-Jochen

Deutsches Internationales Insolvenzrecht nach der neuen Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 1217

Lüke, Wolfgang

Haftung des Insolvenzverwalters in der Unternehmensfortführung, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 67 (zit.: Lüke, in: RWS-Forum 9)

Umweltrecht und Insolvenz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 683

Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, 2. Aufl., 1996 (zit.: Lüke, Persönliche Haftung)

Zur Haftung des Sequesters bei unterlassener Feuerversicherung, ZIP 1989, 1

Besprechung von: Riering, Die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter, ZHR 152 (1988), 202

Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, 1986 (zit.: Lüke, Haftung des Konkursverwalters)

Lüthy

Unternehmenskrisen und Restrukturierungen - Bank- und Kreditnehmer im Spannungsfeld existentieller Unternehmenskrisen, Bern 1988

Lutter, Marcus

Der Konzern in der Insolvenz, ZfB 1984, 781

Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter

GmbHG, Kommentar, 14. Aufl., 1995

Marx, Thomas

Die gemeinsame Wahrnehmung von Sicherungsrechten im Konkurs (Pool-Vereinbarungen), NJW 1978, 246

Matray, Christine

Perspectives de réforme du droit de la faillite, *Mercredis de la comptabilité*, Nr. 3/76, S. 1

Matray, Didier

Konkursverwaltung in Belgien. Die Reform des Vergleichsverfahrens, Manuskript des Vortrags vor dem Arbeitskreis für Insolvenzrecht im DAV, Maastricht 1996

Maus, Karl Heinz

Der Insolvenzplan, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1997, S. 707
Steuerrechtliche Probleme im Insolvenzverfahren, 2. Aufl., 1995

Meeter, F.

Het rapport van de commissie-Mijnssen (Der Bericht der Mijnssen-Kommission), in: *nibe* 1992, S. 5

Mertens, Hans-Joachim

Empfiehlt sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?, *ZGR* 1984, 542

Merz, Franz

Die Haftung des Konkursverwalters, des Vergleichsverwalters und des Sequesters aus der Sicht des BGH, *KTS* 1989, 277

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Insolvenzrecht, *WM* 1983, 106

Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 1982

van Mierlo

De Fiscus als schuldeiser tijdens faillissement, in: 1994, *Law and Practice*, S. 14

Milman, David/Durrant, Christopher

Corporate Insolvency: Law and Practice, London 1987

Mijnssen-Kommission

Rapport van de Commissie Mijnssen ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet (Bericht der Mijnssen-Kommission zur möglichen Reform des Konkursrechts) vom 24. 10. 1989 (zit.: Bericht der Mijnssen-Kommission)

Mincke, Wolfgang

Het duitse insolventierecht, Manuskript des Vortrags an der Erasmus-Universität, Rotterdam, am 10. 1. 1997

Objects of Property Rights, in: van Maanen/van der Welt (Hrsg.), Property Law on the Threshold of the 21st Century, Maastricht 1995, S. 651

van Mierlo, Antonius I. M.

De Fiscus als Schuldeiser tijdens faillissement, Law & Practice, 1994

Mohrbutter, Jürgen

Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 2. Aufl., 1974

Mohrbutter, Jürgen/Mohrbutter, Harro

Handbuch der Konkurs- und Vergleichsverwaltung, 6. Aufl., 1990

Moll, Wilhelm

Zur Insolvenzversicherung der Betriebsrenten von Gesellschafter-Geschäftsführern, ZIP 1980, 422

Mönning, Rolf-Dieter

Betriebsfortführung oder Liquidation - Entscheidungskriterien, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 43 (zit.: *Mönning*, in: RWS-Forum 9)

Die Auswahl des Verwalters als Problem der Qualitätssicherung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 275

Moser, Hermann

Italienisches Insolvenzrecht, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, 1994, S. 127

Müller, Hans-Peter

Bilanzierungsprobleme bei der Erstellung eines Überschuldungsstatus nach § 19 Abs. 2 InsO, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 97

Müller, Klaus

GenG, Kommentar, 3 Bände, 1976 ff

Müller, Rainer

Krisenmanagement in der Unternehmung, 2. Aufl., 1986

Münchener Kommentar

zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Bd. 3, §§ 433 - 606, 1995

Nerlich, Jörg

Diskussionsbericht, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 39 (zit.: *Nerlich*, in: RWS-Forum 9)

Neuhof, Rudolf

Die gescheiterte außergerichtliche Sanierung, 1996

Neumann, Friedrich

Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren, 1995

Newiger, Nicolaus

Die neue Insolvenzordnung und ihre Auswirkungen auf die Kreditwirtschaft, Teil 1, Sparkasse 1994, 492

Noack, Ulrich

Kapitalersatz nach geltendem und künftigen Recht, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 195 (zit.: *Noack*, in: RWS-Forum 9)

Nobbe, Gerd

Aktuelle Entwicklungen zu Sicherungsübereignung und Globalzession im Lichte des AGB-Gesetzes, ZIP 1996, 657

Obermüller, Manfred

Auswirkungen des Wahlrechts des Insolvenzverwalters auf Zessionen und Avale, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 751

Verwertung von Kreditsicherheiten nach der InsO, InVo 1996, 143

Handbuch Insolvenzrecht für die Kreditwirtschaft, 4. Aufl., 1991

Auswirkungen einer Gesamtvollstreckung auf Kreditgeschäft und Kreditsicherheiten, WM 1991, 305

Obermüller, Manfred/Hess, Harald

InsO, 1995

Onusseit, Dietmar/Kunz, Peter

Steuern in der Insolvenz, 2. Aufl., 1997

Palandt, Otto

BGB, Kommentar, 56. Aufl., 1997

Pape, Gerhard

Ablehnung und Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte durch den Insolvenzverwalter, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 405

Die Verwertung von Grundpfandrechten im Anwendungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung, KTS 1996, 231

Zu den Problemen der Abberufung des Insolvenzverwalters aus wichtigem Grund gem. § 8 III 2 GesO, DtZ 1995, 40

Zu den Schwierigkeiten des Sequesters ohne Verwaltungsmacht, ZIP 1994, 89

Konkursverwalter mit beschränkter Haftung?, ZIP 1993, 737

Zum Freigaberecht des Konkursverwalters bei Grundstücken mit Altlasten, ZIP 1991, 1544

Zur Stellung und Bedeutung der Gläubigerversammlung im Konkurs, ZIP 1990, 1251

Bevorzugung der „Neumassegläubiger“ im masseunzulänglichen Konkursverfahren?, ZIP 1984, 796

Zur Systematik des § 60 KO, 1985

Paulsdorff, Jürgen

Die Rechtsstellung des Pensions-Sicherungs-Vereins, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (PSVaG) nach neuem Insolvenzrecht, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 1155

Paulus, Christoph G.

Zum Verhältnis von Aufrechnung und Insolvenzanfechtung, ZIP 1997, 569

Pelka, Jürgen/Niemann, Walter

Praxis der Rechnungslegung in Insolvenzverfahren, 4. Aufl., 1997

Petersen, Jan

Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit und Insolvenz, NJW 1992, 1202

Pink, Andreas

Rechnungslegungspflichten in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft, ZIP 1997, 177

Pinkwart, Andreas

Chaos und Unternehmenskrise, Beiträge zur betriebswirtschaftlichen Forschung, Band 69, 1992

Plate, Georg

Entscheidung zwischen sofortiger Stillegung und einstweiliger Unternehmensfortführung auf der Grundlage einer Deckungsbeitragsrechnung, KTS 1981, 325

Marketing in der Konkursabwicklung, KTS 1980, 101

Die Konkursbilanz, 1979

Prütting, Hanns

Vorwirkungen der Insolvenzordnung, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 311 (zit.: *Prütting*, in: RWS-Forum 9)

Allgemeine Verfahrensgrundsätze der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 183

Aktuelle Entwicklungen des internationalen Insolvenzrechts, ZIP 1996, 1277

Reichert, Bernhard

Rechtsfragen beim Konkurs von Sportvereinen mit Profi- und Amateurabteilungen, in: Grunsky (Hrsg.), Der Sportverein in der wirtschaftlichen Krise, 1990, S. 1

Reichold, Hermann

Die Betriebsveräußerung durch den Sequester: Paradoxon und Paradigma, KTS 1989, 291

Reimer, Eduard

Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, 9. Aufl., 1987

Reske, Winfried/Brandenburg, Achim/Mortsiefer, Hans-Jürgen

Insolvenzursachen mittelständischer Betriebe, hrsg. vom Institut für Mittelstandsforschung, 2. Aufl., 1978

Riering, Berthold

Die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter, 1987

Rinklin, Theo Hansjörg

Die vergleichsfähige und konkursreife Unternehmung. Versuch einer Typologie notleidender Unternehmungen, 1960

Risse, Winfried

Betriebswirtschaftliche Aspekte der Sanierung durch Unternehmensfortführung nach der Insolvenzordnung, KTS 1994, 465

Die wirtschaftliche Beratung des notleidenden Unternehmens unter besonderer Berücksichtigung des Marketing, KTS 1982, 65

Rose, Mathias

Die Altlastenfreistellungsklauseln im Recht der neuen Bundesländer. Verfassungs- und Finanzierungsprobleme, BB 1991, 2100

Rüschepöhler, Hans S.

Die Kunst des Krisenmanagement, Plus 6/73, S. 32 - 37

Samer, Michael

Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gemäß § 291 Abs. 1 AktG in Konkurs und Vergleich der Untergesellschaft, 1990

Schäfer, Helmut

Die Interessenverteilung zwischen Konkursverwalter und Staatsanwalt im Konkurs- und Strafverfahren, KTS 1991, 23

Schaub, Günter

Personalabbau in der Insolvenz, in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum 9, 1997, S. 235 (zit.: *Schaub*, in: RWS-Forum 9)

Arbeitsrechts-Handbuch, 8. Aufl., 1996

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Arbeitsrecht im Konkurs, ZIP 1993, 969

Das Arbeitsrecht im Diskussionsentwurf des Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts, ZIP 1989, 205

Schick, Walter

Der Konkurs des Freiberuflers - Berufsrechtliche, konkursrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, NJW 1990, 2359

Schimmelpfeng-Marktforschung (Hrsg.)

Ergebnisse und Befragung von Konkursverwaltern über Konkursursachen: Aktuelle Beiträge über Insolvenzen, 2. Aufl., 1977

Schlesinger

Volkswirtschaftliche Kapitalbildung und Eigenkapital, in: Schriftenreihe des Instituts für Kapitalmarktforschung an der Johann-Wolfgang von Goethe Universität, 1979

Schmidt, Herbert

Die Vergütung des Insolvenzverwalters, KTS 1981, 65

Schmidt, Karsten

Ordnungsrechtliche Haftung der Insolvenzmasse für die Altlastenbeseitigung, ZIP 1997, 1441

Insolvenzordnung und Unternehmensrecht - Was bringt die Reform?, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 911

Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH, ZIP 1994, 837

Altlasten, Ordnungspflicht und Beseitigungskosten im Konkurs, NJW 1993, 2833

Bodensanierung, Ordnungspflicht und Ersatzvornahme im Konkurs einer Handelsgesellschaft, BB 1991, 1273

Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, 1990 (zit.: *Karsten Schmidt*,
Wege zum Insolvenzrecht)

Liquidationsbilanzen und Konkursbilanzen, 1989 (zit.: *Karsten Schmidt*,
Liquidationsbilanzen)

Die Konkursverwalterhaftung aus unzulässiger Unternehmensfortführung
und ihre Grenzen, NJW 1987, 812

Die konzernrechtliche Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauer-
schuldverhältnis, ZGR 1983, 513

Gesellschafterdarlehen als Insolvenzrechtsproblem, ZIP 1981, 689

Organverantwortlichkeit und Sanierung im Insolvenzrecht der Unterneh-
men, ZIP 1980, 328

„Amtshaftung“ und „interne Verantwortlichkeit“ des Konkursverwalters -
Eine Analyse des § 82 KO, KTS 1976, 191

Schmidt, Karsten/Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.)

Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 1997

Schmidt, Ludwig

EStG, Kommentar, 14. Aufl., 1995

Schmidt-Räntsch, Jürgen

Das Insolvenzrecht nach dem Einigungsvertrag, DtZ 1990, 344

Schmidt-Räntsch, Ruth

Insolvenzordnung, 1995

Schneider, Dieter

Der Aufsichtsrat im Konkurs der Aktiengesellschaft, in: Festschrift
Oppenhoff, 1985, S. 349

Scholz, Franz

GmbHG, Kommentar, 8. Aufl., 1993/1995

Schulzenstein, Max

Über die Befugnis des Zwangsverwalters und des Konkursverwalters zum
Gewerbebetrieb statt des Schuldners, ZZP 35 (1906), 447

Schwank

Österreichisches Insolvenzrecht, in: Jahn (Hrsg.), Insolvenzen in Europa,
1994, S. 210

Schweizer, Dieter

Das Recht der landwirtschaftlichen Betriebe nach dem Landwirtschaftsan-
passungsgesetz, 2. Aufl., 1994

Schwerdtner, Peter

Der Sozialplan im Eröffnungsverfahren und nach der Verfahrenseröffnung,
in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 1127

Seinstra

Het eigendomsvoorbehoud en de afkoelingsperiode, JutD 1992, 3

Serick, Rolf

Probleme des Sicherheitenpools der Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners, KTS 1989, 743

Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Monographie in sechs Bänden,

Bd. III: Die einfache Sicherungsübertragung - Zweiter Teil, 1970;

Bd. V: Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsübertragung - Dritter Teil: Sonstiges Insolvenzrecht (Vergleich); Insolvenzrechtsreform, 1986

Verarbeitungsklauseln im Wirkungskreis des Konkursverfahrens, ZIP 1982, 507

Konfliktloses Zusammentreffen mehrerer Verarbeitungsklauseln. Ein Beitrag zu Erwerbsbeschränkungen in Verarbeitungsklauseln, BB 1972, 278

Shearman, Jennifer

Reformvorschläge zum englischen Insolvenzrecht, ZIP 1995, 1129

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in England und Wales, GmbHR 1992, 149

Simeon, Peter/David, Albert

Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit, 2 Bände, 10. u. 11. Aufl., Berlin 1921

Sinz, Ralf

Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 455

Skrotzki, Artur

Zur Regreßhaftung des Konkursverwalters und des Gläubigerausschusses, KTS 1967, 147

Smid, Stefan

Die Haftung des Insolvenzverwalters im künftigen deutschen Insolvenzrecht, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 337

Probleme von Unternehmenssanierung und Gesamtvollstreckung, WM 1991, 1621

Smid, Stefan/Zeuner, Mark (Hrsg.)

GesO, Kommentar, 2. Aufl., 1994 (zit.: *Bearbeiter*, in: Smid/Zeuner, GesO)

Sohm, Rudolf/Mitteis, Ludwig

Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., 1949 (hrsg. von Leopold Wenger)

Staudinger, Julius von

BGB, Kommentar, 12. Aufl., §§ 433 - 580a, 1978

Steder, Brigitte

Einzelvollstreckung im Gesamtvollstreckungsverfahren, ZIP 1997, 59

Stodolkowitz, Heinz Dieter

Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ZIP 1992, 1517

Stoll, Tonio

Altlasten im Konkurs, ZIP 1992, 1437

Stollenwerck, A. H. N.

De Faillissementswet en het NBW, in: Onderneming en nieuw burgerlijk recht, 1991, S. 482

Strasser

Vorfinanzierung des Konkursausfallgeldes, 1992

Stüdemann, Klaus

Der Konkursverwalter als Unternehmer, in: Festschrift Einhundert Jahre Konkursordnung 1877 - 1977, 1977, S. 401

Stürner, Rolf

Umwelthaftung und Insolvenz, in: Festschrift Merz, 1992, S. 563

Einfachheit und Funktionsfähigkeit des einheitlichen Insolvenzverfahrens, in: Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, RWS-Forum 3, 1989, S. 41 (zit.: *Stürner*, in: RWS-Forum 3)

Aktuelle Probleme des Konkursrechts, ZZP 94 (1981), 263

Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1757

Tappmeier, Klaus

Wettbewerbsrechtliche Probleme des Konkurswarenverkaufs, ZIP 1992, 679

Tetzner, Heinrich

UWG, Kommentar, 2. Aufl., 1957

Timm, Wolfram

Die Kündigung des Gesellschafter-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH, ZIP 1987, 69

Die Sanierung von Unternehmen, ZIP 1983, 225

Timm, Wolfram/Geuting, Markus

Abschied von der Strukturhaftung im qualifizierten faktischen Konzern?, ZIP 1992, 821

Tintelnot, Albrecht

Vereinbarungen für den Konkursfall, 1991

Tipke, Klaus/Kruse, Wilhelm

Kommentar zur AO und FGO, Loseblatt, 16. Aufl., 1996 (80. Lfg.)

Trolle, Ulf

Konflikte im Zuge der Unternehmungssanierung, in: Baur (Hrsg.), Konfliktmanagement, 1977, S. 87

Uhlenbruck, Jan

Die Rechtsfolgen der Abweisung oder Einstellung mangels Masse für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 901

Uhlenbruck, Wilhelm

Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 239

Gesellschaftsrechtliche Aspekte des neuen Insolvenzrechts, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 879

Betriebswirtschaftliche Aspekte der Insolvenzrechtsreform 1994 - Anspruch und Wirklichkeit, in: Elschen (Hrsg.), Unternehmenssicherung und Unternehmensentwicklung, 1995, S. 210

Probleme der Betriebsfortführung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, in: Festschrift Hanisch, 1994, S. 281

Das neue Insolvenzrecht, Insolvenzordnung und Einführungsgesetz nebst Materialien, 1994 (zit.: *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht)

Probleme des Eröffnungsverfahrens nach dem Insolvenzrechts-Reformgesetz, KTS 1994, 169

Sanieren oder liquidieren?, Wege aus der Unternehmenskrise, Der Wirtschaftstreuhänder 6/93, S. 16 und 1/94, S. 24

Rechtsfolgen der Beendigung des Konkursverfahrens, ZIP 1993, 241

Die Verantwortlichkeit für Altlasten im Konkurs und in der Gesamtvollstreckung, GuG 1992, 310

Konkursrechtliche Probleme des Sportvereins, in: Festschrift Merz, 1992, S. 581

Aus- und Abwahl des Insolvenzverwalters, KTS 1989, 229

Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs- und Vergleich, 2. Aufl., 1988 (zit.: Uhlenbruck, GmbH & Co. KG)

Gläubigerberatung in der Insolvenz, 1983 (zit.: Uhlenbruck, Gläubigerberatung)

Die Prüfung der Rechnungslegung des Konkursverwalters, ZIP 1982, 125

Probleme der Sequestration nach § 106 KO, KTS 1982, 201

Einstellung mangels Masse trotz vorhandener Masse, Rpfleger 1982, 410

Gesetzliche Konkursantragspflichten und Sanierungsbemühungen, ZIP 1980, 73

Die Vorfinanzierung von Konkursausfallgeld, KTS 1980, 81

Grenzen der Mitwirkung von Gläubigerausschuß und Gläubigerbeirat im Insolvenzverfahren, BB 1976, 1198

Die Vergütung von Hilfskräften des Konkursverwalters, KTS 1976, 35

Die insolvenzrechtliche Behandlung von Prämien für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Verwaltern und Mitgliedern der gesetzlichen Gläubigervertretungen, VersR 1973, 499

Das „Vergleichsverfahren Kölner Prägung“, KTS 1972, 220

Die Grenzen der Amtsermittlung und Offenbarungspflicht im Konkursverfahren, JR 1971, 445

Ulmer, Peter

Konkursantragspflicht bei Überschuldung der GmbH und Haftungsrisiken bei Konkursverschleppung, KTS 1981, 469

Vallender, Heinz

Das rechtliche Gehör im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 209

Verschoof

De afkoelingsperiode van Art. 63a Fw, Advocatenblad 1991, 13

Veit, Klaus-Rüdiger

Die Konkursrechnungslegung, 1982

Vogels, Werner

VglO, Kommentar, 1935

Vriesendorp, R. D.

Curator, let op Uw zaken!, in: Het actuele recht, Lelystad 1993, S. 233

Wagner, Anette

Die Umwandlung einer Produktionsgenossenschaft des Handwerks (PGH) in eine GmbH, DB 1995, 501

Warren, Elizabeth

The Untenable Case for Repeal of Chapter 11, 102 Yale Law Journal 437 (1992)

Warrikoff, Alexander

Die Stellung der Arbeitnehmer nach der neuen Insolvenzordnung, BB 1994, 2338

Weber, Friedrich

Funktionsteilung zwischen Konkursverwalter und Gesellschaftsorganen im Konkurs der Kapitalgesellschaft, KTS 1970, 73

Weimar, Robert

THG, Kommentar, 1993

Weimar, Robert/Alfes, Jochen

Neuregelung des § 613a BGB für die neuen Bundesländer, DB 1991, 1830

Weiß, Eberhard

Insolvenz und Steuern, 1989

Wellensiek, Jobst

Die Aufgaben des Insolvenzverwalters nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 297

Risiken von Beteiligungen in (durch) Insolvenzverfahren der Muttergesellschaften, ZIP 1984, 541

Wertenbruch, Johannes

Der Lizenzspieler als Gläubigersicherheit im Konkurs eines Vereins der Fußballbundesligen, ZIP 1993, 1292

Westphalen, Friedrich Graf von

Der Leasingvertrag, 4. Aufl., 1992

Wiedemann, Herbert

Gesellschaftsrecht, Band I, 1980

Wilhelm, Hermann

Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages,
1976

Willemsen, Heinz Josef

Die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 613a BGB, ZIP
1986, 477

von Wilmowsky, Peter

Die Verantwortlichkeit für Altlasten im Konkursrecht, ZIP 1997, 1445

Altlasten in der Insolvenz: Verwaltungsakt - Vollstreckung - Freigabe, ZIP
1997, 389

van Wilmowski, G.

Deutsche Reichs-Konkursordnung, 6. Aufl., 1906

Wolff, Theodor

Die Konkursordnung, 1921

Weiterführende betriebswirtschaftliche Literatur zur Unternehmenssanierung:

Bea, Franz Xaver/Kötzle, Alfred

Ursachen von Unternehmenskrisen und Maßnahmen zur Krisenvermeidung, DB 1983, 565

Becker, Reimund

Die Sanierungsfähigkeit der Unternehmung: Ein durch die Kommission für Insolvenzrecht aktualisierter Begriff in betriebswirtschaftlicher Sichtweise, 1986

Beckmann, Liesel/Pausenberger, Ehrenfried

Gründungen, Umwandlungen, Fusionen, Sanierungen, 1961

Birk, Rolf/Kreuzer, Karl (Hrsg.)

Das Unternehmen in der Krise. Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsvergleichender Sicht, 1986

Bönkhoff, Franz-Josef

Die Kreditwürdigkeitsprüfung. Zugleich ein Beitrag zur Prüfung von Plänen und Prognosen, 1983

Bratschisch, Rudolf/Schnellinger, Wolfgang (Hrsg.)

Unternehmenskrisen - Ursachen, Frühwarnung, Bewältigung, 1981

Braun, Eberhard

Betriebswirtschaftliche Checkliste zur Prüfung der Sanierungsfähigkeit von Unternehmen, in: Baetge (Hrsg.): Rechnungslegung, Finanzen, Steuern und Prüfung in den 90er Jahren. Eine Vortragsreihe, 1990, S. 95

Die Prüfung von Sanierungskonzepten, WPg 1989, 693

Drukarczyk, Jochen

Unternehmen und Insolvenz, 1987

Fouquet, Klaus Peter

Sanierungswürdigkeitsanalyse, 1987

Franke, Günter

Ökonomische Überlegung zur Gestaltung eines gerichtlichen Sanierungsverfahren, KTS 1983, 37

Gebhardt, Andreas/Sümer, Besima

Formulierung und Diskussion wettbewerbsfähiger Unternehmenskonzepte für den Stahl-, Behälter- und Apparatebau in NRW, 1996

Gertz, Dwight L./Baptista, Joao

MMZ-Analyse: „Fortune 1000“, 1996

Goldbeck/Wahlen/Gauer

Der Berater bei Analyse und Abwehr von Insolvenzverfahren, 1983

Groß, Paul J.

Sanierung durch Fortführungsgesellschaften, 2. Aufl., 1988

Hauschildt, Jürgen

Erfolgs-, Finanz- und Bilanzanalyse, 3. Aufl., 1996

Hess, Harald/Fechner, Dietrich

Sanierungshandbuch, 2. Aufl., 1991

Hesselmann, Stephan/Stefan, Ute

Sanierung oder Zerschlagung insolventer Unternehmen: Betriebswirtschaftliche Überlegungen und empirische Ergebnisse, 1990

Hoff, G. T. J./Spigt L. C. J. M.

Banken op achterstand door avkoelingsperiode, Bank en Effektenbedrijf, 4/94, S. 28

Hoffmann, J.

Sanierung mit externer Beratung, in: Schimke/Töpfer (Hrsg.): Krisenmanagement und Sanierungsstrategien, 1985, S. 118

Kayser, Georg

Sanierung oder Auflösung. Eine Analyse zur Bestimmung der Sanierungsfähigkeit von Unternehmen im Vorfeld der Insolvenz, 1993

Krystek, Ulrich

Unternehmenskrisen. Beschreibung, Vermeidung und Bewältigung überlebenskritischer Prozesse in Unternehmungen, 1987

Krisenbewältigungs-Management und Unternehmensplanung, 1981

Linde

Krisenmanagement in der Unternehmung. Eine Auseinandersetzung mit den betriebswirtschaftlichen Gestaltungsaussagen zum Krisenmanagement, 1994

Niehaus, Hans-Jürgen

Früherkennung von Unternehmenskrisen, 1987

Rick, Heino

Insolvenzrechtliche und steuerliche Ansätze zur Lösung des Finanzierungsproblems in einem insolvenzrechtlichen Reorganisationsverfahren, 1985

Schmidt, Karsten

Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht - unternehmens- und insolvenzrechtlicher Teil -, in: Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentages, Bd. I, 1982, S. D 1

Schmidt, Reinhard H.

Ökonomische Analyse des Insolvenzrechts, 1980

Witte, Eberhard

Unternehmenskrisen - Anfang vom Ende oder Neubeginn?, in: Bratschisch/Schnellinger (Hrsg.): Unternehmenskrisen - Ursachen, Frühwarnung, Bewältigung, 1981, S. 7

Zelewski

Unternehmenskrisen und Konzepte zu ihrer Bewältigung, 1994

Zybon, Adolf

Sanierung, in: Grochla/Wittmann (Hrsg.): Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 4. Aufl., 1976, Spalte 3493 - 3500

Stichwortverzeichnis

- Abbruch der Fortführung
 - Einbeziehung von Gläubigerausschuß/-versammlung 1439 ff
 - Gründe 1429 ff
 - Verantwortung 1442
 - Zeitpunkt 1429
- Abgaben, öffentliche 1456
- Ablehnung der Erfüllung
 - s. Erfüllungswahl
- Absatzplanung 1405 ff
- Absonderung
 - s. Eigentums- und Pfandrechte Dritter
- Abweisung des Konkursantrags mangels Masse 27
- Aktiengesellschaft 1134 ff
- Allgemeines Verfügungsverbot 278
- Altlasten 1366 ff
 - Belastung der Fortführung 1373 ff
 - Entsorgung 1369
 - Ersatzvornahme 1367 f
 - Freigabe 1369 f, 1372
 - Kosten der Beseitigung 1367 f
 - ordnungsbehördliche Maßnahmen 1378
 - Verantwortlichkeit der Masse 1367, 1371, 1375
- Anfechtung 1033 ff
 - im Gesamtvollstreckungsverfahren 1044 ff
 - im Insolvenzverfahren 1049 ff
 - im Konkursverfahren 1037 ff
 - Liquiditätsbeschaffung durch Anfechtung 1054 ff
 - Rechtshandlungen des Gemeinschuldners 1033 ff
- Anlaufliquidität 70, 1017 ff
- Arbeitnehmer
 - Ansprüche 10, 11, 14, 26, 206, 325, 860, 1247
 - Aufhebungsvertrag 1221
 - Betriebsübergang (§ 613a) 327, 890 f, 897 ff, 1227, 1231 ff, 1249 ff
 - Differenzlohn 25 f
 - Einbeziehung in Fortführungsentscheidungen 844 f, 852 f, 1208
 - Freistellung 25, 847, 1209
 - Konkursausfallgeld 12, 28, 78 ff
 - Kündigung 326, 847 f, 867, 884 ff, 1232, 1248, 1608
 - Kündigungsschutz 24, 849, 851, 886 ff, 890 ff
 - Massenentlassung 854 f, 868 ff
 - Motivation 1215 ff
 - Mutterschutz 873
 - Nachteilsausgleich 859, 861 f
 - Personalauswahl 1263 ff
 - Schlüsselleute 29, 1210 ff
 - Schwerbehinderte 872
 - Spaltung durch Personalabbau 1226 ff
 - unredliches Verhalten 1255 ff
- Arbeitsplatzsicherung 9
- Aufrechnung 1027 ff
- Ausgleichsverpflichtung (im Konzern) 1148 f
- Ausländisches Insolvenzverfahren
 - Anerkennung 364

- Auslaufproduktion 741 ff
- Aussonderung
 - s. Eigentums- und Pfandrechte Dritter
- Beherrschungs- und Gewinn-**
abführungsvertrag 1147, 1150
- Belgien
 - Arbeitnehmer 545,
 - Fortführung 535, 537 f, 545, 550
 - Gericht 536, 548 f
 - Gläubiger 538
 - Inquisitionsverfahren 535 f, 543
 - Konkurs 537 ff
 - Liquidation 539
 - Moratorium 533
 - Reformdiskussion 543
 - Staatsanwalt (als Beteiligter) 543
 - Verfahrensziel 533, 555
 - Vergleich 540 f, 544, 551 ff
 - Verwalter 544
- Berichtstermin 271 f
- Beschäftigungsförderung
(gesetzliche) 1246 ff
- Beschäftigungsgesellschaft 1234 ff
 - Eigenständigkeit 1242
 - Errichtung 1236, 1243 f
 - Finanzierung 1237 ff
 - Funktion 1235 f, 1245
 - Verwalter als Treuhänder 1243
- Betriebsänderung 856 ff, 880 ff,
909 f, 1209
- Betriebsfortführung
 - s. Fortführung
- Betriebsgrundstück
 - Gemeinschuldner als Eigentümer 1007 ff
- Gemeinschuldner als Mieter/
Pächter 1004 ff
- Betriebsprüfung 1285 f
- Betriebsrat
 - Anhörung 328, 856 ff, 876 ff
 - Beschäftigung von Betriebsrats-
mitgliedern 875, 1259
 - Freistellung 1260
 - Interessenausgleich 328, 859 ff,
1209, 1219, 1226
 - Kündigung von Betriebsräten
874 f, 1260 ff
 - Mitbestimmung und
Mitwirkung 846 ff, 853, 859,
1209, 1227
- Betriebsstillegung
 - s. Stillegung
- Betriebsversammlung 111
- Bilanzen
 - s. Rechnungslegung
- Buchführungs- und Aufzeichnungs-
pflichten 1452, 1454 f
 - s. auch Rechnungslegung
 - Befreiung 1456 ff
 - nach Verfahrenseröffnung
1460 ff
 - Schätzung 1467
 - Umfang 1464 ff
 - vor Verfahrenseröffnung 1456
- Bundesanstalt für Arbeit
 - Konkursausfallgeld 83 ff, 90
 - Rückgriffsansprüche 25
 - Sperrfrist 24
 - Stellung in der Betriebs-
fortführung 88 f
- Controlling**
 - als Führungsinstrument 1416
 - Funktion 1415, 1427 f
 - Liquiditätskontrolle 1418 ff

- Produktionskontrolle 1422
- Vermögenskontrolle 1423 ff
- zur Früherkennung eines Mißerfolges 1427 f

Dänemark 569 f

- Fortführung 573 f
- Moratorium 569, 570 ff

Darlehen

- kapitalersetzende 1057 ff
- Liquidität 1082, 1087
- Dauerschuldverhältnisse 1433

EG-Übereinkommen über Insolvenzverfahren 358 ff

Eigentums- und Pfandrechte Dritter

- Ablösung der Rechte 215 f
- Absonderung 22, 58 ff, 169, 210 ff, 729, 913, 918 ff, 935 ff, 955 ff, 1007 ff
- Abstimmung mit Sonderrechts- und Vorbehaltsgläubigern 911 ff, 934 ff
- Aussonderung 22, 58, 62 ff, 109, 729, 912, 918 ff, 923 ff
- Eigentumsvorbehalt 922 ff
- Ersatzaussonderung 64, 76, 942 f
- Grundpfandrechte 210 ff, 1007 f
- Herausgabe 216, 947
- Kostenbeitrag 322, 948, 989 f
- Leasingverträge 931 ff
- Sequestration 58 ff, 115
- Sicherungspraxis 22, 32
- Sicherungsübereignung 961 ff
- teilfertige Leistungen/ Miteigentum 951 ff
- Ursache für Funktionsverlust 22, 32
- Unterrichtung der Gläubiger 322
- Verwertungsrecht 322

Eigenverwaltung des Schuldners 276

Erfüllungswahl des Verwalters 1224, 1359 ff

Fertigungstiefe 1404

Finanzierungshilfen

- Arbeitsplatzsicherung 1088 ff
- Ausfallbürgschaften 70, 1085 ff
- Förderprogramme 1084, 1091 f
- Kredite 1082, 1087
- Liquiditätshilfen 1084
- staatliche Garantien 70
- Zuschüsse 1082

Finanzplanung

- s. Planrechnungen

Forderungen

- abgetretene 75, 938 f
- Einziehung 72 ff, 942 ff
- Globalzession 938 ff
- Kostenbeitrag 948
- Vorausabtretung 935 ff

Fortführung

- Abstimmung 1093 ff
- Auslaufproduktion 741 ff
- Beendigung 184, 1429 ff
- Ergebnis 1452, 1471 ff
- Finanzierung 69 ff, 112 f, 1017 ff
- Funktion 340 ff, 1396 ff, 1601
- Gefahren 123 f, 314
- Genehmigung durch Gläubigerversammlung 183
- ideologische Aspekte 100, 106 ff
- konjunkturelle Rahmenbedingungen 96 ff
- Kostendeckung 86, 222 ff, 314 ff

- Liquiditätssicherung 114, 312 ff, 738 ff
 - planlose 123, 782 ff
 - Statistik 7
 - Stufenmodell 348 f
 - Verantwortungskompetenz des Verwalters 733 ff
 - Zeitfaktor 178 ff, 710 ff, 746, 1429
- Fortführungsentscheidung**
- Auslaufproduktion 741 ff
 - Erhaltung des Geschäftswertes 723 ff
 - Führung und Management 731 f
 - Grundlagen 129, 130 ff, 611 ff, 727 ff
 - geordneter Abbau 726
 - Kriterien 184, 694 ff, 1596 ff
 - Liquidationsvorrang 692 ff
 - Potentialanalyse 685 ff
 - Reorganisation 758 ff
 - strategische Ziele 736 f
 - Verminderung der Masseschulden 719 ff
 - Vermögensbewertung 702 ff
 - übertragende Sanierung 751 ff
 - Ursachenanalyse 650 ff
- Frankreich**
- administrateur judiciaire 480
 - Beobachtungsphase 487
 - Eröffnungsgrund 486
 - Einheitsverfahren 485 ff
 - Fortführung 490 ff, 497
 - Gläubiger 494 ff
 - Insolvenzprophylaxe 481 ff
 - Liquidation 489
 - mandataire liquidateur 480
 - Reformdiskussion 477 ff, 495
 - Sachverständige 480
 - Sanierungsplan 488
 - Schuldner 476, 489
- Trennung des Unternehmens vom Unternehmensträger 476
 - Verfahrensziele 473 ff, 493 f, 497
- Freie Mitarbeiter**
- s. Hilfskräfte
- Gegenseitige Verträge**
- s. Erfüllungswahl
- Gemeinschuldner 1098 ff**
- s. auch Schuldner
 - Anhörung 1100, 1104
 - Auskunftspflicht 1100, 1268, 1196 f, 1282
 - Einbeziehung in Fortführung 1098, 1103 f, 1270 ff, 1279 f
 - Geschäftsführung 1108, 1275
 - juristische Personen 1115 ff
 - Mitwirkungspflicht 1114, 1268 f
 - Rechtsstellung 1099 ff, 1269
 - unredliches Verhalten 1276 f, 1281 ff
 - Unterhalt 1108 ff
 - Untersagungsantrag gegen Maßnahmen des Verwalters 1103, 1105
 - Vergütung bei Mitwirkung 1114
 - Zwangsmittel 1289 ff
- Genehmigungen (technische Anlagen) 1312 ff**
- Genossenschaften 1128 ff**
- Gericht**
- Aufgaben 793 ff, 1442
 - Aufsicht 798 ff, 1549 ff
 - Haftung 1544 ff
 - Stillegungsentscheidung 1557 ff
 - Vetorecht 1559

- Zuständigkeit 795, 1549 f, 1610
- Weiterbeschäftigung 1118, 1122 f
- Gesamtschadensliquidation 1277
- Gesamtvollstreckung
 - Autonomie 188 ff
 - Einstellung 217
 - Entwicklung 226 f, 234
 - Fortführungspotential 235
 - Funktion der Betriebsfortführung 205, 222 f
 - Gläubiger 206, 210 ff
 - Modellcharakter 225
 - Sanierungsförderung 190, 200 f, 203 ff
 - Treuhandanstalt 228 ff
 - Verfahrensziel 188 ff, 197, 200, 201, 204 f, 218 ff, 225 f, 235
 - Verhältnis zur außergerichtlichen Liquidation 229 ff, 233
 - Zielkonflikte 220 f
 - Zwangsvollstreckungsmaßnahmen 207 ff, 211
- Gesamtvollstreckungsverwalter
 - Ablöserecht 215
 - Aufgaben 215 f
 - Herausgabeanspruch gegen 215 f
 - Verantwortung 203 ff, 220 f, 224
 - Verwertungskompetenz 202
- Geschäftsführer
 - Abberufung 1116
 - Ansprüche 1124 f
 - Auskunftserteilung 1123
 - Einbeziehung bei Fortführung 1123, 1127
 - Haftung 1072 ff, 1077 f, 1277
 - Kompetenzen 1115
 - Kündigung 1117, 1119 f
 - Mitwirkung 1123
 - unredliches Verhalten 1116
 - Vergütung 1117 f, 1121, 1123
- Geschäftsjahr 1495
- Gesellschafter
 - Einbeziehung bei Fortführung 1125
 - Darlehen 1058 f, 1157
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
 - als Gemeinschuldner 1115 ff
 - Einbeziehung der Organe in Fortführung 1115
 - Geschäftsführer 1116 ff
 - Liquidation 231 ff
- Gewährleistungsansprüche 1376 ff
- Gewerbliche Tätigkeit 1193
- Gewerbeerlaubnis 1302 ff
- Gewerbefreiheit 1304 f
- Gewerbeuntersagung 1311
- Gewerkschaften 1230 ff, 1540
- Gläubigerausschuß
 - Aufgaben 806, 820
 - Beschlußfassung 1172, 1440
 - Bestellung 807, 809, 811
 - Einbeziehung in Fortführungsentscheidungen 806, 816 f, 821 ff, 827 f, 1172
 - Haftung 1527 ff
 - Insiderwissen 1536 ff, 1543
 - Interessenkollision 1537
 - Kassenprüfung 1531 f
 - Rechte 805, 818 f, 826
 - Vergütung 1584 ff
 - Verschwiegenheitspflicht 1538, 1543
 - Vetorecht 836
 - vorläufiger Gläubigerausschuß 808 f, 811, 828

- Wahl durch Gläubigerversammlung 815
 - Widerruf der Bestellung 825
- Gläubigerautonomie 805, 829 ff
- Gläubigerbenachteiligung 993, 1038, 1044, 1055
- Gläubigerversammlung 829 ff
- Anträge 836
 - Beschlußfassung 323 f, 829, 836, 843, 1438 ff, 1503, 1559
 - Bestimmung des Verfahrensziels 830 ff
 - Genehmigungen 883
 - Fortführungsentscheidung 183, 793 f, 835, 837, 1172
 - Stilllegungsentscheidung 795, 837, 883
 - Verantwortlichkeit 835 ff
 - Zusammensetzung 838 ff
- Griechenland 579 ff
- Großbritannien
- administration 500, 503
 - administrative receiver (Zwangsverwalter) 504
 - administrator (Verwalter) 503
 - außergerichtliche Schuldenbereinigung (scheme of arrangement) 499
 - Eigenverwaltung 509
 - floating charges 502, 504 f, 511
 - Fortführung 504, 510
 - Liquidation 504
 - Reformdiskussion 498, 505 ff
 - Schuldner 501
 - Vergleich (CVA-Verfahren) 500 ff
 - Verfahrensziele 506 ff
- Großverfahren
- Besonderheiten 114, 251, 1138 ff, 1443 ff
 - Insolvenzplan 1151
- obligatorische Fortführung 770 f
 - öffentlicher Druck 772 ff
 - politische Absicherung 251
- Haftung**
- Besonderheiten bei Fortführung 1498, 1502 ff, 1539 ff
 - Berechnung des Schadens 1510, 1512
 - externe Haftung 1498, 1528 f
 - Gericht 1544 ff
 - Gläubigerausschuß, -mitglieder 1527 ff
 - Mitarbeiter und Hilfskräfte 1500, 1501, 1192 f
 - Primärhaftung der Masse 1525
 - Sequester 1508 f
 - Verschulden 1500, 1511, 1522 ff
 - Verwalter 1224, 1502 ff, 1507
 - Umfang 1499, 1512 ff, 1609
- Handelsgeschäft 917
- Handelsrechtliche Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten 1452 ff
- Handwerkserlaubnis 1298, 1303
- Hauptinsolvenzverfahren 360 ff
- Herausgabe von Gegenständen
- s. Eigentums- und Pfandrechte Dritter
- Hilfskräfte des Verwalters
- Auswahl 1183
 - Einsatz 1181 f, 1186 f
 - Haftung 1192 f, 1500
 - Haftpflichtversicherung 1526
 - Kompetenzen 1184 f
 - Verantwortung 1192 f
 - Vergütung 1188 ff

Insolvenzgericht

- s. Gericht

Insolvenzplan 269 ff, 329 ff

- Beschlußfassung 337, 338, 339
- darstellender Teil 332
- Deregulierungsinstrument 266 f, 329
- gestaltender Teil 332
- im Konzernverbund 1151
- Initiativrecht des Verwalters 267
- und Eigenverwaltung 308
- und Fortführung 331
- Zielsetzung 269 f, 330, 334 ff, 1615

Insolvenzstatus

- s. Rechnungslegung

Insolvenzverfahren

- Antragstellung 277, 302 ff, 311
- Berichtstermin 289 ff
- Betriebsfortführung 271 f
- Eigenverwaltung 305 ff
- Eröffnungsgründe 273, 302 ff
- Gläubiger 322
- Sanierungsförderung 309
- Verfahrenszweck 260

Insolvenzmasse 321

- Selbstverwertungsrecht der Gläubiger 322
- Sicherheiten (s. Eigentums- und Pfandrechte Dritter)

Insolvenzverwalter

- s. auch Verwalter
- Initiativrecht bezüglich Insolvenzplan 267
- Vergütung 1561, 1567, 1583

Insolvenzstatus

- s. Rechnungslegung

Insolvenzursachen

- Ermittlung 615

- endogene Faktoren 628 ff
- exogene Faktoren 616 ff
- Methoden der Ursachen-
ermittlung 658 ff, 676 ff
- Zwischenbereich 622 ff

Interessenausgleich 852, 859 ff, 1209, 1219, 1226

- im Vorverfahren 848, 864
- nach der InsO 850

Internationale Verfahren 354 ff

- EG-Übereinkommen 358 ff
- Territorialitätsprinzip 359
- Universalitätsprinzip 360 ff

Inventar 702 ff

Inventur (permanente) 998 ff

Italien

- Aufbau des italienischen
Insolvenzrechts 512
- Fortführung 522, 528
- Gericht, beauftragter Richter
525 f
- Gläubiger 529 f
- Konkurs (fallimento)
518, 525 ff
- Liquidation (liquidazione) 524
- Sanierungsverfahren (ammini-
stratione controllata) 517
- Sonderrecht für Großunterneh-
men (amminstratione
straordinaria) 514 ff
- Verfahrensziele 531 f
- Vergleichsverfahren (concordato
preventivo) 519 ff
- Vor- und Sonderrechte 529 f
- Vorverfahren 518

Kapitalerhöhung 1138

Kapitalersatz 1057 ff

Kapitalherabsetzung 1138

Kenntnis

- Antrag auf Eröffnung 1037, 1039, 1042, 1044, 1046, 1049
- Benachteiligungsabsicht 1040, 1049

Kredite (Massekredite) 1024 ff

- Konkursausfallgeld** 12, 28 ff, 78 ff
- Vorfinanzierung 80 f, 116 ff

Konkursverfahren

- Betriebsfortführung 178 ff
- Einstellung 172
- Gläubiger 168
- Liquidation 173 f
- Masse 170
- Reorganisation 171
- übertragende Sanierung 173, 175
- Verwertung 173 ff
- Zwangsvergleich 171
- Zweck 165 ff, 169, 171, 177, 187

Konkursverwalter

- s. auch Verwalter
- Aufgabe 170
- Befugnisse 170, 178 ff
- Bestellung 1140
- Haftung 1498, 1501, 1508 ff, 1514 ff, 1522
- Rechnungslegung 1452 ff
- Verwertungskompetenz 5, 170

Konkursverschleppung 1277

Konzern

- Abstimmung bei Fortführung 1144 ff
- Insolvenz der Obergesellschaft 1150
- Insolvenz der Untergesellschaft 1147 ff
- Konzernhaftung 1079 ff
- Treuhandanstalt 1152 ff

Konzessionen

- Bedeutung für Fortführung 1210, 1213, 1296 ff, 1309 ff
- Konzessionszwang 1302 f
- Widerruf 1302 ff

Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft 1131 f

Leasing 931 ff

Liquiditätsbeschaffung

- Darlehen vor Verfahrenseröffnung 1020 ff
- Darlehen nach Verfahrenseröffnung 1024 ff
- durch Anfechtung 1054 ff
- durch Aufrechnungsverbot 1027 ff
- durch Rückgewähr kapitalersetzender Leistungen 1057 ff
- durch Verwertung der Masse 1018 ff

Lohnfortzahlung 1247

Lösungsklauseln

- s. Sonderkündigungsrechte

Management Buy Out 1214 f

Mängel 1376 ff

Massedarlehen 1020 ff

Masseschulden

- Anwachsen als Ursache für Funktionsverlust 23
- Begründung durch vorläufigen Insolvenzverwalter 321

Masseunzulänglichkeit 24, 1434

Miet- und Pachtverträge 1318 ff, 1004 ff

Nachteilsausgleich

- des Arbeitnehmers 859, 861 f
- des Grundpfandrechts-
gläubigers 1015

Niederlande 365 ff

- Abkühlungsperiode (afkoelings-
periode) 366, 404 ff
- Aussetzung der Rechtsausübung
407 f, 410, 421, 451
- Finanzamt 437 ff, 464, 466
- Fortführung 374 f, 412, 416,
470 ff
- Gericht, beauftragter Richter
374, 385 ff, 407, 410, 417, 420,
458, 460 f
- Gläubiger 379, 381, 415, 418,
421 f, 429 ff, 452 f, 464 ff
- Konkurs (faillissement) 365,
367, 407 ff, 458 ff
- Leasingverträge 423 ff
- Maas-Kommission, Bericht
376, 391
- Masseschulden (boedelschulden)
468
- Moratorium (surséance van
betaling) 365, 367, 375, 410 f,
441 ff
- Mijnsen-Kommission (Bericht)
377 ff, 412
- Rangordnung 466 f
- Rechtsstellung der Separatisten
422, 452 f, 464 f
- Rechtsstellung der Vorbehalts-
gläubiger 429 ff, 452 f, 464
- Rechtsstellung der Hypotheken-
gläubiger 434 ff, 452 f, 464 f
- Reformdiskussion 380 f
- Schuldner 416, 420, 450
- Verfahrensziele 373, 380 f
- Vergleich (akkoord) 365, 367,
375, 456 f, 470
- Verwalter (curator) 374, 414,
416, 462 f
- Verwalter (bewindvoerder) 375

Norwegen 571 f

Offenbarungspflicht des Gemeinschuldners 1196

Öffentliche Abgaben 1456

Öffentlichkeitsarbeit 1097

Österreich

- Ausgleichsverfahren
556, 563 ff
- Fortführung 559, 560 ff
- Gläubiger 557, 560
- Insolvenzgeldversicherung 557
- Konkurs 559, 562 f
- Liquidation 559
- Reformdiskussion 566
- Unternehmensreorganisation
566
- Verfahrensziele 556, 560 ff
- Vorverfahren 556

Pacht

- s. Miet- und Pachtverhältnisse

Pensions-Sicherungs-Verein 813, 1540

Pfandrechte

- s. Eigentums- und Pfandrechte
Dritter

Pfändung 209

Planrechnungen

- Bilanzen 1475 ff
- Eröffnungsbilanz 777, 1190,
1477 ff
- Ertragsplanung 777, 786,
1477 ff
- Funktion 777, 780 f, 784 f,
1177
- Gewinn- und Verlustrechnung
1468
- Haftung 782, 784

- Liquiditätsbedarfsplanung 747, 779, 786
 - Schlußbilanz 1477 ff
 - Soll-Ist-Vergleich 786, 1178, 1451, 1531
 - Vermögensverzehr 783, 1177, 1486 ff
 - Zwischenbilanz 786, 1478 f
- Pools**
- s. Verwertungsgemeinschaften
- Potentialanalyse** 685 ff
- als Grundlage einer Fortführungsentscheidung 689
 - Auftragslage 686
 - Begriffsbestimmung 685
 - Finanzpotential 688
 - Funktion 689
 - Produktionspotentiale 687
- Produktanpassung** 1403
- Produkthaftung** 1376, 1381 f
- Produktionsverlagerung** 1403
- Qualitätssicherung** 1210 f, 1376, 1382 ff
- Quotenvergleich** 150, 334 ff
- Rangverhältnis**
- Forderungen 166, 168 f
 - Massegläubiger 11, 23, 25, 206, 260, 325
- Rechnungslegung** 1452 ff
- Aufbau des internen Rechnungswerkes 1475 f
 - Befreiung 1456 ff
 - Bewertungsgrundsätze 1461 f
 - Besonderheiten bei Betriebsfortführung 1480 ff
 - Darstellung des Fortführungsaufwandes 1492 ff
 - externe 1456 ff
 - interne 1471 ff
- Verhältnis von Insolvenzrecht und Steuerrecht 1454 ff
 - Steuererklärungen 1452, 1454, 1466
 - Soll-Erfassung 1490 f
 - Zumutbarkeit 1454, 1465 f, 1469
- Rechtsanwalt als Verwalter**
- Auskünfte des Schuldners und deren Verwertung 1196
 - Berufsrecht 1194 ff
 - anwaltliche Vertretung in Folgesachen 1201 ff
 - Kollisionen 1190, 1195, 1200, 1292 f
 - Selbstbindung 1205 ff
 - Umgehungsverbot 1198
 - Verschwiegenheitspflicht 1197
- Rechtspfleger** 1549
- Reorganisation**
- als strategisches Ziel einer Fortführung 148 f, 171 f, 197 ff, 256, 260, 264, 267 f, 269, 285, 290, 298, 309, 340, 342, 348, 758 ff, 1220, 1227
 - Begriff 758
 - Umsetzung 1213 ff
- Richter**
- s. Gericht
- Sanierung** 102 ff, 143 f, 171 ff, 186, 189 f, 197, 200 ff, 256 ff, 264, 267 ff, 309, 330, 364, 764, 1388 ff
- Sanierung, gescheiterte** 1071 f
- Gesamtschadensliquidation 1075
 - Konkursverschleppungshaftung 1072, 1076 ff
 - Schadenberechnung 1073 ff
 - unzureichender Sanierungskredit 1076

Sanierungsgutachten 1403

Sanierungsoption 1390 ff

Schlußbericht 1465, 1475

Schlußbilanz 1477 ff

Schlußrechnung 1476

Schuldner

- s. auch Gemeinschuldner
- Eigenverwaltung 154 f, 1104
- im Vergleichsverfahren 160
- in der Sequestration 46 f, 1078
- Initiativrecht bezüglich
Insolvenzplan 267, 1106 f
- Planverfahren 333, 1107
- Zwangsmaßnahmen gegen
Schuldner 34

Schwachstellenanalyse

- s. Insolvenzursachen

Schweden 573 f

- Verfahrensziele 567

Sekundärinsolvenzverfahren 361 f

Sequester

- Anfechtung von Rechtshandlungen 68
- Aufgaben 32, 41, 46, 242
- Aufsicht 253 ff
- Befugnisse 32, 39, 41, 45, 238 ff
- Einziehung von Forderungen 72 ff
- Kassenführung 34
- Pflicht zur Fortführung 242 ff
- Verhältnis zum Schuldner 46 f
- Vorfinanzierung von Konkursausfallgeld 80 ff
- Zustimmung zur Herausgabe von Vorbehaltsware 62
- Zustimmung zu Rechtshandlungen des Schuldners 45 ff

Sequestration

- allgemeines Veräußerungsverbot 34
- Aus- und Absonderung 58 ff
- Bedeutung 94 f, 241
- Dauer 251
- dynamische Sequestration 37 f, 237 ff
- Erhaltung der Substanz 38, 43, 120, 238 ff, 249 f
- Finanzierung 63, 68, 43
- gerichtliche Kontrolle 253 ff
- Fortführung während Sequestration 45, 69 ff
- Kölner Schule 38
- Sequestationszweck 28, 33, 35, 91 ff, 236, 256 ff
- Sicherungssequestration 31, 33, 42
- Sondervermögen 48 ff
- Verbindlichkeiten 48 ff
- Verwaltungssequestration 237
- Verwertungsmaßnahmen 39 ff

Sonderkündigungsrechte

- 1301, 1349 ff
- Auswirkung auf Fortführung 1350
- Ausschluß 1352 ff
- VOB 1358

Soll-Erfassung 1490 f

Sondervermögen 48 ff

Sozialpsychologische Phänomene 1408 ff

Spanien

- Gläubiger 577
- Konkurs 578
- Schuldner 577
- Verwalter 578
- Zahlungseinstellungsverfahren 575, 577

Standortsicherung 1318 ff

- Steuerberater als Verwalter 1194 f,
1198 f, 1203
- Steuererklärungen
- s. Rechnungslegung
- Stillegung
- durch Sequester 240
- gerichtliche Genehmigung
795, 796
- im Insolvenzverfahren 310, 312
- im Eröffnungsverfahren
310, 313 ff
- verfrühte 112, 1599 f
- Verschiebung 1435 ff
- Strafverfahren
- Auswirkungen auf Fortführung
1281 ff
- Beschlagnahme 1289 f
- Durchsuchung 1291 f
- Embargo-Ware 1294 f
- Ermittlungsbehörden, Abstim-
mung mit 1291 ff
- Festnahmen 1287 f
- Stellung des Verwalters 1291 ff
- Versiegelung 1289
- Technische Anlagen
- Auflagen 1313
- Genehmigungen 1312 ff
- Untersagung 1314
- Teilfertige Leistungen 77
- Territorialitätsprinzip 359
- Treuhandanstalt
- Abwicklungspolitik 228 ff
- als beherrschendes Unternehmen
1152 ff
- Übertragende Sanierung 173 ff,
176, 197, 201, 264, 269, 751 ff,
1220, 1227
- Universalitätsprinzip 359 ff
- Unternehmen, Begriff 5
- USA 582 ff
- Einfluß auf deutsche Reform
592
- Liquidationsverfahren 585
- Reformansätze 594 ff
- Reorganisationsverfahren
586 ff
- Ursachenanalyse 650 ff
- Vereine 1155 ff
- Verfahrenszweck, gesetzlicher
99 ff, 125
- Vergleichsverfahren
- Eigenverwaltung 154 f, 1492
- Fortführung 193
- Gesellschafterbeschlüsse 156
- Gläubiger 150, 159
- Liquidation 151
- Moratorium 151 f
- Quote 150
- Stellung des Gerichts 147
- Zweck 143 ff, 148 f, 151 f, 162,
164, 1139
- Vergleichsverwalter
- s. auch Verwalter
- Aufgabe 146
- Auswahl 1139 f
- Stellung 160 f
- Vergütung 1561
- Vergütung 1561 ff
- bei Fortführung 1564 ff, 1571 f
- Berechnungsgrundlage 1563 ff
- Erhöhungskriterien 1561,
1571 f, 1576
- Festsetzung 1571 ff
- für Geschäftsführertätigkeit des
Verwalters 1577 ff
- Gläubigerausschuß 1584 ff
- Hilfskräfte 1188 ff
- Minderungskriterien 1576

- Rechtsgrundlagen 1561, 1567
- Spezialkenntnisse 1577 ff
- Teilungsmasse 1563 f
- Vorschüsse 1568 ff
- Willkürlemente 1573 ff

Vertriebsgesellschaften 752, 1405 ff

Verwalter 1164 ff

- Abwahl 1168, 1180
- Anforderungen 1170, 1180
- Aufgabe bei Fortführung 1170 ff, 1388 ff
- Auswahl 1139 f, 1165 ff
- berufsrechtliche Stellung 1194 ff
- Einsatz von Mitarbeitern 1181 ff
- Führung der Tagesgeschäfte 1173 ff
- Führungsstil 1186 f
- Haftung 1179, 1498 ff
- Richtlinien für Verwalter 1166
- Rechnungslegung 1170 ff, 1177 ff, 1192 f
- steuerliche Pflichten 1454 ff
- Vergütung 1561 ff

Verwertungsgemeinschaften 68, 967 ff, 1023

Verwertung der Masse zur Liquiditätsbeschaffung 1018 ff

Vorläufiger Insolvenzverwalter

- Auswahl 319
- Bestellung 276, 278, 319
- einzelne Befugnisse 280 f, 1507

- Haftung 1507
- Pflicht zur Fortführung 313 ff, 1505 ff
- Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis 279, 282 f
- Zustimmungsvorbehalt 284

Wettbewerb

- allgemeine Beschränkungen 1300, 1324, 1329
- Fortführung als systemwidriger Wettbewerb 1325
- Insolvenzvorrang 1332, 1346 ff
- Kaufvorteile 1326
- Kostenvorteile 1338 ff
- regelmäßiger Geschäftsverkehr 1342 ff
- Sonderveranstaltungen 1335 ff
- Spannungslage 1331
- Werbung 1327 f, 1345
- Wettbewerb und Verwertungsauftrag 1327 f, 1345

Wirtschaftsprüfer als Verwalter 1194 f, 1198 f, 1203

Zahlungsunfähigkeit

- als Insolvenzgrund 273
- drohende 273 f

Zulassungen 1303

Zwangsvollstreckung

- Einstellung 207 ff, 278
- im Gesamtvollstreckungsverfahren 207 ff

Samenvatting

I. Inleiding

1. Algemeen, definitie van begrippen

De overweging om, indien de debiteur niet tot betalen in staat is en/of zijn vermogen negatief is, niet onmiddellijk over te gaan tot stillegging van het bedrijf en liquidatie van de bedrijfsactiviteiten, maar voor kortere of langere duur het bedrijf door de curator voort te laten zetten, is niet nieuw. Sinds de invoering van de Konkursordnung (faillissementswet) op 14 februari 1897 is de curator altijd al verplicht geweest naar eigen inzicht te beslissen of het bedrijf minstens tot de eerste crediteurenvergadering mag worden, zou moeten of zelfs moet worden voortgezet (§ 129 sub 2 van de Konkursordnung).

2. Winst uit het voortzetten van het bedrijf als activa

De onderneming van de schuldenaar behoort als samenhangend vermogen tot de failliete boedel. Verkoop en liquidatie van de onderneming is onderworpen aan de competentie van de curator. Deze competentie geldt voor alle goederen die direct of indirect voor de bedrijfsvoering bestemd zijn. Winst verkregen door voortzetting van het bedrijf is een actiefpost op de balans van de onderneming.

Onder reorganisatie wordt het behoud van de exploitant van de onderneming verstaan, gewoonlijk na een voorafgaande sanering die tot herstel van de rentabiliteit heeft geleid. Een overdragende sanering betekent overdracht door de curator aan een investeerder van economische goederen die van belang zijn voor de instandhouding van de structuren van het bedrijf; een dergelijke sanering heeft tot gevolg dat het bedrijf op een andere rechtspersoon overgaat.

3. Voortzetting van het bedrijf lange tijd nauwelijks gebruikt

Het voortzetten als instrument tot productiefmaking en beheer in de hand van de curator heeft lange tijd in de praktijk geen rol gespeeld. Een op de toenmalige Bondsrepubliek gericht onderzoek toont aan dat tot 1978 in slechts 4% van alle onderzochte gevallen van insolventie de bedrijven tijdelijk door de curator werden voortgezet.

4. Functieverlies van het insolventierecht en voortzetting van het bedrijf

Een echt alternatief werd het voortzetten van het bedrijf pas tegen de achtergrond van een dreigend verlies van de functie van het geldende faillissementsrecht. In 1983 werden van vier aanvragen tot faillietverklaring drie bij gebrek

aan financiële middelen afgewezen. Tegen het systeem indruisende ingrepen in de traditionele scheiding tussen faillissements- en boedelvordering, het door de toenemende werkloosheid ontstane groeien van op het niveau van § 59 sub 1 nr. 2 bevoorrechte schulden, evenals de belasting van de aan het faillissement onderworpen vermogensvoorwerpen met separatierechten, leidden tot faillissementen die zinloos waren door gebrek aan baten.

5. De dynamische "Sequestration"

Door de bevoorrechting van achterstallige vorderingen tot betaling van loon en salaris over de laatste drie maanden vóór het begin van de faillietverklaring (Konkursausfallgeldversicherung) ontstond de beslissende voorwaarde voor het in stand houden van insolvente bedrijven in de "Sequestrations"-periode, omdat het tot dusver geldende principe "zonder geld geen werk" sindsdien op zijn minst tijdelijk zijn geldigheid heeft verloren.

Door de verdere ontwikkeling van de "Sicherungssequestration" tot "Verwaltungssequestration" die een dynamisch proces op gang brengt dat over de status quo op het ogenblik van de instelling van de "Sequestration" heen gaat, konden vaak pas de voor het begin van een faillissementsprocedure noodzakelijke gelden verkregen worden door middel van het voortzetten van het bedrijf tijdens de Sequestration.

De juridisch voorwaarden voor de dynamische "Sequestration" zijn door de insolventiepraktijk, literatuur en rechtspraak tegen de passieve wetgever gedefinieerd en beveiligd. Vooral de rechtspraak heeft de rechtspositie van de "Sequester" en de hem toegekende, het zuivere beveiligingsdoel te boven gaande bevoegdheden vorm gegeven.

Het wezen van de "Sequestration" bestaat volgens die opvattingen niet alleen in bewaren en beveiligen, maar sluit dynamische processen niet uit, voorzover deze geschikt zijn het met de "Sequestration" beoogde doel van het optimale behoud van het vermogen te garanderen.

6. Behoud van waarde door voortzetting tijdens Sequestration

Uitgaande van het doel van de "Sequestration", namelijk het behoud van de waarde van de boedel, is het belangrijke criterium voor de beslissing omtrent het voortzetten van het bedrijf gedurende de periode van de "Sequestration" het instandhouden van de productie: halffabrikaten of begonnen projecten af te maken om zo hun waarde te behouden. Of dit gegarandeerd kan worden, moet vastgesteld worden door een berekening van de mogelijke opbrengst tijdens de eventuele "Sequestration"-periode. Bij deze berekening kunnen personeelskosten buiten beschouwing blijven, zolang de doorslaggevende periode van het door het faillissement gederfde geld niet overschreden wordt.

7. Verzekering van de doeleinden van het proces

Onmiddellijk nadat de "Sequestration" is gelast, wordt de richting voor het verloop en het resultaat van het faillissements- en executieproces bepaald.

Als de voorwaarden voor een juridisch geoorloofde en economisch noodzakelijke voortzetting van het bedrijf niet onmiddellijk worden geschapen en indien het bedrijf als gevolg van dit verzuim moet worden stopgezet, zijn de mogelijkheden voor de instandhouding en voortzetting meestal voor altijd bekeken.

Slechts een voortzetting van het bedrijf gedurende de "Sequestration" verzekert de denkbare opties, niet alleen om het doel van de "Sequestration" te bereiken, maar vooral ook om de wettelijk voorgeschreven doeleinden van een later insolventieproces, waarbij het er vooral in de eerste kritieke dagen na de gelasting van de "Sequestration" op aankomt de voor het behoud van de bedrijfsinterne structuren en de bedrijfsexterne zakenrelaties nodige maatregelen uit te voeren.

II. Begin van hervormingen, economische benaderingswijze, vereisten

1. Economische noodzaak

Omdat het voortzetten van het bedrijf in de periode vóór "Sequestration" een laatste redmiddel van de praktijk is om ten minste nog het openen van ongeveer $\frac{1}{3}$ van alle aangevraagde processen te verzekeren, mag de na het tijdstip van de opening voortdurende voortzetting van de bedrijfsvoering niet van de algemene economische voorwaarden worden gescheiden.

Waar werknemers, klanten en leveranciers over voldoende alternatieven beschikken, is het thema "voortzetting van het bedrijf" op de dag van het begin afgehandeld. Als de algemene economische voorwaarden echter slechter worden, treden de doeleinden van het insolventieproces, namelijk reorganisatie en sanering op de voorgrond; deze eisen beide het voortzetten van de bedrijfsvoering ook in faillissement.

Ook de hervormingsdiscussie in Duitsland is gedurende lange tijd bepaald door de ontwerpen van de insolventierechtcommissie en het begin van de reorganisatie dat zijn stempel daarop drukt. In toenemende mate nam daarbij de voortzetting van het bedrijf, vooral in het openbaar, de gestalte van een al te positief procesdoel aan, met het doel het behouden van de structuren van het bedrijf, verbonden met een toenemende bedrijfs- en staatshuishoudkundig gerichte beschouwing van het faillissement.

2. Minimumeisen

Normen, ook in de zin van de kwaliteitsbeveiligingssystemen, zijn echter voor het voortzetten van het bedrijf in het begonnen insolventieproces niet ontwikkeld. Alleen onder het gezichtspunt van aansprakelijkheid zijn in de rechtspraak negatieve afgrenzingscriteria ontwikkeld aan de hand van mislukte voortzettingen van bedrijven.

In het algemeen geldt

- het voortzetten van het bedrijf moet voldoen aan de wettelijke procesdoelen,
- en de dekking van de daarmee verbonden verplichtingen garanderen,
- in vergelijking met de onmiddellijke liquidatie een beter resultaat beloven,
- en voldoen aan de noodzakelijke, juridische, economische en administratieve voorwaarden.

III. De doeleinden van het proces

1. Algemeen

Het voortzetten van een bedrijf in een begonnen insolventieproces kan nooit doel, maar hoogstens middel ter verwerkelijking van een geoorloofd procesdoel zijn. Ten onrechte vaak uitsluitend in verbinding met het streven tot sanering bezien, kan het voortzetten zowel de latere afzonderlijke liquidatie of liquidatie onder algemene titel maar ook de reorganisatie van de insolvente exploitant ten goede komen.

Het in overeenstemming brengen met het doel van het insolventieproces is de beslissende maatstaf voor ieder besluit over voortzetting.

2. Akkoord (Vergleich)

De wet op het akkoord streeft naar het behoud van de vertrouwenwekkende schuldenaar of exploitant door middel van een bijdrage tot sanering op te brengen door de concurrente schuldeisers ter vermindering van de vernietiging van de economische existentie. Het voortzetten van het bedrijf onder het bestuur van de schuldenaar zelf is daarom obligatoir, voorzover het niet om een liquidatieakkoord gaat.

3. Konkurs

De Konkursordnung vervult in het systeem van het geldende Duitse insolventierecht de functie het doel van het proces van de liquidatie en daardoor

tenslotte de liquidatie te garanderen. Daar waar de middelen van de schuldenaar niet meer voldoende zijn om zijn crediteuren - of ook de eigen kapitaalverstrekkers - te betalen, gaat de beschikkingsbevoegdheid over de aanwezige vermogensbestanddelen op de crediteuren over.

De realisatie van de eisen van de crediteur vindt binnen het kader van een collectieve executie onder algemene titel plaats met het doel de vermogenswaarden door liquidatie zo goed mogelijk te gelde te maken en volgens de wettelijke bepalingen onder de deelnemende crediteuren te verdelen, waarbij het op grond van speciale en wettelijke voorrechten niet om gelijke, doch slechts om gelijkmatige betaling gaat.

Ook de liquidatie onder algemene titel is geoorloofd waarbij men - als zij tot het behoud van de bedrijfsstructuren voert - intussen algemeen van een overdragende sanering spreekt. Ook het doel van de reorganisatie van de insolvente exploitant wordt door de bepalingen van de Konkursordnung gedekt. De schuldenaar kan daarvoor proberen een dwangakkoord (§ 173 e. v. KO) met de onverzekerde crediteuren of het beëindigen van het proces (§ 202, 203 KO) te bereiken.

4. Gesamtvollstreckung

Door het uitvaardigen van de Gesamtvollstreckungsordnung op 01-07-1990 moest tegelijk met de Unterbrechungsgesetz (GUG) met de gedachte rekening worden gehouden dat het aanpassingsproces in de op dat tijdstip nog bestaande DDR tot een snelle stijging van faillissementen zou leiden, waarbij het wat rechtspolitiek betreft erop aankwam de betreffende ondernemingen een wettelijk kader te geven om de bedrijven ook na het begin van de executie voort te zetten.

In ieder apart geval moet beslist worden of een onmiddellijke liquidatie van de aanwezige economische goederen plaats moet vinden of een beperkte voortzetting van het bedrijf met het doel van een overdragende sanering of reorganisatie of dat aan het tijdelijk streven naar economische, sociale, arbeidsmarkt- en structuurpolitieke doelen de voorkeur moet worden gegeven, om rekening te houden met de speciale eisen van een uniek historisch aanpassingsproces.

Anders dan onder de omstandigheden van een faillissement mag daarbij het aan de crediteuren ter uitwinning toegewezen vermogen op z'n minst gedeeltelijk voor de subsidiëring en het dekken van een onrendabele voortzetting van het bedrijf ingezet worden.

5. Insolvenz

De Insolvenzordnung waarmee op 01-01-1999 de rechtseenheid in Duitsland voor het scheppen van een uniform insolventieproces wordt verkregen, stelt de procesdoeleinden liquidatie, reorganisatie van de schuldenaar en de overdragende sanering wat belang betreft op één lijn.

Welk procesdoel wordt nagestreefd, beslissen de crediteuren op grond van de hun toegestane autonomie. Om vroegtijdige vooroordelen te vermijden moet de onderneming van de schuldenaar tijdens het begin van het faillissement voortgezet worden, voorzover het insolventiegerecht de beheers- en beschikkingsbevoegdheid overdraagt aan de voorlopige insolventiecurator. Voor het prematuur stilleggen tijdens de eerste fase van de faillissementsprocedure is toestemming van de rechter nodig, die (alleen) gegeven wordt als er gevaar is dat de voortzetting van het bedrijf leidt tot een aanzienlijke vermindering van het vermogen. (§ 22 sub 1 nr. 2 InsO).

Pas na het rapport van de curator in de verslagzitting, dat ook de mogelijkheden tot behoud van de onderneming moet beschrijven, beslissen de crediteuren over voortzetting of sluiting en over het doel van het proces, dat ook door middel van een constitutief insolventieschema kan worden nagestreefd (§ 157 InsO).

Of crediteuren op hun aandeel van de opbrengst van de liquidatie in de vorm van een evenredig aandeel of op de opbrengst uit de executie van de zekerheden willen wachten, hangt niet op de laatste plaats af van het resultaat van een vergelijkende berekening tussen liquidatiewaarde en voortzettingswaarde. Van vlug verkrijgbaar geld ziet alleen diegene af, die van sanering of reorganisatie meer verwacht. Dat "meer" moet niet altijd slechts uit een groter geldbedrag bestaan, maar kan ook het behoud van een klanten- of leveranciersverhouding zijn.

Of dit lukt kan pas vastgesteld worden op de dag van de crediteurenvergadering op basis van de tot dan toe bereikte resultaten.

6. Voortzetting van het bedrijf internationaal vergeleken

Over de gehele wereld wordt over een nieuwe vaststelling van de doeleinden van faillissementsprocedures nagedacht; gedeeltelijk zijn in enige landen reeds omvangrijke nieuwe codificaties ingevoerd (USA, Frankrijk, Oostenrijk). Bijna zonder uitzondering wordt met het oog op gelijksoortige economische mogelijkheden gestreefd naar het voortzetten van een onderneming na faillissement, en naar sanering en reorganisatie.

a) Nieuwe vaststelling van de doeleinden

De Europese staten werden evenals de Verenigde Staten en Canada na 1974 in dezelfde mate door een economische crisis getroffen, die overal een toename van faillissementen veroorzaakte en leidde tot wetgevende activiteiten voor de herordening van de verschillende insolventiewetten. Als gevolg van een groot verlies aan werkgelegenheid traden daarbij in alle daardoor getroffen staten reorganisatie en sanering als doeleinden van de insolventieprocedures op de voorgrond. Ook in Nederland werden er commissierapporten uitgewerkt die, wat resultaat betreft, zich vooral bezighouden met de vraag hoe binnen het kader van een wettelijke bevordering van de sanering door wijziging van de insolventiewetten ondernemingen voortgezet en in stand gehouden kunnen worden.

b) Het rapport van de commissie-Maas

De toename van het aantal faillissementen in het begin van de jaren tachtig leidde tijdens de jaarvergadering van de handelsrechtvereniging van 1983 tot de oprichting van een commissie die naar haar voorzitter, P.C. Maas werd genoemd, de vroegere president van de nationale investeringsbank. De commissie stelde het resultaat van haar onderzoek op 15 februari 1985 aan de handelsrechtvereniging voor en eiste een wet met betrekking tot reorganisatie en herstel van ondernemingen. Op grond van de geplande ingrepen in bevoorrechte rechtsposities van de getroffen crediteuren werd het rapport van de commissie vooral door de Nederlandse banken scherp bekritiseerd.

c) Het rapport van de Commissie-Mijnssen

De kritiek op de voorstellen van de Commissie-Maas was voor de Nederlandse Minister van Justitie aanleiding een tweede commissie samen te stellen, die de naam van haar voorzitter F.H.J. Mijnssen droeg en die, zoals zijn voorganger, uit de kring van de banken voortkomt. Ook het rapport van de Commissie-Mijnssen houdt zich in de eerste plaats bezig met de mogelijkheden om een insolvente onderneming in stand te houden en voort te zetten. De overwegingen van de commissie tot hervorming zijn daarom bijna uitsluitend gericht op uitstel van betaling, terwijl het faillissement met liquidatie en vernietiging gelijkgesteld wordt.

Het rapport van de Commissie-Mijnssen neemt een voorstel van Maas over, die in zijn rapport had aanbevolen om bedrijven die zich in ernstige economische moeilijkheden bevinden, een periode van rust te geven.

d) Opschorting van de rechten van crediteuren

Het hervormingsvoorstel van de Commissie-Mijnssen eist het opschorten van de rechten van alle crediteuren tegen de schuldenaar gedurende de tijd van de surséance en wel met inbegrip van preferente crediteuren, separatisten en crediteuren met zakelijke zekerheidsrechten, terwijl volgens het geldende recht de surséance uitsluitend de crediteuren met concurrente vorderingen betreft.

Voor de commissie staat het behoud van de onderneming op de voorgrond. Doel van de surséance, in verbinding met een akkoord, is niet meer in de eerste plaats het gelijkmatig bevredigen van de crediteuren (art. 218 sub 4 fw), maar het herstel van de winstgevendheid van de insolvente onderneming.

De commissie trekt met haar voorstel consequenties uit het inzicht dat onder de huidige omstandigheden van surséance de bevoorrechte crediteuren in staat zijn het voortzetten van een onderneming gedurende enige tijd te blokkeren, voorzover de debiteur en de curator de rechten van deze crediteuren niet door betaling kunnen aflossen.

Daarbij gaat het er echter in de kern van de zaak alleen maar om de uitoefening van de rechten gedurende enige tijd op te schorten, terwijl ingrepen in de rechtspositie zelf niet beoogd worden.

Voor dit doel heeft het Nederlandse insolventierecht sedert 1992 een afkoelingsperiode, die zowel onder de omstandigheden van het traditionele faillissement alsook in surséance voorziet in het opschorten van de rechten van alle aan het proces deelhebbende crediteuren, met inbegrip van de crediteuren met voorrechten en speciale rechten (afkoelingsperiode).

e) De afkoelingsperiode

De discussie over de aanbevelingen van de hervormingscommissies (Maas en Mijnssen) is in Nederland tot op heden nog niet afgesloten. Uitgewerkt is echter reeds de gedachte om ondernemingen die zich in een crisis bevinden, een rustperiode te geven, waarbij het van te voren gevoerde overleg voor een dergelijke afkoelingsperiode reeds in een bespreking in het Nederlandse Ministerie van Justitie van het jaar 1980 zijn oorsprong heeft.

Het uitgangspunt van dit overleg was de ervaring dat het voortzetten van de activiteiten van het bedrijf van de debiteur onder faillissementsomstandigheden gewoonlijk uitgesloten was, omdat leveranciers onmiddellijk met vrachtauto's voor de deur van de insolvente onderneming stonden om hun onder eigen-domsvoorbehoud geleverde goederen op te halen en om de belastingdienst vóór te zijn, die volgens het Nederlandse recht de mogelijkheid heeft een zakelijk pandrecht (bodembeslag) uit te oefenen dat rust op alle mobiele economische goederen die zich op het moment van de verordening in

het bezit van de schuldenaar op diens grond en bodem bevinden, zonder rekening te houden met eventueel bestaande speciale rechten.

Het door de Commissie-Mijnssen opgenomen voorstel werd door de wetgever overgenomen. Reeds op 01-01-1992 zijn de artikelen 63a, 241a fw in werking getreden. Op grond van deze regelingen is de mogelijkheid ontstaan zowel in het faillissement alsook tijdens een surséance een afkoelingsperiode te bevelen, waarin de bevoegdheid tot uitoefening van rechten door derden of de greep op de tot de boedel behorende economische goederen tijdelijk wordt opgeschort.

f) De afkoelingsperiode onder faillissementsomstandigheden

Na opening van een faillissementsprocedure kan de rechter-commissaris ambts-halve of op verzoek van een belanghebbende schriftelijk bepalen dat crediteuren hun rechten op tot de boedel behorende voorwerpen gedurende een termijn van hoogstens één maand niet mogen uitoefenen, waarbij de termijn één keer met nog een maand mag worden verlengd. (art. 63a, sub 1 fw).

De beschikking kan tot bepaalde rechten en/of tot bepaalde crediteuren beperkt worden, waarbij de rechter-commissaris ook de mogelijkheid heeft, de soort rechtsuitoefening en de gedeeltes van het vermogen waar die betrekking op heeft, te bepalen. Tijdens de afkoelingsperiode overeengekomen termijnen of lopende termijnen worden daardoor niet aangetast, waarbij crediteuren verplicht zijn op passende wijze verlengingen van termijnen toe te staan als dit in het belang van de zaak nodig is, bijvoorbeeld om de curator speelruimte tot handelen en beslissen te geven, bijvoorbeeld ook met betrekking tot de vraag omtrent een voortzetting van het bedrijf (art. 63a, sub 3 fw).

Ook de faillissementsrechter heeft het recht in aansluiting aan een faillietverklaring een afkoelingsperiode te bepalen (art. 63a, sub 4 fw).

g) De afkoelingsperiode in de surséance

Ook onder de voorwaarden van surséance (art. 213 e. v. fw) heeft de rechter de mogelijkheid een afkoelingsperiode te bevelen, die het hem mogelijk maakt bepaalde crediteuren van het geldend maken van hun rechten, of van het geldend maken van hun rechten op bepaalde voorwerpen, voor de duur van één maand uit te sluiten respectievelijk de uitoefening van het recht op te schorten. De beslissing neemt het faillissementsgerecht of de rechter-commissaris (art. 241a, sub 1 fw).

Ingeval van surséance kan het gerecht de afkoelingsperiode echter niet ambtshalve bevelen, maar uitsluitend op verzoek van een debiteur of van de curator. In zoverre wordt van het in het kader van de surséance anders zonder

uitzondering geldende principe afgeweken, dat debiteur en bewindvoerder gemeenschappelijk moeten handelen.

Met de onderbreking van de uitoefening van het recht is geen verandering van de rechten van crediteuren verbonden, zodat gedwongen ingrepen in verzekerde rechtsposities worden vermeden. Zonder onderscheid wordt echter de uitoefening van het recht door de deelhebbende crediteuren binnen de wettelijk voorgeschreven periode van één maand verboden, waarbij slechts één maal een verlenging van de afkoelingsperiode met nog een maand is geoorloofd.

In Nederland dalen de aantallen insolventies sedert 1994 voortdurend. Een soortgelijke ontwikkeling hebben in Europa slechts de Scandinavische landen evenals Groot-Brittannië en Spanje, die eveneens, hoewel in verschillende vorm, een voorafgaande surséance kennen.

IV. Dekking van de kosten, behoud van de vermogenssubstantie.

1. Algemeen

De oriëntatie met betrekking tot een beslissing tot voortzetting aan de hand van de doeleinden van het insolventieproces, is noodzakelijk maar op zichzelf niet voldoende om het instandhouden van de bedrijfsvoering te rechtvaardigen. Beslissend is of de juridische en economische kadervoorwaarden de voortzetting toelaten of tot een niet te calculeren risico maken.

2. Vergelijkende berekening tussen liquidatie- en voortzettingswaarde

Iedere conceptie tot voortzetten bevat daarom een vergelijkende berekening waardoor aangetoond wordt, dat de beperkte voortzetting van de bedrijfsvoering tenslotte een beter resultaat van de realisatie belooft dan het onmiddellijke stilleggen.

3. Dekking van de voortzettingskosten

Met het begin van het geding valt het ontlastende effect van de Insolvenzausfallgeldversicherung weg. De curator, de beheerder van de volstrekking onder algemene titel en de beheerder van de insolventie moeten ervoor zorgen, dat de door hen binnen het kader van een voortzetting van het bedrijf aangegane verplichtingen uit de beheerde middelen kunnen worden gedekt om het gevaar van een persoonlijke aansprakelijkstelling door wegvallende boedelcrediteuren te vermijden. De door de rechtspraak ontwikkelde principes van de aansprakelijkheid van een faillissements- of executiebeheerder onder algemene titel voor boedelschulden die niet voldaan kunnen worden, zijn door de insolventiewet overgenomen (§ 61 InsO).

Onder faillissementsomstandigheden geldt dat, totdat de vergadering van crediteuren een de beheerder exonererende beslissing heeft genomen, het voortzetten van het bedrijf de boedel niet mag verminderen en daardoor tegen de belangen van de aan het proces deelnemende crediteuren niet mag indruisen.

4. Grenzen aan de voortzetting van het bedrijf

Daardoor zijn er voor iedere voortzetting van het bedrijf grenzen. Zolang de crediteuren niet toestemmen in een subsidiëring van het voortzetten van het bedrijf uit de hen op grond van de aansprakelijkheid toegewezen vermogens, mag de voortzetting van het bedrijf niet indruisen tegen het principe van de minimalisering van het verlies. Ook de enkele hoop of de kleine kans dat een latere verkoop van de onderneming de boedel zou vergroten is voor de rechtvaardiging niet voldoende.

De gedachte van de subsidiëring wordt pas door de Insolvenzordnung uitdrukkelijk toegelaten, echter momenteel reeds onder voorwaarden van de Gesamtvollstreckung voor beperkt geoorloofd gehouden. Alleen als de te vrezen vermogensvermindering aanzienlijk is, heeft de toekomstige curator het recht de bedrijfsvoering stil te leggen, waarbij hij met de rechten tot medewerking van de crediteurenvergadering en de schuldenaar rekening moet houden.

V. Invloed van de voortzetting op de vermogenswaarden

1. Algemene voorrang van de liquidatie

De beslissing die de curator volgens geldend recht vóór de eerste crediteurenvergadering naar eigen inzicht moet nemen - voorlopige voortzetting of stillegging - vereist ten eerste een beoordeling van de kansen van de liquidatie op korte termijn, nadat er een inventarislijst is overgelegd met een deskundige taxatie en rekening houdend met de afzetpotentiëlen. De op korte termijn te verkrijgen opbrengsten van de realisatie moeten geschat worden en afgezet worden tegen de resultaten van realisatie op een later moment of een totale realisatie aan het einde van een korte of middellange voortzetting van het bedrijf.

Als de resultaten van de evaluaties dicht bij elkaar liggen, heeft de liquidatie prioriteit omdat zij het doel van het proces van de verwerkelijking van de aansprakelijkheid zonder verdere risico's realiseert, voorzover er navraag bestaat.

2. Taxatieprincipes, beoordeling van liquidatiemogelijkheden

De waarde van economische goederen wordt ook bepaald door de wijze van gebruik en de plaats waar zij zich bevinden. Daarom is het nuttig gebleken bij de taxatie, althans voor intern gebruik, te onderscheiden tussen liquidatiewaarde en een taxatie onder going-concern-gezichtspunten.

Afhankelijk van de plaats moeten de te verwachten liquidatiekosten vastgesteld worden, waarbij demontage en transportkosten bij een afzonderlijke liquidatie een nadelige invloed kunnen uitoefenen. Bij oude industrie-installaties en grote machines die voor hun stabiliteit door fundamenteën of andere verbindingen vast met de aarde zijn verbonden en vaak nog over aandrijvingen onder de oppervlakte beschikken, kunnen demontage- en transportkosten de kansen op een aparte verkoop tot bijna nul reduceren of tot het resultaat leiden dat potentiële kopers overeenkomen het over te nemen uitsluitend tegen de transport- en demontagekosten.

Technisch verouderde machines zijn intussen niet eens meer in ontwikkelingslanden te verkopen die nog in het begin van de jaren '90 gedeeltelijk en bloc de machinale inrichtingen van stilgelegde bedrijven opgekocht, gedemonteerd, in containers geladen en in de thuislanden getransporteerd hebben.

Een gezamenlijke verkoop is voordelig als de verkochte installaties op de tot dusver ingenomen plaats blijven. Ook verouderde inrichtingen kunnen onder de gezichtspunten van voortzetting aan hun doel beantwoorden. Niet voor iedere bewerking is de modernste technologie noodzakelijk. Machines die op hun plaats blijven, bereiken daarom vaak ook dan nog een behoorlijke prijs bij de verkoop, indien zij technisch verouderd en sedert lange tijd afgeschreven zijn.

Onder deze vooronderstelling hebben overdragende saneringen blijvende uitwerkingen op de waarde van het - immobiele en mobiele - vaste kapitaal.

3. Behoud van de waarde van de bezittingen

Ter motivering van een voortzetting van het bedrijf na de opening van het proces wordt vaak vooral gewezen op de vrees voor waardeverliezen als gevolg van een snelle beëindiging van het bedrijf.

Halffabrikaten zijn waardeloos als ze niet voltooid worden. De openingsbalansen hebben daarom bij insolventie bij de taxatie van halffabrikaten en vaak ook bij de opsomming van grond-, hulp- en bedrijfsstoffen voor het geval van de onmiddellijke liquidatie vaak alleen affectiewaarde. Hun waarde behouden deze posities alleen als ze geheel afgewerkt worden of in geval van hun verkoop aan een overnemende firma die de bedrijfsstructuren in stand houdt en de bedrijfsvoering na overdragende sanering voortzet.

Rechten op de voorraad met inbegrip van halffabrikaten hebben leveranciers op grond van het voorbehoud van eigendom in eenvoudige en verlengde vorm, maar ook de kredietgevers op grond van overdracht tot zekerheid.

Banken en leveranciers hebben daarom vaak een gemeenschappelijk belang bij op zijn minst een aflopende productie die tot het voltooien van halffabrikaten

met gebruik van nog aanwezige voorraden aan grond-, hulp- en bedrijfsstoffen leidt en daardoor het behoud van de waarde van hun zekerheidsrechten verhoogt.

Op grond van dit belang ontstaat er druk op de beheerders om ook zonder perspectieven voor een saneringsoplossing de bedrijfsvoering op zijn minst tijdelijk tot de volledige verwerking van de als zekerheid dienende producten voort te zetten.

4. Vermindering van de boedelschulden

Wegens de bijzondere aandacht die vooral de "Bundesanstalt für Arbeit" (federaal arbeidsbureau) heeft voor voortzettingen van bedrijven die tot het behoud van de waarde van de zekerheidsobjecten leiden, wordt als motivering van de maatregel ook het argument van de vermindering van de boedelschulden genoemd. Voortzetting van het bedrijf om aanwezige orders af te werken kan zelfs bij een aansluitende liquidatie van het bedrijf tot gevolg hebben dat de regelmatig te betalen lonen en salarissen leiden tot een toegevoegde waarde die ook ten goede komt aan de boedel.

Tijdens de periode van volledige werkzaamheid hebben deze overwegingen geen rol gespeeld omdat medewerkers met achterstallig loon en salaris van de mogelijkheid tot opzegging op staande voet gebruik hebben gemaakt om zonder onderbreking nieuwe banen aan te nemen.

In de huidige omstandigheden hebben echter vooral oudere werknemers nauwelijks nog kansen een nieuwe werkplek te vinden. Zij beschikken bovendien op grond van hun leeftijd en hun grote aantal arbeidsjaren in het bedrijf over de langste opzegtermijnen. Hun werkkraacht staat de beheerder weliswaar niet kosteloos ter beschikking, maar met deze kosten hoeft hij ten minste tot de afloop van de opzegtermijnen in het kader van een voor de voortzettingsperiode opgestelde schemarekening geen rekening te houden omdat zij ook in geval van stilleggen de boedel belasten (§ 59 sub 1 nr. 2 KO, § 13 sub 1 nr. 3a GesO, § 55 sub 1 nr. 2 InsO).

5. Het behouden van de waarde van het bedrijf

Ook de realisatie van de waarde van het bedrijf als de som van alle immateriële vermogensbestanddelen kan reden zijn tot voortzetting. Immateriële economische goederen mogen in de openingsbalans van het faillissement, wat waarde betreft, gewoonlijk niet opgenomen worden, omdat deze waarden in geval van een liquidatie niet te realiseren zijn.

Slechts in uitzonderingsgevallen wordt voor de vaste clientèle, know-how op het gebied van methode of productie, prospectussen en andere afbeeldingen en

geluidsmaterialen, tekeningen, formules en tabellen noemenswaardige koop-prijzen betaald, wanneer zij van de bedrijfsstructuren losgemaakt worden.

VI. Noodzakelijke kaderstellingen en strategische doeleinden

1. Algemeen

De mogelijkheid tot voortzetting kan door juridische, economische en administratieve factoren worden beïnvloed die als rekenkundige eenheden in een op voortzetting gerichte geplande verlies- en winstrekening niet weergegeven kunnen worden. Het gaat om het realiseren en verzekeren van de voor een voortzetting van het bedrijf noodzakelijke kaderstellingen.

2. Juridische kaderstellingen

Of een noodzakelijke vermindering van personeel met massa-ontslagen of afzonderlijke opzeggingen, met de bewerkstelling van een belangencompromis en het overeenkomen van een sociaal plan, succes kan hebben, ingrepen en inmengingen van preferente en geprivilegieerde crediteuren afgeweerd of op zijn minst begrensd kunnen worden, of overeenkomsten omtrent de afzet ook onder insolventievoorwaarden gerealiseerd kunnen worden, kan op het ogenblik van de beslissing meestal niet definitief beoordeeld worden.

Daaruit resulteert een onzekerheidsfactor die het verloop en het resultaat van een voortzetting duurzaam kan beïnvloeden.

3. Bedrijfseconomische en organisatorische voorwaarden

Op bedrijfseconomisch gebied gaat het in hoofdzaak om markt- en afzet-potentieën, het management en de vaststelling van de tijdens de voortzetting ontstane vaste kosten evenals de registratie van de hulpbronnen op productiegebied en de verzekering van de financiering.

Organisatorische en administratieve factoren, van de leiding van de onderneming met inbegrip van het personeel, tot de bedrijfsinterne informatie- en besturingssystemen, met inbegrip van de controlling, kunnen, afhankelijk van hun kwalitatieve profilering, op ernstige wijze invloed uitoefenen op verloop en resultaat van een voortzetting van het bedrijf, zonder dat het mogelijk is deze componenten in het kader van een beslissing omtrent de voortzetting te objectiveren of door getallen of kencijfers te documenteren. In hun plaats komen schattingen en ervaringen, waarbij naar gelang van de branche bijzonderheden verschijnen, die geen algemeen bindende uitspraken toelaten.

Als de evaluatie van de analyse van de oorzaken een overwicht van de exogene componenten als beslissende oorzaak van de insolventie aantonen, pleit dit ge-

woonlijk tegen een voortzetting omdat deze factoren aan de invloed van de beheerder en de insolventieorganen onttrokken zijn. Over de gehele wereld ontstane structuur- en aanpassingscrises kunnen met de middelen van het insolventierecht niet worden opgeheven. Hetzelfde geldt voor liquidaties die door natuurrampen of militaire confrontaties ontstaan.

4. Strategische doeleinden

In tegenstelling tot de na een eerder beknopte controle genomen beslissing tot voorlopige voortzetting van het bedrijf in de "Sequestration"-periode verlangt het besluit de bedrijfsvoering ook na het openen van een faillissements-, Gesamtvollstreckung- of insolventieproces voort te zetten, ook de toetsing aan het strategische doel dat de voortzetting van het bedrijf moet dienen.

Op basis van het vierfasenmodel

- slechts een voortzetting gedurende korte tijd begrensd tot het tijdstip van de "Sequestration" respectievelijk het toekomstige procesbegin (1e fase);
- voortzetting binnen het kader van een uitlopende productie ook na het tijdstip van de opening met aansluitende liquidatie (2e fase);
- voortzetting ook - op middellange tot zeer lange termijn - met het doel van een totale liquidatie - overdragende sanering (3e fase);
- duurzame voortzetting van het bedrijf met het doel van een reorganisatie (4e fase)

moet binnen zeer korte tijd de beslissing worden genomen of één van deze afwikkelings- en voortzettingsfasen in aanmerking komt, of de onmiddellijke liquidatie de voorkeur verdient.

a) Reorganisatie als strategisch doel

Indien als procesdoel de reorganisatie van de insolvente exploitant van de onder-neming wordt nagestreefd, moet het voortzetten van het bedrijf reeds bij de opening van het proces op duurzaamheid zijn gericht. Dit geldt ook reeds op grond van de voorwaarden van het geldende recht, waarin een reorganisatie door middel van een dwangakkoord (§ 173 e. v. KO) (§ 202, 203 KO), het aannemen en bevestigen van een voortzettingsakkoord (§ 90 e. v. VglO) of het afsluiten van een akkoord (§ 19 sub 1 nr. 2, § 16 GesO) is geregeld, maar vooral na 01-01-1999 als de reorganisatie een procesdoel met dezelfde rang als de insolventieverordening (§ 1 InsO) wordt.

b) Kansen en risico's van een nagestreefde overdragende sanering

De voortzetting van het bedrijf is op zijn minst op middellange termijn gericht, indien door gebrek aan vraag of ter verbetering van het resultaat in plaats van de onmiddellijke liquidatie de gehele liquidatie wordt nagestreefd. Dit is regelmatig met het behoud van de structuren van het bedrijf verbonden omdat de voor het voortzetten van de bedrijfsvoering noodzakelijke economische goederen door verkoop en overdracht door de beheerder aan een nieuwe exploitant van de onderneming worden overgedragen.

Deze doelstelling bevat een niet te calculeren speculatief element. Bij mislukking heeft het meestal het volledige verbruik van alle bij het begin van het proces nog aanwezige resources of een enkele jaren durende voortzetting zonder perspectief tot gevolg, die aan het einde zonder kans op een quota voor de aan het proces deelnemende crediteuren nog maar net de kosten van de afwikkeling dekt.

c) Beperking tot uitlooppductie

Juridisch minder problematisch en economisch eerder ongevaarlijk is een keuze voor de tweede fase, namelijk slechts voorlopige voortzetting van het bedrijf om een uitlooppductie te bereiken met een daarop volgende stillegging. Daarbij moet om arbeidsrechtelijke redenen de bedoeling tot stillegging op het tijdstip van de beslissing vastgelegd worden, ook als na afloop van de uitlooppductie niet uitgesloten kan worden dat binnen de strategische procesdoeleinden een verandering plaats vindt.

Het nadeel van de uitlooppductie ligt in zijn ontbrekend perspectief, zodat medewerkers, leveranciers en klanten voortdurend naar duurzame, vervangende oplossingen zoeken. Naast het gezichtspunt van het minimaliseren van het risico, biedt de slechts voorlopige voortzetting van een bedrijf alle mogelijkheden van een test, zodat gedurende deze fase kan worden beoordeeld of ondanks de principiële beslissing tot stillegging verdergaande strategische procesdoeleinden kunnen worden nagestreefd.

Dit geldt vooral als aan het voortzetten omstructureringsmaatregelen zijn voorafgegaan, die tot een blijvende verbetering van de rentabiliteit leiden en die vaak slechts onder insolventie-omstandigheden kunnen worden doorgezet. Daarbij behoort het stilleggen van onrendabele gedeeltes of afdelingen van het bedrijf, de aanpassing van het personeel, het rechtekken van het productieprogramma, de nieuwe ordening van de klanten- en afzetstructuur, de vermindering van de fabricageomvang met een herstructurering naar handelsbedrijf evenals het opnieuw ordenen op directieniveau tot het ontslag van leidende medewerkers en de schorsing van de gefailleerde.

De bepaling van de tijdfactor voor een voorlopige voortzetting van het bedrijf met het doel van een latere liquidatie, hangt in hoofdzaak af van het verbruiken van aanwezige voorraden, de verwerking van de halffabrikaten en in het algemeen de afwikkeling van de lopende zaken en orders. Zolang de oorspronkelijke bedoeling tot stilleggen niet uitgesloten is, kan de beheerder in deze periode ook nieuwe orders aannemen, voorzover zij binnen de ter beschikking gestelde periode afgewikkeld worden.

VII. Uitwendige invloeden

1. Verplichte voortzetting bij grote insolventie

Emotionele en irrationele factoren evenals gezichtspunten van een hogere orde kunnen bij een beslissing omtrent de voortzetting van de bedrijfsvoering en de door haar beoogde doeleinden niet uitgesloten worden. Ingeval van insolventie van grote ondernemingen is het, principieel beschouwd, overbodig zich om een objectivering van de redenen van de beslissing te bekommeren, omdat er voor het in stand houden van de bedrijfsvoering om hogere politieke redenen geen alternatief bestaat. Bij bedrijven met meer dan 1.000 medewerkers is het voortzetten obligatoir. Verbeurde staatssubsidies, kredietborgsommen of voorkeuroorders van overheidswege of zelfs supranationaal garanderen dan de voortzetting van het bedrijf in dit proces.

2. Ontbrekende stimuleringsprogramma's

Voor kleine of middelgrote ondernemingen staat daarentegen hulp van staatswege niet ter beschikking. Stimuleringsprogramma's ter dekking van risico's bij de voortzetting bevinden zich hoogstens in het discussiestadium. Tot dusver zijn ze beperkt tot stimulering van de investeerder die in het kader van een overdragende sanering door stillegging bedreigde arbeidsplaatsen in stand houdt, investeringen uitvoert en voor dit doel hulp van de Staat bij de financiering gedeeltelijk ook voor het opbrengen van zijn eigen kapitaal nodig heeft.

3. Voortzetting ter behoud van arbeidsplaatsen

50 % van alle insolvente bedrijven in Duitsland hebben minder dan vijf medewerkers; het grootste deel van de in crisis verkerende bedrijven hebben een omzet van 1 tot 5 miljoen D-mark.

De praktijk van de insolventie, speciaal ook het voortzetten van een bedrijf, is dus veel minder spectaculair dan op grond van de veel publiciteit opleverende verslaggeving over grote procedures te verwachten zou zijn.

En toch leidt de publieke aandacht voor de afwikkeling van insolventieprocedures, in verbinding met op crisis toegespitte situaties op de arbeidsmarkt,

zelfs bij kleine en middelgrote bedrijven tot de hoop door het voortzetten van het bedrijf werkplekken op zijn minst voorlopig te kunnen behouden. Onuitgesproken wordt daarbij gewoonlijk verwacht dat de crediteuren tot een subsidiëring van onrendabele voortzettingen van het bedrijf in het belang van hogere doeleinden bereid zijn.

VIII. De conceptionele verzekering, geplande berekeningen

1. Voortzettingsconcept en zijn bestanddelen

De door de voortzetting nagestreefde doeleinden, de duur van de voortzetting, de voorspelde resultaatsverbetering en de aan deze mededelingen ten grondslag liggende geplande berekeningen, moeten als voortzettingsconcept vastgesteld worden en eerst aan het gerecht en later ook aan een voorlopige commissie van crediteuren en aan de crediteurenvergaderingen voorgelegd en toegelicht worden. De geplande berekeningen bestaan daarbij uit een geplande opbrengstberekening voor de periode van de voortzetting en de insolventiebalans die in het akkoord het te verwachten resultaat van de afwikkeling ingeval van een onmiddellijke liquidatie en het te verwachten resultaat onder de voorwaarden van een voortzetting van het bedrijf aantonen.

2. Planning van de liquiditeitsbehoefte

Een berekening van de liquiditeitsbehoefte is noodzakelijk om te bewijzen dat de met de voortzetting verbonden taken als boedelschulden respectievelijk vooraf te betalen verplichtingen (§ 59 sub 1 nr. 1 KO, § 13 sub 1 nr. 1 GesO, § 55 sub 1 nr. 1 InsO) op het tijdstip van de beslissing zijn gedekt respectievelijk hun dekking bij een normale wijze van bedrijf kan worden verwacht.

3. Functie van de geplande berekeningen

In het geldende recht bewijst het voortzettingsconcept met inbegrip van de prognoseberekeningen de plausibiliteit van de beslissing tot voortzetten, die onder de omstandigheden van het faillissement en de Gesamtvollstreckung op het ogenblik van het begin van de procedure alleen door de curator naar eigen inzicht moet worden getroffen (§ 129 sub 2 KO, § 8 sub 8 GesO).

Als de curator de bedrijfsvoering in de toekomst voor de termijn voor het overleggen van een rapport of nog op de dag van het begin van een insolventieprocedure wil beëindigen, moet de door hem overgelegde berekening op een te controleren manier bewijzen dat een voortzetting niet rendabel kan worden uitgevoerd en/of dat de met de voortzetting verbonden kosten niet gedekt kunnen worden. Winst en verlies plan evenals de planning van de liquiditeitsbehoeften

vormen dan de basis van de door het insolventierecht respectievelijk door de leden van de voorlopige commissie van crediteuren te treffen beslissing voor de toestemming van de geplande stillegging (§ 158 sub 1, sub 2 InsO).

IX. Storende potentiëlen

1. Toestand aan het begin

Ook de door de Insolvenzordnung nagestreefde bevordering van de sanering heft niet de met een voortzetting van het bedrijf verbonden juridische, bedrijfs-economische en administratieve risico's op.

Belangrijk is hoe de vooral van de bevoorrechte en verzekerde crediteuren uitgaande storingspotentiëlen de voortzetting beïnvloeden en in welke omvang de bij de rentabiliteitsverzekering noodzakelijke herstructureringsmaatregelen actueel verwerkelijkt kunnen worden.

2. Uitvoering van veranderingen in het bedrijf, opzeggingen, loon- en salarismatregelen

Ook tijdens de crisis blijven curatoren en beheerders aan de bepalingen van het Betriebsverfassungsgesetz en de Kündigungs-wetten gebonden, waarbij echter de op 01-10-1996 in kracht getreden Beschäftigungsförderungsgesetz (wet op de bevordering van de arbeidsmogelijkheden), opzeggingen bij een faillissement vergemakkelijkt en de controle ervan beperkt.

De schorsing van § 613a BGB in geval van executie (art. 32 EGInsO i. v. m. art. 232 § 5 II, 1 EGBGB) heeft overdragende saneringen in de nieuwe Duitse deelstaten aanzienlijk vergemakkelijkt. Het procesdoel van de overdragende sanering kan uitgesproken en nagestreefd worden zonder het risico van ongediende opzeggingen wegens een op handen zijnde overgang van het bedrijf te moeten accepteren.

In het faillissement en in de toekomst ook op grond van de bepalingen van de Insolvenzordnung moet (weer) met nepverpakkingen worden gewerkt doordat de curator tot op het laatste ogenblik aan het geplande doel van een stillegging na de uitvoering van een uitlooppductie vasthoudt, ook als zich reeds de mogelijkheden van een totale liquidatie en het verkrijgen van de bedrijfsstructuren aftekenen om niet de ongeldigheid van de reeds gedane ontslagen wegens een reeds komende bedrijfsovergang te riskeren.

De procesrechtelijke vergemakkelijking van ontslagen, voortvloeiend uit de Insolvenzordnung, moeten in de praktijk eerst beproefd worden. Om de noodzakelijke vermindering van de arbeidsplaatsen voor de voorbereiding van een overdragende sanering en ook voor de reorganisatie uit te voeren, moet de curator in de toekomst met de ondernemingsraad tot een compromis van hun

belangen komen, waarbij de medewerkers die ontslagen worden met name worden genoemd. Daarbij zullen de ondernemingsraden niet meewerken. Pas na drie weken kan de curator bij de rechtbank voor arbeidszaken een collectief proces starten om uitsluitel te krijgen over de geldigheid van alle ontslagen (§ 121 e. v. InsO), als de ondernemingsraden - wat gevreesd moet worden - in onderhandelingen over het compromis weigeren mee te werken.

Ook als in dit proces de mogelijkheid tot controle van de voorgenomen sociale keuze beperkt is, zal de geldigheid van de noodzakelijke massa-ontslagen weken, misschien wel maanden vertraagd worden. De onzekerheid blijft gedurende deze tijd bestaan vooral omdat bij een structurele massale werkloosheid vertwijfeld om iedere arbeidsplaats wordt gestreden.

Door middel van de vanaf 01-10-1996 geldende Beschäftigungsförderungsgesetz (wet ter bevordering van de werkgelegenheid) worden de § 113, § 121 e. v. InsO in de begonnen faillissementsprocedure reeds van te voren ingevoerd. Voor de liquidatie blijft de huidige toestand op juridisch gebied behouden. De wetgever maakt daardoor duidelijk dat ook hij de schorsing van § 613a BGB als de belangrijke voorwaarde voor de voortzetting of sanering beschouwt.

De verlaging van de loon- en salariseisen na begin van het proces van vrijgestelde medewerkers onder de voorwaarden van de liquidatie (§ 13 sub 1 nr. 3 GesO), die de liquiditeit ontziet, wordt door de Insolvenzordnung niet overgenomen.

3. Uitzonderings- en separatierechten

Separatisten kunnen door de uitoefening van uitzonderings- en separatierechten een voortzetting ondermijnen.

De Gesamtvollstreckungsordnung heeft in vergelijking met de Konkursordnung de rechtspositie van de curator aanzienlijk versterkt in die zin dat hij gerechtigd is tot het inlossen van de speciale rechten, na van te voren uitgevoerde realisatie (§ 12 sub 1 GesO).

Volgens de Konkursordnung heeft de crediteur het recht voorwerpen te realiseren waarop separatierechten bestaan. (§ 127 sub 2 KO). De curator kan de uitoefening van dit recht slechts vermijden gebruik makend van zijn overtuigingskracht of door te dreigen met een procedure waarin vernietiging wordt gevorderd.

Als de curator een roerende zaak onder zich heeft waarop een separatierecht bestaat, mag hij dit onderhands realiseren (§ 166 sub 1 InsO). Als hij gerechtigd is tot realisatie kan hij de zaak voor de failliete boedel gebruiken binnen het kader van een voortzetting van het bedrijf, tegen schadeloosstelling

van de crediteur voor het daardoor ontstaande waardeverlies (§ 172 InsO). Beide bepalingen zullen de voortzetting van het bedrijf onder de voorschriften van de InsO aanzienlijk verlichten zoals de ervaringen met de executie bewijzen.

4. Insolventie en afzonderlijke executie

Anders dan in het faillissement worden maatregelen van de crediteuren als afzonderlijke executie in het proces van de Gesamtvollstreckung gestopt (§ 2 sub 4 GesO). Deze regeling wordt vóór begin van het proces in de toekomstige Insolvenzordnung overgenomen (§ 21 sub 2 nr. 3 InsO).

Eveneens afwijkend van de Konkursordnung verliezen alle vóór het begin van een proces tot de Gesamtvollstreckung begonnen en nog niet beëindigde maatregelen tot executie met begin van het proces hun werking (§ 7 sub 3 GesO). Onafhankelijk van vernietigingskwesties kan de curator van een proces tot de Gesamtvollstreckung dus onbepert over zulke beleggingsvoorwerpen beschikken die ten gunste van afzonderlijke crediteuren vóór het begin van het proces verpand worden. Deze regeling geldt zonder tijdsbeperking.

§ 14 KO verbiedt maatregelen tot afzonderlijke executie alleen vanaf het tijdstip van de faillietverklaring.

In het nieuwe insolventierecht verliezen maatregelen tot executie waardoor een crediteur een verzekering voor het tot de insolvente boedel behorend vermogensgoed heeft verkregen hun werking, voorzover de maatregel tot executie in de laatste maand voor het verzoek heeft plaatsgevonden (§ 88 InsO).

In het onroerendgoedrecht worden in de toekomst de beëindigingsvoorwaarden in geval van de verkoop bij executoriale titel door middel van § 30d ZVG vergemakkelijkt. Volgens deze bepalingen kan het insolventiegerecht op verzoek van de curator onder de daar genoemde voorwaarden de voorlopige beëindiging tegen een vereffening met betrekking tot een nadeel bevelen. Het voor een voortzetting van het bedrijf noodzakelijke bedrijfsperceel kan dus niet meer aan de curator worden onttrokken.

5. Overige risicofactoren

Bijzonder kwetsbaar zijn voortzettingen van een bedrijf als het in stand houden afhankelijk is van licenties, concessies en toestemmingen, gevaar lopende afzetstructuren die de oprichting van een verkoopmaatschappij nodig maken, slechts enkele sleutelfiguren de instandhouding van de productie of de verkoop garanderen, het bedrijf van slechts één enkele klant of ook leverancier afhankelijk is, of algemeen, noch de ter beschikking staande tijd, noch de financiële

middelen voldoende zijn om de oorzaken van de insolventie binnen het kader van een voortzetting van het bedrijf te neutraliseren.

X. Conclusie

De met de voortzetting verbonden risico's mogen niet onderschat worden. Binnen het kader van een noodzakelijke procedure-ontwikkeling hangt hun succes zelfs bij een zeer zorgvuldige voorbereiding ook van factoren af die niet binnen de invloedssfeer van de procesorganen liggen.

Bijzonder gevaarlijk zijn irrationele en extern op de beslissing tot voortzetting inwerkende aspecten. De druk op de door het gerecht benoemde "Sequester" en latere curator om insolvente bedrijven op zijn minst gedurende enige tijd voort te zetten, is als gevolg van de moeilijke economische situatie aanzienlijk gestegen. Het publiek meet de kwaliteit van de afwikkeling van een faillissement af aan het aantal behouden gebleven arbeidsplaatsen.

Zolang het er echter bij blijft dat zich ook een economisch georiënteerd afwikkelingsproces met nevenuitwerkingen op de arbeidsmarkt, sociale en structuurpolitieke toestanden aan de wettelijk vaststaande doeleinden van het proces moet laten meten, kan en mag het gezichtspunt van het behoud van arbeidsplaatsen niet centraal staan bij een voortzetting van een bedrijf. Dat de publieke opinie dit op zijn minst tegenwoordig anders beoordeelt, heeft tenminste het voordeel dat ook economisch mislukte en niet in overeenstemming met de doeleinden van het insolventieproces zijnde voortzettingen meestal niet tot aansprakelijkheid leiden, zolang daarmee op zijn minst de instandhouding van enkele arbeidsplaatsen verbonden is.

Het Duitse insolventierecht blijft daarmee, anders dan de insolventiewetten van andere Europese landen, trouw aan de gedachte van de verwerkelijking van de aansprakelijkheid. Ook sanering en reorganisatie als gelijkwaardige doeleinden van het insolventieproces staan geen gedwongen ingrepen in verzekerde rechtsposities toe, voorzover de crediteuren die ermee in aanraking komen, niet uitdrukkelijk hun toestemming verlenen aan deze maatregelen, b.v. in het kader van een insolventieplan. Ook na invoering van de Insolvenzordnung moet het insolventieproces op het vermogen gericht zijn en in overeenstemming met de marktprijncipes verlopen. Crediteuren die in staat zijn geweest hun vermogenstitels door overeenkomsten met de schuldenaar vóór de insolventie onaantastbaar te verzekeren, blijven geprivilegieerd en moeten op zijn hoogst de uitoefening van hun rechten met de verzorgingsorganen op elkaar afstemmen of tot het proces bijdragen. De invoering van een afkoelingsperiode, waarin de insolvente onderneming zich kan herstellen zonder inmeningen van crediteuren, stond in Duitsland geen ogenblik ter discussie.

Vooraf op dit punt wijkt de Insolvenzordnung af van hervormingswetten van andere staten. Vooraf aan de hand van het voorbeeld van Nederland kan duidelijk gemaakt worden dat er een onlosmakelijk verband bestaat tussen het voortzetten van het bedrijf met het doel van sanering of reorganisatie en een beperking van de betrokken crediteuren met of zonder speciale bevoegdheden voor de uitoefening van hun rechten. Wie het doel nastreeft in passende gevallen bedrijven ook in faillissement met het doel van een sanering voort te zetten, moet beslissen de rechten van de betrokken crediteuren op effectieve wijze, en zonder onderscheid, ten minste voor een bepaalde periode op te schorten.

Summary

I. Introduction

1. General, Definitions of Terms

Deliberation as to whether to continue the business of the insolvent and/or overindebted debtor either temporarily or for a longer period through the receiver rather than immediate closure of the business followed by liquidation is not new. Since the coming into force of the Bankruptcy Act ("Konkursordnung") on 14.02.1897, the receiver has always had to decide according to his best judgement whether the business could, should or must be continued at least until the first meeting of the creditors (§ 129, Par. 2 KO).

Reorganization shall mean the preservation of the company, mostly following prior financial rehabilitation which has restored the earnings power. Transferred financial rehabilitation shall mean the contractual disposal and transfer of ownership of the business assets that are significant for the maintenance of the business structures by the insolvency receiver to an investor with the result that the business is transferred to another legal entity.

2. Surplus from the continuation of business as an asset

The debtor's company as an impersonal entity and legal entity belongs to the bankrupt's estate. It is subject to the disposal and realization competence of the receiver which covers all things that directly or indirectly serve the business operations. The surplus made within the scope of a continuation of business is an asset to be listed on the adjudication balance sheet.

3. Continuations of business had no practical significance for a long time

The continuation as a realization and receivership instrument in the hands of the receiver had no practical significance for a long time. A study pertaining to the then Federal Republic shows that up to 1978, business was temporarily continued by the receiver in only 4 % of all insolvency cases examined.

4. Loss of function of insolvency law and continuation of business

The continuation of business only became a genuine alternative in the face of an impending loss of function of the valid law relating to bankruptcy and composition.

In 1983, three out of four insolvency applications were rejected due to a lack of assets. Interference contrary to the system in the traditional differentiation between claims in bankruptcy and post-adjudication claims, the increase in direct

debts of the bankruptcy estate in accordance with § 59, Par. 1, No. 2 due to increasing unemployment, as well as the burdening of the assets that are subject to the bankruptcy freeze with rights of separation and recovery and preferential rights led to proceedings initiated upon petition without funds that could not be commenced due to a lack of assets.

5. Dynamic Sequestration

The decisive prerequisite for the preservation of insolvent businesses in the sequestration period was created with the securing of outstanding wage and salary claims for the final three months prior to commencement of insolvency proceedings (substitute pay insurance in the event of insolvency paid by the Federal Labour Office) as the principle which had been valid up to then, i. e. "no money no work" lost its validity, at least temporarily, from that time on.

With the further development of the safeguarding sequestration ("Sicherungssequestration") to administrative sequestration ("Verwaltungssequestration"), which triggers off a dynamic process that goes beyond the status quo at the time of the sequestration order, the necessary covering of costs for the commencement of bankruptcy proceedings could often only be achieved by means of a continuation of business during the preliminary proceedings.

The legal framework conditions for the dynamic sequestration have been defined and secured by insolvency practice, literature and established case law against the inactive legislature. In particular the decisions have defined the legal status of the sequestrator ("Sequester") and the powers and freedom to act granted to him that go beyond the pure safeguarding purpose.

In accordance with this, the nature of sequestration does not merely consist of preservation and safeguarding, but also does not rule out dynamic processes in so far as these could safeguard the aim of the sequestration, i. e. optimum preservation of assets.

6. Maintenance of value through continuation during sequestration

In accordance with the aim of sequestration of safeguarding and maintaining value, the decisive factor for a continuation of business in the sequestration period is the maintenance of production in order to complete half-finished products or projects commenced in order to maintain the value. The question as to whether or not this can be achieved must be examined within the framework of an income estimate for the planned sequestration period whereby the personnel costs may be left out of the assessment as long as the relevant period of substitute pay in the event of insolvency is not exceeded.

7. Securing of the aims of the proceedings

The course is set for the development and result of the bankruptcy and collective foreclosure proceedings directly following the sequestration order.

If the prerequisites for a legally permissible and financially necessary continuation of business are not created immediately and if this failure results in discontinuation of operations, the possibilities of maintaining and continuing business are generally lost completely.

Only a continuation of business during the sequestration will secure the conceivable options not only of achieving the sequestration aim but also in particular of achieving the legally prescribed aims of later insolvency proceedings, whereby it is important in particular in the first critical days following the sequestration order to take the necessary steps to secure the internal company structures and external business connections.

II. Reform approaches, economic viewpoint, requirements

1. Economic constraints

If the continuation of business during the preliminary proceedings appears to be a makeshift measure in practice in order to at least secure the adjudication of approx. $\frac{1}{3}$ of all the proceedings applied for, the continuation of business beyond the date of adjudication must not be separated from the economic framework conditions.

In cases where employees, customers and suppliers have adequate alternatives, the issue of a continuation of business is settled on the adjudication date. If, on the other hand, the economic framework conditions worsen, the aims of the insolvency proceedings of reorganization and financial rehabilitation come to the fore, both of which necessitate a continuation of business even under insolvency conditions.

The reform discussions in Germany too were determined for a long time by the drafts of the commission on insolvency law and the reorganization approach that had a large influence on them. The continuation of business increasingly took on, in particular in the eyes of the public, the appearance of an overpositive proceedings' aim for the purpose of maintaining company structures together with an increasingly business management and economics-oriented way of looking at the bankruptcy proceedings.

2. Minimum requirements

Standards, also within the meaning of quality assurance systems, have not been developed however for the continuation of business during the commenced insolvency proceedings. Established case law merely compiled nega-

tive delimitation criteria on the basis of failed continuations of business from the point of view of liability.

In general, the following applies:

- Continuations of business must be oriented towards the legal proceedings' aims
- and must guarantee the covering of the liabilities associated therewith,
- must promise a better proceedings' result than immediate liquidation,
- and must be secured by means of the necessary legal, economic and administrative framework conditions.

III. The aims of the proceedings

1. General

The continuation of business during commenced insolvency proceedings can never be the aim but at most a means of realising an admissible proceedings' aim. As often incorrectly seen only in connection with financial rehabilitation efforts, the continuation of business can equally serve the later individual or total liquidation or even the reorganisation of the insolvent company.

Its compatibility with the aim of the insolvency proceedings in each case is the decisive guideline for every decision on the continuation of business.

2. Composition (Vergleich)

The composition order aims at preserving the trustworthy debtor or company by means of a contribution to financial rehabilitation on the part of the non-privileged creditor in order to avoid economic destruction of livelihood. As a result, the continuation of the business under the administration of the debtor is obligatory unless winding up by arrangement is the case.

3. Bankruptcy (Konkurs)

Within the system of valid German insolvency law, the Bankruptcy Act fulfils the function of guaranteeing the proceedings' aim of liquidation and thereby ultimately dissolution. Where the debtor no longer has the means to satisfy his creditors - or the lenders of proprietary capital - the rights of disposal of the existing assets pass to the creditors.

The creditors' claims are realised within the scope of a collective execution process with the aim of converting the assets into cash as best as possible through realization, and distributing them to the creditors involved in accor-

dance with legal provisions, whereby, on the basis of special and legal preferential rights not equal paying off but pro-rata paying off applies.

Total liquidation is also permissible, whereby - if it leads to preservation of the business structures - we generally talk about transferred financial rehabilitation. The aim of the reorganization of the insolvent company is also covered by the provisions of the Bankruptcy Act. The debtor in bankruptcy may also strive for the conclusion of bankruptcy composition (§§ 173 ff KO) with the unsecured creditors or discontinuation of the proceedings (§§ 202, 203 KO).

4. Total Execution (Gesamtvollstreckung)

The passing of the Total Execution Order ("Gesamtvollstreckungsordnung", bankruptcy laws for the former GDR) on 01.07.1997 together with the "Unterbrechungsgesetz" (GUG), was intended to take into consideration the idea that the adjustment process in the GDR, which still existed at this point in time, would lead to a rapid increase in the number of insolvencies, whereby legal policy was concerned with giving the affected companies a legal framework for continuing business even after introduction of total execution.

In individual cases a decision must be taken as to whether to realize the existing business assets immediately or whether to give preference to a limited continuation of business with the aim of transferred financial rehabilitation, reorganization or temporary pursuance of economic, social, labour market and industrial policy aims in order to fulfil the special conditions of a one-off, historic adjustment process.

Unlike the case under bankruptcy conditions, the assets assigned to the creditors for the purpose of realization of liability may be used at least in part to subsidize and cover a non-profitable continuation of business.

5. Insolvency (Insolvenz)

The Insolvency Act ("Insolvenzordnung", new bankruptcy laws valid as per 01.01.1999) with which internal German legal uniformity will be put into place on 01.01.1999 in order to create a uniform insolvency process, accords equal importance to the proceedings' aims of liquidation, reorganization of the debtor and transferred financial rehabilitation.

The creditors decide on which proceedings' aim to pursue on the basis of the autonomy granted to them. In order to avoid premature prejudgements, the debtor's company is to be continued during the adjudication proceedings in so far as the insolvency court gives the temporary insolvency receiver power of administration and disposal. An early closure during the adjudication proceedings requires the consent of the court and said consent is only granted if the

continuation of business could mean a considerable reduction in the assets (§ 22, Par. 1, No. 2 InsO).

The creditors do not decide on the continuation or closure and the aim of the proceedings, which may also be pursued by means of a legally operative insolvency plan (§ 157 InsO), until the receiver has presented his report in the reporting meeting. Said report must also point out possibilities for preserving the company.

Whether or not the creditors want to wait for their share in the liquidation proceeds in the form of a quota or whether they want to wait for the proceeds from the realization of securities depends not least on the result of a comparative calculation between the liquidation value and the continuation value. Only those who expect more from financial rehabilitation or reorganisation waive their claim to fast cash. "More" must not always mean a higher cash sum but may also mean the preservation of a customer or supplier relationship.

Whether or not this can succeed can be realistically evaluated a number of days after the first meeting of creditors on the basis of the results of the continuation of the business achieved up to then.

6. An international comparison of continuations of business

A new definition of the aims of the insolvency proceedings is being considered throughout the world; a number of countries have already introduced comprehensive new codifications (U.S.A., France, Austria). In virtually all countries, companies are striving to continue business under insolvency conditions and achieve financial rehabilitation and reorganization in the face of similar economic difficulties.

a) Redefining the aims

The European states as well as the U.S.A. and Canada were equally hit by an economic crisis after 1974. This led to an increase in insolvencies everywhere and triggered off legislative activities to reform the insolvency laws in each case. As a result of high job losses, the insolvency proceedings' aims of reorganization and financial rehabilitation came to the fore in all affected countries. Likewise in the Netherlands, commission reports were compiled whose results focus on how companies can be continued and preserved within the framework of legal promotion of financial rehabilitation through an amendment of the insolvency laws.

b) Report of the Maas Commission

The increase in insolvency figures at the beginning of the eighties led to the setting up of a commission at the annual meeting of the trade association in 1983; the said commission was named after its chairman, P.C. Maas, the former president of the national investment bank. The commission presented the results of its study to the trade association on 15th February, 1985 and called for a law on the reorganization and reestablishment of companies. Given the planned interventions in the secured legal status of the creditors affected, the commission report was sharply criticized, especially by the Dutch banks.

c) The Mijnsen Commission report

The criticism of the proposals of the Maas Commission occasioned the Dutch Minister for Justice to form a second commission which was named after its chairman, F.H.J. Mijnsen, who like his predecessor came from banking circles. The report of the Mijnsen Commission also concerns itself primarily with the possibilities of preserving and continuing an insolvent company. Virtually all of the reform considerations of the commission are thus concerned with the payments moratorium, whilst bankruptcy is put on an equal footing with liquidation and dissolution.

The report of the Mijnsen Commission picks up on a proposal by Maas, who recommended in his report that businesses that are experiencing serious financial difficulties should be granted a breather period.

d) Suspension of the creditors' rights

The reform proposal of the Mijnsen commission demands the suspension of the rights of all creditors against the debtor during the period of the payments moratorium. This shall include creditors with privileged claims ("preferente voerdersingen") preferred creditors ("separatists") as well as creditors with real security interests ("zakelijk zekerheidsrechten"), whilst in accordance with existing law surséance only applies to creditors with unsecured claims ("concurrent voerdersing").

The commission is primarily concerned with the preservation of the company. The aim of the payments moratorium (surséance) in connection with composition is no longer first and foremostly the equal satisfaction of the creditors (Article 218, Par. 4 Fw) but rather the restoration of the earning power of the insolvent company.

By its proposal, the commission is drawing the conclusion from the realization that under the present conditions of the payments moratorium, the secured

creditors are able to temporally block the continuation of a business if the debtor and receiver are unable to pay the creditors to waive this right.

However, the essential aim is always to temporally postpone the exercise of the rights whilst interventions in the legal status itself are not intended.

For this purpose, Dutch insolvency law has provided a "afkoelingsperiode" since 1992 which provides a postponement of the rights of all creditors involved in the proceedings, including creditors with preferential rights and privileges, for a temporary period ("afkoelingsperiode"), both under the conditions of traditional bankruptcy as well as in conjunction with a payments moratorium.

e) The "afkoelingsperiode"

The discussion concerning the recommendations of the reform commissions (Maas and Mijnsen) has still not been wound up in the Netherlands to this day. However, the idea of granting companies in crisis a breather period has already been applied in practice, whereby the preliminary considerations for such a "afkoelingsperiode" date back to talks which were held in the Dutch Department of Justice in 1980.

The starting point of these considerations was the experience that the continuation of the debtor's business activities under bankruptcy conditions was regularly ruled out because suppliers immediately arrived at the door of the insolvent company with their trucks in order to collect their goods which had been delivered under reservation of ownership, so as to get there before the Tax Office, which, under Dutch law, is entitled to exercise a lien in rem ("bodembeslag") which covers all movable business assets - regardless of possible existing special rights - that are in the possession of the debtor on his premises at the time of the order.

The proposal taken up by the Mijnsen Commission was accepted by the legislator. Art. 63a, 241a Fw came into force on 01.01.1992. On the basis of these regulations, there is a possibility of ordering "afkoelingsperiode" both during bankruptcy and during a moratorium. During said "afkoelingsperiode", the power to exercise rights through third parties or seize business assets belonging to the bankrupt's estate is temporarily suspended.

f) The "afkoelingsperiode" under bankruptcy conditions

Following commencement of the bankruptcy proceedings, the commissioned judge ("rechter commissaris") may, ex officio or in accordance with an application of a party involved, decree a written ruling that creditors may not exercise their rights to objects belonging to the bankrupt's estate for a maximum

period of one month, whereby this period may be extended by one further month only (Article 63a, Par. 1 Fw).

The order may be limited to particular rights and/or particular creditors, whereby the commissioned judge also has the power to determine the type of exercise of rights and the assets thereby affected. Hearings that were fixed during the "afkoelingsperiode" or time limits which have already commenced shall not be affected, whereby creditors are obliged to grant reasonable deadline extensions if this is required in the interests of the matter, e.g. in order to give the receiver ("curator") time to act and make decisions, including, for example, on the question of a continuation of business (Article 63a, Par. 3 Fw).

The commissioned judge shall also be entitled to order a cooling-off period following adjudication (Article 63a, Par. 4 Fw).

g) The "afkoelingsperiode" during the moratorium

Likewise, under the conditions of a surséance (Article 213 ff. Fw), the judge shall be entitled to order a "afkoelingsperiode" which allows him to exclude certain creditors from exercising their rights or from exercising their rights to certain objects for the duration of one month, or to postpone the exercise of rights. The decision shall be taken by the bankruptcy court or the commissioned judge (Article 241a, Par. 1 Fw).

In the case of a surséance, the court cannot order the "afkoelingsperiode" ex officio, however, but rather only in response to an application by the debtor or the receiver. In this respect, there is a deviation from the principle - which is otherwise valid without exception within the framework of the moratorium - that debtors and receivers ("bewindvoerder") must act jointly.

The suspension of the exercise of rights is not associated with a revaluing of the creditors' rights, with the result that compulsory interference with secured legal status is avoided. However, the exercise of rights by the creditors involved within the legally prescribed period of one month is prohibited without exception, whereby a one-off extension of the "afkoelingsperiode" by one further month is permissible.

Insolvency figures have been falling continuously in the Netherlands since 1994. Within Europe, a similar development can only be seen in the Scandinavian countries as well as Britain and Spain, countries that also recognise an early payments moratorium, albeit in a different form.

IV. Covering of costs, preservation of the substance

1. General

The orientation of a decision on continuation towards the aims of the insolvency proceedings is necessary but on its own not sufficient to warrant the preservation of the business. Decisive is whether or not the legal and business framework conditions permit a continuation or make it an incalculable risk.

2. Comparative calculation between liquidation value and continuation value

As a result, every continuation concept contains a comparative calculation which shows that the temporary continuation of business ultimately promises a better realization result than immediate dissolution.

3. Covering of the costs of continuation

As soon as the proceedings are commenced, the alleviation effect from the substitute pay insurance in the event of insolvency ceases. The receiver in bankruptcy, the total execution administrator and the insolvency receiver must ensure that the liabilities justified by them in the course of a continuation of business can be covered by the administered resources in order to avoid the risk of personal requisitioning on the part of general creditors that have been dropped. The principles developed by established case law on the liability of a receiver in bankruptcy or total execution administrator for non-dischargeable ordinary debts have been incorporated in the Insolvency Act (§ 61 InsO).

Under bankruptcy conditions, a regulation also exists until such time as a decision is taken by the meeting of creditors exempting the receiver from liability such that the continuation of business may not cause a reduction in the assets so that the interests of the creditors involved in the proceedings are not contravened.

4. Limits of the continuation of business

This sets limits for every continuation of business. As long as the creditors do not agree to subsidize the continuation of business from the assets assigned to them under liability law, the continuation of business may not violate the principle of minimization of loss. In addition, the mere hope or remote prospect that a later disposal of the company would increase the assets shall not suffice as a justification.

The subsidization idea shall only be expressly permitted by the Insolvency Act. However, it is already currently permissible in certain cases under total execu-

tion conditions. The insolvency receiver is only entitled to close down the business, taking account of the rights to participate of the committee of creditors and debtor, if the feared reduction in assets is considerable.

V. Influence of the continuation on resources

1. General liquidation precedence

The decision of the receiver - temporary continuation or closure - under existing law up until the first meeting of creditors initially requires an assessment of the chances of short-term liquidation following submission of an inventory list with an expert appraisal and taking account of sales potential. The realization proceeds to be achieved in the short-term must be assessed and compared with the results of a temporally shifted realization or an overall realization at the end of a short- or medium-term continuation of the business.

If the assessments are very similar, liquidation shall have priority as it realises the proceedings' aim of realization of liability without any further risks, in so far as demand is available.

2. Assessment principles, appraisal of the realization possibilities

The value of business assets is determined by their type of use and location. As a result, it has proved useful, at least in the case of assessments for internal use, to differentiate between dissolution values and an assessment under going-concern aspects.

The expected realization costs are to be calculated dependent on the location, whereby the dismantling and transport costs could have a negative effect in the case of individual liquidation. In the case of old industrial plant and large machines that for safety purposes are firmly attached to the ground via foundations or other connections and which often only have underfloor drives, dismantling and transport costs can reduce individual sale chances to virtually zero or can lead to a situation where potential buyers will only agree a purchase if the company assumes the transport and dismantling costs. Out-of-date machines can no longer even be sold in developing countries which, in the early nineties, still to a certain extent bought up the entire machinery of companies that had closed down, dismantled same, packed it into containers and transported it back to their home countries.

An overall sale is advantageous if the plant sold remains in its old location. Out-of-date equipment can also fulfil its purpose under continuation aspects. The latest technology is not necessary for every machining operation. As a result, machines that remain in their old location often also bring proceeds from

sale even if they are technically out of date and have long since been written off.

Under this premise, transferred financial rehabilitations have lasting effects on the value of the immobile and mobile capital assets.

3. Maintenance of value of stocks

Feared losses in value as a result of the short-term winding up of a company are often quoted as a reason to continue the business following commencement of proceedings.

Semifinished products are worthless if they cannot be finished. As a result, the balance sheets upon commencement of insolvency proceedings often only quote *pro memoria* figures during the assessment of semifinished products and often also when describing raw materials and supplies for the case of immediate dissolution. These items only gain an intrinsic value if they are finished or if they are sold to a party taking over the company that retains the business structures and continues the business following transferred financial rehabilitation.

Rights to the stock-in-hand, including the semifinished products, are held by suppliers on the basis of reservation of ownership in simple and extended form, yet they are also held by the creditors on the basis of transfers of ownership by way of security.

Banks and suppliers are thus both often interested in running out production at least, as this leads to the finishing of semifinished products using existing stocks of raw materials and supplies and thus increases the intrinsic value of their security rights.

Because of these interests, pressure is put on the receiver, even if there are no perspectives for a financial rehabilitation, to continue business at least temporarily until the property serving as security is processed completely.

4. Reducing the ordinary debts

Because of the special attention that, above all, the Federal Labour Office ("Bundesanstalt für Arbeit") pays to continuations of business which lead to the preservation of value of the property serving as security, the argument that this will lead to a reduction in the ordinary debts is also given for justifying this measure. Even if the business is subsequently wound up, a continuation of business for the purpose of filling existing orders can lead to a situation where regular wages and salaries which would have to be paid anyway are placed opposite a creation of value that balances out expenditure for the benefit of the assets.

During periods of full employment, such considerations never arose as employees with accrued wages and salaries made use of the possibility of terminating their contracts without notice in order to move to new jobs immediately.

Under present conditions, however, older employers in particular have virtually no prospects of finding a new job. In addition, by virtue of their age and their long service with the company, they have the longest notice periods. Whilst their manpower is not available to the receiver free of charge, these costs do not have to be included in an estimate for the continuation period - at least until expiry of the notice periods - because they would also place a burden on the assets in the case of closure (§ 59 Par. 1, No. 2 KO, § 13 Par. 1, No. 3a GesO, § 55, Par. 1, No. 2 InsO).

5. Preservation of the goodwill

The realization of the goodwill as the sum of all intangible assets can also be given as a reason justifying a decision to continue the business. The value of intangible business assets is generally not to be included in the adjudication balance sheet as these values cannot be realized in the case of a dissolution.

It is only in exceptional cases that appreciable purchase prices are counted for the regular customers, process or production know-how, prospectuses and other image and sound material, drawings, formulas and tables in the case of their separation from the business structures.

VI. Necessary framework conditions and strategic aims

1. General

The possibility of continuation can be influenced by legal, economic and administrative factors that cannot be shown as a calculated value in an income estimate for the continuation of the business. The framework conditions necessary for a continuation of business must be created and secured.

2. Legal framework conditions

Whether or not necessary reductions in staff with mass redundancies or individual redundancies, the attainment of a balance of interests and the conclusion of a social security plan can be achieved; whether or not interventions and encroachments by creditors with preferential rights and privileges can be warded off or at least limited and whether or not sales agreements can be enforced even under insolvency conditions normally cannot be definitively assessed at the time when the decision is taken. This results in an uncertainty factor which can have a lasting influence on the course and result of a continuation of the business.

3. Business management and organizational prerequisites

The business management area is chiefly concerned with market and sales potentials, the management and calculation of fixed costs arising during the continuation of business, the marshalling of resources in the area of production and the securing of financing.

Irrespective of the quality of same, organizational and administrative factors, from company management to personnel to internal information and management systems including controlling, can have a serious effect on the course and result of a continuation of business without it being possible to objectivize these components within the framework of a decision to continue the business or without being able to substantiate them by means of figures or index numbers. They are replaced instead by estimations and experience whereby, depending on the branch, special features emerge that do not permit generally binding statements.

If the evaluation of the cause analysis results in a predominance of exogenous components as a decisive cause of the insolvency, a continuation of the business is generally not to be recommended as these factors are beyond the control of the receiver and the insolvency organs. Worldwide structural and adjustment crises cannot be overcome by the means offered by insolvency law. The same applies to collapses due to natural disasters or armed conflict.

4. Strategic aims

Unlike a decision to temporarily continue the business in the sequestration period taken on the basis of a more summary evaluation, the decision to continue the business following the commencement of bankruptcy, total execution or insolvency proceedings requires consideration of the strategic aim that the continuation of business is to serve.

On the basis of the four stage model

- only short-term continuation limited to the date of the sequestration or the future adjudication proceedings (1st stage);
- continuation within the framework of running out production, even beyond the adjudication date with subsequent dissolution (2nd stage);
- continuation - including in the medium to long term - with the aim of total liquidation - transferred financial rehabilitation (3rd stage);
- long-term continuation of the business with the aim of reorganization (4th stage)

a decision must be taken as quickly as possible as to whether one of these winding up or continuation stages could be considered or whether preference is to be given to immediate liquidation.

a) Reorganization as a strategic aim

If reorganization of the insolvent company is to be pursued as the proceedings' aim, the continuation of the business must be planned for the long term with immediate effect from the commencement of the proceedings. Whilst this already applies under the conditions of existing law which provide for reorganization via bankruptcy composition (§§ 173 ff KO) or suspension of operations with the consent of the creditors (§§ 202, 203 KO), the agreement and confirmation of a continuation settlement (§§ 90 ff VglO) or the arrival at a settlement (§§ 19, Par. 1, No. 2, 16 GesO), it shall really come into force after 01.01.1999 when reorganization shall become an equal-ranking proceedings' aim of the Insolvency Act (§ 1 InsO).

b) Chances and risks of transferred financial rehabilitation being strived for

The continuation of business is at least planned for the medium term if total liquidation instead of immediate dissolution is strived for as a result of a lack of demand or in order to improve the result. This is generally associated with the preservation of the business structures as the business assets that are necessary for the continuation of the business are transferred from the receiver to a new company via contractual disposal and transfer of ownership.

This objective contains an incalculable, speculative element. A failure generally leads to complete consumption of all resources still existing upon commencement of the proceedings or to a continuation going on for number of years without any prospects, which in the end only barely covers the winding-up costs without the prospect of a quota for the creditors involved in the proceedings.

c) Restriction to running out production

A decision at the second stage to only continue the business temporarily for the purpose of running out production with subsequent closure is less problematic from a legal point of view and somewhat less risky from an economic stance. In this case, the intention to close down the business must be documented at the time of the decision for reasons of industrial relations law, even if, depending on the course of the running out production, it cannot be ruled out that a change might occur within the strategic proceedings' aims.

The disadvantage of running out production is its lack of perspectives, with the result that employees, suppliers and customers always look for permanent alternative solutions. In addition to the minimization of risk aspect, the continuation of business for a temporary period only offers all the possibilities of a test run so that it can be assessed during this period whether or not further reaching strategic proceedings' aims can be pursued despite the basic decision to shut down the business.

This applies in particular if reorganization measures - which lead to a lasting improvement in the earnings power and which can often only be enforced under insolvency conditions - preceded the continuation of the business. This includes the shutting down of unprofitable separate divisions of the business or departments, personnel adjustments, a correction of the production programme, a reorganization of the customer and sales structure, a reduction of the depth of production by means of restructuring to become a commercial enterprise, and a reorganization of the management level right down to the dismissal of executive personnel and the suspension of the debtor in bankruptcy.

The determination of the time factor for a temporary continuation of the business with the aim of a later winding up of the business depends mainly on the using up of existing stocks, the completion of semifinished products and the general winding up of ongoing business and orders. In so far as the original intention of closure is not called into question, the receiver can also accept new orders during this period in so far as they can be filled during the time period at his disposal.

VII. External influence

1. Obligatory continuation of business in the case of major companies becoming insolvent

Emotional and irrational factors as well as overriding aspects are not to be ruled out during a decision on the continuation of the business and the aims pursued by same. In the case of insolvency of major companies there is basically no point in attempting to objectivize the basis for the decision as overriding political reasons mean that there is no alternative but to continue the business. Continuation is mandatory in the case of businesses with over 1,000 employees. Lost government grants, loan guarantees and state or even supra-national preference orders secure the continuation of the business in this process.

2. Lack of assistance programmes

On the other hand, no state aid is available to small or medium-sized companies. Assistance programmes for covering continuation risks are at best only at

the discussion stage. Up to now they have been limited to assistance on the part of the investor, who, as part of the transferred financial rehabilitation, preserves jobs threatened by the prospect of closure, effects investments, and for this purpose requires state aid as regards the financing and also for describing his equity capital.

3. Continuation for the purpose of preserving jobs

50 % of all insolvent businesses in West Germany have fewer than five employees; the vast majority of companies in crisis have turnovers ranging from 1.0 to 5.0 million marks.

Insolvency practice, and in particular the continuation of the business, is thus far less spectacular than is to be believed from reporting on major proceedings which attracts a great deal of publicity.

Nevertheless, the public attention paid to the handling of bankruptcy, total execution and composition proceedings together with crises which have come to a head on the labour market lead to the hope - even in the case of small and medium-sized businesses - that continuation of the business will ensure the preservation of jobs at least for a temporary period. It is also generally expected, without this being expressly said, that the creditors are prepared to subsidize unprofitable continuations of business in the interests of higher aims.

VIII. Conceptual safeguarding, estimates

1. Continuation concept and its elements

The aims pursued by the continuation, the duration of the continuation, the forecasted improvement in the result and the estimates on which these are based must be documented as a continuation concept and submitted and explained first of all to the court and later to a temporary committee of creditors as well as the meeting of creditors. The estimates shall consist of an income estimate for the continuation period and the insolvency balance sheet which compare the expected liquidation result in the event of immediate liquidation to the expected result under the conditions of a continuation of the business.

2. Planning liquidity requirements

A liquidity requirement calculation is necessary to show that the expenditure associated with the continuation as ordinary debts or liabilities that first of all have to be settled (§ 59, Par. 1, No. 1 KO, § 13 Par. 1, No. 1 GesO, § 55, Par. 1, No. 1 InsO) are covered at the time of the decision or that it can be expected that they will be covered in the course of normal business.

3. Function of the estimates

Under existing law, the continuation concept, including the prognosis calculations, demonstrate the plausibility of the decision to continue the business which is to be taken under the conditions of bankruptcy and total execution at the time of the commencement of the proceedings by the receiver alone according to his best judgement (§ 129, Par. 2 KO, § 8, Par. 8 GesO).

If the insolvency receiver wants to shut down the business at a future date prior to the reporting date or on the day of the commencement of the insolvency proceedings, the set of accounts presented by him must prove in a comprehensible manner that a continuation of the business cannot be carried out profitably and/or that the costs associated with the continuation cannot be covered. Estimated profit and loss as well as the liquidity requirements plan then form the basis of the decision to approve the intended closure. Said decision is to be taken by the insolvency court or by the members of the temporary committee of creditors (§ 158, Par. 1, Par. 2 InsO).

IX. Potential impeding factors

1. Starting position

The financial rehabilitation assistance pursued by the Insolvency Act does not eliminate the legal, operational and administrative risks associated with a continuation of the business.

It is important to assess how the potential impeding factors emanating from the privileged creditors affect the continuation and to what extent the reorganization measures necessary for securing profitability can be realised in a modern fashion.

2. Company changes, redundancies, wage and salary claims

Even in times of crisis, receivers in bankruptcy and total execution administrators remain bound by the provisions of the Employees' Representation Act ("Betriebsverfassungsgesetz") as well as the laws concerning protection against unfair dismissal ("Kündigungsschutzgesetz"), whereby the Employment Promotion Act ("Beschäftigungsförderungsgesetz") which shall come into effect on 01.10.1996 admittedly facilitates redundancies in the case of bankruptcy and limits the checking of same.

The suspension of § 613a BGB (Civil Code) under the conditions of total execution (Art. 32 EG InsO (Introductory Act to the Insolvency Act) in conjunction with Art. 232 § 5 II, 1 EGBGB (Introductory Act to the Civil Code)) has facilitated transferred financial rehabilitations considerably in the new federal states. The proceedings' aim of transferred financial rehabilitation can be pro-

nounced and strived for without having to accept the risk of invalid dismissals due to an impending changing hands of the company.

During bankruptcy and in future also under the conditions of the Insolvency Act, we must work (once again) with deceptive packaging whereby the receiver, to the last, holds onto the prescribed aim of a closure following running out production, despite the fact that possibilities of total liquidation and the preservation of the business structures are beginning to emerge, in order not to risk the dismissals which have been pronounced becoming invalid as a result of an impending changing hands of the company.

The procedural facilitations of redundancies under the Insolvency Act have still to prove their worth in practice. In order to implement the reduction in jobs necessary for preparing transferred financial rehabilitation or for reorganization, the receiver must, in future, negotiate a balance of interests with the shop steward in which the employees to be made redundant are to be named. The receiver must wait three weeks before instituting combined proceedings before a labour tribunal in order to examine the effectiveness of all redundancies (§§ 121 ff. InsO) if the shop stewards - as is to be feared - refuse to come to a balance of interests during the negotiations.

Although the possibilities of checking the employees selected for redundancy are limited, the administrative finality of the necessary mass redundancies is delayed by weeks if not months. The sense of uncertainty remains during this period, especially as every job is fought for fiercely in the face of structural mass unemployment.

In accordance with the Employment Promotion Act which shall come into force with effect from 01.10.1996, Articles 113, 121 ff. InsO shall be introduced in advance in the commenced bankruptcy proceedings. The current legal situation as regards total execution shall be retained. The legislature has thus indicated that it views the suspension of § 613 a BGB as the more important prerequisite for continuation and financial rehabilitation.

The downgrading of the wage and salary claims - following commencement of proceedings - of shop stewards under the conditions of total execution (§ 13, Par. 1; No. 3 GesO) - something which conserves liquidity - is not adopted by the Insolvency Act.

3. Rights of separation and recovery and preferential rights

Separatists can pull the foundation out from under a continuation of business by exercising rights of separation and recovery and preferential rights. In comparison to the Bankruptcy Act, the Total Execution Act has strengthened the legal position of the receiver considerably as he is entitled to revoke the privileges following prior realization (§ 12, Par. 1 GesO).

In accordance with the Bankruptcy Act the creditor is responsible for realizing objects to which preferential rights are attached (§ 127, Par. 2 KO). In order to avoid the exercising of this right, the receiver in bankruptcy can at best appeal to them or threaten them with an appeal.

If the insolvency receiver has a tangible object in his possession to which a preferential right is attached, he may realize it by private contract (§ 166, Par. 1 InsO). If he is entitled to perform realization, he can use the object for the insolvency assets within the framework of a continuation of the business in return for compensation of the creditor for the resulting loss of value (§ 172 InsO). Both provisions shall facilitate the continuation of the business considerably under the terms of the InsO, as shown by experience with total execution.

4. Insolvency and individual execution

Unlike bankruptcy, individual execution measures of the creditors are suspended in the total execution application proceedings (§ 2, Par. 4 GesO). This regulation is adopted for the commencement proceedings in accordance with the future Insolvency Act (§ 21, Par. 2, No. 3 InsO).

Likewise, contrary to the Bankruptcy Act, all execution measures that are instituted prior to the commencement of total execution proceedings and that are not yet concluded, lose their effect upon commencement of the proceedings (§ 7, Par. 3 GesO). Without regard for questions of appeal, the administrator of total execution proceedings can thus dispose of such fixed assets without restriction which can be distrained upon for the benefit of individual creditors prior to the commencement of the proceedings. This regulation applies without any restriction as to time.

§ 14 KO prohibits individual execution measures merely from the date of the adjudication onwards.

In accordance with the new insolvency law, execution measures, by means of which a creditor secured an asset belonging to the insolvency assets shall lose their effect if the execution measure was taken in the last month prior to the filing of the application (§ 88 InsO).

As regards the law of real property, the prerequisites for discontinuation of operations in the case of compulsory auction shall be facilitated in future by § 30d ZVG (Compulsory Auction of Immovable Property Act). In accordance with this, the insolvency court can order temporary discontinuation with compensation for detrimental effects, at the request of the receiver under the conditions specified therein. Thus, the plant site necessary for a continuation of the business can no longer be taken from the receiver.

5. Other risk factors

Continuations of business are particularly susceptible to trouble if the continuation is dependent on licences, concessions and permits as well as endangered sales structures; if it requires the legally disputed establishment of a marketing company or successor company by the receiver; if only a few key persons guarantee the maintenance of the production or the marketing structures; if the company is dependent on only a single customer or supplier; if generally neither the financial resources nor the available time are sufficient to neutralise the causes of the insolvency within the framework of a continuation of the business.

X. Summary

The risks associated with the continuation of the business cannot be underestimated. Within the framework of a necessary development, its success depends on factors that do not lie in the sphere of influence of the organs of the proceedings - even in the case of the most meticulous preparations.

Particularly dangerous are irrational and external aspects affecting the decision to continue the business. The pressure on the sequestrator ("Sequester") named by the court and later on the receiver to continue insolvent businesses temporarily at least has increased considerably as a result of the difficult economic situation. The public measures the quality of the handling of an insolvency case by the number of jobs saved.

As long as it remains so that economically-oriented winding-up proceedings with side effects on the labour market, social policy and structural policy must measure up to the legally prescribed proceedings' aims, the aspect of preserving jobs cannot and must not form the focus of a continuation of the business. The fact that the public sees this differently, for the present at least, does have the advantage that continuations of business that have failed from an economic point of view and are not in compliance with the aims of the insolvency proceedings generally do not have any consequences under the law concerning liability as long as they at least preserve a number of jobs.

Thus, unlike the insolvency laws of other European countries, German insolvency law remains bound up with the idea of the realization of liability. Neither do financial rehabilitation and reorganization as equal-ranking aims of the insolvency proceedings allow any forced interference with secured legal positions in so far as the creditors involved do not expressly consent to these measures, e.g. within the framework of an insolvency plan. The insolvency proceedings should also be oriented towards the assets and conform to the market following the institution of the Insolvency Act. Creditors who have been able to secure their title to assets without contest by means of agreements with the

debtor prior to the insolvency situation remain privileged and at best must agree the exercising of their rights with the organs involved in the proceedings or else pay proceedings' contributions. The introduction of a protected zone where the insolvent company can recuperate without seizures or interference on the part of creditors involved never came up for discussion in Germany at any time.

The Insolvency Act differs from the reform laws of other countries on this point in particular. It can be seen above all from the example of the Netherlands that there is an unbreakable connection between continuations of business for the purpose of financial rehabilitation or reorganization and a restriction of the creditors involved - with or without privileges - in the exercising of their rights. Anyone wanting to pursue the aim of continuing companies in suitable cases under insolvency conditions for the purpose of financial rehabilitation must decide to suspend the rights of the creditors involved, effectively and without exception, at least for a certain period of time.

Curriculum Vitae

Rolf-Dieter Mönning wurde am 30. Januar 1948 in Bad Erns (Bundesrepublik Deutschland) geboren.

Nach dem Abitur 1966 am Couven-Gymnasium in Aachen studierte er Jura und Betriebswirtschaft an der Albertus-Magnus-Universität in Köln. Dort legte er 1975 das erste juristische Staatsexamen ab. Die Referendarzeit wurde 1977 in Düsseldorf mit dem zweiten juristischen Staatsexamen abgeschlossen.

Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft erfolgte im Februar 1978. Rolf-Dieter Mönning ist Seniorpartner der 1980 gegründeten Anwaltssozietät Mönning & Georg, Aachen/Cottbus.

Seit 1972 ist er mit Gabriele Mönning, geb. Kleinen, verheiratet und hat eine Tochter: Elena.

Aachen, im August 1997