

## I. Einleitung

Der Koalitionsvertrag nennt eine Vielzahl rechtspolitischer Vorhaben. Sie alle aufzuführen hieße, eine Liste von Spiegelstrichen zu verfassen. Deswegen wird ein Kernanliegen der christlich-liberalen Koalition hervorgehoben. Im Koalitionsvertrag<sup>1</sup> heißt es: Das Insolvenzrecht muss an die neuen Herausforderungen angepasst werden. Hierzu gehört es einerseits, ein Instrumentarium für eine frühzeitige Restrukturierung systemrelevanter Finanzinstitute zu schaffen. Andererseits sollen das Insolvenzplanverfahren vereinfacht und die frühe Sanierung von Unternehmen verbessert werden.

Dem ersten Anliegen liegt die Einsicht zu Grunde, dass Systemrelevanz insbesondere im Finanzmarktsektor den Staat erpressbar macht. Dort wo Marktteilnehmer davon ausgehen können, hohe Gewinne aus riskanten Geschäften zu erzielen, ohne einer Haftung ausgesetzt zu sein, sind Fehlentwicklungen vorprogrammiert. Dies gilt vor allem für systemrelevante Marktteilnehmer, weil ihre Haftung faktisch suspendiert ist. Insofern kündigt die christlich-liberale Koalition dem „too big to fail“, das den Steuerzahler Milliarden und den Staat über Jahre hinweg haushaltspolitische Handlungsspielräume kostet, den Kampf an.

Das zweite Anliegen – die Vereinfachung des Insolvenzplanverfahrens – folgt einer anderen Erkenntnis. Die 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung hat sich bewährt. Der zentrale Ansatz dieses Rechtsregimes, die Unternehmenssanierung stärker als bisher insbesondere über das Insolvenzplanrecht zu ermöglichen, ist in der Rechtspraxis nicht im gewünschten Umfang zum Tragen gekommen. Das Insolvenzplanrecht teilt vielmehr das Schicksal der Vergleichsordnung – es ist die Ausnahme.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, S. 20.

<sup>2</sup> Vgl. Mittelstandschrift, „Sanierungen, Insolvenzplanvorhaben und Eigenverwaltung insolventer Unternehmen nach den Möglichkeiten des Insolvenzrechts nach 1999“, IfM Bonn August 2008.

Beide Anliegen sind nicht ohne rechtspolitische Herausforderungen. Nachfolgend sollen die benannten Vorhaben in der gebotenen Kürze skizziert werden. Begonnen wird mit dem zweiten Anliegen, der stärkeren Ausrichtung der Insolvenzordnung auf die frühe Sanierung von Unternehmen.<sup>3</sup>

## **II. Mehr Eigenverwaltung wagen, Insolvenzplanrechtstärken**

So oder so ähnlich ließe sich ein Antrag überschreiben, der an den Antrag der FDP-Bundestagsfraktion „Notleidenden Unternehmen Sanierungschancen durch effizientere Gestaltung der gesetzlichen Regelungen im Insolvenzplanverfahren geben“ anknüpft, der dem Deutschen Bundestag bereits in der 16. Legislaturperiode vorgelegt wurde.<sup>4</sup> Der Antrag konzentrierte sich auf das Insolvenzplanverfahren und bildet damit die Grundlage für die hier zu lösende Kernfrage: Welcher Gesetzesinitiativen bedarf es, um dem Kerngedanken, dem der Insolvenzantragsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit seine Existenz verdankt und der auch Motiv der Eigenverwaltung ist, zum Durchbruch zu helfen?

### **1. Eigenverwaltung bei drohender Zahlungsunfähigkeit als Sanierungschance**

Der Insolvenzantragsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit wurde mit in Kraft treten der Insolvenzordnung erstmals in das deutsche Recht eingeführt.<sup>5</sup> Das Antragsrecht liegt ausschließlich beim Schuldner. Es soll einem in der Krise befindlichen Unternehmen frühzeitig eine Unternehmenssanierung mittels der Instrumente eröffnen, die die Insolvenzordnung bereithält. Diese Innenlösung ist als Kernstück der Insolvenzrechtsreform gepriesen

---

<sup>3</sup> Vgl. Ahrendt/Plischkaner, „Der modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff – Rückkehr mit Verfallsdatum“, NJW 2009, 964 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Antrag der FDP-Bundestagsfraktion, „Notleidenden Unternehmen Sanierungschancen durch effizientere Gestaltung der gesetzlichen Regelungen im Insolvenzplanverfahren geben“ vom 18. März 2009 auf BT-Drucksache 16/12285.

<sup>5</sup> Vergleichsordnung aufgeh. mWv 1. 1. 1999 durch Art. 2 Nr. 1 EGIInsO v. 5. 10. 1994 (BGBl. I S. 2911).

worden.<sup>6</sup> Indes vermochte dieser im Vorfeld der eigentlichen Insolvenz liegende Eröffnungsgrund nicht die Wirkung zu entfalten, die ihm der Gesetzgeber zugedacht hatte. Nach wie vor haften dem Insolvenzverfahren die Makel des Scheiterns und der Entwertung der Gläubigerforderungen an.

Im Zeitraum zwischen 2000 und 2007 entfielen auf 276.785 Insolvenzen nur 4311 Insolvenzen, bei denen der Eröffnungsgrund die drohende Zahlungsunfähigkeit war – Tendenz fallend.<sup>7</sup> Dieses Schicksal teilen auch andere mit der Insolvenzordnung eingeführte Rechtsinstitute. Ausdrücklich zu nennen sind das Insolvenzplanverfahren und die Eigenverwaltung. In der Zeit von 1999 bis 2005 wurden nur ca. 740 Insolvenzplanverfahren gezählt. Fast genauso dramatisch ist die Zahl der Eigenverwaltungen. In dem benannten Zeitraum wurde nur in 1300 Insolvenzverfahren die Eigenverwaltung zugelassen. Eigenverwaltungen betrafen damit nur 6 Promille aller Insolvenzanträge bzw. gerade 10 Promille aller eröffneten Verfahren. Noch seltener wurden Insolvenzplanverfahren durchgeführt, 3 Promille aller Insolvenzanträge, 6 Promille der eröffneten Insolvenzverfahren. Auch die Eigenverwaltung ist erst mit der Insolvenzrechtsreform als eigenständiges Rechtsinstitut eingeführt worden.

Eigenverwaltung und drohende Zahlungsunfähigkeit haben einen gemeinsamen Rechtsgedanken. Dem Schuldner soll einerseits frühzeitig das Instrumentarium der Insolvenzordnung für eine erfolgreiche Sanierung zugänglich gemacht werden und andererseits soll er im Rahmen der Eigenverwaltung die Möglichkeit haben, das Insolvenzverfahren unter der Aufsicht eines Sachwalters selbst abzuwickeln.<sup>8</sup>

Diese Gemeinsamkeit führt zu der Frage, warum es keine Eigenverwaltung bei drohender Zahlungsunfähigkeit gibt, verbunden mit der fristgebundenen Pflicht zur Vorlage eines Insolvenzplanes. Dieser Ansatz gründet auf der These, dass der noch zahlungsfähige Schuldner, der frühzeitig mit Hilfe der Instrumente der Insolvenzordnung sein in der Krise befindliches

---

<sup>6</sup> Vgl. Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, Mönning, § 18 InsO, Rd. 46 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Insolvenzstatistik des Bundesamtes für Statistik.

<sup>8</sup> Vgl. MüKo-Insolvenzordnung, Wittig/Tetzlaff, Vorbem. vor §§ 270 InsO, Rd. 6.

Unternehmen sanieren möchte, auch als redlich im Sinne der tatbestandlichen Voraussetzungen der Eigenverwaltung angesehen werden kann.

Hiergegen ließen sich vor allem zwei kritische Aspekte anführen. So ist dem Institut der Eigenverwaltung schon früh entgegengehalten worden, es würde der „Bock zum Gärtner“ gemacht. Denn wer sein Unternehmen in eine insolvenzbedrohliche Krise geführt habe, der habe per se nicht das Vertrauen und die Qualifikation, das Unternehmen aus dieser Krise wieder herauszuführen.<sup>9</sup>

Weiter ließe sich einwenden, dass bei drohender Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Vorverfahren eine Eigenverwaltung faktisch bereits möglich sei, weil § 21 InsO nicht zwingend den Verlust oder die Einschränkung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vorschreibt. Indes hat der noch zahlungsfähige Schuldner hierauf keinen Anspruch. Vielmehr liegt es im Ermessen des Gerichts darüber zu befinden, welche Maßnahmen zur Sicherung der Masse und zum Schutz der Gläubiger erforderlich sind. Die Sanierung des Unternehmens, die umgekehrt auch den Schutz vor den Gläubigern erfordern kann, schlägt sich im Tatbestand des § 21 InsO nicht nieder. Auf diese Gläubigerschutzlastigkeit des Insolvenzrechtes trifft der noch zahlungsfähige Schuldner, der die Unternehmenssanierung mit den Instrumenten der Insolvenzordnung anstrebt, wenn er einen Insolvenzantrag stellt. Aber warum sollte sich der Schuldner in diesem Stadium der Krise, in dem noch keine Insolvenzantragspflicht besteht, des Risikos eines für ihn nicht kalkulierbaren Insolvenzantragsverfahrens aussetzen? Weil genau hierzu kein Anlass besteht und weil die Insolvenzordnung hierfür keine verlässliche Regelung bereithält, haben weder der Insolvenzantragsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit noch die Eigenverwaltung in der Rechtspraxis Bedeutung erlangt. Deswegen gilt es, beide Instrumente miteinander zu verbinden und die Eigenverwaltung zu einem Sanierungsinstrument auszubauen, das dem Schuldner bei drohender Zahlungsunfähigkeit ohne

---

<sup>9</sup> MüKo-Insolvenzrecht, Wittig/Tetzlaff, Vorbem. vor §§ 270 InsO, Rd. 5.

Vorverfahren zur Verfügung steht, ihn aber zwingt, innerhalb einer vom Gericht gesetzten Frist einen Insolvenzplan vorzulegen. Die Antragspflichten nach § 17 und § 19 InsO bleiben auch in einem Eigenverwaltungsverfahren bestehen, in dem die erste Gläubigerversammlung noch nicht stattgefunden hat und der Insolvenzplan noch nicht vorgelegt worden ist. Das auszubauende und an den besonderen Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit anzuknüpfende Institut der Eigenverwaltung ist nur solange geeignet, einen verminderten Gläubigerschutz zu rechtfertigen, wie keine Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist.

## 2. Vereinfachungen im Insolvenzplanrecht

Es wurde bereits oben der Antrag der FDP-Bundestagsfraktion aus der letzten Legislaturperiode erwähnt. Dieser forderte den Gesetzgeber auf, verschiedene Vereinfachungen im Insolvenzplanrecht umzusetzen. Hierzu gehörten vornehmlich:

- Das Insolvenzplanrecht soll, falls erforderlich, auch einen Eingriff in Aktionärs- und Gesellschafterstellungen ermöglichen;
- Es soll durchgreifende Sanierungen ermöglichen, ohne dass die Insolvenz auf die Unternehmenstöchter durchschlägt oder Unternehmenstöchter ihrerseits in die Insolvenz gehen müssen, um eine Sanierung zu ermöglichen;
- Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, sog. „Debt-Equity-Swap“;
- Sanierungsgewinne sollen steuerfrei bleiben;
- Rechte der Massegläubiger sollen bei Bedarf eingeschränkt werden können;
- Formvorschriften sollen zur Erhöhung von Flexibilität und Effizienz als Soll-Vorschriften ausgestaltet werden und an die Stelle zwingenden Rechts treten;
- Bestehende Beratungsprogramme zur Krisenprävention sollen auch zur Sanierungsunterstützung genutzt werden können.
- Reduzierung der Rechtsmittelanfälligkeit.

## III. Restrukturierungsrecht und Insolvenzrecht für Banken

Seit 1950 rutschten in Deutschland 156 Finanzinstitute in die Insolvenz.<sup>10</sup> Wenngleich diese Institute keine Systemrelevanz besaßen, hat der Gesetzgeber bis heute gleichwohl auf die Ausgestaltung aufsichtsrechtlicher Regeln für eine umfassende Einflussnahme auf die Sanierung von Banken in der Frühphase einer Krisenentwicklung verzichtet.<sup>11</sup> Ein speziell auf Kreditinstitute ausgerichtetes Insolvenzrecht fehlt gleichfalls. Das Kreditwesengesetz (KWG) konzentriert sich vornehmlich auf Sanktionen. Auch im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes<sup>12</sup> erfolgte keine Korrektur dieser Grundhaltung. Zur Krisenbewältigung wurde erneut auf die Gewährung von Beihilfen gegen Auflagen und Bedingungen gesetzt.<sup>13</sup> Wenn also verschiedentlich von einem „Bankeninsolvenzrecht“ gesprochen wird, ist diese Kennzeichnung irreführend. Vielmehr unterliegen auch Banken dem gemeinen Insolvenzrecht. Suspendiert ist die Insolvenzantragspflicht. Sie wird ersetzt durch die Anzeigepflicht gegenüber der BaFin.

#### 1. Frühe Restrukturierung

Diesem rechtlichen Defizit will die Koalition entgegentreten und die Möglichkeit einer frühzeitigen Restrukturierung für systemrelevante Finanzinstitute schaffen. Kernanliegen dieser rechtspolitischen Zielsetzung ist es, den Staat aus der Falle herauszuführen, einem notleidenden aber wegen seiner Finanzmarktstabilität bedeutsamen Kreditinstitut staatliche Hilfe gewähren zu müssen. Dafür gilt es zu definieren, wann eine systemrelevante Bank restrukturierungsreif ist.

Unstreitig dürfte sein, dass hierzu weder drohende Zahlungsfähigkeit noch Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung geeignete Anknüpfungstatbestände wären. Abzuwarten bis eine konkrete Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen des Institutes gegenüber seinen Gläubigern vorliegt, erscheint ebenfalls nicht

---

<sup>10</sup> Vgl. Capital vom 10.7.2009, [www.Capital.de/finanzen/100008796.html](http://www.Capital.de/finanzen/100008796.html).

<sup>11</sup> Vgl. Binder, „Krisenbewältigung im Spannungsfeld zwischen Aufsichts-, Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht“, WM 2008, S. 2340, 2345.

<sup>12</sup> BGBl I 2008, 1982.

<sup>13</sup> vgl. Binder, a.a.O. S. 2340.

sachgerecht.<sup>14</sup> Ein erfolgreiches Restrukturierungsverfahren verlangt in erheblichem Umfang einen verändernden Eingriff in das Geschäftsmodell einer Bank. Dies muss zu einem Zeitpunkt geschehen, zu dem noch ausreichende Handlungsspielräume bestehen. In der Anhörung des Finanzausschusses zum Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz wies der Sachverständige Dr. Hannes Rehm auf das Refinanzierungsproblem der HRE hin.<sup>15</sup> Zugleich bemerkte der Sachverständige, die Zukunftsfähigkeit des Institutes hänge von der Chance ab, Ausleihungen mit durchschnittlich Laufzeiten von 16 und in der Spitze 30 Jahren an den Kapitalmärkten zu refinanzieren. Eine frühzeitige Restrukturierung erlaubt also kein Zuwarten bis eine konkrete Gefahr für die Erfüllung von Verpflichtungen und anvertrauten Vermögenswerten eingetreten ist.

Die Restrukturierungsreife muss folglich eintreten, wenn sich die Eigenmittelausstattung und die Liquidität der Bank als unzureichend erweisen. Insofern muss an den Tatbestand des § 45 KWG angeknüpft werden. Der Gesetzgeber hat die Eingriffsbefugnisse der BaFin auf der Grundlage dieser Vorschrift bereits ausgedehnt<sup>16</sup>, dies gilt für den zeitlichen Anwendungsbereich der Vorschrift sowie für die Aufnahme von Sanktionen. Aufgrund des frühen Zeitpunktes ist die Restrukturierung als aufsichtsinternes Verfahren zwischen Aufsicht und betroffenem Institut auszugestalten. In Anlehnung an das Institut der Eigenverwaltung ist ein externer Sachwalter zu bestellen, der das Restrukturierungsverfahren auf der Grundlage eines entsprechenden Planes begleitet und überwacht.

## 2. Gerichtliche Reorganisation

Ein nur zwischen Bank und BaFin ablaufendes, internes Reorganisationsverfahren kann scheitern. Grund hierfür kann die

---

<sup>14</sup> Der von der Anwaltskanzlei Linklaters erarbeitete Entwurf zur Restrukturierung von Banken für das Bundeswirtschaftsministerium setzte bei § 46 KWG an.

<sup>15</sup> Vgl. Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung vom 16.03.2009, Protokoll Nr. 16/120

<sup>16</sup> Vgl. Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht, BT-Drs. 16/12783; BGBl I 2009, 2305.

fehlende Mitwirkung von Gläubigern oder Gesellschaftern sein, indem beispielsweise einer Kapitalerhöhung nicht zugestimmt wird. Auch hierfür gilt es Regeln zu schaffen, die das geltende Insolvenzrecht ergänzen und für eine Bankinsolvenz ertüchtigen.

Bestandteil dieser neuen Regeln wird die Frage der Kündigung von Verträgen ebenso sein, wie die oben schon angesprochenen Regeln zur Umwandlung von Verbindlichkeiten in Gesellschaftskapital. Da ein Planverfahren für ein Kreditinstitut nur Aussicht auf Erfolg hat, wenn es zügig abgewickelt wird und eng mit der internen Reorganisation verbunden ist, sind beide Verfahrensteile aufeinander abzustimmen. Die zwingende Verknüpfung erhöht die Chancen einer internen Reorganisation, weil jedem Verfahrensbeteiligten vor Augen steht, dass auch ein gerichtliches Verfahren möglich ist. Ein gerichtliches und damit offenes Reorganisationsverfahren kann besser vorbereitet und koordiniert werden, wenn der Plan aus dem internen Verfahren in das gerichtliche überführt werden kann.

Zu einer schnellen Verfahrensabwicklung gehört eine Konzentration der amtsgerichtlichen Zuständigkeit auf das Amtsgericht am Sitz der BaFin. Denn dem Gericht obliegt die Prüfung sowohl der Zulässigkeit des Reorganisationsplanes als auch der Reorganisationsbedürftigkeit des antragstellenden Institutes. Es hört die Verfahrensbeteiligten an und wickelt die erforderlichen Gläubigerversammlungen ab. Angesichts der Komplexität einer Bankeninsolvenz ist die Zuständigkeitskonzentration geboten.

#### **IV. Zusammenfassung**

Es sind nur zwei rechtspolitische Herausforderungen skizzenhaft angesprochen worden. Angesichts des Fehlens eines für Finanzinstitute geeigneten Restrukturierungsrechts und dem Bedürfnis, dem Sanierungsanliegen der bewährten Insolvenzordnung stärkeres Gewicht zu verschaffen, haben beide Komplexe eine hohe Bedeutung. Dahinter sollen auf keinen Fall das neu zu regelnde Anordnungsrecht der nachträglichen Sicherungsverwahrung oder die gemeinsame Sorge für

nichteheliche Kinder zurückstehen. Auch diese Themen haben eine hohe rechtspolitische Bedeutung. Sie gleichfalls auch nur skizzenhaft zu umreißen, sprengte diesen Aufsatz.