

Grundlagen des neuen Insolvenzrechts

Von Prof. Dr. Christoph G. Paulus, Berlin*

Es sind nicht nur so außerordentliche Verfahren wie insbesondere die von Dornier-Fairchild oder Kirch-Media, die den Terminus „Insolvenz“ in den letzten Jahren zum täglichen Begleiter von Zeitungslektüre und Nachrichten in Radio und Fernsehen haben werden lassen¹. Seit Jahren schon wächst die Pleitewelle und mit ihr das allgemeine Bewusstsein dessen, dass es ein Insolvenzrecht gibt und dass dieses Rechtsgebiet wohl recht wichtig ist. Diese Charakterisierung ist nicht ohne Bedacht so vorsichtig gewählt; denn selbst innerhalb der großen Schar der Juristen (und umso mehr natürlich außerhalb) führt das Insolvenzrecht ein Schattendasein, das sich am ehesten mit einer Art Verdrängungsmechanismus erklären lässt: Hier geht es um den wirtschaftlichen Exitus, der unangenehm berührt, mit Verlusten zu tun hat oder doch zumindest weniger interessant erscheint als ein wirtschaftliches Prosperieren.

1. Bedeutung des Insolvenzrechts

So weit verbreitet also selbst unter Juristen mangelnde Kenntnisse über das moderne Insolvenzrecht sind, so sehr geht diese implizite Qualifikation der Insolvenzrechtler als die „Aasgeier der Jurisprudenz“ fehl. Denn mit einer solchen Abwertung wird die ganz zentrale Bedeutsamkeit verkannt, die diese Rechtsmaterie für das Wirtschaftsrecht und damit natürlich zugleich für die Wirtschaft eines Landes insgesamt hat². Es ist keine Übertreibung, wenn man das Insolvenzrecht als einen (wenn nicht gar: den) Fluchtpunkt des Wirtschaftsrechts ansieht, bei dem – wie in einem die Dreidimensionalität vorgaukelnden zweidimensionalen Bild – sämtliche Fluchtlinien zusammentreffen und sich dort bündeln. Andersherum ausgedrückt: Das Insolvenzrecht beschreibt dasjenige Szenario, das allgemein als worst case angesehen wird und das es deswegen tunlichst zu vermeiden gilt. Deswegen ist man nach Kräften bemüht, sich von diesem düsteren Hintergrund abzuheben.

Allein schon die ebenso fundamentale wie banal erscheinende, vom Gesetzgeber eingeräumte Möglichkeit, eine juristische Person zu schaffen, zeigt eine dieser Fluchtlinien auf. Denn damit ist einer natürlichen Person gestattet, mit Hilfe einer „Anleihe“ bei der Virtualität – eine juristische Person als solche ist ebenso virtuell wie der Cyberspace – einen Teil ihres Vermögens vor dem Insolvenzrisiko zu schützen, indem sie den anderen Teil dieser juristischen Person überträgt und ihr das riskante Agieren am Markt überlässt. Hinsichtlich der zahllosen, weiteren Fluchtlinien muss es genügen, hier nur einige wenige – gleichwohl aber hochbedeutsame – Rechtsmaterien zu nennen: etwa das Kreditsicherungsrecht (es geht dabei primär um eine Sicherung vor der Insolvenz) oder das Kapital-

marktrecht (Unternehmen gehen mehr und mehr dazu über, statt der herkömmlichen Kreditaufnahme bei Banken sich selbst auf den Kapitalmarkt zu begeben und dort aus Geldgebern Anteilseigner zu machen) oder auch innerhalb des Gesellschaftsrechts die besonders in Deutschland an allen Ecken und Enden betonte Notwendigkeit des Gläubigerschutzes – und hier insbesondere auch die (von den Gesellschaftsrechtlern in dieser „Insolvenzrichtung“ noch gar nicht richtig entdeckte) Corporate Governance.

Auch wenn diese Positionierung des Insolvenzrechts ins Zentrum des Wirtschaftsrechts durchaus überraschend und neu erscheinen mag, resultiert sie dennoch nicht etwa aus dem verzweifelten Versuch eines um Anerkennung seines Fachgebietes ringenden Wissenschaftlers. Schlagender Beleg für diese Einschätzung ist vielmehr, dass seit 1998 niemand Geringeres als der Internationale Währungsfonds³, die Weltbank⁴ und nunmehr auch UNCITRAL (die für internationales Handels- und Wirtschaftsrecht zuständige Unterabteilung der UNO)⁵ eben diese Bedeutsamkeit des Insolvenzrechts – sowohl im nationalen wie im globalen Kontext – erkannt haben, und zwar ausgehend von der Ostasienkrise Mitte der 90er Jahre⁶. Die beiden Bretton-Woods-Institutionen haben daraufhin Leitfäden verfasst, die den notwendigen Inhalt eines modernen und effektiven Insolvenzgesetzes beschreiben; seit ihrem Erscheinen werden diese Guidelines allen Ländern dieser Welt als Handlungsanweisung und Vorlage auferlegt, wenn sie um Geld nachfragen. UNCITRAL geht sogar noch einen Schritt weiter und entwirft zur Zeit ein recht detailliertes Modellgesetz für die Abwicklung von Unternehmensinsolvenzen. All diesen Aktionen liegt die in jener Krise gewonnene Erkenntnis zu Grunde, dass der Kern einer gesunden Wirtschaft ein funktionierendes Insolvenzrecht ist.

Die Bedeutsamkeit des Insolvenzrechts beschränkt sich aber nicht nur auf die Makro-Ebene; sie findet sich auch auf der Mikro-Ebene; dort also, wo sich die Ausgangssituation eines jeden Insolvenzrechts abspielt, dass nämlich eine Person ihre Schulden nicht mehr begleichen kann. Später (im Rahmen eines weiteren Beitrags) wird im Zusammenhang mit der Darstellung der Insolvenzanfechtung ausführlicher zu zeigen sein, dass diese Bedeutsamkeit erhebliche zeitliche Vorwirkungen hat – Vorwirkungen, die in eine „Tiefe“ von bis zu 10 Jahre in Zeiten hineinreichen, in denen die später in die Insolvenz fallende Person vielleicht noch zu den wohlhabendsten im ganzen Land gehören mag⁷. Damit ist also schon an dieser Stelle mit allem Nachdruck darauf hinzuweisen, dass das Insolvenzrecht (bzw. sein Anfechtungsrecht) jederzeit wie ein Damokles-Schwert über praktisch allen Transaktionen einer jeden Person schwebt⁸ – eine Tatsache, die selbst Juristen selten geläufig ist, umso weniger aber Nichtjuristen. Aber auch die

* Prof. Dr. Christoph G. Paulus ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Zivilprozessrecht und Römisches Recht an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

1 Der redaktionellen Vorgabe gemäß, einen Überblick über die Rechtsmaterie zu verschaffen, beschränken sich die Literaturnachweise auf ein Minimum. Statt dessen muss es genügen, an dieser Stelle pauschal auf Lehrbücher zum Insolvenzrecht wie etwa das von Häsemeyer, 1998, 2. Aufl., und das von Pape/Uhlenbruck, 2002, zu verweisen. Kommentierungen zur InsO gibt es zwischenzeitlich zuhauf; sie brauchen nicht eigens vorgestellt zu werden.

2 Zum Folgenden Paulus, ZIP 2000, 2189.

3 International Monetary Fund-Legal Department, Orderly and Effective Insolvency Procedures – Key Issues, 1999.

4 World Bank Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, 2001.

5 Siehe Draft legislative guide on insolvency law unter www.uncitral.org/english/workinggroups/wg_il/wp-61e.pdf.

6 Einzelheiten hierzu bei Paulus, Der Internationale Währungsfonds und das Internationale Insolvenzrecht, IPRax 1999, 148.

7 Beispiele für derartig tragische Entwicklungen gibt es zuhauf: Es genügt hier der Hinweis auf die Insolvenzverfahren *Floutex* oder *Dr. Schneider*.

AUFSATZ

sonstige Ausgestaltung des Insolvenzverfahrens und der dort herrschenden „Eigengesetzlichkeit“ hat erhebliche Aus- bzw. Vorwirkungen auf praktisch jedwede Handlung, die sich im rechtlich relevanten Bereich (und damit natürlich de facto überall) abspielt.

2. Die Ausgangssituation

2.1 Reaktionsmuster

2.1.1 Liquidation

Soeben wurde bereits die (ganz banale) Ausgangssituation erwähnt, die einem Insolvenzrecht zu Grunde liegt: Es gibt einen Schuldner, es gibt mindestens einen Gläubiger, und jener kann⁹ diesem gegenüber die Schuld nicht begleichen. Die denkbaren Reaktionsmuster hierauf sind vielfältig; für alle lassen sich Belege in der Rechtsgeschichte und in der Rechtsvergleichung finden. Die Zeiten, in denen es dem Schuldner von Rechts wegen¹⁰ in ganz wörtlichem Sinn an den Kragen ging, sind vorbei; seit langem schon beschränkt man sich darauf, allein auf das Vermögen des Schuldners zuzugreifen und dieses zum Zwecke der anschließenden Verteilung unter den Gläubigern zu liquidieren. Freilich sollte man bei diesem vordergründigen Befund nicht stehen bleiben, sondern sich darüber im Klaren sein, dass Geschichte und Traditionen wirkungskräftiger sind als vielfach angenommen. Denn mit einer Insolvenz gehen auch heute noch, unbeschadet der Beschränkung auf die Liquidation allein des Vermögens, für die betroffenen Personen ganz häufig negative Implikationen einher, die man als den „Makel des Konkurses“ bezeichnen kann¹¹. Sie haben eine uralte Tradition¹² und stellen sich, wie nachfolgend noch einige Male gezeigt werden wird, nicht selten als eine beachtliche Barriere für die Einführung neuer Formen im Umgang mit Insolvenzen dar.

2.1.2 Reorganisation

Die prominenteste dieser neuen Formen ist die Möglichkeit, ein Schuldnerunternehmen zu reorganisieren. Natürlich hat es derartige Sanierungen auch früher schon gegeben, wobei man auch da schon zwischen der Sanierung allein des Unternehmens – üblicherweise als „übertragende Sanierung“ bezeichnet – und der Sanierung auch des Unternehmensträgers unterschieden hat¹³. Während diese Optionen aber aus der alt-

ten Konkursordnung nur mit sehr viel gutem Willen und Aufgeschlossenheit gegenüber den Wandlungen des Wirtschaftslebens herauszulesen waren, sind sie in der neuen Insolvenzordnung explizit und zentral, in den §§ 1 und 217 ff. InsO, angesprochen. Diese, als ein zentraler Kern der Gesetzesreform gepriesene Neuerung findet gleichwohl noch längst nicht die ursprünglich erhoffte Akzeptanz in der Rechtswirklichkeit – vermutlich auch deswegen, weil eben die Vorstellung, dem Schuldner zu helfen, nachdem er das von seinen Gläubigern Kreditierte „verspielt“ hat, als ungewöhnlich oder gar unerträglich empfunden wird.

Auch hier erleichtert ein Blick auf das geschichtliche Werden das Verständnis und die Akzeptanz: Erfunden wurde die Reorganisation des Schuldners Mitte des 19. Jahrhunderts in den USA, als einige der Eisenbahnunternehmen Pleite zu geben drohten. Der Grund war, dass man diese Unternehmen für den Zusammenhalt des damals schon riesigen Landes benötigte, dass man es sich also schlichtweg nicht leisten konnte, sie zu liquidieren. Also half man ihnen wieder „auf die Beine“. Dieses „eine Liquidation sich nicht leisten können“ gibt es auch heute wieder – und zwar weltweit¹⁴. Hier genügt es, allein auf den Wechsel von dem sekundären Wirtschaftssektor, also dem produzierenden Gewerbe, hin zum tertiären Sektor, der Dienstleistungsgesellschaft, zu verweisen: Insolvenzpraktisch gesehen führt das dazu, dass wenig oder gar nichts Liquidierbares in der Masse mehr zu finden ist. Während man Maschinen, Grundstücke und Forderungen als die typischen Vermögenswerte des sekundären Sektors überall vermarkten kann, fällt dies bei den typischen Werten des tertiären Sektors deutlich schwerer. Werte wie Know-how, Kundenstamm, Goodwill oder gar soziale Kompetenz sind so sehr an die betreffenden Personen gebunden, dass man diese Werte nur selten veräußern kann. Folge dieses Befundes ist, dass den Gläubigern mit einer Liquidation überhaupt nicht geholfen ist, dass sie aber wenigstens eine Chance auf solche Hilfe haben, wenn dem Schuldner die Möglichkeit geboten wird, sich wieder erfolgreich am Wirtschaftsleben zu beteiligen.

Die Akzeptanz des neuen Verfahrens sollte also nicht an altergebrachten Vorstellungen scheitern, sondern sollte sich aus ökonomischem Kalkül ergeben. Natürlich gibt es noch eine Reihe weiterer Gründe, warum das Sanierungsverfahren gerade heute einen Entwicklungssprung macht. Einer sei aus aktuellem Anlass hervorgehoben – nämlich Entpolitisierung: Wenn das Insolvenzrecht eine Sanierungsoption enthält, ist es nicht notwendig mehr ein Politikum, auch große Firmen diesem Rechtsverfahren zu überantworten. Unternehmen, die früher noch als „too big to fail“ angesehen wurden und deswegen im Falle einer Krise einen politischen Interventionismus auslösten, um die Liquidation und damit die vollständige Auflösung zu verhindern¹⁵, können jetzt – deutlich beruhigter – dem Mechanismus des Insolvenzrechts anvertraut werden.

2.1.3 London Approach – oder gar Frankfurt Approach?

Die Entwicklung der Reaktionsmuster auf den oben beschriebenen Ausgangsfall beschränkt sich aber nicht nur auf

8 Ein Damokles-Schwert ist diese Bedrohung deswegen, weil Rechtsfolge der Insolvenzanfechtung nach § 143 InsO die Pflicht zur Rückgewähr ist – und zwar auch in Gestalt eines Wertersatzes, wenn die Naturalrestitution nicht möglich sein sollte.

9 Anders als bei der Einzelzwangsvollstreckung stellt das Insolvenzrecht darauf ab, ob der Schuldner nicht zahlen „kann“; bei der Vollstreckung spielt allein die Tatsache eine Rolle, dass der Schuldner nicht leistet – aus welchen Gründen auch immer.

10 Rein faktisch allerdings mehren sich seit einiger Zeit die Anzeichen, dass mangels rechtlicher Hilfe bzw. Effizienz des Rechts Gläubiger zur außerrechtlichen – und damit gewaltverbundenen – Hilfe greifen, um das ihnen Gebührende einzutreiben, vgl. Paulus, Die Privatisierung der „Zwangsvollstreckung“ – oder: Wie der Rechtsstaat an seinem Fundament erodiert, ZRP 2000, 296 f.

11 Siehe dazu den gleichnamigen Beitrag von Gerhardt, in: FS Michaelis, 1972, S. 100 ff.

12 Im antiken Rom etwa traf den Bankrotteur die Rechtsfolge der Infamie – eine Art des bürgerlichen Todes also; im Mittelalter wurde er vielfach wie ein Dieb bestraft, weil er seinen Gläubigern deren Geld quasi gestohlen hatte; bis in die heutige Zeit reichen die Beispiele, in denen die Flucht als Insolvenzgrund angesehen wird, etc.

13 Siehe insb. Balz, Sanierung von Unternehmen oder von Unternehmensträgern?, 1986.

14 Deswegen ist es nicht verwunderlich, dass die oben erwähnten Leitfäden von IWF und Weltbank das Reorganisationsverfahren ebenfalls als einen ganz essenziellen Teil des modernen Insolvenzrechts behandeln.

15 Es genügt das Stichwort Holzmann.

AUFSATZ

rechtliche Lösungsansätze. Gerade die eingangs erwähnte, wachsende Pleitewelle, die übrigens natürlich keineswegs allein Deutschland heimsucht, zeigt, dass Lösungen wohl nicht nur im Bereich des Insolvenzrechts gesucht werden sollen und dürfen. Ein bemerkenswertes Beispiel ist der so genannte „London Approach“, der hier deswegen erwähnt wird, weil er durchaus Vorbildfunktion für Deutschland entfalten könnte.

Dieser „Approach“ beinhaltet ein Gentlemen's Agreement sämtlicher englischer Banken mit der Bank of England. Darin verpflichten sich diese Banken zu einem Stillhalten, wenn sie erkennen, dass sich ihr Kunde in finanziellen Schwierigkeiten befindet; ein vorschnelles „seine Schäfchen ins Trockene bringen“ soll dadurch gerade unterbunden werden, weil das erst recht und beschleunigt die Insolvenz dieses Kunden herbeiführt. Diese Stillhalteperiode dient dem Zweck, dass gemeinsam mit dem Schuldner und eventuell anderen Banken und Gläubigern über Sanierungsmöglichkeiten nachgedacht und diskutiert wird. Dieses System ist dem Vernehmen nach recht effektiv, zumal die überragende Autorität der Bank of England die Befolgung dieses Agreements garantiert¹⁶.

Es stellt sich die Frage, ob nicht ein vergleichbarer Mechanismus auch in Deutschland eingeführt werden könnte oder sollte – unter der Ägide etwa der Deutschen Bundesbank als eine Art „Frankfurt Approach“. Denn insbesondere in jüngster Zeit werden ja die Banken häufig als mitverantwortlich für die steigende Anzahl der Insolvenzen gebrandmarkt – ob zu Recht oder nicht, sei dahingestellt; auf alle Fälle würde ein derartiger Ansatz einen markanten Versuch darstellen, die derzeitige Krise zu bewältigen. Die nunmehr¹⁷ vielfach beklagten zahlreichen Insolvenzeröffnungen, noch dazu vermeintlich zu frühzeitig, könnten dadurch möglicherweise eingeschränkt werden; in der so gewonnenen „cooling-off“-Phase könnte man zu einverständlichen Lösungen kommen.

2.2 Zwangsgemeinschaft

Die selten thematisierte¹⁸, gleichwohl aber zentrale Besonderheit des Insolvenzrechts besteht darin, dass es die zuvor beschriebene Ausgangssituation regulieren kann, indem es eine Zwangsgemeinschaft aller betroffenen Parteien schafft. Das kommt im deutschen Privatrecht, soweit ersichtlich, nur noch beim Schuldverschreibungsgesetz vor, dass nämlich außer dem Schuldner alle Gläubiger an dem Verfahren teilnehmen – egal, ob sie wollen oder nicht, ob sie davon wissen oder nicht, ob sie Inländer oder Ausländer sind oder, ob sie gar in Gestalt der Steuerbehörden der inländische oder ein ausländischer Staat sind.

Wenn also ein bestimmter Punkt – der Rubikon des allgemeinen Wirtschaftslebens sozusagen – überschritten ist, ab dem die der Privatautonomie überlassene (mehr oder minder¹⁹) freie Teilnahme am rechtlich relevanten Marktgeschehen dadurch ersetzt wird, dass dem Schuldner die Verwal-

tungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entzogen und zu gleicher Zeit einem Dritten, dem Insolvenzverwalter²⁰, übertragen wird, bedeutet das zugleich, dass besagte Zwangsgemeinschaft begründet wird und damit alle Betroffenen daran partizipieren. Dies hat enorme Implikationen sowohl auf die Zeit vor dem Eintritt der Insolvenz als auch auf die danach:

2.2.1 Vorwirkungen der Zwangsgemeinschaft

Die wohl wichtigste Vorwirkung besteht in der Disziplinierung aller Beteiligten. Der Eintritt einer Insolvenz wird, wie bereits erwähnt, allseits als ein Makel empfunden und die Eröffnung eines Verfahrens führt dem ganz entsprechend denn auch tatsächlich in den allermeisten Fällen zu einem endgültigen finanziellen Zusammenbruch des Schuldners. Wird ein Verfahren eröffnet, bedeutet dies für den Schuldner zudem vielfach den Verlust des Arbeitsplatzes²¹ und damit den Verlust des damit verknüpften Sozialprestiges etc. So sarkastisch dies erscheinen mag, aber damit übt natürlich die Existenz eines effizienten und transparenten Insolvenzgesetzes auf den Schuldner einen disziplinierenden Einfluss dergestalt aus, dass er diese Situation tunlichst zu vermeiden versuchen wird²².

Es ist daher ein praktisch immer befolgtes, schlichtes Postulat ökonomischer Vernunft, dass sich ein Schuldner vor dem gleichwohl drohend heraufziehenden Eintritt des oben bereits so genannten worst case mit seinen Gläubigern zusammensetzt und um eine einvernehmliche, außergerichtliche Lösung bemüht. Wenn sich der Schuldner aber in einer Krisensituation mit den Gläubigern zusammensetzt und die ihm drohend bevorstehende Insolvenz offenbart (sofern sie nicht ohnedies schon den – oder einzelnen – Gläubigern längst bekannt ist), bestünde ohne die Existenz eines effizienten und transparenten Insolvenzrechts die große Schwierigkeit, mit den Gläubigern zu einer einverständlichen Lösung zu kommen. Eine Lösung setzt nämlich regelmäßig den Abschluss eines Vergleichsvertrages i. S. des § 779 BGB voraus, der nach den allgemein bekannten Voraussetzungen des Bürgerlichen Rechts eine allseitige, d. h. einhundertprozentige Zustimmung aller Gläubiger voraussetzt, vgl. §§ 145 ff. BGB. Diese zu erreichen, ist außerordentlich schwierig und scheitert in den allermeisten Fällen an den – einem bislang noch nicht entdeckten Naturgesetz folgend – in diesen Situationen immer präsenten Akkordstörern.

Wenn es aber demgegenüber dieses effiziente und transparente Insolvenzgesetz im Hintergrund gibt, ergibt sich auch für die Gläubiger daraus ein Disziplinierungseffekt. Denn sie müssen gewärtigen, dass es zu einem Insolvenzverfahren kommt – sei es, weil einer ihrer Mitgläubiger den Antrag stellt oder der Schuldner in einem Verzweigungsakt selbst. Das ist deswegen

20 Dieser „Insolvenzverwalter“ kann im Rahmen der so genannten Eigenverwaltung auch einmal der Schuldner selbst sein. Diese Einrichtung ist dem US-amerikanischen Vorbild des „debtor in possession“ entlehnt und stößt hierzulande unbeschadet seiner erstmaligen Erprobung in der Kirch-Media-Insolvenz nach wie vor auf breite Ablehnung oder doch Skepsis – auch dies ein Fortwirken der althergebrachten Vorstellung, ein Insolvenzschuldner sei eigentlich zu bestrafen.

21 Das gilt für den „kleinen“ Mann ebenso wie für den „großen“ Manager. Letzteres Szenario sollte an sich den Gesellschaftsrechtlern Ansporn sein, ihre oben bereits angesprochenen Überlegungen zur Corporate Governance auch darauf zu erstrecken.

22 Wer sich angesichts dieses Zusammenhangs für die Beibehaltung des derartigen Bedrohungspotenzials aussprechen möchte, möge aber bedenken, dass dieser Zusammenhang zugleich auch einer der wesentlichen Gründe dafür ist, dass die Insolvenzverfahren nach wie vor regelmäßig so spät eröffnet werden, dass eine andere Alternative als die Liquidation ausgeschlossen ist.

16 Nach diesem Vorbild wurde, nicht ohne Erfolg, auch in Südostasien eine so genannte „Djakarta Initiative“ durchgeführt. Außerdem gibt es derzeit Bestrebungen, so etwas wie den „London Approach“ auf weltweiter Basis einzuführen, vgl. WM 2002, 778.

17 Es sei am Rande vermerkt, dass die Insolvenzordnung am 1. 1. 1999 insbesondere deswegen eingeführt worden ist, um die Anzahl der Insolvenzverfahren deutlich zu erhöhen.

18 Eine rühmliche Ausnahme bildet insoweit *Händl*, Gläubigerautonomie und das Insolvenzplanverfahren, 2000, passim, insb. aber S. 63 ff.

19 Zu den bemerkenswert vielen Einschränkungen der Privatautonomie siehe *Paulus/Zenker*, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, 1 ff.

AUFSATZ

für sie bedrohlich, weil eine weitere Folge der Zwangsgemeinschaft ist, dass von Gesetzes wegen an die Stelle der außergerichtlich erforderlichen Einstimmigkeit nunmehr ein völlig anderer Beteiligungsmechanismus tritt – im Bereich des Planverfahrens ist das das Mehrheitsprinzip, im Liquidationsverfahren die quotenmäßige Befriedigung ohne großes Mitspracherecht der Gläubiger.

Angesichts dieser Aussichten ist es für einzelne Gläubiger, ökonomisch gesehen, nicht unvernünftig, im Vorfeld eines heraufziehenden Insolvenzverfahrens ihren Schuldner so sehr zu bedrängen, dass er wenigstens ihnen eine volle (oder doch akzeptable) Befriedigung ihrer Forderung gewährt. Derartiger Druck kann dadurch „versüßt“ werden, dass auf das Leben nach der Insolvenz verwiesen wird, in dem es mit der alten Geschäftsbeziehung „doch bestimmt weitergehen soll“, etc. Nicht unähnlich diesem Gedankengang ist es aus der Sicht eines Schuldners keineswegs unvernünftig, wenn er vorab noch Vermögensgüter auf andere Personen überträgt – bevorzugte Empfänger derartiger Transaktionen sind seit buchstäblich Jahrtausenden die Familienmitglieder, gehen aber in praxi weit über diesen Kreis hinaus. Damit entzieht der Schuldner sein Vermögen dem Haftungsbeschluss zu Gunsten seiner Gläubiger ebenso, wie er es in dem vorgenannten Szenario gerade einem einzelnen Gläubiger (ihn damit bevorzugend) zukommen lässt. So nahe liegend beide Verhaltensweisen auch erscheinen und so zahllos sie im Alltag (hier und anderswo, heute und bereits früher) auch vorkommen mögen; auch hier übt ein effizientes und transparentes Insolvenzrecht einen disziplinierenden Einfluss aus, indem es in Gestalt der oben bereits angesprochenen und weiter unten ausführlicher darzustellenden Insolvenzanfechtung das Damokles-Schwert der Rückforderbarkeit über diese Transaktionen hängt.

2.2.2 Zwangsgemeinschaft im eröffneten Verfahren

(1) Es wurde soeben bereits angedeutet, dass sich durch die Bildung einer Zwangsgemeinschaft im eröffneten Verfahren die Parameter des herkömmlichen Geschäfts- und Rechtsverkehrs ändern – und zwar grundlegend. Das wird einsichtig, wenn man sich noch einmal längst Bekanntes über das Insolvenzrecht in durchaus vereinfachender Weise, dafür aber den Grundmechanismus umso mehr verdeutlichend vor Augen führt: Im Bereich des herkömmlich so genannten allgemeinen Vermögensrechts herrscht das privatautonome Handeln vor; hier kann, wie man gerne auf einen Nenner zu bringen pflegt, der Schuldner mit seinem Hab und Gut schalten und walten, wie er mag: klug oder töricht, wirtschaftlich oder verschwenderisch, auf diese Weise oder auf jene. Restriktionen unterliegt er zwar, doch resultieren diese meistens aus dem privatautonomen Handeln anderer Teilnehmer dieses Rechtsverkehrs.

Die Rechtsordnung gewährt diese Freiheit jedoch nur so lange, als die Gläubiger in ihren Befriedigungschancen nicht beeinträchtigt werden. Ist das aber der Fall, ist es vorbei mit der Freiheit: Eigeninteresse wird durch Kollektivinteresse, Eigenbestimmung durch Fremdbestimmung ersetzt, die dafür Sorge zu tragen hat, dass wenigstens jetzt jenen Befriedigungschancen in dem noch möglichen Umfang Rechnung getragen wird. Der für diesen Umschwung maßgebende Zeitpunkt oder Auslöser – oben als Rubikon bezeichnet – heißt in der Fachterminologie „Insolvenzgrund“, dessen genaue Festlegung im konkreten Einzelfall enorme Schwierigkeiten bereiten kann, die im

Rahmen eines weiteren Beitrags noch anzusprechen sein werden. Ist aber einmal ein Verfahren eröffnet, wird der Schuldner seiner Verwaltungs- und Verfügungsmacht regelmäßig enthoben, § 80 InsO; er bleibt zwar das maßgebliche Rechtssubjekt, dem das dann als „Insolvenzmasse“ bezeichnete Vermögen, §§ 35 f. InsO, zugeordnet ist, aber er darf damit nicht mehr hantieren.

(2) Diese von Gesetzes wegen angeordnete Einschränkung trifft aber nicht nur den Schuldner; auch die Gläubiger werden von ihr nicht verschont: Solange der Schuldner nämlich besagte Freiheit noch genießt, korrespondiert damit auf Seiten der Gläubiger deren Freiheit, auch ihrerseits ihrem Eigennutz dergestalt frönen zu dürfen, dass sie gegen den Schuldner vorgehen können, wenn der nicht seinen Verpflichtungen nachkommt. Je früher sie das tun, umso besser für sie – das ist gesetzlich niedergelegt in § 804 Abs. 3 ZPO, der die Rangfolge von Pfändungspfandrechten nach Maßgabe des Prioritätsprinzips bestimmt.

Diese Belohnung des schnelleren Gläubigers wird aber nur bis zum Erreichen jenes Rubikon gewährt. Jenseits dessen, also nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden alle Gläubiger – als Folge der Zwangsgemeinschaft – in die gleiche Ausgangslage versetzt²³. Statt des vorhergehenden Wettrennens um die bessere Position jetzt also eine *par condicio creditorum*, d. h. ein gemeinsames Zuwarten auf die von einem Dritten, dem Insolvenzverwalter, zugewiesene Quote. Die Amerikaner nennen diesen, dem Insolvenzrecht überall eigentümlichen Mechanismus plastisch „automatic stay“. Damit ist gesagt, dass mit Eröffnung des Verfahrens Zugriffshandlungen einzelner Gläubiger *ipso iure* untersagt und unterbunden sind, vgl. etwa die §§ 81, 89, 91 InsO. Auch auf Seiten der Gläubiger muss also Eigennutz dem Kollektivinteresse weichen.

(3) Damit zeigt sich, dass das Insolvenzrecht mit Hilfe der Bildung einer Zwangsgemeinschaft allen Beteiligten Opfer abverlangt, um auf diese Weise zu retten, was zu retten ist. Diese Gemeinschaft verlässt den Bereich des herkömmlichen rechtsgeschäftlichen Agierens und wird stattdessen einem eigenen Regelungsbereich unterworfen, der die Realisierung der Haftung des Schuldners zum Gegenstand hat. Dieser Perspektivenwechsel bedingt die Eigenheit und die spezifische Schwierigkeit des Insolvenzrechts. Indem es um Haftungsrealisierung geht – und zwar in toto –, werden sämtliche Gläubiger in das Verfahren einbezogen, damit sie alle aus dem gesamten Vermögen des Schuldners befriedigt werden. Da es um eine Gesamtbereinigung geht, sind infolgedessen sämtliche Rechtsverhältnisse des Schuldners dem Verfahren unterworfen; das Insolvenzrecht ist also eine Querschnittsrechtsmaterie oder, in einem anderen Bild ausgedrückt, eine Meta-Ebene des Rechts.

2.3 Zwecke des Verfahrens

Die soeben erwähnte Haftungsrealisierung leitet über zu den Zwecken des Insolvenzrechts. Sie sind keineswegs einheit-

²³ Wenn es allerdings jenseits dieses „jenseits“ wieder eine Region gibt, in der dann doch wieder der Prioritätsgrundsatz gilt – wenn also ein Verfahren mangels Masse gar nicht erst eröffnet werden kann, vgl. § 26 InsO, entstehen Anreizverzerrungen. Einzelne, regelmäßig die bestinformierten und daher schnellsten, Gläubiger haben dann nämlich ein Interesse daran, das mit Hilfe der Priorität Erworbene dadurch behalten zu können, dass ihr Schuldner so masselos wird oder ist, dass ein Fall des § 26 InsO gegeben ist.

AUFSATZ

lich in den verschiedenen Ländern dieser Welt, was bisweilen Auswirkungen bei Fällen mit Auslandsberührung haben kann (dies wird im Rahmen eines weiteren Beitrags ausgeführt). So dient ein Insolvenzverfahren bisweilen dazu, vom Staat gegebene Großkredite zu schützen (Italien²⁴), oder verfolgt den Zweck, Unternehmen als solche zu erhalten (Argentinien) bzw. die Arbeitsplätze des schuldnerischen Unternehmens (Frankreich); es kann dazu bestimmt sein, dem Schuldner einen Neustart zu ermöglichen (USA) oder den Gläubigern Befriedigung zu verschaffen. Letzteres ist die Zweckrichtung des deutschen Insolvenzrechts²⁵; gemäß § 1 Satz 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, „die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen“. Das kann ausweislich dieser Norm entweder dadurch geschehen, dass „das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt“ oder dass „in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird.“ Das Ziel ist also klar und unverrückbar, nämlich die Befriedigung der Gläubiger; der Weg, auf dem dieses Ziel angestrebt wird, dagegen nicht. Hier bietet das Gesetz nunmehr Alternativen, die beispielsweise (aber natürlich keineswegs ausschließlich) der oben (2.1.2) beschriebenen Besonderheit von Dienstleistungsgesellschaften Rechnung tragen können.

Diese Vorgabe des § 1 InsO impliziert, dass sämtliche Vorschriften des Insolvenzrechts unter diesem Blickwinkel betrachtet und interpretiert werden müssen. Wenn also dem Insolvenzverwalter in § 60 InsO eine persönliche Schadenersatzpflicht gegenüber „allen Beteiligten“ auferlegt wird, so ist der archimedische Punkt dieser Pflicht demnach jene Zielvorgabe. Der Verwalter muss in allem seinen Tun bestrebt sein, die Befriedigung der Gläubiger bestmöglich zu verwirklichen.

2.4 Ein typischer Verfahrensablauf

Bevor die wichtigsten Einzelheiten des Insolvenzrechts beschrieben werden, ist es angezeigt, vorab – des besseren, zusammenhängenden Verständnisses wegen – einen kurzen Überblick über den Ablauf eines „normalen“ Insolvenzverfahrens zu geben:

- (1) Wenn dem gesetzlichen Regelungsplan entsprechend als erstes Datum die Antragstellung, § 13 InsO, genannt wird, so muss doch noch einmal hervorgehoben werden, dass die Vorwirkungen eines Insolvenzverfahrens in weitaus größere zeitliche Tiefen hinabreichen. In sich graduell verschärfender Manier schwebt das Damokles-Schwert der Anfechtbarkeit ab zehn Jahre, § 133 Abs. 1 InsO, vor dem Termin der Antragstellung über sämtlichen Transaktionen des Schuldners. Und außerdem wird es vor diesem Termin regelmäßig die ebenfalls bereits angesprochenen außergerichtlichen Sanierungsgespräche und -bemühungen gegeben haben.
- (2) Ist ein Antrag bei Gericht eingereicht, §§ 2 ff. InsO, prüft dieses, ob die Voraussetzungen vorliegen, die für den für alle Beteiligten gravierenden Schritt über den Rubikon erforderlich sind. Bis es zu einer Entscheidung hierüber kommt, kann einige Zeit vergehen, die erfahrungsgemäß vom Schuldner und den Gläubigern gern noch dazu genutzt wird, sozusagen in letzter Sekunde für sich noch das Beste der schwindenden Vermögensgüter beiseite zu schaffen. In Erkenntnis dieses allzu menschlichen Verhaltensmusters müssen also Sicherungsmaßnahmen getroffen werden können, vgl. §§ 21 ff. InsO.
- (3) Kommt es zur Eröffnung, wird (zunächst) vom Gericht ein Insolvenzverwalter bestellt, der an die Stelle des Schuldners tritt und infolgedessen von nun an für dessen Pflichten etwa als Steuerzahler, als Arbeitgeber, als Umweltstörer, als Vertragspartner etc. verantwortlich ist. Darüber hinaus muss er die Insolvenzmasse zusammenstellen, die wirtschaftliche und finanzielle Situation des schuldnerischen Vermögens bzw. Unternehmens überprüfen und die Gläubiger des Schuldners herausfinden. In einem alsbald vom Gericht anzuberaumenden Termin, § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO, muss der Verwalter nämlich den Gläubigern über die Lage des schuldnerischen Vermögens in der Weise Bericht erstatten, dass diese mit Hilfe dieser Informationen eine begründete Entscheidung darüber treffen können, ob das Verfahren im Wege einer Liquidation oder als Planverfahren durchgeführt werden soll. Da die Entscheidung hierüber nunmehr den Gläubigern überlassen ist, ist es einleuchtend, dass die Eigenschaft, Gläubiger zu sein, im Rahmen des Verfahrens festgestellt sein muss. Dazu bedarf es eines „Prüfungstermins“, § 29 Abs. 1 Nr. 2 InsO.
- (4) Entscheiden die Gläubiger zu Gunsten einer Liquidation, muss die Insolvenzmasse nunmehr liquidiert werden. Dies kann grundsätzlich auf zweierlei Weise geschehen: Entweder durch Zerstückelung der Masse in ihre einzelnen Vermögensgegenstände oder durch die Veräußerung des gesamten schuldnerischen Unternehmens bzw. funktionsfähiger Teile davon. Über die erstgenannte Variante gibt es ein berühmtes Diktum des großen Konkursrechtlers *Ernst Jaeger*, der sie als den „größten Wertvernichter“ bezeichnete. Wie auch immer die Versilberung tatsächlich geschieht; es muss hierbei verständlicherweise dafür Sorge getragen werden, dass es zu keinen preisverzerrenden Insider-Geschäften kommt, §§ 160 ff. InsO. Der erzielte Erlös ist sodann abschließend an die Gläubiger zu verteilen.
- (5) Entscheiden die Gläubiger zu Gunsten einer anderen Variante – primär also einer Reorganisation –, muss ein Planverfahren durchgeführt werden, §§ 217 ff. InsO. Das heißt, es muss ein Plan entworfen werden, der ganz präzise einen Weg aufzeigt, auf dem der Schuldner saniert werden kann. Über diesen Plan haben sich Schuldner und Gläubiger zu verständigen, d. h. sein Inhalt muss diskutiert und gegebenenfalls modifiziert werden, und es müssen sodann die Gläubiger über die Annahme abstimmen. Da es sich bei dem Planverfahren ebenfalls um ein Insolvenzverfahren handelt, gibt es auch hier natürlich einen Insolvenzverwalter, der in dieser Verfahrensvariante offensichtlich Aufgaben zu erledigen hat, die durchweg andere sind als in der auf Versilberung ausgerichteten Liquidationsvariante: Er muss hier den Betrieb fortführen, er muss gegebenenfalls den Plan entwerfen, er muss für dessen Akzeptanz bei den Gläubigern werben, und er muss im Falle der Billigung des Planes dessen spätere tatsächliche Realisierung überwachen.
- (6) Dieser Verfahrensablauf, der vom Gesetz als der typische zu Grunde gelegt wird, erfährt teilweise gravierende Modifikationen, wenn besondere Fallkonstellationen vorliegen; deren bekannteste und praktisch wichtigste ist das Verbraucherinsolvenzverfahren der §§ 304 ff. InsO, das im dem-

24 Genauer: die *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*.

25 Siehe hierzu insbesondere *Balz, Die Ziele der Insolvenzordnung*, Köhner Schrift zum Insolvenzrecht, 2000, 2. Aufl., S. 3 ff.

RECHTSPRECHUNG

nächst folgenden zweiten Beitrag ebenfalls darzustellen sein wird. Auf Grund ihrer wachsenden Bedeutung soll dann auch eine weitere Konstellation erwähnt werden, die allerdings in große rechtliche und wirtschaftliche Komplexitäten hineinreicht und deswegen nur recht oberflächlich beschrieben wird – nämlich das Recht der grenzüber-

schreitenden Insolvenzen. Das sind Fälle, in denen der Schuldner Vermögen nicht nur innerhalb der Grenzen Deutschlands hat, sondern auch jenseits: die in Guernsey registrierte Yacht im Hafen von Palma de Mallorca, die Estanzia in Argentinien, das Ferienhaus in Italien, das Bankkonto in der Schweiz, etc.

RECHTSPRECHUNG

Versorgungszusage: Grenzen des Abfindungsverbots für unverfallbare Anwartschaft

BetrAVG § 3 a. F.; BGB § 779

1. Beansprucht der Kläger eine Altersrente aus einer unverfallbar gewordenen Versorgungszusage, so obliegt dem Beklagten nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für ein vorzeitiges Erlöschen der Versorgungsanwartschaft durch eine gemäß § 3 Abs. 1, 2 a. F. BetrAVG wirksame Abfindungsvereinbarung.

2. § 3 Abs. 2 BetrAVG verlangt in jedem Falle, dass die Abfindung dem Barwert der nach § 2 BetrAVG bemessenen künftigen Versorgungsleistung im Zeitpunkt der Beendigung des Dienstverhältnisses entspricht; eine hiervon zu Ungunsten des Dienstverpflichteten abweichende Abfindungsregelung ist – auch wenn sie in einem Prozessvergleich getroffen wird – unwirksam (im Anschluss an BAGE 53, 131, 137).

BGH, Urt. v. 15. 7. 2002, II ZR 192/00

Zum Sachverhalt:

Der Kläger (Kl.) war von 1978 bis Ende Juni 1994, zu dieser Zeit war er 56 Jahre alt, der Bundesgeschäftsführer des in der Rechtsform eines Vereins geführten beklagten Berufsverbandes. 1987 wurden ihm – an Stelle einer an sich vorgesehenen Gehaltserhöhung – zwei Pensionszusagen mit Wirkung ab 1. 8. 1987 erteilt. Die erste umfasste u. a. eine Altersrente von monatlich 2 300 DM ab Vollendung des 60. Lebensjahres; die zweite sah u. a. eine weitere Altersrente von monatlich 2 825 DM vor. Für beide Zusagen wurde vereinbart, dass der Kl., sollte er aus anderen Gründen als wegen Berufsunfähigkeit vor Vollendung des 60. Lebensjahres aus dem Amt scheiden, die bei der Schweizerischen Rentenversicherung genommene Rückdeckungsversicherung zur eigenen Verwendung überlassen erhalten.

Der Kl., dem seitens des Beklagten (Bekl.) am 30. 6. 1994 fristlos gekündigt worden war, ging gegen diese Maßnahme gerichtlich vor. In einem gerichtlichen Vergleich (Nr. 7) übertrug die Bekl. – im Anschluss an die o. g. Abrede – dem Kl. „den Lebensversicherungsvertrag mit der Schweizerischen Rentenanstalt ... Versicherungsnummer ... zur Fortführung als Versicherungsnehmer“. Außerdem verpflichtete sich der Bekl., dem Kl. „zum Ausgleich für den Verlust der sozialen Besitzstände ... als Abfindung ... 500 000 DM brutto zu zahlen“ (Nr. 3). Nr. 8 des Vergleichs enthält eine „alle Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis“ betreffende Ausgleichsklausel.

Später erwies sich, dass der Bekl. bei der genannten Versicherungsgesellschaft nur einen einzigen Versicherungsvertrag abgeschlossen hatte, wobei die Parteien inzwischen darüber streiten, ob er nur die erste oder beide Zusagen hat abdecken sollen. Unstreitig ist allerdings, dass die Versicherung allein für die erste Zusage – bezogen auf den Übertragungszeitpunkt – eine Abfindungslücke von 45 520 DM enthält.

Der Kl. hat aus der zweiten Pensionszusage eine zusätzliche Altersrente in Höhe von monatlich 2 219,63 DM eingeklagt. In den Tatsacheninstanzen ist er unterlegen. Auf seine Revision hat der

II. Zivilsenat des BGH das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

...

Die Argumentation des OLG

I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, dem Kl. stehe ein Anspruch auf Zahlung einer betrieblichen Altersrente auf Grund der zweiten Pensionszusage des Bekl. vom 1. 8. 1987 nicht zu, weil er in dem gerichtlichen Vergleich vom 23. 1. 1996 auf sämtliche Pensionsansprüche gegen Abfindung verzichtet habe. Aus dem Gesamtzusammenhang der Nr. 3, 7 und 8 des Vergleichs in Verbindung mit der in der Widerrufsfrist geführten Korrespondenz der Parteien ergebe sich, dass durch die Übertragung des Lebensversicherungsvertrages und die „zum Ausgleich für den Verlust der sozialen Besitzstände“ bestimmte Zahlung von 500 000 DM alle Ansprüche des Kl. aus dem Arbeitsverhältnis unter Einschluss der gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2, § 1 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BetrAVG bereits unverfallbar gewordenen Versorgungsanwartschaften aus beiden Pensionszusagen abgefunden sein sollten. Dieser grundsätzlich zulässige Abfindungsvergleich sei nicht etwa wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB im Hinblick auf die zwingende Vorschrift des § 3 Abs. 2 BetrAVG zur Bemessung der Höhe der Abfindung der Versorgungszusage unwirksam, weil der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kl. dafür nicht genügend vorgetragen habe. ... (wird ausgeführt)

Die Lösung des II. Zivilsenats

Diese Beurteilung hält in wesentlichen Punkten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Unverfallbarkeit der Versorgungsanwartschaft

II. 1. Im Ansatz zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der Kl. im Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem beklagten Verband am 30. 6. 1994 eine unverfallbare Anwartschaft auf eine betriebliche Altersversorgung ab dem 1. 4. 1999 auf der Grundlage (auch) der zweiten Pensionszusage vom 1. 8. 1987 erworben hat. Der Kl. gehört als Bundesgeschäftsführer – und damit besonderer Vertreter des Bekl. gemäß § 30 BGB – zu dem in § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG genannten „arbeitnehmerähnlichen“ Personenkreis, der aus sozialen Gründen den Regelungen des BetrAVG als Arbeitnehmerschutzgesetz unterstellt wird (vgl. dazu Sen. Urt. v. 3. 7. 2000, II ZR 381/98, DStR 2000, 1783, ZIP 2000, 1452, 1454 m. w. N.). Die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen für die Versorgungsansprüche des Kl. lagen vor (§ 17 Abs. 1 Satz 2, § 1 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BetrAVG), da dieser bei seinem Ausscheiden bereits 55 Jahre alt war, er bis dahin mehr als zwölf Jahre für den Bekl. tätig gewesen war und auch die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt bereits mehr als drei Jahre – nämlich sechs Jahre – bestand.