

Saskia Naomi Merle

Insolvenzzwecke in Deutschland und Frankreich

Möglichkeiten und Grenzen der Förderung der Sanierung
durch das Unternehmensinsolvenzrecht



Nomos

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und
Prof. Dr. Christoph Paulus, Humboldt-Universität zu Berlin

Band 75

Saskia Naomi Merle

Insolvenzzwecke in Deutschland und Frankreich

Möglichkeiten und Grenzen der Förderung der Sanierung
durch das Unternehmensinsolvenzrecht



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6146-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0269-0 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort und Danksagung

Die vorliegende Abhandlung wurde im Frühjahr 2019 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. In diesem Zusammenhang danke ich meinem Doktorvater Professor Dr. Michael Heese, LL.M. (Yale) sowie dem Zweitgutachter Professor Dr. Alexander Hellgardt, LL.M. (Harvard). Professeur M. Pierre Crocq, Professor Dr. Stefan Huber, LL.M. (Köln/Paris) und die Unterstützung des Deutschen Akademischen Auslandsdienstes haben mir einen Forschungsaufenthalt an der Université Phantéon-Assas in Paris ermöglicht, wofür ich sehr dankbar bin. Selbiges gilt bezüglich der Unterstützung durch das Promotionsstipendium im Rahmen der Förderung durch das Professorinnenprogramm II des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, welches mir das Referat für Nachwuchsförderung der Universität Regensburg gewährt hat.

Besonderer Dank gebührt außerdem Dr. Cordula Merle, Dr. Johannes Kampmann und den vielen anderen, die mich insbesondere durch das Korrekturlesen des Manuskripts oder die Beantwortung fachfremder Fragen unterstützt haben, sowie meinen Freunden in Regensburg, die es mir trotz meines vielschichtigen Migrationshintergrunds ermöglicht haben, zeitweise in der Oberpfalz heimisch zu werden. Meine Eltern Sabine Beutler-Merle und Udo Merle haben mich in meiner Ausbildung, aber auch in allen anderen Belangen immer bedingungslos und liebevoll unterstützt. – Danke! Gewidmet sei diese Arbeit meinem Großvater Walter Merle, weil er sich sicher sehr über ihr Erscheinen gefreut hätte.

Die Abhandlung hat eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und des französischen Unternehmensinsolvenzrechts zum Gegenstand: Ausweislich der Programmnorm des § 1 Satz 1 InsO bezweckt das deutsche Insolvenzverfahren primär die Haftungsverwirklichung im Wege der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung. Der Erhalt des schuldnerischen Unternehmens kann demgegenüber höchstens als ein sekundärer, dem Hauptzweck dienender Zweck begriffen werden. Im Unterschied hierzu kennt das französische Unternehmensinsolvenzrecht mehrere Verfahren, die in erster Linie eine Sanierung bezwecken. Die hier zu Tage tretenden Unterschiede sind vor dem Hintergrund einer rasant fortschreitenden europäischen Integration und ob der jüngst im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichten sogenannten Restrukturierungs- und Insol-

Vorwort und Danksagung

venzrichtlinie¹ von besonderem Belang. Soweit die Bearbeitung diesen europäischen Rechtsakt in Bezug nimmt, verfolgt sie nicht etwa das Ziel, den zahlreichen Stellungnahmen zur detaillierten Ausgestaltung der deutschen Richtlinienumsetzung eine weitere hinzuzufügen. Es geht vielmehr insbesondere darum, warum es geraten scheint und wie es möglicherweise gelingen kann, vorinsolvenzliche Restrukturierungsinstrumente hinreichend klar gegen die Sanierung innerhalb des deutschen Insolvenzverfahrens, namentlich gegen dessen freiwillige Einleitung sowie gegen das Schutzschirmverfahren als besonderes Eröffnungsverfahren abzugrenzen. Diese Fragen werden sich dem Umsetzungsgesetzgeber in den nächsten zwei Jahren und darüber hinaus mit aller Dringlichkeit stellen. Die Arbeit hat deshalb auch nicht dadurch an Aktualität eingebüßt, sondern war vielmehr von vornherein darauf angelegt, dass sie sich mit dem EU-Richtlinienvorschlag² befassen musste, während mittlerweile der finale Text beschlossen und veröffentlicht worden ist. So konnten Rechtsprechung, Literatur und andere Entwicklungen im Wesentlichen bis Ende August 2018 Berücksichtigung finden. Im Anschluss an die Disputation am 17. April 2019 ist die Arbeit dann unter anderem anhand der Anmerkungen aus den Gutachten an diversen Stellen geringfügig überarbeitet worden.

Abschließend danke ich Professor Dr. Ulrich Ehrlicke, LL.M. (University of London) und Professor Dr. Christoph G. Paulus, LL.M. (Berkeley) dafür, dass sie meine Dissertation in ihre Schriftenreihe aufgenommen haben.

Berlin, Juli 2019

Saskia Naomi Merle

-
- 1 Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. 172 vom 26. Juni 2019, Seite 18 ff.
 - 2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU vom 22. November 2016, COM(2016) 723 final.

„[Il est] le sort presque fatal de toutes les lois sur les faillites. Il y a de cela deux raisons principales. D'abord, étant donné le nombre et la complexité des intérêts auxquels touche l'institution, il est impossible qu'elle ne soit pas imparfaite sur certains points, et plus impossible encore qu'au bout de peu de temps, quelques-uns des intérêts engagés dans le problème ayant évolué, une modification correspondante de la loi ne devienne pas nécessaire. À cette considération s'en ajoute une autre d'ordre moral: tout le monde perd dans une faillite et, par un sentiment très humain, encore que peu justifié, on s'en prend au législateur des pertes que l'on subit, alors qu'elles tiennent en réalité à la situation de fait. On ne remarque point que la loi ne pas pourtant modifier cette situation, ni créer de toutes pièces un actif qui fait défaut, et l'on passe son mécontentement en réclamant une modification législative. Ainsi s'explique la fréquence des changements à la législation des faillites, si nombreux dans tous les pays.“

„[Es ist] das fatale Schicksal aller Konkursgesetze. Dafür gibt es zwei Hauptgründe. Zunächst ist es angesichts der Anzahl und Komplexität der Interessen, die diese Regelungen berühren, unmöglich, dass sie nicht in bestimmten Punkten unvollkommen geraten und gewissermaßen noch unmöglicher, dass sich nach einiger Zeit nicht einige der betroffenen Belange verändert haben und eine Gesetzesreform notwendig wird. Zu dieser Überlegung kommt eine andere hinzu, die eher moralischer Natur ist: Im Fall einer Insolvenz verliert jeder Beteiligte etwas und bedingt durch ein sehr menschliches, aber nicht gerechtfertigtes Gefühl lastet man seine Verluste dem Gesetzgeber an, obwohl sie der tatsächlichen Situation geschuldet sind. Man bemerkt nicht, dass das Gesetz weder diese Situation ändern, noch die fehlenden Vermögenswerte erschaffen kann, und lastet ihm seine Unzufriedenheit an, indem man eine Gesetzesänderung fordert. So erklärt sich die Häufigkeit der Änderungen des Konkursrechts, die in allen Ländern so zahlreich sind.“

Percerou/Desserteaux, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2. Aufl. 1935, Bd. 1, Tz. 24 (in freier Übersetzung)

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	29
Kapitel I Einführung in das Thema	35
§ 1 Anlass und Gegenstand der Untersuchung	35
I. Die Forschungsfrage und ihre Berechtigung	36
II. Der Zweckbegriff im (Insolvenz-)Recht	40
III. Das Insolvenzrecht als zu vergleichender Rechtsbereich	55
IV. Beschränkung auf das Insolvenzrecht der Unternehmen	60
V. Methodik	64
§ 2 Das französische droit des entreprises en difficulté im funktionalen Vergleich	76
I. Rechtsquellen des französischen Insolvenzrechts	76
II. Die Systematik der französischen Verfahrensvielfalt im Vergleich zum deutschen Recht	78
III. Funktionale Eignung des französischen Insolvenzrechts als Bezugspunkt	89
Kapitel II Rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen des Insolvenz zwecks	93
§ 3 Die Interessenlage in der Unternehmensinsolvenz und deren Vorfeld	95
I. Schuldnerseite	95
II. Die Gläubiger als heterogene Gruppe	99
III. Die Arbeitnehmer als Sondergruppe	100
IV. Weitere Interessen	100
V. Mögliche Insolvenz zwecke	101
§ 4 Historische Insolvenz zwecke	109
I. Römische und italienische Wurzeln des Insolvenzverfahrens	109

Inhaltsübersicht

II. Abweichende Entwicklungen in Stadt- und Landrechten des deutschen Mittelalters	112
III. Wiederannäherung der Insolvenzrechtsregime ab Beginn der Neuzeit	113
IV. Erstarken des Schuldnerschutzes in Frankreich	120
V. Insolvenzrecht während des durch Kriege und Krisen geprägten 20. Jahrhunderts	121
VI. Große Reformen zwischen Nachkriegszeit und Jahrtausendwende	123
VII. Intensivierung der Sanierungsförderung	132
§ 5 Staatsverständnis und Wirtschaftsverfassung	138
I. Deutscher Rechtsstaat „versus“ französische Demokratie	138
II. Soziale Marktwirtschaft versus Kapitalismus à la française	139
III. Europäisches Wirtschaftsrecht	151
§ 6 Die Absichtserklärungen der Gesetzgeber	155
I. Verfahrenszielbestimmungen und Gesetzesbegründungen im Insolvenzrecht	155
II. Die Terminologie der Gesetzgeber	165
Kapitel III Die Zwecke des Insolvenzverfahrens	169
§ 7 Gleichmäßige Gläubigerbefriedigung im Gesamtverfahren	171
I. Haftungsverwirklichung	172
II. Im Gesamtverfahren	208
III. Par conditio creditorum	234
IV. Stellenwert des Gläubigerschutzes	272
§ 8 Sanierung und ihre Förderung	282
I. Insolvenz und Liquidation als teilweise notwendige ökonomische und soziale Erscheinungen	284
II. Mögliche Argumente für die Sanierungsförderung im Insolvenzverfahren	302
III. Die Verwertungsentscheidung und der Filterzweck des Insolvenzverfahrens	312
IV. Weitere Aspekte der Sanierungsförderung	341
V. Zwischenfazit zur Sanierungsförderung	385

Kapitel IV Möglichkeiten und Grenzen der Insolvenzvermeidung	387
§ 9 Insolvenzvermeidung durch Verhaltenssteuerung und Intervention	387
I. Bedeutung der Insolvenzvermeidung und Gliederung der nachfolgenden Untersuchung	387
II. Verhaltenssteuerung als Funktion des Insolvenzverfahrensrechts	388
III. Der EU-Richtlinienvorschlag vom 22. November 2016, COM(2016) 723 final	389
IV. Insolvenzprävention im Sinne einer Früherkennung von Risiken	399
§ 10 Zur Notwendigkeit eines vergleichsweisen Restrukturierungsverfahrens	402
I. Abstimmung mit dem Insolvenzverfahren im engeren Sinne	402
II. Freie Sanierung contra strukturiertes Verfahren	404
III. Das „Standort-Argument“	407
IV. Neuer Name unzureichend	407
V. Geregeltes Verfahren statt unregelter staatlicher Intervention im Einzelfall?	408
§ 11 Mögliche Ausgestaltungen eines vorinsolvenzlichen Verfahrens	410
I. Anforderungen an das Verfahren	410
II. Reichweite und Grundstruktur des vorinsolvenzlichen Verfahrens	411
III. Zugang zum Verfahren	424
IV. Fazit: Keine grundsätzliche Opposition aber Hinwirken auf eine europäische Zweckdiskussion	428
Thesen als Ergebnis des Rechtsvergleichs	429
Literaturverzeichnis	431

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	29
Kapitel I Einführung in das Thema	35
§ 1 Anlass und Gegenstand der Untersuchung	35
I. Die Forschungsfrage und ihre Berechtigung	36
1. Stellenwert der Sanierung in Abhängigkeit von der Verfahrensstruktur	36
2. Notwendigkeit einer Zweckanalyse	38
3. Gang der Darstellung	39
II. Der Zweckbegriff im (Insolvenz-)Recht	40
1. Allgemeinsprachliche Herkunft und Bedeutung	40
a) Aktuelles Begriffsverständnis	40
b) Etymologie	41
2. Der Zweckbegriff der vorliegenden Untersuchung	42
a) Historizität des Zweckbegriffs	42
b) Zweck als Resultat durch Interessen motivierter Handlungen	45
c) Subjektive und objektive Facetten des Zweckbegriffs	46
aa) Der verfassungsrechtliche Zweckbegriff	46
bb) Zweckbegriff, Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung	49
d) Dimensionen des Zweckbegriffs	50
aa) Höherrangiges Recht als Rahmen	51
bb) Der Wille des historischen Gesetzgebers	51
cc) Die Auslegung als teilweise Emanzipation des Gesetzes vom Gesetzgeber	51
dd) Das gelebte und gesprochene Recht	52
e) Zweck im Verhältnis zu Ziel und Funktion	53
III. Das Insolvenzrecht als zu vergleichender Rechtsbereich	55
1. Insolvenzverfahren im Sinne der Europäischen Insolvenzverordnung	55
2. Insolvenzrecht im engeren und im weiteren, im formellen und im materiellen Sinne	57

Inhaltsverzeichnis

3.	Deutsches Insolvenzverfahrensrecht als teilweise privatrechtlich ausgestaltetes Vollstreckungsrecht	58
IV.	Beschränkung auf das Insolvenzrecht der Unternehmen	60
1.	Ein insolvenzrechtlicher Unternehmensbegriff	60
2.	Die Gesellschaftsinsolvenz als Grundform der Unternehmensinsolvenz	62
3.	Das Verhältnis zum Recht der „Privatinsolvenz“	62
4.	Unternehmensinsolvenzrecht und Konzerninsolvenzrecht	64
V.	Methodik	64
1.	Funktionale Rechtsvergleichung	64
2.	Rechtstatsächliche, insbesondere quantitative Beurteilung	65
3.	Ökonomische Analyse des Rechts	65
a)	(Insolvenz-)Recht als Anreizsystem	66
b)	Vorgehensweise und Potenzial der ökonomischen Analyse des Rechts	67
aa)	Vorhersage menschlicher Entscheidungsfindung	67
bb)	Bewertung individueller Entscheidungen in ihren auch kollektiven Auswirkungen	69
(1)	Das Effizienzkriterium	69
(2)	Ökonomische Theorie als Chance für das Insolvenzrecht	71
cc)	Effizientes Recht als Verhandlungsergebnis unter Marktbedingungen	72
c)	Implikationen für die insolvenzrechtliche Forschung	73
4.	Rechtsetzungsorientierte Herangehensweise	74
§ 2	Das französische droit des entreprises en difficulté im funktionalen Vergleich	76
I.	Rechtsquellen des französischen Insolvenzrechts	76
1.	Überblick	76
2.	Rechtsetzungsbefugnisse (auch) der Exekutive	77
II.	Die Systematik der französischen Verfahrensvielfalt im Vergleich zum deutschen Recht	78
1.	Verfahren bei materieller Insolvenz	79
a)	Das redressement judiciaire	79
b)	Die liquidation judiciaire	80

c) Rechtsvergleichende Einordnung	81
2. Das präventive Insolvenzverfahren der procédure de sauvegarde	81
a) Ablauf	82
b) Rechtsvergleichende Einordnung	82
aa) Bedeutung der Eröffnungsgründe	83
bb) Parallelen zwischen sauvegarde und Schutzschirmverfahren	83
cc) Daher: Präventive Insolvenzverfahren versus vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren	85
3. Vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren und weitere vorbeugende Maßnahmen	86
a) Ablauf des mandat ad hoc und der conciliation	86
b) Wirkweise der Vorverfahren	87
c) Rechtsvergleichende Einordnung	88
d) Weitere Insolvenzprävention	88
4. Zusammenfassender Überblick und Ausblick	89
III. Funktionale Eignung des französischen Insolvenzrechts als Bezugspunkt	89
1. Strukturelle Ähnlichkeiten und Unterschiede	89
2. Politische und wirtschaftliche Bedeutung	89
3. Unzureichender Forschungsstand	91
4. Die USA als gemeinsames Vorbild – unterschiedlich interpretiert	91
 Kapitel II Rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen des Insolvenzzwecks	 93
 § 3 Die Interessenlage in der Unternehmensinsolvenz und deren Vorfeld	 95
I. Schuldnerseite	95
1. Insolvenzrecht zwischen Verfahrens-, Vermögens- und Unternehmensrecht	95
2. Unterschiedliche Organisationsformen in Deutschland und Frankreich	97
II. Die Gläubiger als heterogene Gruppe	99
III. Die Arbeitnehmer als Sondergruppe	100
IV. Weitere Interessen	100
V. Mögliche Insolvenz Zwecke	101
1. Gläubigerschutz als überkommener Insolvenz zweck	101

Inhaltsverzeichnis

2.	Sanierung als Überbegriff für den Erhalt des Unternehmens	102
a)	Wiederherstellung wirtschaftlicher Rentabilität	103
b)	Erhaltende und übertragende Sanierung	104
c)	Sanierung und der Schutz der Schuldnerin oder anderer Personen	105
d)	Sanierung innerhalb und außerhalb des (Plan-)Verfahrens	106
e)	Sanierung und Restrukturierung/Reorganisation	107
3.	Weitere mögliche Insolvenzzwecke	108
§ 4	Historische Insolvenzzwecke	109
I.	Römische und italienische Wurzeln des Insolvenzverfahrens	109
1.	Von der Urteilsvollstreckung zum Insolvenzverfahren	109
2.	Zwecke des römischen Verfahrens	110
3.	Fortentwicklung im Stadtrecht Ober- und Mittelitaliens	111
II.	Abweichende Entwicklungen in Stadt- und Landrechten des deutschen Mittelalters	112
1.	Teilweiser Verlust der römischen Errungenschaften	112
2.	Anfänge eines Vergleichsrechts	113
III.	Wiederannäherung der Insolvenzrechtsregime ab Beginn der Neuzeit	113
1.	Erstarken des Sanktionsgedankens, aber auch beginnender Schuldnerschutz in Frankreich	113
2.	Die Preußische Konkursordnung von 1855	115
3.	Entstehung der Konkursordnung von 1877	116
a)	Verhandlungen des sechsten deutschen Juristentages 1867	117
b)	Ministerial-/Bundratsentwurf	118
c)	Beschränkung auf den Zwangsvergleich innerhalb des Konkursverfahrens	119
IV.	Erstarken des Schuldnerschutzes in Frankreich	120
V.	Insolvenzrecht während des durch Kriege und Krisen geprägten 20. Jahrhunderts	121
1.	Balanceakt zwischen Haftung und Schuldnerschutz in Frankreich	121
2.	Etablierung weitergehenden Vergleichsrechts auch in Deutschland	122
3.	Zweckentfremdung im Nationalsozialismus	123

VI. Große Reformen zwischen Nachkriegszeit und Jahrtausendwende	123
1. Frankreichs Weg zum „droit des entreprises en difficulté“	123
a) Die Reform von 1955/1958	123
b) Die Reform von 1967	125
aa) Distinction de l'homme et de l'entreprise	125
bb) Erstmalige Einführung eines präventiven Insolvenzverfahrens	126
c) Die Reform von 1984/1985	127
2. Deutschlands Weg zur InsO	129
a) Reformdiskussion	129
b) Von den Kommissionsvorschlägen über Diskussions- und Referentenentwurf zum Regierungsentwurf	130
VII. Intensivierung der Sanierungsförderung	132
1. Frankreich	132
a) 2005: La loi de sauvegarde	132
b) 2008: Verbesserungsversuche	133
c) 2010: Neues Verfahren und Eingriff in Gesellschafterrechte	133
d) 2012: Loi Petroplus	134
e) 2014: Leichte Entkopplung von Schuldner- und Unternehmensschicksal	135
f) 2015: Loi Macron	135
g) 2016: Gesetz zur Modernisierung der Justiz des 21. Jahrhunderts	136
2. Deutschland	136
a) Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens	136
b) Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen	137
3. Europäisierung	137
§ 5 Staatsverständnis und Wirtschaftsverfassung	138
I. Deutscher Rechtsstaat „versus“ französische Demokratie	138
II. Soziale Marktwirtschaft versus Kapitalismus à la française	139
1. Deutschland	139
a) Relative Offenheit der Verfassungsordnung	139
b) Soziale Marktwirtschaft und Insolvenzrecht in historischer Betrachtung	141

Inhaltsverzeichnis

2. Frankreich	142
a) Staatlich gelenkte Modernisierung und allmähliche Liberalisierung	142
b) Insolvenzrecht zwischen Staat, Wirtschaft und Zivilgesellschaft	145
aa) Staatliche Steuerung im Kapitalismus à la française	146
bb) Staatliche Steuerung gerade im Insolvenzfall	149
cc) Insbesondere: Sanierungsförderung als Arbeits- und Sozialpolitik	150
III. Europäisches Wirtschaftsrecht	151
1. Offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb	151
2. Beihilfenrecht	153
§ 6 Die Absichtserklärungen der Gesetzgeber	155
I. Verfahrenszielbestimmungen und Gesetzesbegründungen im Insolvenzrecht	155
1. Die Norm des § 1 InsO	155
a) Bedeutung der „Programmnorm“	156
b) Zwecke des Unternehmensinsolvenzrechts nach § 1 Satz 1 InsO	157
2. Frankreich	159
a) Bedeutung der Verfahrenszielbestimmungen	159
b) Verfahrenszwecke laut Verfahrenszielbestimmungen	161
aa) Procédure de sauvegarde	161
(1) Sanierung, Arbeitsplatzertret und Entschuldung	161
(2) Rangfolge und Umfang der Zielerreichung	162
bb) Redressement judiciaire	164
cc) Liquidation	165
II. Die Terminologie der Gesetzgeber	165
1. Der Bankrott als historischer Ausgangspunkt	165
2. Der Konkurs als Gesamtverfahren	166
3. Faillite und Insolvenz als (teilweise) Hinwendung zur Schuldnerin	166
4. Das droit des entreprises en difficulté als Fokussierung auf das schuldenrische Unternehmen	167

Kapitel III Die Zwecke des Insolvenzverfahrens	169
§ 7 Gleichmäßige Gläubigerbefriedigung im Gesamtverfahren	171
I. Haftungsverwirklichung	172
1. Schuld und Haftung als elementare Strukturprinzipien	172
2. Höherrechtliche Absicherung schuldrechtlicher Verbindlichkeit und Ansprüche auf Justizgewährleistung	174
a) Das deutsche Grundgesetz	174
aa) Allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch	174
bb) Reichweite und Beschränkbarkeit	176
(1) Vorgaben des Enteignungsbegriffs	177
(2) Rechtfertigung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen	177
b) Das französische Verfassungsrecht	178
c) Die Europäische Menschenrechtskonvention	179
aa) Der konventionale Justizgewährleistungsanspruch	180
bb) Geltung im Vollstreckungsverfahren	181
d) Das Unionsrecht	182
3. Schuldrechtliche Verbindlichkeit und Insolvenzverfahren	183
a) Grundsätzliche Verbindlichkeit trotz Insolvenz	183
b) Ausnahmen von der schuldrechtlichen Verbindlichkeit und ihre Auswirkungen auf den Insolvenzzweck	184
aa) Insolvenzanfechtung, action paulienne und action en nullité	184
(1) Die deutsche Insolvenzanfechtung	184
(a) Einerseits Vorverlagerung der Haftungsordnung...	185
(b) ... andererseits Masseschutz	187
(2) Die französische action en nullité und die action paulienne	189
(3) Rechtsvergleichende Zwischenbilanz	191
bb) Lösungsmöglichkeit von schwebenden Verträgen	191
(1) Anwendungsbereich und Funktionsweise des Wahlrechts	191

Inhaltsverzeichnis

(2) Rückausnahmen auch zum Erhalt von Sanierungschancen	194
(3) Ebenfalls primär Instrument der Massemehrung	194
cc) Maßgeblichkeit der Verwertungsentscheidung und Insolvenz Zwecke als Entscheidungsmaximen	195
4. Haftungsverwirklichung als Insolvenz Zweck?	197
a) Europa	197
b) Deutschland	198
c) Frankreich	199
d) Vollstreckungszweck nur im deutschen Verfahren und der liquidation	202
5. Haftungsrechtliche Zuweisung als Folge des Vollstreckungszwecks	202
6. Überindividuelle Dimensionen der Haftungsverwirklichung im Insolvenzverfahren	204
a) Verkehrsschutzfunktion und Gläubigerschutz Zweck	204
b) Weitere kollektive Belange, die der Haftungszweck bedient	205
aa) Friedenssicherung durch Vollstreckungsrecht	206
bb) Abschreckung und Stigmatisierung durch Vollstreckung	207
II. Im Gesamtverfahren	208
1. Gesamtvollstreckung versus Einzelvollstreckung	209
2. Höherrechtliche Verankerung und Vorgaben	211
a) Deutsche Institutsgarantie zugunsten des Insolvenzverfahrens	211
b) Französisches und internationales Recht	213
3. Der Insolvenzfall als common pool-Problem	214
a) Sofortiger Zugriff als dominante Strategie	215
b) Koordinierter Zugriff als ideale Strategie und hypothetische Vertragslösung	216
c) Kein Zustandekommen der Vertragslösung	217
4. Umfang des Gesamtverfahrens in Deutschland und Frankreich	219
a) Aussonderungsberechtigte als (teilweise) Außenstehende	219
aa) Deutschland	219
bb) Frankreich	221

cc) Aussonderung und Insolvenzszweck	224
b) Zurückbehaltungsrechte	225
c) Aufrechnung	226
aa) Deutschland	226
bb) Frankreich	227
cc) Aufrechnung und Insolvenzszweck	229
5. Gesamtverfahren als Voraussetzung nicht nur der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung	230
a) Auswirkungen auf die Sanierungsförderung	231
b) Bedeutung für die Abwicklung insolventer Gesellschaften und Unternehmen	231
III. Par conditio creditorum	234
1. Herleitung und Verankerung des Kriterium proportionaler Gleichheit	235
a) Römisch-rechtliche Herkunft und historische Entwicklung	235
b) Nationales und internationales höherrangiges Recht	235
c) Distributive Gerechtigkeit als Kriterium materieller Gerechtigkeit	236
aa) Gleichheit als faires Verteilungskriterium	237
bb) Proportionale statt absoluter Gleichheit	238
2. Materielle Aspekte	240
a) Gleichmäßigkeit der Verteilung	240
b) Gleichmäßigkeit als Verfahrensweck	240
3. Prozedurale Aspekte	242
4. Bedeutung der Gleichbehandlung und konkurrierende Zwecke	242
a) Gläubigerrangfolgen	243
aa) Deutschland	243
(1) Absonderungsberechtigte	243
(2) Massegläubiger	245
bb) Frankreich	245
(1) Rangfolge der Gläubiger in der Liquidation	246
(2) Rangfolge der Gläubiger in den Planverfahren	247
b) Privilegien zugunsten verschiedener Gruppen	247
aa) Privilegien der Kreditsicherungsnehmer	248
(1) Privilegien als Bedingung für Kreditsicherheiten	248

Inhaltsverzeichnis

(2) Sicherungsnehmer im Liquidationsverfahren	251
(a) Die deutschen Kommissionsvorschläge	251
(b) Die aktuelle Rechtslage in Deutschland und Frankreich	252
(3) Sicherungsnehmer im Planverfahren	254
bb) Privilegien der Arbeitnehmer	255
(1) Frankreich	255
(2) Deutschland	257
cc) Privilegien zugunsten vorinsolvenzlicher Sanierungsbeiträge	259
dd) Privilegien zugunsten von Neugläubigern	259
(1) Französisches Recht	259
(2) Deutsches Recht	261
ee) Privilegien zugunsten der Verfahrensabwicklung	262
ff) Privilegien zugunsten des Fiskus	263
5. Neutrales Privatverfahrens- versus materielles Wirtschaftsverwaltungsrecht?	264
a) Deutsche Gläubigergleichbehandlung versus französische Neubewertung	264
b) Deutsche Haftungszuweisung versus französische Umverteilung	265
c) Deutsche Verfahrensabweisung versus französische Verfahrensfinanzierung	266
d) Aufweichung der Grundsätze und Wechselwirkungen	268
aa) Umverteilung auch im deutschen Recht	268
bb) Fehlende Justizgewährleistung gegenüber Neugläubigern in Deutschland	271
cc) Insgesamt stärkere soziale Implikation des französischen Privatrechts	272
IV. Stellenwert des Gläubigerschutzes	272
1. Zwischenbilanz und Ausgangspunkt	272
2. Maßvolle Flexibilität der deutschen Vermögenszuweisung	273
a) Das creditors' bargain-Konzept als Ausgangspunkt	273
b) Argumente im Zusammenhang mit dem Anlass des Verfahrens und der Rechtsnatur des Insolvenzrechts	274

c)	Argumente aus der Justizgewährleistungspflicht	277
aa)	Die Beschränkung der Haftungsverwirklichung zugunsten der Schuldnerin	277
bb)	Abweichende Masseverwendung als Verzögerung der Justizgewährleistung	277
cc)	Bedeutung der Nachhaftung und ihres Fehlens	278
	(1) Auswirkungen der Restschuldbefreiung	279
	(2) Auswirkungen des Abwicklungszwecks	280
3.	Koordinaten für die verbleibende Untersuchung	281
§ 8	Sanierung und ihre Förderung	282
I.	Insolvenz und Liquidation als teilweise notwendige ökonomische und soziale Erscheinungen	284
1.	Insolvenz und Liquidation als ökonomische Phänomene	284
a)	Abwesenheit der Insolvenz im allgemeinen Gleichgewichtsmodell	284
b)	Keine „Wertvernichtung“ trotz Dämonisierung der Insolvenz	286
c)	Die Liquidation als überkommene und teilweise zwingende Antwort auf die Insolvenz	287
2.	Marktberreinigungsfunktion des Insolvenzverfahrens	288
a)	Funktion der Insolvenz im marktwirtschaftlichen Wettbewerb	288
b)	Marktberreinigung in Abgrenzung zum Marktausschluss	290
	aa) Strafrechtliche Nebenfolgen, Berufs- und Gewerberecht	291
	bb) Französische faillite personnelle und Verbot der Geschäftsführung	292
	cc) Schutz natürlicher Personen vermittelt Politik der zweiten Chance	294
	(1) Marktausschluss als Ausnahme	294
	(2) Ermöglichung eines schuldenfreien Neustarts als nachgelagerter Verfahrenszweck	295
3.	Die gesellschaftliche Bedeutung der Insolvenz und des Insolvenzverfahrens	298
a)	Unterschiedliche Insolvenzkulturen in Europa und den USA	298

Inhaltsverzeichnis

b) Folgen der Angst vor Stigmatisierung und Liquidation	300
c) Weichenstellungen im Bemühen um eine neue europäische „Kultur des Scheiterns“	301
II. Mögliche Argumente für die Sanierungsförderung im Insolvenzverfahren	302
1. Schutz der Unternehmenseigentümer und des Managements?	303
2. Friedenssicherung	304
3. Arbeitnehmerschutz	306
a) Kein überwiegendes Interesse des einzelnen Arbeitnehmers	306
b) Aber Legitimität einer gewissen Beschäftigungspolitik	308
4. Struktureller Mehrwehrt des Unternehmens	310
III. Die Verwertungsentscheidung und der Filterzweck des Insolvenzverfahrens	312
1. Zwingender Filterzweck eines die Sanierung ermöglichenden Verfahrens	312
2. Kriterien zur Bestimmung der Sanierungsfähigkeit und Sanierungswürdigkeit	315
a) Weitgehende Irrelevanz des Vorverhaltens der unternehmerischen Entscheidungsträger	315
b) Wirtschaftliche Überlebensfähigkeit als maßgebliches Kriterium	318
3. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Verwertungsentscheidung	320
a) Prognostische Elemente der Verwertungsentscheidung	320
b) Verfahrensvielfalt mit Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Sanierung?	321
aa) Keine grundsätzliche Überlegenheit der Sanierung	322
bb) Zweifelsregel zugunsten der erhaltenden Sanierung?	323
(1) Unangemessene Bevorzugung der erhaltenden Sanierung im französischen Recht	323

(2) Weitere Indizien und Gründe für die grundsätzliche Vorzugswürdigkeit der übertragenden Sanierung	326
cc) Stufenabfolge mehrerer Verfahren setzt sich in der Praxis kaum durch	326
dd) Weitere Nachteile der zu komplexen Verfahrensvielfalt	328
c) Einheitsverfahren mit Verwertungsentscheidung durch das Insolvenzgericht?	329
d) Grundsätzliche Zuständigkeit der Gläubiger innerhalb eines mehrstufigen Entscheidungsprozesses	330
aa) Das Insolvenzverfahren als autonomer Plan- und Entdeckungsprozess	330
bb) Stand und Potenzial der deutschen Ausgestaltung der Verwertungsentscheidung	333
(1) Initiativrecht der Gläubiger	333
(2) Planvorlagerecht der Schuldnerin	335
(3) Rolle des Verwalters	335
(4) Abstimmung über den Plan und Entscheidungsbefugnisse des Insolvenzgerichts	337
e) Idee einer ausnahmsweisen gerichtlichen Einzelfallabwägung	338
aa) Die Entscheidung über die übertragende Sanierung in Frankreich	339
bb) Mögliche Anregungen für das deutsche Recht	340
IV. Weitere Aspekte der Sanierungsförderung	341
1. Die Insolvenzgerichte: Spezialisierung durch Konzentration?	341
a) Gewandelte Anforderungen als Grund für Forderung nach stärkerer Zuständigkeitskonzentration	341
b) Nach wie vor starke Zersplitterung der Zuständigkeit in Deutschland	342
c) Vor- und Nachteile örtlicher Nähe	344
d) Untauglichkeit des französischen renvoi als Sanierungsmotor	345
e) Verbesserung der fachlichen Qualifikation am Amtsgericht?	346

Inhaltsverzeichnis

f) Das Landgericht als Insolvenzgericht?	348
g) Reichweite der Zuständigkeit	351
2. Weitere Verfahrensorgane	352
a) Verfahrensorgane als „Vertreter“ unterschiedlicher Interessen	352
b) Denkanstöße betreffend den deutschen Insolvenzverwalter	354
3. Der Tatbestand materieller Insolvenz	355
a) Die derzeit maßgeblichen Insolvenztatbestände	355
aa) Deutsche Zahlungsunfähigkeit	355
bb) Französische cessation des paiements	356
cc) Überschuldung nach § 19 InsO	358
b) Auswirkungen der Eröffnungstatbestände auf die Sanierungschancen	360
aa) Zahlungsunfähigkeit versus cessation des paiements	360
bb) Überschuldung	361
(1) Modifizierter Begriff vorzugswürdig	361
(2) Verzicht auf die Überschuldung aber weder nötig noch ratsam	363
(a) Überschuldung und vorinsolvenzliche Sanierung	363
(b) Überschuldung und Gläubigerschutz	364
4. Frühe Verfahrenseinleitung im präventiven Insolvenzverfahren	365
a) Sanierungsförderung durch Anreize	366
b) Eröffnungstatbestand eines präventiven Verfahrens	367
aa) Schwierigkeiten nach Art. L620-1 Abs. 1 Satz 1 C. com.	367
bb) Drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO	368
cc) Nachweis der wirtschaftlichen Situation und von Sanierungschancen	370
c) Umfang des Moratoriums und Eigenverwaltung	371
d) Grenzen der möglichen Anreizwirkung und Koordination mit dem Verfahren bei materieller Insolvenz	373
aa) Positive versus negative Anreizsetzung	374
bb) Insolvenzanfechtung auch im präventiven Verfahren beibehalten	376

cc) Anwendungsbereich des Insolvenzstrafrechts überdenken	377
5. Gestalterisches Potenzial im Planverfahren	378
6. Insolvenzarbeitsrecht	380
a) Deutschland	381
aa) Grundsätzliches Schicksal der Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz	381
bb) Erleichterung von Betriebsänderungen	381
cc) § 613a BGB als Sanierungshindernis	382
b) Frankreich	384
V. Zwischenfazit zur Sanierungsförderung	385
Kapitel IV Möglichkeiten und Grenzen der Insolvenzvermeidung	387
§ 9 Insolvenzvermeidung durch Verhaltenssteuerung und Intervention	387
I. Bedeutung der Insolvenzvermeidung und Gliederung der nachfolgenden Untersuchung	387
II. Verhaltenssteuerung als Funktion des Insolvenzverfahrensrechts	388
III. Der EU-Richtlinienvorschlag vom 22. November 2016, COM(2016) 723 final	389
1. Genese des EU-Richtlinienvorschlag	389
2. Inhaltsübersicht	391
3. Rechtsetzungskompetenz der Union	392
a) Binnenmarktrelevanz einer heterogenen Rechtslage	393
b) Reichweite der Binnenmarktcompetenz	395
c) Harmonisierung versus Systemwettbewerb im Angesicht des Subsidiaritätsgrundsatzes	397
d) Art und Ausgestaltung des Rechtsaktes	398
e) Zulässigkeit von Eigentumseingriffen trotz Art. 345 AEUV?	398
IV. Insolvenzprävention im Sinne einer Früherkennung von Risiken	399
§ 10 Zur Notwendigkeit eines vergleichsweisen Restrukturierungsverfahrens	402
I. Abstimmung mit dem Insolvenzverfahren im engeren Sinne	402

Inhaltsverzeichnis

II. Freie Sanierung contra strukturiertes Verfahren	404
1. Das vorinsolvenzliche Verfahren als Gefahr für die freie Sanierung	404
2. Mängel freier Sanierung und dahingehendes Potenzial eines Verfahrens	405
III. Das „Standort-Argument“	407
IV. Neuer Name unzureichend	407
V. Geregelttes Verfahren statt unregelter staatlicher Intervention im Einzelfall?	408
§ 11 Mögliche Ausgestaltungen eines vorinsolvenzlichen Verfahrens	410
I. Anforderungen an das Verfahren	410
II. Reichweite und Grundstruktur des vorinsolvenzlichen Verfahrens	411
1. Beschränkung auf Verhandlungsrahmen beim mandat ad hoc	411
2. Wirkungen einer gerichtlichen Bestätigung des Vergleichsergebnisses bei der conciliation	413
3. Zwangsweise Rechtseingriffe im vorinsolvenzlichen Verfahren?	416
a) Kollidierende Interessen als Grundlage der Rechtfertigung	416
b) Mögliche Rechtfertigungen und sinnvolle Regelungszuschnitte	418
aa) Gegenüber Anteilseignern	418
bb) Gegenüber Gläubigern	419
4. Rahmen für privatautonome Verhandlungen anstatt vorgezogenes Insolvenzplanverfahren?	421
5. Teilverfahren statt Gesamtverfahren?	422
III. Zugang zum Verfahren	424
1. Abgrenzung zur materiellen Insolvenz	424
2. Mögliche Auslösetatbestände	426
3. Missbrauchsverhinderung als Aufgabe des Eröffnungstatbestandes	427
IV. Fazit: Keine grundsätzliche Opposition aber Hinwirken auf eine europäische Zweckdiskussion	428
Thesen als Ergebnis des Rechtsvergleichs	429
Literaturverzeichnis	431

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AER	The American Economic Review
aF	alte Fassung (einer Norm)
AJDA	L'Actualité juridique (Dalloz): Droit administratif
akt.	aktualisiert (bezogen auf Fundstellen aus Online-Datenbanken)
ALEA	American Law and Economics Review
Alt.	Alternative
Ass.	Assemblée du Contentieux (höchster Spruchkörper der Rechtsprechungssektion des CE)
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BAKinso	Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e. V
BBS	Behavioral and Brain Sciences
BDR	Bund Deutscher Rechtspfleger
BGBI.	Bundesgesetzblatt
bzw.	beziehungsweise
BR-Drucks.	Bundesratdrucksache
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
CE	Conseil d'État (oberstes Verwaltungsgericht)
CC	Conseil constitutionnel (Verfassungsrat)
Cass.	Cour de cassation (oberstes Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit; Revisionsgericht)
Cass. com.	Cour de cassation, Chambre commerciale (Kammer für Handelssachen)
Cass. soc.	Cour de cassation, Chambre sociale (Kammer für Sozialrecht)
C. civ.	Code civil (französische Privatrechtskodifikation)

Abkürzungsverzeichnis

C. com.	Code de commerce (Handelsgesetzbuch)
C. consom.	Code de la consommation (Verbraucher- gesetzbuch)
C. env.	Code de l'environnement (Umweltgesetz- buch)
CF	Constitution française/Constitution du 4 oc- tobre 1958 instituant la Ve République française (Verfassung der V. französischen Re- publik)
CGI	Code général des impôts (Allgemeines Steuer- gesetzbuch)
Ch. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
C. mon. fin.	Code monétaire et financier (Währungs- und Finanzgesetzbuch)
COJ	Code de l'organisation judiciaire (Gerichtsver- fassungsgesetz)
Com. L.J.	Commercial Law Journal
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution (Voll- streckungsordnung in Zivilsachen)
CPC	Code de procédure civile (Zivilprozessord- nung)
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime (Gesetz- buch betreffend die Landbewirtschaftung und den maritimen Fischfang)
C. sec. soc.	Code de la sécurité sociale (Sozialgesetzbuch)
C. trav.	Code du travail (Arbeitsgesetzbuch)
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Ci- toyen de 1789 (Erklärung der Menschen und Bürgerrechte vom 26. August 1789)
D.	Recueil Dalloz (Sirey)
DAV	Deutscher Anwaltverein
Ders./Dies.	Derselbe Autor/dieselbe Autorin
Doc. Ass nat.	Dokumentation der französischen National- versammlung
Doc. Sénat	Dokumentation des französischen Senats
dms	dms – der moderne staat – Zeitschrift für Pu- blic Policy, Recht und Management
DRB	Deutscher Richterbund
Dr. sociétés	Revue Droit des sociétés

ECO/WKP	Economic Department Working Papers der OECD
Ed.	Edition (eines Online-Kommentars)
EL	Ergänzungslieferung
EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung)
Entwurf-InsO	Geszentwurf der Bundesregierung zur Insolvenzordnung
etc.	et cetera
f.	folgende (Seite, Randnummer etc.)
ff.	folgende (Seiten, Randnummern etc.)
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt (am Europäischen Gerichtshof)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ggf.	gegebenenfalls
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union („Europäische Grundrechtecharta“)
Halbbd.	Halbband
Hdb.	Handbuch
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
IR	Informations rapides (Untergliederung innerhalb des <i>Reccueil Dalloz</i>)
JBE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
JCP E	La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires (= JurisClasseur périodique, édition entreprise)
JCP G	La semaine juridique – Edition générale (= JurisClasseur périodique, édition générale)
JC BCB	JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse
JC Proc. coll.	JurisClasseur Procédures collectives
JEBO	Journal of economic behavior and organization
JLE	Journal of Law and Economics
JORF	Journal officiel de la République française (Amtsblatt der französischen Republik)

Abkürzungsverzeichnis

JBS	Bulletin Joly Sociétés
Kap.	Kapitel
LPA	Les Petites Affiches
LPF	Livre des procédures fiscales
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue(r) Fassung (einer Norm)
NYUL Rev.	New York University Law Review
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
Procédures	Revue Procédures
RD banc. fin.	Revue de Droit bancaire et financier
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
Rev. proc. coll	Revue des procédures collectives civiles et commerciales
RFDA	Revue française de droit administratif
Rn.	Randnummer
s.	siehe
SchKG	(schweizerisches) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SchIA	Schlussantrag
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
Tz.	Textziffer
U.N. Doc.	U.N. Documents (Dokumentation der Vereinten Nationen)
Unterabs.	Unterabsatz
Var.	Variante
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
WÜV	Wiener Übereinkommen über das Recht der (völkerrechtlichen) Verträge
Yale L.J.	The Yale Law Journal

Anmerkungen zur Zitierweise:

- Hinsichtlich der übrigen Abkürzungen, insbesondere der deutschsprachigen Zeitschriften und der deutschen Gesetze sei auf die gängigen Rechtswörterbücher verwiesen.
- Sofern keine näheren Angaben gemacht werden, sind Zahlenangaben Seitenangaben.
- Im Bemühen um eine vorsichtige Annäherung der unterschiedlichen Zitierweisen in der deutschen, französischen und amerikanischen Rechtswissenschaft verzichtet die Bearbeitung grundsätzlich darauf, den Jahrgang/Band zu nennen.

