

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

48

Herausgegeben vom

**Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht**

Direktoren:

Professor Dr. Ulrich Drobnig, Professor Dr. Hein Kötz
und Professor Dr. Dr. h. c. Ernst-Joachim Mestmäcker

Sanierung und Reorganisation

Insolvenzverfahren für Großunternehmen
in rechtsvergleichender und rechtspolitischer
Untersuchung

von

Axel Flessner



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1982

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft I
der Universität Hamburg gedruckt mit Unterstützung
der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Flessner, Axel:

Sanierung und Reorganisation: Insolvenzverfahren für Großunternehmen
in rechtsvergleichender u. rechtspolit. Unters. / von Axel Flessner. –

Tübingen: Mohr, 1982.

(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht; 48)

ISSN 0340-6709

ISBN 3-16-644491-2 / eISBN 978-3-16-16030-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2022

NE: GT

© Axel Flessner/ J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1982

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es auch nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf photomechanischem Wege (Photokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen. Printed in Germany. Satz und Druck: Gulde-Druck GmbH, Tübingen. Einband: Großbuchbinderei Heinr. Koch, Tübingen.

Vorwort

Die erste Fassung dieser Arbeit war im Sommer 1978 abgeschlossen und hat 1978/1979 dem Fachbereich Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg als Habilitationsschrift vorgelegen. Anschließend war das in der Zwischenzeit verabschiedete neue amerikanische Konkursgesetz einzuarbeiten. Dabei habe ich auch neue Literatur und Rechtsprechung bis Anfang 1981 nach Möglichkeit berücksichtigt.

Entstanden ist die Arbeit vor allem während meiner Tätigkeit im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Sein wissenschaftliches und menschliches Klima und seine Bibliothek waren für mich die wesentlichen Arbeitsbedingungen; dafür danke ich dem damaligen Institutsdirektor, meinem verehrten Lehrer Professor Dr. Konrad Zweigert, den Kollegen am Institut, mit denen ich die Probleme diskutieren konnte, sowie ganz besonders den Mitarbeitern der Bibliothek – die immer freundlich und mit Kompetenz das Nötige herbeischaffen halfen – und Frau Freda von Bülow – für frohgemut und mitdenkend geleistete Qualitäts-Schreibarbeit. Den jetzigen Direktoren danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe des Instituts.

Geholfen haben auch eine Reihe von in- und ausländischen Personen und Institutionen; besonders dankbar hervorheben möchte ich die bereitwillige Unterstützung und Auskunft durch die Bibliothek der Law School der New York University und durch Mr. Aaron Levy, Direktor in der Securities and Exchange Commission in Washington, D.C. Wertvolle Hinweise erhielt ich auch vom Korreferenten im Habilitationsverfahren, Professor Dr. Karsten Schmidt.

Für umsichtige und intelligente Hilfe bei der Herstellung der überarbeiteten Fassung und beim Korrekturlesen danke ich Frau Olga Krause und Herrn Salomon J. Augapfel, Frankfurt.

Frankfurt, im Februar 1982

AXEL FLESSNER

Inhalt

Abkürzungen	XIII
-----------------------	------

Einleitung.	1
---------------------	---

Erstes Kapitel Entwicklung und Situation der deutschen Gesetzgebung

A. Vergleichsverfahren	7
I. Vorgeschichte	7
II. Geschäftsaufsicht und Vergleich (1914 und 1916)	10
III. Die Vergleichsordnung von 1927	12
IV. Die Vergleichsordnung von 1935	15
1. Entstehung	15
2. Inhalt.	17
B. Sonderbereiche	19
I. Schuldverschreibungen	19
II. Versicherungen und Bausparkassen.	21
III. Banken	22
C. Erfahrungen und Probleme	23
I. Krise des Konkursrechts	24
II. Erfahrungen mit Großunternehmen	25
1. Dysfunktion oder Deformation	25
2. Konkurrenz der öffentlichen Hand	26
III. Abhilfe.	27
IV. Ideologie	30

Zweites Kapitel Amerikanisches Recht

A. Einführung	33
B. Reorganisation durch Receivership.	34
I. Entstehung des Verfahrens	35
1. Wirtschaftliche Ausgangslage	35
2. Rechtliche Ausgangslage	36
3. Das Verfahrensmodell	37
4. Rechtsgrundlage.	39

II. Der Gang des Receivership-Verfahrens	40
1. Einleitung des Verfahrens	40
2. Planverhandlungen	46
3. Geschäftsführung durch den Receiver	49
4. Die finanzielle Operation	51
5. Die rechtliche Operation	55
III. Rechtliche Kontrolle	58
1. Mindestpreis	59
2. Planprüfung	60
IV. Anwendungsbereich	64
1. Industrie und Handel	64
2. Banken und Versicherungen	66
V. Der wirtschaftliche und soziale Rahmen	67
VI. Schwächen und Mißstände	72
C. Reformen 1933–1938	74
I. Rechtspolitische Situation	74
II. Die Gesetze von 1933/34	75
III. Die Gesetze von 1938	77
1. Entstehung	77
2. Reorganisation nach Kap. X	81
a) Der Treuhänder	81
b) Planprüfung	82
c) Abstimmung	82
d) Bestätigung und Durchführung	83
e) Unterstützende Regelungen	84
3. Arrangement nach Kap. XI	85
D. Die Reformen der siebziger Jahre	86
I. Gesetzgebung	86
II. Gründe, Interessen, Ergebnisse	88
E. Praxis und Problemschwerpunkte	89
I. Maßstäbe für den Reorganisationsplan	90
1. Durchführbarkeit	91
2. Gerechtigkeit	94
a) Northern Pacific Ry. Co. v. Boyd (1913)	94
b) Absolute gegen relative Vorrangstheorie	95
c) Case v. Los Angeles Lumber Products Co. (1939)	99
d) Folgeprobleme	103
e) Praxis	107
3. Unternehmenswert	110
4. Reform 1978	115
II. Interessenvertretung und Gebühren	120
III. Anwendungsbereich	124
IV. Dauer und Kosten	129
V. Sicherungsrechte	131

Drittes Kapitel Vergleichung

A. Reorganisation und Vergleich	137
B. Sanierungsrecht in Deutschland	142
C. Reorganisation und Sanierung	147
I. Technik und Form	147
II. Reichweite	149
III. Planprüfung	150
IV. Ergebnis	153
D. England	156
I. Arrangement-Verfahren	157
1. Einleitung des Verfahrens	157
2. Maßstäbe	158
II. Insolvenzprozeduren	159
1. Abwicklung	160
2. Zwangsverwaltung	161
III. Würdigung	162
E. Frankreich	164
I. Allgemeines Insolvenzrecht	164
II. Besonderes Sanierungsverfahren	164
1. Entstehung	165
2. Eröffnung des Verfahrens	165
3. Wirkungen der Verfahrenseröffnung	167
4. Inhalt und Genehmigung des Sanierungsplans	168
5. Praxis und Bedeutung	169
III. Würdigung	170

Viertes Kapitel Rechtspolitische Grundlagen

A. Ausgangspositionen	172
B. Wirtschaftswissenschaft	173
I. Allgemeiner Erkenntnisstand	173
II. Ausscheidungsfunktion des Konkurses	176
III. Schadenswirkung des Konkurses	181
IV. Eine amerikanische Analyse	183
1. Darstellung	185
2. Würdigung	187
V. Ausbeute für das Insolvenzrecht	189
C. Wirtschaftspolitik	191
D. Rechtspolitik	194
I. Aufgabe der Rechtsordnung	194
II. Rolle der staatlichen Finanzhilfe	199

1. Geld oder Gesetz	199
2. Sanierungsverfahren nach Verwaltungsrecht oder Privatrecht	200
III. Rechtspolitische Situation der Bundesrepublik	204

Fünftes Kapitel Probleme eines Sanierungsverfahrens

A. Einführung	206
B. Organisation der Atempause	207
I. Ausstattung und Finanzierung	208
1. Abwehr der Gläubiger	208
2. Sicherungsrechte	208
3. Mietverträge und andere Existenzgrundlagen	210
4. Aufrechnung	212
5. Kreditversorgung	214
6. Rechtspolitische Würdigung	216
7. Verfassungsrecht	220
II. Geschäftsführung	222
1. Amerikanische Entwicklung	222
2. Vergleichung	225
III. Eröffnung des Verfahrens	228
1. Auslösender Tatbestand	228
2. Antragsrecht	234
3. Entscheidungsgrundlagen	238
a) Sanierungsvorschlag	238
b) Sanierungsfähigkeit	239
C. Sanierungsplan	242
I. Die Aufgabe	242
II. Inhalt und Reichweite	243
1. Die Maßnahmen und die Betroffenen	243
2. Die gesicherten Gläubiger	244
a) Vergleichung	244
b) Verfassungsrecht	245
c) Funktionsfähigkeit des Kreditwesens	247
III. Rechtliche Maßstäbe	249
1. Erhaltungsfähigkeit	249
2. Opfer- und Besitzverteilung	254
3. Erhaltungswürdigkeit	262
IV. Verfahren und Kompetenzen	267
1. Organisation und Entscheidung	267
2. Aufstellung des Planes	269
a) Modelle	269
b) Würdigung	272
3. Mitsprache und Mitbestimmung der Beteiligten	273
a) Ausgangslage	273
b) Kapitalgeber	274
c) Staat	281
d) Arbeitnehmer	283

V. Konzernprobleme	285
1. Haftung des Konzerns	286
2. Ansprüche des Konzerns	287
3. Insolvenz des Konzerns	292
D. Neutraler Sachverstand	296
I. Das Problem und die Lösungen	296
II. SEC und IHK	298
III. Überlegungen zur Organisation	303
E. Rechtsmittel	306
F. Anwendungsbereich	314
G. Systemort und Gesetzesform	318
Literatur	322
Sachverzeichnis	344

Abkürzungen

aaO.	am angegebenen Ort
A.B.A.J.	American Bar Association Journal
a.E.	am Ende
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
A.L.R. 2d	American Law Reports Annotated, Second Series
Am.Bankr.L.J.	American Bankruptcy Law Journal
Anm.	Anmerkung
Art., Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BB	Der Betriebs-Berater
B.C.Ind.Com.L.Rev.	Boston College Industrial and Commercial Law Review
Bd.	Band
Betr.	Der Betrieb
betr.	betreffend
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BSpKG	Bausparkassengesetz
BSpKVO	Bausparkassenverordnung
BT-Drucksache	Bundestags-Drucksache
Bus.Hist.Rev.	Business History Review
Bus.Law.	The Business Lawyer
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cal.	California
ch.	chapter
Cir.	Circuit
Col.L.Rev.	Columbia Law Review
Com.L.J.	Commercial Law Journal
Corn.L.Q.	Cornell Law Quarterly
D.	District (of . . .)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag, Verhandlungen
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
Doctr.	Doctrine

DRpfl.	Der Deutsche Rechtspfleger
D.S.	Recueil Dalloz Sirey
ebda.	ebenda
Ed.	Edition
E.D.	Eastern District (of . . .)
etc.	et cetera
f., ff.	und folgende
F. 2d	Federal Reporter, Second Series
Fed.	Federal Reporter
Fordham L.Rev.	Fordham Law Review
F.Supp.	Federal Supplement
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Geo.L.J.	Georgetown Law Journal
Geo.Wash.L.Rev.	George Washington Law Review
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Harv.J.Legisl.	Harvard Journal on Legislation
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
H.R.	House of Representatives
Hrsg., hrsg.	Herausgeber; herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
Ill.	Illinois
Ill.L.Rev.	Illinois Law Review
Ind.	Indiana
Int.Comp.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Int.Enc.Comp.L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Iowa L.Rev.	Iowa Law Review
J.	Justice
JBl.	Juristische Blätter
J.Bus.L.	Journal of Business Law
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique: La semaine juridique
J.O.	Journal Officiel
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
KT	Konkurs- und Treuhandwesen
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
La.	Louisiana
L.Cont.Probl.	Law and Contemporary Problems
L.J.	Lord Justice
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Mass.	Massachusetts
Md.	Maryland

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich.	Michigan
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review
Minn.L.Rev.	Minnesota Law Review
Miss.	Mississippi
N.	Fußnote
N.C.L.Rev.	North Carolina Law Review
N.D.	Northern District (of . . .)
N.J.	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.	New York
N.Y.L.F.	New York Law Forum
N.Y.U.L.Q.Rev.	New York University Law Quarterly Review
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
Okla.	Oklahoma
Pa.	Pennsylvania
P.R.	Puerto Rico
RebelsZ	Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Ref.J.	Journal of the National Association of Referees in Bankruptcy
Rev.jur.com.	Revue de jurisprudence commerciale (Journal des agréés)
Rev.trim.dr.com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RpflG	Rechtspflegergesetz
Rutg.L.Rev.	Rutgers Law Review
Ry.Mt.L.Rev.	Rocky Mountains Law Review
Rz.	Randziffer
S.	Satz; Seite; Senate
SchVG	Gesetz betreffend die Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen (Schuldverschreibungsgesetz)
S.D.	Southern District (of . . .)
SEC	Securities and Exchange Commission
S.E.C.	Securities and Exchange Commission: Decisions and Reports
Sp.	Spalte
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (Stabilitätsgesetz)
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review
Stat.	Statutes at Large
Sup.Ct.Rev.	The Supreme Court Review
Supp.	Supplement

SZ	Süddeutsche Zeitung
T.P.R.	Tijdschrift voor Privaatrecht
u.a.	und andere; unter anderem
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review
U.C.L.A.L.Rev.	UCLA Law Review
U.Colo.L.Rev.	University of Colorado Law Review
U.Ill.L.F.	University of Illinois Law Forum
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code
U.S.C.A.	United States Code Annotated
U.Wash.Bus.Rev.	University of Washington Business Review
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus (gegen)
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (Versicherungsaufsichts-Gesetz)
Va.	Virginia
Va.L.Rev.	Virginia Law Review
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review
VerglO	Vergleichsordnung
Wash.	Washington
W.D.	WesternDistrict (of . . .)
Wis.L.Rev.	Wisconsin Law Review
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZgesKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht;
	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

1. Ein Unternehmen, das seine Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann, steht vor der *Zwangsauflösung* durch Konkurs oder vielfache Einzelvollstreckung. Abzuwenden ist dieses Schicksal nur, wenn die Gläubiger in ihren Forderungen ganz oder teilweise nachlassen. Solches Nachgeben kann im Interesse der Gläubiger liegen, wenn der Weiterbestand des Unternehmens ihnen letztlich ein besseres wirtschaftliches Ergebnis verspricht als die Liquidation. Die Grundformen des Nachgebens sind die Stundung an sich fälliger Forderungen, die Umwandlung von Forderungen in Beteiligungen oder längerfristige Forderungsrechte und schließlich der ersatzlose Erlaß von Forderungsbeträgen, wobei diese Formen sich auf die Haupt- oder die Zinsforderung beziehen und jeweils in allen Kombinationen vorkommen können. Die rechtliche Entlastung, die das Unternehmen durch das Nachlassen der Gläubiger erreicht, dient wirtschaftlich letzten Endes immer der Erlangung neuen Kapitals. Bereits für sich genommen macht sie – dauernd oder einstweilen – Mittel frei, die nun für die Fortführung des Unternehmensbetriebes eingesetzt werden können; in vielen Fällen ist sie außerdem die Vorbedingung dafür, daß das Unternehmen neues Eigen- oder Fremdkapital aufnehmen kann.

Die den Schuldner entlastende Veränderung der Gläubigerrechte muß, wenn die Rechtsordnung nicht zusätzliche Hilfe gibt, mit jedem einzelnen Gläubiger vereinbart werden – oder doch jedenfalls mit allen denen, die wegen ihrer Zahl oder der Höhe ihrer Forderungen in der gegebenen finanziellen Situation nicht einfach vorweg befriedigt werden können. Ein einziger solcher Gläubiger kann also ein Rettungskonzept vereiteln, wenn er seine Zustimmung verweigert oder nur gegen Sondervorteile geben will. Alle modernen Gesetzgebungen kennen daher Institutionen, die es ermöglichen, konkursabwendende Schuldenregelungen auch gegen widerstrebende Gläubiger durchzusetzen, und die solchen Abkommen gewisse Garantien für korrekte Entstehung und Durchführung geben¹. In Deutschland ist dies vor allem das Verfahren nach der Vergleichsordnung².

¹ Übersichten über die ausländischen Rechte bei JAEGER(-LENT), KO, Einleitung S. LX ff.; DALHUISEN, *Compositions in Bankruptcy* (Leyden 1968) 36–94.

² Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935, RGBl. I 321; seither nur in wenigen Einzelpunkten geändert.

2. Die Beschlüsse und Vereinbarungen, die zur Abwendung der Zwangsliquidation getroffen werden, sind rechtliche Erscheinungsformen eines Geschehens, das im wirtschaftlichen und allgemeinen Sprachgebrauch als *Sanierung* bezeichnet wird. Im weitesten Sinne sind darunter zu verstehen alle organisatorischen, finanziellen und rechtlichen Maßnahmen, die ein Unternehmen aus einer ungünstigen wirtschaftlichen Situation herausführen sollen, um seine Weiterexistenz zu sichern, also zum Beispiel: Umstellungen von Einkauf, Produktion und Absatz; Abstoßung von Unternehmensteilen; Neuordnung der Unternehmensleitung; Herabsetzung und Neugewinnung von Eigenkapital und Fremdkapital; Umwandlung von kurzfristigem in langfristiges Fremdkapital, von Fremdkapital in Eigenkapital; Verschmelzung mit anderen Unternehmen³.

Sanierung im weiteren Sinne ist nicht notwendig eine Reaktion auf eingetretene oder drohende *Insolvenz*. Eine Neuordnung der Organisation, der Kapitalstruktur oder der rechtlichen Verhältnisse ist auch dann Sanierung, wenn die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zwar schwierig, aber noch nicht lebensbedrohend ist. Und auch ein todkrankes Unternehmen ist, solange es nur mit Eigenkapital arbeitet, nicht insolvent in dem Sinne, daß ihm die rechtlich erzwungene Liquidation bevorstünde. Werden seine Schwierigkeiten nicht behoben, so vollendet es seine Existenz ohne weiteres Zutun, wenn die letzten Eigenmittel verausgabt sind. Die Sanierung im Insolvenzfall hat demgegenüber eine eigene Qualität: sie soll das Unternehmen aus einer Situation retten, in der sich die wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu einer *rechtlichen* Existenzgefahr verdichtet haben. In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff vor allem in diesem Sinne gebraucht werden.

3. *Unternehmenserhaltung durch Sanierung* ist in den europäischen Industrieländern ein wichtiges Thema, seitdem beginnend mit der Ölkrise (1973) das stetige Wirtschaftswachstum der Nachkriegsjahre nachgelassen hat, vielfach sogar zum Stillstand gekommen ist. Jetzt häufen sich die finanziellen Zusammenbrüche, aber gleichzeitig schwindet die allgemeine

³ Siehe z. B. SCHMALENBACH, Die Aktiengesellschaft III (7. Aufl. 1950) 211; ZYBON, „Sanierung“, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft I 3 (4. Aufl. 1976) 3493; Dr. Gablers Wirtschaftslexikon II (9. Aufl. 1975), Stichwort „Sanierung“; weitere Literaturhinweise bei UHLENBRUCK, ZIP 1980, 75 N. 11. Vielfach gebraucht die Betriebswirtschaftslehre den Sanierungsbegriff in einem engeren Sinne, nämlich nur für die finanziellen und die damit zusammenhängenden rechtlichen Maßnahmen; so z. B. GUTENBERG, Finanzierung und Sanierung, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft I (2. Aufl. 1938) 1774f.; PAUSENBERGER, Die finanzielle Sanierung, in: Finanzierungs-Handbuch (hrsg. von JANBERG; 2. Aufl. 1970) 653ff.; VORMBAUM, Finanzierung der Betriebe (2. Aufl. 1972) 312ff.

Bereitschaft, den Abgang der betroffenen Unternehmen ohne weiteres hinzunehmen. Denn wo Zuwachs nicht mehr garantiert erscheint, steigt der Wert des Vorhandenen, und die Aufmerksamkeit wendet sich verstärkt auf die Institutionen und Prozeduren, die im Krisenfall nicht den mehrfachen späteren Gewinn, sondern die Bewahrung der gegenwärtigen Substanz in Aussicht stellen.

Auch in der Reform des deutschen Insolvenzrechts, die seit kurzem in Angriff genommen ist, wird die Sanierung eine bedeutende Rolle spielen müssen⁴. Das rechtspolitische Interesse richtet sich zwar bisher am lebhaftesten auf das eigentliche (d. h. das liquidierende) Konkursverfahren, und hier speziell auf die Stellung der bevorrechtigten und gesicherten Gläubiger⁵. Mit dem Fortschreiten der Arbeiten zu einem umfassenden Reformkonzept werden die Überlegungen sich jedoch auch auf die rechtlichen Möglichkeiten der *Erhaltung* von Unternehmen richten müssen. Denn es besteht heute Einigkeit darüber, daß ein modernes Insolvenzrecht nicht ausschließlich auf Liquidation zusteuern darf, sondern als Alternative ein Sanierungsverfahren (unter irgendeinem Namen und in irgendeiner Gestalt) anbieten und in organischer Weise mit dem konkursmäßigen Liquidationsverfahren abstimmen muß⁶.

4. Die rechtlichen Institutionen, die Sanierungen insolventer Unternehmen ermöglichen sollen, müssen sich in besonderem Maße bewähren, wenn Bestand oder Untergang eines *Großunternehmens* in Frage stehen. Der schiere Umfang und die Komplexität des Sachverhalts erschweren einerseits die rechtliche Bewältigung; andererseits hat das Resultat der insolvenzrechtlichen Bemühung besonders weitreichende und überindividuelle Auswirkung.

In der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, wie Sanierungsprozeduren beschaffen sein müssen, die den Problemen insolventer Großunternehmen gerecht werden. Das Sanierungsrecht für diesen Größenbereich wird in der Bundesrepublik Deutschland als eine besondere Problemzone empfunden, nachdem einige spektakuläre Zusammenbrüche großer

⁴ Das Bundesjustizministerium hat im Februar 1978 eine Kommission für Insolvenzrecht eingesetzt, die den Entwurf eines Reformgesetzes vorlegen soll; siehe die Ansprache von Bundesjustizminister VOGEL bei der Konstituierung der Kommission am 21. 2. 1978, abgedruckt in: *Recht* (Informationen des Bundesministers der Justiz) 1978, 21–24.

⁵ Siehe die Darstellung bei HANISCH, ZZP 90 (1977) 2–5, 7–21, 37f. mit Nachweisen.

⁶ Siehe z. B. JAEGER(-JAHR), KO § 123 Anm. 29; WEBER, KO-Festschrift 338, 342f.; HANISCH (N. 5) 30f. und ARNOLD, DRpfl. 1977, 395 mit weiteren Nachweisen. Die Kommission für Insolvenzrecht (N. 4) hat inzwischen eine Arbeitsgruppe gebildet, in der über die Einführung eines Sanierungsverfahrens beraten wird.

Unternehmen viele Zweifel an der Eignung der vorhandenen Rechtsinstitutionen hinterlassen haben⁷. Aber auch ohne solche traumatischen Erlebnisse muß die Insolvenzgesetzgebung ihre Aufmerksamkeit stärker als bisher auf große Unternehmen richten, denn von ihnen ist die Wirtschaft in der Bundesrepublik und vielen anderen hochentwickelten Industrieländern weithin geprägt⁸ – die allenthalben anzutreffenden Förderungsprogramme des Staates für kleine und mittlere Unternehmen sind nur die Bestätigung und Besiegelung dieser Tatsache. Wenn man sich also auf die Suche begibt nach adäquaten Formen der Insolvenzbewältigung, muß man wissen, welche Forderungen aus der Situation der Großunternehmen an den Sanierungsteil des Insolvenzrechts zu stellen sind, und zwar gleichgültig, an welchen Typen von Unternehmen die Gesetzgebung sich schließlich ausrichten will.

Unter wissenschaftlicher und längerfristiger rechtspolitischer Perspektive läßt sich das Insolvenzrecht der Großunternehmen auch als Problem des Unternehmensrechts denken. Die reiche deutsche und ausländische Literatur zu diesem Bereich hat die *Schattenseiten* des Unternehmensschicksals bisher eher vernachlässigt⁹, doch können die von ihr behandelten Probleme (Publizität, Mitbestimmung von Arbeitnehmern und Öffentlichkeit, Minderheitenschutz, Anlegerschutz, Erhaltung des Wettbewerbs) und manche anderen Fragen der Unternehmensverfassung im Insolvenzfall sogar in besonderer Schärfe auftreten. Aus dieser Sicht könnte ein Insolvenz- und Sanierungsrecht für Großunternehmen vielleicht als notwendiges Schlußelement eines Systems der Unternehmensverfassung erscheinen und nach dessen Strukturprinzipien auszuwählen und einzupassen sein¹⁰.

Eine Definition des Großunternehmens wird an dieser Stelle nicht

⁷ So einerseits die Fälle Borgward und Schlieker (Schilderung bei HANISCH, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse 119 ff.), in denen Vergleichsbemühungen scheiterten, und andererseits Fälle wie Krupp (Schilderung z. B. bei BUNSELMAYER 138 ff.), bei denen von vornherein nicht mehr das Insolvenzrecht, sondern die finanzielle Hilfe des Staates mobilisiert wurde.

⁸ Siehe darüber neuestens OTT, Recht und Realität der Unternehmenskorporation (1977) 17 ff. mit vielen weiteren Hinweisen. Statistische Angaben für die Bundesrepublik besonders bei STEINMANN, 133 ff.; GROSSFELD, Aktiengesellschaft 5 ff.

⁹ Neuere Zusammenfassungen und Aufarbeitungen der bisherigen Diskussion in dem Buch von OTT (N. 8) sowie bei GROSSFELD/EBKE, AG 1977, 57–65, 902–102; HORN, in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, I: Zivil- und Wirtschaftsrecht (hrsg. von HORN und TIETZ, 1977) 124–126; BALLERSTEDT, Festschrift Duden (1977) 15 ff.; KUNZE ebda. 201 ff.; TH. RAISER, Festschrift Rob. Fischer (1979) 561 ff.; WIEDEMANN ebda. 883 ff.

¹⁰ Die vom Bundesjustizministerium 1972 eingesetzte Kommission für Unternehmensrecht hat die Insolvenz- und Sanierungsproblematik *nicht* behandelt: Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz (Köln 1980).

versucht. Sie wäre hier nur sinnvoll, wenn sie speziell im Hinblick auf Insolvenz- und Sanierungsprobleme gültig wäre. Deren Aufdeckung und Erörterung ist aber gerade das Ziel dieser Arbeit. Die Untersuchung geht deshalb zunächst ganz bewußt aus von dem nur umrißhaften Sachverhalt, der mit dem Begriff „Großunternehmen“ im allgemeinen assoziiert wird, wenn man sich solche Unternehmen als Gegensatz zu „kleinen und mittleren“ Unternehmen vorstellt. Regelmäßig, aber nicht notwendig, wird es sich um Kapitalgesellschaften handeln, und zwar solche, die – nach deutscher Einteilung – zumeist (aber ebenfalls nicht notwendig) als Aktiengesellschaften organisiert sind¹¹.

5. Die rechtspolitischen Überlegungen, die in dieser Untersuchung anzustellen sind, werden unterstützt durch *Rechtsvergleichung*. Ausführlich dargestellt und herangezogen werden die Entwicklung und die Praxis des amerikanischen Rechts, mehr cursorisch die einschlägigen Regelungen in England, Frankreich und Japan.

Der Vergleich mit dem Recht der *Vereinigten Staaten* gehört in der wissenschaftlichen Behandlung des Wirtschaftsrechts in Deutschland zur guten Tradition. Er ist im insolvenzrechtlichen Zusammenhang nicht weniger angebracht als bei der bisherigen Entwicklung des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts, die ja von rechtsvergleichenden Arbeiten zum deutschen und amerikanischen Recht ständig begleitet und gefördert wurde. Dort geht es um die Rahmenordnung der funktionierenden, hier um die rechtlichen Überlebensbedingungen der nichtfunktionierenden, notleidenden Unternehmen.

Der eigentliche Grund für die ausführliche Heranziehung des amerikanischen Rechts ist jedoch die Tatsache, daß die Vereinigten Staaten ein hochentwickeltes Sanierungsverfahren haben, das ursprünglich speziell für Großunternehmen ausgebildet wurde und auch heute – inzwischen gesetzestechnisch verschmolzen mit einem einfacheren Verfahrenstyp – für Unternehmen aus diesem Größenbereich zur Verfügung stehen soll. Dieses Verfahren hat eine über hundertjährige Geschichte hinter sich, die offen zutage liegt und in deutlichen Phasen verlaufen ist. Für die Weiterbildung des deutschen Insolvenzrechts kann die dort angehäuften Erfahrung von hohem Wert sein. Die amerikanische Praxis der Erhaltung insolventer Unternehmen ist zudem in starkem Maße juristisch durchdrungen und geformt – im Gegensatz zur deutschen Situation, wo das Sanierungswesen

¹¹ Zur Größen- und Typenfrage siehe auch OTT (N. 8) 19 ff., 239 ff.; RITTNER, Gedächtnisschrift Rödiger 74 ff.; KUNZE, Festschrift Rob. Fischer 365 ff.

als Ganzes bisher eine Domäne der Betriebswirtschaftslehre geblieben ist¹². Dies macht die amerikanische Erfahrung besonders geeignet als Anschauungsmaterial für Überlegungen darüber, welchen Beitrag gerade das Recht mit seinen Instrumenten auf diesem Gebiet leisten kann.

Die ausführliche Würdigung der amerikanischen Erfahrung ist schließlich auch deshalb angebracht, weil sie für die Insolvenzrechts-Reform schon oft, aber ohne näheres Bekanntsein, als Anregungsquelle benannt worden ist¹³. Es ist anzunehmen, daß sie bei Reformarbeiten, aber auch bei der Rechtsangleichung in Europa, immer wieder herangezogen werden wird.

Nach dem amerikanischen Vorbild ist 1952 in *Japan* ein Sanierungsverfahren für insolvente Aktiengesellschaften geschaffen worden¹⁴. Da es sich sehr eng an sein Vorbild anlehnt, wird es hier nur erwähnt werden, wo es zu Einzelproblemen eine abweichende Lösung vorsieht.

England hat in seinem Aktiengesetz seit langem ein Verfahren zur Umgestaltung der Kapitalstruktur, das auch für Sanierungszwecke im Fall der Insolvenz eingesetzt werden kann. *Frankreich* hat 1967 im Zuge der letzten Insolvenzrechts-Reform ein Sonderverfahren zur Erhaltung von national oder regional bedeutenden Unternehmen eingeführt, das aber in der Anlage viel enger ist als das amerikanische und englische und natürlich noch nicht die gleiche langjährige Praxis vorweisen kann. Dem deutschen Recht haben diese Verfahren voraus, daß sie bewußt auch für die Sanierung größerer Unternehmen allmählich entwickelt (so England) oder eigens für diesen Bereich entworfen wurden (so Frankreich). Gemeinsam ist ihnen andererseits der geringere Entwicklungsstand gegenüber dem amerikanischen Recht. Sie sollen deshalb nicht in Breite, sondern nur als abweichende Regelungstypen in ihren Grundzügen vorgestellt und im übrigen zu Einzelproblemen herangezogen werden¹⁵.

¹² Die juristische Behandlung konzentriert sich in Deutschland auf die Erläuterung der einzelnen Gesetzestexte und Rechtsfiguren. Umfassender bisher offenbar nur der unvollendet gebliebene Versuch einer Gesamtdarstellung des Sanierungsrechts von HUGO EMMERICH, *Die Sanierung*, 1. Teil (1930) 201 S.

¹³ Siehe z. B. Bundesjustizminister VOGEL (N. 4) 23; ARNOLD, DRpfl. 1977, 392 N. 80, 395; KALTENBÄCK, ÖJZ 1977, 63.

¹⁴ Darüber berichten (auf deutsch) NAKANO: in: *Japanisches Recht I: Grundprobleme des Zivilprozeßrechts* (hrsg. von BAUMGÄRTEL, 1977) 141–157; SHIMOJIMA, in: *Hogaku Shirin* 77 (1979) Heft 2, S. 1–10.

¹⁵ Auch in Italien ist 1979 ein Sondersanierungsverfahren für Großunternehmen eingeführt worden; es konnte in dieser Arbeit nicht mehr berücksichtigt werden, zumal es stark zugeschnitten erscheint auf die besondere Situation der italienischen Staatskonzerne: Gesetz Nr. 95 vom 3. 4. 1979, *Gazzetta Ufficiale* vom 4. 4. 1979 (Nr. 94). Einen ersten Bericht gibt PESCE, *RIW* 1980, 549ff.

Erstes Kapitel

Entwicklung und Situation der deutschen Gesetzgebung

A. Vergleichsverfahren

Unter den gesetzlichen Institutionen, die im Insolvenzfall Abwendung des Konkurses und Sanierung ermöglichen, steht im deutschen System auf dem ersten Platz der gerichtliche Vergleich nach der Vergleichsordnung von 1935. Seine Ursprünge reichen bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts.

I. Vorgeschichte

Als um 1870 die Arbeiten für eine einheitliche Konkursordnung begannen, gab es in Deutschland eine Vielfalt von Regelungen, die zur Abwendung des Konkurses eine Modifizierung von Gläubigerrechten zuließen¹. Für die Verfasser des ersten Entwurfs², der 1873 als „Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung“ veröffentlicht wurde, ließen sich die deutschen Staaten in drei Gruppen einteilen. Manche kannten die Bewilligung von Moratorien („Indulte“, „Quinquennellen“) durch die Staatsgewalt, andere auch Forderungsherabsetzungen durch Mehrheitsbeschluß der Gläubiger unter gerichtlicher oder behördlicher Aufsicht, noch andere schließlich – so auch Preußen – hatten beide Möglichkeiten im Zuge der Rechtsmodernisierung ganz abgeschafft³.

Mit den landesherrlich oder gerichtlich oktroyierten Moratorien hatte man schlechte Erfahrungen gemacht⁴. Aufgenommen wurde in den Ent-

¹ Über die Entstehung der Konkursordnung neuerdings UHLENBRUCK, KO-Festschrift 13–17 mit weiteren Hinweisen, und besonders ausführlich J. THIEME, KO-Festschrift 35 ff.

² Gemeinhin wird CARL HAGENS als der Verfasser des Entwurfs und damit als Schöpfer der Konkursordnung angesehen. Seine führende Rolle wird aber auf Grund neuerer Forschungen von THIEME (N. 1) 65 ff. in Zweifel gezogen.

³ Der damalige Rechtszustand ist zusammengestellt in den Motiven zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung (Berlin 1873) II 218–221.

⁴ So die Motive (N. 3) 218 f.; siehe auch JAEGER, Lehrbuch 216 f.

wurf jedoch eine voll ausgearbeitete Vergleichsregelung zur Abwendung des Konkurses, die eine Herabsetzung und Stundung von Forderungen durch Beschluß der Gläubiger unter gerichtlicher Kontrolle vorsah⁵.

In den Beratungen, die schließlich zur heute noch geltenden Konkursordnung von 1877 führten, konnte sich dieser Vorschlag nicht durchsetzen. Man meinte, das behauptete Bedürfnis für den konkursabwendenden Vergleich bestehe vor allem wegen der Unzulänglichkeit des eigentlichen Konkursverfahrens nach den noch geltenden antiquierten Landesrechten; die erhebliche Rechtsverbesserung durch das neue reichseinheitliche Gesetz werde deshalb den konkursvermeidenden Vergleich überflüssig machen⁶. Die Konkursordnung enthielt deshalb nur den „Zwangsvergleich“ innerhalb des Konkursverfahrens, der zur *Beendigung*, nicht zur *Abwendung* des Konkurses abgeschlossen werden konnte; nach der Konzeption des Gesetzes war er vor allem ein vereinfachter Weg, um die *Quote* festzustellen⁷. Bei dieser Lösung blieb man, als 1898 die Konkursordnung anlässlich der Schaffung des BGB und des neuen HGB überarbeitet wurde⁸.

Die Konkursordnung war mit ihren Neuerungen für die damalige Zeit tatsächlich ein großer Fortschritt und sie ist oft als ein Meisterstück der deutschen Gesetzgebung gepriesen worden⁹. Die Ablehnung des konkursabwendenden Vergleichs ließ aber vor allem die Wirtschaft unzufrieden.

Schon der 4. Deutsche Handelstag von 1868 hatte die Aufnahme dieser Institution in das Insolvenzrecht gefordert¹⁰. In den folgenden Jahrzehnten drängten Handels-, Gewerbe- und Juristenkreise, zu denen auch die Gläubigerschutzverbände gehörten, immer stärker auf die Einführung eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens¹¹. Man konnte dabei auf das europäische

⁵ §§ 233–256; dazu die Motive (N. 3) 218–236. Der Vergleich konnte allerdings von den im Termin anwesenden Gläubigern nur einstimmig angenommen werden, sollte dann aber, wenn gerichtlich bestätigt, auch die nicht anwesenden Gläubiger binden, §§ 249, 251.

⁶ HAHN, Materialien IV, 381–385. Vorher hatte sich bereits der 6. Deutsche Juristentag (1867) gegen die Einführung eines „Akkord-Verfahrens“ außerhalb des Konkurses ausgesprochen; siehe die Gutachten von KOMPE, LUPP und STUBENRAUCH, DJT I (1865) 40 ff., 134 ff., 164 ff., und die Beschlußfassung, 6. DJT III (1868) 120, 337.

⁷ HAHN (N. 6) 348 f.

⁸ HAHN/MUGDAN, Materialien VII 231.

⁹ Siehe dazu z. B. JAEGER(-LENT), KO S. XLV, XLIX, LV; UHLENBRUCK, NJW 1975, 897, und oben N. 1, mit Nachweisen über die vielen Lobsprüche.

¹⁰ Verhandlungen des Vierten Deutschen Handelstages (1868) 65 ff., 68.

¹¹ Eingehende Darstellung der Vorschläge und Forderungen in den Gutachten von LIEBLICH und CAHN für den 32. Deutschen Juristentag (1914) zu dem Thema: Ist die Schaffung eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens außerhalb des Konkurses wünschenswert und in welcher Form?: 32. DJT I (1914) 324–326, 347, 354, 746–751, 758–791.

Ausland verweisen, wo in dieser Zeit ein Staat nach dem anderen in irgendeiner Form solche Verfahren geschaffen hatte¹².

Zu Anfang des Jahrhunderts hatten diese Vorstellungen so viel Wiederhall gefunden, daß 1905 wiederum der Deutsche Handelstag sowie der Deutsche Anwaltstag den gerichtlichen „Präventiv-Akkord“ forderten¹³. Der Reichstag veranlaßte zur gleichen Zeit die Reichsregierung zur Vorlage einer Denkschrift, in der ausführlich die ausländischen Lösungen und das rechtspolitische Für und Wider dargelegt wurden¹⁴. Im Ergebnis mochte sich die Reichsregierung den erhobenen Forderungen nicht anschließen und fand darin die Zustimmung des Reichstags¹⁵. Es gab aber weitere Vorstöße der Wirtschaft in der Öffentlichkeit – Eingaben, Versammlungen und sogar eine „öffentliche Kundgebung“ in Berlin¹⁶ –, bis schließlich 1913 der Reichstag die Regierung aufforderte, einen Gesetzentwurf über den Zwangsvergleich außerhalb des Konkurses vorzulegen¹⁷. Dazu kam es jedoch wegen des Kriegsausbruchs nicht mehr. Stattdessen erging am 8. August 1914 eine Verordnung des Bundesrates über „die Anordnung einer Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens“¹⁸, die auf ein vier Tage zuvor beschlossenes Kriegsmaßnahmen-Gesetz gestützt war¹⁹. Aus dieser Verordnung, die zunächst als reiner Kriegsbehelf gedacht war, ist nach und nach das heute zur Verfügung stehende Vergleichsverfahren entwickelt worden.

¹² Englisch: „Arrangement“; französisch: „concordat préventif“; Österreich: „Ausgleich“. Über Stand und Inhalt der damaligen ausländischen Gesetzgebung LIEBLICH (N. 11) 327–332, 355–403; CAHN (N. 11) 717–750; JAEGER, KO (3. und 4. Aufl. 1913) § 173 Anm. 27; FREUND, ZHR 60 (1907) 67 ff.; DALHUISEN (oben N. 1) 36 ff., 44 ff., 53 ff., 73 ff., 80, 82 ff.

¹³ Die Entwicklung seit Beginn des Jahrhunderts bis in die zwanziger Jahre wird besonders ausführlich und übersichtlich dargestellt von KIESOW, VerglO (4. Aufl. 1932) Einl. S. XVII ff.; siehe außerdem LIEBLICH und CAHN (oben N. 11). Lebhaft befürwortet wurde der konkursabwendende gerichtliche Vergleich auch von ERNST JAEGER, dem großen Kommentator des Konkursrechts; siehe DJZ 1905, 753 ff.; LZ 1907, 132; LZ 1907, 584 ff.

¹⁴ Verhandlungen des Reichstages, Bd. 226 S. 5590.

¹⁵ Siehe dazu JAEGER, LZ 1907, 585.

¹⁶ Angaben bei KIESOW (N. 13) S. XIX f.; LIEBLICH (N. 11) 326; CAHN (N. 11) 746 f.

¹⁷ Siehe KIESOW (N. 13) S. XX.

¹⁸ RGBl. 363.

¹⁹ Gesetz vom 4. 8. 1914 über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen und über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts im Falle kriegerischer Ereignisse, RGBl. 327. Das Gesetz (§ 3 I) ermächtigte den Bundesrat, „während der Zeit des Krieges diejenigen gesetzlichen Maßnahmen anzuordnen, welche sich zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen als notwendig erweisen“.

II. Geschäftsaufsicht und Vergleich (1914 und 1916)

Die Geschäftsaufsicht nach der Verordnung vom 8. 8. 1914 konnte beim Konkursgericht beantragen, „wer infolge des Krieges zahlungsunfähig geworden“ war (§ 1). Das Gericht hatte dem Antrag stattzugeben, „wenn die Behebung der Zahlungsunfähigkeit nach Beendigung des Krieges in Aussicht genommen werden“ konnte (§ 3 I). Die Geschäftsaufsicht hatte zur Folge, daß die ungesicherten Gläubiger gegen den Schuldner nicht durch Zwangsvollstreckung oder Konkursantrag vorgehen konnten (§ 5); nicht betroffen von ihr waren Aus- und Absonderungsberechtigte, die wichtigsten der bevorrechtigten Gläubiger und Gläubiger aus erlaubten Geschäften des Schuldners *nach* der Anordnung der Geschäftsaufsicht (§ 9). Das Gericht bestellte eine „Aufsichtsperson“, die die Geschäftsführung des Schuldners überwachte, sie unter Umständen auch anderen Personen übertragen oder sogar selbst handeln durfte (§§ 6, 7). Der Schuldner sollte ohne Zustimmung der Aufsichtsperson nicht über Grundstücke verfügen und nur solche Verbindlichkeiten eingehen, die zur Geschäftsführung und für einen bescheidenen Lebensunterhalt notwendig waren. Die vorhandenen Mittel durften für Geschäftsführung und Lebensunterhalt, im übrigen aber nur zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden; über Umfang und Reihenfolge der Befriedigung bestimmte die Aufsichtsperson, im Streitfall das Gericht (§ 8). Alle Entscheidungen des Gerichts waren unanfechtbar (§ 11). Die Gläubiger hatten auf Einleitung und Ablauf des Verfahrens keinen rechtlich gesicherten Einfluß.

Von der Geschäftsaufsicht wurde bald reger Gebrauch gemacht²⁰. Sie zeigte jedoch Mängel, als der Krieg nicht das erwartete schnelle Ende nahm. Denn eine reguläre Beendigung der Aufsicht war nur aus „wichtigen Gründen“ vorgesehen (§ 10), und weder die Gläubiger noch das Gericht hatten eine Möglichkeit (noch der Schuldner einen besonderen Anreiz), während des Verfahrens auf eine Schuldenregulierung hinzuwirken. Die Geschäftsaufsicht verschaffte also, je länger der Krieg währte, ein leicht zu erlangendes Moratorium von unabsehbarer Dauer, in dessen Schutz und weitem Rahmen der Schuldner zu Lasten der alten Gläubiger ungehindert weiterwirtschaften konnte.

Um hier Abhilfe zu schaffen, erließ der Bundesrat Ende 1916 eine neue Verordnung über die Geschäftsaufsicht, die a) das gerichtliche Verfahren und die Aufsicht selbst vervollkommnete, b) die Bestellung eines Gläubi-

²⁰ Für 1915 verzeichnete die Statistik 3865 Verfahren der Geschäftsaufsicht gegen 4545 Konkursöffnungen und 1947 Konkursablehnungen mangels Masse; siehe JAEGER, KO (6./7. Aufl. 1936) § 163 Anm. 10 mit weiteren statistischen Angaben.

gerbeirats mit Aufsichtsrechten ermöglichte, vor allem aber c) die Möglichkeit eröffnete, die Geschäftsaufsicht durch einen „Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses“ abzuschließen²¹. Die Vorschriften über den Vergleich bildeten jetzt die Hauptmasse der Verordnung (§§ 33–65), und hier finden sich – teils angelehnt an die Regelung des Zwangsvergleichs in der Konkursordnung, teils neu geschaffen – bereits die meisten der Bauelemente, aus denen das heutige Vergleichsverfahren besteht²².

Praktisch war der Vergleich damit zum Ziel und Zweck des Verfahrens geworden, während die eigentliche Geschäftsaufsicht nunmehr den schützenden Rahmen bildete, innerhalb dessen der Versuch eines Vergleichsabschlusses gemacht werden konnte²³. Allerdings kannte auch die neue Verordnung keine Befristung der Geschäftsaufsicht. Wenn also ein Vergleich vom Schuldner nicht versucht wurde oder nicht zustande kam, konnten die Gläubiger ein Ende der Geschäftsaufsicht weiterhin nur erreichen, wenn sich „wichtige Gründe“ vorbringen ließen (§ 66), und lehnte das Gericht die Aufhebung des Verfahrens ab, so war sein Beschluß nicht anfechtbar (§§ 19, 68).

In dieser Form galt die Verordnung über die Geschäftsaufsicht bis weit in die Nachkriegszeit hinein. Sie wurde allerdings in den ersten Jahren nach dem Kriegsschluß nur noch wenig in Anspruch genommen, weil die sich steigernde Inflation von selbst eine Entschuldung der Unternehmen herbeiführte. Die Situation änderte sich sofort nach der Stabilisierung der Währung im November 1923. Durch die nunmehr eingeschlagene Deflationpolitik gerieten zahlreiche Unternehmen in Schwierigkeiten²⁴. Die Geschäftsaufsicht kam jetzt bei weiten Teilen der Wirtschaft in den Verruf, den Schuldnern eine allzu bequeme Zuflucht vor ihren Gläubigern zu bieten. Durch zwei Verordnungen wurden 1924 die Voraussetzungen für die Anordnung der Geschäftsaufsicht etwas verschärft, der Einfluß der Gläubiger auf Durchführung und Beendigung des Verfahrens gestärkt und

²¹ Verordnung des Bundesrats vom 14. 12. 1916 über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, RGBl. 1363.

²² Die Verordnung wurde erläutert u. a. von JAEGER, zunächst in Fortsetzungen: JW 1917, 66, 134, 189, 261, 326, 436, 507; dann in Buchform: Die Geschäftsaufsicht neuer Ordnung (Leipzig 1917).

²³ JAEGER, JW 1917, 67, 68, 326; ZZP 48 (1920) 141 f.

²⁴ Die Zahl der eröffneten und der mangels Masse abgelehnten Konkursverfahren war von zusammen 4129 im Jahr 1921 auf 497 im Jahr 1923 gefallen, die der Geschäftsaufsichten von 516 auf 163. Die Zahlen schnellten dann empor; 1924: 8034 Konkursanträge und 7111 Geschäftsaufsichten; 1925: 14805 und 6052; 1926: 15829 und 7454; siehe die Tabellen bei JAEGER (N. 20).

schließlich die Dauer der Geschäftsaufsicht zunächst auf ein Jahr, sodann auf drei Monate begrenzt²⁵.

Der weitverbreitete Unmut mit der Geschäftsaufsicht ließ sich dadurch nicht mehr besänftigen. Die zum Teil vehement vorgebrachte Kritik aus der Wirtschaft war inzwischen grundsätzlicher geworden und auf eine völlige Neugestaltung gerichtet. Bemängelt wurde vor allem, daß die Geschäftsaufsicht faulen Schuldnern und unfundierten Unternehmungen eine unverdiente Weiterexistenz ermögliche, zum Schaden der Gläubiger, der gesunden Unternehmen und der Allgemeinheit. Sie werde von „gewissenlosen Schuldnern“ ausgenutzt²⁶, behindere den „Reinigungsprozeß der Wirtschaft“ und die notwendige „Austilgung der Inflationsblüten“, und man sprach von „skrupellosen Schuldnern“ und der „wehrlosen Gläubigerschaft“²⁷. Gefordert wurde die völlige Abschaffung der vorbereitenden Geschäftsaufsicht, die Beschränkung des Vergleichs auf den wirtschaftlich „würdigen“ Schuldner und für das verbleibende Vergleichsverfahren eine Wende vom Schuldner- zum Gläubigerschutz bis hin zur „Gläubigerautonomie“, das heißt: Beherrschender Einfluß der Gläubigermehrheit auf Einleitung und Durchführung des Verfahrens und die Bedingungen des Vergleichs; Zurückdrängung des Richters auf die bloße Leitung des Verfahrensablaufs²⁸.

Das Ergebnis der Kritik war schließlich das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927 (RGBl. I 139), das am 1. Oktober 1927 in Kraft trat und damit die Verordnung über die Geschäftsaufsicht ablöste.

III. Die Vergleichsordnung von 1927

Als die Reichsregierung im Februar 1925 ihren Entwurf einer Vergleichsordnung vorgelegt hatte, zeigte sich, daß über den Wert der bisherigen Geschäftsaufsicht und der zu wünschenden Änderungen in den interessierten Kreisen durchaus keine einheitliche Meinung bestand. Gegenüber der vehementen Kritik aus der Wirtschaft meldeten sich jetzt vor allem aus der Wissenschaft und der konkursrichterlichen Praxis Stimmen, die für eine nüchterne und besonnene Verwertung der bisherigen Erfahrung plä-

²⁵ Verordnungen vom 8. 2. 1924 (RGBl. I 51) und vom 14. 6. 1924 (RGBl. I 641).

²⁶ CAHN, LZ 1926, 205.

²⁷ Siehe dazu BLEY, VerglO (2. Aufl. 1955) 3 und ZZP 52 (1927) 113 f., 120; JAEGER, DJZ 1926, 30, und LEVY, VerglO (2. Aufl. 1929) 5 f., die zu Skepsis gegenüber diesen politischen Schlagworten aufforderten.

²⁸ Kritik und Reformforderungen übersichtlich dargestellt bei KIESOW (N. 13) S. XIII.

dierten²⁹. Man warnte davor, wegen mancher Mißbräuche mit der alten Geschäftsaufsicht in wirtschaftlich besonders unruhiger Zeit das neue Gesetz aus einer prinzipiellen Gegnerschaft zur Institution des konkursabwendenden Vergleichs zu konzipieren. Verfehlt sei es insbesondere, auf die „Würdigkeit“ des Schuldners großes Gewicht zu legen, denn richtig verstanden sei der Vergleich ohnehin nicht eine Vergünstigung für den Schuldner, sondern habe den Interessen der Gläubiger zu dienen. Wenn zum Beispiel deren Interesse eine Vergleichsregelung mehr diene als die konkursmäßige Liquidation, bestehe kein Grund, den Vergleich an einer abstrakt umschriebenen „Unwürdigkeit“ des Schuldners scheitern zu lassen³⁰. Von dieser Grundhaltung aus wurde gegen den Entwurf und die endgültige Gesetzesvorlage entschiedene Kritik angemeldet³¹.

Beim Gesetzgeber fanden diese Stimmen kein Gehör. Das neue Gesetz war geprägt von dem Bestreben, den konkursabwendenden Vergleich schwerer erhältlich und nur dem wirklich vergleichswürdigen Schuldner zugänglich zu machen. Ersatzlos gestrichen wurde die allgemeine Geschäftsaufsicht, es blieb nur das eigentliche Vergleichsverfahren. Der Schuldner mußte die Eröffnung des Verfahrens beantragen und dafür die schriftliche Zustimmung einer qualifizierten Gläubigermehrheit beibringen, die er aber nunmehr – nach der Streichung der Geschäftsaufsicht – ohne den Schutz und die Hilfe des Gerichts einholen mußte. Dadurch wollte man den Schuldner zu größerer Eile bei der Vergleichsvorbereitung antreiben und unseriöse oder mangelhaft vorbereitete Vergleichsanträge verhindern³². Vollstreckungs- und Konkursperre galten erst, wenn das Gericht das Verfahren eröffnete (§§ 31, 32). Für die Zeit vor der Eröffnung gewährte das Gesetz nur mittelbaren Vollstreckungsschutz: Vollstreckungsmaßnahmen während der letzten dreißig Tage vor dem Vergleichsantrag waren nach der Eröffnung des Verfahrens vorläufig einzustellen, im Falle der späteren Annahme und Bestätigung des Vergleichs oder des

²⁹ Vor allem BLEY, ZJP 52 (1927) 113 ff., JAEGER (N. 27) und LEVY (angesehener Konkursrichter in Berlin und später Gründer der Zeitschrift „Konkurs- und Treuhandwesen“ – heute: KTS) (N. 27) und DJZ 1926, 1530 f.; LEVY sprach von einer „geräuschvollen, durch einen Teil der Tagespresse und mehrere Spitzenorganisationen der Wirtschaft unterstützten Gegenbewegung“ (gegen die Institution des konkursabwendenden Vergleichs); JAEGER meinte, daß „einzelne Verkehrskreise, besonders der Großindustrie, seine (des Vergleichs) radikale Beseitigung, nicht immer nur im Interesse der Wirtschaft, sondern mitunter in dem eigensüchtigen Bestreben, die schwächere Konkurrenz den Notständen der Zeit aufzuopfern“, verlangt hätten; DJZ 1927, 1315.

³⁰ BLEY (N. 29) 114 f., 118 f.

³¹ Vor allem BLEY und JAEGER (N. 29).

³² KIESOW (N. 13) S. XVIII.

Anschlußkonkurses wurden sie rückwirkend unwirksam (§§ 33, 70, 71, 84).

Im übrigen erhöhte das Gesetz die Schwelle für die Beantragung und das Zustandekommen des Zwangsvergleichs an verschiedenen Stellen. Für den Erlaßvergleich wurde eine Mindestquote von 30% verlangt (§ 6) und die geforderte Mehrheit für die Annahme des Vergleichs heraufgesetzt (§ 63)³³. Der Richter mußte anhand gesetzlich umschriebener Tatbestände die Vergleichswürdigkeit des Schuldners prüfen. Zwingende Gründe für die Zurückweisung des Vergleichsantrages waren: Flucht oder unentschuldigtes Ausbleiben; frühere Strafverfahren wegen betrügerischen Bankrotts; Herbeiführung des Vermögensverfalls durch Unredlichkeit oder Leichtsinns; böswillige Verzögerung des Vergleichsantrages (§ 22 Nr. 2–4). Die Eröffnung des Verfahrens war auch abzulehnen, wenn der Vergleichsvorschlag der Vermögenslage des Schuldners nicht entsprach (§ 22 Nr. 4); sie konnte abgelehnt werden, wenn innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Vergleichsantrag der Konkurs, eine Geschäftsaufsicht oder ein Vergleichsverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet oder mangels Masse abgelehnt worden war, oder der Schuldner in diesem Zeitraum den Offenbarungseid geleistet hatte (§ 23 Nr. 2 und 3), schließlich – bei Erlaßvergleichen – auch, wenn den Gläubigern weniger als die Hälfte ihrer Forderungen geboten wurde (§ 23 Nr. 1). Das Gericht mußte vor der Entscheidung über den Antrag die amtliche Berufsvertretung des Schuldners zu dem Antrag hören (§ 20). Schließlich sollten durch kurze Fristen (§§ 19, 20, 26, 66, 67 III) und Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten (§ 14) Verzögerungsmanöver ausgeschlossen werden. Der Vergleichsantrag, der nicht zur Eröffnung des Verfahrens oder zur Bestätigung des Vergleichs führte, galt nun als unwiderruflicher Konkursantrag (§§ 24, 71).

Nur wenig berücksichtigt wurden in dem Gesetz dagegen die Forderungen nach „Gläubigerautonomie“, das heißt nach weitgehender Herrschaft der Gläubigermehrheit über das Vergleichsverfahren. Das Gericht, nicht die Gläubiger, entschied über die Vergleichswürdigkeit des Schuldners, und es blieb dabei, daß der von der erforderlichen Mehrheit angenommene Vergleich vom Gericht bestätigt werden mußte (§ 67). Immerhin beschränkte das Gesetz aber gegenüber der früheren Regelung der Geschäftsaufsicht die Gründe, aus denen der Richter die Bestätigung

³³ Mehrheit der stimmberechtigten Gläubiger und 3/4 der Gesamtsumme der Forderungen, jedoch 4/5 bei einem Erlaß von mehr als 50% der Forderungen; bei bloßer Stundung bis zu einem Jahr mehr als die Hälfte der Gesamtsumme.