

Inhaltsverzeichnis

Einführung	1
Gang der Darstellung	2
Teil 1: Die Fortführungsfinanzierung in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht	5
Kapitel 1. Die Fortführungsfinanzierung in wirtschaftlicher Hinsicht	5
A. Die Einführung zur Empirie	6
I. Die Parameter der Interviews	6
II. Die Parameter der Online-Umfrage	8
B. Der Aussagegehalt der Zahlungsunfähigkeit	9
I. Die Zahlungsunfähigkeit als häufigster Eröffnungsgrund	9
II. Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit	10
III. Die Identität von Zahlungsunfähigkeit und Illiquidität	11
IV. Resümee	12
C. Wofür wird Geld gebraucht?	12
D. Die Liquiditätsbeschaffung	14
I. Die allgemeinen betriebswirtschaftlichen Möglichkeiten	14
II. Die insolvenzspezifischen Finanzierungsmöglichkeiten	17
1. Der Zahlungsstopp auf Altverbindlichkeiten	17
2. Das Insolvenzgeld	18
3. Die echten Massekredite	18
4. Weitere Masseverbindlichkeiten	21
5. Der Einzug von Forderungen (unechte Massekredite)	22
6. Der Widerruf von Lastschriften	22
7. Die Zahlungszusagen des vorläufigen Verwalters	23
8. Das Doppeltreuhandmodell	23
9. Die Umsatzsteuer	24
E. Forum shopping	24
F. Die künftigen Finanzierungsschwierigkeiten	25
I. Die Fälligkeit des Mezzanine-Kapitals	25
II. Die Auswirkungen der Finanzkrise	26
1. Restriktive Kreditvergabe aufgrund von Refinanzierungsschwierigkeiten	26
2. Restriktive Kreditvergabe aufgrund der Eigenmittelunterlegung	27
a) Der KSA	28
b) Der IRBA	28
c) Die Unterlegung von Massendarlehen	30
d) Basel III	30
III. Resümee	32
G. Einige Äußerungen zur Liquidität	32
H. Die Finanzierung verglichen mit anderweitigem Handlungsbedarf	34

I. Die Fortführungsfinanzierung	35
II. Arbeitsrechtliche Schwierigkeiten	35
III. Steuerrechtliche Schwierigkeiten	35
IV. Zu späte Antragstellung	36
V. Resümee	36
I. Die Ergebnisse des Kapitel 1	38

Kapitel 2. Die Fortführungsfinanzierung in rechtlicher Hinsicht 41

A. Die Pflicht zur Betriebsfortführung	41
B. Die Finanzierung im Eröffnungsverfahren	44
I. Der Einzug abgetretener Forderungen	44
II. Die Insolvenzgeldvorfinanzierung	46
1. Geschichte und europarechtlicher Kontext	46
2. Finanzierung und Voraussetzungen	47
3. Die Finanzierungsfunktion des Insolvenzgelds	48
4. Risiken der Vorfinanzierung für die Bank	52
5. Das Insolvenzgeld in Europa	52
6. Resümee zum Insolvenzgeld	53
III. Die Begründung von Masseverbindlichkeiten	53
IV. Die Besicherung im Wege des Treuhandkontenmodells	57
V. Die Besicherung in sonstiger Weise	61
1. Die Kostenbeiträge für Verwertung und Feststellung	61
2. Globalzessionen und Raumsicherungsverträge	62
3. Die Gefahr der Anfechtung im eröffneten Verfahren	63
a) Das Bargeschäftsprivileg	64
b) Die Begründung schutzwürdigen Vertrauens	64
c) Keine Gläubigerbenachteiligung bei Fortführung	65
d) Venire contra factum proprium	65
4. Resümee	65
VI. Die Nutzung von Gegenständen	66
VII. Zahlungszusagen	68
VIII. Weitere Finanzierungsmöglichkeiten	69
1. Die Zahlung von einem Anderkonto	70
2. Die Erfüllungswahl nach Verfahrenseröffnung	70
3. Die Einräumung eines Absonderungsrechts	70
4. Die gerichtliche Ermächtigung zur Abgabe eines Schuld- anerkennnisses	71
5. Das Erstarkungsmodell	71
6. Die sofortige Eröffnung des Verfahrens	72
7. Die analoge Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO	72
8. Eigentumsvorbehalt	72
IX. Die Finanzierung durch Gesellschafter	72
1. Darlehen	72
2. Eigenkapital	73
X. Die Besonderheiten des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO	73
C. Die Finanzierung im eröffneten Verfahren	74
I. Die Auswirkung der Verfahrenseröffnung auf bestehende Kreditlinien	74
II. Die Besicherung im eröffneten Verfahren	75
III. Die Kreditaufnahme im Planverfahren / Rahmenkredite	75

IV. Die Kreditaufnahme bei Eigenverwaltung	76
D. Die Konzernfinanzierung in der Insolvenz	76
E. Die Ergebnisse des Kapitel 2	78
Teil 2: Die Fortführungsfinanzierung in ausländischen Rechtsordnungen	81
Kapitel 3. Die Rechtslage in USA	81
A. Einige Charakteristika des US-Insolvenzrechts	81
I. Der Regelungsort	82
II. Der Beginn des Verfahrens	82
III. Der debtor-in-possession.....	82
IV. Der automatic stay	84
B. Eine Einführung zum DIP-financing.....	84
C. Der Kredit im Rang von administrative expenses	85
I. 11 U.S.C. § 364 (a), (b) – Masseverbindlichkeiten.....	85
II. Der Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsgangs.....	86
III. Das Verfahren der Kreditvergabe	87
IV. Die Unsicherheiten bei der Darlehensaufnahme	89
D. Supervorrang und nachrangige Besicherung nach 11 U.S.C. § 364 (c)	89
I. Gemeinsame Voraussetzungen der drei Varianten	90
II. 11 § 364 (c)(1) – Kredit mit Supervorrang	91
III. 11 § 364 (c)(2) – Besicherung mit freiem Vermögen	92
IV. 11 § 364 (c)(3) – Nachrangige Besicherung an belastetem Vermögen	93
E. Die erstrangigen Sicherheiten nach 11 U.S.C. § 364 (d).....	93
I. Das Verfahren	94
II. Das Erfordernis von adequate protection	94
III. Der Anwendungsbereich.....	98
F. Die Begrenzung der Rechtsmittel	99
G. Weitere Finanzierungsmöglichkeiten.....	100
I. Die Sicherheiten für Warenkreditgeber.....	100
II. Cash collateral	102
H. Die Geschichte des DIP-financing	102
I. Die theoretische Begründung des DIP-financing.....	106
J. Der Entscheidungsmaßstab der Gerichte.....	106
K. Der DIP-financing Markt	108
I. Die Entwicklung des Marktes bis zum Jahr 2008	109
II. Die Auswirkungen der Finanzkrise.....	111
III. Second lien loans	112
L. Die Motivation zur Darlehensvergabe	114
I. Große Sicherheit der Rückzahlung	114
II. Hohe Erträge	115
III. Informationsvorteile.....	116
IV. Vorteile nach der Beendigung des Verfahrens.....	116
V. Bereits in Geschäftsbeziehung stehende Kreditgeber	117
VI. Welche Unternehmen erhalten DIP-financing?	118
M. DIP-financing und Corporate Governance	118
I. Die Gründe für die Kontrollübernahme der Gläubiger	119
II. Die Auswirkungen der Kontrollübernahme	122
1. Auswirkungen des DIP-financing auf den Beginn des Verfahrens	122

2. Mehr going-concern Verkäufe als Reorganisationen	123
3. Kürzere Verfahren.....	124
4. Weniger Verletzungen der absolute priority rule	125
5. Einflussnahme auf die Zusammensetzung des Managements.....	126
6. Effizientere Verfahren.....	126
7. Cross-collateralization	127
III. Die Stellungnahme der Gerichte	129
IV. Mögliche Korrekturen des Gläubigereinflusses	131
V. Eine Würdigung des Gläubigereinflusses	133
N. Die weiteren Auswirkungen des DIP-financing	134
I. Höhere Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Reorganisation.....	134
II. Keine Aussage über die Wahrscheinlichkeit einer erneuten Insolvenz.....	135
III. Höhere Quoten für die Gläubiger.....	135
IV. Ein positives Signal für die Zukunft des Unternehmens	135
V. Reduziertes underinvestment	137
1. Bei Aufwendung eigener Mittel.....	138
2. Bei Fremdfinanzierung durch neue Kreditgeber	139
3. Bei Fremdfinanzierung mit Superpriorität durch neuen Kreditgeber.....	139
4. Bei Fremdfinanzierung durch bestehenden Kreditgeber.....	140
5. Bei Fremdfinanzierung in Superpriorität durch bestehenden Kreditgeber	140
6. Kritik.....	141
VI. Der Anreiz zu Spekulationsgeschäften (overinvestment)	141
O. Die Ergebnisse des Kapitel 3	145
Kapitel 4. Weitere Jurisdiktionen	147
A. Kanada	147
I. Das kanadische Insolvenzrecht	147
II. Die Entwicklung durch die Rechtsprechung	148
III. Die gesetzliche Regelung.....	150
IV. Die Kreditgeber.....	151
V. Der Eingriff in die Rechte gesicherter Gläubiger	152
VI. Weitere Finanzierungsformen	153
B. Japan.....	154
I. England	155
II. Der erste Anlauf im Jahr 1993	155
III. Der zweite Anlauf im Jahr 1999	155
IV. Der dritte Anlauf im Jahr 2009	159
V. Die Möglichkeiten der Praxis	161
C. Frankreich	162
I. Procédure de Conciliation.....	162
II. Redressement judiciaire	164
D. Weitere Länder.....	165
I. Australien.....	165
II. Belgien	165
III. Brasilien.....	165
IV. Finnland	166
V. Indien	166
VI. Polen	166

VII. Schweden	166
VIII. Spanien	167
IX. Südafrika	167
E. DIP-financing in internationalen Richtlinien	168
I. UNCITRAL	168
II. Weltbank	169
III. G 22 - Key Principles and Features of Effective Insolvency Regimes	169
IV. INSOL Principles for Multi-Creditor Workouts	169
V. EBRD – 10 Core Principles for an Insolvency Law Regime	170
F. Die Ergebnisse des Kapitel 4	170
Teil 3: Die Reform der Fortführungsfinanzierung im deutschen Insolvenzrecht	173
Kapitel 5. Die Rahmenbedingungen	173
A. Die gesamtwirtschaftliche Vorteilhaftigkeit	173
B. Die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung	174
C. Die Auslesefunktion	175
D. Eine Wertgarantie für Sicherheiten	180
E. Die Ergebnisse des Kapitel 5	182
Kapitel 6. Die Handlungsoptionen de lege ferenda	183
A. Die Finanzierung durch Altgläubiger	183
I. Der Ausschluss der Aufrechnung	183
II. Der Ausbau der Erfüllungsablehnung	185
1. §§ 103 bis 105 InsO	186
2. § 106 Abs. 1 InsO	186
3. § 107 Abs. 1 InsO	186
4. § 107 Abs. 2 InsO	187
5. § 108 Abs. 1 S. 1 InsO	187
6. § 108 Abs. 1 S. 2 InsO	188
7. § 108 Abs. 2 InsO	188
8. §§ 109 ff. InsO	189
9. Resümee zu den §§ 103 ff. InsO	190
III. Die Verschärfung der Anfechtung	190
IV. Die Erhöhung des Kostenbeitrags	190
V. Die Nutzung von belastetem Vermögensgut	191
VI. Kreditgewährungspflicht durch die Banken	192
VII. Der Ausschluss der Kündigung von Krediten	194
VIII. Moratorium	195
B. Die Finanzierung durch Neugläubiger	195
I. Die Reduzierung der Steuerlast	196
II. Die Änderung des § 55 Abs. 2 InsO	199
1. Ein Vorschlag der Finanzverwaltung aus dem Jahr 2005	199
2. Ein Vorschlag von Marotzke aus dem Jahr 2005	200
3. Ein Vorschlag zur Festschreibung des Einzelermächtigungsmodells	200
4. Resümee	201
III. Die Finanzierung durch Anleihen	202
IV. Direkte Anreize für Kreditgeber	202

V. Spezielle Fonds	203
VI. Die Finanzierung durch Lieferanten	205
VII. Lösungsansätze der Konzerninsolvenz	205
VIII. Abschaffung des Eröffnungsverfahrens	206
IX. Finanzierung mittels eines Debt-Equity-Swaps	207
C. Die Finanzierung durch Gesellschafter	207
D. Die Finanzierung durch Zuschüsse	208
E. Die Ergebnisse des Kapitel 6.	209
Kapitel 7. Im Detail: Die Erhöhung des Kostenbeitrags	211
A. Die Vorschläge im Bericht der Kommission für Insolvenzrecht 1985	211
B. Die ökonomische Funktion von Sicherheiten	215
I. Die Reduktion des Ausfallrisikos	215
II. Die Erleichterung der Vollstreckung	216
III. Die Auswirkungen auf die Gefahr von Spekulationsgeschäften	216
IV. Die Informationsvorteile	217
V. Die eventuelle Steigerung der Rendite	219
VI. Die Verhinderung externer Effekte	219
VII. Die zu späte Antragstellung aufgrund von Besicherung	219
VIII. Ungesicherte vs. gesicherte Gläubiger	220
IX. Resümee zu den Sicherheiten	220
C. Die Auswirkungen des Kostenbeitrags auf den Kreditmarkt	220
I. Konsortialkredite und Risikostreuung	221
II. Die geringe Bedeutung von Mobiliarsicherheiten für die Kredit- vergabe	222
III. Die Verdrängung von Sicherheiten durch negative covenants	223
IV. Die Kosten von Sicherheiten	224
V. Das Besicherungsrisiko	224
VI. Die Auswirkungen eines Kostenbeitrags auf die Zinsberechnung	225
VII. Die Eigenmittelunterlegung nach der SolvV	226
VIII. Resümee zu den Auswirkungen auf den Kreditmarkt	226
D. Kein Finanzierungsbeitrag der gesicherten Gläubiger	226
E. Eine moderate Erhöhung der Kostenbeiträge	227
F. Ein Kostenbeitrag für Immobilien	228
G. Die Ergebnisse des Kapitel 7	228
Kapitel 8. Im Detail: Direkte Anreize für Kreditgeber	230
A. Wortlaut, Verfahren sowie weitere Fragen	230
I. Wortlaut und Erläuterungen	230
1. Der Wortlaut	230
2. Keine Besonderheiten für das Planverfahren	231
3. Keine Besonderheiten für die Eigenverwaltung	231
4. Kein Entfallen der Zahlungsunfähigkeit durch den Neukredit	231
5. Keine Rücknahme des Eröffnungsantrags bei Versagung der Finanzierung	232
6. Die Veröffentlichung des Beschlusses	232
II. Verfahren	232
1. Ein ökonomisches Modell der Kreditvergabe?	233
a) Die Rechtslage bei Masseverbindlichkeiten	234

b) Die Kredite mit Supervorrang nach § 54a Abs. 1 InsO-E	235
c) Die erstrangig besicherten Kredite nach § 54a Abs. 2 InsO-E	237
2. Die Entscheidung über die Kreditaufnahme	238
a) Die Entscheidung im Eröffnungsverfahren	239
b) Die Entscheidung im eröffneten Verfahren:.....	240
c) Resümee zum Verfahren der Kreditaufnahme	242
3. Keine Unterscheidung nach dem gewöhnlichen Gang der Geschäfte.....	242
4. Kein Scheitern sonstiger Kreditaufnahme.....	243
5. Keine Gefahr zu vieler Verbindlichkeiten im Rang des § 54a InsOE.....	243
6. Die Rechtsmittel.....	244
III. Die zu erwartenden Schwierigkeiten	244
1. Die Kontrollübernahme durch die Gläubiger?	244
a) Die Existenz des Verwalters.....	245
b) Die Haftungsgefahren für Banken.....	245
c) Resümee zur Kontrollübernahme	248
2. Keine Nichtigkeit wegen Gläubigergefährdung	248
3. Cross-collateralization und roll-ups?	248
4. Die Bevorzugung von Beraterhonoraren.....	249
IV. Das größte Problem: der fehlende Markt	249
B. § 54a Abs. 1 InsO-E – Ein Supervorrang	251
I. Die Masseunzulänglichkeit als relevantes Szenario.....	252
II. Die verfassungsrechtlichen Implikationen des § 54a Abs. 1 InsO-E	253
III. Kein Vertrag zu Lasten Dritter.....	254
IV. Die ökonomische Analyse eines Supervorrangs nach § 54a Abs. 1 InsO-E	254
1. Die Neue Institutionenökonomik	256
a) Die Transaktionskostentheorie	257
b) Die Theorie der absoluten Verfügungsrechte.....	258
c) Die Theorie der relativen Verfügungsrechte	258
2. Die Kosten der Einführung	260
3. Die Auswirkungen auf die Kreditvergabe vor der Insolvenz	260
4. Die Auswirkungen auf die Kreditvergabe in der Insolvenz	260
5. Die Auswirkungen auf den Zeitpunkt der Antragstellung	261
6. Die Beseitigung von Rechtsunsicherheit.....	261
7. Die Auswirkungen auf die Auslesefunktion des Insolvenzrechts	262
8. Die Auswirkungen auf die fresh-start-Mentalität.....	262
9. Die Senkung der indirekten Insolvenzkosten.....	262
10. Die Überwindung von Kollektivhandlungsproblemen.....	263
11. Die Verringerung von Transaktionskosten.....	263
12. Ein Vorteil für Deutschland im Wettbewerb der Insolvenzrechte	263
V. Warum erst jetzt?	264
VI. Resümee zum Supervorrang	264
C. § 54a Abs. 2 InsO-E – Eine erstrangige Sicherheit	264
I. Die dogmatische Begründung des § 54a Abs. 2 InsO-E	266
II. Die verfassungsrechtlichen Implikationen des § 54a Abs. 2 InsO-E	266
1. Die Vereinbarkeit mit Art. 14 GG.....	266
a) Der Schutzbereich	266
b) Der Eingriff	266
c) Die Rechtfertigung	267

d) Art. 3 GG.....	270
2. Die Rückwirkung des Gesetzes.....	270
III. Der Ausgleich der Beeinträchtigung	272
1. Notwendigkeit eines Ausgleichs	272
2. Die Ausgestaltung des Ausgleichs	273
3. Weitere Kompensation bei unzureichendem Ausgleich.....	275
IV. Der Anwendungsbereich des § 54a Abs. 2 InsO-E.....	275
1. Die Beschränkung aufgrund des Ausgleichs.....	275
a) Die Fertigstellung von Projekten.....	275
b) Das Ausreizen von Sicherheiten	276
c) Die Sanierungsfinanzierung	276
2. Die Beschränkung aufgrund der Möglichkeiten de lege lata	276
3. Die Beschränkung auf bestimmte Sicherungsrechte	277
a) Keine Beschränkung auf Sicherheiten mit Publizität	277
b) Die akzessorischen Sicherheiten	277
c) Die aussonderungsberechtigten Gläubiger	278
d) Die absonderungsberechtigten Gläubiger	278
e) Die Grundpfandrechte	279
f) Die Raumsicherungsübereignung	280
g) Die Globalzession	281
4. Resümee zum Anwendungsbereich	281
V. Die ökonomische Analyse der Einräumung erstrangiger Sicherheiten	282
1. Zur Rolle von Sicherheiten in ökonomischer Hinsicht.	282
a) Die Reduktion des Ausfallrisikos	282
b) Die Erleichterung der Vollstreckung.....	282
c) Die Auswirkungen auf die Gefahr von Spekulationsgeschäften	283
d) Die Informationsvorteile	283
e) Die eventuelle Steigerung der Rendite	283
f) Die Verhinderung externer Effekte.....	283
g) Die zu späte Antragstellung aufgrund von Besicherung	283
h) Resümee zu den Sicherheiten.....	284
2. Die Auswirkungen auf den Kreditmarkt	284
a) Der Ausgleich.....	284
b) Die Veränderung der Rendite.....	284
c) Die geringen Auswirkungen auf die Zinshöhe	285
d) Die Eigenmittelunterlegung nach der SolvV.....	286
e) Keine negativen Auswirkungen bei Einführung des § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO	287
f) Der Geschäftszuwachs	288
g) Resümee	288
3. Die Auswirkungen auf die Versorgung mit Lieferungen und Leistungen	289
4. Resümee zu den Auswirkungen	289
VI. Resümee zu § 54a Abs. 2 InsO-E.....	290
D. Die Ergebnisse des Kapitel 8	290
Schlussbemerkung	293
Literaturverzeichnis	295

Anhang	311
A. Die Interviewpartner	311
B. Leitfaden Interview mit Insolvenzverwaltern.....	312
C. Die Online-Umfrage.....	314
D. 11 U.S.C. § 364.....	318
E. Der Vorschlag der UNCITRAL	320
F. World Bank Principles.....	321
G. INSOL.....	322
H. Der Gesetzgebungsvorschlag	324