

JOHANNES LOCHER

Schutz von
Sanierungsfinanzierungen
in Liquidationsverfahren

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
199*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 199

herausgegeben von

Rolf Stürmer



Johannes Locher

Schutz von
Sanierungsfinanzierungen
in Liquidationsverfahren

Ein deutsch-französischer Rechtsvergleich

Mohr Siebeck

Johannes Locher, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg und Grenoble; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht der Universität Freiburg i.Br.; 2019 Erste Juristische Staatsprüfung; 2023 Promotion; Rechtsreferendariat am OLG Karlsruhe.
orcid.org/0009-0001-3329-4629

ISBN 978-3-16-162580-0 / eISBN 978-3-16-162581-7

DOI 10.1628/978-3-16-162581-7

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022/2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Dezember 2022 fertiggestellt; für die Drucklegung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Juni 2023 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Jan Felix Hoffmann, der die Entstehung dieser Arbeit nicht nur durch wertvolle Anregungen und Kritik in erheblichem Maße gefördert hat. Ohne die organisatorischen und kreativen Freiräume, die er mir während meiner gesamten Zeit an seinem Lehrstuhl gewährt hat, wäre die Erstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen. Dank gebührt weiterhin Herrn Professor Dr. Alexander Bruns für die außerordentlich zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Zu danken habe ich auch Professor Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe „Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht“.

Zur Entstehung dieser Arbeit hat eine Vielzahl von Personen in unterschiedlichster Weise beigetragen. Stellvertretend für alle möchte ich an dieser Stelle meinen Freiburger Lehrstuhlkollegen Hannah Borchers, Tobias Hölzer und Paul Pommerening für ihre rege und stete Diskussionsbereitschaft sowie Victoria Marini für die akribische Durchsicht der Arbeit danken.

Mein größter Dank gilt jedoch meinen Eltern sowie Annika Maneval, die mich während meiner Studien- sowie Promotionszeit bedingungslos unterstützt und in allen Lebenslagen begleitet haben.

Freiburg im Breisgau, im Juli 2023

Johannes Locher

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
------------------	---

Teil 1

Die Sanierungsförderung zwischen Gläubigerschutz und Allgemeininteressen – Frankreich und Deutschland als Gegenpole

1. Kapitel: Die Interessenlage bei Sanierungsversuchen	19
2. Kapitel: Die Positionierung des deutschen und französischen Insolvenzrechts – Sanierung wegen oder trotz der Gläubigerinteressen?	31

Teil 2

Die Behandlung von Sanierungsfinanzierungen im deutschen und französischen Recht *de lege lata*

3. Kapitel: Risiken für Sanierungsfinanzierer aus Liquidationsverfahren	83
4. Kapitel: Schutzmechanismen im deutschen und französischen Recht <i>de lege lata</i>	86

Teil 3

Die Schaffung von Schutzmechanismen nach französischem Modell

5. Kapitel: Die französischen Mechanismen als Modell und das Ausscheiden ungeeigneter Instrumente	341
6. Kapitel: Allgemeine Parameter im Kontext der Verfahrenszwecke	357
7. Kapitel: Ein <i>privilège de conciliation</i> im deutschen Recht?	404
8. Kapitel: Modifikation der Masseverbindlichkeiten	473

Schlussbetrachtung	493
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	499

Literaturverzeichnis	505
Sachregister	537

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung.....	1
<i>A. Problemaufriss</i>	1
<i>B. Fragestellung und Ziel der Arbeit</i>	5
<i>C. Methode</i>	7
I. Rechtsvergleichung als Methode – Frankreich als Vergleichsgegenstand	7
II. Konzeptionelle Grenzen der Rechtsrezeption.....	9
1. Die Rechtsübertragung als „transfert culturel“	9
2. Übersetzungsprobleme	13
<i>D. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands – Begriffsbestimmungen und Themenbegrenzung</i>	14
<i>E. Gang der Untersuchung</i>	15

Teil I

Sanierungsförderung zwischen Gläubigerschutz und Allgemeininteressen – Frankreich und Deutschland als Gegenpole

1. Kapitel: Die Interessenlage bei Sanierungsversuchen	19
<i>A. Gläubigerseite</i>	19
I. Die Gläubigerinteressen im Allgemeinen.....	19
1. Befriedigungsaussichten	19
2. Besondere Kontinuitätsinteressen	21
II. Besonderheiten bei (Sanierungs-)Kreditgebern	23

<i>B. Schuldnerseite</i>	24
<i>C. Allgemeininteressen</i>	26
I. Der Unternehmenserhalt als wirtschafts- und sozialpolitisches Anliegen.....	26
II. Das insolvenzbedingte Marktausscheiden als Instrument der Marktordnung und Voraussetzung echten Wettbewerbs	27
III. Das Insolvenzrecht als Sanktionsinstrument	27
<i>D. Analyse der Interessenlage und Konsequenzen für die Ausrichtung eines Insolvenzrechts</i>	28

2. Kapitel: Die Positionierung des deutschen und französischen Insolvenzrechts – Sanierung wegen oder trotz der Gläubigerinteressen?..... 31

<i>A. Das Primat der Gläubigerinteressen als Konstante des deutschen Insolvenzrechts</i>	31
I. Unter Geltung von KO und VglO.....	31
1. Das Konkursverfahren als Liquidationsverfahren.....	32
2. Die VglO: Gesamtwirtschaftlich motivierter Unternehmenserhalt?.....	32
II. Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung	34
1. Die Erfassung der Insolvenzordnung: Der Unternehmenserhalt als Instrument der Gläubigerbefriedigung	34
2. Paradigmenwechsel durch das ESUG?	38
3. Paradigmenwechsel durch SanInsFoG und StaRUG?	39
a) Vorgaben der Richtlinie 2019/1023.....	40
aa) Zielvorgaben der Richtlinie.....	40
bb) Tatsächlicher Normbestand.....	41
(1) Ausschluss von Arbeitnehmerforderungen	41
(2) Das Kriterium des Gläubigerinteresses	42
(a) Kriterium des Gläubigerinteresses im Richtlinienentwurf	42
(b) Kriterium des Gläubigerinteresses in der endgültigen Richtlinie.....	43
cc) Gesamtbild	44
b) Umsetzung durch das StaRUG.....	45
aa) Gesetzesbegründung.....	45
bb) Tatsächlicher Normbestand.....	46

(1) § 4 S. 1 Nr. 1 StaRUG als Anreiz zu holdout-Strategien der Arbeitnehmer	46
(a) Die Zweckmäßigkeit von Eingriffen in Arbeitnehmerforderungen als Beweis fehlender Bestandsfähigkeit?	47
(b) Der fehlende Anspruch auf Insolvenzgeld und die besondere Schutzwürdigkeit der Arbeitnehmer	48
(c) § 4 S. 1 Nr. 1 StaRUG als Sanierungshindernis und Fremdkörper innerhalb des StaRUG	48
(2) Umsetzung des Kriteriums des Gläubigerinteresses, § 6 Abs. 2 StaRUG	49
cc) Zwischenergebnis	50
4. Fazit	51
<i>B. Die Entwicklung vom vollstreckungsrechtlichen droit des faillites zum gemeinwohlorientierten droit des entreprises en difficulté in Frankreich</i>	<i>52</i>
I. Das droit des faillites als repressives Gesamtvollstreckungsrecht – Die Rechtslage vor 1967	52
II. Die Reformen von 1967 als Zwischenschritt	56
III. Der Unternehmenserhalt im Zentrum des Interesses: Die Reformen ab 1985	59
IV. Die loi de sauvegarde 2005 und folgende Reformen	63
1. Persönlicher Anwendungsbereich	64
2. Procédures amiables	65
a) Mandat ad hoc	65
b) Procédure de conciliation	65
3. Procédures collectives	67
a) Procédure de sauvegarde	67
b) Redressement judiciaire	71
c) Liquidation judiciaire	73
4. Zwischenergebnis	75
<i>C. Vergleichende Würdigung: Frankreich und Deutschland als Gegenpole</i>	<i>76</i>

Teil 2

Die Behandlung von Sanierungsfinanzierungen im deutschen
und französischen Recht de lege lata

3. Kapitel: Risiken für Sanierungsfinanzierer aus Liquidationsverfahren	83
<i>A. Das Risiko einer weiteren Inanspruchnahme</i>	83
<i>B. Insolvenzbedingte Ausfallrisiken</i>	84
<i>C. Haftungsrisiken</i>	85
4. Kapitel: Schutzmechanismen im deutschen und französischen Recht de lege lata	86
<i>A. Der Schutz vor einer weiteren Inanspruchnahme</i>	86
I. Deutsches Recht	86
1. Auszahlungsansprüche als Teil der Insolvenzmasse	87
a) Generelle Unpfändbarkeit von Kreditansprüchen?	87
aa) Besonderes Vertrauensverhältnis als Hindernis?.....	87
bb) Pfändbarer Vermögenswert?	88
b) Zweckbindung als Hindernis?	89
aa) Unpfändbarkeit zweckgebundener Forderungen?.....	89
bb) Dissoziation von Pfändbarkeit und Massebeschlagnahme?.....	91
cc) Kritik	92
(1) Die zweckentsprechende Verwendung der Valuta als Inhalt der Leistungspflicht des Kreditgebers?	92
(2) Vollstreckungsrechtliche Relevanz der vereinbarten Zweckbindung?	94
(a) Beeinträchtigung legitimer Interessen des Drittschuldners im Fall der Pfändung?	94
(b) Vereinbarte Zweckbindungen und die Teleologie des § 851 Abs. 2 ZPO	96
(c) Die Unpfändbarkeit kraft vereinbarter Zweckbindung und die Privatautonomie der Parteien	97
(3) Fehlende Parallelität von § 851 ZPO i.V.m. § 399 BGB und § 36 InsO	99
dd) Zwischenergebnis	99

c)	Das Abruferfordernis als Fortsetzungshindernis? – Besonderheiten des Krediteröffnungsvertrags.....	100
aa)	Pfändbarkeit?	100
bb)	Übertragbarkeit auf die Insolvenz?	102
d)	Zwischenergebnis.....	102
2.	Vertragsbeendigung kraft Insolvenz?.....	103
a)	Folgen des StaRUG-Verfahrens	103
b)	Folgen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens	103
aa)	Vertragsbeendigung aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses.....	103
bb)	Gelddarlehen i.S.d. § 488 BGB.....	105
cc)	Krediteröffnungsvertrag	106
dd)	Die Kontokorrentbindung als Fortsetzungshindernis	108
(1)	Direkte Anwendung der §§ 116, 115 InsO auf das Kontokorrent?	109
(2)	Dennoch Beendigung des Kontokorrents insgesamt? ...	110
(3)	Anwendung der allgemeinen Maßstäbe	110
c)	Zwischenergebnis.....	112
3.	Kündigungsrecht des Kreditgebers	113
a)	Voraussetzungen der Kündigungsrechte.....	113
b)	Wirksamkeit von Lösungsrechten in der Insolvenz?	115
aa)	Insolvenzabhängige Lösungsrechte ohne gesetzliches Vorbild als Verstoß gegen § 119 InsO?	115
bb)	Kündigungsrechte als „insolvenzbezogene Reurechte“?.....	117
c)	Modifikation bei vereinbartem Sanierungszweck.....	120
4.	Ergebnis	121
II.	Französisches Recht.....	122
1.	Fortsetzung von Verträgen „intuitu personae“ auch in Kollektivverfahren?.....	123
2.	Die Behandlung des contrat de prêt	126
a)	Ansichten in der Literatur.....	128
b)	Die Position der Rechtsprechung	131
c)	Einordnung und Stellungnahme	135
aa)	Fehlende Einschränkung als Versehen	136
bb)	Der Darlehensvertrag als Realvertrag?	136
cc)	Zusammenspiel von Konsensualvertrag und sog. thèse volontariste.....	138
dd)	Zusammenspiel von Konsensualvertrag und Eigentumsübergang solo consensu.....	139
ee)	Weder paiement noch Verwirklichung des objet du contrat qua Vertragsschluss.....	140
(1)	Kein Eigentumsübergang solo consensu.....	141

(2) Verzerrung von objet du contrat und paiement – funktionsloses „Eigentum“	143
ff) Wertungswiderspruch zur ouverture de crédit.....	143
d) Fazit	144
3. Die Einbindung in ein Kontokorrent als Hindernis für eine Fortsetzung?	145
a) Vereinbarkeit der Fortsetzung mit den Prinzipien der procédures collectives	145
b) Fortsetzung auch in der liquidation judiciaire?	147
c) Keine indivisibilité: Die Teilbarkeit von Kreditbeziehung und Kontokorrent	148
4. Das Kündigungsrecht aus Art. L. 313-12 C.mon.fin.	149
a) Anwendbarkeit trotz Art. L. 622-13-I, 641-11-1, I C. com.....	149
b) Voraussetzungen und Rechtsfolgen.....	150
aa) Erfasste Kredite	150
(1) Art der Kredite	151
(2) Kredite auf bestimmte oder unbestimmte Zeit	151
bb) Kündigungsgründe Art. L. 313-12 al. 2 C.mon.fin.	152
(1) Comportement gravement répréhensible.....	152
(2) Situation irrémédiablement compromise.....	152
5. Das Scheitern von Sanierungsplänen als Beendigungsgrund für Kreditverträge?	155
a) Scheitern eines accord de conciliation.....	155
b) Scheitern eines plan de sauvegarde/redressement	157
6. Ergebnis	157
a) Kreditverträge im Spiegel der Reformen.....	158
b) Sanierungsförderung durch Zwang – Instrumentalisierung von bestehenden Verträgen	159
c) Sanierungsförderung durch Anreize für Kreditgeber?	159
d) Sanierungsförderung nach Verfahrenseröffnung zulasten der Sanierungsaussichten vor Verfahrenseröffnung und der impérialisme des procédures collectives	160
III. Vergleichende Würdigung.....	161
1. Historische Perspektiven.....	161
2. Gläubigerschutz zwischen Selbstzweck und Sanierungstool	162
<i>B. Der Schutz vor insolvenzbedingten Ausfallrisiken</i>	164
I. Deutsches Recht	164
1. Kreditvergabe im Rahmen eines StaRUG-Verfahrens	164
2. Masseforderungen.....	165
a) Neue Kredite	165
b) Bestehende Kredite im eröffneten Verfahren	166
aa) Erfasste Verträge.....	167

bb) Rechtsfolge	170
c) Bestehende Kredite im Eröffnungsverfahren.....	173
aa) Darlehen als Dauerschuldverhältnisse i.S.d. § 55 Abs. 2 S. 2 InsO	173
bb) „Inanspruchnahme“ der Gegenleistung.....	174
d) Einordnung.....	175
aa) Masseverbindlichkeiten aus dem Eröffnungsverfahren und die Abweisung mangels Masse gem. § 26 Abs. 1 S. 1 InsO	176
bb) Masseunzulänglichkeit im eröffneten Verfahren	178
cc) Konsequenzen	179
3. Kreditvergabe nach Annahme eines Insolvenzplans: Der Kreditrahmen gem. § 264 InsO als Anreiz zur Kreditvergabe?	180
a) Voraussetzungen	180
b) Rechtsfolge	181
c) Einordnung.....	182
4. Bestellung von Kreditsicherheiten	185
a) Wirkungsmechanismus von Sicherheiten am Schuldnervermögen.....	185
aa) Verwertungsrecht und Zeitpunkt der Befriedigung	186
bb) Kostenbeiträge und der Umfang der Befriedigung.....	187
cc) Plangestaltbarkeit von Realsicherheiten?	188
b) Personalsicherheiten und Sicherheiten an schuldnerfremden Gegenständen.....	189
c) Einordnung.....	190
5. Anfechtungs- und Nichtigkeitsrisiken.....	191
a) Die besondere Gefährdungslage der Sanierungsfinanzierer im Rahmen der Insolvenzanfechtung	191
b) Schutzmechanismen für Sanierungsfinanzierer?	193
aa) Deckungsanfechtung und Bargeschäfteprivileg.....	194
(1) Kreditsicherheiten.....	195
(2) Zahlung von Zins und Tilgung.....	196
(3) Zwischenbefund.....	197
bb) Vorsatzanfechtung und Sanierungsgutachten.....	197
cc) Privilegierung der §§ 89 f. StaRUG	199
dd) Vollzug von Planmaßnahmen, § 90 StaRUG	201
c) Nichtigkeit gem. § 138 BGB	202
aa) Anfängliche Übersicherung.....	203
bb) Knebelung.....	203
cc) Gläubigergefährdung.....	205
dd) Zwischenergebnis	207
d) Ergebnis	208
6. Ergebnis.....	209

a) Schutz und Schutzlücken.....	209
b) Die Gläubigerinteressen als Paradigma	210
II. Französisches Recht.....	211
1. Die Kreditvergabe außerhalb von Kollektivverfahren und das privilège de conciliation	212
a) Voraussetzungen	212
aa) Begrenzung der Reichweite nach der Art des Beitrags.....	212
bb) Begrenzung der Reichweite nach dem Ziel des Beitrags	213
cc) Homologation.....	215
b) Rechtsfolgen	216
aa) Das Konzept des privilège général	216
bb) Fortbestehen über mehrere Verfahren?	217
cc) Recht zur Zahlung bei Fälligkeit (paiement à l'échéance)?	218
c) Einordnung.....	220
d) Zwischenergebnis.....	221
2. Die Kreditvergabe nach Eröffnung eines Kollektivverfahrens: Das privilège des créanciers postérieurs méritants und das privilège de sauvegarde/redressement	222
a) Die Kreditvergabe innerhalb der liquidation judiciaire: Die Kreditgeber als einfache créanciers postérieurs méritants.....	222
aa) Entstehungsgeschichte.....	222
bb) Auszahlungen in der liquidation judiciaire	224
(1) Neue Verträge	225
(2) Fortsetzung bestehender Verträge	225
(3) Rechtsfolgen	227
(a) Paiement à l'échéance.....	227
(b) Paiement par privilège	229
b) Kreditvergabe in einem Sanierungsverfahren: Die progressive Anerkennung einer rechtlichen Sonderrolle?	230
aa) Das privilège des créanciers postérieurs méritants als vor der Reform von 2020 allein maßgeblicher Rahmen	230
(1) Umwandlung in eine liquidation judiciaire.....	231
(2) Die Kreditvergabe in einem abgeschlossenen vorangegangenen Verfahren: Die sog. „créanciers antéro-postérieurs“	232
(a) Fortbestehen des Privilegs und paiement à l'échéance.....	232
(b) Rangfragen	234
(3) Zwischenergebnis	235
cc) Die Einführung eines „privilège de sauvegarde/ redressement“ im Zuge der Covid-19-Pandemie.....	236
(1) Kreditvergabe während der période d'observation	236

(2) Kreditvergabe nach Annahme eines Plans	239
(3) Zwischenergebnis	241
dd) Verstetigung durch die Reform 2021?	241
(1) Kreditvergabe während der période d'observation	242
(2) Die Kreditvergabe nach Annahme eines Plans: Das „privilège post-plan“	243
ee) Zwischenergebnis	244
c) Einordnung	245
aa) Entwicklungslinien – Sonderstellung der Sanierungsfinanzierung?	245
bb) Das privilège des créanciers postérieurs méritants als „Papiertiger“?	246
(1) Das Bestehen eines wirksamen Rangvorrechts als Trugbild	247
(2) Bezahlung aus dem verfügbaren Vermögen – Païement à l'échéance	251
(a) Pflicht zur Einzahlung sämtlicher verfügbarer Summen	251
(b) Die Sonderrolle des super privilège der Arbeitnehmer	253
d) Ergebnis	253
3. Die Bestellung von Kreditsicherheiten als Ausweg?	255
a) Realsicherheiten ohne Exklusivität: Die sûretés réelles traditionelles	256
aa) Traditionelle Realsicherheiten im Spiegel der Insolvenzrechtsreformen	256
(1) Fortschreitende Entwertung der Realsicherheiten ab 1967	257
(2) Wiedererstarben der traditionellen Realsicherheiten 1994?	260
(3) Die Bedeutung der Realsicherheiten de lege lata	260
bb) Zwischenbefund	262
b) Drittsicherheiten	263
c) Sûretés exclusives	265
aa) Droit de rétention	267
(1) Das Blockadepotential des Besitzpfands	267
(2) Die Zwitterstellung der besitzlosen Pfandrechte	269
(a) Gleichstellung mit traditionellen Realsicherheiten in sauvegarde und redressement	269
(b) Erstarben zur exklusiven Sicherheit in der liquidation	271
bb) Fiducie-sûreté	271

(1) Teilweise Unverwertbarkeit in sauvegarde und redressement	272
(2) Die fiducie als „reine des sûretés“ innerhalb der liquidation	273
d) Sonderfall: Die Besicherung eines accord de conciliation	274
aa) Sicherheiten für „alte“ Forderungen	275
bb) Sicherheiten für neue Forderungen	277
e) Zwischenbefund	279
aa) Der Einfluss auf die Sanierungsaussichten als Determinante der Wirksamkeit	280
bb) Konstruktionen als Schleier für einen neuen Pragmatismus	281
4. Anfechtungs- und Nichtigkeitsrisiken	283
a) Grundstrukturen der Anfechtung und die besondere Gefährdungslage der Sanierungsfinanzierer	283
b) Die nullités de la période suspecte	284
aa) Relevanter Zeitraum und die Einwirkungen der conciliation	285
bb) Angreifbare Rechtshandlungen	285
(1) Begründung von Verbindlichkeiten	287
(2) Bestellung von Sicherheiten	288
(3) Erfüllung von Verbindlichkeiten	289
cc) Fazit	292
c) Die action paulienne	294
aa) Abgrenzung von den nullités de la période de suspecte und Anwendbarkeit bei Eröffnung einer procédure collective	294
bb) Voraussetzungen im Allgemeinen	294
(1) Objektive Voraussetzungen	295
(2) Subjektive Voraussetzungen	296
cc) Ausübungsberechtigte und Rechtsfolgen	297
(1) Grundsatz	297
(2) Im Rahmen der procédures collectives	298
dd) Die Anfechtung von neuen Verbindlichkeiten, Zahlungen und Sicherheiten im Besonderen	299
(1) Anfechtbarkeit der Begründung neuer Verbindlichkeiten	299
(2) Anfechtbarkeit der Erfüllung von Forderungen	300
(3) Bestellung von Sicherheiten	302
ee) Zwischenergebnis	303
d) Zwischenbefund	303
5. Ergebnis	304

a) Die Sanierungsfinanzierer als Schlüsselfiguren der Verfahren?	304
b) Sanierungsaussichten als Leitmotiv und Rückkehr zu alten Lösungen?	306
c) Wertungspluralismus?	307
aa) Die Wirksamkeit von Kreditsicherheiten als Sanierungshemmnis	307
bb) Die Wirksamkeit von Kreditsicherheiten und der Anfechtungsschutz als „Sanierungstool“	308
cc) Auswirkungen auf die Kreditwürdigkeit außerhalb von Insolvenzverfahren	309
III. Vergleichende Würdigung	310
1. Schutzniveau in Theorie und Wirklichkeit	310
2. Die Bedeutung der Gläubigerinteressen	312
C. Schutz vor Haftungsrisiken	314
I. Deutsches Recht	314
1. Die Sanierungsfinanzierung als Beihilfe zur Insolvenzverschleppung	314
2. Sanierungsfinanzierung als Sittenverstoß	316
a) Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB	316
b) Das Privileg aus § 89 Abs. 1 StaRUG	319
3. Ergebnis	319
II. Französisches Recht	320
1. Die deliktische Haftung für missbräuchliche Finanzierungen: Soutien abusif und crédit ruineux	320
2. Die begrenzte Haftungsfreistellung durch ein „principe d’irresponsabilité“	321
3. Verbleibende Haftungsrisiken	323
4. Rechtsfolgen	325
5. Ergebnis	327
III. Vergleichende Würdigung	328
D. Gesamtschau – Sonderrolle der Sanierungsfinanzierer de lege lata?	329
I. Französisches Recht	329
1. Entwicklungslinien	329
2. Der impérialisme des procédures collectives und die Suche nach einem Interessenausgleich	330
3. (In-)Effektivität der Schutzmechanismen und Erfolg der Sanierungsverfahren	332
II. Deutsches Recht	333
1. Entwicklungslinien	333

2. Primat der Gläubigerinteressen	334
III. Gesamtvergleich	335
1. Historische Perspektiven	335
2. Der theoretische Stellenwert der Gläubigerinteressen und praktische Konsequenzen	336

Teil 3

Schaffung von Schutzmechanismen nach französischem Modell

5. Kapitel: Französische Mechanismen als Modell – Ausscheiden ungeeigneter Instrumente	341
<i>A. Aussonderungskraft gewisser Realsicherheiten</i>	341
I. Ungeeignetheit zur Bewältigung des Anreizproblems	342
II. Übergehen der Differenzierung zwischen Aus- und Absonderungsrechten	342
III. Störung der Betriebsfortführung: Das Insolvenzverfahren als Weg zur „Entdeckung der optimalen Verwertungsart“	343
IV. Fazit	345
<i>B. Haftungsfreistellung für Kreditvergaben</i>	345
<i>C. Rangvorrecht für Kreditvergaben im StaRUG-Verfahren</i>	346
<i>D. Beschränkung von Masseverbindlichkeiten</i>	346
I. Beitrag zur Bewältigung des Anreizproblems	346
II. Interpretationsoffenheit des französischen Vorbilds und Übertragung	347
<i>E. Privilegierung von Kreditforderungen bei Masseunzulänglichkeit bzw. als Supermassesforderung</i>	348
<i>F. Exkurs: debtor-in-possession-financing nach US-amerikanischem Recht</i>	348
I. Kreditforderungen als administrative expenses, 11 U.S.C. § 364 (a), (b)	349
II. Bevorrechtigung von Kreditforderungen nach 11 U.S.C. § 364 (c)....	350
1. Massevorrang, 11 U.S.C. § 364 (c)(1)	350
2. Besicherung an unbelastetem Vermögen, 11 U.S.C. § 364 (c)(2)	351
3. Nachrangige Besicherung an belastetem Vermögen, 11 U.S.C. § 364 (c)(3)	352

III. Vorrang auch vor gesicherten Gläubigern nach 11 U.S.C. § 364 (d)	352
IV. Ergebnis	354
G. Ergebnis	355

6. Kapitel: Allgemeine Parameter im Kontext der Verfahrenszwecke	357
---	-----

A. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit.....	357
--	-----

I. Verletzung der Eigentumsfreiheit?	358
1. Umgestaltung für die Zukunft.....	358
a) Sicherungsrechte als „Eigentum“ i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG?	358
b) Rechtfertigung einer Umgestaltung.....	360
2. Vorrang auch gegenüber schon bestehenden Sicherungsrechten	364
3. Die Stellung der übrigen Gläubiger	365
II. Die Bevorrechtigung von Sanierungsfinanzierern als Gleichheitsverstoß?	366
III. Ergebnis	368

B. Gläubigergleichbehandlung und Verfahrenszweck.....	369
---	-----

I. Stand der Diskussion in Frankreich.....	370
1. Pragmatismus vor 1985.....	370
2. „Désacralisation“ des Grundsatzes nach 1985	371
3. Übertragbarkeit ins deutsche Recht?	372
a) Ungleichbehandlung von Ungleichen?	372
b) Gemeinwohlbelange.....	375
c) Zwischenfazit zur Rolle der Verfahrenszwecke	376
d) (Un-)Gleichbehandlung (nur) als Frage der Zweck- mäßigkeit?.....	376
II. Meinungsbild in Deutschland.....	377
1. Gleichbehandlung als ordnungsrechtliches Gebot	377
2. Gleichbehandlung (nur) als verfassungsrechtliches Prinzip.....	378
3. Gleichbehandlung als verfahrensrechtliches Prinzip.....	379
4. Gleichbehandlung als Ausdruck einer Interessengemeinschaft.....	380
5. Gleichbehandlung als (hypothetische) privatautonome Regelung	382
6. „Ausgleichshaftung“ nach Häsemeyer	385
7. Gleichbehandlung als Auffangprinzip	388

8. Verhältnis zum Prioritätsprinzip	390
a) Das Prioritätsprinzip als Ausfluss der Privatautonomie des Schuldners?	391
b) Das Prioritätsprinzip als gerechte Lösung?	393
III. Ergebnis	395
<i>C. Die ökonomische Effizienz als Prinzip des deutschen Insolvenzrechts? .</i>	<i>396</i>
I. Ökonomische Effizienz	396
II. Stellenwert der ökonomischen Effizienz im Kontext des deutschen Insolvenzrechts	397
1. Die Effizienz als Leitmotiv der Gesetzesbegründung	398
2. Gläubigerautonomie und Effizienz im System der Insolvenzordnung	399
<i>D. Ergebnis und weiterer Gang der Darstellung</i>	<i>402</i>
7. Kapitel: Ein privilège de conciliation im deutschen Recht? .	404
<i>A. Bisherige Reformdiskussion</i>	<i>404</i>
I. Deutsche Diskussion	404
II. „Fresh-money“-Privilegien als Gegenstand von Reformvorschlägen	405
1. Der UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law und der Vorentwurf für ein europäisches Wirtschaftsgesetzbuch der Association Henri Capitant	405
2. Der europäische Richtlinienentwurf zur Harmonisierung bestimmter Aspekte der nationalen Insolvenzrechte	406
<i>B. Gläubigergleichbehandlung als Hürde?</i>	<i>408</i>
I. Stand der Diskussion in Frankreich	408
1. Beurteilung des privilège de conciliation	408
2. Übertragbarkeit ins deutsche Recht?	409
a) „Ungleichheit“ der Geber von Sanierungsfinanzierungen aufgrund ihres Beitrags zum Unternehmenserhalt?	409
b) Gemeinwohlbelange	410
c) Zwischenbefund	410
II. Bisherige Ansätze im deutschen Recht	411
1. Konstruktionsbezogene Begründungsmuster	411
a) Konstruktionsmöglichkeiten einer Bevorrechtigung	411
b) „Dinglichkeit“ als petitio principii	412
c) Vorinsolvenzlichkeit des Rechts	413
2. Privatautonomie als Grundlage?	414

a) Privatautonome Rekonstruierbarkeit des Vorrechts?.....	414
b) Disponibilität der Haftungsordnung?	415
3. Wirtschaftliches Leistungsprinzip nach Dorndorf.....	416
4. Ausgleichshaftung und haftungsrechtliche Neutralität?.....	418
5. Wertverfolgung.....	421
6. Gläubigerinteressen	422
III. Gläubigergleichbehandlung als Grundprinzip eines Kreditsicherungsrechts?	423
C. Funktionelle Analyse	426
I. Funktionen und Funktionsbedingungen von Kreditsicherheiten.....	426
II. Die ökonomische Effizienz einer vorrangigen Kreditsicherheit	428
1. Die Reduktion von Kreditkosten zwischen Modigliani-Miller- Theorem und nonadjusting creditors	429
2. Kreditsicherheiten als Voraussetzung für die Kreditvergabe: Mittel zur Wertsteigerung oder Anreiz für „debtor misbehavior“ und „overinvestment“?	432
a) Kreditrationierung als Reaktion auf Unsicherheiten.....	433
b) Ausbleiben solcher Vorhaben als effizientere Alternative?.....	434
3. Die Auswirkungen auf „einfache“ Kreditsicherheiten: Effizienzverluste durch die Möglichkeit zur vorrangigen Besicherung?	436
a) Verlust von Kostenvorteilen der einfachen Kreditsicherheiten am Schuldnervermögen und mögliche Ausweichbewegungen.....	437
b) Internalisierung von Risiken und Vermeidung von ineffizienten Maßnahmen.....	440
c) Beseitigung von Blockadepotentialen und -interessen	441
aa) Blockadepotentiale in StaRUG- und Insolvenz- planverfahren	441
bb) Anreiz zur Beteiligung an freien Sanierungen	441
d) Zwischenfazit	442
4. Entstehung von „effets pervers“ und die Abstimmung mit anderen Schutzmechanismen.....	442
a) Verhältnis zur freien Sanierung	443
b) Verhältnis zu den Vorrechten bei Kreditvergabe im eröffneten Verfahren	444
5. Ergebnis	444
III. Die Publizität als Voraussetzung einer vorrangigen Kreditsicherheit?	445
1. Publizität als Voraussetzung für eine bevorrechtigte Befriedigung?	446
a) Inkonsequente Verwirklichung in KO und InsO	447

b) Fehlende Eignung der sachenrechtlichen Publizität als Informationsgrundlage für eine Kreditgewährung	447
aa) Beschränkte Reichweite der Publizität in personeller Hinsicht	447
bb) Beschränkte Reichweite der Publizität in sachlicher Hinsicht	449
c) Ergebnis	450
2. Publizität als Frage der Zweckmäßigkeit	451
a) Schadenswirkungen der Publizität	451
b) Die Publizität als wirtschaftliche Notwendigkeit	452
c) Praktische Fragen	452
IV. Verfahrensmäßige Umsetzung	454
1. Gläubigerbeteiligung und Rechtsmittel	454
2. Insolvenzgerichte als Entscheidungsinstanz?	455
a) Entscheidungsmonopol von Schuldner und Kreditgeber?	456
b) „magistrature économique“ oder Gläubigerherrschaft?	458
aa) Mindeststandard der Restrukturierungsrichtlinie	458
(1) Das Kriterium des Gläubigerinteresses und „unangemessene“ Beeinträchtigungen der Interessen durch neue Finanzierungen	458
(2) Diktat der Mehrheit und Verhinderung von Missbrauch	460
bb) Weitere materielle Bestätigungsschwellen?	461
<i>D. Das privilège de conciliation als Vorbild auch für einen wirkungsvollen Kreditrahmen?</i>	<i>463</i>
I. Funktionelle Analyse	464
II. Verhältnis zur Gläubigergleichbehandlung	465
1. Begründungsbedürftigkeit gegenüber Absonderungsberechtigten?	467
2. Begründungsbedürftigkeit und Begründbarkeit gegenüber Insolvenzgläubigern	467
a) Gegenüber den Gläubigern des ersten Verfahrens	468
b) Gegenüber den Gläubigern des zweiten Verfahrens	470
III. Ergebnis	470
<i>E. Gesamtschau</i>	<i>471</i>
8. Kapitel: Modifikation der Masseverbindlichkeiten	473
<i>A. Bisherige Reformdiskussion</i>	<i>473</i>
<i>B. Ökonomische Effizienz</i>	<i>474</i>

I. Auswirkungen auf die Kreditkosten	475
1. Auswirkungen auf die vorinsolvenzliche Kreditgewährung	475
2. Auswirkungen auf die Kreditgewährung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens.....	475
a) Folgen eines Supervorrangs.....	475
b) Folgen einer Begrenzung der Masseverbindlichkeiten	476
II. Ermöglichung von Finanzierungen – Vermeidung von underinvestment.....	477
III. Setzung von Fehlanreizen?.....	477
1. Die Privilegierung als Ursache für overinvestment?.....	478
2. Anreiz zu übermäßig riskantem Verhalten.....	478
3. Anreiz zum Gang ins Insolvenzverfahren und Entstehung von Wettbewerbsverzerrungen	479
IV. Ergebnis	480
<i>C. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung</i>	<i>481</i>
I. Vorrang von neuen Kreditgebern gegenüber Massegläubigern („Supervorrang“).....	481
1. Begründungsbedürftigkeit gegenüber dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung?	481
a) Sicherheiten für Kreditierungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz und die Gläubigergleichbehandlung	481
b) Masseunzulänglichkeit und Gläubigergleichbehandlung	482
2. Begründbarkeit einer Abweichung.....	483
3. Ergebnis.....	485
II. Die Beschränkung von Masseverbindlichkeiten als Problem der Gläubigergleichbehandlung?	485
1. Französische Diskussion.....	485
2. Die Beschränkung von Privilegierungen als Gleichbehandlungsproblem?	487
<i>D. Die Beschränkung der Masseverbindlichkeiten als Durchbrechung des Gleichlaufs von Freiheit und Verantwortung</i>	<i>488</i>
I. Der Gleichlauf von Freiheit und Verantwortung als Grundsatz.....	488
II. Sonderrolle der öffentlichen Hand?	490
<i>E. Ergebnis.....</i>	<i>491</i>
 Gesamtschau: Die Verfahrensziele als Determinanten der Übertragbarkeit von Bevorrechtigungen.....	491

Schlussbetrachtung.....	493
<i>A. Perspektiven einer (europäischen) Rechtsvereinheitlichung</i>	493
<i>B. Gesamtergebnis</i>	497
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	499
<i>1. Teil</i>	499
<i>2. Teil</i>	500
<i>3. Teil</i>	503
Literaturverzeichnis	505
Sachregister.....	537

Einleitung

A. Problemaufriss¹

Soll ein krisenbehaftetes² Unternehmen saniert werden, erfordert das in aller Regel die Zufuhr neuer Liquidität durch Kreditgeber; bleibt diese aus, ist das meist gleichbedeutend nicht nur mit dem Scheitern des Sanierungsversuchs, sondern des Unternehmens insgesamt, so dass dessen Zerschlagung droht.³ Diese birgt jedoch die Gefahr, im Unternehmen verkörperte Werte zu vernichten, die bei Gelingen einer Sanierung möglicherweise erhalten werden könnten.⁴ Umgekehrt ist aber auch ein Sanierungsversuch nicht *per se* wünschenswert,⁵ sondern kann auch die Lage aller Beteiligten verschlechtern, wenn hiermit nicht bestandsfähige Unternehmen am Leben gehalten werden, die für ihre Gläubiger bei sofortiger Zerschlagung mehr wert sind als bei einer Fortführung.⁶

Die Schlüsselstellung, die potentiellen Kreditgebern hiernach für die Sanierung zukommt, droht vor diesem Hintergrund zum Problem zu werden. Denn Kreditgeber werden ihre Finanzierungsentscheidungen in einer Marktwirtschaft nicht aufgrund altruistischer Erwägungen, sondern allein auf Grundlage ihrer eigenen Interessen- und Anreizlage treffen, so dass diese Anreizsituation

¹ Siehe zu den gängigen, hier verwendeten, französischen Abkürzungen, insbesondere von Zeitschriftentiteln etwa die Übersicht bei <https://bibliotheques.u-paris2.fr/sites/default/files/bu-paris2/fichiers/liste-abreviations-droit.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.06.2023).

² Zu den betriebswirtschaftlichen Krisenbegriffen vgl. K. Schmidt/Uhlenbruck/*Sinz*, Krise, Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 1.1 ff.

³ Plakativ *Norton*, Bankruptcy Law, § 94:21: „The most important person in the world to a new debtor in possession is its lender. [...] [W]ithout financing, the case cannot take life; without financing, the debtor cannot survive.“; ähnlich *Knof*, ZInsO 2010, S. 1999, 2000; *Knops/Bamberger/Lieser/Bamberger*, Sanierungsfinanzierung, § 1 Rn. 106; *Claussen*, ZHR 147 (1983), S. 195, 210; *Uhlenbruck*, GmbHR 1982, S. 141, 143; *Kiethe*, KTS 2005, S. 179, 185; für Frankreich *Pérochon*, Contentieux bancaire, S. 35, 37, Rn. 3; vgl. auch BT-Drs. 12/2443, S. 216.

⁴ Vgl. etwa das vielzitierte Jaegersche Bonmot vom Konkurs als „Wertvernichter schlimmster Art“ *Jaeger*, Lehrbuch⁸, S. 216.

⁵ *K. Schmidt*, Möglichkeiten der Sanierung, D. 23; *Meyer-Cording*, NJW 1981, S. 1242, 1242 f.; *Knof*, ZInsO 2010, S. 1999, 2000; vgl. auch BT-Drs. 12/2443, S. 77 f.

⁶ Aus französischer Sicht kritisch zu einem solchen „acharnement thérapeutique“ etwa *Pérochon*, Entreprises en difficulté, Rn. 18.

gleichsam zur Schicksalsfrage der Sanierung wird.⁷ Dabei erweist sich die Gewährung einer Sanierungsfinanzierung für Kreditgeber, die in aller Regel keine Veranlassung haben, Kredite zu gewähren, an deren Rückzahlung sie zweifeln,⁸ *a priori* als ausgesprochen problematisch: Aus deren Sicht stellt sich eine solche Kreditierung als bewusstes⁹ Kontrahieren mit einem Schuldner zweifelhafter Solvenz dar, der überdies ein Vorhaben mit ungewissen Erfolgsaussichten verfolgt. Gelingt die Sanierung, können die Kreditgeber bestenfalls mit vollständiger und pünktlicher Zahlung von Zins und Tilgung rechnen. Scheitert die Sanierung hingegen, droht den Kreditgebern, weil in Insolvenznähe typischerweise kein werthaltiges, unbelastetes Sicherungsgut mehr verfügbar sein wird¹⁰ und auch Dritte kaum zu Besicherungen bereit sein werden, ohne besondere Schutzmechanismen als einfache, ungesicherte Insolvenzgläubiger ein weitgehender Forderungsausfall.¹¹ Zu einer gewissen Zurückhaltung der Kreditgeber wird neben dem Risiko, bei Scheitern des Versuchs Haftungs- oder Anfechtungsklagen ausgesetzt zu werden, weiter das europäische Bankenaufsichtsrecht beitragen, das durch seine an die Risikoträchtigkeit des Kredits gekoppelten Eigenkapitalanforderungen¹² die Unattraktivität entsprechender Kredite weiter erhöht.

Damit Sanierungen nicht prinzipiell an dieser Grundproblematik scheitern, sind folglich gewisse Anreize in Gestalt von Mechanismen erforderlich, die den Kreditgeber vor diesen Risiken schützen. Sind diese Anreize aber zu stark ausgestaltet, werden Kreditgeber Sanierungen auch dort unterstützen, wo eine sofortige Abwicklung für die Interessen der Gläubiger vorteilhafter wäre; dann werden unter Umständen auch Sanierungen durchgeführt, die mit Blick auf deren wirtschaftliche Auswirkungen besser unterbleiben sollten. Dieser Konflikt lässt sich zwar theoretisch auflösen, indem die Anreizsituation für Kreditgeber

⁷ Ähnlich *Knof*, ZInsO 2010, S. 1999, 2000 f.; vgl. auch *Uhlenbruck*, GmbHR 1982, S. 141, 141, 143.

⁸ *Knof*, ZInsO 2010, S. 1999, 2000 f.; BT-Drs. 12/2443, S. 216; vgl. für Frankreich *Vasseur*, Égalité, S. 18; *Chapon-Le Brethon*, Égalité, Rn. 112, S. 73 f.

⁹ Vgl. die Anforderungen des § 18 KWG für Kreditinstitute und die Maßgaben von MaRisk BTO 1.2.5 Nr. 4 f.; vgl. zum Kenntnisstand der Kreditgeber etwa *Paulus*, ZRI 2022, S. 45, 49.

¹⁰ *Knof*, ZInsO 2010, S. 1999, 2001; *Madaus/Knauth*, ZIP 2018, S. 149.

¹¹ Siehe zu den durchschnittlichen Befriedigungsquoten einfacher Insolvenzgläubiger in Deutschland und in Frankreich, die sich jeweils im unteren einstelligen Prozentbereich bewegen, *AGS*, Rapport Annuel 2020, S. 78 (abrufbar unter https://www.ags-garantie-salaires.org/files/ags-theme/ags/2021/rapports_annuels_2020/rapport-annuel-dactivite_2020.pdf; zuletzt abgerufen am 30.06.2023) und die deutsche Insolvenzstatistik, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Tabellen/deckungsquoten-nach-art-des-schuldners.html> (zuletzt abgerufen am 30.06.2023).

¹² Vgl. etwa *Schluck-Amend*, NZI-Beil. 2019, S. 14, 16; *L. Aynès/Crocq/A. Aynès*, Droit des sûretés, Rn. 7.

so ausgestaltet wird, dass diese nur Anlass zur Unterstützung derartiger Vorhaben haben, wenn dies auch wirtschaftlich sinnvoll ist.¹³ Praktisch ist dieser aber nicht reibungsfrei auflösbar, weil es sich bei den Erfolgsaussichten einer Sanierung immer auch um eine Prognose auf unsicherer Tatsachengrundlage handelt.¹⁴

Die Einordnung dieser Konstellation als Anreizproblem beruht insbesondere auf der Prämisse, dass Kreditinstitute jenseits von rechtsgeschäftlich begründeten Leistungspflichten keine *Pflicht* trifft, angeschlagene Unternehmen mit Kreditmitteln zu versorgen.¹⁵ Verschiedentlich hat man jedoch sowohl in Deutschland als auch in Frankreich, etwa unter Rückgriff auf Treuepflichten i.S.d. § 242 BGB oder die besondere wirtschaftliche Stellung von Banken, dafür plädiert, Kreditinstituten auch ohne rechtsgeschäftlich begründete Leistungspflicht eine solche Kreditversorgungspflicht aufzuerlegen.¹⁶ Dabei hätte eine derartige Verpflichtung durchaus das Potential, den hier beschriebenen Konflikt aufzulösen, indem Banken von vornherein das Recht abgesprochen würde, eine Kreditierung bei aussichtsreichen Sanierungsversuchen zu verweigern.

Eine Verpflichtung von Privatrechtssubjekten, unabhängig von ihrem rechtsgeschäftlichen Willen vermögensaufstockende Leistungen zu erbringen, erweise sich in einer Privatrechtsordnung, die Rechte gerade zur privatautONOMEN und privatnützigen Verwendung zuweist,¹⁷ jedoch als fundamental frei-

¹³ Vgl. etwa Uhlenbruck/*Pape*, § 1 InsO Rn. 4: Eine Unternehmensfortführung sei „[...] betriebswirtschaftlich sinnvoll, volkswirtschaftlich erwünscht und juristisch geboten, wenn der Wert des Unternehmens im Fall der Fortführung größer ist als bei einer Liquidation.“

¹⁴ Allgemein zu diesem Konflikt *Heese*, Funktion, S. 19; *Heese*, JZ 2018, S. 179, 181.

¹⁵ Vgl. etwa Staudinger/*Mülbert*, § 490 BGB, Rn. 40 f.; Staudinger/*Freitag*, § 488 BGB Rn. 116; *OLG Zweibrücken*, ZIP 1984, S. 1334, 1339; *Rümker*, KTS 1981, S. 493, 503 ff.; Ellenberger/*Bunte/Häuser*, BankR-HdB, § 65 Rn. 41 ff. insbes. Rn. 58; etwas offener MüKo-BGB/*K. P. Berger*, vor § 488 BGB Rn. 102; *K. P. Berger*, BKR 2009, S. 45, 47 ff.; *K. P. Berger*, FS Westermann, S. 109, 113 ff.; für Frankreich deutlich in diesem Sinne *Cass. Ass. Plen.*, 09.10.2006, n° 06-11.056: „[...] [H]ors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire [...]“

¹⁶ Für Deutschland insbesondere *Canaris*, ZHR 143 (1979), S. 113, 120 ff., 132 ff.; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1271 f.; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, S. 741 ff., 775 ff.; offen gegenüber einer solchen Pflicht auch *Vuia*, Verantwortlichkeit, S. 337 ff.; für Frankreich jüngst wieder *Nicolle*, Droit au crédit, S. 19 ff.; vgl. auch den Überblick bei *Hopt*, ZHR 143 (1979), S. 139, 142 ff.

¹⁷ Vgl. zur Privatrechtsordnung als Rechtszuweisungsordnung etwa *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung, S. 89 f.; *Lobinger*, Grenzen, S. 6 f.; *J. F. Hoffmann*, Zession, S. 35 ff.; *Schlüter*, Rückabwicklung, S. 104 f.

heitswidrig und ist bereits aus diesem Grund zu verwerfen.¹⁸ Das gilt für Banken nicht weniger als für alle übrigen Privatrechtssubjekte. Ganz im Gegenteil geriete eine solche Pflicht auch in Konflikt mit den aufsichtsrechtlichen Pflichten eines Kreditinstituts zur sorgfältigen Kreditwürdigkeitsprüfung (vgl. § 18 Abs. 1 KWG, MaRisk BTO 1.2.5 Nr. 4 f.) und ist auch aus diesem Grund nicht anzuerkennen.¹⁹

Der Umgang mit Sanierungsfinanzierungen ist aber nicht nur als praktisches Problem von Bedeutung, sondern ist auch deshalb von besonderem Interesse, weil sich hier die im Insolvenzfall allgegenwärtigen Interessenkonflikte der Gläubiger²⁰ in größter Deutlichkeit zeigen. Teils werden die Gläubiger ein Interesse an einer sofortigen Zerschlagung des Unternehmens, also auch einem Ausbleiben von Sanierungsfinanzierungen und -versuchen haben, teils können diese aber auch ein unbedingtes Interesse am Unternehmenserhalt und dementsprechend ein intensives Interesse am Zustandekommen auch von riskanten Sanierungsfinanzierungen haben.

Mit der Frage nach Erhalt oder Untergang eines Unternehmens betrifft die Sanierungsfinanzierungen daneben und grundsätzlich unabhängig von den Gläubigerinteressen auch vielfältige Interessen der Allgemeinheit, die sowohl zugunsten einer Zerschlagung als auch zugunsten eines Fortbestands bestehen können. Die konkrete Auflösung dieser Gemengelage zeigt demnach nicht nur, wie ein Insolvenzrecht mit entsprechenden Risiken und Unsicherheiten umgeht,²¹ sondern vor allem, wie dieses die Interessen der Beteiligten und der Allgemeinheit gewichtet. So wird etwa ein Insolvenzrecht, das Interessen der Allgemeinheit am Erhalt von Unternehmen priorisiert, insoweit zu deutlich anderen Ergebnissen gelangen, als ein Insolvenzrecht, das die Befriedigungsaussichten der Gläubiger in den Vordergrund rückt. Damit verspricht eine nähere Untersuchung dieser Konstellation über diese konkrete und sehr spezifische

¹⁸ Im Kern auch Staudinger/*Freitag*, § 488 BGB Rn. 116; *OLG Zweibrücken*, ZIP 1984, S. 1334, 1339; siehe allgemein zum „Prinzipienmonismus“ dergestalt, dass eine Pflicht, vermögensaufstockende Leistungen zu erbringen, nur aus einer dahingehenden privatautonom eingegangenen Verpflichtung resultieren kann *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung, S. 90 ff.; *Lobinger*, Grenzen, S. 6 ff.

¹⁹ Vgl. schon *Hopt*, ZHR 143 (1979), S. 139, 172; *Rümker*, KTS 1981, S. 493, 503 ff.; siehe auch *Ellenberger/Bunte/Häuser*, BankR-HdB, § 65 Rn. 57 f.

²⁰ Zu diesen Interessenkonflikten und der Unmöglichkeit diese im Rahmen eines Insolvenzrechts vollständig und reibungsfrei aufzulösen bereits *Perceyrou/Desserteaux*, Des faillites & banqueroutes, Bd. I, Rn. 24, S. 37: „[...] [É]tant donné le nombre et la complexité des intérêts auxquels touche l'institution, il est impossible qu'elle ne soit pas imparfaite sur certains points [...]. [...] [T]out le monde perd dans une faillite et, par un sentiment bien 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 peut pas pourtant modifier cette situation, ni créer de toutes pièces un actif qui fait défaut [...]“; eingehend hierzu auch *Roussel Galle*, GP 2008, S. 1741, 1741 ff.

²¹ Ähnlich *Knof*, ZInsO 2010, S. 1999, 2000.

Frage hinaus grundsätzliche Erkenntnisse über die Ausrichtung des Insolvenzrechts.

Es handelt sich bei der Behandlung der Sanierungsfinanzierer insoweit aber nicht nur um eine Problemlage von grundsätzlicher praktischer und theoretischer Bedeutung. Ganz besonders in jüngster Zeit ist diese Konfliktlage vielmehr auch verschiedentlich Gegenstand von Gesetzgebungsmaßnahmen und Reformvorschlägen gewesen und weist daher auch einen hohen aktuellen Bezug auf. So sieht etwa Art. 17 Abs. 4 der Richtlinie 2019/1023 über präventive Restrukturierungsrahmen²² die Möglichkeit der Mitgliedstaaten vor, (Sanierungs-)Finanzierungen, die im Rahmen eines präventiven Sanierungsverfahrens gewährt werden, in Folgeverfahren ein Befriedigungsvorrecht einzuräumen. Auch der jüngste Richtlinienentwurf der EU-Kommission betreffend die Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts²³ sieht in seinem Art. 33 Abs. 1 b) die Privilegierung von sog. Zwischenfinanzierungen (vgl. Art. 2 i) des Richtlinienentwurfs) in Folgeverfahren vor, wenn diese im Rahmen eines sog. *pre-pack*-Verfahrens gewährt wurden. Entsprechende Regelungsvorschläge enthalten darüber hinaus der UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law,²⁴ der insoweit eine deutliche Ähnlichkeit zum US-amerikanischen sog. *DIP-financing* aufweist,²⁵ sowie der insoweit hierauf Bezug nehmende Vorschlag der *Association Henri Capitant* für ein europäisches Wirtschaftsrechtsgesetzbuch.²⁶

B. Fragestellung und Ziel der Arbeit

Ausgehend von dem skizzierten Spannungsfeld will sich diese Arbeit in einem ersten Schritt der Frage widmen, wie dieser Konflikt im deutschen Recht in Bezug auf Sanierungsfinanzierungen behandelt wird. Entscheidend ist hierfür weniger der Fall des Gelingens des Sanierungsvorhabens, in dem die Kreditgeber auch ohne besonderen Schutz mit vollständiger und pünktlicher Zahlung

²² 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. L 172 vom 26.06.2019, S. 18 ff.

²³ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law, COM (2022) 702 final.

²⁴ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, S. 113 ff; siehe hierzu noch 7. Kapitel, A.II.

²⁵ Vgl. *McCormack/Keay/Brown*, European Insolvency Law, S. 126; eingehend zum *DIP-financing* noch unten, 5. Kapitel, F.

²⁶ Siehe Art. 2.3.3, S. 15, abrufbar unter: http://henricapitant.de/content/wb/media/Ceda/TexteDe/Avant-projet_Insolvenzrecht_DE.pdf (zuletzt abgerufen am 30.06.2023).

rechnen können und auch typischerweise nicht mit Schadensersatz- oder Anfechtungsansprüchen konfrontiert werden. Maßgeblich wird insbesondere aus der Sicht eines rationalen Kreditgebers vielmehr sein, wie er im Fall des endgültigen Scheiterns des Vorhabens, das in eine Liquidation des Unternehmens mündet, behandelt wird. Hierbei handelt es sich typischerweise um den *worst case*, in dem sich diese Konflikte in größter Deutlichkeit zeigen und an dem ein rationaler Kreditgeber seine Finanzierungsentscheidung zumindest mit ausrichten wird.

Es soll also untersucht werden, ob die skizzierte Anreizsituation im deutschen Recht so ausgestaltet ist, dass potentielle Kreditgeber Sanierungsvorhaben ihre Unterstützung nicht verweigern, wenn diese *ex ante* erfolgversprechend und die Interessen aller Beteiligten zu fördern geeignet sind, ohne zugleich entsprechende Anreize auch in den Fällen zu setzen, in denen ein solches Vorhaben mit Blick auf die Interessen der übrigen Gläubiger besser unterbliebe. Konkret soll demnach auch geklärt werden, inwiefern im deutschen Recht Schutzmechanismen bestehen, die (potentielle) Kreditgeber vor grundsätzlich mit einem Liquidationsverfahren bzw. dem Scheitern eines Sanierungsversuches verbundenen Risiken bewahren. Dabei soll es auch darum gehen, ob und wenn ja inwiefern die Behandlung der Sanierungsfinanzierer bereits unter dem geltenden Recht Ergebnis eines nur für diese geltenden Sonderregimes ist oder diese den allgemeinen Bestimmungen unterworfen sind.

Bei einer solchen Betrachtung der *lex lata* will diese Arbeit aber nicht stehen bleiben, sondern auf Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Behandlung dieser Konstellation im französischen Recht eruieren, ob sich aus diesem etwas für die Fortentwicklung des deutschen Rechts (*de lege ferenda*) insoweit gewinnen lässt. Insbesondere soll es dabei um die Frage gehen, ob – ohne mit der Grundausrichtung des deutschen Insolvenzrechts auf Gläubigerinteressen zu brechen²⁷ – besondere Schutzinstrumente für Kreditgeber des französischen Rechts auch für das deutsche Recht fruchtbar gemacht werden können, um Kreditgewährungen in Insolvenznähe im deutschen Recht attraktiver zu machen, wie dies seit längerer Zeit für das deutsche Recht verschiedentlich gefordert wird.²⁸

²⁷ Dass sich entsprechende Schutzmechanismen bei einem Paradigmenwechsel des deutschen Insolvenzrechts weg von den Gläubigerinteressen hin zu einem Sanierungsrecht im wirtschafts- und sozialpolitischen Interesse recht unproblematisch einfügen würden, dürfte unzweifelhaft sein; siehe zu den insoweit allein relevanten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten unten 6. Kapitel, A.

²⁸ Uhlenbruck, KTS 1981, S. 513, 572; Uhlenbruck, GmbHR 1982, S. 141, 141 ff.; in Anschluss hieran Obermüller, Insolvenzrecht⁹, Rn. 5.85; etwas zurückhaltender jetzt Obermüller/H. Huber, Insolvenzrecht, Rn. 5.151.

C. Methode

I. Rechtsvergleichung als Methode – Frankreich als Vergleichsgegenstand

Diese Arbeit will sich dem beschriebenen Konflikt insbesondere aus einem rechtsvergleichenden Blickwinkel nähern. Über das reine Erkenntnisinteresse einer solchen Untersuchung²⁹ hinaus bietet das gegenüber einem allein rechtsdogmatischen Vorgehen den Vorteil, dass die Betrachtung einer anderen Rechtsordnung gerade für die Frage nach der Verbesserung der eigenen Rechtsordnung einen nicht durch die eigene Kreativität oder Zwänge der eigenen Rechtsordnung limitierten „Vorrat an Lösungen“³⁰ liefern kann. Damit kann ein solcher Ansatz auch konkretes Anschauungsmaterial für eine mögliche Fortentwicklung liefern.³¹ Das hat darüber hinaus den Vorteil, dass nicht nur konkrete Lösungsvorschläge, sondern auch die praktischen Erfahrungen mit diesen Ansätzen betrachtet werden können.³² Hinsichtlich der Auswirkungen der betrachteten Normen besteht also bereits ein Erfahrungsschatz, so dass für die übernehmende Rechtsordnung nicht „bei null“ begonnen werden muss.³³

Voraussetzung jeder Rechtsvergleichung ist die Vergleichbarkeit der zu untersuchenden Rechtssätze.³⁴ Dabei ist zu beachten, dass verschiedene Rechtsordnungen die gleichen Probleme auf sehr unterschiedliche Art und Weise bewältigen und daher Rechtsinstitute und Figuren herausgebildet haben können, für die es in anderen Rechtsordnungen keine exakte Entsprechung gibt.³⁵ Zwischen diesen ist dementsprechend auch kein sinnvoller Vergleich möglich.³⁶ Erforderlich ist es daher, sich von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung zu lösen, um den Untersuchungsgegenstand als Sach- und nicht als Rechtsproblem zu erfassen.³⁷ Zu vergleichen sind dann die Institute, mit denen das Sachproblem in den einzelnen Rechtsordnungen bewältigt wird, die also die gleiche *Funktion* haben.³⁸

²⁹ Vgl. schon *Zitelmann*, DJZ 1900, S. 329, 330.

³⁰ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 2 I, S. 14, der die Wendung *Zitelmann* zuschreibt; bei *diesem* findet sich diese Wendung zwar nicht exakt, aber doch in der Sache, siehe *Zitelmann*, DJZ 1900, S. 329, 330 f.

³¹ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 2 I, S. 14, § 3 VII, S. 46 f.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 2 Rn. 29, S. 60.

³² *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 2 Rn. 29.

³³ *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 2 Rn. 29.

³⁴ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 3 II, S. 33.

³⁵ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 3 II, S. 33.

³⁶ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 3 II, S. 33.

³⁷ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 3 II, S. 33.

³⁸ Siehe zur funktionalen Rechtsvergleichung grundlegend *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 3 II, S. 33 ff., eingehend auch zur hieran geübten Kritik *Michaels*, Oxford Handbook, S. 345 ff.

Eine Erfassung des Untersuchungsgegenstandes als Sach- und nicht als Rechtsproblem ist hier bereits erfolgt. So soll es darum gehen, wie das Problem des Ausgleichs von wirtschaftlichen Vor- und Nachteilen einer Sanierung bzw. einer Liquidation in Bezug auf Sanierungsfinanzierungen in der deutschen und der französischen Rechtsordnung bewältigt wird. Konkret ist zu untersuchen, wie Geber von Sanierungsfinanzierungen in Liquidationsverfahren behandelt und insbesondere vor den wirtschaftlichen Risiken des Scheiterns eines Sanierungsversuchs geschützt werden.

Die Auswahl gerade des französischen Rechts als Vergleichsgegenstand erfolgt hier insbesondere vor dem Hintergrund des in jüngerer Zeit mit großem Einsatz vorangetriebenen politischen Wunsches der Vereinheitlichung des (europäischen) Wirtschaftsrechts auch auf Grundlage eines deutsch-französischen Wirtschaftsgesetzbuches. Gegenstand dieser Harmonisierungsbestrebungen ist dabei insbesondere das Insolvenzrecht der beiden Staaten.³⁹ So hat zuletzt etwa die *Association Henri Capitant* einen Vorentwurf für ein europäisches Wirtschaftsgesetzbuch vorgelegt, der auch die Schaffung eines Vorrechts für neue Finanzierungen vorsieht.⁴⁰

Auch unabhängig von dieser Diskussion scheint eine eingehende Auseinandersetzung mit dem französischen Recht aber lohnenswert. Dafür spricht zunächst, dass das französische Recht – anders als insbesondere das US-amerikanische Recht⁴¹ – insoweit in der deutschen Diskussion bislang wenig berücksichtigt worden ist.⁴² Darüber hinaus ist eine eingehende Betrachtung des französischen Rechts aber vor allem deshalb von Interesse, weil das französische Insolvenzrecht durch seine offene Ausrichtung auf wirtschafts- und sozialpolitische Ziele klarer konzeptioneller Gegenentwurf zum deutschen Insolvenzrecht ist.⁴³ Gerade diese Konfrontation mit einer Rechtsordnung, die das gleiche wirtschaftliche Problem auf Grundlage eines grundsätzlich anderen Ansatzes zu bewältigen sucht, vermag es, Perspektiven zu einer kritischen Hinterfra-

³⁹ Vgl. zu diesem Vorhaben etwa *Gruber*, EuZW 2019, S. 181, 181 ff.; *Paulus/Dammann*, ZIP 2018, S. 249, 250 ff.; *Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann*, EuZW 2021, S. 413, 413 ff.; *Lehmann/J.Schmidt/Schulze*, ZRP 2017, S. 225, 225 ff.; sehr kritisch *d'Avout*, ZEuP 2019, S. 653, 657 ff.

⁴⁰ Siehe wiederum Art. 2.3.3, S. 15, http://henricapitant.de/content/wb/media/Ceda/Texte/De/Avant-projet_Insolvenzrecht_DE.pdf.

⁴¹ Insbesondere *Parzinger*, Fortführungsfinanzierung, S. 81 ff.; *Parzinger*, ZIP 2019, S. 1748, 1751 f.; *Jaffé*, FS Görg, S. 233, 240 ff.

⁴² Sehrursorisch *Parzinger*, Fortführungsfinanzierung, S. 162 ff.; *Parzinger*, ZIP 2019, S. 1748, 1754; überblicksartig auch *Merle*, Insolvenzzwecke, S. 259; näher *Medla*, Unternehmenssanierung, S. 148 ff., 486 f.; vor der Reform des französischen Rechts von 2005 allgemein zu Befriedigungsvorrechten im französischen Recht auch *Gassert-Schumacher*, Privilegien, S. 213 ff.

⁴³ Eingehend hierzu unten, 2. Kapitel; zurückhaltender *Paulus/Dammann*, ZIP 2018, S. 249, 250 f.; die Unterschiede zwischen den beiden Insolvenzrechten deutlich relativierend auch *Vallens*, BJE juillet-août 2022, S. 38.

gung und Fortentwicklung oder theoretischen Absicherung der deutschen Ansätze und Lösungen zu eröffnen.⁴⁴ Schließlich hat eine solche Konfrontation auf grundsätzlicher Ebene das Potential, Klarheit über die Bedeutung der Verfahrensziele zu erzielen, ob diese also tatsächlich und notwendig zu unterschiedlichen Ergebnissen führen müssen oder ob sich trotz allem – entsprechend einer *praesumptio similitudinis* – ähnliche Lösungen ergeben.⁴⁵ Dieser Ansatz kann daher insoweit auch einen (Grundlagen-)Beitrag zur Harmonisierungsdebatte und den Hürden einer solchen Vereinheitlichung liefern.⁴⁶

II. Konzeptionelle Grenzen der Rechtsrezeption

Widmet man sich dem Komplex der Übertragung von Rechtsnormen aus einer anderen Rechtsordnung, wie das im Rahmen dieser Arbeit geschehen soll, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit der Übertragung von Rechtsnormen, deren Grenzen und der Implikationen hiervon für das weitere Vorgehen. Die Möglichkeit der „Übertragung“ von Rechtsnormen ist in der Vergangenheit vor allem von *Legrand*,⁴⁷ in Widerspruch zu den Thesen *Watsons* von den allgegenwärtigen „*legal transplants*“, die weitgehend unabhängig von gesellschaftlichen Besonderheiten möglich seien,⁴⁸ grundsätzlich bestritten worden.

1. Die Rechtsübertragung als „*transfert culturel*“

Ausgangspunkt muss insoweit der Umstand sein, dass sich der Inhalt einer Rechtsnorm nicht ausschließlich aus den Worten, die sie ausdrücken, ergibt,⁴⁹ sondern die Bedeutung einer Rechtsnorm maßgeblich aus deren Interpretation

⁴⁴ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 2 IV, 1, S. 20 f.; vgl. schon *Zitelmann*, DJZ 1900, S. 329, 330 f.

⁴⁵ So *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 3 III, S. 39; eingehend hierzu und der an dieser geübten Kritik *Michaels*, Oxford Handbook, S. 345, 375 ff.

⁴⁶ Die Frage nach der „Kontextabhängigkeit“ insbesondere der nationalen Kreditsicherungs- und Insolvenzrechte aufwerfend etwa *Eidenmüller*, JZ 2007, S. 487, 493; *Brinkmann*, Kreditsicherheiten, S. 8 f.; vgl. auch *J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz, S. 231.

⁴⁷ *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), S. 111, 113 ff.; *Legrand*, Adapting Legal Cultures, S. 55, 57 ff.

⁴⁸ Insbesondere *Watson*, Legal transplants, S. 95 f.

⁴⁹ *Larenz*, Methodenlehre, S. 206; *Graziadei*, Oxford Handbook, S. 443, 470; *Sacco*, American Journal of Comparative Law 39 (1991), S. 343, 344 f.; *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), S. 111, 114 f.; *Legrand*, Adapting Legal Cultures, S. 55, 57 ff.; ein solches Verständnis unterstellt *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), S. 111, 113 aber *Watson*; ebenso *Legrand*, Adapting Legal Cultures, S. 55, 57.

folgt,⁵⁰ die wiederum erheblich vom „Vorverständnis“⁵¹ des Interpreten geprägt ist.⁵² Dieses Vorverständnis ist insbesondere von den historischen Entstehungsbedingungen der Norm, deren Gesamtkontext sowie dem (rechts-)kulturellen Verständnis des Interpreten beeinflusst.⁵³ Die Übertragung einer Rechtsnorm stellt sich damit als Transfer eines jedenfalls auch kulturell geprägten Objekts dar.⁵⁴ Insbesondere die jüngere kulturwissenschaftliche Forschung hat gezeigt, dass ein solcher „*transfert culturel*“⁵⁵, d.h. die Übertragung eines Kulturobjekts von einem kulturellen Kontext in den anderen, aufgrund der beschriebenen Kontextabhängigkeit stets zu einer inhaltlichen Veränderung des transferierten Objekts führen wird.⁵⁶

Dabei ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass in Folge der Globalisierung und vor allem der (europäischen) Rechtsangleichung (kulturelle) Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen geschwunden sind.⁵⁷ Auch existieren völlig homogene Kulturräume aufgrund der vielfältigen Austauschbewegungen, die seit jeher stattfinden, ohnehin nicht; vielmehr ist auch eine

⁵⁰ Larenz, Methodenlehre, S. 206; Sacco, American Journal of Comparative Law 39 (1991), S. 343, 344 f.; Legrand, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), S. 111, 114 f.; Legrand, Adapting Legal Cultures, S. 55, 57 f.

⁵¹ Der Begriff wurde maßgeblich durch Gadamer, Wahrheit und Methode, S. 270 ff. geprägt, wobei Gadamer die Begriffe Vorentwurf, Vor-Meinung, Vorverständnis und Vorurteil insoweit wohl weitgehend synonym verwendet.

⁵² Legrand, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), S. 111, 114 f.; Legrand, Adapting Legal Cultures, S. 55, 58; Sacco, American Journal of Comparative Law 39 (1991), S. 343, 345; Kischel, Rechtsvergleichung, § 2 Rn. 38; Wörner-Schönecker, Rechtstransfers, S. 57; zur Bedeutung des Vorverständnisses als Vorbedingung des Verstehens im Rahmen des „hermeneutischen Zirkels“ Gadamer, Wahrheit und Methode, S. 271 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 207 ff.

⁵³ Legrand, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), S. 111, 114 f.; Legrand, Adapting Legal Cultures, S. 55, 58; zustimmend Kischel, Rechtsvergleichung, § 2 Rn. 38; vgl. auch Kramer, JZ 2017, S. 1, 3: „[...] Rechtsnormen [kommt] kein autonomes, von der sie tragenden Gesellschaft zu abstrahierendes Dasein [zu].“; Stolleis, Rg 20 (2012), S. 72, 75; Larenz, Methodenlehre, S. 209 ff.; Sacco, American Journal of Comparative Law 39 (1991), S. 343, 345; vgl. auch Hendry, Engaging Translation, S. 87, 93; Wörner-Schönecker, Rechtstransfers, S. 57.

⁵⁴ Legrand, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), S. 111, 115 f.; Legrand, Adapting Legal Cultures, S. 55, 59 f.; Graziadei, Oxford Handbook, S. 443, 469 f.; Stolleis, Rg 20 (2012), S. 72, 74 f.; Wörner-Schönecker, Rechtstransfers, S. 57; wohl auch Kischel, Rechtsvergleichung, § 2 Rn. 38; vgl. auch Kramer, JZ 2017, S. 1, 3; zum Recht als Kulturerrscheinung schon Zitelmann, DJZ 1900, S. 329, 330.

⁵⁵ Grundlegend zum Konzept des *transfert culturel* als „passage d’un objet culturel d’un contexte à l’autre“ Espagne, Revue Sciences/Lettres, Nr. 1 2013, Rn. 1 und passim; Espagne, Transferts culturels, S. 1 ff.; vgl. auch Stolleis, Rg 20 (2012), S. 72, 76, der von einem „Kulturaustausch“ spricht.

⁵⁶ Grundlegend Espagne, Transferts culturels, S. 1 ff.; Espagne, Revue Sciences/Lettres, Nr. 1 2013, Rn. 1.

⁵⁷ Kramer, JZ 2017, S. 1, 3.

Sachregister

- Abrufrecht 100–102, *siehe auch* Kredi-
teröffnungsvertrag
- Absonderungsrechte
- Abgrenzung zur Aussonderung 185 f., 189 f.
 - Kostenbeiträge 187 f.
 - Verwertungszeitpunkt 186 f.
- accord de conciliation*
- Besicherung 274–279
 - *homologation* 66 f., 215 f.
 - Rechtsnatur, Zustandekommen 66 f.
 - Scheitern 155 f.
- Action paulienne*, *siehe auch* Insolvenz-
anfechtung
- Ausübungsberechtigung 297–299
 - und *nullités de la période suspecte* 283 f., 294
 - Voraussetzungen 294–297
 - Rechtsfolge 297–303
- adequate protection* 352–355, 436 f.
- *equity cushion* 353 f.
 - *indubitable equivalent* 353
 - Verfassungsrecht 353 Fn. 53, 437
Fn. 201
- administrative expenses* 349–353
- AGB-Banken 113–116, 118 f.
- AGB-Sparkassen 113, 116, 119
- ancien droit* 27 f.
- Arbeitnehmer
- Interessenlage 21 f., 25
 - *super privilège* 253, 255
 - Restrukturierungsrichtlinie 41
 - StaRUG 46–49
- Association Henri Capitant* 405 f.
- Auktionsmodelle 401 f.
- Ausgleichshaftung 385–388, 418–420,
siehe auch Gläubigergleichbehand-
lung
- Aussonderungsrechte, *siehe auch* Ab-
sonderungsrechte
- Abgrenzung zur Absonderung 185 f., 189 f.
 - Kreditsicherheiten *de lege ferenda* 341–345
- Bankenaufsichtsrecht 2, 4, 207 f.,
Bargeschäfteprivileg 194–197, 420,
siehe auch Insolvenzanfechtung
- Belassungspflicht 167–169, *siehe auch*
Erfüllungswahl
- Butner-Prinzip* 384, 413 Fn. 46, *siehe*
auch Vorinsolvenzlichkeit
- Caisse des dépôts et consignations* (Ein-
zahlungspflicht) 251–253
- common-pool-Problem* 382–384
- communio incidens* 381 f., *siehe auch*
Gläubigergleichbehandlung
- compte courant* 145–148, 288 f. *siehe*
auch Kontokorrent
- Chapter-7-Verfahren* 350
- Chapter-11-Verfahren* 348–356
- contrat en cours*, *siehe auch* Erfüllungs-
wahl
- Begriff 122, 126–144
 - *contrat de prêt* 126–144, *siehe auch*
Darlehen
 - *compte courant* 145–148, *siehe auch*
Kontokorrent
 - *intuitus personae* 123–126
 - *ouverture de crédit* 143 f.
 - Rechtsfolgen 122, 225–245
 - *thèse matérialiste* und *volontariste*
131, 138 f., 226
- contrat de prêt*
- als *contrat en cours* 126–144

- als Realvertrag 136 f.
- Eigentumsübergang 132–135, 139 f., 141 f.
- *objet du contrat* 140–143
- zivilrechtliche Einordnung 126 f., 132–137
- cram-down* 42–50, 461, *siehe auch* Kriterium des Gläubigerinteresses
- créances antéro-postérieures* 232–236, 243
- créanciers postérieurs méritants*
 - *créances légales* 247–251, *siehe auch* Deliktsforderungen, Steuerforderungen
 - *critère téléologique* 223–225, 233, 249, 252, 486
 - Entstehungszeitpunkt 131, 138 f., 226
 - Entwicklungsgeschichte 222–224, 245 f.
 - *fait générateur* 224, 248–250, 254
 - *privilège* 222–255
 - *paiement à l'échéance* 227 f., 232–234, 238–240, 251–253
- creditors bargain* 382–285, *siehe auch* Gläubigergleichbehandlung

- Darlehen, *siehe auch contrat de prêt*
 - Dauerschuldverhältnis (Eröffnungsverfahren) 173 f.
 - Erfüllungswahl 167–175
 - Pfändbarkeit 87–100
 - Realvertrag 105 f.
 - Vertrauensverhältnis 87
 - vollständige Erfüllung 167–169
 - Zweckbindung 89–100
- Dauerschuldverhältnisse im Eröffnungsverfahren 173 f.
- debtor-in-possession-financing* 347–355
- debtor misbehavior* 432–436
- Deckungsanfechtung 194–197, *siehe auch* Insolvenzanfechtung
- Deliktsforderungen 179, 305, 478–480, *siehe auch créances légales*
 - als *créances postérieures méritantes* 247–251
 - als Massforderungen 179, 476–490
- Dinglichkeit 411–414, 466
- discipline collective* 218–221, 227 f., 234, 240, 243 f. 254 f., 304, 307, *siehe auch paiement à l'échéance*
- Domino-Effekt 22 f., 26
- Drittssicherheiten 189 f., 193, 263–265
- droit de*
 - *préférence* 216, 256, 260, 262, 267, 270
 - *rétenion* 256, 267–271
 - *suite* 256, 259–262
- droit des*
 - *entreprises en difficulté* (historische Entwicklung) 56–76
 - *faillites* 52–55

- Effizienz
 - allgemein 396 f.
 - *efficient breach of contract* 401 f.
 - in der InsO 396–402
 - von Kreditsicherheiten 428–446
- égalité matérielle* 371–375, 408–410, 416–418, *siehe auch* Gerechtigkeit, Leistungsprinzip
- Eigentumserwerb
 - bei Geld 141–143
 - beim *prêt* allgemein 139–143
 - *révocation* 132–135
 - *solo consensu* 132–134, 139–143
 - Speziaukauf 133–135
- equity cushion* 353 f., *siehe auch adequate protection*
- Erfüllungswahl (deutsches Recht), für Frankreich *siehe unter contrat en cours*
 - Darlehen 167–175
 - Kontokorrent 108–112
 - Krediteröffnungsvertrag 100–102, 106–108.
 - Rechtsfolgen 170–172
 - Teilbarkeit 148, 170–172
- Eröffnungsverfahren
 - Dauerschuldverhältnisse 173 f.
 - vorläufiger Insolvenzverwalter 165 f., 174 f.
- ESUG 38 f.

- fait générateur* 224, 248–250, 254, *siehe auch créanciers postérieurs méritants*

- fiducie-sûreté* 256, 265 f., 271–274, 281–283, *siehe auch* exklusive Sicherheiten
- fraude, siehe unter action paulienne*
- Freie Sanierung 443 f., 479 f.
- Funktionale Rechtsvergleichung 7–9, 78
- gage* 267–271
- gambling for resurrection* 24 f., 192, 457
- Gemeinwohlbelange
- im Kontext der Verfahrenszwecke 26–30, 52–80, 336 f.,
 - und Gläubigergleichbehandlung 370–372, 375 f., 378 f., 388–390, 410
 - Verfassungsrecht 361, 364, 366 f.
- Generalhypothek 12, 216, 385, 411 f., *siehe auch privilège général*
- Gerechtigkeit
- ausgleichende 386 f.
 - formelle 388–390
 - Leistungsprinzip 416–418
 - materielle 371–375, 390, 393–395, 408–410, 416–418
 - *sum cuique* 371–375, 389, 418
- Gläubigerautonomie
- deutsches Recht *de lege lata* 36–39, 399–402
 - Effizienzvorbehalt (*efficient breach of contract*) 36 f., 399–402
 - *magistrature économique*, Richtermacht 458–463
- Gläubigergleichbehandlung
- Erklärungsansätze in Deutschland 377–390
 - Erklärungsansätze in Frankreich 370–376
 - Kreditsicherheiten 383–385, 388, 408–425
 - Masseunzulänglichkeit 482
 - Privatautonomie 382–385, 414–416
 - *privilège de conciliation* 408–411
 - *privilège des créanciers postérieurs méritants* 481–491
 - Verhältnis zum Prioritätsprinzip 390–395
 - Verfassungsrecht 366–368, 378 f.
- Gläubigerinteressen im deutschen und französischen Insolvenzrecht 31–79
- Gläubigerversammlung 399–402, *siehe auch* Gläubigerautonomie
- Haftungsrechtliche Neutralität 418–420
- Henckel-Modell 436 f., *siehe auch partial priority*
- holdout*-Probleme 47–51, 332 f., 441–443
- homologation*
- und Insolvenzanfechtung 285
 - und *privilège de conciliation* 215 f.
- IDW S6, *siehe unter* Sanierungsgutachten
- Impérialisme des procédures collectives* 160 f., 309 f., 330–332, 336 f., 395 f.
- Indivisibilité* 148, 155 f., 275, *siehe auch* Teilbarkeit
- indubitable equivalent* 160 f., 309 f., 330–332, 336 f., 395 f., *siehe auch adequate protection*
- inopposabilité* 284, 297–299, 326 f.
- Insolvenzanfechtung
- *action paulienne* 294–304
 - Bargeschäfteprivileg 194–197, 420
 - Deckungsanfechtung 194–197
 - Erfüllungsleistungen 196 f., 289–292, 300–302
 - Kreditsicherheiten 195 f., 197–199, 288 f., 302 f.
 - *nullités de la période suspecte* 284–293
 - Planmaßnahmen 201 f.
 - Sanierungsgutachten 197–199
 - Vorsatzanfechtung 197–199
- Insolvenzverschleppung 314 f., *siehe auch* Kreditgeberhaftung
- Insolvenzzwecke in der historischen Entwicklung
- *droit des entreprises en difficulté* 59–76
 - *droit des faillites* 52–58
 - ESUG 38 f.
 - Gläubigerinteressen 19–24, 31–79
 - Insolvenzordnung 34–51
 - Konkursordnung 31 f.
 - Marktberreinigung 27
 - Sanktion 27 f.

- Unternehmenserhalt im Allgemeininteresse 26, 31–79
- Vergleichsordnung 32–34
- Interessenlage bei Sanierungsversuchen 19–30
- Intuitus personae* 104 Fn. 104, 123–126, 145

- Kontinuitätsinteressen 21–23, 25
- Kontokorrent 108–112, *siehe auch* *compte courant*
- Krediteröffnungsvertrag 100–102, 106–112, *siehe auch* *ouverture de crédit*
- Kaldor-Hicks-Kriterium 397 f., *siehe auch* Effizienz
- Kreditgeberhaftung
 - Insolvenzverschleppung 314 f.
 - *principe d’irresponsabilité* 321–325
 - *soutien abusif* 320 f.
 - vorsätzlich sittenwidrige Schädigung 316–319
- Kreditkosten 414 f., 426–432, 437–440, 452, 475–477
- Kreditrahmen
 - *de lege lata* 180–184, 209–211
 - Reformerrwägungen 463–471
- Kreditrationierung, s.a. *underinvestment* 433–436
- Kreditsicherheiten
 - Anfechtbarkeit 195 f., 197–199, 288 f., 302 f.
 - Aussonderung 185 f., 341–344
 - Effizienz 428–445
 - exklusive 265–274
 - Funktionen 426–428
 - Gläubigergleichbehandlung 383–385, 388, 408–425
 - Kostenbeitrag 187 f.
 - *Modigliani-Miller-Theorem* 429–432
 - Publizität 445–453
 - Privatautonomie 415 f.
 - traditionelle 256–263
 - Übersicherung 188, 203
 - Verfassungsrecht 358–360
- Kreditversorgungspflicht 3
- Kriterium des Gläubigerinteresses
 - deutsches Recht 49 f.
 - französisches Recht 69–71
- Rangvorrechte 458–460
- Restrukturierungsrichtlinie 42–44
- Kündigungsrechte, *siehe auch* Lösungsklauseln
 - Deutschland 113–121
 - Frankreich 149–157

- legal transplants, siehe auch* *transfert culturel* 9–12
- loi de sauvegarde* 63–76, *siehe auch* *droit des entreprises en difficulté*

- magistrature économique* 458–463, *siehe auch* Gläubigerautonomie
- mandat ad hoc* 65
- Marktkonformität 35–38, 45–49, 479 f., 488–491
- Masseforderungen, *siehe auch* *créanciers postérieurs méritants*
 - Beschränkung 474–491
 - Entstehung 165–175
 - Rechtsfolge 175–179
 - Supervorrecht 474–484
- Massezugehörigkeit und Pfändbarkeit 86–102
- Masseunzulänglichkeit
 - Gläubigergleichbehandlung 482
 - Vorrechte 475–485
- menace de sauvegarde* 332 f.
- Modigliani-Miller-Theorem* 429–432

- nonadjusting creditors* 429–432, 476 f.
- nullités de la période suspecte, siehe unter* Insolvenzanfechtung

- objet du contrat* 139–143
- obligation monétaire* 139 f.
- Opportunitätskosten 84, 427, 436
- ouverture de crédit* 143 f., *siehe auch* Krediteröffnungsvertrag
- overinvestment* 432–436, 464 f., 478–480

- paiement à l’échéance, siehe auch* *discipline collective*
 - *créanciers postérieurs méritants* 227 f., 232–234, 238–240, 251–253

- Einzahlungspflicht 251–253, *siehe auch Caisse des dépôts et consignations*
- *privilège de conciliation* 218–220
- *super privilège des salariés* 253
- Pareto-Kriterium* 396 f., 399, *siehe auch Effizienz*
- partial priority* 352 f. Fn. 43, 436–440, insbes. 437 Fn. 201 f., *siehe auch Henckel-Modell*
- Pfändbarkeit, siehe auch Massezugehörigkeit*
- Kreditansprüche 87–89
- Krediteröffnungsvertrag 100–102
- Zweckgebundene Forderungen 89–100
- Planmaßnahmen* 201 f., *siehe auch Insolvenzanfechtung*
- praesumptio similitudinis* 9
- pre-pack-Verfahren* 5, 406 f., 494–497
- principe d'irresponsabilité, siehe unter Kreditgeberhaftung*
- Prioritätsprinzip* 390–395
- priorité de paiement* 217, 233
- Privatautonomie*
- Gläubigergleichbehandlung 382–385
- Kreditsicherheiten 97 f., 414–416
- Pfändbarkeit 97 f.
- Prioritätsprinzip 390–392
- Privilège de conciliation*
- im deutschen Recht 404–472
- Rechtsfolgen 216–221
- Voraussetzungen 212–215
- privilège de sauvegarde/redressement* 236–246
- privilège des créanciers postérieures méritants, siehe unter créanciers postérieurs méritants*
- procédure de*
- *conciliation* 64–67
- *liquidation judiciaire* 73–75
- *redressement judiciaire* 71–73
- *sauvegarde* 67–71
- Privilège général*
- Auslegung 12, 214
- Begriff 216 f.
- promesse de prêt* 137, 144, *siehe auch Krediteröffnungsvertrag*
- propriété-sûreté* 265–267, 271–274
- Publizität* 445–453
- puzzle of secured credit* 428–445
- race to the assets* 382 f.
- Rangvorrechte de lege ferenda*
- Ausgleichspflicht 352–354, 361–363, 437 Fn. 201, *siehe auch adequate protection*
- Effizienz 428–445, 474–480
- Entscheidungsmacht 454–463
- Gläubigergleichbehandlung 408–425, 481–488
- in präventiven Restrukturierungsverfahren 404–463
- in Insolvenzverfahren 464–471, 473–491, 495–497
- Publizität 445–453
- Rechtsmittel 454 f.
- Restrukturierungsrichtlinie 404 f., 458–460
- Verfassungsrecht 357–368
- Wechselwirkungen 436–444, 475–480
- Restrukturierungsrichtlinie*
- Ausrichtung 40–45
- Kriterium des Gläubigerinteresses 42–44
- unangemessene Beeinträchtigung 458–460
- Umsetzung 45–51, 69–71
- Révendication* 132–135, *siehe auch Eigentumserwerb*
- Richtermacht, siehe unter magistrature économique, Gläubigerautonomie*
- Richtigkeitsgewähr* 448 Fn. 252, 463
- roll-up* 457, 460 f.
- Sanierungsfinanzierung (Begriff)* 14 f.
- Sanierungskonzept/-gutachten* 197–199, 318 f.,
- Schadensersatz, siehe auch Kreditgeberhaftung*
- Scheitern von Sanierungsplänen* 155–158
- Schlechterstellungsverbot, siehe unter Kriterium des Gläubigerinteresses*
- Sittenwidrigkeit von Sicherheiten* 202–208

- Situation irrémédiablement compromise*, siehe unter Kündigungsrechte
Soutien abusif, siehe unter Kreditgeberhaftung
 StaRUG
 – Arbeitnehmerforderungen 46–49
 – Ausrichtung 45–51
 – Kriterium des Gläubigerinteresses 49 f.
 – Schutz für Finanzierer 199–202
 Steuerforderungen, siehe unter *créances légales*
 – *créanciers postérieurs méritants* 247–251
 – Masseforderungen 476–480, 485–490
super privilège, siehe unter Arbeitnehmer
sûretés exclusives 265–274
suspension provisoire des poursuites 57 f.
suum cuique, siehe unter Gerechtigkeit

 Teilbarkeit 148, 170–172, siehe unter *indivisibilité*, Erfüllungswahl
thèse matérialiste und *volontariste* 131, 138 f., 226, siehe auch Erfüllungswahl
tierce-opposition 454
 Transaktionskosten 207, 427, 451 f.

transfert culturel 9–12, siehe auch *legal transplant*

 Übersicherung
 – Anfängliche 203
 – Kostenbeitrag 188
 Übertragende Sanierung 61, 71–73, 76, 259
 UNCITRAL 405 f.
 US-Recht, siehe unter *debtor-in-possession-financing*

 Verfahrenszwecke, siehe unter Insolvenzzwecke
 Verfassungsrecht 352 f. Fn. 53, 357–368, 437 Fn. 201
 Vorinsolvenzlichkeit 413 f., 466 siehe auch *Butner-Prinzip*
 Vorsatzanfechtung, siehe unter Insolvenzanfechtung
 Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, siehe unter Kreditgeberhaftung
 Vorverständnis 9–12

 Wertverfolgung, siehe unter Gläubigergleichbehandlung

 Zweckbindung, siehe unter Massezugehörigkeit