

Buchalik Brömmekamp

NEWSLETTER

SONDERAUSGABE 2014:
ZWEI JAHRE ESUG –
EIN ZWISCHENRESÜMEE

EDITORIAL

Sehr verehrte Geschäftsfreunde,

das ESUG ist nun zwei Jahre alt, und dies ist ein willkommener Anlass, ein Zwischenresümee zu ziehen. Verlässliche statistische Erhebungen, die Eindrücke mit Zahlen unterlegen, liegen derzeit noch nicht vor. Soweit sich die bislang bestehenden und aus verschiedenen Quellen verdichteten Zahlen heranziehen lassen, lag die Zahl der in Eigenverwaltung eingeleiteten Verfahren bis 2010 bei etwa 130 – 170 Verfahren pro Jahr, in 2012 waren es 350 Verfahren und im ersten Quartal 2013 sollen es etwa 120 Verfahren gewesen sein. Hochgerechnet auf 2013, könnten damit schon fast 500 Verfahren in Eigenverwaltung eingeleitet worden sein. Sollten sich diese Zahlen auch nur annähernd bestätigen, würde dies für einen Erfolg des neuen Verfahrens sprechen. Zwar erscheint dies bei einer Gesamtzahl von ca. 25.000 Unternehmensinsolvenzen in 2013 immer noch sehr wenig, allerdings muss berücksichtigt werden, dass davon maximal 1000 Verfahren für eine Eigenverwaltung überhaupt geeignet gewesen sein dürften. Dann kann man aber heute schon die These aufstellen, dass in Zukunft die Eigenverwaltung das gängige Verfahren einer Sanierung unter Insolvenzbedingungen sein wird.

In der Praxis lässt sich feststellen, dass die Akzeptanz bei Gläubigern, Gerichten und Sachwaltern zunehmend steigt. Insbesondere Gerichte verweigern sich dem Verfahren bei

professioneller Vorbereitung kaum noch. Da es sich bei den Eigenverwaltungsverfahren um die attraktiveren Insolvenzverfahren handelt, wird der aktuelle Trend dazu führen, dass sich die wesentlichen Verfahren auf deutlich weniger Verwalter konzentrieren werden und damit auch die Zahl der Verwalter abnehmen wird. Für diejenigen, die aus dem Markt ausscheiden, ist das keine frohe Botschaft, im Interesse der Professionalisierung des gesamten Verfahrens aber sicher ein begrüßenswerter Vorgang.

Wir wollen mit diesem Sondernewsletter, schon fast an eine Tradition anknüpfend, zur weiteren Verbreitung und zur Akzeptanz des neuen Insolvenzrechts beitragen. Dazu haben wir bereits bekannte Themen aktualisiert und andere neu aufgegriffen. Wir wollen natürlich nicht nur die Chancen, sondern auch die Risiken hinterfragen, unserem Selbstverständnis entsprechend aber immer Lösungswege aufzeigen. Viel Vergnügen beim Lesen der Lektüre.

Ihr



Robert Buchalik



- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> 02 Einführung in das neue Insolvenzrecht 05 Der vorläufige Gläubigerausschuss: Stärkung der Gläubigermitbestimmung 07 Der Ablauf des Schutzschirmverfahrens 10 Anforderungen an die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO 12 Schutzschirmverfahren versus vorläufige Eigenverwaltung oder „Wie erkläre ich es meinen Gläubigern?“ 15 Die Abstimmung mit dem Insolvenzgericht als wesentlicher Baustein einer erfolgreichen Sanierung über ein ESUG-Verfahren 17 Die Verbesserung der Risikoposition der Bank durch Insolvenzplan und Eigenverwaltung 19 Der Einsatz eines CROs für die Sanierung in einem ESUG-Verfahren 21 Anfechtungsrisiken in der Eigenverwaltung – identifizieren, vermeiden, gestalten 24 Anfechtung von Kreditsicherheiten unter besonderer Berücksichtigung des § 133 InsO 26 Anfechtbarkeit von Leistungen auf Ratenzahlungsabreden § 133 InsO – ein unkalkulierbares Risiko? 28 Erfolgreich durch die Insolvenz – Erfahrungen aus dem Bereich Lohnbearbeitung 30 Deutsche Mechatronics GmbH wurde durch Insolvenzplanverfahren umfassend entschuldet | <ul style="list-style-type: none"> 32 Kern der Restrukturierung: Die nachhaltige Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens herstellen 34 Insolvenzplan gibt den Weg aus der Krise vor 36 Professionelle Liquiditätsplanung und -steuerung – Rückgrat einer erfolgreichen Sanierung in Eigenverwaltung 38 Die Begründung von Masseverbindlichkeiten im eigenverwalteten Insolvenzeröffnungsverfahren 40 Der „unechte“ Massekredit nach ESUG am Beispiel der Globalzession 42 Insolvenzgeld – ein wichtiges Sanierungsinstrument 44 Personaleinsatzplanung innerhalb eines Insolvenzverfahrens nach der Ankündigung eines Arbeitsplatzabbaus 46 Haftungsprivilegien des Erwerbers beim Betriebsübergang in der Insolvenz 48 Verschlechterung von Zinskonditionen: Handlungsansätze für Ursachenanalyse und Problemlösung 50 Update: Steuern im Eröffnungsverfahren nach §§ 270a, 270b InsO 52 Ist der Sanierungserlass mit europäischem Beihilferecht vereinbar? 54 Der Banken-Sicherheitenpool im Umsatzsteuerrecht 56 Die Haftung des Sanierungsgeschäftsführers im Schutzschirmverfahren 58 Mediation im Eigenverwaltungsverfahren 60 Fachlektüre zum ESUG |
|---|--|

Einführung in das neue Insolvenzrecht

Das bisherige Insolvenzrecht (vor März 2012) verhinderte in vielen Fällen, dass lebensfähige Unternehmen durch ein eröffnetes Insolvenzverfahren saniert werden konnten, weil die fehlende Berechenbarkeit eines Insolvenzverfahrens Unternehmen davon abhielt, einen Insolvenzantrag zu stellen. Vielmehr wurde der Weg über die außergerichtliche Sanierung so lange beschritten, bis alle Reserven verbraucht waren und nur noch die Liquidation des Unternehmens möglich war. Mit dem reformierten Insolvenzrecht strebt der Gesetzgeber eine frühzeitige Sanierung von Unternehmen an, um die Spielräume für eine außergerichtliche Sanierung zu erhöhen. Gleichzeitig ist der Weg durch die Insolvenz für den Insolvenzschuldner beherrsch- und berechenbarer.

Der Schwerpunkt des Gesetzes besteht in der Erleichterung der Sanierung von Unternehmen durch einen stärkeren Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters/Sachwalters, durch einen erleichterten und bereits in das Eröffnungsverfahren vorverlagerten Zugang zur Eigenverwaltung sowie durch den Ausbau und der Straffung des Insolvenzplanverfahrens.

Stärkung der Gläubigerrechte

Um die Gläubigerrechte zu stärken, wird die Möglichkeit geschaffen, bereits unmittelbar nach dem Eingang eines Eröffnungsantrags einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzurichten, sofern im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei folgenden Schwellenwerte erreicht wurden (§ 22a Abs. 1 InsO):

- 4,84 Mio. Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrages i.S.v. § 268 Abs. 3 HGB,
- 9,68 Mio. Euro Umsatzerlöse sowie
- im Jahresdurchschnitt 50 Arbeitnehmer.

Auch unterhalb der Schwellenwerte erfolgt die Einrichtung eines vorläufigen Gläubigerausschusses auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Sachwalters oder eines Gläubigers, wenn Personen benannt werden, die als Mitglieder in Betracht kommen, und dem Antrag die Einverständniserklärungen der benannten Personen beigefügt werden (§ 22a Abs. 2 InsO).

Die Befugnisse des vorläufigen Gläubigerausschusses sind sehr weitreichend:

- Vor Bestellung des Verwalters ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen zu äußern, die an den Verwalter gestellt werden (§ 56a Abs. 1 InsO).

- Sofern sich der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig für eine bestimmte Person als Verwalter ausspricht, ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, es sei denn, die vorgeschlagene Person ist für die Übernahme des Amtes nicht geeignet (§ 56a Abs. 2 Satz 1 InsO).
- Hat das Gericht ohne Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses einen Verwalter bestellt, so kann der vorläufige Gläubigerausschuss in seiner ersten Sitzung mit einem einstimmigen Beschluss einen anderen Verwalter wählen (§ 56a Abs. 3 InsO).
- Vor der Entscheidung über einen Antrag auf Eigenverwaltung ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zur Äußerung zu geben (§ 270 Abs. 3 Satz 1 InsO).
- Ein Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung kann vom Gericht nur abgelehnt werden, wenn Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Wird aber der Antrag von einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses unterstützt, gilt die Anordnung als nicht nachteilig für die Gläubiger (§ 270 Abs. 3 Satz 2 InsO).

Stärkung der Eigenverwaltung und des Schutzschirmverfahrens

Der Gesetzgeber hat die Eigenverwaltung weiter gestärkt, um im Idealfall im Einvernehmen mit den Gläubigern die Kenntnisse und Erfahrungen der bisherigen Geschäftsleitung bestmöglich nutzen zu können und eine zeit- und kostenintensive Einarbeitungszeit eines Insolvenzverwalters zu vermeiden.

Vor der Reform wurde die Eigenverwaltung nur sehr zurückhaltend eingesetzt, vor allem weil das Verfahren für den Insolvenzschuldner nicht kalkulierbar war. Zwischen Antragstellung und Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde vom Insolvenzgericht immer ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit zum Teil

sehr weitgehenden Befugnissen eingesetzt. Erst im Beschluss des Gerichtes über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, also nach zwei bis drei Monaten, wurde über die Anordnung der Eigenverwaltung entschieden. Die Nichtanordnung konnte erhebliche negative Auswirkungen wirtschaftlicher Art auf den weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens haben, insbesondere dann, wenn die Eigenverwaltung bereits mit Antragstellung vom Schuldner angekündigt worden war.

Das ESUG erleichtert die Voraussetzungen für die Anordnung der Eigenverwaltung. So werden die Gläubiger über den vorläufigen Gläubigerausschuss schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in die Entscheidung über die Eigenverwaltung einbezogen. Bereits in der Phase zwischen Insolvenzantragstellung und Eröffnung kann die sogenannte vorläufige Eigenverwaltung angeordnet werden (§ 270a InsO). Damit wird vom Gericht eine Vorentscheidung über die Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren getroffen. Die Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren entfällt folglich. Sofern der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig den Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung unterstützt, kann das Gericht diesen Antrag nicht ablehnen, auch dann nicht, wenn das Gericht der Ansicht ist, dass den Gläubigern durch die Anordnung Nachteile entstehen.

Mit dem Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO), das eine weitere Form der vorläufigen Eigenverwaltung ist und deren Wirkungen nochmals verstärkt, wird dem Schuldner im Zeitraum zwischen Eröffnungsantrag und Verfahrenseröffnung ein eigenständiges Sanierungsverfahren zur Verfügung gestellt. Der Schuldner erhält auf einen entsprechenden Antrag und Beschluss des Gerichts hin bis zu drei Monate Zeit, in einer Art „Schutzschirmverfahren“ unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters frei von Vollstreckungsmaßnahmen einen Sanierungsplan zu erstellen, der anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden kann.

Voraussetzung für die Einleitung eines solchen Schutzschirmverfahrens ist nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO, dass der Schuldner mit dem Eröffnungsantrag eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers, Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorlegt, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Eine wesentliche Stärkung erfährt das Schutzschirmverfahren durch die Befugnis des Schuldners, Masseverbindlich-

keiten begründen zu können (§ 270b Abs. 3 InsO). Er erhält damit die Rechtsposition, die früher nur ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter innehatte.

Mit der Änderung des § 270 InsO und den Regelungen der §§ 270a, 270b InsO wird die Anordnung der Eigenverwaltung für den sanierungswilligen Insolvenzschuldner berechenbarer. Wenn das Verfahren vom Berater gut vorbereitet ist und er die Rückendeckung der wichtigsten Gläubiger erhält, ist die Anordnung der Eigenverwaltung praktisch sicher. Sie kann dann kaum vom Insolvenzgericht oder vom vorläufigen Sachwalter verhindert werden.

Ausbau und Straffung des Insolvenzplanverfahrens

a) Einschränkung der Möglichkeiten zur Verhinderung des Plans

(1) Früher war es möglich, dass einzelne Gläubiger unter Berufung auf die Regelungen des § 251 InsO das Zustandekommen des Insolvenzplans verhindern oder zumindest deutlich durch das Einlegen von Rechtsmitteln hinauszögern konnten, wenn sie glaubhaft machten, dass sie durch den Plan schlechter gestellt werden (§ 251 Abs. 2 InsO a.F.). In der Praxis führte dies insbesondere bei Großverfahren dazu, dass der Schuldner gezwungen war, diesen Gläubigern gesetzeswidrig Sondervorteile zu verschaffen, um den Plan zum Abschluss zu bringen. Heute hat der Schuldner die Möglichkeit, im Plan vorzusehen, für diese Gläubiger Mittel für den Fall bereitzustellen, dass sie ihre Schlechterstellung nachweisen. Ob die Beteiligten einen Ausgleich aus diesen Mitteln erhalten, ist außerhalb des Insolvenzverfahrens zu klären (§ 251 Abs. 3 InsO). Damit verhindern selbst jahrelange Prozesse das zügige Zustandekommen des Plans nicht.

(2) In der Vergangenheit konnten Rechtsmittel gegen den Beschluss, durch den der Insolvenzplan bestätigt wurde, ohne Begründung eingelegt werden. Das war selbst dann möglich, wenn dem Plan durch denjenigen, der das Rechtsmittel eingelegt hatte, zugestimmt worden war. Rechtsmittel sind nach § 253 InsO nur noch zulässig, wenn dem Plan spätestens im Abstimmungstermin schriftlich widersprochen, gegen den Plan gestimmt und glaubhaft gemacht wurde, dass der widersprechende Gläubiger durch den Plan wesentlich schlechter gestellt wird, und dass dieser Nachteil nicht durch Zahlung aus den in § 251 Abs. 3 InsO genannten Mitteln ausgeglichen werden kann.

b) Erleichterte Aufhebung des Insolvenzverfahrens

In der Vergangenheit führte die Pflicht zur Berichtigung aller unstreitigen Masseansprüche vor der Aufhebung des Insolvenzverfahrens zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten, da für zahlreiche bereits begründete Verbindlichkeiten noch keine Rechnungen vorlagen, aber auch Dauerschuldverhältnisse fortgesetzt werden sollten. Nach § 258 Abs. 2 InsO hat der Verwalter vor der Aufhebung des Verfahrens nur noch die unstreitigen fälligen Masseansprüche zu berichtigen und für die streitigen oder nicht fälligen Sicherheit zu leisten. Für die nicht fälligen Masseansprüche kann jetzt auch ein Finanzplan vorgelegt werden, aus dem sich ergibt, dass ihre Erfüllung gewährleistet ist.

c) Eingriff in die Rechte der Anteilshaber

Nach dem Vorbild des US-amerikanischen Chapter-11-Verfahrens ist es möglich, die Rechte der Anteilshaber durch Regelungen im Insolvenzplan zu ändern. Die Umwandlung von Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte, der sogenannte Debt-Equity-Swap (§ 225a InsO), eröffnet in der Praxis hochinteressante Gestaltungsmöglichkeiten. Das bisherige Vetorecht der Altgesellschafter ist aufgehoben, und Nachschusspflichten des Erwerbers wegen einer Überbewertung ihrer Forderungen sind ausgeschlossen.

Erfahrungen mit dem neuen Recht der Eigenverwaltung

Mit den zahlreichen Änderungen der Insolvenzordnung durch das ESUG ist dem Gesetzgeber ein großer Wurf gelungen. Jedenfalls ist seine Intention, insbesondere der Eigenverwaltung und dem Insolvenzplanverfahren endlich zum Durchbruch zu verhelfen und die Gläubigerrechte deutlich zu stärken, an vielen Stellen des Gesetzes Nachdruck verliehen worden. Die praktischen Erfahrungen zeigen, dass die Akzeptanz des neuen Rechts bei Gerichten, Unternehmen und auch Insolvenzverwaltern ständig zunimmt.

Buchalik Brömmekamp hat seit Einführung des neuen Rechts mehr als 40 Unternehmen in der Insolvenz in Eigenverwaltung beraten und begleitet und zählt somit in diesem Bereich zu den Marktführern. Aus dieser Praxiserfahrung heraus ergeben sich folgende Schlussfolgerungen:

Der Antrag auf Eigenverwaltung wird seitens der zuständigen Insolvenzrichter durchaus kritisch gesehen und ist kein Selbstläufer. Nur bei professioneller Vorbereitung des Insolvenzantrags, für die mindestens zwei Wochen nötig sind, wird man die erste Hürde der Eigenverwaltung bei Gericht

überwinden. Neben einem gut vorbereiteten Insolvenzantrag sind die Kommunikation und insbesondere ein Vorgespräch mit dem Gericht durch die Berater von ganz entscheidender Bedeutung. Nur dadurch kann auch eine schnelle und vor allem positive Beschlussfassung erreicht werden.

Nach Einleitung des Verfahrens gilt es, den möglichen bestellten Gläubigerausschuss bzw. die sonstigen Gläubiger vom geplanten Sanierungskurs zu überzeugen. In dieser Phase ist es ebenfalls von großer Bedeutung, dass hier sanierungserfahrene Spezialisten, die sich mit der Materie des Insolvenzverfahrens auskennen, als Ansprechpartner, die für das Unternehmen agieren, zur Verfügung stehen. Auch der Sachwalter erwartet, dass neben der bisherigen Geschäftsführung ein Insolvenzspezialist dem Unternehmen zur Seite steht, der dafür sorgt, dass die insolvenzspezifischen Maßgaben eingehalten werden.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann kann nach unseren Erfahrungen das Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung in den meisten Fällen erfolgsversprechend durchgeführt werden.

Dr. Jasper Stahlschmidt

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenzrecht, Tätigkeit als
CRO bei der Insolvenz in Eigenverwaltung,
Sanierung durch Insolvenz

Tel. 0211-82 89 77 200

jasper.stahlschmidt@buchalik-broemmekamp.de



Der vorläufige Gläubigerausschuss: Stärkung der Gläubigermitbestimmung

Unbestritten werden die Weichen für ein Unternehmen in der Insolvenz bereits in den ersten 10 bis 14 Tagen in die richtige oder in die falsche Richtung gestellt. Vor diesem Hintergrund haben Schuldner wie Gläubiger nach dem neuen Recht die Möglichkeit erhalten, schon vom ersten Tag eines Verfahrens an diese zentralen Weichenstellungen mit zu beeinflussen.

Voraussetzung für eine solche „steuernde Mitwirkung“ ist jedoch, dass ein kriselndes Unternehmen zumindest in der letzten Phase der Krise professionell begleitet wird, den Dialog mit den wichtigsten Gläubigern sucht und sie davon überzeugt, einen gemeinsamen Weg hin zu einer Sanierung des Unternehmens unter dem Schutz des Insolvenzrechts zu gehen. Unternehmen hingegen, die ihre Gläubiger mit einem Insolvenzantrag überraschen, sollen von diesen Möglichkeiten eines gesteuerten Verfahrens zu Recht ausgeschlossen werden, d. h. die neuen Möglichkeiten sind eine „Belohnung“ und zugleich ein Anreiz für Unternehmen, sich rechtzeitig unter den Schutz des Insolvenzrechts zu begeben. Zentrales Steuerungsinstrument in dieser frühen Phase ist ein repräsentativ besetzter vorläufiger Gläubigerausschuss. Damit will der Gesetzgeber zugleich sicherstellen, dass das Insolvenzgericht vom ersten Tag an auch Erkenntnisse der Gläubiger über das Schuldnerunternehmen in seine Entscheidung einbinden kann.

Ausschussmitglieder

Jedes Insolvenzverfahren ist von heterogenen Gruppeninteressen geprägt. Soll verhindert werden – und dies ist der Wille des Gesetzgebers –, dass sich im Insolvenzverfahren das Recht des stärkeren, der gesicherten Gläubiger gegen die schützenswerten Interessen der allgemeinen Insolvenzgläubiger durchsetzt, dann müssen alle Gruppeninteressen auch in der Repräsentation der Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses zum Ausdruck kommen. Die Legitimation für einen frühen steuernden Einfluss der Gläubiger folgt daher aus der Repräsentativität der Mitglieder. Ein im Eröffnungsverfahren vorgeschlagener vorläufiger Gläubigerausschuss sollte daher aus mindestens fünf Mitgliedern bestehen. Diese müssen überschneidungsfrei und eindeutig den Gruppen der Kreditwirtschaft, der Sicherungsgläubiger, der institutionellen Gläubiger, der ungesicherten Gläubiger sowie den Vertretern von Arbeitnehmerinteressen zuzuordnen sein. Wird mit dem Antrag eines Schuldners von den Gläubigern zugleich ein vorläufiger Gläubi-

gerausschuss vorgeschlagen, in dem die fünf Gruppen von Gläubigern eindeutig und repräsentativ vertreten sind, so ist dieser als vorläufiger Gläubigerausschuss vom Gericht zu bestellen. Gleichzeitig ist damit gewährleistet, dass die Gläubiger vom ersten Tag des Verfahrens an – ohne dass ein verzögerndes Element eintreten kann – Einfluss auf die weitere Gestaltung, Bestimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, die Wahrnehmung von Sanierungsmöglichkeiten sowie eine möglichst schnelle Eröffnung nehmen können.

Rechte und Aufgaben eines vorläufigen Gläubigerausschusses sind u. a.:

- Mitwirkung bei allen wichtigen Entscheidungen im Eröffnungsverfahren, wie z. B. Fortführung oder Stilllegung;
- Einstimmiger, bindender Vorschlag eines Verwalters (§ 56a Abs. 2 InsO) bzw. Benennung eines konkreten Anforderungsprofils (§ 56a Abs. 1 InsO);
- Einstimmige Ersetzung der gerichtlichen Auswahlentscheidung ohne Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 56a Abs. 3 InsO);
- Antrag auf Aufhebung des Schutzschirmverfahrens vor Ablauf der gesetzten Frist (§ 270b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 InsO);
- Stützung oder Ablehnung einer Eigenverwaltung (§ 270 Abs. 3 InsO);
- Zustimmung zu allen wichtigen Maßnahmen nach § 160 InsO.

Der „Kann-Soll-Muss-Ausschuss“

Will man sich die neuen Möglichkeiten zur Gläubigermitbestimmung durch den vorläufigen Gläubigerausschuss bewusst machen und die zentrale Bedeutung der richtigen gerichtlichen Weichenstellung erkennen, dann ist es gut, zunächst zwischen den drei unterschiedlichen gesetzlichen Möglichkeiten zu unterscheiden:

Wichtig zu wissen ist zudem, dass das Recht zum Vorschlag geeigneter Personen den Gläubigern zusteht und nicht dem Gericht. Machen die Gläubiger von diesem Recht aber keinen Gebrauch, kann das Gericht die Mitglieder bestimmen.

Jedem Insolvenzantrag müssen zwingend alle Anlagen nach § 13 InsO beigefügt sein. Fehlen diese Anlagen oder sind sie unvollständig, dann ist der Antrag unzulässig. Die Komplexität der notwendigen Antragsunterlagen macht hier eine professionelle Vorbereitung in den letzten Wochen vor der Antragstellung unerlässlich.

Der „Kann- oder Ermessensausschuss“

War bisher umstritten, ob es überhaupt gesetzlich zulässig ist, schon im Eröffnungsverfahren einen vorläufigen Gläubigerausschuss zu bestellen, so ist dies nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO nunmehr eine vorläufige Maßnahme und kann daher in jeder Verfahrenslage von Amts wegen zur Anwendung gebracht werden. Eine Besonderheit ist, dass wegen fehlender Betriebsnähe Nicht-Gläubiger oder sachverständige Dritte in einem vorläufigen Gläubigerausschuss nicht vertreten sein dürfen, wohl aber Gläubiger, die erst mit Eröffnung Gläubiger werden. Dazu gehören nicht nur der Pensions-Sicherungs-Verein (PSVaG) und die Bundesagentur für Arbeit, sondern auch alle Gläubiger unbestrittener oder titulierter Forderungen. Für die Arbeitnehmer dürfte auch die Vertretung von Arbeitnehmerinteressen durch eine im Unternehmen tätige Gewerkschaft zulässig sein.

Der „Soll- oder Antragsausschuss“

Auch wenn Unternehmen die Schwellenwerte eines Muss- oder Pflichtausschusses (Umsatz ca. 10 Mio. Euro, Bilanzsumme ca. 5 Mio. Euro, 50 Arbeitnehmer) nicht erreichen, soll das Gericht nach § 22a Abs. 2 InsO einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, wenn dies vom Schuldner, einem beliebigen Gläubiger oder einem bereits bestellten vorläufigen Verwalter beantragt wird. Damit kann faktisch in jeder Unternehmensinsolvenz ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt und die Gläubigermitwirkung aktiviert werden. Diesem Antrag ist stattzugeben, wenn dem Gericht Personen benannt werden, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen, deren Einverständniserklärungen dem Antrag beigefügt sind und keine Ausschlussgründe (§ 22a Abs. 3 InsO) der Einsetzung entgegenstehen. Geht ein solcher Ausschussantrag direkt mit dem Insolvenzantrag ein, dann darf das

Gericht nicht zögern, den Ausschuss zu bestellen. Aber auch hier gilt der Grundsatz der Repräsentativität und der Notwendigkeit eines Interessenausgleichs durch einen Fünfer-Ausschuss.

Der „Muss- oder Pflichtausschuss“

Erfüllt das Unternehmen die Schwellenwerte nach § 22a Abs. 1 InsO (Umsatz ca. 10 Mio. Euro, Bilanzsumme ca. 5 Mio. Euro, 50 Arbeitnehmer) und hat es den Betrieb bei Antragstellung noch nicht eingestellt, so ist das Gericht gesetzlich verpflichtet, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, und muss dies tun, wenn mit dem vollständigen Antrag zugleich ein ordnungsgemäß besetzter Ausschuss vorgeschlagen wird und die Einverständniserklärungen der Vorgeschlagenen vorliegen. Da allerdings eine solche gerichtliche Einsetzung erhebliche Zeit in Anspruch nehmen kann, sollte in jedem Fall auch ein Antrag mit einem Vorschlag geeigneter Personen gemacht werden. Hat das Gericht von der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zunächst abgesehen und ohne Anhörung sofort einen vorläufigen Verwalter bestellt, so muss es die Anhörung des Ausschusses unverzüglich nachholen, damit dieser gegebenenfalls von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen kann und in seiner ersten Sitzung einstimmig einen anderen Verwalter wählen kann (§ 56a Abs. 3 InsO).

Fazit:

Gläubiger wie Schuldner können über einen vorläufigen Gläubigerausschuss alle zentralen Fragen einer Sanierung unter Insolvenzschutz mitbestimmen – aber ohne professionelle Vorbereitung laufen diese Rechte ins Leere.

Prof. Dr. Hans Haarmeyer

Direktor des Deutschen Instituts
für angewandtes Insolvenzrecht – DIAI, Bonn

Tel. 0228-359462
hans.haarmeyer@diai.org



Der Ablauf des Schutzschirmverfahrens

Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO eröffnet neben der vorläufigen Eigenverwaltung nach § 270a InsO neue Sanierungsmöglichkeiten. Es birgt aber für alle Beteiligten erhebliche Gefahren, wenn zu leichtfertig damit umgegangen wird. Den Gerichten kommt daher eine Schlüsselfunktion zu, um die Spreu vom Weizen zu trennen. Das Verfahren selbst ist aufwendiger, kostenintensiver und kann deutlich einfacher scheitern als eine vorläufige Eigenverwaltung.

Ist das Unternehmen bereits zahlungsunfähig, scheidet das Schutzschirmverfahren von vornherein aus. Nach § 270b Abs. 1 Satz 1 InsO kann das Schutzschirmverfahren nur bei Vorliegen von drohender Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung durchgeführt werden.

Der Erfolg des Schutzschirmverfahrens hängt vor allem von der professionellen Vorbereitung ab. Dazu ist auch die Erarbeitung eines operativen Restrukturierungskonzeptes erforderlich (vgl. Beitrag auf S. 34). Nur wenn die Markt- und Wettbewerbsfähigkeit wiederhergestellt werden kann, macht ein Schutzschirmverfahren auch Sinn. Antragsvoraussetzung für ein Schutzschirmverfahren ist die Vorlage einer mit Gründen versehenen Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwaltes, die dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beizufügen ist.

Aus dieser Bescheinigung muss sich ergeben, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, nicht aber Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. In diesem Zusammenhang sind eine Vielzahl von Fragen ungeklärt, z. B. ob es zulässig ist, dass Sanierungsberater und Bescheiniger personenidentisch sein dürfen, welche inhaltlichen Anforderungen an die Bescheinigung zu stellen sind und ob beispielsweise anstelle der genannten Berufsträger auch andere Personen vergleichbarer Qualifikation als Bescheiniger in Betracht kommen.

Die Gerichte haben diese Fragen bislang sehr unterschiedlich beantwortet. Die falsche Entscheidung seitens des Beraters kann zum Scheitern des ganzen Verfahrens führen. Einerseits ist es deshalb erforderlich, die sicherste Variante zu wählen, andererseits ist eine frühzeitige Abstimmung mit dem Insolvenzgericht im Hinblick auf die o.g. Fragen unerlässlich, um ein Scheitern oder auch eine erhebliche Verzögerung des Verfahrens zu verhindern. Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass mit der Bescheinigung erhebliche zusätzliche Kosten ausgelöst werden und ein zeitlicher Zusatzaufwand notwendig wird. Geht

man den sicheren Weg und lässt die Bescheinigung von einem Dritten und nicht vom Sanierungsberater erstellen, fallen zusätzliche Kosten und wahrscheinlich mindestens eine Woche zusätzlicher zeitlicher Aufwand an, denn der Dritte muss sich zunächst in das Thema einarbeiten.

Liegt ein Sanierungskonzept vor und ist es trotz aller Schwierigkeiten gelungen, die Bescheinigung in Abstimmung mit dem Insolvenzgericht inhaltlich richtig und auch durch den richtigen Bescheiniger zu erstellen, müssen für die Einleitung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b Abs. 1 InsO dem Gericht zumindest folgende drei Anträge vorgelegt werden:

1. Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen drohender Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung,
2. Antrag auf Eigenverwaltung und
3. Antrag auf Bestimmung einer Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans.

Mit dem Eröffnungsantrag legt der Insolvenzschuldner die zuvor angesprochene Bescheinigung gemäß § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO vor, die das Gericht auch im Falle der Vorabstimmung formell und materiell zu prüfen hat. Im Hinblick auf die Prüfungspflicht des Gerichts geht keine wertvolle Zeit verloren, wenn es im Vorfeld schon zu einem ausreichenden Abstimmungsprozess zwischen Gericht und Berater gekommen ist. Dabei sollte festgelegt werden, ob das Gericht die Bescheinigung selbst prüft oder von einem Dritten prüfen lässt. Letzteres kann auch schon vor Antragstellung erfolgen, wenn das Gericht mitzieht, was aber nicht unbedingt einfach sein wird. Wahrscheinlich wird es auf eine zusätzliche Prüfung seitens eines Dritten verzichten, wenn Sanierungsberater und Bescheiniger nicht identisch sind. Aber auch das gilt es, vorher zu erfragen.

Mit dem Eröffnungsantrag kann ein Antrag und/oder die Anregung auf Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen nach §§ 270b Abs. 2 Satz 3, 21 Abs. 1 und 2 Satz 1 Nr. 1a, 3 bis 5 InsO verbunden sein. Auf diese Weise kann u. a. sichergestellt werden, dass die Fortführung des Unternehmens

unter dem Schutzschirm nicht durch Verwertungs- und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen seitens einzelner Gläubiger gefährdet wird.

Im Schutzschirmverfahren ist der Schuldner berechtigt, einen eigenen Vorschlag zur Person des (vorläufigen) Sachwalters zu unterbreiten. Zwar darf das Gericht von diesem Vorschlag des Schuldners nur abweichen, wenn der vorläufige Sachwalter aus Sicht des Gerichtes offensichtlich ungeeignet ist. Nichteignung liegt vor, wenn es an der notwendigen Unabhängigkeit fehlt.

Eine abweichende Entscheidung durch das Gericht ist eine nichtjustiziable Ermessensentscheidung, die lediglich zu begründen ist (vgl. § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO). Eine vor Antragstellung mit dem Gericht erfolgte Abstimmung verhindert, dass es über diese Fragestellung überhaupt zu einer Diskussion kommt. Allerdings empfiehlt es sich, auch den beabsichtigten Gläubigerausschuss in diese Entscheidung miteinzubinden. Insbesondere Bankengläubiger haben wenig Vertrauen in das Gelingen der Eigenverwaltung, wenn ihnen ein Sachwalter „vorgesetzt“ wird.

Bei einem beabsichtigten Schutzschirmverfahren sollte der Schuldner mit seinem Eröffnungsantrag immer auch einen Antrag auf Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses gemäß § 22a Abs. 2 InsO stellen, auch wenn die Schwellenwerte nicht erreicht sind. Es ist wenig vertrauensbildend, wenn er einerseits seinen Sachwalter „mitbringt“ und dann auch noch ohne Gläubigerkontrolle arbeiten will. Diesem Antrag nach § 22a Abs. 2 InsO soll das Gericht stattgeben, wenn dem Gericht Personen benannt werden, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und deren Einverständniserklärungen dem Antrag beigelegt sind. Empfehlenswert ist es, dass sich schon vor Antragstellung ein vorläufiger Gläubigerausschuss gebildet hat, um diesen frühzeitig in die wichtigen Weichenstellungen einzubinden. Der Insolvenzschuldner sollte dem Gericht die Personen dieses Gremiums vorstellen (vgl. hierzu auch den Beitrag auf S. 5 f.).

Sofern die Voraussetzungen des § 270b Abs. 1 und 2 InsO vorliegen, erlässt das Gericht im Insolvenzeröffnungsverfahren einen Beschluss mit folgenden Anordnungen:

- Bestellung eines vorläufigen Sachwalters, §§ 270b Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 270a Abs. 1 Satz 2 InsO,
- Bestimmung einer Frist zur Vorlage des Insolvenzplans, § 270b Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO,
- ggf. Anordnung von vorläufigen Maßnahmen, § 270b Abs. 2 Satz 3 InsO und
- ggf. Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses.

Vom Gesetzgeber offen gelassen wurde, ob dieser Beschluss zu veröffentlichen ist. Derzeit geht die Praxis davon aus, dass es nicht zu einer Veröffentlichung kommt, was insbesondere dann, wenn das Schutzschirmverfahren zur Disziplinierung von Gläubigern eingesetzt wird, von großem Vorteil ist.

Da der Schuldner verwaltungs- und verfügungsbefugt bleibt, beschränkt sich die Rolle des vorläufigen Sachwalters darauf, vorrangig die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung des Schuldners zu überwachen, vgl. § 270b Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 270a Abs. 1 Satz 2, 274 Abs. 2 InsO.

Der vorläufige Sachwalter wird zudem vom Gericht in der Regel zusätzlich als Sachverständiger beauftragt zu prüfen, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird.

Eine wesentliche Stärkung erfährt das Schutzschirmverfahren durch die Befugnis des Schuldners, Masseverbindlichkeiten begründen zu können. Das Insolvenzgericht hat nach § 270b Abs. 3 InsO ohne jede Prüfungsbefugnis dem Schuldner eine unbeschränkte Masseverbindlichkeiten-Begründungskompetenz auf dessen Antrag hin einzuräumen. Der Gesetzgeber begründet diesen Schritt damit, dass es gerade in der kritischen Phase des Eröffnungsverfahrens geboten sei, das Vertrauen der Stakeholder zu gewinnen, da deren Mitwirkung für die Betriebsfortführung unerlässlich ist. Allerdings sollte in der Praxis darauf geachtet werden, dass von dieser Kompetenz nicht uneingeschränkt Gebrauch gemacht wird, denn es sollen ja nicht unbedingt alle Neuverbindlichkeiten auch Masseverbindlichkeiten sein. So wird zwar die Umsatzsteuer zwischen Antragstellung und Eröffnung gezahlt, nach Eröffnung aber im Wege der Anfechtung vom Finanzamt wieder zurückgeholt. Das ist nicht möglich, wenn sich der Schuldner uneingeschränkte Kompetenz zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten hat einräumen lassen, denn dann sind alle von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten. Aus diesem Grunde muss er sich jeweils Einzelermächtigungen vom Gericht zur Eingehung ganz bestimmter Masseverbindlichkeiten geben lassen. Diese Einzelermächtigung wird er auch erhalten, weil sie ein Minus zur Generalermächtigung darstellt. Das Verfahren ist zwar deutlich aufwendiger, dem Unternehmen steht jedoch am Ende des Verfahrens deutlich mehr Liquidität zur Verfügung. Damit steigen die Sanierungsaussichten erheblich.

Auch die Regelungen der §§ 183 ff. SGB III zum Insolvenzgeld finden auf das Schutzschirmverfahren Anwendung, weil es ein Insolvenzeröffnungsverfahren ist. Durch das Insolvenzgeld (§§ 183 ff. SGB III) hat der Gesetzgeber ein wirksames

Mittel zur Liquiditätsschöpfung geschaffen, welches die Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren sichert. In der Praxis ist die Insolvenzgeldvorfinanzierung üblich. Aus § 55 Abs. 3 InsO wird ersichtlich, dass die Ansprüche der Bundesagentur für Arbeit wegen der Zahlung von Insolvenzgeld immer Insolvenzforderungen sind, insbesondere, wenn ein starker vorläufiger Verwalter die Arbeitsleistung in Anspruch genommen hat. Nichts anderes kann im Schutzschirmverfahren gelten, zumal auch hier – wie im Regelinsolvenzverfahren – der Sinn und Zweck die Betriebsfortführung in der Insolvenz ist. Eine verbindliche Stellungnahme der Bundesagentur für Arbeit zu dieser Thematik liegt zwischenzeitlich vor. Darin wird in Abstimmung mit dem Bundesministerium der Justiz bestätigt, dass der § 55 Abs. 3 InsO auch im Schutzschirmverfahren Anwendung findet.

Tritt während des laufenden Schutzschirmverfahrens Zahlungsunfähigkeit ein, ist dies nach der gesetzlichen Regelung kein Grund mehr, das Schutzschirmverfahren vorzeitig aufzuheben. Maßgeblich ist nur, dass zum Zeitpunkt der Stellung des Eröffnungsantrags noch keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, vgl. § 270b Abs. 1 Satz 1 InsO. Allerdings ist die Zahlungsfähigkeit während des Schutzschirmverfahrens mindestens alle zwei Wochen zu prüfen und bei Eintritt dem Gericht anzuzeigen, ohne dass dies unmittelbaren Einfluss

auf das Verfahren hat. Jedoch ist nicht zu verkennen, dass dies ein Negativaspekt ist, der auch an den vorläufigen Gläubigerausschuss zu kommunizieren ist.

Unter der Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters, den er selbst vorgeschlagen hat, und frei von Vollstreckungsmaßnahmen hat der Schuldner nun die Möglichkeit, innerhalb der gesetzten Frist einen Sanierungsplan auszuarbeiten, der ab Eröffnung als Insolvenzplan umgesetzt werden kann.

Robert Buchalik

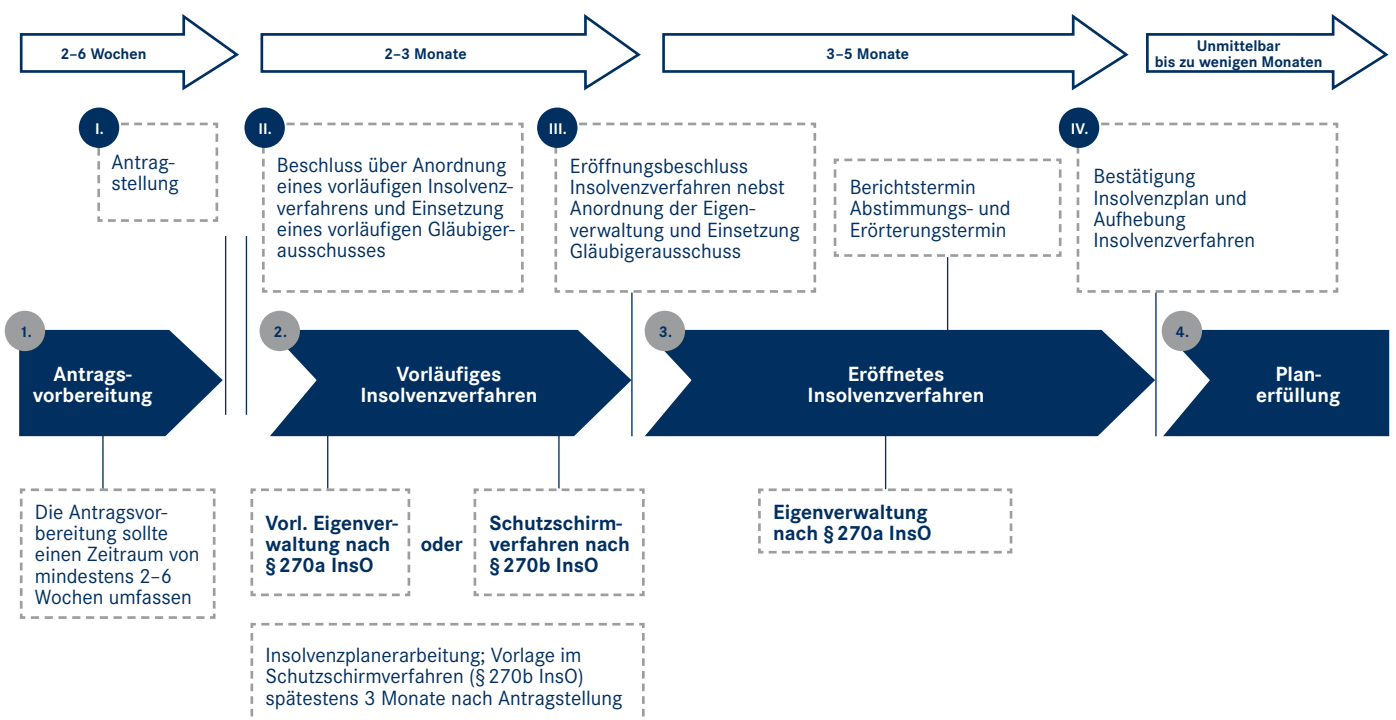
Rechtsanwalt
Partner der Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater
Geschäftsführender Gesellschafter der
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Insolvenzplan/Eigenverwaltung,
Restrukturierung, Kostenreduzierung,
Ertragssteigerung, Working Capital,
Finanzierung, M&A, Stakeholder Management,
Mediation, Interimsmanagement,
Pooladministration, Treuhandlösungen

Tel. 0211-82 89 77 110
robert.buchalik@buchalik-broemmekamp.de



Auflauf eines Insolvenzplanverfahrens in Eigenverwaltung



Anforderungen an die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO

Der Gesetzgeber hat im Hinblick auf die Ausgestaltung und den Inhalt der für das Schutzschirmverfahren benötigten Bescheinigung unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet. Mit dem IDW ES 9 hat das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) im Februar 2012 den Entwurf eines Standards für die Anforderungen an die Bescheinigung vorgelegt. Dieser Standard genügt nicht den umfangreichen rechtlichen sowie betriebswirtschaftlichen Anforderungen an die Bescheinigung und erfordert Nachbesserungen. Da sich in der Praxis noch kein einheitlicher Standard für die Bescheinigung durchgesetzt hat, eine unzureichende Bescheinigung für die Gerichte jedoch der Hauptgrund für die Nichtanordnung eines Schutzschirmverfahrens ist, werden nachfolgend die Anforderungsmerkmale an die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO näher beleuchtet.

Anforderungen an den Aussteller der Bescheinigung

Die Bescheinigung muss von einem in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation ausgestellt sein. Infolgedessen kann als Bescheiniger nur ein Berufsträger in Frage kommen, somit nur eine natürliche Person. Darüber hinaus soll der Berufsträger in Insolvenzsachen erfahren sein. Das IDW sieht dieses Merkmal als eher nachrangig an. Allerdings rückt schon der Sinn und Zweck der Bescheinigung (Sanierung in der Insolvenz unter einem Schutzschirm) dieses Tatbestandsmerkmal in den Vordergrund. Somit ist ein krisenerfahrener Bescheiniger im Sinne eines neutralen Gutachters unabdingbar. Den das Unternehmen beratenden Rechtsanwalt oder Steuerberater generell als „befangen“ zu qualifizieren (so das AG München, Beschl. v. 29.03.2012, Az. 1507 IN 1125/12), geht im Ergebnis zu weit.

Inhaltliche Anforderungen an die Bescheinigung

a) Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Aus der Bescheinigung muss sich gemäß § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO ergeben, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung nur eine drohende Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung vorliegt und nicht bereits Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens eingetreten ist.

Die Bescheinigung muss das Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit sehr substantiiert anhand des IDW PS 800 darlegen. In diesem Standard wird dezidiert erläutert, wie diese Prüfung in Form eines Liquiditätsstatus/-plans durchzuführen ist.

Bei der Überschuldungsprüfung im Rahmen der Bescheinigungserstellung ist zu beachten, dass der Gesetzgeber Ende

des Jahres 2012 beschlossen hat, die bisher bis zum 31.12.2013 befristete Regelung zur insolvenzrechtlichen Überschuldung (§ 19 Abs. 2 InsO) nun unbefristet auf Dauer beizubehalten. Durch die Entfristung des Überschuldungsbegriffs der Insolvenzordnung ist der Rechtsträger eines Unternehmens auch ab dem Jahr 2014 nicht überschuldet, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.

b) Nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung

Wesentlich komplexer und bedeutender im Rahmen der Bescheinigung ist die Feststellung, dass die angestrebte Sanierung gemäß § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO nicht offensichtlich aussichtslos sein darf. Die Gerichte müssen sich anhand des Inhaltes der Bescheinigung ein Urteil über die Chancen des Unternehmens bilden, ob es nach erfolgter Sanierung am Markt bestehen kann. Dieses Tatbestandsmerkmal erfordert ein fundiertes betriebswirtschaftliches Sanierungskonzept, welches die Erfolgchancen der Sanierung herausarbeitet. Die Bescheinigung sollte – wie in der verabschiedeten Neufassung des IDW S 6 (Stand: 20.08.2012) gefordert – eine Wahrscheinlichkeitsaussage zur Sanierungs- bzw. Fortführungsfähigkeit (insbesondere zur Wettbewerbs- und Renditefähigkeit) enthalten.

Wie aber kann die Bescheinigung die nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung belegen? Ein IDW S 6-Gutachten scheint hierfür das probate Mittel zu sein. Jedoch dürften in den meisten Fällen weder ausreichend Zeit noch die finanziellen Mittel zur Verfügung stehen. IDW ES 9 fordert lediglich ein deutlich abgeschwächtes Grobkonzept als Grundlage für die Beurteilung der Sanierungsfähigkeit. Ein derartiges Grobkonzept wird jedoch nicht der „Gatekeeper-Funktion“ der Bescheinigung gerecht, die einen leichtferti-

gen Missbrauch des „Schutzschirmes“ zum Schutze der Gläubiger verhindern soll. Vielmehr ist aus unserer Sicht zumindest ein Konzept in Anlehnung an wesentliche Punkte des IDW S 6 erforderlich, um das nötige Vertrauen der Gerichte sowie der wichtigsten Stakeholder zu gewinnen und die Erfolgchancen für eine nachhaltige Sanierung zu erhöhen. Da der IDW ES 9 keine konkreten Anforderungen an das Grobkonzept definiert, hat der Bundesverband Deutscher Unternehmensberater (BDU) und sein Fachverband Sanierungs- und Insolvenzberatung Ende des Jahres 2013 als weiteren Diskussionsbeitrag einen Leitfaden für die Struktur eines Grobkonzeptes im Rahmen der Bescheinigung nach § 270b InsO vorgelegt. In diesem werden unserer Ansicht folgend nun auch die Anforderungen an die Erstellung und an die Überprüfung eines solchen Grobkonzeptes konkretisiert, um belastbare Aussagen treffen zu können, ob das Unternehmen für das Schutzschirmverfahren überhaupt geeignet ist und das Verfahren erfolgversprechend durchlaufen werden kann. Aufbauend auf der Analyse der Krisensituation sollen die Sanierungsmaßnahmen (mit ihren Effekten) und die Überwindung etwaiger Sanierungshindernisse geprüft werden. Allerdings fordert der BDU lediglich eine Darstellung der Krisensymptome, nicht eine Krisenursachenanalyse, die analog IDW S 6 jedoch die alleinige Basis für eine stadiengerechte Sanierung sein kann. Die Bescheinigung sollte zudem nach unserer Ansicht und entsprechend den BDU-Anforderungen eine Aussage zur Qualifikation des Managements des Schuldners (u. a. Einsatz eines insolvenzverfahrens Beraters als CEO/CRO/Generalbevollmächtigter) enthalten, eine Eigenverwaltung durchführen zu können.

Da eine Sanierung ohne die Mitwirkung der Stakeholder ausgeschlossen ist, sind auch dahingehende Prüfungsarbeiten zu leisten. Lediglich das IDW scheint die Tragweite dieses Sachverhaltes nicht erkannt zu haben, da es im IDW ES 9 ausführt, dass eine Befragung der Gläubiger, die wohl die wichtigste Interessengruppe darstellen dürfte, per se nicht notwendig sei. Ein Gespräch mit den wesentlichen Gläubigern wird insbesondere dann notwendig sein, wenn bereits vor Ausstellung der Bescheinigung zu erkennen ist, dass die wichtigsten Stakeholder ein wie auch immer geartetes Sanierungskonzept prinzipiell nicht mittragen wollen.

Weiterhin ist die Frage nach einer integrierten Sanierungs-/ Businessplanung für das laufende Geschäftsjahr und zwei Folgejahre als Bestandteil der Bescheinigung teilweise umstritten. Jedoch können die Gerichte nur bei einer längerfristigen Planung die Sanierungsfähigkeit nachvollziehen und beurteilen. Auch der BDU fordert unserer Sichtweise folgend einerseits eine Ertrags- und Liquiditätsplanung bis zur Verfahrensaufhebung (Robustheit des Betriebs nach

Antragstellung) und andererseits eine Darstellung der Finanzierung des Insolvenzplans mit der Bedienung der Planverbindlichkeiten.

Fazit

Dem Institut der Wirtschaftsprüfer ist mit dem im Februar 2012 vorgelegten Entwurf des Standards IDW ES 9 sicherlich ein Schritt in die richtige Richtung gelungen. Allerdings bleiben wichtige Punkte offen, die der Nachbesserung bedürfen. Es besteht die Hoffnung, dass die Unzulänglichkeiten in der endgültigen Fassung beseitigt und die Anforderungen an den Nachweis der nicht offensichtlichen Aussichtslosigkeit der Sanierung entsprechend unserer Sichtweise berücksichtigt werden.

Unternehmen sind gut beraten, den Bescheiniger mit Bedacht auszuwählen und die notwendigen Prozesse gewissenhaft zu unterstützen. So kann die Bescheinigung ihrer Funktion gerecht werden und dem Unternehmen als Basis für die nachhaltige Sanierung dienen.

Bozidar Radner

Geschäftsführender Gesellschafter der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Operative Restrukturierung und Sanierung, Erstellung von Sanierungsgutachten und Restrukturierungskonzepten, Organisationsentwicklung, strategische Überprüfung und Neuausrichtung

Tel. 0211-82 89 77 0
bozidar.radner@buchalik-broemmekamp.de



Alfred Kraus

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenzrecht (insbesondere Insolvenzplanverfahren und Eigenverwaltung), Handels- und Gesellschaftsrecht

Tel. 0211-82 89 77 217
alfred.kraus@buchalik-broemmekamp.de



Schutzschirmverfahren versus vorläufige Eigenverwaltung oder „Wie erkläre ich es meinen Gläubigern?“

Von Seiten der Schuldner, die ein Insolvenzverfahren anstreben, wird zumeist die Einleitung eines Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO) gewünscht, was darauf zurückzuführen ist, dass das ESUG in der Außenwahrnehmung unmittelbar mit diesem Begriff identifiziert wird. Das vorläufige Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO ohne Inanspruchnahme eines „Schutzschirmes“ ist dagegen kaum bekannt. Die Präferenz für ein Schutzschirmverfahren liegt in dessen Begrifflichkeit, suggeriert diese doch nach außen, dass sich der betreffende Schuldner bzw. das betreffende Unternehmen nicht in einem Insolvenzverfahren befinde, sondern in einem speziellen außergerichtlichen Sanierungsverfahren. Dabei sind die Vorteile des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO gegenüber einem Verfahren nach § 270a InsO begrenzt, während die Nachteile nicht zu übersehen sind.

Die Intention des Gesetzgebers war es, aufbauend auf den Regelungen des § 270a InsO als Grundnorm der vorläufigen Eigenverwaltung einen darüber hinausgehenden Anreiz zu schaffen, frühzeitig ein Insolvenzverfahren einzuleiten. Mit dem Schutzschirmverfahren soll dem Schuldner ein eigenständiges Sanierungsverfahren zur Verfügung gestellt werden. Er soll die Chance bekommen, unter dem Schutz dieses besonderen Verfahrens in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan zu erstellen, der anschließend durch einen Insolvenzplan umgesetzt werden soll. Das ist im Verfahren nach § 270a InsO nicht anders. In beiden Fällen sind unter dem Schutz der Insolvenzordnung ein Insolvenzantrag zu stellen und ein Sanierungsplan zu entwickeln, der in einem Insolvenzplan mündet. Anders als beim Verfahren nach § 270a InsO ist beim Schutzschirmverfahren die Einleitung des Verfahrens nur bei drohender, nicht aber mehr nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit möglich. Der Druck zur Vorlage eines Insolvenzplans innerhalb der gesetzlichen Frist von bis zu drei Monaten besteht nicht. Es ist keine Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO über die Eintrittswahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Sanierung erforderlich. Es ist nicht turnusmäßig ein Liquiditätsstatus zu erstellen. Auch ist eine Aufhebung des Verfahrens nach Maßgabe von § 270b Abs. 3 nicht möglich.

Was sind dann aber die Vorzüge eines Schutzschirmverfahrens?

Vordergründig sind dies:

- 1.) Die Bezeichnung als „Schutzschirmverfahren“ verrät auf den ersten Blick die gleichwohl stattfindende Insolvenzbefangenheit nicht.
- 2.) Der Schuldner darf grundsätzlich „seinen“ Sachwalter vorschlagen. Das Gericht darf von diesem Vorschlag nur

bei offensichtlicher Ungeeignetheit abweichen (§ 270b Abs. 2. Satz 2 InsO).

- 3.) Das Gericht hat auf Antrag des Schuldners Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen ihn zu untersagen oder einstweilen einzustellen, soweit nicht unbewegliches Vermögen betroffen ist (§ 270b Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 3 InsO).
- 4.) In § 270b Abs. 3 InsO wird der Schuldner auf Antrag ausdrücklich ermächtigt, Masseverbindlichkeiten einzugehen.
- 5.) Anders als bei § 270a InsO sind im Schutzschirmverfahren die Aufhebungstatbestände auf drei Fallgruppen begrenzt.

Allerdings weist die Praxis zu Recht darauf hin, dass das Schutzschirmverfahren verglichen mit der vorläufigen Eigenverwaltung nicht ohne Risiko und nur für wenige Schuldner geeignet ist, zudem bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit im Schutzschirmverfahren schnell auch der Antrag auf Eigenverwaltung erfolglos sein kann. Denn weist das Gericht den Antrag nach § 270b InsO erst einmal zurück, ist es wahrscheinlich, dass auch der Antrag auf Bestellung eines vorläufigen Sachwalters erfolglos bleibt und es folglich zur Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters kommt.

Hürden bei der Insolvenzgeldvorfinanzierung

Auch im Hinblick auf eine Insolvenzgeldvorfinanzierung können sich ungeahnte Hürden im Schutzschirmverfahren auftun. So steht bei vorzeitiger Beendigung des Verfahrens durch den vorläufigen Gläubigerausschuss (§ 270b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 InsO) nicht fest, wann das Insolvenzverfahren

eröffnet wird oder ob es zu einer Nichteröffnung mangels Masse kommt. Davon aber hängt entscheidend die Insolvenzgeldvorfinanzierung ab, die wiederum zu Verfahrensbeginn zum Zwecke der raschen Liquiditätsgenerierung oftmals zwingend erforderlich ist. Verzögert sich die Eröffnung, läuft die das Insolvenzgeld vorfinanzierende Bank Gefahr, mit einer oder mehreren vorfinanzierten Raten auszufallen. Üblicherweise schützt sie sich durch eine persönliche Haftungserklärung der Geschäftsführung, die für den Fall der Rücknahme des Antrags die persönliche Haftung für das zurückzuzahlende Insolvenzgeld übernimmt. Für solche Unwägbarkeiten wird der in Insolvenzfragen unerfahrene Geschäftsführer aber in aller Regel keine persönliche Haftung übernehmen wollen.

Hinzu kommt, dass bei nachträglichem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die dem Gericht unverzüglich anzuzeigen ist, erhebliche Verunsicherung zumindest bei den Gläubigern aufkommen wird, auch wenn damit noch keine unmittelbaren Konsequenzen verbunden sein müssen.

Ebenso wird der Antrag auf ein Verfahren nach § 270b InsO häufig zusätzlichen Liquiditätsbedarf erzeugen, da die Gläubiger Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit erhalten und manche geneigt sein werden, ihre Forderungen fällig zu stellen und beizutreiben. Damit kann schneller als ursprünglich angenommen die Zahlungsunfähigkeit eintreten. Das ist zumindest dem vorläufigen Gläubigerausschuss zu kommunizieren. Die damit verbundene Unsicherheit kann u.U. das gesamte Verfahren gefährden.

Kosten des Verfahrens

Nicht zu vernachlässigen sind die Kosten eines regelmäßig zu erstellenden Liquiditätsstatus und die Kosten für die Erstellung der Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO, die sich schon in einem mittelgroßen Verfahren auf 10.000 – 20.000 Euro belaufen dürften. Auch die Möglichkeit des vorläufigen Gläubigerausschusses, mehrheitlich und ohne Angabe von Gründen die Aufhebung des Schutzschirmverfahrens beantragen zu können (§ 270b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 InsO), ist ein erheblicher Unsicherheitsfaktor, den es im Verfahren nach § 270a InsO nicht zu beachten gibt.

Die weiteren Vorteile des Schutzschirmverfahrens gegenüber dem Eigenverwaltungsverfahren sind ebenfalls überschaubar. Auch wenn sich die Begrifflichkeit „Schutzschirm“ im Verfahren der vorläufigen Eigenverwaltung nach § 270a InsO nicht verwenden lässt, kann mit dem Verweis auf die vorläufige Eigenverwaltung gleichfalls um Vertrauen gewor-

ben werden. Die Praxis zeigt, dass dies ausreichend ist, um zu großen Teilen auch im Eröffnungsverfahren Zahlungsziele eingeräumt zu bekommen. Allein die Tatsache, dass die Verwaltungs- und Verfügungsmacht beim Schuldner verbleibt, schafft einen hohen Vertrauenstatbestand, der vom Schutzschirmverfahren nicht wesentlich übertroffen wird. Die spätere Veröffentlichung bei Eintritt in das eröffnete Verfahren überrascht und verunsichert dann niemanden mehr.

Frühzeitige Einbindung der Stakeholder

Der Schuldner ist zwar berechtigt, einen seinerseits präferierten Sachwalter „mitzubringen“. Der Erfolg des Schutzschirmverfahrens hängt aber viel entscheidender von der frühzeitigen Einbindung der wichtigen Stakeholder, vor allem der Banken und Kreditversicherer ab. Die werden ihre Mitwirkung auch von ihrem Einfluss auf die Auswahl des (vorläufigen) Sachwalters abhängig machen. Mit einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses lässt sich im Verfahren nach § 270a InsO der von allen Beteiligten gewünschte Sachwalter durchsetzen. In der Praxis lässt sich mittlerweile beobachten, dass ein im Vorfeld der Antragstellung mit dem Gericht und den wesentlichen Gläubigern abgestimmter (vorläufiger) Sachwalter unter der Einwirkung des ESUG fast immer durchsetzbar ist. Eine Notwendigkeit für eine Generalmächtigung zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten, wie sie das Schutzschirmverfahren anders als im Verfahren nach § 270a InsO gesetzlich vorsieht, ist für die Aufrechterhaltung eines geregelten Geschäftsbetriebes zwar hilfreich, indes nicht unbedingt erforderlich. In Einzelfällen kann dies sogar schädlich sein. Allerdings besteht immer noch ein Restrisiko, dass das Gericht die erforderliche Einzelmächtigung im Verfahren nach § 270a InsO nicht erteilt, was es im Vorfeld der Antragstellung zu klären gilt. Wenn dafür maßgebliche Anhaltspunkte bestehen, sollte dann allerdings ohne Wenn und Aber der Weg über ein Schutzschirmverfahren angestrebt werden.

Bei Abwägung der Argumente ergibt sich, dass im Regelfall die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO der einfachere, rechtssicherere und kostengünstigere Weg ist, um eine Sanierung im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens in Eigenverwaltung durchzuführen.

Schutzschirmverfahren nur in bestimmten Fällen

Gleichwohl macht das Schutzschirmverfahren in bestimmten Fallkonstellationen durchaus Sinn. Bereits aus der Regierungr Begründung zur Insolvenzrechtsnovelle ergibt sich,

dass das Schutzschirmverfahren vor allem für solche Schuldner gedacht ist, die sich in Abstimmung und mit Unterstützung ihrer wesentlichen Gläubiger sanieren wollen. Hierzu ist es erforderlich, im Vorfeld mit den maßgeblichen Gläubigern einen Konsens zu erzielen. Damit kann der Schuldner im Vorfeld vermeiden, dass mit Antragstellung eine Zahlungsunfähigkeit eintritt, weil beispielsweise zeitnah die Kredite fällig gestellt werden. Kann ein solcher Konsens im Vorfeld der Antragstellung nicht erzielt werden, ist das schuldnerische Unternehmen auch nicht für eine Sanierung im Verfahren nach § 270b InsO geeignet.

Eine wesentliche Aufgabe im Schutzschirmverfahren dürfte deshalb in der Disziplinierung solcher Gläubiger liegen, die sich in einer schwachen, weil ungesicherten oder nachrangigen Rechtsposition befinden, gleichwohl aber auf eine vollständige Realisierung ihrer Forderungen bestehen und damit möglicherweise die Sanierung des Unternehmens gefährden. (Besicherte) Banken verlangen für eine Zusage zur Weiterfinanzierung häufig eine Lösung dieses Problems, sind aber erklärtermaßen nicht dazu bereit, derartige ungesicherte Verbindlichkeiten zu finanzieren. Verständigt man sich in einer solchen Konstellation mit den Hauptgläubigern, erarbeitet unter einem Schutzschirm einen Insolvenzplan und legt diesen Plan den obstruierenden Gläubigern vor, unterbreitet ihnen aber gleichzeitig unter Going-Concern-Gesichtspunkten ein besseres Angebot, kann u.U. der Insolvenzantrag noch vor Eröffnung zurückgenommen werden. Möglich ist es dann sogar, auf die Insolvenzgeldvorfinanzierung und damit auf die Information an die Mitarbeiter über den Eintritt in das Verfahren zu verzichten. Da eine Veröffentlichung der Antragstellung bis zur Eröffnung nicht zwingend zu erfolgen hat, lassen sich ggfs. nur unter Einbeziehung eines kleinen Gläubigerkreises und nahezu unter Ausschluss der Öffentlichkeit, gleichwohl aber unter Insolvenzschutz bisher nicht dagewesene Möglichkeiten realisieren.

Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren

Blendet man aber die vorstehend beschriebene Sonderkonstellation aus und orientiert sich an den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers, der mit dem Schutzschirmverfahren ein eigenständiges Sanierungsverfahren schaffen wollte, ist zu konstatieren, dass dieses Ziel bislang nicht erreicht wurde. In 95 Prozent aller Fälle unterscheiden sich die Schutzschirmverfahren nicht wahrnehmbar vom Ablauf eines Verfahrens nach § 270a InsO. Zudem ist auch das Schutzschirmverfahren ein mit den Nachteilen eines Insolvenzeröffnungsverfahrens verbundenes Verfahren, in wel-

chem oftmals Kreditversicherer ihre Linien streichen, Banken ihre Kredite kündigen, öffentliche Auftraggeber auf ihre rigiden Vergaberichtlinien verweisen und Neuaufträge jedenfalls im Projektgeschäft nur zurückhaltend vergeben werden, weil potentielle Auftraggeber/Kunden den Gang des Verfahrens abwarten möchten. Abhilfe könnte wohl am ehesten ein echtes vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren nach dem Vorbild des englischen „Scheme of Arrangement“ schaffen, mit dem unter gerichtlichem Schutz in einem rechtssicheren Rahmen unter Einbeziehung eines kleinen Kreises von Gläubigern Zwangsvergleiche auch zu Lasten einzelner Gläubiger geschlossen werden können.

Was die insolvenzrechtlichen Neuerungen durch die Einführung des ESUG anbetrifft, sollte der Gesetzgeber somit noch nicht das letzte Wort gesprochen haben.

Dr. Utz Brömmekamp

Rechtsanwalt
Partner der Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater und
Geschäftsführender Gesellschafter der
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: allgemeines Zivilrecht, Insolvenzrecht, Gesellschaftsrecht sowie Bankrecht

Tel. 0211-82 89 77 200

utz.broemmekamp@buchalik-broemmekamp.de



Die Abstimmung mit dem Insolvenzgericht als wesentlicher Baustein einer erfolgreichen Sanierung über ein ESUG-Verfahren

Die Erfahrungen mit dem ESUG aus den vergangenen zwei Jahren haben eine ganze Reihe von neuen Fragen aufgeworfen, andererseits aber auch zwei frühere Feststellungen bestätigt:

1. die optimale Vorbereitung und das Vorgespräch mit dem Insolvenzgericht sind unverzichtbare Bausteine einer professionellen Beratung bei ESUG-Verfahren;
2. einige Insolvenzgerichte verweigern ein Vorgespräch.

Ferner hat sich bei den Gerichten – aber auch innerhalb der Richterschaft an ein und demselben Insolvenzgericht – seit Inkrafttreten des ESUG bereits für das Antragsverfahren eine recht unterschiedliche Praxis zu wesentlichen, verfahrensleitenden Beschlüssen herausgebildet. Mehrheitlich steht dem Antragsteller für derartige – für ihn negative – gerichtliche Beschlüsse kein Rechtsmittel offen. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) in einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 noch einmal bestätigt (Beschl. v. 07.02.2013–IX ZB 43/12). Faktisch kann damit eine Entscheidung des Insolvenzgerichts zu Beginn des Verfahrens nicht nur zu erhebliche Verzögerungen führen, sondern auch den gesamten Sanierungsprozess gefährden oder gar unmöglich machen. Unabhängig davon dürfte ein Disput mit dem Insolvenzgericht auch den folgenden Kommunikationsprozess nachhaltig belasten. Tatsächlich geht es also darum, mit entsprechendem Fingerspitzengefühl zusammen mit der Kenntnis um das rechtlich Mögliche und betriebswirtschaftlich bzw. leistungswirtschaftlich Notwendige, einen vermittelnden Weg mit dem Insolvenzgericht zu erarbeiten.

Daher sollte vermieden werden, dass sich das zuständige Insolvenzgericht erstmals am Tage der Antragstellung mit dem Insolvenzantrag nach ESUG befassen kann. Denn zu Recht nehmen die Insolvenzgerichte für sich in Anspruch, die eingereichten Unterlagen umfassend zu prüfen, zumal ein sorgfältig vorbereitetes Verfahren nach ESUG schnell einen oder mehrere Aktenordner mit Anträgen und weiteren ergänzenden Unterlagen füllen kann. So können bereits, trotz Nachbesserungsfrist, fehlende (AG Hamburg, Beschl. v. 01.06.2012, 67c IN 49/12) oder unzureichende (AG Potsdam, Beschl. v. 04.09.2013, 2 T 58/13) Gläubiger- und Schuldnerverzeichnisse zu einer Abweisung eines Insolvenzantrags der Schuldnerin wegen Unzulässigkeit führen. Weitere, wiederkehrende Gründe, die zu einer

Ablehnung des Antrags auf Eigenverwaltung oder zu einer Aufhebung der Eigenverwaltung geführt haben, sind die folgenden:

Einrichtung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 22a InsO)

Die Einrichtung eines vorläufigen Gläubigerausschusses ist für die eigenverwaltende Schuldnerin aber auch für den Sachwalter ein wichtiges Gremium, um entscheidende Fragen der operativen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Sanierung mit den wichtigsten Gläubigern abstimmen zu können.

Das AG Hamburg hat in einem Fall aus dem Jahr 2013 den Antrag auf Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses für unzulässig erklärt, weil der Geschäftsbetrieb der Schuldnerin bereits eingestellt war und weil dem Gericht „...nicht eine repräsentative Besetzung des vorläufigen Ausschusses gem. § 67 Absatz II InsO vorgeschlagen und entsprechende Einverständniserklärungen ...“ beigefügt waren.

Diese vielbeachtete Entscheidung hat in der Folge eine rege und auch kontroverse Diskussion ausgelöst, ändert aber nichts an der offensichtlich dem Antragsteller unbekanntem Einstellung des Gerichts zu diesem Punkt.

Eine weitere Falle für die Einrichtung eines Gläubigerausschusses können die damit verbundenen Kosten und die Anzahl der Mitglieder sein. Das AG Ludwigshafen hat 2012 in einem Fall entschieden, dass die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses unverhältnismäßig sei, sofern seine Kosten einen Anteil von 7 Prozent der zu erwartenden Teilungsmasse übersteigen (AG Ludwigshafen, Beschl.

v. 04.05.2012, 3f IN 103/12). Darüber hinaus forderte das Insolvenzgericht in diesem Fall fünf Mitglieder für den vorläufigen Gläubigerausschuss.

Begründung von Masseverbindlichkeiten durch Einzelermächtigungen

Ein Verfahren nach ESUG dient gerade auch dazu, dass die Organe der Schuldnerin nach Antragstellung (d. h. im Eröffnungsverfahren) weiterhin Bestellungen auslösen können, die den privilegierten Rang haben (Masseverbindlichkeiten). Die kontinuierliche Bestellung von Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen ist unverzichtbar für eine Unternehmensfortführung. Seit Inkrafttreten des ESUG wurde und wird die Frage, ob und in welcher Form Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren begründet werden können, von einzelnen Insolvenzgerichten unterschiedlich entschieden.

Das AG Fulda hatte es 2012 in einem Verfahren nach § 270a InsO abgelehnt, dass die Schuldnerin mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters einen Massekredit zur Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes aufnehmen durfte (AG Fulda, Beschl. v. 09.03.2012, 92 IN 8/12).

Person des vorläufigen Sachwalters

Der Schuldner kann dem Insolvenzgericht bei Beantragung eines Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO) einen vorläufigen Sachwalter vorschlagen. Von diesem Vorschlag darf das Insolvenzgericht nur abweichen, wenn der vorläufige Sachwalter aus Sicht des Insolvenzgerichtes offensichtlich ungeeignet ist. Aber auch diese Formulierung gibt dem Antragsteller keine hinreichende Sicherheit, dass ein grundsätzlich in Insolvenzsachen erfahrener Berater auch bestellt wird. So hat das AG Hamburg in einem Verfahren nach § 270b InsO den vom Schuldner vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalter abgelehnt, da dieser beim Insolvenzgericht in der Vergangenheit aus dem Kreis der dort bestellten Insolvenzverwalter „delistet“ worden war.

Auch gegen diese Entscheidung wurde übrigens ein Rechtsmittel nicht zugelassen. Daher empfiehlt es sich zwingend, mit dem Insolvenzgericht eine vertrauensvolle Abstimmung im Hinblick auf die Person des vorläufigen Sachwalters herbeizuführen. Bei einem vorläufigen Sachwalter, den das Insolvenzgericht nicht kennt oder anerkennt, wird während des gesamten Verfahrens Skepsis vorherrschen und das Insolvenzgericht, aus seiner Sicht zu Recht, auf umfangreiche Berichte und Dokumentationen bestehen. Viel sinnvoller ist es daher, die Frage des geeigneten Sachwalters mit dem Gericht vorab zu klären.

Allgemeine Störung der Kommunikation

Das AG Potsdam hat im Jahr 2012 den Antrag eines Insolvenzschuldners auf Anordnung einer Eigenverwaltung abgelehnt, weil dieser trotz anwaltlicher Beratung seine Pflicht, umfassend, unverzüglich und wahrheitsgemäß Auskunft über seine Tätigkeit während des Eigenverwaltungsverfahrens zu informieren, nach Ansicht des Gerichtes gröblich missachtet hatte (AG Potsdam, Beschl. v. 13.12.2012, 35 IN 748/12). Ganz offensichtlich lag hier eine nachhaltige Störung der Kommunikation vor.

Derartige Kommunikationsstörungen können auch dazu führen, dass das Gericht den notwendigen insolvenzrechtlichen Sachverstand (z. B. wegen lückenhafter Anträge nach § 13 InsO oder fehlender Organisation einer Insolvenzgeldvorfinanzierung) in Abrede stellt. Die überwiegenden, dem Autor bekannten, Insolvenzgerichte nutzen die Möglichkeit eines Vorgesprüches mit dem Antragsteller und/oder dessen Sanierungsberatern. An Gerichten, an denen traditionell ein enger Austausch unter den Richtern besteht, kommt es auch zur kollektiven Vorbesprechung. Ein derartiger Termin sollte dann dazu dienen, die gerichtsspezifischen Besonderheiten zu erfahren, aber auch das Gericht von den Besonderheiten in dem jeweiligen Verfahren (sofern vorhanden), die ggf. eine andere Vorgehensweise erfordern, zu überzeugen. Komplizierte tatsächliche und juristische Sachverhalte können so besser erörtert werden und insbesondere der Berater kann sich so auf die Vorstellungen des Gerichts frühzeitig einstellen.

Prof. Dr. Jochen Vogel

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater und Geschäftsführer der
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Sanierungs- und Restrukturierungsberatung, leistungswirtschaftliche Beratung und Change Management

Tel. 0211- 82 89 77 0
jochen.vogel@buchalik-broemmekamp.de



Die Verbesserung der Risikoposition der Bank durch Insolvenzplan und Eigenverwaltung

Neben der Stärkung der Eigenverwaltung war eines der wichtigsten gesetzgeberischen Ziele des ESUG, die Rolle der Gläubiger zu stärken, die bei richtiger und professioneller Steuerung und entsprechender Einigung nun den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Ausgang weitgehend beeinflussen, ja sogar bestimmen können. Zur Stärkung der Gläubigerrechte hat der Gesetzgeber das Gremium des vorläufigen Gläubigerausschusses neu geschaffen (siehe dazu auch den Beitrag auf S. 5). Die Einflussmöglichkeiten des vorläufigen Gläubigerausschusses sind gewaltig und übersteigen die des Gerichts und auch die des (vorläufigen) Sachwalters.

Bei einstimmigen Beschlüssen des vorläufigen Gläubigerausschusses ist vom Gericht die (vorläufige) Eigenverwaltung anzuordnen und auch der von diesem Gremium vorgeschlagene (vorläufige) Sachwalter zu bestellen. Die Bank hat in diesem Gremium, das sich in der Regel aus fünf repräsentativen Gläubigern (siehe dazu §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a, 67 Abs. 2 InsO) zusammensetzt, meist nur einen Sitz. Ihre Stimme hat nicht mehr Gewicht als die des Kleingläubigers oder des Arbeitnehmers. Gleichwohl kann eine Bank, wenn sie ihre Kompetenz richtig einsetzt, den Verfahrensgang in der Insolvenz im Wesentlichen bestimmen, vor allem aber ihre Risikoposition deutlich reduzieren. Die Insolvenz wird zur Chance, nicht nur für den Schuldner, sondern auch für die Bank.

Die Sanierung über einen Insolvenzplan in Eigenverwaltung hat für einen Investor deutliche Vorteile gegenüber einer übertragenden Sanierung:

- Der Liquiditätsbedarf ist geringer, weil die Aktiva nicht erworben werden müssen,
- Forderungen und Vorräte sind nicht vorzufinanzieren, und
- bestehende Vertragsverhältnisse sind nicht neu einzugehen, was insbesondere bei aus Unternehmenssicht attraktiven Dauerschuldverhältnissen eine bedeutende Rolle spielt.

Eine übertragende Sanierung ist häufig mit einem Haircut für die Banken verbunden, selbst wenn diese vermeintlich gut besichert sind. Der Investor, der die notwendigen Mittel zur Übernahme der Aktiva mitbringt und damit das Unternehmen gleichzeitig entschulden soll, wird nur dann einsteigen, wenn er eine maximale Entschuldung erreicht. Die Mittel hierfür sind meist begrenzt, denn der Investor muss sie meist finanzieren.

Auch der Unternehmer, der seine Gesellschaft plansaniert, hätte ein Finanzierungsproblem, wenn er insbesondere die

Banken ablösen müsste. In der Praxis bieten sich andere machbare und mit wesentlich geringerem finanziellen Aufwand verbundene Lösungen an.

Insolvenzplanlösung

Zunächst führt eine Insolvenzplanlösung meist zu einer deutlichen Verbesserung der Bilanzrelationen. Die Aktivseite bleibt regelmäßig vollständig erhalten, es sei denn, das Unternehmen muss sich ausnahmsweise unter Buchwerten von Anlagevermögen trennen. Die Passivseite wird dagegen wesentlich gekürzt. Auf die ungesicherten Gläubiger und ausgewiesenen Rückstellungen entfällt nur die Insolvenzquote. Gründe für Rückstellungen können vielfältig sein und die Passivseite der Bilanz maßgeblich belasten, z. B. Steuer- und Pensionsrückstellungen oder drohende Prozessrisiken. Nachranggläubiger, die im Insolvenzplan nicht ausdrücklich erwähnt werden, fallen vollständig aus. Alle Entschuldungsmaßnahmen zusammen führen oft zu einer Verbesserung der Eigenkapitalquote von bis zu 70 Prozent. Das funktioniert aber nur, wenn die Quoten auch bedient werden können und die besicherten Gläubiger nicht abgelöst werden müssen.

Beispielsfall

Wenn ein Unternehmen mit 20 Mio. Euro Umsatz/Jahr sich auf diese Weise um 10 Mio. Euro entschuldet und für 300 Mitarbeiter ca. 2 Mio. Euro Insolvenzgeld generiert, so kann es eine Planquote von 15 Prozent wahrscheinlich problemlos – auch unter Berücksichtigung des Restrukturierungsaufwandes und der bei der Eigenverwaltung deutlich geringeren Verfahrenskosten – bedienen. Allein die Liquiditätszuflüsse aus dem Insolvenzgeld, die Nichtzahlung von Umsatzsteuer im Eröffnungsverfahren und natürlich die Nichtzahlung von Altverbindlichkeiten ermöglichen die Gläubigerbefriedigung. Problematisch wird es, wenn die gesicherten Gläubiger, ins-

besondere die Banken, die am Anlage- und Umlaufvermögen gesichert sind, zurückgeführt werden wollen und das Unternehmen nicht über die notwendige Liquidität verfügt. Der Plan scheitert, und es verbleibt – wenn überhaupt – eine übertragende Sanierung, vorausgesetzt es findet sich ein Investor. Der Investor wird aber, selbst bei vermeintlich guter Besicherung der Bank, den erwähnten Haircut verlangen. Diesem wird die Bank, auch wenn sie besichert ist, meist zustimmen, weil sie Dauer und Risiken einer Liquidation sowie ein immer immanenteres Anfechtungsrisiko scheut.

Für die Bank bietet sich eine andere Lösung an: Sie finanziert das plansanierte Unternehmen weiter gegen die bisherigen Sicherheiten. Als Sanierungsbeitrag der Bank bietet sich u. a. der Verzicht auf Zinsen zwischen Antragstellung und Planbestätigung und eine Umwandlung der kurzfristigen in langfristige Kredite zu marktüblichen Konditionen an. Sie finanziert dann ein Unternehmen, dessen Eigenkapitalquote durch die Bereinigung der Passivseite deutlich positiv ist und das wieder Geld verdient, weil die Sanierungsmaßnahmen (z. B. ein erforderlicher Personalabbau oder die Trennung von Altlasten, wie unprofitable Miet- oder Leasingverträge) in der Insolvenz zu Kosten umgesetzt wurden, die weit unter denen einer Going-Concern-Lösung liegen.

Die Finanzierung eines solchen Unternehmens ist für die Bank wieder attraktiv. Ebenso ist ein Investoreneinstieg im Wege einer Kapitalerhöhung unter diesen Bedingungen wesentlich interessanter. Denn die Mittel fließen in das Unternehmen. Sie können teilweise zur Entschuldung eingesetzt werden und finanzieren nicht ein teures Verfahren. Auch die Eigenkapitalunterlegung bei der Finanzierung eines solchen Unternehmens reduziert sich für die Bank deutlich, weil die Eigenkapitalquote hoch, die Gewinnaussichten gut und damit das Kreditrisiko gering ist.

Lösung bei unzureichender Besicherung

Die Bank sollte deshalb bei einer Insolvenzplanlösung diese Variante anstreben. Ihre Rückführung erfolgt aus einem Tilgungsplan, der nach Bedienung der Plangläubiger in Gang gesetzt werden sollte. Die Lösung kann mit Einschränkungen auch funktionieren, wenn die Bank nicht oder nur unzureichend besichert ist. Sollten sehr viele freie Aktiva bestehen, weil es wenige Sicherungsverträge gibt, muss im Insolvenzplan eine entsprechend hohe Quote an die ungesicherten Gläubiger bezahlt werden, denn diese dürfen mit dem Plan nicht schlechter gestellt werden als ohne den Plan. Diese Quote entfällt auch teilweise auf die ungesicherten Banken, die diese und den Rest durch eine entsprechende Umwand-

lung in Kredite finanzieren könnten. Dem werden sie jedoch nicht zustimmen, wenn sie gleichzeitig einen Ausfall erleiden. In einem Insolvenzplan sind der Kreativität keine Grenzen gesetzt, so denn der Plan mit den notwendigen Mehrheiten der Gläubiger angenommen wird. Die Bank kann deshalb den Plan unter Beibehaltung ihrer kompletten Altforderungen zuzüglich der neuen Forderungen finanzieren. Sie erhält dafür alle freien Aktiva anfechtungsfrei als Sicherheit und könnte somit sogar für den Fall einer späteren Folgeinsolvenz ihre wirtschaftliche Position deutlich verbessern.

Die ungesicherten Gläubiger werden mit der im Endeffekt vollständigen Befriedigung der nur teilweise gesicherten Bank kein Problem haben, denn nur auf diesem Wege ist die Erfüllung ihrer Forderungen sichergestellt (eine übertragende Sanierung bietet sich nicht immer an, und eine Liquidation führt oft zu noch höheren Ausfällen und dauert häufig mehrere Jahre). Die Planquoten werden zudem meist zügig gezahlt und sind außerdem für die Gläubiger wesentlich attraktiver. Aber auch die Lieferanten, die vornehmlich an der Aufrechterhaltung der Kundenverbindung interessiert sind, und die Agentur für Arbeit, der es um die Erhaltung der Arbeitsplätze geht, werden bei derartigen Lösungen immer mitwirken.

Robert Buchalik

Rechtsanwalt
Partner der Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater
Geschäftsführender Gesellschafter der
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Insolvenzplan/Eigenverwaltung,
Restrukturierung, Kostenreduzierung,
Ertragssteigerung, Working Capital,
Finanzierung, M&A, Stakeholder Management,
Mediation, Interimsmanagement,
Pooladministration, Treuhandlösungen

Tel. 0211-82 89 77 110
robert.buchalik@buchalik-broemmekamp.de



Der Einsatz eines CROs für die Sanierung in einem ESUG-Verfahren

Die Sanierung eines Unternehmens über ein ESUG-Verfahren ist eine höchst komplexe Aufgabe, müssen hier doch operative, leistungs- und finanzwirtschaftliche, juristische und kommunikative Fragestellungen in einem regelmäßig vorgegebenen Zeitfenster und Budget erfolgreich gelöst werden. Das Zusammenführen der verschiedenen Handlungsstränge erfordert, je nach Größe des Unternehmens, ein professionelles Projektmanagement, in ausgewählten Großverfahren sogar ein Project Management Office.

Als logische Konsequenz daraus ergibt sich, dass auch ein verantwortlicher Projektleiter als Chief Restructuring Officer (CRO) benannt sein sollte, der die verschiedenen Handlungsstränge zusammenführt, diese kontinuierlich aufeinander abstimmt und dabei gleichzeitig die zeitlichen und finanziellen Determinanten (z. B. bereits bekannte Termine des Gerichts) im Auge behält.

Der CRO ist die Schnittstelle der Kommunikation zu den verschiedenen Stakeholdergruppen, insbesondere zu den Gläubigern, in deren wirtschaftliche Position durch ein ESUG-Verfahren regelmäßig eingegriffen wird.

Regelmäßig sind die Organe eines Unternehmens in der Krise mit der Aufgabe eines CRO überfordert, weil diese in einem derartigen Projektmanagement nicht ausgebildet und/oder erfahren sind, aber auch die erforderlichen tiefgreifenden Spezialkenntnisse fehlen. Darüber hinaus müssen sich die Organe häufig von Gläubigerseite den Vorwurf gefallen lassen, dass „der Bock zum Gärtner“ gemacht würde, wenn die Organe selbst in einem Sanierungsverfahren nach ESUG die CRO-Rolle übernehmen würden.

Andererseits sollen es die Vorschriften der §§ 270, 270a und 270b InsO dem schuldnerischen Unternehmen und dessen Organen gerade ermöglichen, die Vorbereitung und Durchführung eines privilegierten Sanierungsverfahrens nach ESUG weitestgehend eigenverantwortlich auszugestalten (so auch nachzulesen in der Gesetzesbegründung in BT DS 17/5712), sofern es dazu die Zustimmung seiner Gläubiger erhält.

Überzeugendes Sanierungskonzept

Um die Zustimmung zu erhalten und das Vertrauen der Gläubiger und des Gesetzgebers zu rechtfertigen, muss der Schuldner nicht nur formale Voraussetzungen erfüllen (wie

z. B. Vorlage einer Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO), sondern auch faktisch den Gläubigern gegenüber ein überzeugendes Sanierungskonzept präsentieren. Zu diesem Konzept gehört regelmäßig aus den vorgenannten Gründen (fachliche Kompetenz, Bock-Gärtner-Syndrom) auch die Unterstützung durch einen Projektleiter/CRO mit entsprechenden ausgewiesenen operativen, leistungs- und finanzwirtschaftlichen, juristischen und kommunikativen Erfahrungen. Idealerweise kommt noch eine entsprechende Branchenerfahrung mit dazu.

Auswahl des Sanierungsgeschäftsführers

Vereinzelt wird im Schrifttum kritisiert, dass Beratungsunternehmen in ESUG-Sanierungen häufig eigene Mitarbeiter oder zumindest bekannte Kooperationspartner als CRO in den jeweils beratenen Unternehmen einsetzen. Tatsächlich ist das ein in der Praxis durchaus üblicher Vorgang, und zwar nicht nur durch Beratungsunternehmen, die ESUG-Sanierungen begleiten, sondern auch in vielen anderen Bereichen. So beauftragen Gerichte regelmäßig nur eine Handvoll Insolvenzverwalter mit großen und komplexen Unternehmensinsolvenzen, Insolvenzverwalter wiederum arbeiten bevorzugt mit einer Handvoll Beratern mit verschiedenen Themengebiete zusammen und Banken als wichtige Gläubigergruppe nutzen gerne ausgewählte Beratungshäuser.

In kritischen Situationen wird auch ein Bundestrainer auf seine Stamm-Elf und seinen erfahrensten Spielführer setzen. Tatsächlich ist es wichtig, dass das Handeln in einer Sanierung und die notwendigen Beiträge der Gläubiger immer transparent sowie nachvollziehbar sind und am Ende eine optimale Lösung aus Gläubigersicht gefunden wird. Denn die in § 1 InsO manifestierten Ziele der Insolvenzordnung sollten nicht vergessen werden: Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen

Wer, wie teilweise geäußert, ein Vorgehen mit aufeinander abgestimmten Teams aufgrund möglicher Nähebeziehungen oder unterstellter Abhängigkeitsverhältnisse bemängelt, ignoriert die unstreitigen Anforderungen nach einer projektbezogenen Lösung komplexer Aufgaben durch ein optimales Ineinandergreifen verschiedener Professionen. Denn gerade in größeren ESUG-Verfahren treffen gestandene Juristen auf erfahrene operative Umsetzer: Der Insolvenzrechtler diskutiert und antizipiert mit dem in seine Zahlen vertieften Controller und Business-Case-Betreuer die Auswirkungen operativer und juristischer Entscheidungen. Über allem steht der enge Zeitplan der Verfahrensdurchführung und des gesetzten finanziellen Budgets. Genau hier ist Teamarbeit gefordert und ein CRO, der diese Teamarbeit nicht nur nach innen fördert und fordert, sondern der die Ergebnisse und Fragen nach außen hin – mit oder ohne die Hilfe eines erfahrenen PR-Beraters – kommuniziert.

Einbeziehung der Gläubiger

Richtig ist, dass bereits in der Vorbereitung eine ausreichende Teilnahme der Gläubiger im Verfahren vorgesehen werden muss. Hierzu fordert das Gesetz die Einrichtung eines repräsentativen Gläubigerausschusses und (bzw. oder in den Fällen, in denen ein Gläubigerausschuss mangels Erreichen der Größenkriterien des § 22a InsO nicht erforderlich ist) weitere Transparenz durch regelmäßige, mit dem Sachwalter abgestimmte Kommunikation gegenüber dem zuständigen Gericht.

Von unabhängigen Dritten übernommene und erstellte Insolvenzbuchhaltung und Kassenprüfung greifen als zusätzliche überwachende Aspekte und stellen somit eine größtmögliche Überwachung der Handlungen in dem eigenverwaltenden Unternehmen sicher. Ein CRO tut gut daran, die Einrichtung eines repräsentativen Gläubigerausschusses genau so sorgfältig mit vorzubereiten wie die anderen folgenden Aufgaben:

1. Erstellung des operativen Sanierungskonzeptes (insbesondere mit wirtschaftlicher Ausgangssituation, Analyse der Krisenursachen und -stadien, Sanierungsansätzen und Maßnahmen zur Beseitigung der Krisenursachen);
2. Erstellung einer integrierten Sanierungsplanung (insb. integrierte GuV, Liquiditäts- und Bilanzplanung mit und ohne die angenommenen Sanierungseffekte sowie unter Berücksichtigung insolvenzspezifischer Effekte);
3. Erarbeitung juristischer Unterlagen, (z. B. allgemeine Rechtsverhältnisse, insolvenzrechtliche Auswirkungen, Bankenspiegel etc.);

4. Erstellung einer proaktiven insolvenz- und unternehmensspezifischen Stakeholder-Kommunikation (z. B. an Mitarbeiter, Kunden, Gläubiger, Medien etc.);
5. Aufstellungen eines Projektplans mit wesentlichen zeitlichen und finanziellen Komponenten;
6. professionelles Projektmanagement, damit die erarbeiteten Informationen effizient für einen Insolvenzplan und Sanierungskonzept in geeigneter Form miteinander abgestimmt und verknüpft zur Verfügung stehen (damit Änderungen ohne größeren Aufwand eingepflegt werden können).

Tatsächlich ergibt sich daraus das Anforderungsprofil einer „eierlegenden Wollmilchsau“ für den CRO. In der Praxis hat sich gezeigt, dass gerade zu Beginn eines ESUG-Verfahrens umfangreiche (insolvenz-)rechtliche Fragen zu lösen sind, die entscheidend für den Fortgang des Verfahrens sind (z. B. das Thema unechter Massekredit). Die wesentlichen rechtlichen Fragen der Sanierung sind regelmäßig bis zur Eröffnung geklärt, sodass nach diesem Zeitpunkt das volle Augenmerk auf der operativen und finanzwirtschaftlichen Sanierung liegen kann bzw. liegen muss. Tatsächlich sollte die operative und finanzwirtschaftliche Sanierung bereits am Tag der Antragstellung mit den Vorgaben des Sanierungskonzepts beginnen, um keine wertvolle Zeit verstreichen zu lassen.

Fazit

Es bleibt als Fazit: Sanierung unter ESUG ist Teamarbeit, erfordert einen erfahrenen CRO als Teamführer und ein eingespieltes Team, bei dem jeder Spieler nicht nur seinen eigenen Platz auf dem Feld kennt und beherrscht, sondern auch den des Mitspielers.

Prof. Dr. Jochen Vogel

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater und Geschäftsführer der
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Sanierungs- und Restrukturierungsberatung, leistungswirtschaftliche Beratung und Change Management

Tel. 0211- 82 89 77 0
jochen.vogel@buchalik-broemmekamp.de



Anfechtungsrisiken in der Eigenverwaltung – identifizieren, vermeiden, gestalten

Die Insolvenz in Eigenverwaltung bietet durch die Umsetzung eines qualifizierten Insolvenzplans die Chance für eine zügige und dauerhafte Sanierung. Allerdings dürfen die sich aus der Insolvenzanfechtung ergebenden Risiken nicht unterschätzt werden. Das Insolvenzanfechtungsrecht gilt ohne Einschränkung auch in der Eigenverwaltung. Aufgrund einer erheblichen Ausweitung des Anfechtungsrechts durch den Gesetzgeber und einer sehr anfechtungsfreundlichen Rechtsprechung können Anfechtungsansprüche zu einer unüberwindbaren Hürde für die angestrebte Sanierung werden. Eine professionelle Risikoprüfung im Vorfeld des Verfahrens ist daher unabdingbar und eine Lösung im Insolvenzplan erforderlich.

Im Regelinsolvenzverfahren ist das Institut der Insolvenzanfechtung von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Es ermöglicht dem Insolvenzverwalter, Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen und so die Insolvenzmasse im Interesse der Gläubigergemeinschaft anzureichern. Das Recht der Insolvenzanfechtung ist ein Spezialgebiet und von einer jahrzehntelangen Rechtsprechung sowie häufigen Gesetzesänderungen geprägt. Viele Anfechtungstatbestände erschließen sich ohne Weiteres nicht, und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) sieht sich erheblicher Kritik in Wissenschaft und Praxis ausgesetzt.

Im Fall einer Insolvenz in Eigenverwaltung werden Anfechtungsansprüche durch den vorläufigen Sachwalter ermittelt und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens von dem – in der Regel personenidentischen – Sachwalter geltend gemacht (§ 280 InsO). Als Anfechtungsgegner sind zunächst einmal die Gläubiger betroffen.

Es gibt aber auch Anfechtungsansprüche, die sich gegen Geschäftsführer und Gesellschafter richten und vor Antragstellung häufig übersehen werden. Gleiches gilt für Haftungsansprüche gegen Geschäftsführer (vgl. hierzu Newsletter Oktober 2013, S. 16–19).

Anfechtungsrisiko für Gesellschafter und Geschäftsführer

Ein besonders hohes Anfechtungsrisiko besteht, wenn Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit Vermögenswerten der Gesellschaft und der Gesellschafter besichert sind (sog. Doppelbesicherung). Diese in der Praxis regelmäßig gegebene Situation besteht zum Beispiel, wenn ein Kontokorrentkredit der Gesellschaft durch Forderungen oder Anlagevermögen der Gesellschaft und Bürgschaften der Gesellschafter besichert ist. Der BGH (Urt. v. 21.02.2013–IX ZR 32/12, ZIP

2013, 582; Urt. v. 01.12.2011–IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 ff.) hat mehrfach entschieden, dass ein anfechtungsrechtlicher Erstattungsanspruch gegen die Gesellschafter besteht, soweit die von diesen gestellten Sicherheiten frei werden. Gesellschafter im Sinne der Anfechtungsrechtsprechung (vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.02.2013–IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582 ff.) ist jeder, der einem Gesellschafter gleich steht, so dass der Kreis der Betroffenen ohne genaue Prüfung nicht ohne Weiteres ersichtlich ist. Ein Anspruch kann z.B. dadurch entstehen, dass die Gesellschaft den Kontokorrentkredit binnen eines Jahres vor dem Insolvenzantrag teilweise zurückführt, die kreditierende Bank als Sicherungsnehmerin von der Gesellschaft gestellte Sicherheiten verwertet und sogar dann, wenn erst der Insolvenzverwalter/Sachwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Vermögenswerte der Gesellschaft verwertet. Die möglichen Anfechtungssachverhalte sind vielfältig und den Tatbeständen der zugrundeliegenden §§ 135, 143 InsO ohne Kenntnis der Rechtsprechung nicht zu entnehmen. So sind Vereinbarungen zwischen dem Gläubiger und dem bürgenden Gesellschafter beispielsweise insolvenzrechtlich unbeachtlich und scheiden infolgedessen als Lösungsmöglichkeit aus (OLG Stuttgart, Urt. v. 14.03.2012–14 U 28/11, ZIP 2012, 834 ff.). Auch Geschäftsführer können viel falsch machen, und schon die vorübergehende Stundung von Gehaltsforderungen kann zu erheblichen Anfechtungsansprüchen führen, wenn die Gesellschaft die Gehaltsforderungen im Zuge einer vermeintlichen Besserung der wirtschaftlichen Lage nachträglich zahlt und später gleichwohl der Weg in das gerichtliche Sanierungsverfahren beschritten werden muss.

Anfechtungsansprüche als Sanierungshindernis

Insolvenzpläne sind häufig nur realisierbar, wenn die bisherigen Kreditgeber zur Fortsetzung einer Kreditierung des Unternehmens motiviert werden können. Das setzt regel-

mäßig voraus, dass bestehende Sicherheiten weiter gewährt werden können, da neue Sicherheiten weder dem Unternehmen noch seinen Gesellschaftern in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen.

Die Besicherung von Verbindlichkeiten kann aus vielerlei und oft kaum überschaubaren Gründen anfechtbar sein, weshalb Kreditinstitute zu einer weiteren Kreditierung nicht bereit sind, wenn die Gesellschaft nicht professionell beraten wird. Die Gesellschaft muss mit ihren Beratern das Vertrauen der Banken gewinnen und mögliche Anfechtungsrisiken transparent machen. Insbesondere die insolvenzfesten Abtretungen der künftigen Forderungen ist im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 26.06.2008–IX ZR 47/05, ZInsO 2008, 803 ff.) zur Anfechtung des Werthaltigmachens von Forderungen unabdingbar.

Wirtschaftliches Interesse von Sachwalter und Insolvenzverwalter

Es darf nicht unterschätzt werden, dass bereits die Ermittlung von Anfechtungsansprüchen zu einer Erhöhung der Vergütung des vorläufigen Sachwalters oder des vorläufigen Insolvenzverwalters führt. Dabei müssen diese Ansprüche nicht tatsächlich realisiert werden.

Diese – vom Unternehmer unabhängigen – Personen haben daher ein gesteigertes wirtschaftliches Interesse an der Aufnahme solcher Ansprüche in ihr von Gesetzes wegen zu fertigendes und dem Insolvenzgericht vorzulegendes Gutachten. Das gilt auch, wenn die Ansprüche nicht bestehen, rechtlich zweifelhaft oder schlicht nicht oder nicht in voller Höhe realisierbar sind. Die Vergütung des Sachwalters und des Insolvenzverwalters bemisst sich nach den erzielten Einnahmen, wozu auch Zuflüsse aus realisierten Anfechtungs- und Haftungsansprüchen zählen. Darüber hinaus wird die gerichtliche Durchsetzung dieser Ansprüche durch den Verwalter besonders vergütet, sodass ein wirtschaftliches Interesse an der Prozessführung selbst dann besteht, wenn ein vermeintlicher Anspruch nur teilweise realisiert oder lediglich ein Vergleich erreicht werden kann.

Die vorhandene Masse wird nach Maßgabe des Gesetzes zunächst für die Berichtigung der Verfahrenskosten verwendet, wozu auch die Vergütung der vorbezeichneten Personen zählt. Je höher die Vergütung ist, desto weniger Geld steht für die Verteilung an die Gläubiger im Rahmen der Insolvenzplanlösung zur Verfügung. Es kann daher nur geraten werden, behauptete Anfechtungsansprüche kritisch prüfen zu lassen und auf eine Risikobewertung zu drängen. In der Folge

geht es dann weniger um eine Konfrontation mit dem Sachwalter oder Insolvenzverwalter. Durch eine überzeugende Argumentation kann vielmehr Einvernehmen darüber hergestellt werden, dass etwaige Ansprüche zutreffend bewertet werden.

Trotz der damit einhergehenden Beratungskosten stellt sich der Unternehmer besser. Es bleiben mehr Mittel übrig, die für die Befriedigung der Gläubiger eingesetzt werden können. Das erhöht die Chancen für eine Zustimmung zum Insolvenzplan und damit für eine erfolgreiche Sanierung. Zugleich kann der Unternehmer einschätzen, welchen gegen ihn persönlich gerichteten Ansprüchen er im Fall des gerichtlichen Sanierungsverfahrens gegenübersteht.

Anfechtungsansprüche identifizieren und vermeiden

Da die gesetzliche Regelung kompliziert ist und die Rechtsprechung stetig fortentwickelt wird, bedarf es einer besonders sorgfältigen Prüfung durch sachkundige Berater bereits im Vorfeld der Antragstellung. Andernfalls kann das Sanierungsverfahren für den Unternehmer zu einem wirtschaftlichen Desaster werden und nicht in der Sanierung, sondern der persönlichen Zahlungsunfähigkeit münden, obschon in der Vergangenheit eine die persönliche Haftung beschränkende Rechtsform (z. B. GmbH) gewählt wurde. Kundige Berater können Anfechtungsrisiken im Rahmen einer ganzheitlichen Beratung identifizieren und durch entsprechende Gestaltungen vermeiden.

Lösung: Gestaltung im Insolvenzplan

Soweit Insolvenzanfechtungsansprüche tatsächlich bestehen, findet der Berater und Planarchitekt Gestaltungsmöglichkeiten, um einen Verzicht auf diese Ansprüche im Rahmen des Insolvenzplans zu erreichen. Die Anforderungen an eine solche Gestaltung sind hoch und müssen einer Prüfung durch das Insolvenzgericht und die Gläubiger standhalten. Keinesfalls darf der Insolvenzplan den Eindruck erwecken, dass berechnete Forderungen gegen Gesellschafter, Geschäftsführer, Großgläubiger oder sonstige interessierte Dritte „unter den Tisch fallen gelassen“ werden. Dem Verzicht auf die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen müssen wirtschaftliche Vorteile für die Gläubigergemeinschaft gegenübergestellt werden.

Beispiel: Der Insolvenzplan sieht die Fortführung des Unternehmens und eine quotale Befriedigung der Gläubiger aus den künftigen Erträgen des sanierten Unternehmens vor. Um

die Fortführung zu ermöglichen, stellen die Gesellschafter einen Sanierungsbeitrag in Höhe eines bestimmten Betrages oder bspw. betriebsnotwendige, aber in ihrem Eigentum stehende Assets unentgeltlich zur Verfügung. Die Fortführung steht und fällt mit diesem Sanierungsbeitrag.

Die Leistung des Sanierungsbeitrags machen die Gesellschafter davon abhängig, dass im Raum stehende Anfechtungsansprüche nicht geltend gemacht werden; unter anderem benötigen sie Planungssicherheit, um die Erbringung des Sanierungsbeitrages dauerhaft zu gewährleisten. Als Alternative zu diesem Plan steht die Zerschlagung des Unternehmens und die Befriedigung der Gläubiger aus den um Verfahrenskosten und Masseverbindlichkeiten geminderten Liquidationserlösen zuzüglich etwaiger Anfechtungsansprüche im Rahmen der Regelabwicklung. Die Planrechnungen zeigen, dass der Aufwand für Liquidation und Ausproduktion erheblich ist und die Insolvenzquote im Fall der Regelabwicklung deutlich unter der im Plan vorgesehenen Quote liegen wird.

Es liegt auf der Hand, dass die Umsetzung des Insolvenzplans trotz des Verzichtes auf die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen für die Gläubiger vorteilhaft ist; sie erhalten eine höhere Quote.

Daneben muss berücksichtigt werden, dass nur die Planlösung die Fortführung des Unternehmens ermöglicht. Die Banken, Lieferanten, Dienstleister und Versorger behalten auch in der Zukunft ihren Vertragspartner und können mit diesem „Geld verdienen“. Die Arbeitnehmer behalten ihren Arbeitgeber und der Staat seinen Steuerschuldner. Zwar sind die vorbezeichneten Beteiligten auch Gläubiger, die im Rahmen der Planlösung auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten und so einen nicht unerheblichen Sanierungsbeitrag leisten. Allerdings erhalten sie bei Umsetzung des Plans eine höhere Quote auf ihre Insolvenzforderung – verringern daher ihren Ausfall – und können künftig weiter Geschäfte mit dem sanierten Unternehmen machen.

Ein Insolvenzplan, der alle diese Aspekte im darstellenden Teil klar und deutlich herausstellt, hat gute Chancen, die – entscheidungserhebliche – Zustimmung der Gläubigerversammlung zu erlangen.

Eine Regelung im Plan kann lauten:

„Die Gesellschafter X, Y, und Z haben freiwillig einen Sanierungsbeitrag i.H.v. 100.000 Euro geleistet. Auf die Geltendmachung der im darstellenden Teil des Insolvenzplans ge-

nannten und dem Grunde nach bezeichneten Haftungs-, Erstattungs- und Anfechtungsansprüche wird im Hinblick auf den freiwilligen Sanierungsbeitrag der Gesellschafter verzichtet.“

Praxistauglich ist auch eine Abgeltungsklausel:

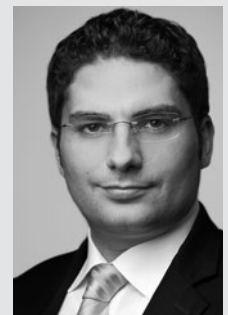
„Die Gesellschafter X und Y der Schuldnerin haben einen Sanierungsbeitrag in Form eines einmaligen Zuschusses zum Insolvenzplan i.H.v. 200.000 Euro geleistet. Die Zahlung erfolgte am 01.05.2013 auf das Geschäftsgirokonto Nr. 123 der Schuldnerin über das diese nur gemeinsam mit dem Sachwalter, Herrn A, verfügen kann. Der Gesellschafter Z stellt der Schuldnerin die in der Heinstraße 18 gelegene Betriebsimmobilie bis einschließlich den 31.12.2016 unentgeltlich zur Verfügung. Damit sind etwaige Ansprüche und Forderungen der Schuldnerin gegen die Gesellschafter X, Y und Z in voller Höhe abgegolten.“

Dr. Olaf Hiebert

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenzrecht, Insolvenzanfechtung, Geschäftsführerhaftung

Tel. 0211-82 89 77 267
olaf.hiebert@buchalik-broemmekamp.de



Anfechtung von Kreditsicherheiten unter besonderer Berücksichtigung des § 133 InsO

In der neueren Rechtsprechung des BGH mehren sich die Fälle von Insolvenzanfechtungen wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung gemäß § 133 InsO. Aktuelle Beispiele zur Insolvenzanfechtung im Zusammenhang mit Bankgeschäften (vgl. ZInsO 2013, S. 1917 ff. und S. 1969 ff.) belegen, dass die §§ 130 und 131 InsO mit den darin festgelegten Drei-Monats-Zeiträumen der Anfechtung nur noch einen untergeordneten Sonderfall des § 133 Abs. 1 InsO bilden.

Welche Auswirkungen die ausweitende BGH-Rechtsprechung zu § 133 InsO auch in Bezug auf die seitens der Insolvenzschuldner zugunsten der Bank bestellten Sicherheiten hat, soll in dem nachfolgenden Beitrag näher untersucht werden.

Allgemeine Tatbestände der §§ 130, 131, 133 InsO

§ 130 InsO regelt die Anfechtung wegen kongruenter Deckung. Eine kongruente Deckung liegt vor, wenn der Gläubiger auf die Leistung des Schuldners einen fälligen Anspruch zur Zeit der Handlung hatte. Als Beispiel sei hier die Bestellung konkreter Sicherheiten bei Kreditgewährung als deren Voraussetzung genannt. Bei Inkongruenz, die u. a. bei Gewährung einer anderen als der vereinbarten Sicherheit oder bei nachträglicher Sicherheitenbestellung vorliegt, besteht dagegen das Risiko der Vorsatzanfechtung.

Probleme der Darlehensnachbesicherung/ Nachbesicherung bei Neukreditgewährung

Anfechtbar sind grundsätzlich auch Nachbesicherungen, soweit die Rechtshandlung innerhalb der Anfechtungsfrist vorgenommen wird. Eine kongruente Deckung liegt dann vor, soweit die Nachbesicherung eines bereits gewährten Kredites durch eine enge Zweckerklärung erfolgt, d. h. es wird lediglich der aktuelle Kredit besichert und die Sicherheit aus dem Kreditvertrag konkret geschuldet. Sollte eine Bank aus § 130 InsO in Anspruch genommen werden, kann sie einwenden, dass sie noch einmal aktuell kreditiert und deswegen an der Kreditwürdigkeit und der Überlebensfähigkeit des Kreditnehmers keinen Zweifel hatte. Darüber hinaus kann die Bank gemäß § 142 InsO unter engen Voraussetzungen den Bargeschäftseinwand erheben, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Valutierung des Kredits und der Bestellung der Sicherheiten besteht (MDR 2007, 113 ff.). Ein Bargeschäft unterliegt nur der Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO.

Hat die Bank allerdings eine weite Zweckerklärung gewählt, d. h. werden neben der Neukreditierung auch die bereits bestehenden Altkredite besichert, liegt eine inkongruente Deckung vor. Der Bargeschäftseinwand ist infolge der Inkongruenz ausgeschlossen.

Poolicherheiten

Probleme entstehen bei der zugunsten der Poolführerin abgetretenen Forderung des Insolvenzschuldners im Wege einer Globalzession. Folgt dann innerhalb des kritischen Zeitraums die Zahlung des Drittschuldners auf ein Konto, welches nicht bei der Poolführerin geführt wird, und verrechnet nicht die kontoführende, nach h. M. in der Rechtsprechung, nicht dinglich berechnete Bank ihren Debet-Saldo mit Zahlungseingängen, erlischt die Forderung und somit das Sicherungsrecht aus der Globalzession. Gleichzeitig entsteht aber zugunsten der kontoführenden Bank ein Anspruch des insolventen Schuldners auf Herausgabe eingegangener Gelder (§ 667 BGB). Da die kontoführende Bank aber nicht die Zessionsinhaberin ist, wäre die Verrechnung von eingehenden Zahlungen mit einem Debet-Saldo wie eine normale Kontokorrent-Verrechnung anfechtbar.

Um grundsätzlich das Anfechtungsrisiko zu reduzieren, kann der Schuldner seine Ansprüche aus/auf Gutschrift gegen die einziehende Poolbank daher an die im Poolvertrag genannte Poolführerin verpfänden. In diesem Fall liegt eine geschlossene Sicherheitenkette vor, und eine Anfechtung scheidet aus.

Problem des Werthaltigmachens von Forderungen

Gerade bei Globalzessionen tritt sehr oft das Problem der Werthaltigmachung von Forderungen auf, wobei die Werthaltigmachung als solche nur innerhalb der Anfechtungsfrist anfechtbar ist. Ein Werthaltigmachen von Forderungen liegt

dann vor, wenn durch Leistungen des Insolvenzschuldners (beispielsweise bei einem Werkvertrag oder Werklieferungsvertrag) der abgetretenen Forderung bei Fälligkeit ein höherer Wert beizumessen ist als bei ihrer Entstehung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages.

Der Grundsatz der Anfechtbarkeit der Werthaltigmachung spielt u. a. auch bei der Sicherungsübereignung von Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen und den fertigen und unfertigen Erzeugnissen eine Rolle. Der im kritischen Zeitraum (drei Monate vor Antragstellung) generierte Wertschöpfungsanteil steht infolge der kongruenten Deckungsanfechtung der Insolvenzmasse zu. Der Bank als Sicherungsnehmerin steht hingegen nur maximal der zum maßgeblichen Zeitpunkt festgestellte Materialeinsatzwert unter Berücksichtigung möglicher Lieferantenrechte zu.

Anfechtung gemäß § 133 InsO im Zusammenhang mit (fehlgeschlagenen) Unternehmenssanierungen

Gem. § 133 Abs. 1, Satz 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vorgenommen hat und wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte.

Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist gegeben, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung die Benachteiligung der Gläubiger erkennt und billigt. Eine Absicht ist nicht erforderlich. Ein starkes Beweiszeichen für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist insbesondere dann gegeben, wenn Fälle einer Zahlung unter „Vollstreckungsdruck“ oder „Drohung“ mit einem Insolvenzantrag vorliegen.

Das gilt auch bei der Vornahme von Zahlungen oder der Stellung von Sicherheiten in Form der Erfüllung von Vergleichsvereinbarungen.

Vorsatzanfechtung im Zusammenhang mit Unternehmenssanierungen

Insbesondere die Vermutungsregelung des § 133 Abs. 1, Satz 2 InsO führt bei durchzuführenden Unternehmenssanierungen, selbst bei einem Bargeschäft, oft zu einem erhöhten Anfechtungsrisiko für Rechtshandlungen im Zusammenhang mit dem Sanierungsversuch (vgl. Graf Schlicker/Huber, § 133, Rn. 15, 2829).

War die Sanierungsbemühung objektiv aussichtslos und war sich der Schuldner bewusst, dass bei Scheitern der Sanierung die Gläubiger objektiv benachteiligt würden, wird schon deshalb von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auszugehen sein; die dafür sprechenden Beweiszeichen sind jedenfalls nicht entkräftet, wenn es an der Darlegung eines schlüssigen Sanierungskonzepts fehlt. Anders ist es nur, wenn bei Vornahme des Sanierungsgeschäfts konkrete Tatsachen die realistische Erwartung rechtfertigen, es werde zu erfolversprechenden Bemühungen zur Rettung des Unternehmens und damit in absehbarer Zeit zur Befriedigung der Gläubiger kommen, denn dann war die Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen, redlichen Willen geleitet. Eine bloße Sanierungshoffnung genügt nicht (vgl. hierzu BGH, ZIP 2012, S. 137).

Ergebnis und Handlungsempfehlung

Aufgrund der sich ausdehnenden Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO ist insbesondere seitens der Banken darauf zu achten, dass im Rahmen von Neukreditierungen im Falle einer bereits bestehenden Krise des schuldnerischen Unternehmens neu gestellte Sicherheiten auch nur die Neukreditierungen (im Falle eines Sanierungskredites) absichern und nicht über einen weiten Sicherungszweck auch sog. Altkredite mitbesichert werden. Ferner ist im Falle von Sanierungskrediten auf die Vorlage eines schlüssigen Sanierungs- und Fortführungskonzeptes und die tatsächliche Umsetzung zu achten. Nur so kann verhindert werden, dass sich die Bank bei der Hereinnahme von Sicherheiten bei bereits vorhandener Krise des schuldnerischen Unternehmens den Insolvenzanfechtungstatbeständen der §§ 130 ff. InsO aussetzt.

Ralf Schreiber

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Bankrecht, Insolvenzrecht
und Sanierung sowie Prozessrecht

Tel. 0211-82 89 77 244

ralf.schreiber@buchalik-broemmekamp.de



Anfechtbarkeit von Leistungen auf Ratenzahlungsabreden § 133 InsO – ein unkalkulierbares Risiko?

Die Insolvenz bedeutet für den Gläubiger vielfach nicht nur den Verlust eines großen Teils der noch offenen Forderungen, sondern in zunehmend mehr Fällen verlangt der Insolvenzverwalter im Wege der Anfechtung auch noch die Rückzahlung zuvor bereits erlangter Zahlungen. Diese Ansprüche können bei langjährigen Beziehungen und einer länger andauernden Krise des Schuldners schnell sechsstellig werden. Der BGH bestätigte im sog. Nikolausurteil (BGH, Urt. v. 6. 12. 2012–IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190) die Anfechtbarkeit von Ratenzahlungen.

Nahezu jeder Insolvenz gehen Mahnungen, Stundungsbitten und Ratenzahlungsabreden voraus. All diesen Handlungen ist eines gemein: Der Schuldner zahlt nicht auf eine fällige Forderung und der Gläubiger reagiert mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln. Hat der Schuldner weitere Gläubiger, deren Forderungen bis zu einer späteren Insolvenzantragstellung nicht beglichen werden – was der Gläubiger regelmäßig nicht einmal positiv weiß –, genügt dieser Umstand bisweilen dem anfechtenden Insolvenzverwalter für die Darlegung der einmal eingetretenen Zahlungsunfähigkeit, nämlich der sog. Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO. Daher sind alle erlangten Zahlungen eines kriselnden Unternehmens immer mit dem Risiko der späteren Rückzahlung belegt, wenn die Krise in einer Insolvenz endet.

Die verhängnisvolle Erklärung des Schuldners

Besonders schwer wiegen bei solchen Umständen Erklärungen des Schuldners, er könne nicht zahlen, er bitte um Stundung oder Ratenzahlung etc., anderenfalls sei die Insolvenz für ihn unvermeidbar und das nutze niemandem. Daraus entwickelt sich meist ein reger Schriftverkehr, den der Insolvenzverwalter später auswertet und sich über die Einschätzung der Beteiligten freut. Nach solchen Erklärungen des Schuldners weiß der Gläubiger vier Sachverhalte, die sich für den Gläubiger aus anfechtungsrechtlicher Sicht nachteilig auswirken können:

- der Schuldner kann nicht zahlen (ggf. Bitte um Ratenzahlung);
- der Schuldner hat weitere Gläubiger mit offenen Forderungen;
- der Schuldner ist insolvenzreif und
- der Schuldner kann die Forderungen nur quotal und dann auch nur in Raten zahlen.

Mithin: Der Schuldner ist nach seinem Sachvortrag zahlungsunfähig, was der Gläubiger im Nachhinein schwerlich bestrei-

ten kann. Der Gläubiger ist daher auch bei der Entgegennahme von Zahlungen nachweislich bösgläubig – und damit ist jede nachfolgende Zahlung grundsätzlich anfechtbar.

Die gefährliche Bitte um Ratenzahlungen

Erklärungen des Schuldners werden vielfach mit der Bitte um Vereinbarung einer Ratenzahlung für die Altforderungen verbunden, und viele Gläubiger gehen darauf ein, stellen für neue Leistungen auf Vorkasse um und nehmen die Ratenzahlungen auf Altforderungen gerne entgegen. Schon bei einfacher logischer Betrachtung dürfte auch diese Bitte des Schuldners schlicht dafür sprechen, dass er nicht in der Lage ist, die Forderung in voller Höhe zu zahlen, also klassisch zahlungsunfähig ist. Der Abschluss einer Ratenzahlung selbst stellt daher nach Maßgabe des BGH bereits ein wichtiges Indiz für eine eingetretene Zahlungseinstellung dar. Es reicht daher für eine Anfechtbarkeit der erlangten Zahlungen aus, wenn der Anfechtungsgegner (Gläubiger) die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Beurteilung die Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt.

Anfechtungsfeste Ratenzahlungsvereinbarungen möglich?

Ob und unter welcher Voraussetzung eine einmal abgeschlossene und bediente Ratenzahlungsvereinbarung eine insolvenzrechtliche Anfechtung ermöglicht oder begünstigt, hängt von verschiedenen Faktoren ab.

Der Zeitfaktor (Dreimonatszeitraum vor der Antragstellung) bedingt eine Anwendbarkeit der §§ 130, 131 InsO auf der einen und eine Anwendbarkeit des § 133 InsO auf der anderen Seite. Der Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung ist ferner situationsabhängig. Entscheidend für eine Anfechtbarkeit dürfte jedoch sein, ob die Ratenzahlungsvereinbarung von dem Schuldner eingehalten oder aber gebrochen wurde. Wird die Ratenzahlung ohne Verzögerung und wie

(ursprünglich) vertraglich vereinbart bedient, kann sich der Gläubiger am ehesten auf eine nachträgliche Erholung des Schuldners, mithin auf einen nachträglichen Wegfall der Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit bzw. Gläubigerbenachteiligung des Schuldners berufen. Auch unter Berücksichtigung des Nikolausurteils des BGH kann sich der Gläubiger einer Ratenzahlungsvereinbarung, die vom Schuldner eingehalten wurde, grundsätzlich auch künftig auf den Wegfall der Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners berufen. Jedenfalls ist das Anfechtungsrisiko im Vergleich zum dann nur noch logischen Forderungsverzicht vertretbar. Zahlungen innerhalb des Dreimonatszeitraums sind jedoch einem deutlich größeren Anfechtungsrisiko ausgesetzt.

Etwas anderes gilt, wenn die Ratenzahlungsabrede zur Abwendung eines angedrohten oder gestellten Insolvenzantrags oder aufgrund eines unmittelbaren Vollstreckungsdrucks erfolgt. In diesen Druckfällen sind die späteren Ratenzahlungen – auch wenn sie eingehalten werden – als inkongruente Deckungen zu werten und damit anfechtbar.

Gerät der Schuldner mit den vereinbarten Raten in Verzug oder muss er vor oder erst nach der ersten Rate die Ratenzahlungsvereinbarung nachverhandeln, kann sich dieser Umstand nicht vorteilig auf die Vorstellungskraft des Gläubigers bzgl. der wirtschaftlichen Gesundheit des Schuldners auswirken. Dieses Risiko kann der Gläubiger aber nicht beeinflussen, weswegen dieser Umstand ihn nicht davon abhalten sollte, Ratenzahlungsvereinbarungen abzuschließen (ausführlich dazu Priebe, ZInsO 2013, 2479ff.). Dabei sollte er dann aber die nachfolgenden allgemeinen und besonderen Grundsätze zur Minimierung von Anfechtungsrisiken beherzigen.

Handlungsanleitungen

- Die nachweisbare Kommunikation zwischen Gläubiger und Schuldner sollte auf das Notwendige reduziert und Drohungen mit Insolvenzanträgen oder negative Kommentare über die Solvenz des Schuldners unterlassen werden.
- Bei Abschluss einer Ratenzahlung sollte der Gläubiger auf die Erklärung des Schuldners drängen, er sei infolge der Ratenzahlungsvereinbarung in der Lage, seine zukünftig fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.
- Wenn möglich: vorschüssige Zahlungen vereinbaren, damit jedenfalls im Rahmen des Dreimonatszeitraums (§ 130 InsO) der Bargeschäftseinwand effektiv erhoben werden kann.
- Die Raten sollten so bemessen sein, dass sie den Schuldner nicht drangsaliieren und zu einer Nachverhandlung zwingen. Im Zweifel sind geringere Beträge und längere Laufzeiten zu vereinbaren.
- Eine Ratenzahlungsvereinbarung macht nur dann Sinn, wenn der Schuldner auch nach deren Abschluss einen gewissen Druck verspürt, diese Abrede einzuhalten. Zu empfehlen ist folglich zunächst die Titulierung, ggf. durch Abgabe eines kostengünstigen notariellen Schuldanerkenntnisses zu Lasten des Schuldners.
- Enthält die Ratenzahlungsvereinbarung eine Verfallsklausel, sollte darauf geachtet werden, dass kein automatischer Verfall bei Verzug eintritt, sondern lediglich die Option der Kündbarkeit für den Gläubiger fixiert wird. Also keine harte Verfallsklausel! Allein die Implementierung der Verfallsklausel bedeutet jedoch, dass (zulässiger) Vollstreckungsdruck nachweislich aufrechterhalten wird, was eine Anfechtbarkeit – jedenfalls im Dreimonatszeitraum – erleichtert.
- Vorfällige weitere (Teil-)Zahlungen als Druckzahlungen des Schuldners sind zu vermeiden. Diese sind inkongruent und damit anfechtbar.
- Bemüht sich der Schuldner um eine Sanierung, sollte sich der Gläubiger diese Sanierungsbemühungen nachweislich erklären und belegen lassen.
- ... und immer wieder nicht zu unterschätzen: Bürgschaften oder Garantien Dritter einfordern, denn diese bleiben auch in der Insolvenz des Schuldners bestehen.

Prof. Dr. Hans Haarmeyer

Direktor des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht – DIAI, Bonn

Tel. 0228-359462
hans.haarmeyer@diai.org



Erfolgreich durch die Insolvenz – Erfahrungen aus dem Bereich Lohnbearbeitung

Bedingt durch die Krise im Schiffsbau und die Unsicherheiten bei der Förderungen von Windenergieanlagen (WEA) brachen die Umsätze der G.M.W. Präzisions GmbH & Co. KG in 2010 von ursprünglich ca. 21 Mio. Euro um rund die Hälfte ein. Während der Maschinenbauer die Verluste noch kompensieren konnte, brachten die hohen Kapitaldienste für getätigte Investitionen die G.M.W. in eine finanzielle Schieflage. Nach erfolglosen Umfinanzierungsverhandlungen stellte das Unternehmen aus Burg (Magdeburg) Mitte August 2013 einen Antrag auf Durchführung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung.

G.M.W. wurde 1991 in Sachsen-Anhalt gegründet. Aus ursprünglich fünf Mitarbeitern wurden bald 122, die Großgussteile (Stahl und Gusseisen) mit einem Gewicht von bis zu 100 Tonnen durch Bohren, Fräsen und Drehen einbaufertig bearbeiten. Die Produkte werden an die großen Turbinenhersteller im Schiffsbau und an die WEA-Hersteller weiterverkauft. Schnell erwarb sich das Unternehmen den Ruf, eines der besten Unternehmen in der mechanischen Bearbeitung von Großteilen zu sein.

Liquiditätsschonende Kapitaldienste waren nicht notwendig

Dieses schnelle Wachstum erforderte Investitionen im Maschinenbereich, deren Finanzierungen auf das bestehende Umsatzniveau und die bisherigen Gewinne ausgerichtet waren. Mit Wegbrechen der Umsätze konnten die Tilgungsleistungen nicht mehr vollumfänglich erbracht werden. Aus heutiger Sicht waren die Finanzierungen nicht optimal strukturiert. Man hatte relativ kurzfristige Zeiträume gewählt, die zu sehr hohen Belastungen führten, und die einzelnen Maßnahmen nahezu gleichzeitig und mit gleicher Laufzeit abgeschlossen. Hierdurch mussten für eine recht kurze Zeit sehr hohe Tilgungsleistungen erbracht werden, die dann aber nahezu gleichzeitig weggefallen wären. Ein liquiditätsschonender Mix aus verschiedenen Laufzeiten war mit Blick auf die damaligen hohen Gewinne seinerzeit nicht notwendig.

Sanierungsversuche im Vorfeld des Verfahrens

Zunächst hatte G.M.W. diverse Verhandlungen mit den Finanzierern geführt. Ziel war die Reduzierung und Streckung der Leasing- und Mietkaufraten. Hier konnte ein temporärer Standstill erreicht werden, dessen Fortsetzung aber von unakzeptablen Zugeständnissen abhängig gemacht wurde (Übertragung der Geschäftsanteile in eine Treuhand). In dieser Phase wurde

Buchalik Brömmekamp mandatiert, die die Finanzierergespräche begleitete, im Rahmen eines IDW S 6-Gutachtens die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens prüfte und weitere Sanierungsansätze im operativen Bereich identifizierte. Trotz festgestellter Fortführungsfähigkeit konnte die Gesamtfinanzierung nicht umgesetzt werden, da eine große Leasinggesellschaft nicht einlenkte. Mit Auslaufen des Standstills bestand damit Antragspflicht wegen Illiquidität.

Vorbereitende Maßnahmen

Parallel zur Gutachtenerstellung war ein Planverfahren in Betracht gezogen worden. Mit Beginn der Antragspflicht wurde vorsorglich der Insolvenzantrag erstellt. Nachdem eine Einigung mit den finanzierenden Instituten endgültig scheiterte, wurde der Insolvenzantrag durch die Geschäftsführung mit Unterstützung von Buchalik Brömmekamp erstellt.

In einem Vorgespräch mit den beiden Insolvenzrichtern des Amtsgerichts Stendal wurden die Anträge vorbesprochen und die Abläufe abgestimmt. Die Richter zeigten sich in dem konstruktiven Gespräch im Hinblick auf die vorgesehene Vorgehensweise sehr aufgeschlossen. Der Termin der Antragstellung und die beizubringenden Unterlagen wurden mit den Richtern einvernehmlich abgesprochen.

Darüber hinaus fanden weitere Vorgespräche statt:

- mit der HSBC und dem Dienstleister, um die Insolvenzgeldvorfinanzierung sicherzustellen;
- mit der Versicherung, die die Mitglieder des Gläubigerausschusses, den vorläufiger Sachwalter und die Geschäftsführer im Verfahren versichern sollte;
- mit den potenziellen Gläubigerausschussmitgliedern.

Der Autor dieses Erfahrungsberichtes wurde zum Chief Restructuring Officer (Interimsgeschäftsführer) für die Dauer des Verfahrens bestellt.

Antragsstellung und erste Maßnahmen

Wie zuvor besprochen, folgte das Amtsgericht unseren Anträgen und ordnete die Eigenverwaltung an. Darüber hinaus setzte das Gericht den Gläubigerausschuss in der von uns vorgeschlagenen Zusammensetzung ein. Weiterhin wurde antragsgemäß beschlossen, dass betriebsnotwendige Maschinen bei G.M.W. verbleiben müssen und dem Zugriff der Eigentümer/Finanzierer entzogen werden. Zum vorläufigen Sachwalter bestimmte das AG Rechtsanwalt Christian Graf Brockdorff, der noch am selben Tag das Unternehmen besuchte.

Weiterhin fand eine Belegschaftsversammlung unter seiner Mitwirkung statt, in der die Mitarbeiter über die Hintergründe des Verfahrens, über deren Ablauf und die Insolvenzgeldfinanzierung informiert wurden. Irritationen konnten somit vermieden werden. Weiterhin trug zur Motivation der Mitarbeiter bei, dass die Geschäftsführung keine Entlassungen vornehmen musste. In der konstituierenden Sitzung des Gläubigerausschusses wurde die beantragte Verfahrensweise bestätigt; man sprach sich einstimmig für die Eigenverwaltung und Rechtsanwalt Graf Brockdorff als vorläufigen Sachwalter aus. Die weitere Information der Mitglieder sollte über monatliche Sitzungen erfolgen. Ebenso wurde eine Satzung vereinbart, die wichtigsten Positionen zum Gang des Verfahrens, dem Einbezug des vorläufigen Gläubigerausschusses sowie seine Rechte und Pflichten aber auch Haftungsrisiken besprochen. Die Buchhaltung wurde für die Dauer des Verfahrens neu aufgesetzt, ein Reporting installiert.

Unverzüglich fanden zahlreiche Kundenbesuche statt und mit den Partnern in den USA wurden Telefonkonferenzen durchgeführt. Sämtliche Partner befürworteten die Eigenverwaltung und unterstützten das Unternehmen mit Zusatzaufträgen. In der Folge konnte der Geschäftsbetrieb problemlos weitergeführt werden. Gleichzeitig wurden operative Sanierungsansätze in die Tat umgesetzt. Wesentlicher Faktor der finanziellen Neuordnung war die Umfinanzierung des Maschinenparks: Anstatt vieler Leasinggesellschaften wurde der Abschluss eines Sale-and-Lease-Back-Vertrages mit einem einzigen Unternehmen vorgenommen. Da im Eröffnungsverfahren bei Eigenverwaltung keine Umsatzsteuer abgeführt werden muss bzw. abgeführte Steuern später angefochten werden können, wurde ein siebenstelliger Liquiditätszufluss erreicht. Die notwendigen Verhandlungen beanspruchten zwar mehr Zeit als vorgesehen, doch konnten wir mit Zustimmung des Sachwalters und des Gläubigerausschusses das vorläufige Verfahren um einen Monat verlängern. Die notwendige Anpassung des Insolvenzgeldzeitraumes wurde durch die Agentur für Arbeit und die zwischenfinanzierende Bank wohlwollend begleitet.

Eröffnetes Verfahren

Zur Eröffnung des Verfahrens stand uns damit ein nennenswerter Liquiditätspuffer zur Verfügung. Das Insolvenzverfahren wurde nach unseren Vorstellungen eröffnet, Sachwalter und vorläufiger Gläubigerausschuss blieben im Amt und die Eigenverwaltung wurde aufrecht erhalten. Der Geschäftsbetrieb wurde in dieser Phase problemlos fortgeführt. Wesentlicher Sanierungsansatz war die Verstärkung der Geschäftsleitung durch einen kaufmännisch versierten Vertriebler. Parallel dazu wurde der vorbereitete Insolvenzplan fertiggestellt. Je nach Feststellung der Forderungen durch den Sachwalter wird sich hieraus eine Quote ableiten lassen, die deutlich höher sein wird als die im Liquidationsfall zur Auszahlung kommende Quote. Zwei Besonderheiten weist der Plan aus: Im Vertrauen auf die Sanierungsfähigkeit stehen drei Banken mit den bestehenden Verbindlichkeiten der G.M.W. weiter zur Verfügung. Sie erhalten deshalb eine 100 %-ige Quote, die durch weiter belassene Kredite befriedigt werden. Außerdem bleiben die durch thesaurierte Gewinne entstandenen Gesellschafterdarlehen nachrangig bestehen. Das gibt den Gesellschaftern die Möglichkeit, anstatt später Gewinnentnahmen zu tätigen, die zu versteuern sein werden, ihre stehen gebliebenen, bereits versteuerten Darlehen zu entnehmen.

Ausblick

Zum Zeitpunkt dieses Aufsatzes ist der Planentwurf auf der Basis der Unternehmensbuchhaltung erstellt und die Struktur des Planes durch den Gläubigerausschuss und die Sachwaltung genehmigt. Der Entwurf liegt dem Richter zur Prüfung vor. Der Plan soll in Kürze rechtskräftig werden. Signale aus der Gläubigerschaft lassen auf eine breite Annahme schließen. Damit kann das Unternehmen wieder auf festen Füßen stehen und so konnten nicht zuletzt in der strukturschwachen Region Sachsen-Anhalt über 100 Arbeitsplätze langfristig gerettet werden.

Heinz-Peter Derrix-Belau

Buchalik Brömmekamp
Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Sanierungsgeschäftsführung,
Bankenverhandlung, operative Sanierung

Tel. 0211- 82 89 77 0
heinz-peter.derrix-belau@buchalik-
broemmekamp.de



Deutsche Mechatronics GmbH wurde durch Insolvenzplanverfahren umfassend entschuldet

Die Deutsche Mechatronics (DTMT) befand sich seit mehreren Jahren in einer Ergebniskrise. Anhängige Rechtsstreitigkeiten zu fraglichen Pensionsansprüchen von Arbeitnehmern verhinderten die Erschließung neuer Finanzierungsquellen. Gravierende Probleme bei der Einführung eines neuen ERP-Systems im Jahr 2012 verschärfen die Krisensituation deutlich. Anfang April 2013 entschied sich der geschäftsführende Gesellschafter des Unternehmens für eine Sanierung über ein Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung. Acht Monate später konnte das Insolvenzverfahren wieder aufgehoben werden.

Die Deutsche Mechatronics GmbH ist Systemlieferant (Mechanik, Elektrotechnik, Software) für Produktentwicklung sowie Produktion und beliefert vor allem Kunden im deutschsprachigen Raum. Historisch bedingt besteht eine hohe Abhängigkeit von der Druckindustrie. Das Unternehmen wurde von der anhaltenden Krise der Druckindustrie erfasst und hatte von 2007 bis zum Jahr 2012 einen Umsatzrückgang von 73 Mio. Euro auf 50 Mio. Euro zu verkraften. Während sich der Umsatz mit der Druckindustrie im Jahre 2007 auf 72 Prozent belief, war dieser Anteil auf 50 Prozent im Jahre 2012 gefallen. Aufgrund der Vergangenheit als Teil des RWE-Konzerns war das Unternehmen zudem Pensionsverpflichtungen von rund 17 Mio. Euro ausgesetzt, die weder mittel- noch langfristig erfüllt werden konnten. Zusätzlich wurde das Unternehmen durch die unzureichende Vorbereitung der Einführung eines neuen ERP-Systems belastet. Mit der Einführung im Jahr 2012 waren wesentliche Informationen zur kaufmännischen Steuerung des Geschäftsbetriebs verloren gegangen.

Für die Anpassung des Personalbestands von rund 420 Mitarbeitern und andere Restrukturierungsmaßnahmen fehlte das Geld. Als sich die Liquiditätssituation Anfang 2013 zuspitzte, entschied sich der Geschäftsführer, die Sanierung mittels eines Insolvenzplanverfahrens in Eigenverwaltung einzuleiten. Mit der Erstellung des Insolvenzplans sowie der Begleitung des Unternehmens und der Geschäftsführung wurde Buchalik Brömmekamp beauftragt.

Lösung Eigenverwaltung

Oberstes Ziel war zunächst die Aufrechterhaltung der Produktion und damit der Lieferfähigkeit, um das Vertrauen der Kunden nicht zu verlieren. Noch vor der Insolvenzantragstellung in Eigenverwaltung wurde die Insolvenzgeldvorfinanzierung sichergestellt, sodass mit Anordnung der Eigenverwaltung die durch die HSBC-Bank vorfinanzierten Gehälter ausgezahlt werden konnten.

In einem ersten Schritt wurde eine umfassende Ursachenanalyse in sämtlichen Bereichen des Unternehmens durchgeführt. Beispielsweise wurden die nachfolgenden operativen Schwachstellen identifiziert:

- Die historisch gewachsene, aber stark zergliederte Struktur des Unternehmens schaffte erhebliche Schnittstellenprobleme und unklare Verantwortlichkeiten. Zudem war die Kommunikation zwischen den Mitarbeitererebenen schwach ausgeprägt. Der Auftragsdurchlauf war zudem durch viele Schnittstellen zu komplex und durch etliche Übergaben gingen Informationen verloren.
- Die Abhängigkeit von nur einem Großkunden machte Neugeschäft in der gleichen Branche unmöglich.
- DTMT ist in den Bereichen Serienfertigung, Teilefertigung und Einzelfertigung (Anlagenbau) tätig. Die Anforderungen der Kunden an den Technologieeinsatz und Entwicklungsaufwand sind jedoch sehr heterogen. Die Fertigung war mit diesen unterschiedlichen Anforderungen nicht mitgewachsen.
- Aufgrund fehlender Kennzahlen zur operativen Steuerung und fehlender Verantwortlichkeit konnten Aufträge nicht kostendeckend und zeitgerecht abgearbeitet werden.

Gemeinsam mit den Führungskräften des Unternehmens wurde auf Basis dieser Ursachenanalysen ein umfassendes Sanierungskonzept ausgearbeitet. Dabei wurde ein besonderes Augenmerk auf folgende Bereiche gerichtet:

- Analyse der einkaufsrelevanten Daten und des Beschaffungsvolumens,
- Analyse der Vertriebsorganisation,
- Analyse der Produktionsprozesse und Planung,
- Bewertung des Working Capitals hinsichtlich bestehender Cash-Potenziale,
- Neustrukturierung der Organisation,
- Anpassung des ERP-Systems und
- Zuordnung der Kosten zu jeweiligen Verursachern und Anpassung der Kostenrechnung.

Flankierend wurden zur optimalen Steuerung des Eigenverwaltungsverfahrens folgende Maßnahmen ergriffen:

- Ergänzung der Geschäftsführung durch Hans Fritsche von Buchalik Brömmekamp als insolvenzerfahrenen CRO;
- Implementierung eines Reportings in Form einer so genannten Tagesmeldung mit wesentlichen Kennzahlen zur Unternehmenssteuerung (Umsatz, Auftragseingang, Kontostände etc.);
- Aufsetzung einer kurzfristigen Liquiditätsplanung;
- Anpassung von Betriebsabläufen an insolvenzspezifische Anforderungen;
- regelmäßige Kommunikation mit den beteiligten Stakeholdern über den Verfahrensfortschritt;
- tägliches Führungskreismeeting unter Einbeziehung des Betriebsratsvorsitzenden und
- enge Einbindung der Hauptkundin (40 Prozent Umsatzanteil) in das Eigenverwaltungsverfahren.

Gläubiger waren vom Sanierungskonzept überzeugt

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01.08.2013 stand ein umfassendes Sanierungskonzept zur Verfügung, das mit dem Sachwalter, Gläubigerausschuss, Betriebsrat und der Hauptkundin abgestimmt war und breite Zustimmung fand.

Nach Verfahrenseröffnung wurde das Unternehmen in drei Business Units aufgeteilt, um die Komplexität zu reduzieren. Die neu strukturierte Organisation führt durch Optimierung der Prozesse in den einzelnen Geschäftseinheiten durch den Abbau von Schnittstellenproblemen dazu, dass Mehrarbeit vermieden wird und damit die einzelnen Geschäftseinheiten schlanker aufgestellt werden konnten.

Der CRO bildete als eingetragener Geschäftsführer die Schnittstelle zwischen dem Sachwalter, dem Gläubigerausschuss, dem Management und der Organisation, aber auch von verschiedenen Beratern, die bereits vor der Insolvenzantragstellung beauftragt worden waren. Daneben übernahm er die Außenkommunikation und den Dialog mit der Presse. Zusätzlich bestand seine Aufgabe gemeinsam mit einem operativ tätigen Berater darin, die zügige Umsetzung der definierten Sanierungsmaßnahmen sicherzustellen. Dazu wurde das Maßnahmenmanagement und -controllingtool „mmt“ von der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung zur Steuerung und Überwachung des Umsetzungsprozesses implementiert.

Mit Gewerkschaft und Betriebsrat wurde ein Interessenausgleich nebst Sozialplan verhandelt, sodass kurzfristig der Personalbestand möglichst sozialverträglich auf 340 Mit-

arbeiter reduziert werden konnte. Kündigungsschutzklagen hatten damit so gut wie keine Erfolgsaussichten. In einer Transfergesellschaft konnten sich die ehemaligen Mechatroniker weiter qualifizieren lassen und wurden für den freien Arbeitsmarkt vorbereitet.

Durch die Eigenverwaltung und die Kontinuität in der Geschäftsführung gab es keine Irritationen bei den Kunden. Diese sind dem Unternehmen während des Verfahrens treu geblieben, Auftragsrückgänge waren nicht zu verzeichnen.

Der Vertrieb wurde personell verstärkt und neu ausgerichtet, um die rückläufigen Umsätze mit der Druckindustrie durch neue Kunden aufzufangen.

Die erheblichen Pensionsverpflichtungen wurden vom Pensions-Sicherungs-Verein (PSVaG) übernommen. Als ungesicherter Gläubiger erhält der PSVaG die im Insolvenzplan geregelte Quote.

Während das Eigenkapital bei Insolvenzantragstellung vollständig aufgezehrt war, beträgt die Eigenkapitalquote nicht zuletzt aufgrund der fast vollständigen Reduzierung der erheblichen Pensionslasten nach Verfahrensaufhebung rund 70 Prozent.

In der Gläubigerversammlung am 11.11.2013 wurde der aus dem Sanierungskonzept abgeleitete Insolvenzplan von den Gläubigern angenommen. Dadurch konnte das Insolvenzverfahren bereits am 31.12.2013 aufgehoben werden. Mit der Rechtskraft des Insolvenzplanes und der Verfahrensaufhebung war die Arbeit des Sanierungsgeschäftsführers Hans Fritsche erledigt.

Hans G. Fritsche

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenzrecht, Sanierungs-
beratung, Sanierungsgeschäftsführung

Tel. 0211- 82 89 77 200
hans.fritsche@buchalik-broemmekamp.de



Kern der Restrukturierung: Die nachhaltige Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens herstellen

Oft stehen im Rahmen der Krisenbewältigung kurzfristige Maßnahmen im Fokus des Managements. Die strategische Neuausrichtung wird dabei als Grundlage zur Wiedererlangung von Rendite- und Wettbewerbsfähigkeit vernachlässigt. Mit der neuen Insolvenzordnung (ESUG) werden Handlungsspielräume geschaffen, um vor und in der Insolvenz eine nachhaltige Strategie zu entwickeln. Damit kann der ganzheitliche Turnaround starten.

Die Ursachen für eine existenzielle Krise sind vielschichtig. Den gemeinsamen Nenner bilden jedoch oftmals strategische Fehlentscheidungen, die weit vor der Ertragskrise getroffen wurden. Trotzdem steht bei der Sanierung des Krisenunternehmens die strategische Neuausrichtung bisher nicht im Mittelpunkt der Restrukturierungsbemühungen. Dabei ist die Strategie das zentrale Element zur Wiedergewinnung der Rendite- und Wettbewerbsfähigkeit sowie zur Schaffung eines Leitbildes des sanierten Unternehmens.

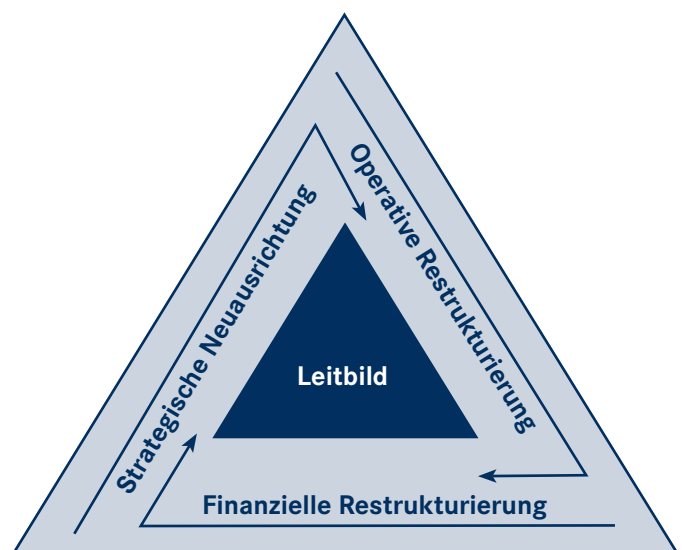
Die Strategiekrise ist für die Geschäftsführung oft unsichtbar. Eine Strategiekrise ist geprägt durch eine überalterte, nicht mehr marktgerechte Strategie, eine fehlende Unternehmenskultur und ein diffuses Unternehmensleitbild. Es herrschen meist Kommunikationsdefizite und Meinungsverschiedenheiten, teilweise offene und/oder verdeckte Konflikte in der Unternehmensleitung. Der Markt und relevante gesamtwirtschaftliche Rahmenbedingungen (Branchenrentabilität, Wettbewerbsintensität, Marktvolumen) werden aufgrund eines fehlenden Controllings falsch eingeschätzt oder unbewusst verdrängt. Dadurch werden notwendige Veränderungen nicht durch- bzw. umgesetzt. Zudem lässt die Dominanz des zunehmend schlechter laufenden Tagesgeschäftes den strategischen Fokus verloren gehen. Folglich verliert das Unternehmen zunehmend seine Kernkompetenzen (Alleinstellungsmerkmale) und die Wettbewerbsfähigkeit (fehlende Innovationen, Marktanteilsverluste, Substitutionsprodukte im Markt). Obwohl die Erfolgspotenziale des Unternehmens schon verloren sind, ist die Krise für die Unternehmensleitung noch unsichtbar, denn in der Strategiekrise wird weiterhin Gewinn erwirtschaftet. Jedoch liegen bereits in dieser Phase die Ursachen für die Produkt- und Absatzkrise sowie für eine, die Existenz bedrohende, Ertragskrise vor.

Im Fokus stehen oft zu kurzfristige Maßnahmen

Mit fortschreitendem Verlauf der Krise steigt der Handlungsdruck während die Handlungsspielräume stark abnehmen. Die Steuerbarkeit des Krisenunternehmens ist dann stark einge-

schränkt. Zur Bewältigung der Unternehmenskrise müssen demzufolge erstens umfangreiche Sanierungsmaßnahmen entwickelt (Wettbewerbs- und Renditefähigkeit entsprechend einem Konzept nach IDW S 6) und zweitens kurzfristige Maßnahmen zur Schaffung und Sicherung der Liquidität ergriffen werden (Fortführungsfähigkeit als 1. Stufe nach IDW S 6). In dieser Situation verlieren die Beteiligten jedoch oft den Blick für das Ganze. So werden im Rahmen der operativen Restrukturierung zur Sicherstellung des Überlebens des Unternehmens meist kurzfristige Maßnahmen zur Ergebnis- und Liquiditätsverbesserung ergriffen, ohne die langfristigen Konsequenzen für das Unternehmen und seine Erfolgspotenziale zu betrachten. Die strategische Neuausrichtung muss jedoch ein integraler Bestandteil eines ganzheitlichen Ansatzes mit dem Ineinandergreifen von strategischer, operativer und finanzieller Restrukturierung sein (siehe Abb. 1).

Abb. 1: Das Leitbild ist der Ausgangspunkt der Krisenbewältigung



Neben der Sicherung der Liquidität und der finanziellen Restrukturierung muss ein Leitbild des sanierten Unternehmens entwickelt werden. Die strategische (Neu-)Ausrichtung des Unternehmens hat die Funktion eines Leuchtturmes, an dem sich die Stakeholder orientieren.

Das Leitbild:

- enthält die Geschäftsfelder des Unternehmens (Produkt-/Marktkombinationen), die angestrebte Wettbewerbsposition bzw. -vorteile, die erforderlichen Ressourcen, die vorhandenen Fähigkeiten, langfristige Zielvorstellungen und die Grundstrategien des Unternehmens sowie die Unternehmenskultur (Wertvorstellungen, Grundregeln und Verhaltensweisen);
- zeigt die künftigen Soll-Strukturen des sanierten Unternehmens und ist Ausdruck der unternehmerischen (Ziel-)Vorstellungen;
- enthält Vorgehensweisen und Potenziale, die dem Unternehmen Wettbewerbsfähigkeit verleihen und die Möglichkeit eröffnen, nachhaltig Einnahmeüberschüsse zu erwirtschaften und das finanzielle Gleichgewicht zu sichern (Erfolgsfaktoren);
- enthält die Konturen eines zukünftigen, für Kapitalgeber attraktiven Unternehmens, das mindestens eine nachhaltige, durchschnittliche und branchenübliche Umsatzrendite und Eigenkapitalquote aufweist (Sanierungsfähigkeit nach IDW S 6).

Das Leitbild dient somit der Orientierung für das Handeln der Sanierungsbeteiligten und zur Identifizierung geeigneter Sanierungsmaßnahmen (Integration und Motivation). Es trägt zur Ausrichtung der verschiedenen Unternehmenseinheiten und zur Koordinierung der Handlungsverantwortlichen bei.

Die Wiedererlangung der Wettbewerbsfähigkeit stellt die Überwindung der Krise sicher

Für die Wiederherstellung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und damit die nachhaltige Überwindung der Krise ist eine Validierung und ggf. Umgestaltung der Strategie bzw. des Geschäftsmodells erforderlich. Eine allgemeingültige Formel zur Lösung des Problems liegt nicht auf der Hand. Für ein individuell auf das Unternehmen abgestimmtes Konzept kann sich aber einer etablierten Vorgehensweise bedient werden. Die Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung wendet hierbei regelmäßig drei ineinandergreifende Instrumente an:

1. Strategievalidierung: Überprüfung und Ausrichtung der Strategie hinsichtlich des Leistungsangebotes, des relevanten Marktes, der strategischen Erfolgsfaktoren und der nachhaltigen Gewinnsituation. Grundsätzlich müssen die Kernkompetenzen des Unternehmens erkannt werden. Das Portfolio der bearbeiteten Produkt- und Marktsegmente ist konsequent danach auszurichten. Die Transformation des Geschäftsmodells kann auf Ebene der Geschäftseinheiten durch gezielte Desinvestitionen, auch Akquisitionen und ggf.

strategische Kooperationen erreicht werden. Neben der Wertschöpfungsbreite ist außerdem die Wertschöpfungstiefe zu hinterfragen (Make-or-Buy-Entscheidungen).

2. Ertragssteigerungsmaßnahmen: Identifizierung und Abstimmung von Maßnahmen entlang der Wertschöpfungskette sowie Schaffung einer Organisation/Struktur zur Umsetzung der Maßnahmen und Ermittlung der Fortschritte.

3. Planplausibilisierung: Verprobung der Umsetzbarkeit der Maßnahmen und Erreichung der Wettbewerbsfähigkeit unter Aufzeigen der wesentlichen Chancen und Risiken, insbesondere durch Sensitivitätsanalysen.

Mit einer validen Strategie, nachvollziehbaren Maßnahmen und einer plausiblen Planung ist die Wettbewerbsfähigkeit ablesbar.

Chance zur ganzheitlichen Neuausrichtung

Das ESUG eröffnet Unternehmen in der Krise neue Handlungsspielräume. Eine frühzeitige Antragsstellung – schon vor der Liquiditätskrise – verringert den Zeitdruck, denn die Ausarbeitung der Strategie braucht Zeit. Die Stärkung der Eigenverwaltung und Einbindung der Stakeholder erleichtert die Umsetzung der Maßnahmen. Soll bei Antragstellung bereits ein „prepackaged Plan“ eingereicht werden, müssen unseres Erachtens die o.g. strategischen Überlegungen bereits in den Plan einfließen. Zumindest müssen die strategischen Krisenursachen erkannt und ein strategisches Grobkonzept erstellt werden. Während des vorläufigen Verfahrens kann dann das Konzept detailliert werden. Die Insolvenz erschwert einerseits durch den Zeitdruck und die Notwendigkeit der Zustimmung der Gläubiger zum Insolvenzplan die strategische Neuausrichtung, andererseits bieten sich aber gerade in einer Insolvenz Möglichkeiten zur Neuausrichtung an, die im „going concern“ nicht denkbar wären. Mit geringerem finanziellen Aufwand sind deutlich tiefere Einschnitte möglich.

Bozidar Radner

Geschäftsführender Gesellschafter der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Operative Restrukturierung und Sanierung, Erstellung von Sanierungsgutachten und Restrukturierungskonzepten, Organisationsentwicklung, strategische Überprüfung und Neuausrichtung

Tel. 0211-82 89 77 0

bozidar.radner@buchalik-broemmekamp.de



Insolvenzplan gibt den Weg aus der Krise vor

In einem Insolvenzplan ist neben den rechtlichen Spezifikationen aufzuzeigen, wie das Unternehmen wieder nachhaltig überlebensfähig aufgestellt und die Planverbindlichkeiten befriedigt werden können. Neben der bilanziellen Sanierung (Bereinigung der Passivseite der Bilanz) durch die Insolvenz ist im Regelfall eine umfangreiche operative Sanierung des Unternehmens durchzuführen.

Um die Sanierungsfähigkeit eines Unternehmens zu prüfen und den Weg aus der Krise aufzuzeigen, sollte ein Sanierungskonzept nach IDW S 6 erstellt werden. Hierbei ist eine Analyse der Unternehmensstruktur und der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens vorzunehmen. Zudem sind Markt und Wettbewerb, in dem das Unternehmen agiert, zu untersuchen und die Ursachen zu identifizieren, die das Unternehmen in die Krise geführt haben. Danach ist ein Leitbild des „saniereten“ Unternehmens zu entwickeln, das die Konturen eines wettbewerbs- und renditefähigen Unternehmens enthält. Das Leitbild beschreibt die operativen Geschäftsfelder, die angestrebte Wettbewerbsposition bzw. -vorteile, die erforderlichen Ressourcen und benötigten Fähigkeiten, die langfristigen Zielvorstellungen und Grundstrategien des Unternehmens sowie die Unternehmenskultur. Es dient als verlässliche Orientierung für das Handeln der Sanierungsbeteiligten.

Um das Unternehmen entsprechend dem definierten Leitbild erfolgreich auszurichten, müssen stadiengerechte Sanierungsansätze und Maßnahmen zur Beseitigung der Krisenursachen identifiziert werden. Mit dem Aufsetzen eines professionellen Maßnahmenmanagements ist die Umsetzung der operativen Restrukturierung und der insolvenzspezifischen Maßnahmen sicherzustellen.

Eine integrierte Unternehmens-/Sanierungsplanung weist nach, inwieweit die Sanierung realisierbar bzw. ein Finanzbedarf zu decken ist. Ein gutes Sanierungskonzept zeigt, auch wenn eine außergerichtliche Sanierung umgesetzt werden soll, die Konsequenzen eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens für die einzelnen Gläubiger(gruppen) auf. Hierdurch können (Ver-)Handlungsspielräume geschaffen werden. Andererseits kann, sollten die Beteiligten der außergerichtlichen Sanierung nicht zustimmen, das Sanierungskonzept mit Insolvenzplanszenario bei der Erstellung des Insolvenzplans verwendet werden.

Integrierte GuV-, Bilanz- und Finanzplanung

Sowohl für ein Verfahren nach § 270a InsO (vorläufige Eigenverwaltung) oder § 270b InsO (Schutzschirmverfahren) mit

anschließender Eigenverwaltung als auch für eine Fortführungslösung in einer Regelinsolvenz dient die integrierte Planrechnung als Basis für die Herleitung der benötigten Vergleichsrechnungen (Liquidation, Asset Deal und Insolvenzplan).

Um die beteiligten Gläubiger für den Insolvenzplan zu gewinnen (Zustimmung der Gläubiger zum Insolvenzplan im Erörterungs- und Abstimmungstermin), müssen die Auswirkungen von Liquidation, Asset Deal und Insolvenzplan unter Berücksichtigung von (Aus-/Absonderungs-)Rechten der Gläubiger analysiert und aufgezeigt werden. Sollte trotz Vorteilhaftigkeit und einer angemessenen Beteiligung am wirtschaftlichen Wert die erforderliche Mehrheit zur Zustimmung (u. a. aus strategischen Überlegungen von Gläubigern) bei einer Gruppe nicht zustande kommen, gilt nach § 245 InsO (Obstruktionsverbot) die Zustimmung für den Insolvenzplan trotz deren Ablehnung als erteilt, wenn die Angehörigen dieser Gruppe durch den Insolvenzplan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne Plan stünden, und die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan zugestimmt hat.

Für alle Szenarien (Liquidations-, Insolvenzplanrechnung und übertragende Sanierung) müssen zeitliche Planprämissen festgelegt werden. Eine frühzeitige Szenarienrechnung bietet die Möglichkeit für eine strategisch sinnvolle Bestimmung dieser Prämissen. Daraus ergibt sich u. a. eine Planbilanz zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, welche die Grundlage für die weiteren Szenarien bildet.

Im Insolvenzplanverfahren wird mit der integrierten, monatsbasierten GuV-, Bilanz- und Finanzplanung für das laufende und mindestens zwei Folgejahre die Umsetzbarkeit und Tragfähigkeit des Insolvenzplans geprüft und nachgewiesen („Planverprobungsrechnung“). Die Planung enthält neben den Effekten aus der sukzessiven Umsetzung der Maßnahmen auch insolvenzspezifische Besonderheiten (Insolvenzgeld und dessen Vorfinanzierung, Effekte aus Anfechtungstatbeständen, Verfahrenskosten, Planverbindlichkeiten und Sanierungsgewinn). Es wird aufgezeigt, wie das plansanierte Unternehmen nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens neu

aufgestellt sein wird, und belegt, wie die Gläubiger aus den Erträgen des sanierten Unternehmens befriedigt werden sollen. Die Insolvenzplanrechnung wird – nach einer Aktualisierung – in die Plananlagen des Insolvenzplans aufgenommen (§ 229 InsO).

Bei Anwendung einer Monte-Carlo-Simulation können zudem die Erfolgswahrscheinlichkeit und kritische Punkte des Insolvenzplanes ermittelt und den Entscheidungsträgern aufgezeigt werden. Durch Berücksichtigung der Ergebnisse kann das Ausfallrisiko deutlich reduziert und so die Zustimmung der Beteiligten zum Insolvenzplan gewonnen werden.

Bedeutung des Prepackaged Plans für den Erfolg des Insolvenzplans

Es ist für den Erfolg eines Insolvenzplanes entscheidend, dass möglichst zeitnah ein Sanierungskonzept vorliegt, welches die betriebswirtschaftlichen Potenziale und Maßnahmen des betroffenen Unternehmens aufzeigt. Im Idealfall wird – auch wenn dem Unternehmen durch das ESUG Zeit für die operative und strategische Neuausrichtung gegeben werden soll – bereits mit Antragstellung ein vorläufiger Insolvenzplan (Prepackaged Plan) mit dem Sanierungskonzept eingereicht. Diese Unterlagen werden u. a. verwendet, um den Verfahrensbeteiligten frühzeitig eine erste Vorstellung vom Sanierungsverlauf zu geben. Es gibt eine Vielzahl von Beteiligten, wie:

- Gesellschafter, Geschäftsführung,
- Gericht, (vorläufiger) Sachwalter,
- Gläubiger, (vorläufiger) Gläubigerausschuss,
- Finanzierer, Factoringgesellschaft, Kreditinstitute,
- Kunden, Lieferanten,
- Arbeitnehmer,
- Agentur für Arbeit, Pensions-Sicherungs-Verein, Finanzamt, Kommune und Öffentlichkeit,

die von der Fortführung des Unternehmens zu überzeugen sind. Dabei ist zu beachten, dass einerseits der Erfolg der Sanierung von deren Mitwirkung (zumindest aber positiver Begleitung) abhängt, andererseits verfolgen die Beteiligten teilweise unterschiedliche oder konträre Interessen.

Mit dieser Vorgehensweise wird verdeutlicht, dass sich die – idealerweise um einen insolvenzerfahrenen CRO (Chief Restructuring Officer) ergänzte – Geschäftsführung frühzeitig und ernsthaft mit der Plansanierung des Unternehmens beschäftigt hat. Veränderungsbereitschaft und -wille werden dokumentiert. Es erleichtert zudem der Geschäftsleitung

(sowie Vertrieb und Einkauf), die mit Antragstellung notwendige Überzeugungsarbeit bei den zuvor genannten Stakeholdern zu leisten, deren weitere Geschäftsbeziehung zum Unternehmen überlebenswichtig ist. Die Erfahrung aus mehr als 40 Fällen in nunmehr zwei Jahren zeigt, dass die beschriebene Vorgehensweise die Erfolgsaussichten von Insolvenzplänen deutlich steigert.

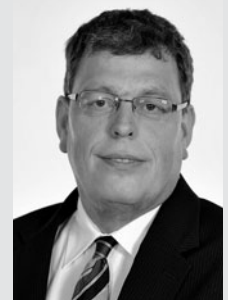
Voraussetzung für die Einleitung eines Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO) ist die Vorlage einer Bescheinigung, die aufzeigen muss, dass keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und eine Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist (siehe dazu den Beitrag auf S. 10). Mit der Vorlage eines Sanierungsgutachtens nach IDW S 6 kann dieser Nachweis erfolgen. Es geht deutlich über die in IDW ES 9 aufgestellten Anforderungen eines lediglich plausibilisierten Grobkonzepts hinaus.

Hartmut Ibershoff

Projektmanager
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Businessplanung, Erstellung und Umsetzung von Sanierungskonzepten sowie Controlling

Tel. 0211-82 89 77 167
hartmut.ibershoff@buchalik-broemmekamp.de



Oliver Maaß

Projektmanager
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Erstellung Insolvenzplanzenarien, Liquiditätsplanung und Controlling

Tel. 0211-82 89 77 135
oliver.maass@buchalik-broemmekamp.de



Professionelle Liquiditätsplanung und -steuerung – Rückgrat einer erfolgreichen Sanierung in Eigenverwaltung

Ohne ausreichende finanzielle Mittel zur Finanzierung der Sanierung und bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger ist keine Unternehmensfortführung darstellbar. Die jederzeitige Transparenz über die vorhandene Liquidität, die optimale Ausnutzung aller Möglichkeiten zur Verbesserung der Liquiditätssituation und eine belastbare Voraussage über die Entwicklung bilden das Rückgrat einer erfolgreichen Sanierung – auch und besonders im Rahmen von Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung.

Mit fortschreitendem Krisenverlauf sinken die Liquiditätsreserven und somit der Handlungsspielraum zur Ergreifung von Sanierungsmaßnahmen.

Der Gesetzgeber wollte durch das ESUG den Handlungsspielraum für eine erfolgreiche Sanierung dadurch erhöhen, dass er die Attraktivität einer frühzeitigen Antragstellung für den Schuldner gesteigert hat. Die Praxis zeigt jedoch, dass diese Anreizsysteme ihren Zweck einer frühzeitigen Antragstellung – bereits deutlich vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit – bisher verfehlt haben. Eine Vielzahl der Unternehmen, die Buchalik Brömmekamp um Unterstützung bitten, ist bereits in einem Krisenstadium mit erheblichem Handlungsdruck, sodass keine oder nur sehr kurze Zeiträume zur geregelten Vorbereitung des Insolvenzverfahrens und eines möglichen Insolvenzplans verbleiben. Daher muss in jedem Fall umgehend Transparenz über die verfügbare Liquidität und deren voraussichtliche Entwicklung hergestellt werden, um die Handlungsoptionen bestmöglich bewerten und nutzen zu können. Sofern eine kurzfristige Liquiditätsplanung bereits vorliegt, ist diese um die insolvenzspezifischen Möglichkeiten und Effekte anzupassen. Ansonsten bedarf es noch vor Antragstellung des umgehenden Aufbaus einer kurzfristigen Liquiditätsplanung, die idealerweise im ersten Schritt den Zeitraum bis zu einer geplanten Verfahrenseröffnung abdeckt. Das setzt neben betriebswirtschaftlichen Kenntnissen auch Erfahrungen im Insolvenzrecht bzw. der Begleitung von Insolvenzverfahren voraus.

Transparenz über Liquidität schaffen

Beim Aufbau oder bei der Überprüfung einer kurzfristigen Liquiditätsplanung ist es zunächst erforderlich, sich einen Überblick über die bestehenden Bankverbindungen sowie deren Nutzung und Besicherung zu verschaffen. Des Weiteren müssen im Rahmen des Planungsaufbaus die aktuell

zu erwartenden Ein- und die geplanten Auszahlungen identifiziert und bzgl. des bestehenden Risikos bzw. ihrer Notwendigkeit bewertet werden. Insbesondere auf der Auszahlungsseite müssen andere Annahmen getroffen werden als außerhalb eines Insolvenzverfahrens. Nach Insolvenzantragstellung ist die Bedienung von Altverbindlichkeiten (also Verbindlichkeiten deren Lieferungs- oder Leistungszeitraum vor der Antragstellung liegt) nicht mehr zulässig. Auszahlungen können somit nur für nach Antragstellung begründete Verbindlichkeiten geleistet werden, sodass die zur Steuerung verwandte Liquiditätsplanung eng mit den operativen Planungen (z. B. Einkaufsplanung, Produktionsplanung, Tourenplanung etc.) vernetzt sein und regelmäßig aktualisiert werden muss.

Als ein Instrument zur Erhöhung der Handlungsspielräume durch Entlastung der Liquidität während der vorläufigen Insolvenz steht das Insolvenzgeld zu Verfügung. Da die Bundesagentur für Arbeit das Insolvenzgeld erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (also nachschüssig) auszahlt, ist die frühzeitige Einleitung einer Vorfinanzierung unabdingbar. Somit kann sichergestellt werden, dass die Mitarbeiter auch während der vorläufigen Insolvenz ihre Lohn- und Gehaltszahlungen erhalten, was zur Aufrechterhaltung der Mitarbeitermotivation in dieser wichtigen Phase unerlässlich ist. Allerdings werden für die Vorfinanzierung Zinsen und Bearbeitungsgebühren erhoben. Sowohl diese Auszahlung als auch die fehlende Belastung des Unternehmens mit Löhnen und Gehältern sind in der Liquiditätsplanung zu berücksichtigen.

Handlungsspielräume kennen und gezielt erweitern

Eine frühzeitige Ansprache der Schlüsselkunden reduziert einerseits die Unsicherheit bzgl. des zu erwartenden Absatzes nach Antragstellung und andererseits die Möglich-

keit, etwaige Liquiditätsverbessernde Vereinbarungen mit diesen Kunden zu verhandeln. Beispielweise ist hier eine temporäre Verkürzung der gewährten Zahlungsziele oder die Übernahme/Bezahlung von Konsignationslagern zu nennen. Auch die wesentlichen Lieferanten sind frühzeitig zu informieren, um die Warenversorgung nach Antragstellung sicherzustellen und das zu erwartende veränderte Zahlungsziel in der Planung adäquat berücksichtigen zu können. Die Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sind meist an die finanzierenden Banken abgetreten. Durch eine frühzeitige Ansprache der Banken kann eine Verständigung schon im Vorfeld einer Insolvenzantragstellung auf einen unechten Massekreditvertrag erfolgen, sodass das Unternehmen trotz der Abtretung über die eingehenden Zahlungen weiter verfügen kann. Sofern auch Lieferantenrechte betroffen sind, bedarf es zusätzlich einer Abgrenzungsvereinbarung zwischen Banken und Lieferanten. Die Ablösung der Sicherungsrechte verlagert sich damit in die Zukunft und das Unternehmen hat Zeit, die liquiden Mittel zunächst zu erwirtschaften. Sofern besicherte Gläubiger eine Begleitung des Sanierungsprozesses verwehren und die Planung aufzeigt, dass eine Ablösung der Sicherungsrechte aus eigener Kraft nicht möglich ist, sind kurzfristig alternative Finanzierungsformen zu prüfen (z. B. Sale-and-Lease-Back oder Factoring). Gute Kontakte zu Anbietern solcher Finanzierungsinstrumente in Sondersituationen erhöhen die Erfolgchancen und somit die Handlungsspielräume. Eine solche Finanzierung ist auch in der Insolvenz möglich und wird von manchen Anbietern sogar favorisiert. Gelingt es dabei, die Umfinanzierung in das vorläufige Verfahren, also zwischen Antragstellung und Eröffnung zu verlegen, können zusätzliche Liquiditätseffekte durch die Nichtabführung der Umsatzsteuer auf den Kaufpreis im Falle eines Sale-and-Lease-Back erzielt werden.

Alle geplanten Auszahlungen und Bestellungen sind auf ihre Notwendigkeit zu überprüfen und unter Liquiditätsgesichtspunkten, d. h. kurzfristigen Rückflüssen aus korrespondierenden Umsätzen, zu priorisieren. Sofern die Produktionsplanung im Antragsverfahren Kapazitätsreserven aufzeigt, kann es bei ausreichender Warenverfügbarkeit sinnvoll sein, Waren und Erzeugnisse vorzeitig anzuarbeiten, um die positiven Insolvenzeldeffekte bestmöglich auszunutzen und etwaige Überstundenzahlungen nach Eröffnung zu vermeiden. Daneben bietet sich das Insolvenzverfahren auch an, um die Lagerbestände durch Sonderverkäufe von Altbeständen oder Verschrottungsaktionen (auch mit negativen Ergebniseffekten) zu bereinigen.

Neben den Auszahlungen für Warenlieferungen sollten auch die bestehenden Dauerschuldverhältnisse einer eingehenden

(auch juristischen) Prüfung unterzogen werden, da hier – insbesondere bei nach Eröffnung des Verfahrens nicht weiterzuführenden Vertragsverhältnissen – weitere Liquiditätspotenziale existieren.

Liquiditätsplanung ist Voraussetzung für erfolgreiche Sanierung

Der sorgfältige Aufbau der kurzfristigen Liquiditätsplanung, die regelmäßige Überwachung, Ableitung und konsequente Umsetzung der Liquiditätsschonenden oder -verbessernden Maßnahmen in der Phase vor, aber auch nach Antragstellung erhält die Handlungsspielräume der Geschäftsführung und ist die Grundvoraussetzung für eine erfolgreiche Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung. Die möglichen Maßnahmen zur Verbesserung der Liquiditätssituation gehen teilweise deutlich über die außerhalb eines Insolvenzverfahrens bestehenden hinaus und müssen konsequent genutzt werden. Hierzu empfiehlt sich die frühzeitige Einrichtung eines zentralen Liquiditätsbüros. Die regelmäßige, offene Kommunikation mit den wesentlichen Verfahrensbeteiligten über die aktuelle Situation und die bestehenden Handlungsoptionen verbessert das Vertrauensverhältnis und somit die weiteren Sanierungschancen.

Harald Kam

Geschäftsführer Buchalik Brömmekamp
Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Sanierungsgutachten und Planplausibilisierungen, finanzwirtschaftliche und operative Restrukturierung und Sanierung einschließlich Lösungen über Insolvenzverfahren (v. a. in Eigenverwaltung), Liquiditätsplanung und -steuerung

Tel. 0211- 82 89 77 0
harald.kam@buchalik-broemmekamp.de



Die Begründung von Masseverbindlichkeiten im eigenverwalteten Insolvenzeröffnungsverfahren

Während der Gesetzgeber für das Schutzschirmverfahren in § 270b Abs. 3 InsO eine ausdrückliche Regelung zur Frage der Begründung von Masseverbindlichkeiten aufgenommen hat, ist eine gesetzliche Regelung dieser Frage im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren (§ 270a InsO) unterblieben. Ob der Schuldner im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO Masseverbindlichkeiten begründen kann, wird seit dem Inkrafttreten des ESUG in der Rechtsprechung und in der insolvenzrechtlichen Literatur kontrovers diskutiert.

BGH (Beschl. v. 07.02.2013–IX ZB 43/12)

In seinem Beschluss vom 07.02.2013 stellte der BGH lediglich klar, dass die Entscheidung des Insolvenzgerichts, den Schuldner im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO nicht zur Begründung von Masseverbindlichkeiten zu ermächtigen, nicht mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden könne, da das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen unanfechtbar sei. Wegen der Zurückweisung der Rechtsbeschwerde als unstatthaft war dem BGH der Weg einer Sachentscheidung versperrt. Demzufolge lässt sich aus der Entscheidung des BGH vom 07.02.2013 nicht die Aussage herleiten, dass künftig Einzelermächtigungen im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren gemäß § 270a InsO per se nicht mehr erteilt werden könnten. Nach mehrfacher Mitteilung von Senatsmitgliedern des zu entscheidenden IX. Zivilsenats des BGH im Rahmen verschiedener Tagungen ist in der Entscheidung gerade keine Entscheidung – auch nicht zwischen den Zeilen – gegen Einzelermächtigungen in der vorläufigen Eigenverwaltung getroffen worden. Vielmehr wurde die Frage der Zulässigkeit entsprechender Einzelermächtigungen vom BGH schlicht offengelassen.

Bewertung und Konsequenzen für die Praxis

Dass die Frage der Begründung von Masseverbindlichkeiten im Rahmen des Verfahrens nach § 270a InsO weiterhin höchstrichterlich ungeklärt ist, ist für die Sanierungspraxis im Zeitalter des ESUG einerseits bedauerlich. Andererseits existiert mit der Entscheidung des LG Duisburg vom 29.11.2012 (Az. 7 T 185/12) bereits eine eindeutige obergerichtliche Entscheidung zur Zulässigkeit von Einzelermächtigungen im Verfahren nach § 270a InsO, die im Einklang steht mit der Ansicht der meisten Insolvenzgerichte, namentlich dem AG Köln (Beschl. v. 26.03.2012–73 IN 125/12) und dem AG München (Beschl. v. 27.06.2012–1506 IN 1851/12), und auch mit der h. M. in der Literatur. Das LG Duisburg hatte damals entschieden, dass das Erforder-

nis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO zur Fortführung des Geschäftsbetriebes unabweisbar sei. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass das Vertrauen der Geschäftspartner in die Geschäftsleitung des Schuldners und deren Sanierungskonzept beeinträchtigt und damit faktisch eine Vorentscheidung gegen die Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren getroffen würde. Die Ermächtigung im Verfahren nach § 270a InsO sei nicht dem vorläufigen Sachwalter, sondern dem Schuldner selbst zu erteilen, dem durch eine vorläufige Eigenverwaltung die privatautonome Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen worden sei.

Vorgespräche mit dem Gericht

Die Erfahrungen der ersten beiden Jahre mit dem ESUG zeigen sehr deutlich: Ohne eine frühzeitige Abstimmung des Insolvenzantrages mit dem zuständigen Insolvenzrichter drohen erhebliche Verzögerungen, die den gesamten Sanierungsprozess gefährden oder gar unmöglich machen können. Ein Insolvenzgericht, welches sich erstmals am Tag der Antragstellung mit einem gestellten Antrag zur Einleitung eines Verfahrens nach § 270a InsO befasst, wird nur in den seltensten Fällen noch am selben Tag einen Beschluss über die Anordnung eines vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens erlassen. Denn zu Recht nehmen Insolvenzgerichte für sich in Anspruch, die eingereichten Unterlagen umfassend zu prüfen. Im Rahmen solcher Vorgespräche bietet es sich an, auch die Thematik der Einzelermächtigungen in einem angestrebten Verfahren nach § 270a InsO mit dem Insolvenzrichter zu besprechen. Dabei sollte man dem Gericht deutlich vor Augen führen, dass ohne eine Möglichkeit, Verpflichtungen zulasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen, Lieferbeziehungen und sonstige Vertragsverhältnisse, die für eine Sanierung des Unternehmens zwingend notwendig sind, nicht begründet oder aufrechterhalten werden können. Ausreichende Mittel,

alle Lieferungen gegen Vorkasse zu zahlen, sind bei einem zahlungsunfähigen Unternehmen im Insolvenzeröffnungsverfahren in der Regel nicht vorhanden. Damit einhergehende Lieferstopps und daraus resultierende Produktionsverzögerungen wären unvermeidbar. Eine Betriebsfortführung im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung wäre unmöglich. Daher erfordern praktische Bedürfnisse die gerichtliche Beschlussanordnung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten.

Als dogmatische Grundlage für eine gerichtliche Anordnung zur Masseverbindlichkeitenbegründungskompetenz des Schuldners im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren wird überwiegend § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO sowie die Einzelermächtigungsrechtsprechung des BGH (Beschl. v. 18.07.2002-IX ZR 195/01) angesehen. Deshalb sollte der Sanierungsberater im Rahmen des Vorgesprächs mit dem Gericht im Einzelnen auf die in dieser Entscheidung aufgestellten Kriterien eingehen, da diese Punkte auch im Rahmen der Antragstellung dem Gericht vorzutragen sind, wenn die Befugnis zur Eingehung von Einzelermächtigungen bei Gericht angeregt wird. Dazu gehören:

- Namen der für die Betriebsfortführung benötigten Lieferanten und Dienstleister,
- Kurzbeschreibung des jeweiligen Vertragsgegenstandes (z. B. Lieferung von Gas),
- prognostizierte monatliche Ausgabenhöhe sowie
- Darlegung zur Deckung der zu begründenden Verbindlichkeiten bei Fälligkeit (unter Beifügung eines belastbaren Liquiditätsplanes).

Der zuletzt genannte Punkt wird dem Gericht bei einem Verfahren nach § 270a InsO besonders wichtig erscheinen. Insoweit muss der Sanierungsberater dem Gericht plausibel und nachprüfbar darlegen, wie und aus welchen Mitteln die Schuldnerin die einzugehenden Masseverbindlichkeiten begleichen will. Hat das Gericht Zweifel an der Richtigkeit bzw. der Umsetzbarkeit der vorgelegten Finanzplanung oder fehlen dem Gericht ausreichende betriebswirtschaftliche Kenntnisse, kann es sich der Hilfe des eingesetzten vorläufigen Sachwalters als Gutachter bedienen.

Aufklärungsarbeit gegenüber Banken

Die BGH-Entscheidung vom 07.02.2013 hat anfangs zu erheblichen Verunsicherungen bei den Banken, zum Beispiel im Hinblick auf die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes und/oder die Einräumung eines echten Massekredits in einem künftigen Verfahren nach § 270a InsO, beigetragen.

Hier gilt es, weiterhin Aufklärungsarbeit durch den Sanierungsberater zu leisten und zu verdeutlichen, dass eine höchstrichterliche Entscheidung des BGH eben nicht vorliegt, auch nicht als obiter dictum, und daher auch weiterhin derselbe Rechtszustand zur Einzelermächtigung herrscht wie vor der Entscheidung des BGH.

Fazit

Die Ermächtigung des Schuldners, erforderlichenfalls Verbindlichkeiten zulasten der späteren Insolvenzmasse begründen zu können, entspricht nicht nur der h.M., sondern auch dem gesetzgeberischen Willen, die Sanierung von insolventen Unternehmen zu erleichtern. Das hat auch das LG Duisburg in seinem Beschluss vom 29.11.2012 explizit klargestellt. Dieser obergerichtlichen Entscheidung kommt im Verbund mit vielen weiteren Entscheidungen und Auffassungen in der Literatur auch zwei Jahre nach dem Inkrafttreten des ESUG weiterhin eine wegweisende Rolle in der neuen Sanierungskultur zu.

Alfred Kraus

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenzrecht (insbesondere
Insolvenzplanverfahren und Eigenverwaltung),
Handels- und Gesellschaftsrecht

Tel. 0211-82 89 77 217
alfred.kraus@buchalik-broemmekamp.de



Der „unechte“ Massekredit nach ESUG am Beispiel der Globalzession

Das ESUG hat durch die mit seiner Einführung nunmehr vermehrt vorkommenden Fälle der (vorläufigen) Eigenverwaltung und des Schutzschirmverfahrens einen direkten Einfluss auf die Art und Häufigkeit der Vergabe von Massekrediten.

Durch die Zielsetzung des ESUG, grundsätzlich eine Sanierung des in der Krise befindlichen Unternehmens herbeizuführen, benötigt dieses Unternehmen im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens für den schwierigen Weg der wirtschaftlichen Gesundung und zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes Liquidität. Da aber spätestens bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens die (absonderungsberechtigten) Gläubiger – durch Kündigung offener Betriebsmittellinien oder durch Widerruf der in den Sicherheitenverträgen (Globalzession) geregelten Einziehungsbefugnis – das Unternehmen von der Liquiditätszufuhr abschneiden, muss zusammen mit den Banken ein Weg gefunden werden, frische Liquidität für die Fortführung des Betriebes zu generieren.

1. „Unechte“ Massekredite

Massekredite kommen in der Praxis als „echte“ und „unechte“ Massekredite vor, die sich trotz der Namensähnlichkeit sowohl in ihrer rechtlichen Ausgestaltung als auch in ihrer Risikoeinwertung aus Bankensicht wesentlich unterscheiden. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf den „unechten“ Massekredit.

Beim „unechten“ Massekredit wird es dem Insolvenzschuldner unter zustimmender Kenntnisnahme des vorläufigen Sachwalters gestattet, bereits im Insolvenzeröffnungsverfahren fällige Erlöse aus Sicherheiten – z. B. aus einer Globalzession zugunsten der Bank – einzuziehen und vorläufig als Betriebsmittel für die Unternehmensfortführung zu verwenden. Zur Einziehung der Forderungen kann der Insolvenzschuldner auch durch die Ermächtigung des Insolvenzgerichtes bei der Beschlussfassung über die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO berechtigt werden, d. h. der Schuldner kann die den Globalzessionsverträgen der Bank unterfallenden Forderungen zunächst selbst einziehen. Jedoch hat bei einer Anordnung gemäß § 21 Abs. 2, Satz 1 Nr. 5 InsO der Schuldner weiterhin das Sicherungsrecht des jeweiligen Gläubigers zu respektieren. Eine Nutzung der Erlöse zur Fortführung des Unternehmens, ohne eine Vereinbarung mit dem Gläubiger zu treffen (Vereinbarung „unechter“ Massekredit oder Vereinbarung über die Kreditierung der

bereits eingezogenen Sicherheitenerlöse), ist nicht möglich. Diese müssten separiert werden.

Beim „unechten“ Massekredit wird also nicht „neues Geld“ von der Bank zur Verfügung gestellt, sondern es wird, beispielsweise aus der Globalzession, eine neue Einziehungsberechtigung (die bestehende wurde meist durch die Banken widerrufen) begründet oder im eröffneten Verfahren die Auskehrung des Sicherheitenerlöses kreditiert. Die Höhe des „unechten“ Massekredits ergibt sich aus der Höhe der absonderungsberechtigten Sicherheiten, also den vor Insolvenzanmeldung anfechtungsfest entstandenen und abgetretenen Forderungen, und kann nach oben hin auf einen maximalen Betrag begrenzt werden.

2. Begründung von Masseverbindlichkeiten

Bei der Vereinbarung eines „unechten“ Massekredits ist es häufig für die kreditierende Bank wesentlich, dass Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO begründet werden. Kann eine Masseverbindlichkeit nicht begründet werden, zum Beispiel weil ein entsprechender Ermächtigungsbeschluss vom zuständigen Gericht abgelehnt wird, besteht die Möglichkeit, dass die beteiligten Parteien des „unechten“ Massekredits unter Zustimmung des vorläufigen Sachwalters durch Abschluss eines neuen Sicherungsvertrages vereinbaren, dass durch die im Rahmen der weiterhin bestehenden Globalzession abgetretenen „Neuforderungen“, die im Rahmen des fortgeführten Geschäftsbetriebes entstehen, auch weiterhin zur Absicherung der kreditierten Sicherheitenerlöse im Rahmen des „unechten“ Massekredits dienen.

2.1 Insolvenzeröffnungsverfahren

Im Insolvenzeröffnungsverfahren ergibt sich die Berechtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten aus § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO. Berechtigt zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ist somit der vorläufige (starke) Insolvenzverwalter. Der (schwache) vorläufige Insolvenzverwalter kann nur dann Masseverbindlichkeiten begründen, soweit er durch einen entsprechenden Beschluss des Insolvenzgerichts zum Abschluss von Darlehensverträgen und der Bestellung von Sicherheiten konkret ermächtigt wurde. Der

BGH führte mit Beschluss vom 7.2.2013 aus, dass: „... ein Antrag auf Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ... in § 270a InsO ebenso wenig wie eine sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung der Ermächtigung vorgesehen sei.“ Diese Aussage verunsicherte einige Marktteilnehmer, da diese aus dem Wortlaut interpretierten, dass eine Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren in Eigenverwaltung grundsätzlich nicht möglich sein solle. Mittlerweile ist durch zahlreiche Beiträge klargestellt worden, dass diese Interpretation nicht haltbar ist, was auch in der Praxis der überwiegenden Anzahl der Insolvenzgerichte seinen Niederschlag gefunden hat.

Im Falle der vorläufigen Eigenverwaltung ergibt sich die Kompetenz zur Begründung von Masseverbindlichkeiten des Schuldners beim Schutzschirmverfahren direkt aus § 270b Abs. 3 InsO. Im Rahmen des vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens gemäß § 270a InsO sorgt der Beschluss des Landgerichts Duisburg vom 29.11.2012 für Klarheit, wonach der eigenverwaltende Schuldner einzelne im Voraus festgelegte Verbindlichkeiten zulasten der späteren Insolvenzmasse begründen darf.

2.2 Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Im eröffneten Insolvenzverfahren regelt § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Ermächtigung zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten für den Insolvenzverwalter. Für den Schuldner in der Eigenverwaltung kommt diese Norm über § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO entsprechend zur Anwendung.

3. Vorteile des „unechten“ Massekredits aus Sicht der Banken

Für die Banken hat der „unechte“ Massekredit insbesondere in Abgrenzung zum „echten“ Massekredit entscheidende Vorteile:

- Da das bestehende Obligo nicht erhöht wird, vielmehr allein über Sicherheiten und deren Erlöse verfügt wird, ist aus Risikosicht der Bank die Entscheidung für diese Maßnahme einfacher zu vertreten, als wenn neue Liquidität zur Verfügung gestellt würde.
- Gestaltbarkeit des Rückzahlungsanspruch als Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 InsO.
- Eine Absicherung des „unechten“ Massekredits kann erfolgen durch die Einbeziehung der entstehenden Neuforderungen über einen neu abzuschließenden Sicherungsvertrag, abhängig von der Gestaltung als Bargeschäft iSd. § 142 InsO.
- Die einzige Risikoposition, die sich darauf beschränkt, dass entweder erstens die Masse nicht ausreicht, um die Masseverbindlichkeit zu decken, und/oder zweitens neu

abgetretene Forderungen, auf deren Anfechtung der Insolvenzverwalter/Sachwalter u. U. verzichtet hat oder die aufgrund des Bargeschäftsprivilegs nicht anfechtbar sind, den offenen Restbetrag nicht abdecken.

- Die Liquidität führt zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs.
- Durch die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs wird ein Insolvenzplan ermöglicht, der die Banken besser stellt als sie stehen würden, wenn es zur Verwertung der Sicherheiten und Liquidation der Schuldnerin im Rahmen eines Regelinsolvenzverfahrens käme.

Es lässt sich mithin festhalten, dass der „unechte“ Massekredit in den Fällen, in denen ein „echter“ Massekredit zum Beispiel mangels werthaltiger Sicherstellung nicht darstellbar ist, ein aus Risikosicht der Banken vertretbarer Beitrag für die Fortführung eines Unternehmens darstellt, bei welchem im Rahmen seiner rechtlichen Ausgestaltung die wesentlichen Belange der Banken berücksichtigt werden können und der mithin einen wesentlichen Beitrag zur Sanierung des betroffenen Unternehmens bildet.

Daniel Trowski

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Bank-, Kredit- und
Kreditsicherungsrecht

Tel. 0211-82 89 77 282
daniel.trowski@buchalik-broemmekamp.de

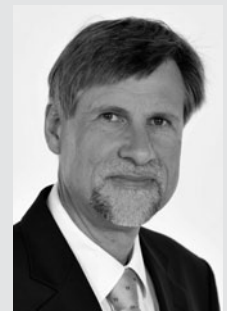


Ralf Schreiber

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Bankrecht, Insolvenz-
recht und Sanierung sowie Handels- und
Gesellschaftsrecht

Tel. 0211-82 89 77 244
ralf.schreiber@buchalik-broemmekamp.de



Insolvenzgeld – ein wichtiges Sanierungsinstrument

Für die Mitarbeiter eines Unternehmens, das einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt hat, ist zunächst eine Frage von existentieller Bedeutung: Erhalten wir unser Einkommen? Der gut beratene Unternehmer kann gleich diese erste Hürde zu einer erfolversprechenden Sanierung überspringen, denn er kann verkünden, dass die Lohn- bzw. Gehaltszahlung sicher ist und pünktlich erfolgen wird. Möglich wird dies insbesondere durch eine schon vorab vorbereitete Insolvenzgeldvorfinanzierung.

Durch das Insolvenzgeld, früher „Konkursausfallgeld“, werden im Falle des Vorliegens eines Insolvenzereignisses etwaig unbefriedigte Arbeitnehmeransprüche für die vorausgegangenen drei Monate des Arbeitsverhältnisses aufgefangen (§§ 165 ff. SGB III). Als Insolvenzereignis gilt nicht der Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung, sondern u. a. der Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III).

Insolvenzgeld und Vorfinanzierung

In der Praxis sind die Fälle regelmäßig dergestalt, dass die bevorstehende Gehaltszahlung Teil des Insolvenzgrundes, mithin der (zumindest drohenden) Zahlungsunfähigkeit ist, mithin die Gehälter für den Monat, an dessen Ende der Antrag gestellt wird, ausstehen.

Problematisch ist, dass das Insolvenzgeld durch den Arbeitnehmer erst nach Eintritt des Insolvenzereignisses beantragt werden kann und daher auch erst im Anschluss zur Auszahlung gebracht wird. Selbst die grundsätzlich gegebene Möglichkeit, eine Vorschusszahlung (gemäß § 168 SGB III, § 42 SGB I) zu erwirken, führt nicht zu einer Vorabzahlung zugunsten des Arbeitnehmers, weil die Zugewährung durch die Agentur für Arbeit zunächst einmal in beiden Fällen vom Ermessen der Behörde abhängt und darüber hinaus (im Fall des § 42 SGB I) den eigentlichen Antrag nach Eintritt des Insolvenzereignisses und (im Rahmen des § 168 SGB III) die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Voraussetzung hat. Letzteres wird aber die Ausnahme sein, kommt es doch regelmäßig erst nach Ablauf des Insolvenzgeldzeitraumes zum Personalabbau.

Im Ergebnis bedeutet das, dass die Arbeitnehmer eines insolventen Unternehmens drei Monate ohne die fälligen Gehaltszahlungen haushalten müssten, was letztlich nur den Wenigsten möglich sein dürfte. Die Nichtzahlung des Gehaltes gibt dem Arbeitnehmer das Recht zur außerordentlichen Kündigung (§ 626 BGB), wovon vor allem die hoch oder höher qualifizierten Arbeitnehmer Gebrauch machen würden. Bei

der übrigen Belegschaft führt die unterbleibende Zahlung zunächst zu Demotivation und im Weiteren zu erhöhten Krankenausfalltagen.

Die Folge ist, dass das schuldnerische Unternehmen zu einem Zeitpunkt, in dem es Kunden und Lieferanten dringend den Nachweis der Zuverlässigkeit und Vertragstreue erbringen muss, aufgrund eintretenden Personalmangels und des Verlusts von Leistungsträgern nochmals defizitärer arbeitet. Das schmälert den Umsatz, was sich nachteilig auf die Liquidität auswirkt und letztlich die gesamte Sanierung gefährdet.

Der nach dem Willen des Gesetzgebers eigentliche, mit der Gewährung des Insolvenzgeldes verfolgte Zweck, die Liquiditätssituation zu verbessern, verpufft. Deswegen ist der eigenverwaltende Schuldner (bei Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO) gut beraten, rechtzeitig eine Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes zu organisieren.

§ 170 SGB III eröffnet Möglichkeit

Sofern der Arbeitgeber bzw. der ihn in die Insolvenz begleitende Sanierungsberater umgehend eine Insolvenzgeldvorfinanzierung durch eine Bank sicherstellt, erhalten die Arbeitnehmer ohne jede Verzögerung ihre Vergütung weiter, was für die Erhaltung der Arbeitsmotivation von unschätzbarem Wert ist.

Die Gewährung von Insolvenzgeld ist – anders als bei (Transfer-)Kurzarbeitergeld und Arbeitslosengeld – nicht davon abhängig, dass die Beschäftigung der Beitragspflicht unterliegt, sodass u. a. auch geringfügig Beschäftigte anspruchsberechtigt sind. Nicht erfasst sind jedoch Betriebsfremde, wie z. B. Zeitarbeiter. Sofern diese jedoch vorab in ein Beschäftigungsverhältnis übernommen werden, steht auch ihnen der Anspruch auf Insolvenzgeld zu.

Gewährt wird das Insolvenzgeld in Höhe des Nettoarbeitsentgelts, allerdings nur bis zur Beitragsbemessungsgrenze (West: 5.950 Euro/brutto, Ost: 5.000 Euro/brutto). Auch

Sonderzahlungen, wie z. B. Gratifikationen, Provisionen und Überstunden werden durch das Insolvenzgeld erfasst.

Der Effekt für das insolvente Unternehmen ist beachtlich: Es spart die Gehaltszahlungen für drei Monate, die es gleichsam zur Beschaffung von Rohstoffen oder für Investitionen einsetzen kann. Zwar wird das Insolvenzgeld von der Bundesagentur für Arbeit nur bevorschusst, sodass ihr ein Erstattungsanspruch gegen das Unternehmen erwächst, jedoch handelt es sich hierbei um eine Insolvenzforderung, die zur Tabelle anzumelden ist und bei Abschluss des Insolvenzverfahrens quotat befriedigt wird.

Durchführung der Vorfinanzierung

Zur Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes benötigt das verauslagende Geldinstitut konkrete Informationen, nicht nur zum Unternehmen und zur Belegschaft, sondern vor allem zum Sanierungsansatz bzw. zum Sanierungskonzept. Letzteres wird benötigt, weil die Vorfinanzierung durch Dritte unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch die zuständige Agentur für Arbeit steht (§ 170 Abs. 4 SGB III). Diese macht die Zustimmung davon abhängig, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, durch die Vorfinanzierung der Arbeitsentgelte werde ein erheblicher Teil der Arbeitsstellen erhalten.

Diesem Anspruch muss das Konzept gerecht werden, wobei die Glaubhaftmachung im Sinne von § 294 ZPO genügt.

In den Verfahren, in denen das schuldnerische Unternehmen einen Antrag auf Eigenverwaltung stellt, ist es ratsam, sich vorbereitend mit der Agentur für Arbeit in Verbindung zu setzen und dort das Sanierungskonzept vorzustellen. Einer gut vorbereiteten Behörde ist es möglich, noch am Tag der Antragstellung, an dem regelmäßig auch die Belegschaft über den Insolvenzantrag im Rahmen einer Betriebsversammlung informiert wird, die Zustimmung zu erteilen.

Auch empfiehlt es sich, zeitgleich mit der für die Vorfinanzierung in Betracht gezogenen Bank, einen auf die Vorfinanzierung von Insolvenzgeld spezialisierten Dienstleister hinzuzuziehen, der für die Zeit der Vorfinanzierung die Rolle des Lohnbüros übernimmt. Sobald zwischen diesem und dem Unternehmen der Kontakt hergestellt ist, überspielt dieser die Daten der Arbeitnehmer und kann schon die Abrechnung des ersten Insolvenzgeldmonats vorbereiten und in Zusammenarbeit mit dem Sanierungsberater betriebliche und tarifliche Besonderheiten klären. Manches Mal können im Rahmen dieser Vorbereitung der Insolvenzgeldvorfinanzierung weitere liquiditätsschöpfende Weichen gestellt werden,

zum Beispiel im Hinblick auf die bestmögliche Festlegung des Insolvenzgeldzeitraumes. Bei dieser Bestimmung sind vor allem die Lohn- und Gehaltsstruktur, der Auszahlungsmodus und die besonderen arbeits- und tarifvertraglichen Entgeltansprüche zu beachten.

Den Arbeitnehmern kann dann anlässlich der Betriebsversammlung die unverzügliche Auszahlung ihrer Gehälter versprochen werden, was sich augenblicklich motivierend auf die Belegschaft auswirkt.

Da über das Insolvenzgeld sämtliche Gehaltsbestandteile abgedeckt werden, auch die erbrachte Mehrarbeit, kann sich hieraus ein wirklicher „Jetzt-geht-es-los-Gedanke“ ergeben. Einzige Voraussetzung für die sofortige Auszahlung ist noch der Verzicht der Arbeitnehmer auf eine spätere Inanspruchnahme der Agentur für Arbeit. Hierzu unterzeichnet jeder Arbeitnehmer eine entsprechende Ankaufklärung. Da die von der vorfinanzierenden Bank für die Vorfinanzierung aufgerufenen Kosten nicht von der Belegschaft, sondern einzig von dem Unternehmen getragen werden, begegnet die Ankaufklärung regelmäßig keinen Bedenken bei den unterzeichnenden Arbeitnehmern.

Ist für die Belegschaft der Entgeltanspruch gesichert, steht dem Einleiten von Sanierungsmaßnahmen nichts mehr im Wege.

Michael Kothes

Rechtsanwalt
 Fachanwalt für Arbeitsrecht
 Fachanwalt für Sozialrecht
 Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
 Steuerberater

Schwerpunkte: Arbeitsrecht, (Individual-, Kollektiv- und Insolvenzarbeitsrecht), Prozessführung

Tel. 0211-82 89 77 153

michael.kothes@buchalik-broemmekamp.de



Personaleinsatzplanung innerhalb eines Insolvenzverfahrens nach der Ankündigung eines Arbeitsplatzabbaus

In einem Insolvenzverfahren gibt es häufig die Notwendigkeit zu einem Arbeitsplatzabbau. Um die erfolgreiche Fortführung des Unternehmens sicherzustellen, muss der Personalabbau in den einzelnen Unternehmensbereichen detailliert ausgearbeitet werden. Nur so kann erreicht werden, dass alle Unternehmensfunktionen nach dem Abbau von Mitarbeitern weiterhin arbeitsfähig bleiben.

Für die Vorbereitung eines Abbaus von Mitarbeitern werden die folgenden Schritte empfohlen, um die zukünftige Personaleinsatzplanung zu erarbeiten. Gleichzeitig müssen Schwachstellen in der existierenden Organisationsstruktur angegangen werden. Eine effizientere Struktur wird geschaffen, in der eine geringere Anzahl Mitarbeiter das gleiche Arbeitsvolumen wie vor der Insolvenz bewältigt.

Analyse der Organisationsstruktur

Zunächst ist zu analysieren, welche Änderungen in der Organisationsstruktur oder in der Vorgehensweise die Schwachstellen beseitigen und die Möglichkeit bieten, mit weniger Personal auszukommen. Eine der Krisenursache, die zu einer Insolvenz führt, liegt häufig in einer mangelhaften Organisationsstruktur des Unternehmens. Typische Beispiele sind im Folgenden aufgelistet:

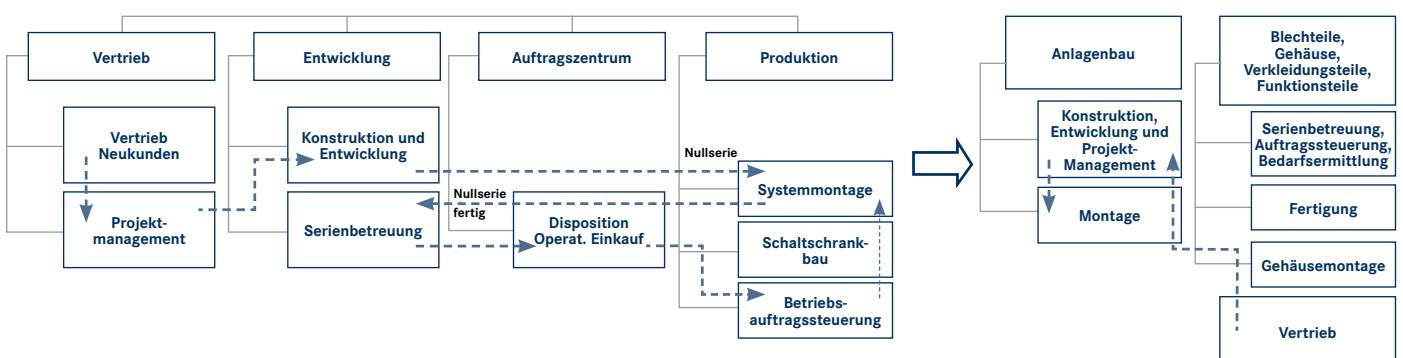
- Eine funktional stark zergliederte Struktur führt zu Schnittstellenproblemen und unklaren Verantwortlichkeiten.
- Die Steuerung durch das mittlere Management ist unzureichend; funktionale Prozesse im Unternehmen laufen

daher unkoordiniert und unregelmäßig ab. Vorhandene Prozesse werden nicht umgesetzt, und die Abläufe sind nur unzureichend kontrolliert.

- Die interne Kommunikation ist horizontal wie vertikal nicht ausreichend ausgeprägt. Schnittstellenprobleme zwischen den Unternehmensbereichen führen zu Nacharbeiten und Zusatzaufwand.
- Die Auftragsabwicklung ist zudem durch viele Schnittstellen komplex und bedingt viele Übergaben, an denen Informationen verloren gehen.
- Die Kunden- und Produkthanforderungen der einzelnen Wertschöpfungsbereiche weisen unterschiedliche Rahmenbedingungen auf. Abhängig vom Geschäftsbereich sind die Anforderungen an dieselbe Abteilung sehr unterschiedlich. Die Anwendung von komplexen Standardprozessen auch bei einfachen Produkten führt zu hohem Verwaltungsaufwand.

Beispiel für eine komplexe Auftragsabwicklung in einer funktional zersplitterten Organisationsstruktur und für den Wegfall von Schnittstellen nach dem Zusammenfassen von Funktionen in produktbezogenen Profitcentern:

Komplexe Auftragsabwicklung in einer funktional zersplitterten Organisationsstruktur



Ebenso bieten Unternehmensprozesse häufig Raum für Verbesserungen und damit für eine effizientere Personalnutzung:

- Eine unzureichende Produktionsplanung führt zu kleinen Losgrößen, hohen Stillstandszeiten und hohem Rüstaufwand, sodass die Produktivität der Mitarbeiter sehr niedrig ist und die vorhandene Anlagenkapazität nicht genutzt wird.
- Die einzelnen Bearbeitungsschritte für ein Produkt geschehen an unterschiedlichen Standorten, der Transport- und Logistikaufwand ist hoch.
- Eine historisch gewachsene Unternehmensstruktur wurde nicht an einen geänderten Produktmix angepasst.

Um die Effizienz des Unternehmens zu steigern, müssen diese Schwachpunkte analysiert und beseitigt werden. Gleichzeitig ergibt sich hiermit die Möglichkeit, mit weniger Personal dieselben Aufgaben zu bewältigen. Weiterhin können einzelne Aufgaben zu externen Lieferanten ausgelagert werden (Lohnbuchhaltung, Konstruktionsarbeiten, usw.).

Anzahl von Mitarbeitern pro Funktion

Nachdem die Makrostruktur der Organisation optimiert wurde, muss nun geprüft werden, welche Anzahl von Mitarbeitern in welchen Funktionen benötigt wird. Hierzu werden Gruppen von Mitarbeitern mit den gleichen Aufgaben und Fähigkeiten gebildet und anhand der geplanten Arbeitsauslastung wird erarbeitet, wie viele Mitarbeiter in Zukunft in der jeweiligen Gruppe benötigt werden. Dabei müssen die folgenden Fragen beachtet werden:

- Welcher Arbeitsaufwand fällt aktuell in dem betrachteten Unternehmensbereich an und wie wird sich der Aufwand in der Zukunft entwickeln? Welchen Einfluss hat ein geänderter Produktmix? Welche Produktionsmengen werden in Zukunft erwartet?
- Welche Aufgaben/Funktionen fallen aufgrund einer geänderten Struktur weg bzw. werden neu geschaffen?
- Welche Fähigkeiten benötigen die Mitarbeiter in den einzelnen Funktionen?
- Welches Schichtmodell wird in Zukunft Anwendung finden, wie wird die Arbeitsfähigkeit ggf. auch in der Spät- bzw. Nachtschicht sichergestellt?
- Wie geschieht eine Urlaubs- bzw. Krankheitsvertretung?

Für jede Gruppe wird anhand der notwendigen Mitarbeiterkapazität die notwendige Anzahl an Mitarbeitern ausgearbeitet. Ein typisches Problem hierbei ist, dass nicht immer eine

100%-ige Auslastung für jeden Mitarbeiter erreicht werden kann. Deshalb ist eine Betrachtung der Einzelgruppen wichtig. Selbst wenn zum Beispiel in der Nachtschicht die Auslastung nur bei 20 Prozent liegt, muss hier ein voller Mitarbeiter eingeplant werden. Eine reine Mittelwertbildung über das Gesamtunternehmen führt deshalb schnell dazu, dass zum Beispiel einzelne Funktionen nicht auf allen Schichten besetzt werden können.

Die neue Organisationsstruktur im Benchmark

Falls verfügbar, sollte die Anzahl der Mitarbeiter in der neuen Struktur jetzt mit Benchmark-Daten verglichen werden. Da ein Unternehmen in der Insolvenz jedoch in Normalfall nicht so effizient arbeitet wie ein Marktführer in der jeweiligen Branche, werden die Benchmark-Zahlen in den meisten Fällen nicht erreichbar sein. Insbesondere in der Phase direkt nach dem Personalabbau wird die Produktivität durch zusätzlichen Schulungsaufwand niedriger sein. Liegen die geplanten Mitarbeiterzahlen nahe an oder unter dem Benchmark, steigt das Risiko, dass das Unternehmen nicht alle Aufgaben bewältigen kann und deshalb die Sanierung scheitert.

Vorbereitung auf den Mitarbeiterabbau

Wenn die Organisationsstruktur oder die Aufgaben der Mitarbeiter geändert werden, ist eine genaue Aufgabenbeschreibung für die einzelnen Mitarbeiter unabdingbar. Nur so kann sichergestellt werden, dass die richtigen Aufgaben in der richtigen Form bearbeitet werden. Weiterhin sollte ein ausreichender Übergabezeitraum eingeplant werden, damit Mitarbeiter, die das Unternehmen verlassen, ihre Nachfolger einweisen können. Falls möglich, geschieht eine Umstellung der Organisationsstruktur schon einige Monate vor dem Mitarbeiterabbau, um die Prozesse in der neuen Struktur schon aufzusetzen.

Dr. Dirk Dümpelmann

Projektmanager
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Produktionsoptimierung,
Projektleitung, Kapazitätsplanung

Tel. 0211-82 89 77 162

dirk.duempelmann@buchalik-broemmekamp.de



Haftungsprivilegien des Erwerbers beim Betriebsübergang in der Insolvenz

Eine Unternehmenssanierung nach dem ESUG ist auf die Fortführung des Unternehmens ausgerichtet – im Idealfall durch die bisherige Geschäftsführung. Denkbar ist aber auch die übertragende Sanierung in Form eines Betriebsübergangs. Der Beitrag erläutert die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs und beleuchtet die insolvenzrechtlichen Besonderheiten, insbesondere die Haftungserleichterungen für den Erwerber sowie einzelne Arbeitnehmeransprüche.

Bei einem Betriebsübergang gem. § 613a BGB geht ein Betrieb durch Rechtsgeschäft auf einen Erwerber über. Die Definition, was ein Betriebsübergang ist, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. In einer Gesamtschau ist entsprechend den Vorgaben der Rechtsprechung zu würdigen, ob eine wirtschaftliche Einheit vorhanden ist, die trotz des Inhaberwechsels ihre Identität bewahrt.

Erwerber „erbt“ die Arbeitsverhältnisse

Liegt ein Betriebsübergang vor, gehen sämtliche hiervon betroffene Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber über. Dieser tritt in die Rechte und Pflichten der im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Verschiedene Versuche, diese nicht immer gewünschte Folge eines Betriebsübergangs zu beseitigen, etwa durch Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem Veräußerer und Neuabschluss eines (meist weniger günstigen) Arbeitsvertrags mit dem Erwerber, hat die Rechtsprechung als unzulässige Umgehungstatbestände angesehen.

Auch in der Insolvenz gilt § 613a BGB, allerdings führen die Verteilungsgrundsätze des Insolvenzverfahrens zu einigen Besonderheiten.

Haftungserleichterungen des Erwerbers bei Insolvenz des Veräußerers

Gemäß § 613a Abs. 2 BGB haftet der Erwerber grundsätzlich neben dem Veräußerer für Verpflichtungen, die vor dem Betriebsübergang entstanden sind, als Gesamtschuldner. Im Insolvenzfall verstieße dies aber gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger, denn wenn die übernommenen Arbeitnehmer einen neuen (solventen) Schuldner für bereits entstandene Ansprüche erhalten, sind sie gegenüber anderen Gläubigern bevorrechtigt. Aus diesem Grunde gilt § 613a Abs. 2 BGB insoweit nicht, als

es Insolvenzforderungen betrifft, d. h. der Erwerber haftet nicht für Forderungen, die vor Insolvenzeröffnung entstanden sind (Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 20.06.2002, 8 AZR 459/01).

Obwohl der Wortlaut des § 613a Abs. 2 BGB der Haftungserleichterung widerspricht, ist das Ergebnis korrekt. Die uneingeschränkte Anwendung von § 613a Abs. 2 BGB führt zur Bevorzugung einer Gläubigergruppe – den Arbeitnehmern – zulasten der übrigen Gläubiger. Ein potenzieller Erwerber, der auch für deren Insolvenzforderungen mithaften müsste, würde den Kaufpreis mindern, sodass die übrigen Gläubiger die Bevorrechtigung mitfinanzieren würden.

Zu beachten ist, dass die Haftungserleichterung nur dann greift, wenn der Betriebsübergang nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt.

Wie wirkt sich ein Betriebsübergang auf einzelne Arbeitnehmeransprüche aus?

Altersteilzeit

Altersteilzeitarbeitsverhältnisse, die im Blockmodell vereinbart werden und die zu einem Wertguthaben des Arbeitnehmers führen, sind gegen Insolvenz abzusichern (§ 8a Altersteilzeitgesetz). Befindet sich das Altersteilzeitverhältnis noch in der aktiven Arbeitsphase und kommt es nach Insolvenzeröffnung zu einem Betriebsübergang, haftet der Erwerber für Entgeltansprüche des Arbeitnehmers für die noch verbliebene Arbeitsphase und spiegelbildlich für den entsprechenden Zeitraum in der passiven Freistellungsphase. Befindet sich das Arbeitsverhältnis dagegen im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits in der Freistellungsphase, haftet er nicht.

Betriebliche Altersversorgung

Der Erwerber tritt in bestehende Versorgungsanwartschaften ein, unabhängig ob es sich um verfallbare oder bereits unverfallbare Anwartschaften handelt. Er schuldet aber nur

die nach Insolvenzeröffnung entstandenen bis zum Betriebsübergang sowie die nach dem Betriebsübergang bei ihm erdienten Versorgungsleistungen. Unverfallbare Anwartschaften aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind mit Eintritt des Versorgungsfalles vom Pensionsversicherungsverein zu erfüllen. Bei Insolvenzeröffnung noch verfallbare Anwartschaften sind Insolvenzforderungen und zur Tabelle anzumelden. Hierfür haftet der Erwerber nicht.

Entgeltansprüche

Vergütungsansprüche, die erst nach dem Betriebsübergang entstehen, richten sich allein gegen den Betriebserwerber. Dies gilt auch für (tarifliche) Sonderzahlungen mit so genannter Stichtagsregelung, wenn der Entstehungszeitpunkt nach dem Betriebsübergang liegt.

Sozialplanansprüche

Das Bundesarbeitsgericht hatte im Jahre 2002 noch zur alten Konkursordnung entschieden, dass auch nachkonkurslich aufgestellte Sozialpläne haftungsprivilegiert sind, der Betriebserwerber damit nicht für Sozialplanansprüche haftet. Ob die Haftungserleichterung für Sozialplanansprüche seit Geltung der Insolvenzordnung noch gilt, ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden worden und innerhalb der Literatur umstritten. Bis zu einer Klärung durch das Bundesarbeitsgericht sollte ein Betriebserwerber sich vom Veräußerer vertraglich von etwaigen Sozialplanansprüchen freistellen lassen.

Urlaubsansprüche

Der Urlaubsanspruch ist ein Anspruch auf bezahlte Freistellung. Dieser Anspruch bleibt von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt. Urlaubsansprüche sind grundsätzlich nicht von einer Arbeitsleistung im Kalenderjahr abhängig und werden nicht monatlich erdient. Sind diese Ansprüche zeitlich noch nicht festgelegt, können sie folglich keinem bestimmten Zeitraum zugeordnet werden. Daher haftet der Erwerber für Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer, auch wenn sie vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, uneingeschränkt. Setzt der Erwerber das Arbeitsverhältnis fort und scheidet der Arbeitnehmer später aus, haftet der Erwerber für bestehende Urlaubsabgeltungsansprüche allein, da der Urlaubsabgeltungsanspruch erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht.

Kündigungsschutz

Gemäß § 613a Abs. 4 BGB gilt das Kündigungsverbot wegen eines Betriebsübergangs auch in der Insolvenz. Das Kündigungsverbot greift nicht, wenn der Betriebserwerber ein nachvollziehbares Konzept hat, wonach beispielsweise nur

ein Teil der Belegschaft übernommen wird, weil es sonst zu Überkapazitäten kommt. Eine daraufhin ausgesprochene Kündigung des Veräußerers erfolgt nicht wegen des Betriebsübergangs. Dies gilt auch für die Kündigung des Erwerbers. Eine etwaig vorzunehmende Sozialauswahl beschränkt sich lediglich auf den übernommenen Betrieb.

Anerkannt ist ein Wiedereinstellungsanspruch eines Arbeitnehmers, sollte sich die Prognose des Arbeitgebers über den Wegfall des Arbeitsplatzes nicht erfüllen. Dieser gilt aber nicht in der Insolvenz des Veräußerers, sollte es nach Ablauf der Kündigungsfrist zu einem Betriebsübergang kommen.

Vereinbaren der insolvente Veräußerer und der Betriebsrat nach § 125 InsO einen Interessenausgleich mit einer Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer, so ergeben sich für den Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess einige Beweiserleichterungen. Es wird zu seinen Gunsten vermutet, dass die Kündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt sind; die etwaig vorzunehmende Sozialauswahl kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden.

Gem. § 128 Abs. 1 InsO kommt diese Vermutung auch dem Erwerber zugute, wenn die im Interessenausgleich geregelte Betriebsänderung erst nach dem Betriebsübergang durchgeführt wird. Die gesetzliche Vermutung erstreckt sich gem. § 128 Abs. 2 InsO auch darauf, dass die Kündigungen nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgten.

Peer Kalmbach

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: individuelles und
kollektives Arbeitsrecht, Insolvenzarbeitsrecht,
Prozessführung

Tel. 0211-82 89 77 214
peer.kalmbach@buchalik-broemmekamp.de



Verschlechterung von Zinskonditionen: Handlungsansätze für Ursachenanalyse und Problemlösung

Erhöhen Kreditinstitute im Laufe der Kreditbeziehung ihre Zinsmargen oder machen sie die Fortsetzung des Kreditverhältnisses davon abhängig, dass der Kreditnehmer einer solchen Erhöhung zustimmt, kann das Ausdruck einer Verschlechterung der Kreditwürdigkeit des betroffenen Unternehmens und damit Symptom einer beginnenden oder sich vertiefenden Unternehmenskrise sein. Der folgende Beitrag zeigt auf, wie mit solchen Situationen konstruktiv umgegangen werden kann.

Erhöht ein Kreditinstitut die Zinsen für den an ein Unternehmen ausgereichten Kredit oder eine ausgereichte Kreditlinie, obwohl die Zinssätze für vergleichbare Kredite am Kapitalmarkt gleichgeblieben oder sogar gefallen sind, kann hierin ein Indiz für den Beginn oder die Vertiefung einer vom Kreditinstitut erkannten Unternehmenskrise liegen. Denn eine beginnende oder sich vertiefende Unternehmenskrise bedeutet für die Gläubiger des betreffenden Unternehmens, also auch seiner Kreditgeber eine Erhöhung ihres Ausfallrisikos.

Mögliche Gründe für die Verschlechterung der Zinskonditionen

Das bedeutet erstens, dass die eigenen Kosten der Kreditinstitute für betreffende Finanzierungen, welche neben den reinen Refinanzierungskosten auch das kalkulatorische Ausfallrisiko beinhalten, steigen. Zweitens sind Kreditinstitute rechtlich dazu angehalten, Kreditengagements, die ein hohes Ausfallrisiko beinhalten, mit einem höheren Eigenkapitalanteil zu unterlegen als solche mit einem geringen oder mittleren Ausfallrisiko. Ein sich verschlechterndes Rating eines Kredites macht daher für das Kreditinstitut die Erhöhung des dem Engagement zu unterlegenden Eigenkapitalanteils erforderlich, was die Kreditkosten ebenfalls erhöht. Andererseits können Kreditinstitute bei einer sich verschlechternden Bonität ihres Kreditnehmers davon ausgehen, höhere Zinsmargen durchsetzen zu können, weil seine Möglichkeiten, sich am Markt anderweitig zu günstigeren Konditionen zu finanzieren, abnehmen bzw. schon nicht mehr bestehen.

Außerdem kann die Motivation eines Kreditinstitutes für die Erhöhung der Zinsmarge sogar darin begründet liegen, den betreffenden Kreditnehmer dazu zu motivieren, die Kreditinanspruchnahme bei dem betreffenden Kreditinstitut von sich aus zurückzuführen und verstärkt auf anderweitige Finanzierungsquellen zurückzugreifen, solange solche noch bestehen. Man spricht dann von „Abwehrkonditionen“.

Denn für ein Kreditinstitut ist die Kündigung einer Kreditlinie, die ohnehin nicht mehr in Anspruch genommen wird, sowohl in wirtschaftlicher, als auch in rechtlicher Hinsicht deutlich weniger risikobehaftet, als die Kündigung einer voll in Anspruch genommenen Kreditlinie. Vor diesem Hintergrund ist es für das betreffende Unternehmen in derartigen Situationen regelmäßig auch nicht empfehlenswert, auf eine Zinserhöhung nur in der Weise zu reagieren, dass die betreffende Kreditlinie zurückgefahren und nur noch in Anspruch genommen wird, wenn und solange alle anderen Liquiditätsquellen erschöpft sind. Denn in solchen Fällen besteht ein erhebliches Risiko, dass die nicht in Anspruch genommenen Teile der Kreditlinie sukzessive gestrichen werden.

Zu klärende Punkte im Rahmen der Sachverhaltsanalyse

Vor diesem Hintergrund sollte sich die Geschäftsführung eines Unternehmens, dessen Kreditgeber die Zinsmargen erhöhen, zunächst mit folgenden Fragen beschäftigen:

- Was ist das Motiv für die Erhöhung der Zinsmarge?
- Besteht die Möglichkeit, den Kreditgeber dazu zu bewegen, von der Erhöhung der Zinsmarge Abstand zu nehmen?
- Ist der Kreditgeber dazu berechtigt, die Zinsmarge einseitig zu erhöhen oder die weitere Kreditgewährung von einer Zustimmung des Unternehmens zur Erhöhung der Zinsmarge abhängig zu machen?
- Ist das Unternehmen auf die Inanspruchnahme des betreffenden Kredits angewiesen?
- Sind andere Kreditgeber bereit, die benötigten Finanzierungsmittel zu günstigeren Konditionen zu gewähren, indem sie ihr Kreditengagement erhöhen oder erstmals ein Kreditverhältnis mit dem Unternehmen eingehen?

Die Beantwortung der beiden ersten Fragen kann in der Regel nur im Rahmen eines Gesprächs mit dem betreffenden Kreditinstitut erfolgen.

Vorbereitung des Gesprächs mit dem Kreditgeber

Zur Vorbereitung dieses Gesprächs sollte zumindest über die vorstehenden Fragen 3 und 4 sowie über folgende Punkte Klarheit geschaffen werden:

- Wurde der betreffende Kredit befristet gewährt oder wurde er nur unbefristet (bis auf Weiteres) eingeräumt und kann mithin jederzeit gekündigt werden?
- Wurde ein Festzinssatz, ein variabler Zinssatz oder eine Zinsgleitklausel (z. B. 3-Monats-Euribor + Marge) vereinbart?
- Wie hoch war die Zinsmarge zum einschlägigen Referenzzins bei Beginn des Kreditverhältnisses und wie hoch war sie zuletzt?
- Wurden (rechtswirksam?) Kreditsicherheiten bestellt und wie hoch ist ihr aktueller Wert im Falle eines Insolvenzzenarios?
- Hat sich das Kreditausfallrisiko auch unter Berücksichtigung etwa bestellter Sicherheiten seit Einräumung bzw. Ausreichung des Kredits erhöht oder droht eine Erhöhung des Ausfallrisikos?
- Welchen Anteil hat der betreffende Kredit und welchen Anteil hat das betreffende Kreditinstitut am Fremdkapital des Unternehmens?
- Was kann man dem Kreditinstitut anbieten, um eine möglichst langfristige Zinsfestschreibung auf einem für das Unternehmen vertretbaren Niveau zu erreichen?

Mögliche Verhandlungsansätze

Unter Umständen kann bereits die vorgeschaltete Rechtsprüfung ergeben, dass das Kreditinstitut zur Erhöhung des Zinssatzes nicht berechtigt ist. In solchen Fällen kann es gelingen, das Kreditinstitut bereits durch einen Hinweis auf die Rechtslage dazu zu bringen, von der Zinserhöhung Abstand zu nehmen. Zu einer Verbesserung der Geschäftsbeziehung trägt ein solcher Verhandlungsansatz allerdings in den seltensten Fällen ein. Er sollte deshalb nur gewählt werden, wenn man sich sicher ist, auf eine Finanzierung durch das betreffende Kreditinstitut über die bereits vereinbarte Laufzeit hinaus nicht angewiesen zu sein. Andernfalls sollte das Gespräch zunächst darauf ausgerichtet sein, die Gründe für die Erhöhung der Zinsmarge zu erfahren und, darauf aufbauend, Möglichkeiten für deren einvernehmliche Beseitigung zu sondieren, z. B. durch eine Verbesserung der Kennzahlen des Unternehmens oder der Besicherungssituation des Kreditinstituts. Soweit sich dies nicht erreichen lässt, sollte angestrebt werden, zumindest für die Zukunft eine Zinsfestschreibung zu vereinbaren, welche dem Unternehmen Planungssicherheit bezüglich der Zinsentwicklung bietet.

Notwendige Konsequenzen bei erkannter Verschlechterung der Kreditwürdigkeit

Stellt sich heraus, dass die angestrebte Zinserhöhung letztlich darauf abzielt, das Unternehmen zu einer Verringerung der Kreditinanspruchnahme oder sogar einer Beendigung des Kreditverhältnisses zu motivieren, begründet das oftmals ein ernstzunehmendes Indiz für einen bereits fortgeschrittenen Verlust der Kreditwürdigkeit und damit der Fremdfinanzierungsfähigkeit des Unternehmens. In solchen Fällen führt Nichtstun häufig auf direktem Weg in die Liquiditätskrise.

In einer solchen Situation ist es daher geboten, sämtliche Maßnahmen auf den Prüfstand zu stellen, welche geeignet sein können, die Bonität, vor allem aber auch die freie Liquidität des Unternehmens kurzfristig zu erhöhen. Insbesondere folgende Maßnahmen kommen in Betracht:

- Optimierung von Debitoren- und Kreditorenmanagement,
- Prüfung bisher nicht erschlossener Liquiditätsquellen, z. B. Leasing, Factoring, Fine Trading,
- Prüfung möglicher „Quick wins“ im operativen Geschäft,
- Optimierung des Reportings und
- Verstärkung der Eigenkapitalbasis durch Zuführung von Eigenkapital oder Rangrücktrittserklärungen.

Darüber hinaus kann es bereits angezeigt sein, ein Sanierungskonzept zu entwickeln, dieses allen wesentlichen Gläubigern vorzustellen und auf diese Weise eine Sanierungsvereinbarung unter Einbindung aller Stakeholder anzustreben. Denn das ist der probateste Weg, um sicherzustellen, dass sich alle wesentlichen Gläubiger an der Sanierung beteiligen, indem sie zumindest ihre bisherigen Engagements aufrechterhalten, und zwar zu Bedingungen, welche eine Sanierung überwiegend wahrscheinlich machen.

Jochen Rechtmann

Rechtsanwalt
Geschäftsführer der Buchalik Brömmekamp
Unternehmensberatung und Partner der
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Beratung von Unternehmen
und Banken in Sanierungssituationen

Tel. 069- 24752150

jochen.rechtmann@buchalik-broemmekamp.de



Update: Steuern im Eröffnungsverfahren nach §§ 270a, 270b InsO

In der vorherigen Ausgabe dieses Sondernewsletters zum ESUG wurde bereits zur Frage der Einordnung von Steuerverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren der Eigenverwaltungsverfahren nach §§ 270a, 270b InsO berichtet. Nunmehr sind erste Erörterungen in der Literatur erfolgt, die die damalige Einordnung als Insolvenzforderung bestätigen. In der Rechtsprechung ist bisher keine Erörterung erfolgt. Von Seiten der Finanzverwaltung liegt ebenfalls keine verbindliche Einschätzung vor. Nachfolgend soll ein kurzer Überblick über den aktuellen Stand der Literatur gegeben werden.

Steuerverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren sind Insolvenzforderungen

Steuerverbindlichkeiten sind grundsätzlich wie jede andere Verbindlichkeit des Unternehmens in Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten zu unterteilen. Entscheidend für die Abgrenzung ist der Zeitpunkt der (endgültigen) Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Ausnahmen zu diesem Grundsatz gibt es aufgrund der Sondervorschrift des § 55 InsO. Steuerverbindlichkeiten, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter begründet worden waren, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist (starker vorläufiger Insolvenzverwalter), stellen nach § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO nach der (endgültigen) Eröffnung des Verfahrens Masseverbindlichkeiten dar.

Eine weitere Sonderregel enthält § 55 Abs. 4 InsO. Dieser gilt für alle nach dem 31.12.2010 beantragten Unternehmensinsolvenzverfahren. Gemäß § 55 Abs. 4 InsO gelten Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners aus dem Steuerschuldverhältnis, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder vom Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters begründet worden sind, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeit.

Beide Sondervorschriften betreffen nach ihrem Wortlaut nur die Fälle, in denen ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wird. Der Wortlaut der Vorschriften umfasst daher nur die Eröffnungsverfahren einer Regelinsolvenz. Für die Eröffnungsverfahren in der Eigenverwaltung hingegen enthält § 55 InsO keine Sondervorschrift. Nach dem Gesetzeswortlaut verbleibt es damit bei dem o.g. Grundsatz, dass alle vor der (endgültigen) Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Verbindlichkeiten Insolvenzforderungen darstellen und daher nur quotaal, ggf. im Rahmen eines Insolvenzplans zu bedienen sind. Zu diesem Ergebnis kommen auch die aktuellen Erörterungen in der Fachliteratur.

Rechtsunsicherheit in den Eröffnungsverfahren?

Die allein dem Wortlaut nach eindeutige Rechtslage wird durch eine Diskussion um eine sog. analoge Anwendung der Sonderregelung des § 55 Abs. 4 InsO wieder erschüttert. Ursache hierfür ist unter anderem das Vorliegen einer vom Gesetzgeber nicht vorhergesehenen Regelungslücke, die hier nicht vorliegt.

Denn eine Änderung bzw. Ergänzung des Wortlauts des § 55 Abs. 4 InsO erfolgte im Rahmen des ESUG – trotz entsprechender Vorlage des Bundesrates – nicht.

Dem Gesetzgeber war die derzeit fehlende Regelung für Eröffnungsverfahren in Eigenverwaltung somit bekannt, so dass nicht von einer unvorhergesehenen Regelungslücke gesprochen werden kann. Diese Argumentation wird auch in der Literatur als wesentlicher Punkt für die Ablehnung einer analogen Anwendung des § 55 Abs. 4 InsO angesehen.

Wenn sich die Finanzverwaltung auch insoweit nicht ausdrücklich positioniert hat, betont sie jedoch in einem sog. BMF-Schreiben vom 12.04.2013 zur Frage der umsatzsteuerlichen Behandlung der Vereinnahmung des Entgelts in der vorläufigen Insolvenzverwaltung, dass § 55 Abs. 4 InsO ausschließlich auf den sog. schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter Anwendung findet.

Insoweit kann davon ausgegangen werden, dass sich auch die Finanzverwaltung am Wortlaut des § 55 Abs. 4 InsO orientiert und keine analoge Anwendung annimmt.

Sofern das Finanzamt von der Antragstellung in Kenntnis gesetzt wird und die insolvenzrechtliche Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) anwendbar ist, müssen ggf. im Eröffnungsverfahren nach §§ 270a, 270b InsO geleistete Steuerzahlungen im Wege der Insolvenzanfechtung an das schuldnerische Unternehmen zurückgezahlt werden.

Steuerzahlungspflicht im Eröffnungsverfahren

In den Eröffnungsverfahren nach §§ 270a, 270b InsO bleibt jedoch fraglich, ob Steuerzahlungen geleistet werden müssen bzw. dürfen. Während der vorläufigen Eigenverwaltung oder im Schutzschirmverfahren hat das Unternehmen bzw. dessen Geschäftsleitung die Aufgabe der ordnungsgemäßen Unternehmensführung, aber auch besondere insolvenzrechtliche Verpflichtungen zu erfüllen. Dazu gehört insbesondere die Massesicherung und Masseerhaltung. Gleichzeitig bleiben die steuerlichen Verpflichtungen unverändert. Dazu gehört die fristgerechte Anmeldung und Abführung von Steuern. Eine Suspendierung dieser steuerlichen Pflichten ist weder im Steuerverfahrensrecht noch in den Einzelsteuergesetzen vorgesehen. Jede Steuerzahlung führt zu einem Abfluss von Vermögen aus der zu sichernden Masse.

Hier ergibt sich für die handelnden Organe ein Spannungsfeld zwischen insolvenzrechtlichen, steuerrechtlichen und letztlich auch strafrechtlichen Pflichten bzw. Haftungsfragen der Geschäftsführung des Unternehmens. Einerseits dürfen Zahlungen auf Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) nicht geleistet werden, da eine strafbare Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) vorliegen könnte, andererseits sind jedoch grundsätzlich Steuern zu zahlen, sodass u. a. eine Haftung nach §§ 69, 34 AO droht. Eine Auflösung des Konflikts dieser gegenläufigen Pflichten ist derzeit nicht möglich bzw. birgt mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung zu diesem Themenkreis erhebliche Rechtsunsicherheit.

Aufgrund der ungeklärten Rechtslage kann weiterhin – auch unter Berücksichtigung der aktuellen Erörterung in der Literatur – nur empfohlen werden, dass die Steuern in den Eröffnungsverfahren unter Vorbehalt gezahlt werden. Die Finanzbehörden sollten vor jeder Zahlung ausdrücklich auf die erfolgte Antragstellung bzw. den Beschluss über die vorläufige Eröffnung des Insolvenzverfahrens (in Eigenverwaltung) hingewiesen werden. Durch den Sachwalter können die Zahlungen nachträglich im Wege der Anfechtung „zurückgeholt werden“. Alternativ kann durch eine Erörterung dieser Problematik mit den Finanzbehörden das unnötige Hin- und Herzahlen vermieden werden.

Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Steuerverbindlichkeiten sowohl in der vorläufigen Eigenverwaltung (§ 270a InsO) als auch im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) Insolvenzforderungen darstellen. Derzeit sind in diesem

Zeitraum erfolgte Steuerzahlungen ab Eröffnung des Verfahrens an die Insolvenzmasse zurückzugewähren. Diese Einschätzung wird durch die aktuelle Diskussion in der Fachliteratur bestätigt.

In der Praxis konnten in den von Buchalik Brömmekamp begleiteten Verfahren im Ergebnis die Steuerzahlungen erfolgreich vom Fiskus zurückgeholt werden bzw. eine Zahlung von Anfang an unterbleiben. De facto musste das Unternehmen die Steuerverbindlichkeiten als Insolvenzforderungen nur quotaal befriedigen.

Weitere aktuelle Entwicklungen

Im Schnittstellenbereich zwischen Steuerrecht und Insolvenzrecht gibt es vermehrt Diskussionen um strittige Fragen und die Auslegung von Urteilen des Bundesfinanzhofs. Wenig überraschend kommt die Finanzverwaltung regelmäßig zu einer Auslegung, die dazu führt, Steuerverbindlichkeiten insolvenzrechtlich als Masseverbindlichkeiten anzusehen, die in voller Höhe zu begleichen sind (z. B. im o.g. BMF-Schreiben vom 12.04.2013). In der Rechtsprechung zeigen sich erste, gegenüber dem Bundesfinanzhof kritische Urteile.

Die speziellen Fragen der Eigenverwaltung werden bisher weder von der Finanzverwaltung noch von der Rechtsprechung erörtert. Hier bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Phillip-Boie Harder, LL.M.oec.

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenz-, Steuer- und
Gesellschaftsrecht

Tel. 0211-82 89 77 200

phillip-boie.harder@buchalik-broemmekamp.de



Ist der Sanierungserlass mit europäischem Beihilferecht vereinbar?

Auf Grundlage des Sanierungserlasses des Bundesministeriums der Finanzen (BMF-Schreiben vom 27.3.2003) kann ein Unternehmen in Sanierungsfällen – innerhalb und außerhalb eines Insolvenzverfahrens – eine steuerlich privilegierte Behandlung beantragen. Ob dies den europarechtlichen Vorgaben zum Beihilferecht entspricht, wurde in der deutschen Fachliteratur mehrfach erörtert, könnte aber nun durch eine aktuelle Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 18. 7. 2013, Vorabentscheidungsersuchen C-6/12, P Oy) als beihilferechtlich unbedenklich angesehen werden.

Die Sanierung eines Rechtsträgers durch einen Insolvenzplan ist regelmäßig mit erheblichen Forderungsverzichten der Gläubiger verbunden. Diese Forderungsverzichte führen auf Ebene des schuldnerischen Unternehmens spiegelbildlich zu einer Erhöhung des Betriebsvermögens, dem sogenannten Sanierungsgewinn. Bis zum Jahr 1997 sah § 3 Nr. 66 EStG den Sanierungsgewinn noch als steuerfreie Einnahme an. Durch die Streichung der Norm hat der Gesetzgeber die Sanierungsmöglichkeiten durch ein Insolvenzverfahren deutlich erschwert.

Diese Bedenken hat das Bundesministerium der Finanzen aufgegriffen und den sog. Sanierungserlass vom 27.3.2003 erlassen. Hiernach wird den Finanzbehörden ermöglicht, die Ertragssteuern auf Sanierungsgewinne nach unbeschränkter Verlustverrechnung zu stunden oder zu erlassen. Erforderlich ist hierzu ein Antrag des Steuerpflichtigen, die Steuer nach § 163 AO abweichend festzusetzen (indem eine unbeschränkte Verlustverrechnung erfolgen kann) und nach § 222 AO mit dem Ziel des späteren Erlasses (§ 227 AO) zunächst unter Widerrufsvorbehalt zu stunden. Ergänzt wird der Sanierungserlass durch das weitere BMF-Schreiben vom 22.12.2009 (IV C 6-S 2140/07/10001-01), das die ertragsteuerliche Behandlung von Gewinnen aus einem Planinsolvenzverfahren (§§ 217 ff. InsO), aus einer erteilten Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO) oder einer Verbraucherinsolvenz (§§ 304 ff. InsO) betrifft. Des Weiteren sind zahlreiche Verfügungen von Oberfinanzdirektionen zur Umsetzung dieser BMF-Schreiben ergangen.

Die Rechtmäßigkeit des Sanierungserlasses ist in der deutschen Rechtsprechung umstritten. Nach einer Entscheidung des FG München (DStR 2008, 1687) könne die Finanzverwaltung keine Billigkeitsmaßnahmen nach der Sanierungsrichtlinie treffen, da es an einer Rechtsgrundlage fehle. Demgegenüber urteilte das FG Köln (BB 2008, 2666), dass die Verwaltungspraxis rechtmäßig sei. Dem hat sich auch der BFH angeschlossen (NZI 2011, 37) und die ermessens-

lenkenden Vorschriften der Sanierungsrichtlinie für beachtlich erklärt. Eine hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG 14.7. 2011-2 BvR 2583/10).

Europarechtlich ist aber weiterhin ungeklärt, ob der Erlass einer Steuerschuld durch den Sanierungserlass mit dem EU-Beihilferecht vereinbar ist. Der Erlass einer Steuerschuld, also ein Steuereinnahmeverlust, steht der Verwendung staatlicher Mittel in Form von Steuerausgaben gleich. Eine nationale Rechtsprechung zu dieser Frage liegt bisher nicht vor. Der Bundesfinanzhof hat in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich unbeantwortet gelassen, ob der Sanierungserlass den Erfordernissen des allgemeinen Gesetzesvorbehalts sowie des unionsrechtlichen Beihilfeverbots (vgl. z. B. Breuninger/Ernst, GmbHR 2011, GMBHR Jahr 2011 Seite 673 Fußn. 94; Frey/Mückl, GmbHR 2010, Seite 1193) uneingeschränkt genügt (BFH, Urteil vom 25. 4. 2012-I R 24/11). Die deutsche Finanzverwaltung sieht den Sanierungserlass als europarechtlich unbedenklich an und sieht darin keine notifizierungspflichtige Beihilfe (vgl. zuletzt OFD Magdeburg, Verfügung vom 21.3.2013, G 1498-3-St 213).

Bestätigung durch aktuelle Entscheidung des EuGH

Das aktuelle Urteil des EuGH (Urteil vom 18.7.2013, Vorabentscheidungsersuchen C-6/12, P Oy), das eine finnische Mantelkauf-Regelung behandelt, die der deutschen Sanierungsklausel gem. § 8c KStG ähnelt, beantwortet auch relevante Fragen für den Sanierungserlass.

Die Selektivität einer Beihilfe ist europarechtlich ein maßgebliches Kriterium zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer staatlichen Zuwendung. Das EU-Beihilferecht verbietet in Art. 107 Abs. 1 AEUV selektive Beihilfen. Um eine solche selektive Beihilfe handelt es sich nach dem EuGH grundsätz-

lich dann, wenn sie bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt. Im Rahmen steuerrechtlicher Zuwendungen bedeutet das für den EuGH, dass bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige dann durch eine Steuermaßnahme EU-rechtswidrig begünstigt sein können, wenn mit der Maßnahme Ziele verfolgt werden, die dem Steuersystem nicht inhärent sind (vgl. etwa Beschluss der Kommission v. 26.1.2011 Rdnr. 65 und 80).

In der aktuellen Entscheidung über die finnische Regelung zum Mantelkauf lässt der EuGH bei der Rechtfertigung einer steuerlichen Maßnahme ausdrücklich etwa die Zielsetzung „besondere Auswirkungen auf Beschäftigung“ nicht als taugliches Kriterium zu. Daher scheidet eine solche dem Steuersystem inhärente Zielsetzung nach dem EuGH vor allem dann aus, wenn der Verwaltung die Verfolgung anderer Ziele durch einen weiten Ermessensspielraum ermöglicht werde. Durch einen weiten Ermessensspielraum bestehe die Gefahr, dass für den EuGH untaugliche Kriterien zur Entscheidungsgrundlage gemacht werden.

Das bestätigt die Entscheidung der Kommission, dass gegen den Sanierungserlass kein förmliches Beihilfeverfahren einzuleiten ist. Denn der Sanierungserlass des BMF vom 27.03.2003 erfüllt genau dieses Kriterium nicht und gibt der Finanzverwaltung keinen weiten Ermessensspielraum. Die objektiven Entscheidungskriterien ergeben sich hier aus dem Steuersystem selbst. Voraussetzungen für Annahme eines Sanierungsgewinns im Sinne des BMF-Schreibens sind u. a. die Sanierungsbedürftigkeit und -fähigkeit des Unternehmens. Dann ist nach dem BMF-Schreiben eine Steuerbegünstigung bei der ertragsteuerlichen Behandlung (unbeschränkte Verrechnung mit Verlustvorträgen, ggf. Steuerstundung mit dem Ziel des späteren Erlasses) einzuräumen. Das gilt auch für den Fall, dass trotz der Sanierungsmaßnahme das Unternehmen nicht fortgeführt und die Steuerbegünstigung ausgesprochen wird, um einen Sozialplan zu ermöglichen.

Für Insolvenzpläne, die eine Sanierung des insolventen Unternehmens vorsehen, gibt es durch das weitere BMF-Schreiben vom 22.12.2009 eine Erleichterung. Danach fällt die Planinsolvenz (§§ 217 ff. InsO) originär unter den Anwendungsbereich des BMF-Schreibens vom 27.3.2003. Bereits im Sanierungserlass war vorgesehen, dass davon ausgegangen werden kann, dass die Voraussetzungen eines Sanierungsgewinns erfüllt sind, wenn ein Sanierungsplan vorliegt. Ein Insolvenzplan mit dem Ziel der Unternehmenssanierung sollte also stets mit Blick auf den Sanierungserlass verfasst werden und bietet die Chance, die Vorgaben der Finanzverwaltung zu erfüllen.

Ergebnis

Die aktuelle Entscheidung spricht für die europarechtliche Unbedenklichkeit des sog. Sanierungserlasses. Wenn der EuGH hier auch keine ausdrückliche Aussage trifft und voraussichtlich auch in naher Zukunft keine Entscheidung hierzu treffen wird, kann aus der Urteilsbegründung eine entsprechende Schlussfolgerung gezogen werden. Das wird in der zum Urteil des EuGH bisher veröffentlichten Literatur bestätigt.

Sanierungsmaßnahmen können weiterhin ohne gegenläufige steuerliche Effekte umgesetzt werden. Hierzu sind entsprechende Anträge bei den zuständigen Finanzbehörden einzureichen. Eine frühzeitige Kommunikation mit der Behörde ist dabei ein wesentlicher Erfolgsfaktor. Frühzeitige Rechtssicherheit kann durch eine verbindliche Auskunft erreicht werden. Allerdings kann auch eine verbindliche Auskunft nicht vor der Aufhebung der begünstigten steuerlichen Behandlung schützen, sofern der Sanierungserlass beihilfe-rechtswidrig wäre. Aus den genannten Gründen gehen die Autoren jedoch von der Vereinbarkeit des Sanierungserlasses mit europarechtlichen Vorgaben aus.

Phillip-Boie Harder, LL.M.oec.

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenz-, Steuer- und
Gesellschaftsrecht

Tel. 0211-82 89 77 200
phillip-boie.harder@buchalik-broemmekamp.de



Dr. Adrian Bölingen

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenz- und Gesellschafts-
recht, Restrukturierungs- und Sanierungs-
beratung, Tätigkeit als CRO bei der Insolvenz
in Eigenverwaltung

Tel. 0211-82 89 77 200
adrian.boelingen@buchalik-broemmekamp.de



Der Banken-Sicherheitenpool im Umsatzsteuerrecht

Für die Darstellung einer großvolumigen Finanzierung oder die Abwicklung einer Sanierung bzw. eines sich anschließenden Insolvenzverfahrens ist die Bildung eines Sicherheitenpools auf Bankenseite eine wesentliche Erleichterung: Streitigkeiten bzgl. einzelner Sicherheiten können vermieden werden, es sind Verhandlungen mit nur einem Poolführer zu führen und die Risikoposition wird durch Ausnutzung freier Sicherheitenwerte im Rahmen der Erlösverteilung verbessert. (Umsatz-)steuerliche Probleme können dabei durch entsprechende vertragliche und tatsächliche Gestaltung vermieden werden.

Im Folgenden wird auf die umsatzsteuerlichen Problematiken, die bislang noch nicht abschließend von der Rechtsprechung behandelt wurden, anhand des Banken-Sicherheitenpools eingegangen.

Anlass für die Bildung eines Sicherheitenpools können vielfältige Anlässe sein. Entweder reagieren Banken auf einen erhöhten Kreditbedarf eines Kreditnehmers, der die Höhe der Kreditvergabebereitschaft eines einzelnen Instituts übersteigt, oder Gläubiger auf eine wirtschaftlich angespannte Lage.

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf den Sicherheitenpoolvertrag von Banken entweder im Rahmen einer Konsortialfinanzierung oder aber in Form des klassischen Sanierungs-Pools. Der ebenfalls häufig anzutreffende Lieferantenpool, in dessen Rahmen Zulieferer ihre verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehaltsrechte, z. B. im Fall einer Insolvenz, bündeln, und dessen Zweck in erster Linie in der Vermeidung von Beweis- und Abgrenzungsschwierigkeiten liegt, bleibt im Folgenden außer Betracht.

Wesentliches Unterscheidungskriterium zwischen einem Sicherheitenpool im Rahmen einer Konsortialfinanzierung und einem Sanierungs-Pool ist, dass bei einem Sanierungs-Pool nicht alle Sicherheiten dem Sicherheitenpoolführer bestellt werden, sondern vielmehr die Sicherheiten bei den Banken verbleiben, denen diese ursprünglich bestellt wurden. Akzessorische Sicherheiten, die nicht treuhänderisch gehalten werden können, werden entweder neu für alle Banken bestellt (ggfls. um Anfechtungsrisiken zu umgehen in einem Rangverhältnis unter Beibehaltung der ursprünglichen Sicherheit) oder bleiben allein für die bisherige Gläubigerbank bestehen. Auch die Kredite werden nicht über einen Konsortialkreditvertrag einheitlich vereinbart, sondern bleiben den parallelen Kreditvereinbarungen unterworfen, unter denen diese bilateral zwischen den einzelnen Banken und dem Kreditnehmer begründet wurden.

Für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses der Banken untereinander, die sich in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschließen, gelten subsidiär zu den vertraglichen Abreden die §§ 705 ff. BGB. Der Zweck dieser Gesellschaft liegt in der bestmöglichen Sicherung der gewährten Kredite durch

vereinfachte Sicherheitenverwaltung sowie der gleichrangigen oder gleichmäßigen Befriedigung im Falle der Sicherheitenverwertung. Die beteiligten Institute handeln mit dem Ziel, die anstehenden Probleme bei der Gewährung eines Großkredits oder der Sanierung des Unternehmens gemeinsam zu bewältigen.

Umsatzsteuerliche Fragestellungen

Aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht stellen sich zwei Fragen. Erstens, ob der Sicherheitenpool im Falle der Verwertung von Sicherungsgut als Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes (UStG) anzusehen ist, also als umsatzsteuerpflichtiger Lieferant der verwerteten Gegenstände, und zweitens, wem gegenüber der Sicherheitenpoolführer die umsatzsteuerpflichtigen Leistungen, für welche er eine Poolführervergütung abrechnet, erbringt.

Der Sicherheitenpool als Unternehmer im umsatzsteuerlichen Sinn

An dieser Stelle wird zunächst zivilrechtlich vorausgesetzt, dass es sich beim Sicherheitenpool um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt, was von der konkreten Ausgestaltung im Fall abhängig, aber regelmäßig anzunehmen ist. Hier kann sich nun die Frage stellen, ob der Sicherheitenpool selbst umsatzsteuerlich als Unternehmer anzusehen ist.

Unternehmer ist, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt, wobei es sich um eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen handeln muss, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird. Hier ist das Merkmal der Nachhaltigkeit zu hinterfragen. Dies lässt sich insbesondere dann bezweifeln, wenn der Sicherheitenpool erst und nur anlässlich einer Sanierungssituation begründet wird. Unter Nachhaltigkeit versteht der Bundesfinanzhof (BFH) im allgemeinen Sprachsinn eine sich auf längere Zeit stark auswirkende, also auf Dauer angelegte Tätigkeit. In einem Sanierungsfall hat der Sicherheitenpool die spezielle Funktion der Verbesserung der Besiche-

rungslage der einzelnen Banken zum Zwecke der Sanierung und für den Fall, dass die Sanierung scheitert, die koordinierte Verwertung der Sicherheiten. Der BFH stellt hier jedoch auf das Gesamtbild der Verhältnisse ab und nimmt eine Abwägung der für und wider die Nachhaltigkeit sprechenden Faktoren vor. Es kommt also sehr stark auf den Einzelfall an. So kann die Vornahme mehrerer gleichartiger (Verwertungs-) Handlungen oder die Unterstützung bei der Fortsetzung der unternehmerischen Tätigkeit des sanierungsbedürftigen oder möglicherweise insolventen Schuldners für eine Nachhaltigkeit sprechen.

Bei der Verwertung ist weiter genau zu prüfen, wer als Verwertender auftritt. Verwertet der Poolführer für den Sicherheitenpool, tritt also nach außen für den Sicherheitenpool insgesamt auf, so ist der Sicherheitenpool selbst als leistender Unternehmer anzusehen. Tritt der verwertende Poolführer hingegen nur im eigenen Namen auf oder erkennbar als Vertreter für das jeweilige Poolmitglied, dann ist der Pool als solcher nicht als Unternehmer anzusehen, da er nicht selbst als leistender Unternehmer auftritt. Sollte der Sicherheitenpool selbst als leistender Unternehmer anzusehen sein, wäre ein Unternehmer mehr in den Verwertungsvorgang involviert, was zu einem Mehraufwand zumindest in der umsatzsteuerlich korrekten Abwicklung führt. Durch entsprechende Gestaltung kann das vermieden werden.

Abschließend sind im Rahmen der Verwertung der Sicherheiten die unabhängig vom Sicherheitenpool bestehenden umsatzsteuerlichen Fragestellungen des sog. Doppel- und Dreifachumsatzes zu berücksichtigen, auf die an dieser Stelle nur hingewiesen werden soll.

Die umsatzsteuerliche Beurteilung von Leistungen des Sicherheitenpoolführers

Bei der Tätigkeit des Sicherheitenpoolführers handelt es sich nicht um einen echten Gesellschafterbeitrag, der nicht steuerbar wäre, sondern vielmehr um eine selbstständige Tätigkeit, da der Sicherheitenpoolführer divergierende Interessen berücksichtigen muss. Das rührt aus seiner treuhänderischen Tätigkeit zum einen gegenüber dem Schuldner, zum anderen gegenüber den übrigen Poolbanken. Das Entgelt wird üblicherweise von dem kreditnehmenden Unternehmen gezahlt.

Fraglich ist, wem gegenüber die steuerbare Leistung erbracht wird. Hier ist wiederum die oben aufgeworfene Frage der Einordnung des Sicherheitenpools selbst als Unternehmer relevant. Leistungsempfänger kann der Sicherheitenpool selbst oder dessen einzelne Poolmitglieder sein. In der Regel wird es sich um eine entgeltliche Verwaltungsleistung gegenüber den Poolmitgliedern handeln, die jeweils als Leistungsempfänger anzusehen sind. Die Sicherheitenverwaltung erfolgt im Eigeninteresse der

Banken, sodass letztlich der Sicherheitenpoolführer die Verwaltung und Überwachung der Sicherheiten für sich selbst in seiner Funktion als Bank sowie für die anderen Poolbanken wahrnimmt. Diesen wird er auch Rechnungen über diese Leistungen zuzüglich Umsatzsteuer ausstellen. Eine Zahlung der einzelnen Poolbanken an den Sicherheitenpoolführer erfolgt allerdings nicht, da die Zahlung des Verwaltungsentgeltes durch den Schuldner erfolgt. Mithin erstattet der Schuldner die Verwaltungsentgelte der einzelnen Poolbanken zuzüglich der Umsatzsteuer.

Sollte das Unternehmen zahlungsunfähig werden, sieht der Sicherheitenpoolvertrag üblicherweise vor, dass das Entgelt des Sicherheitenpoolführers durch die übrigen Banken bzw. im Falle der Verwertung vorab aus den Verwertungserlösen zu begleichen ist. Für eine umsatzsteuerlich ordnungsgemäße Abwicklung der Leistungen des Sicherheitenpools bzw. des Sicherheitenpoolführers müssen auch in diesem Fall den umsatzsteuerlichen Vorgaben entsprechende Rechnungen gestellt werden.

Je nach Situation (außerhalb und im Rahmen eines Insolvenzverfahrens) und je nach konkreter Ausgestaltung des Sicherheitenpoolvertrags sind Rechnungen und Zahlungen zwischen den verschiedenen Beteiligten (Banken, Pool und schuldnerisches Unternehmen) umsatzsteuerlich unterschiedlich abzuwickeln. Um nicht Haftungstatbestände für einzelne Parteien zu verwirklichen, muss jeder Einzelfall einer umsatzsteuerlichen Prüfung unterzogen werden.

Phillip-Boie Harder, LL.M.oec.

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenz-, Steuer- und
Gesellschaftsrecht

Tel. 0211-82 89 77 200
phillip-boie.harder@buchalik-broemmekamp.de



Daniel Trowski

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Bank-, Kredit- und
Kreditsicherungsrecht

Tel. 0211-82 89 77 282
daniel.trowski@buchalik-broemmekamp.de



Die Haftung des Sanierungsgeschäftsführers im Schutzschirmverfahren

Kommt ein Schuldnerunternehmen in eine eher durch Markteinflüsse verschuldete Krise, werden Gläubiger wie Gesellschafter, wenn bereits ein nicht offensichtlich aussichtsloses Sanierungskonzept vorliegt, eine Betriebsfortführung durch die bisherige Geschäftsführung im Rahmen eines sog. Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO zum Zweck der Erstellung eines Insolvenzplans befürworten. Was für den Geschäftsführer und den ihn unterstützenden Sanierungsberater zunächst als Ausdruck großen Vertrauens gewertet werden kann und muss, birgt erhebliche Haftungsrisiken im Hinblick auf liquiditätsverzehrende Maßnahmen.

1. Anwendbarkeit des § 64 S. 1 GmbHG im Schutzschirmverfahren

Eine Haftung nach den insolvenzrechtlichen Tatbeständen scheidet zwar aus. Diese richten sich gegen die GmbH als eigenverwaltende Schuldnerin, nicht gegen den Geschäftsführer als deren gesetzlichen Vertreter. Der Geschäftsführer haftet jedoch der Schuldnerin nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Haftungsvorschriften im Innenverhältnis für ein etwaiges Fehlverhalten auf Schadensersatz. Mangels anderslautender Vorschriften ist es deswegen einem Geschäftsführer im Schutzschirmverfahren verboten, ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Feststellung der Überschuldung Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen zu erbringen (§ 64 S. 1 GmbHG; für AG-Vorstand gilt der gleichlautende § 92 Abs. 2 AktG). Verletzt er diese Pflicht, so haftet er der Schuldnerin persönlich und unbeschränkt auf Ersatz der vorgenommenen Zahlungen. Es sei denn, die betreffende Zahlung war mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar.

Die Gegenansicht, die argumentiert, dass der Schutzzweck des § 64 S. 1 GmbHG, das Anhalten der Geschäftsführung, möglichst frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen, bereits erreicht und damit der Anwendungsbereich dieser Norm teleologisch zu reduzieren sei, ist abzulehnen, da andernfalls eine Verletzung der Anzeigepflicht nach § 270b Abs. 4 S. 2 InsO ohne Sanktion bliebe und damit die zum Gläubigerschutz eingeführte Anzeigepflicht gegenüber dem Gericht bei Eintritt der Zahlungsfähigkeit im Schutzschirmverfahren leerlaufen würde.

2. Handlungsempfehlung

Aus Vorsichtsgründen wird einem Geschäftsführer daher empfohlen, bei Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen unter Berücksichtigung der bisher ergangenen Rechtspre-

chung zu § 64 S. 1 GmbHG folgendes auch im Schutzschirmverfahren zu beachten:

Zur Vermeidung einer persönlichen Haftung muss der Geschäftsführer – wie bereits im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit von ihm verlangt – einen Liquiditätsstatus für die Gesellschaft aufstellen und regelmäßig, d. h. je nach Liquiditätssituation der Gesellschaft, täglich oder wöchentlich, aktualisieren.

Darüber hinaus benötigt der Geschäftsführer einen Liquiditätsplan, der mindestens die Schutzschirmphase abdeckt und auf die Geschäftsplanung im weiten Sinne abgestimmt ist. Hierdurch lässt sich bereits frühzeitig eine Liquiditätslücke erkennen. Auch kann der Geschäftsführer dort darlegen, wie er die sich abzeichnende Liquiditätslücke schließen will.

Dies ist besonders wichtig vor dem Hintergrund, dass im Schutzschirmverfahren grundsätzlich alle Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit als nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar betrachtet werden und der Geschäftsführer die Beweislast dafür trägt, dass etwaige Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar waren (§ 64 S. 2 GmbHG).

Aus dem Businessplan muss zudem hervorgehen, dass die im Schutzschirmverfahren vorzunehmenden Maßnahmen dem Wohl des Unternehmens dienen. Unternehmenswohl ist dabei mit dem Interesse der Gläubiger an einer bestmöglichen Befriedigung durch Sanierung gleichzusetzen (vgl. § 1 InsO). Gesellschafterinteressen haben dabei nur noch eine untergeordnete Bedeutung. Mit anderen Worten: Im Business-Plan muss dargelegt werden, dass die Verluste, die zwangsläufig durch anfallenden Restrukturierungsaufwand und insolvenzbedingt rückläufige Umsätze anfallen, durch Sanierungsgewinne bei Bestätigung des Insolvenzplans kompensiert werden.

Aus den vorgelegten Planrechnungen muss sich ferner mit hinreichender Nachvollziehbarkeit ergeben, dass nach Aufhebung des Verfahrens operativ wieder Gewinne erwirtschaftet werden, sobald die Restrukturierungsmaßnahmen plangemäß greifen. Wegen der Planungsrisiken sollte zumindest nach Verrechnung der aufgelaufenen Verluste mit dem plangemäß anfallenden Sanierungsgewinn eine angemessene Eigenkapitalstärkung von mindestens 20 Prozent verbleiben und die operative Gewinnzone mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erreicht werden.

Den Businessplan (einschließlich Liquiditätsstatus und Liquiditätsplanung) sollte der Geschäftsführer dem vorläufigen Gläubigerausschuss zur Stellungnahme und Genehmigung vorlegen; denn aus dem Gesellschaftsrecht ist bekannt, dass eine von der Gesellschafterversammlung vorgenehmigte Maßnahme für den Geschäftsführer nicht haftungsbegründend wirkt. Aus § 270 Abs. 3 S. 2 InsO kann man folgern, dass dieser Rechtsgedanke auch in der Eigenverwaltung Anwendung finden soll. Danach gilt eine Eigenverwaltung als nicht nachteilig, wenn vor der Entscheidung über den Antrag über die Anordnung der Eigenverwaltung dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zur Äußerung gegeben wurde und der vorläufige Gläubigerausschuss daraufhin umfassend informiert den Antrag einstimmig unterstützt.

Auf das Schutzschirmverfahren angewendet, bedeutet dies, dass der Geschäftsführer nicht mehr ohne Weiteres im Nachhinein durch die Gläubiger haftbar gemacht werden kann, wenn er die vom vorläufigen Gläubigerausschuss genehmigten Maßnahmen plangemäß umgesetzt hat. Bei der Umsetzung des Businessplans wird man dem Sanierungsgeschäftsführer dann – wie einem Insolvenzverwalter bei unternehmerischen Entscheidungen im Verfahren – einen gewissen Entscheidungsspielraum zugestehen müssen, da andernfalls ein Wertungswiderspruch zu § 61 InsO („erkennen konnte“) entstünde.

Über die Einhaltung des Businessplans sollte er den vorläufigen Gläubigerausschuss dennoch nicht nur der guten Ordnung halber im Rahmen eines nachvollziehbaren monatlichen oder bei Bedarf sogar wöchentlichen Reportings informieren, damit der Ausschuss seine eigene Entscheidung für eine Betriebsfortführung stets auf den Prüfstand stellen kann.

Kommt es im weiteren Verlauf zu erheblichen negativen Abweichungen vom genehmigten Businessplan, welche sich durch Maßnahmen der Geschäftsführung nicht kompensieren lassen, ist dem Geschäftsführer dringend zu empfehlen, dies dem vorläufigen Gläubigerausschuss und dem Gericht

unverzüglich anzuzeigen. Das Gericht entscheidet dann nach Anhörung des Gläubigerausschusses, ob das Schutzschirmverfahren beendet und das Unternehmen in das Regelinsolvenzverfahren überführt werden soll.

3. Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG

Die letztlich gleichen Empfehlungen kann man einem Geschäftsführer bei unternehmerischen Entscheidungen geben, die das Schuldnerunternehmen kurzfristig weiter in die Verlustzone bringen, langfristig jedoch für das Gelingen des Sanierungsplans von großer Bedeutung sind. Diese führen, wenn der unmittelbare Zusammenhang mit der Zahlungsunfähigkeit nicht hergestellt werden kann, nicht zur Anwendung von § 64 S. 1 GmbHG, sind aber am Sorgfaltsmaß des § 43 Abs. 1 GmbHG zu messen. Danach hat ein Geschäftsführer in allen Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beachten. Ansonsten haftet er der Gesellschaft gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG auf Schadensersatz. Mit dem oben geführten Rechtsgedanken zur haftungsausschließenden Wirkung der Zustimmung des Gläubigerausschusses könnte eventuell auftretenden Problemen gut begegnet werden.

Katrin Schröder

Rechtsanwältin
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |
Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenz- und Gesellschaftsrecht sowie Sanierung und Restrukturierung

Tel. 0211-82 89 77 200

katrin.schroeder@buchalik-broemmekamp.de



Mediation im Eigenverwaltungsverfahren

Durch das ESUG und das Mediationsgesetz (MediationsG) ergeben sich auch neue Rahmenbedingungen für die Mediation in einem Insolvenzverfahren. Dabei stehen vor allem die nachfolgenden Fragen im Mittelpunkt: Wie können die Vorteile der Mediation bei der Konfliktlösung in das Eigenverwaltungsverfahren integriert werden? Wer könnte die Rolle des Mediators übernehmen und wie könnte er sie in einem solchen Verfahren gegenüber allen Beteiligten ausfüllen? Wie kann Mediation zur verfahrensbegleitenden Konfliktlösung und Kommunikation zum Sanierungserfolg beitragen?

Die Eigenverwaltungsverfahren werden auch als Konsensverfahren bezeichnet. Schon bei der Vorbereitung der Eigenverwaltungsverfahren ist bei der Auswahl der potenziellen Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses und des vorläufigen Sachwalters eine konsensuale Vorgehensweise erforderlich. Die Verfahrensbeteiligten und das Insolvenzgericht sind von der Verfahrensart der Eigenverwaltung zu überzeugen. Folglich werden die Wege zu einer verbindlichen Verhandlungslösung zur Überwindung der Unternehmenskrise nicht allein durch die gesetzlichen Rahmenbedingungen, sondern durch die Akzeptanz der Verhandlungsführung und der Berücksichtigung der vielfältigen Interessenlagen in einem konkreten Verteilungskonflikt bestimmt. Eine optimierte Moderation und Verhandlungsführung in der Eigenverwaltung ist demnach von wesentlicher Bedeutung für den Verfahrenserfolg. Zusätzlich ist eine interne und externe (Krisen-)Kommunikation zu gewährleisten. Damit ist den Verfahrensbeteiligten und „Stakeholdern“ die Information zu verschaffen, welche eine stabile Vertrauensgrundlage und Transparenz für die Verfahrensabwicklung durch einen eigenverwaltenden Schuldner erzeugen kann. Denn es besteht Einigkeit, dass die Eigenverwaltung nach den Modifizierungen durch das ESUG in der Praxis weiterhin Vorbehalten in verschiedener (auch interessengeleiteter) Ausprägung begegnet.

Mediation als Verhandlungsmodell

Die Mediation kann als Verhandlungsmodell für Konfliktlösungen im Eigenverwaltungsverfahren dienen. Die Legaldefinition (in § 1 MediationsG) bestimmt die Mediation als ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Dabei ist der Mediator eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, der die Parteien durch die Mediation führt. Daraus lässt sich ableiten, dass keine der typischerweise am Verfahren beteiligten Parteien oder Personen die Rolle eines – allparteilichen –

Mediators in einem Eigenverwaltungsverfahren übernehmen kann. Auch der gerichtlich bestellte (vorläufige) Sachwalter scheidet trotz seiner vorauszusetzenden Unabhängigkeit (i.S.d. § 56 InsO) als möglicher Mediator aus, da er kraft seines Amtes die Gläubigerinteressen zu wahren hat. Ebenso problematisch wäre die unabgestimmte Beauftragung eines „Mediators“ allein durch den Eigenverwalter. Ideal erscheint es, wenn in einer ersten Sitzung eines präsumtiven vorläufigen Gläubigerausschusses (in der sich die wesentlichen Gläubigergruppen eines sich konstituierenden vorläufigen Gläubigerausschusses zusammenfinden) der Mediationsvorschlag unterbreitet und ein qualifizierter Mediator vorgestellt wird. Dabei könnten sogleich dessen Funktion, Aufgaben, Kompetenzen und Vergütung im Mediationsvertrag abgestimmt werden.

Die Sanierungsmediation

Da die Eigenverwaltung regelmäßig von einer Sanierungsabsicht des Unternehmens getragen wird, sind besondere Qualifikationen des Mediators gefragt. Dieser sollte Erfahrungen mit dem Verfahrensablauf der Eigenverwaltung, Kenntnisse des Insolvenzrechts und Sanierungserfahrung haben. Das Mediationsverfahren ist insoweit als Sanierungsmediation zu bezeichnen. Sie ist ein Prozess der fortgesetzten mediativen Verhandlungsführung mit komplexer Ausprägung, da sie regelmäßig mehrere Parteien mit unterschiedlichsten Interessen und Bedürfnissen betrifft.

Der Sanierungsmediator berücksichtigt dabei die sonst in einer Mediation zu beachtenden Verfahrensgrundsätze (Garantie des Verfahrensrahmens, Freiwilligkeit der Teilnahme, Allparteilichkeit, Selbstverantwortung, Informiertheit, Vertraulichkeit). Da der Sanierungsmediator keine Entscheidungsbefugnis hat, trägt er ausschließlich zur Unterstützung der Verhandlungsführung zur Lösung von (Verteilungs-)Konflikten bei. Bei der Lösungsfindung kann er unterstützend eine eigene Fachkompetenz bei der Bewertung und Auswahl der Alternativen einbringen. Dabei

vertritt er nicht Einzel- oder Gruppeninteressen. Ein wichtiger Aspekt ist die Fähigkeit des Sanierungsmediators, die zwischen den Verfahrensbeteiligten/Stakeholdern regelmäßig bestehende Informationsasymmetrie (in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht) zu beseitigen und bei den beteiligten Parteien die Informiertheit („Waffengleichheit“) bei einer zu treffenden Entscheidung zu gewährleisten. Mit der Auswahl des Sanierungsmediators sollte festgelegt werden, in welchem (zeitlichen und inhaltlichen) Umfang er das Eigenverwaltungsverfahren begleitet. Daraus leitet sich die Integration des Sanierungsmediators in die einzelnen Abschnitte und Themen des Verfahrens ab. Er hat sich sowohl mit dem eigenverwaltenden Schuldner, als auch dem eingesetzten (vorläufigen) Sachwalter und dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss über seine Tätigkeit abzustimmen und zu informieren.

Schwerpunkte der Sanierungsmediation

Die Erfahrungen mit der Sanierungsmediation im Eigenverwaltungsverfahren ergeben folgende Schwerpunkte einer Tätigkeit:

- Verfahrensvorbereitung und -einleitung: Organisation der Informations- und Kommunikationsprozesse, Teilnahme/Moderation bei verfahrensvorbereitenden Gesprächen (Kreditinstitute, Arbeitnehmervertreter, institutionelle Gläubiger, Insolvenzgericht);
- Eröffnungsverfahren: Krisenkommunikation mit Lieferanten/Dienstleistern, Kunden, Mitarbeitern (Betriebsversammlung), Stakeholder;
- Organisation Berichtswesen, Kommunikation, Moderation: Sitzungen (vorl.) Gläubigerausschuss, Gericht, Betriebsversammlungen, Gesellschafterversammlungen, Aufsichtsorgane;
- Verhandlungen Insolvenzplan: Abstimmungsprozesse zur Erstellung des Sanierungskonzepts, Vor- und Nachverhandlung des Insolvenzplans (vgl. Kassing, Mediation im Insolvenzplanverfahren, in: ZInsO 1999, S. 266);
- Verhandlungen bei Konfliktlagen: Bankenpool, Lieferantenpool, Sozialplanverhandlungen;
- Mitarbeiter-Mediation: Identifizierung Konfliktlagen, Motivationsprobleme, Informationsdefizite, vertrauliche Aussprachen, Unterstützung Verbesserungsvorschlägen.

Die Sanierungsmediation kann also in einer gesamten Begleitung des Verfahrens oder im abgestimmten Einsatz in individuellen Konfliktlagen stattfinden. Im Idealfall steht der Sanierungsmediator den Beteiligten im laufenden Verfahren bedarfsgerecht zur Verfügung.

Fazit

Es fällt den meisten Unternehmern noch schwer, die Eigenverwaltung als Chance in einer veränderten Insolvenzkultur zu begreifen, obwohl sie allen Verfahrensbeteiligten Vorteile bringen könnte. Allerdings sollten die potenziellen Mitglieder der vorläufigen Gläubigerausschüsse, deren Bedeutung mit dem Inkrafttreten des ESUG erheblich „aufgewertet“ wurde, die Initiative unterstützen, die festgetretenen Pfade der Insolvenzabwicklung zumindest in den Eigenverwaltungsverfahren zu verlassen. Die Sanierungsmediation im Eigenverwaltungsverfahren kann zu einer erheblichen Verbesserung der Kommunikation und Transparenz der Prozesse für die Verfahrensführung beitragen. Ferner ergeben sich abseits der typischen Positionierung der Verfahrensbeteiligten neue Wege der Konfliktlösung, von der alle – auch wirtschaftlich betrachtet – profitieren können. Es gehört mittlerweile zu den gesicherten Erkenntnissen der Wirtschaftsmediation, dass Mediationsverfahren (gegenüber gerichtlichen Auseinandersetzungen) eine erhebliche Zeit- und Kostenersparnis im Sinne einer Prozessökonomie bringen. Das trifft auch auf die Sanierungsmediation im Eigenverwaltungsverfahren zu.

Uwe Kassing

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Insolvenzrecht, Mediator(DAA)

Schwerpunkte:
Sanierungsgeschäftsführer (CRO-Tätigkeit),
Insolvenzberatung, Sanierungsmediation

Tel. 0211- 82 89 77 200
uwe.kassing@buchalik-broemmekamp.de



Sanieren statt Liquidieren

Von Robert Buchalik und Professor Dr. Hans Haarmeyer

Neue Möglichkeiten der Sanierung durch Insolvenz nach dem ESUG. Dieses Praxishandbuch nimmt Sie mit in die Echtzeit der Sanierung. Es klärt Sie über den Umgang mit dem neuen Recht auf und erläutert die Möglichkeiten einer Sanierung anhand von Beispielfällen aus der Praxis. Wichtige Instrumente wie Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren sowie die Möglichkeiten einer professionellen Vorbereitung werden von den Autoren eingehend dargestellt.

2012. Gebunden. 253 Seiten. 39,95 Euro, ISBN 978-3-482-64041-4



Der (vorläufige) Gläubigerausschuss

Ein Leitfadens für Ausschussmitglieder und weitere insolvenzrechtliche Vorschriften

Der Arbeitsleitfaden soll Mitgliedern eines (vorläufigen) Gläubigerausschusses einen Überblick geben, welche Rechte und Pflichten mit diesem Amt verbunden sind, aber zugleich auch auf ungeklärte Fragen hinweisen. Er soll zugleich Hilfestellung und Nachschlagewerk sein, sollten im Umgang mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter, (vorläufigen) Sachwalter, eigenverwaltenden Schuldner, dem Insolvenzgericht und den Gläubigern Problemstellungen auftreten.

2. Auflage, Dezember 2013, 168 Seiten, ISBN 978-3-00-044181-3

Der Arbeitsleitfaden kann kostenlos unter presse@buchalik-broemmekamp.de bestellt werden



Insolvenzordnung

Robert Buchalik kommentiert die §§ 270–285 InsO (Eigenverwaltung)

Mit dem PräsenzKommentar erhalten Sie ein Arbeitsmittel für die Praxis als Insolvenzverwalter oder Mitarbeiter im Insolvenzbüro, Rechtsanwalt, Insolvenzrichter oder Rechtspfleger sowie in der Schuldnerberatung und in der insolvenzrechtlichen Ausbildung. Der Kommentar erfüllt alle Anforderungen an ein modernes Recherchemittel. Die bewusst auf praxisrelevante Themen konzentrierte und hoch verdichtete Darstellung ohne akademischen Ballast verschafft dem Leser einen schnellen Überblick über die Struktur des Insolvenzrechts und den aktuellen Stand der herrschenden Meinung. Eingebettet in eine umfassende Recherchelösung mit weit über 100 Kommentaren, Fach- und Formularbüchern, der ZInsO und anderen Zeitschriften, mehr als 60.000 Entscheidungen im Volltext und vielen weiteren Inhalten und Online-Diensten gewährleistet der PräsenzKommentar einen schnellen Zugriff auf alle wesentlichen Informationen.

2. Auflage 2012, 2608 Seite(n), geb., 75,00 Euro, Bücher ZAP Verlag, ISBN 978-3-89655-685-1

Weitere Informationen finden Sie unter: www.buchalik-broemmekamp.de



Impressum

Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater
Prinzenallee 15
40549 Düsseldorf
Tel. 0211-82 89 77 200
www.buchalik-broemmekamp.de

Westendstraße 16-22
60325 Frankfurt/Main
Tel. 069-24 75 215 0

Haftungsausschluss

Die Beiträge wurden mit Sorgfalt recherchiert. Gleichwohl wird keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Inhalte übernommen. Der Newsletter stellt keine abschließenden Informationen bereit und ersetzt nicht eine Beratung im Einzelfall. Hierfür steht Ihnen auf Wunsch die Kanzlei Buchalik Brömmekamp gern zur Verfügung.

Redaktion

Markus Haase, Bettina Fey