

NEUIGKEITEN

März
2023

Forum 270

Qualität und Verantwortung
in der Eigenverwaltung e.V.

Inhalt

- 2 Thema 1
- 3 Thema 2
- 4 In Kürze
- 4 Impressum | Kontakt

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

wir freuen uns, Ihnen den ersten Newsletter des Forum 270 – Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e. V. vorzustellen.

Das Forum 270 hatte sich im Frühjahr 2017 gegründet, um zum nachhaltigen Erfolg von Eigenverwaltung und Schutzschirm beizutragen. Dafür haben wir Grundsätze für die ordnungsgemäße Durchführung von Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung formuliert, zu denen sich unsere 19 Mitglieder verpflichten.

Mit dem Newsletter öffnen wir jetzt einen weiteren Kommunikationskanal, mit dem wir uns zweimal im Jahr zu aktuellen Themen der Rechtsprechung und Restrukturierungspraxis äußern wollen.

In der ersten Ausgabe beschäftigen wir uns mit den Anforderungen an die Fortbestehensprognose und an Sanierungskonzepte im Lichte der neueren BGH-Rechtsprechung, Überlegungen zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit sowie dem Zugang zur Kurzarbeit.

Bei Fragen dazu wenden Sie sich gerne direkt an uns.



Mit freundlichen Grüßen

Thomas Klöckner

THEMA

Anforderungen an die Fortbestehensprognose und an Sanierungskonzepte im Lichte der neueren BGH-Rechtsprechung

Von Dr. Thorsten Bieg + Prof. Dr. Gerrit Hölzle

Der BGH hatte jüngst Gelegenheit, über die Tauglichkeit von Sanierungskonzepten in sehr prominenten, letztlich aber gescheiterten Großsanierungen zu entscheiden. Beide Urteile lesen sich prima vista als sanierungsfreundlich. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass die Sanierungspraxis nun vor ganz erhebliche Herausforderungen gestellt wird und künftig zu einer deutlichen früheren Abkehr von der freien Sanierung zu Gunsten einer förmlichen Sanierung im StaRUG oder im (eigenverwalteten) Insolvenzverfahren führen dürfte. Denn im Ergebnis der beiden Entscheidungen drohen erhebliche Anfechtungs- und Haftungsrisiken für die jeweiligen Geschäftsleiter und Berater, obwohl beide Großsanierungen ein »Stelldichein« für versierte Player des deutschen Restrukturierungsmarktes waren.

Fortbestehensprognose und Erfolgstauglichkeit von Sanierungskonzepten als Haftungsrisiko

Die Aufstellung der Fortbestehensprognose gehört regelmäßig zu den anspruchsvollsten Aufgaben in der Restrukturierungsberatung. Ihr Fehlen

führt nicht nur zur Verwirklichung von Insolvenzantragspflichten gemäß § 15a InsO, sondern ist darüber hinaus bei verspäteter Antragstellung strafbewehrt und begründet erhebliche zivilrechtliche Haftungsrisiken für Geschäftsleiter. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH setzt eine positive Fortbestehensprognose den Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe und die sich aus einem aussagefähigen Unternehmenskonzept (bzw. »Sanierungskonzept«) herzuleitende Lebensfähigkeit des Unternehmens voraus.

Air Berlin-Entscheidung

Aus Sicht der Sanierungspraxis zunächst begrüßenswert stellt der BGH fest, dass eine positive Fortbestehensprognose im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 InsO nicht bereits deshalb ausscheidet, weil die Aufrechterhaltung der Liquidität der Gesellschaft von der Zurverfügungstellung ausreichender finanzieller Mittel durch Dritte, etwa einen Gesellschafter, abhängt, auf welche die Gesellschaft (noch) keinen rechtlich verbindlichen Anspruch hat. Dabei lässt der BGH allerdings eine Spekulation des Gesellschafters auf Kosten der Gläubiger gerade nicht zu. Soll mit der Patronatserklärung auf den Insolvenzzzeitpunkt Einfluss genommen werden, so ist die Abgabe einer harten Patronatserklärung erforderlich. Gibt der Gesellschafter nur eine weiche Patronatserklärung ab, so kann diese der Fortbestehensprognose nicht (mehr) zugrunde gelegt werden. Bewertet die Geschäftsleitung den Erklärungswert bei Erstellung der Fortbestehensprognose falsch, kann dies eine Insolvenzsverschleppungshaftung begründen.

Q-Cells-Entscheidung

Der BGH stellt ausdrücklich klar, dass die reine Vermeidung bzw. Beseitigung des Insolvenzgrundes für ein taugliches Sanierungskonzept nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen genügt. Im Regelfall muss ein taugliches Sanierungskonzept neben der Beseitigung der Insolvenzgründe auch Maßnahmen zu deren Bewältigung und damit zur nachhaltigen Wiederherstellung der Bestands-

fähigkeit des Unternehmens beinhalten. Für die Sanierungspraxis ist dies unverändert ein erhebliches Problem: Das Gelingen eines Sanierungskonzepts hängt von vielfältigen externen und internen Rahmenbedingungen ab. Die Geschäftsleiter haben im Rahmen ihrer Sanierungspflicht abzuwägen, für welchen Sanierungsweg und für welche Sanierungsmaßnahmen sie sich entscheiden. Das erfordert eine Prognose des Ausgangs des in der Regel hochkomplexen, weil von vielfältigen Faktoren abhängigen jeweiligen Sanierungsszenarios. Die positive Fortbestehensprognose wiederum ist davon abhängig, dass diese Prognose mit der Einschätzung einer überwiegenden Erfolgswahrscheinlichkeit abschließt. Scheitert der Sanierungsversuch schlussendlich doch, wird die Prognose im Rahmen gerichtlicher Anfechtungs- und Haftungsprozesse auf ihre Schlüssigkeit geprüft. Zwar gilt insoweit das Postulat der ex ante-Betrachtung, der spätere »Beweis des Scheiterns« aber wiegt häufig schwer mit meist existenziellen Folgen für die Betroffenen.

Fazit: Steine statt Brot

Die Entscheidungen wirken prima vista schlüssig, auf konsequenter Linie entwickelt und vordergründig erleichternd für die Sanierungspraxis. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass der BGH sehr hohe Anforderungen an die Sanierungspraxis stellt, was künftig mit erheblichen Prognoseunsicherheiten verbunden sein wird. Das kann dazu führen, dass die Geschäftsleitung und ihre Berater sehr viel schneller zu reagieren haben und von Sanierungsversuchen deutlich früher – und risikoaverser – Abstand genommen werden muss und wird. Die Sanierungspflicht der Geschäftsleitung verpflichtet diese nicht, eigene Haftungsrisiken einzugehen, weshalb diese aus § 1 Abs. 1 StaRUG richtigerweise verpflichtet ist, auch eine förmliche Restrukturierung nach StaRUG oder ein (eigenverwaltetes) Insolvenzverfahren einzuleiten, sobald die hinreichende Sicherheit für die freie Sanierungsperspektive entfällt. Dasselbe gilt für den Berater, der stets den sichersten Weg zu empfehlen hat.

THEMA

Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit

Von Thomas Oberle *Insolvenzanträge werden nahezu ausschließlich erst dann gestellt, wenn der zum Antrag verpflichtende Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Es ist zu begrüßen, dass der BGH in einer aktuellen Entscheidung (Urteil vom 28. Juni 2022 – II ZR 112/21) einen weiteren Versuch unternimmt zu klären, wie das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit zu ermitteln und darzulegen ist. Im Leitsatz zur Entscheidung hält der BGH hierzu fest: »Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO muss nicht durch Aufstellung einer Liquiditätsbilanz, sondern kann auch mit anderen Mitteln dargelegt werden.« Was zunächst als erfreuliche Klärung erscheinen mag, entpuppt sich bei näherem Hinsehen als Haftungs-falle.*

Divergenz der Methoden

Die Formulierung des Leitsatzes lässt erkennen, dass mehrere Methoden zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gleichzeitig zulässig sein sollen. Führen die unterschiedlichen Methoden allerdings zu unterschiedlichen Ergebnissen, liegt folgendes Risiko auf der Hand: Wenn die Anwendung einer Methode das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit anzeigt, schwebt der Geschäftsleiter, der sich deshalb in Sicherheit wiegt und die Geschäfte ohne Insolvenzantrag fortführt, in der Gefahr, von einem späteren Insolvenzverwalter persönlich in Haftung

genommen zu werden, wenn eine andere (nach BGH ebenfalls zulässige) Methode zeigt, dass Zahlungsunfähigkeit bereits vorlag. Und genau dies ist bei den vom BGH nun für zulässig erachteten Methoden der Fall.

Die Liquiditätsbilanz

Die Methode Liquiditätsbilanz hatte der BGH in einer Entscheidung im Jahr 2017 wie folgt definiert: Es sind die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb eines Zeitraums von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten und den innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten. Es sind mithin die zum Stichtag vorhandenen Mittel (sog. Aktiva I) und die innerhalb von drei Wochen zufließenden Mittel (sog. Aktiva II) zu addieren. In gleicher Weise sind die zum Stichtag fälligen Verbindlichkeiten (sog. Passiva I) und die innerhalb drei Wochen fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) zu addieren. Die Ergebnisse sind zueinander ins Verhältnis zu setzen, woraus sich der sog. Liquiditätsdeckungsgrad ergibt.

Diese Methode hat gleich mehrere Schwachstellen. Sie gibt zwar vor, die Entwicklung innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums zu betrachten, um zu ermitteln, ob eine zunächst vorhandene Deckungslücke fortbesteht (Zahlungsunfähigkeit) oder geschlossen wird (Zahlungsstockung). Da aber sowohl der Stand der Aktiva zum Stichtag mit der im Zeitraum eingehenden Liquidität als auch der Stand der Passiva mit den im Zeitraum zusätzlich fällig werdenden Verbindlichkeiten in einem Betrag zusammengefasst werden, lässt sich die Entwicklung im Zeitraum überhaupt nicht erkennen. Überdies hat die Methode den sog. Volumeneffekt zur Folge. Durch die Zusammenfassung der Aktiva einerseits und der Passiva andererseits in jeweils einen aufsummierten Betrag werden deutlich größere Beträge ins Verhältnis gesetzt als die Beträge, die zu jeweils einzelnen Stichtagen zu

ermitteln sind. Bei gleicher absoluter Deckungslücke führt dies rechnerisch zu einem höheren Deckungsgrad bei den zusammengefassten Beträgen der Liquiditätsbilanz als bei einer Berechnung des Deckungsgrads an einzelnen Stichtagen des Zeitraums.

Die gravierendste Schwachstelle der Liquiditätsbilanz besteht darin, dass sie Zahlungen während des Drei-Wochen-Zeitraums völlig unberücksichtigt lässt. Folge davon ist, dass es sich bei der Liquiditätsbilanz in der Regel um ein irreales Zahlenkonstrukt handelt, das eine Liquiditätssituation wiedergibt, die sich nur dann ergeben kann, wenn die Zahlungen tatsächlich eingestellt werden. Bei einer Zahlungseinstellung aber wird die Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO gesetzlich vermutet.

Haftungsfall in der Insolvenz

Kommt es zur Insolvenz, wird es dem Insolvenzverwalter nicht sonderlich schwerfallen, im nachhinein die tatsächliche Liquiditätsentwicklung darzutun und (beispielsweise mit Hilfe der vom BGH ausdrücklich anerkannten Mehrfachstatusmethode) zu belegen. Eine Verteidigung gegen die auf dieser Grundlage vom Insolvenzverwalter geltend gemachten Ersatzansprüche mittels einer Liquiditätsbilanz wäre hingegen für die Geschäftsleitung mit nur zweifelhafter Erfolgsaussicht verbunden. Sie würde nämlich letztlich damit vorbringen, dass sie einen Insolvenzantrag nicht gestellt hat, weil sie wegen der beabsichtigten (?) Einstellung ihrer Zahlungen rechnerisch nicht zahlungsunfähig war. Die Geschäftsleitung, die sich – glaubt sie einer Liquiditätsbilanz – zahlungsfähig und damit sicher vor Haftung wähnte, wacht angesichts der Realität in der Haftungsfall auf.

Angesichts dieser Haftungsgefahr ist es Geschäftsleitern dringend zu empfehlen, bei ex ante-Prüfung der Zahlungsfähigkeit die vom BGH gebilligte Finanzplanmethode anzuwenden und anwaltliche Beratung in einem Krisenstadium so frühzeitig wie möglich in Anspruch zu nehmen.

IN KÜRZE

Weiterhin vereinfachter Zugang zur Kurzarbeit – Verlängerung bis Mitte 2023

Von Silvio Höfer Seit März 2020 dient der vereinfachte Zugang zum Kurzarbeitergeld (KUG) im Rahmen der Corona-Pandemie der Sicherung von Arbeitsplätzen und der Sicherung des Fortbestands von Unternehmen und ist zuletzt über Verordnungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales mehrfach verlängert worden.

Doch die Krise dauert an. Der Angriffskrieg auf die Ukraine, steigende Strom- und Gaspreise und anhaltende Störungen in Lieferketten stellen Unternehmen erneut vor große Herausforderungen. Aus diesen Gründen hat der Bundestag am 29. September 2022 eine bis zum 30. Juni 2023 befristete Verordnungsermächtigung beschlossen, die auch künftig die Verlängerung des vereinfachten Zugangs zum KUG per Verordnung ermöglicht, die derzeit bis zum 31. Dezember 2022 befristet gilt. Das Bundesministeriums für Arbeit und Soziales hat auf dieser Grundlage zum 01. Januar 2023 den erleichterten Zugang zum KUG verlängert. Erleichterungen sind u.a. die Absenkung der Quote der vom Arbeitsausfall betroffenen Beschäftigten von einem Drittel auf 10 % der Belegschaft, der Verzicht auf das Erfordernis, negative Zeitsalden

aufzubauen und auch die Erweiterung auf Leiharbeitsverhältnisse. Ziel ist es weiterhin, für soziale Sicherheit zu sorgen.

Aber zu welchem Preis?

Die Energiekrise wird anders als die Coronakrise ein dauerhaftes Phänomen sein. Weitet man im »Gießkannenprinzip« das auf einen vorübergehenden Arbeitsausfall ausgerichtete KUG zeitlich immer wieder aus, wird dies nichts an den Ursachen der Krise ändern und die Unternehmen sicherlich auch nicht dazu veranlassen, harte Gegenmaßnahmen zu treffen. Mittelfristig werden die Unternehmen daher ihre Wettbewerbsfähigkeit einbüßen, spätestens dann, wenn die Erleichterungen nicht mehr greifen sollten. Zudem sind bis heute rund 800.000 Fälle aus Zeiten der Pandemie durch die Bundesagentur für Arbeit noch nicht abschließend geprüft. Die Bundesagentur benötigt für die Bearbeitung der Anzeigen und Anträge mehr Personal und ihre Rücklagen sind vollständig aufgebracht. Rund 40 Mrd. Euro hat die Kurzarbeit in den vergangenen zwei Jahren gekostet und muss nun auch noch bis Mitte 2023 finanziert werden.

Die Mitglieder des Forum 270

Dr. Dirk Andres	Thomas Klöckner
Dr. Georg Bernsau	Dr. Christoph Morgen
Dr. Thorsten Bieg	Thomas Oberle
Andreas Elsäßer	Dr. Jan Markus Plathner
Dr. Christian Gerloff	Alexander Reus
Silvio Höfer	Jochen Sedlitz
Prof. Dr. Gerrit Hölzle	Detlef Specovius
Dr. Alexander Höpfner	Dr. Stefan Weniger
Marc-Philipp Hornung	Marcus Winkler
Burkhard Jung	

Impressum | Kontakt

Forum 270 Zeppelinallee 77 | 60487 Frankfurt am Main
T +49 621 4257-328 | kontakt@forum270.de
www.forum270.de

Verantwortlich für den Inhalt: Vorstand

Redaktion: Thomas Feldmann, Robert Westhues

Fotonachweise: Archiv