Buchalik Brömmekamp

NEWSLETTER

EDITORIAL

Sehr geehrte Geschäftsfreunde,

das Jahr 2016 war für die Krisendienstleister geprägt von einem schwierigen Marktumfeld, sofern man den erneuten Tiefststand bei der Anzahl von Unternehmensinsolvenzen als Maßstab hierfür heranzieht. Erneut konnte sich unser Haus in diesem schwierigen Markt als führender Player behaupten. Unsere neuen Standorte in Berlin, Dresden und Stuttgart sowie als Basis jeglichen Erfolgs, die erneut gute Arbeit unseres Teams waren hierbei die wesentlichen Erfolgsfaktoren.

Die Qualität unserer Arbeit blieb auch der Fachwelt nicht verborgen, sondern mündete im Gewinn des „Best of Consulting Awards der Wirtschaftswoche“. In der Kategorie „Restrukturierung Mittelstand“ wurde die Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung als „Exzellent“ ausgezeichnet.

Darauf sind wir stolz und verstehen es natürlich auch als Ansporn uns weiter zu verbessern, um unsere Mandanten stets optimal unterstützen zu können.

Richtet man den Blick nach vorne, so deuten die wesentlichen Eckdaten der Wirtschaft auf eine zumindest absehbar stabile Entwicklung hin. Trotz aller Unsicherheiten wie Brexit, Trump oder Eurostabilität. Getragen wird die positive Prognose von einer starken Binnennachfrage, billigem Geld und moderaten Rohstoffpreisen, so die Experten. Aber Risiken können sich natürlich realisieren und unvorhersehbare Ereignisse hinzukommen. Insbesondere im Wahljahr 2017, welches nicht nur in NRW und Deutschland richtungsweisend sein wird. Neue Rahmenbedingungen, resultierend aus der fortlaufenden Rechtsprechung, möglichen Gesetzesanpassungen sowie der sich stetig weiterentwickelnden Sanierungspraxis werden unseren Markt als Beratungshaus für Sanierung und Restrukturierung weiterhin prägen und Flexibilität erfordern. Hierfür sehen wir uns bestens gerüstet und bieten Ihnen mit diesem Newsletter erneut Einblicke in unsere Projektarbeit sowie fundierte Einschätzungen zu ausgewählten Themen.

Ich wünsche Ihnen viele Anregungen bei der Lektüre!

Ihr

Bozidar Radner

02 Kriterien zur Festsetzung angemessener Vergütungen in der Eigenverwaltung
06 Plädoyer für eine neue Sanierungskultur
10 Neues Sanierungsinstrument durch die EU-Kommission auf den Weg gebracht
13 Organpflichten und Haftungsrisiken von Aufsichtsratsmitgliedern im Zeichen des ESUG
16 Die gelungene Sanierung der Timm Fleisch- und Wurstmanufaktur GmbH unter Insolvenzschutz
18 Compliance in der GmbH
20 Die Ausgestaltung eines Überbrückungskredits als Vorstufe zum Sanierungskredit
22 Schuldverschreibungsgesetz versus ESUG bei der Restrukturierung von Anleihen
24 Verbesserte Verlustverrechnung für Körperschaften
25 Der Einsatz und die Voraussetzungen der Deckungsbeitragsrechnung bei der Restrukturierung von Unternehmen
28 Individuelle Unternehmenssituationen benötigen maßgeschneiderte Finanzierungen
30 Liquiditätssteuerung in der Krise
32 Aktuelles

Kriterien zur Festsetzung angemessener Vergütungen in der Eigenverwaltung

Mit den beiden Grundsatzentscheidungen vom 21.07.2016 (IX ZB 70/14) und vom 22.09.2016 (IX ZB 71/14) hat der BGH die bisher herrschende Unsicherheit bei der Bestimmung der Sachwaltervergütung beseitigt. Mit der Entscheidung des LG Duisburg vom 14.09.2016 (7 T 24/16) liegt die erste Entscheidung eines Beschwerdegerichts unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung vom 21.07.2016 vor.

Dem vorläufigen Sachwalter steht kein eigenständiger Vergütungsanspruch zu, wenn er im eröffneten Verfahren zum Sachwalter bestellt wird. Entsprechend der geringeren gesetzlichen Aufgabenzuweisung ist die Sachwaltervergütung auch deutlich geringer festzusetzen als die Vergütung eines Insolvenzverwalters. Sie soll im Regelfall nur 85 Prozent der Vergütung eines Insolvenzverwalters betragen (60 Prozent der Regelvergütung des Insolvenzverwalters für die Tätigkeit als Sachwalter und 25 Prozent Zuschlag hierauf für die Tätigkeit als vorläufiger Sachwalter).

Die Berechnungsgrundlage für die Sachwaltervergütung ist die nach § 1 InsVV ermittelte Insolvenzmasse. § 11 InsVV findet in der Eigenverwaltung keine Anwendung. Das heißt, die Befassung mit Aus- und Absonderungsrechten kann aufgrund ihres Umfangs nur dann einen Zuschlag gemäß § 3 Abs. 1 lit. a) InsVV rechtfertigen, wenn mit entsprechend konkretem Sachvortrag eine Mehrbelastung, die über die übliche Überwachung und Kontrolle hinausgegangen ist, vorgetragen wird.

Anders als in der Regelinsolvenz rechtfertigt die Verwertung von mit Absonderungsrechten belasteten Massegegenständen gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV aber nicht die Erhöhung der Berechnungsgrundlage für die Regelvergütung des Sachwalters (AG Dortmund v. 05.12.2016 – 259 IN 13/14, ZInsO 2016 2499), da die Verwertung der Absonderungsrechte gem. § 282 Abs. 1 S. 1 InsO dem eigenverwaltenden Schuldner obliegt.

Maßgebliches Kriterium für die Gewährung eines Zu- und Abschlags ist der – im Verhältnis zu den in jedem Verfahren zu erfüllenden gesetzlichen Aufgaben des Sachwalters – gestiegene oder geminderte Arbeitsaufwand.

1. Betriebsfortführung

Die Überwachung der Betriebsfortführung durch das eigenverwaltende Unternehmen rechtfertigt nach Ansicht des BGH keinen Zuschlag. Im Gegensatz zur Regelinsolvenz stellt die Überwachung der Betriebsfortführung eine gesetzlich dem Sachwalter zugewiesene Regelaufgabe dar, die eine Sanierung durch ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung „prägt“.

Ein Zuschlag kommt daher nur dann in Betracht, wenn die Überwachung der Betriebsfortführung den Sachwalter in überdurchschnittlichem Umfang in Anspruch genommen hat. Ein Zuschlag scheidet hingegen von vornherein aus, wenn das eigenverwaltende Unternehmen in einem durchschnittlichen Verfahren seine Überwachung und Kontrolle jederzeit ermöglicht sowie Unterlagen und Daten aufbereitet, vollständig zur Verfügung stellt und Auskunft gibt.

Dass zur Überwachung der Betriebsfortführung die dauerhafte und umfassende Einbindung des Sachwalters in den Prozess der Betriebsfortführung gehört – insbesondere die Kontrolle der laufenden Bestellungen bzw. Rechtsgeschäfte – hat der BGH ebenfalls klargestellt.

Zudem stellt das LG Duisburg fest, dass die regelmäßig immer wieder vorkommende reine Behauptung einer „außergewöhnlichen Belastung“ ohne substantiierte Darlegung des konkreten Prüfungsaufwandes und der pauschale Verweis auf die bisherige Berichterstattung im Vergütungsantrag nicht (mehr) ausreichen, um die Gewährung eines Zuschlags zu begründen.

2. Liquiditätsüberwachung

Einen Zuschlag für die Liquiditätsüberwachung verneint das LG Duisburg mit Verweis auf die aus § 270b Abs. 4 S. 2 InsO resultierende Pflicht, den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit im laufenden Schutzschirmverfahren dem Insolvenzgericht unverzüglich anzuzeigen.

Ein Zuschlag kommt daher nur dann in Betracht, wenn die Erfüllung dieser Regelaufgabe mit einem überdurchschnitt-

lichen Umfang oder besonderen Schwierigkeiten verbunden war. Hat der Sachwalter die Erfüllung seiner Regelaufgabe auf einen externen Dienstleister delegiert und als „sonstige Auslagen“ zur Sachverständigenvergütung geltend gemacht, ist zu prüfen, ob überhaupt ein Auslagenerstattungsanspruch (§ 12 Abs. 1 2 Nr. 1 JVEG) besteht.

Hat der Sachwalter seine Kosten als Masseverbindlichkeiten zulasten der Masse abgerechnet, kommt ggf. sogar die Kürzung der Regelvergütung um diese Kosten in Betracht.

3. Teilsanierung in Form einer Teilbetriebsveräußerung

Im Bereich der Teilsanierung in Form einer Teilbetriebsveräußerung verweist das LG Duisburg wie der BGH auf die klare Aufgabenverteilung in der Eigenverwaltung.

Es gehört nicht zu den Aufgaben des Sachwalters, die Möglichkeit der übertragenden Sanierung zu analysieren oder sogar selbst einen M&A-Prozess anzustoßen.

Dies ist vielmehr Aufgabe der Eigenverwaltung. Der Sachwalter hat insoweit lediglich eine beratende Funktion, darf aber nicht selbst gestaltend tätig werden, da widerstreitende Strategien der Sanierung schaden könnten.

Auch darf sich der Sachwalter nicht darauf beschränken, von der Eigenverwaltung erarbeitete und vorgelegte (Sanierungs-) Konzepte nachträglich zu billigen oder im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit zu verwerfen. Die Prüfung eines Kaufvertrages, den die Berater des eigenverwaltenden Unternehmens erstellt und endverhandelt haben, reicht jedenfalls nicht aus, um die Gewährung eines Zuschlags zu rechtfertigen.

4. Teilnahme an den Sitzungen des Lenkungsausschusses

Ebenso wenig genügt die punktuelle und passive Teilnahme an den Sitzungen eines Lenkungsausschusses zur Koordination des operativen Sanierungsprozesses, da ein überdurchschnittlicher Arbeitsaufwand nicht unterstellt werden kann. Im Übrigen handelt es sich bei der Überwachung der operativen Sanierung um eine überobligatorische Tätigkeit des Sachwalters, da diese Überwachung durch den Gläubigerausschuss sichergestellt wird. Dieser verfügt schon aufgrund seiner Zusammensetzung in der Regel auch über die notwendige marktspezifische betriebswirtschaftliche Kompetenz.

5. Zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte

Zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte außerhalb des Anwendungsbereiches des gerichtlich angeordneten Zustimmungsvorbehalts (§ 277 Abs. 1 InsO) begründen ebenfalls keinen Zuschlag, da der Sachwalter nur Zuschläge für eine Tätigkeit verlangen kann, die zu seinen gesetzlichen Aufgaben gehört, während überobligatorische Tätigkeiten keinen Zuschlag rechtfertigen.

Daraus folgt, dass ein nur intern vereinbarter Zustimmungsvorbehalt (z. B. aufgrund einer Geschäftsordnung zwischen dem eigenverwaltenden Unternehmen und dem Sachwalter) vergütungsrechtlich irrelevant ist, auch wenn damit ein erhebliches Haftungsrisiko (z. B. aufgrund der Verwendung einer Doppel-PIN) verbunden sein kann.

6. Befassung mit Aus- und Absonderungsrechten

Der „Zurechnung“ der Tätigkeiten des eigenverwaltenden Unternehmens im Zusammenhang mit der Prüfung von Aus- und Absonderungsrechten erteilt das LG Duisburg eine klare Absage.

Der eindeutige Wortlaut von § 3 Abs. 1 lit. a) InsVV verlangt eine eigene Tätigkeit des Verwalters bzw. einen erheblichen Arbeitsaufwand.

Allerdings lässt sich das LG Duisburg eine kleine Hintertür offen, indem es – wie der BGH – aufgabenbezogene Ausnahmen (z. B. die Erteilung eines Prüfungsauftrags durch das Insolvenzgericht oder den Gläubigerausschuss) zulässt.

7. Prüfung und Mitwirkung am Insolvenzplan des eigenverwaltenden Unternehmens

Soweit für die Prüfung und Mitwirkung am Insolvenzplan des eigenverwaltenden Unternehmens ein Zuschlag geltend gemacht wird, weist das LG Duisburg darauf hin, dass der Sachwalter gem. § 284 Abs. 1 S. 2 InsO die beratende Mitwirkung an der Erstellung des Insolvenzplans als Regelaufgabe schuldet und diese Tätigkeit daher mit der Regelvergütung abgegolten ist.

Ein Zuschlag scheidet somit aus, falls der (vorläufige) Sachwalter nicht ausnahmsweise:

- den Insolvenzplan im Auftrag der Gläubigerversammlung erstellt hat (§ 284 Abs. 1 S. 1, 157 S. 2 InsO) oder

- ihm durch die Prüfung des Insolvenzplans ein überdurchschnittlicher Arbeitsaufwand entstanden ist (z. B. aufgrund der Prüfung eines Finanzplans gem. § 229 S. 1 InsO, wobei eine Prüfungserleichterung bei Einmalzahlung der Planquote oder durch die Mitwirkung von besonders qualifizierten Gläubigerausschussmitgliedern bzw. eines vom Gläubigerausschuss beauftragten Sachverständigen zu berücksichtigen sind) oder
- der Sachwalter gestaltenden Einfluss auf den Inhalt des Planes genommen hat.

8. Zusammenarbeit mit dem Gläubigerausschuss

Im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit dem Gläubigerausschuss und den dadurch zusätzlich entstehenden Kommunikationsaufwand sowie die etwaige Vor- und Nachbereitung von Sitzungen stellt das LG Duisburg fest, dass die Bestellung eines Gläubigerausschusses nicht für jedes Insolvenzverfahren zwingend ist (vgl. § 22a InsO).

Ist er bestellt, kann deshalb dem Sachwalter ein erheblicher Mehraufwand entstehen, weil er dem Gläubigerausschuss regelmäßig einen Bericht erstatten muss. Ohne einen entsprechenden erheblichen Mehraufwand scheidet aber ein regelhafter Zuschlag von vornherein aus.

Bei der Postulierung der Annahme einer nicht vorhandenen Zwangsläufigkeit zur Einsetzung eines Gläubigerausschusses übersieht das LG Duisburg indes, dass ein Gläubigerausschuss ab Erreichen der Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO zwingend wird und mit der Größe des Unternehmens immer auch eine Erhöhung der Berechnungsgrundlage für die Regelvergütung verbunden ist.

Es erkennt aber an, dass ein Gläubigerausschuss, der seine Überwachungs- und Kontrollpflichten (§§ 69, 270b Abs. 4 S. 1 Nr. 2 InsO) wahrnimmt, auch entlastend für den Sachwalter wirken kann, sodass nur ein geringer Zuschlag gewährt wird. Bezogen auf die Zusammenarbeit kommt in dem – nicht gesetzlich zwingend einen Ausschuss erfordernden – Verfahren allenfalls ein Zuschlag in einem ganz geringen Umfang infrage, wenn sich aus den konkreten Darlegungen des Sachwalters im Vergütungsantrag ein außergewöhnlicher Aufwand ergibt.

Insoweit gilt auch aufgrund der Entscheidungen des BGH die im Regelinsolvenzverfahren anerkannte Mindestgrenze von fünf Prozent für einen Zuschlag nicht, sondern es kann auch ein Zuschlag unterhalb dieses Grenzwertes zur Festsetzung gelangen.

9. Prüfung und Bearbeitung von Organhaftungs- und Anfechtungsansprüchen

Die Prüfung und Bearbeitung von Organhaftungs-, Schadensersatz- und Anfechtungsansprüchen stellt ebenfalls eine Regelaufgabe des (vorläufigen) Sachwalters dar (§ 280 InsO) und ist daher mit der Regelvergütung abgegolten. Die ausnahmsweise Gewährung eines Zuschlages setzt immer voraus, dass ihm ein erheblicher, konkret dargelegter Mehraufwand entstanden ist und dieser Mehraufwand nicht durch eine gleichzeitige Erhöhung der Berechnungsgrundlage ausgeglichen wird.

10. Vielzahl von Gläubigern

Schließlich gewährt das LG Duisburg unter Berufung auf die BGH-Rechtsprechung einen Zuschlag wegen einer Vielzahl von Gläubigern, wenn die Zahl von 100 Gläubigern überschritten wurde. Ob in Zeiten der elektronischen Tabellenführung dieser Zuschlag noch zeitgemäß ist, erscheint indes zweifelhaft, zumal die Führung der Tabelle heute bereits als externe Dienstleistung zu sehr günstigen Preisen angeboten wird und sich die große Zahl von Gläubigern regelmäßig in einer höheren Berechnungsgrundlage niederschlägt. In jedem Fall jedoch muss für einen Zuschlag zusätzlich zu einer großen Zahl auch ein sich damit verbindender Mehraufwand konkret dargelegt werden.

11. Abschlag für Sanierungsgeschäftsführer

Einen Abschlag für die Tätigkeit eines insolvenzerfahrenen Sanierungsgeschäftsführers (CRO) verneint das LG Duisburg, da dessen Bestellung der Annahme von besonderen Erschwernissen teilweise entgegengestanden hat bzw. bei der Zuschlagsbemessung berücksichtigt wurde. Daraus folgt, dass das LG Duisburg diesen Abschlag nicht grundsätzlich in Frage stellt, sondern nur eine Doppelberücksichtigung vermeiden wollte.

Auswirkung für die Praxis

Aus Sicht der Praxis ist die neue Vergütungsrechtsprechung zu begrüßen. Man möge sich nur vorstellen, was passieren würde, wenn Sachwalter die Prüfung von Insolvenzanfechtungs-, Schadensersatz- und Organhaftungsansprüchen bis zum Erörterungs- und Abstimmungstermin herauszögern könnten, um mit zum Teil unsubstantiierten Behauptungen eine Insolvenzplanlösung (konkret die Vergleichsrechnung

zwischen Insolvenzplan und Liquidation im Regelinsolvenzverfahren) zu Fall zu bringen. Die Konsequenz wäre wohl, dass Organe und Gesellschafter gezwungen wären, übereilte Vergleiche abzuschließen, um die Sanierung der Gesellschaft nicht durch Verzögerungen zu gefährden.

Interessengerecht ist zudem die Konsequenz, dass indirekt die Geltung des Beschleunigungsgrundsatzes für das Schutzschirmverfahren und das Eigenverwaltungsverfahren bestätigt wurde, denn ohne die zügige Prüfung solcher Ansprüche kann keine belastbare Vergleichsrechnung zwischen Liquidations- und Planszenario erstellt werden, weil etwaige Abgeltungszahlungen immer Auswirkungen auf die Quotenaussicht der Gläubiger haben. Insofern hat die Entscheidung des LG Duisburg neben den erwünschten rechtlichen Klarstellungen insbesondere einen hohen praktischen Wert für die Sanierungsberatung.

Handlungsempfehlung für die Praxis

Da es für die Vergütung des vorläufigen wie auch des (endgültigen) Sachwalters bezüglich der Berechnungsgrundlage für die Regelvergütung künftig keine Trennung mehr gibt, empfiehlt sich für die Praxis, die nachfolgende Gegenüberstellung der beantragten bzw. vom Insolvenzgericht festgesetzten Vergütung anzuwenden, um einerseits den Zusammenhang zwischen der Höhe der zugrunde gelegten Berechnungsgrundlage und den Zuschlägen sowie andererseits die monetären Auswirkungen für alle Verfahrensbeteiligten transparent zu gestalten.

Dazu sollten jeweils die Prozentsätze sowie die sich daraus ergebenden Beträge in Euro gesondert ausgewiesen werden, um deutlich zu machen, dass ein 5-prozentiger Zuschlag bei unterschiedlichen Berechnungsgrundlagen auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.

Auf diese Weise kann zugleich ein wirtschaftlicher Wert der Leistung transparent gemacht und in Bezug gesetzt werden zur tatsächlichen Leistungserbringung. Allein die Angabe von Prozentsätzen verschleiert demgegenüber eher die tatsächliche Belastung der Masse, als den wirtschaftlichen Wert „sichtbar“ zu machen.

Sinnvollerweise erstellt dazu der Berater eine Gegenüberstellung der Berechnungsgrundlage wie sie sich aus der Vermögensübersicht im Insolvenzplan unter Berücksichtigung neuer Erkenntnisquellen (z. B. beim Verzicht auf Geltendmachung von Insolvenzanfechtungs-, Haftungs- oder Schadensersatzansprüchen) und der Vermögensübersicht im Vergütungsantrag des Sachwalters ergibt, verknüpft die jeweilige Berechnungsgrundlage in einer Excel-Tabelle mit den beantragten bzw. vom Insolvenzgericht festgesetzten Zuschlägen und rechnet die Prozentsätze in einer dritten Spalte in Euro um. Dadurch wird vermieden, dass unverhältnismäßige Zuschläge geltend gemacht werden.

Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass eine Teilung zwischen vorläufigen und eröffneten Verfahren nur angezeigt ist, wenn die Vergütung für die vorläufige Sachwaltung schon festgesetzt, aber aufgrund einer sofortigen Beschwerde gegen den Vergütungsfestsetzungsbeschluss noch nicht rechtskräftig ist. Nur dann kommt eine Anrechnung der bereits festgesetzten Vergütung auf die Vergütung für die Tätigkeit im eröffneten Verfahren bis zur Verfahrensaufhebung in Betracht. In allen anderen Fällen erfolgt eine einheitliche Festsetzung der Vergütung für das gesamte Verfahren.

Robert Buchalik

Rechtsanwalt
Geschäftsführer, Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Geschäftsführender Gesellschafter
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

Katrin Schröder

Rechtsanwältin, LL.M. corp.
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Insolvenzrecht, Restrukturierung/Sanierung, Gesellschaftsrecht/ M&A

Tel. 0211- 82 89 77 237
katrin.schroeder@buchalik-broemmekamp.de

Plädoyer für eine neue Sanierungskultur

Seit der Einführung des ESUG in die Insolvenzordnung am 01.03.2012 haben sich einige Parameter in Richtung „Sanieren statt Liquidieren“ geändert. Buchalik Brömmekamp allein hat seither rund 100 Unternehmen bei der Sanierung unter Insolvenzschutz unter dem ESUG betreut. Was freilich noch immer fehlt, ist eine Entstigmatisierung der Insolvenz in unserer Gesellschaft.

Steve Jobs, Walt Disney und Henry Ford I. Was haben diese drei amerikanischen Unternehmer gemeinsam? Sie gehören zu den zehn reichsten Menschen, die jemals gelebt haben und sie haben ihr Vermögen in erster Generation aufgebaut, also ohne ihrerseits bereits geerbt zu haben.

Aber was haben die drei reichen Amerikaner außer ihrem märchenhaftem Reichtum noch gemeinsam? Sie sind früher mindestens schon einmal Pleite gegangen; sie beantragten „Gläubigerschutz“ – wie man das in den USA etwas vornehmer nennt.

Wenn wir in Deutschland an berühmte Pleiten denken, dann fallen eher Namen wie Anton Schlecker, der Baulöwe Schneider und das betrügerische Flow Tex Konglomerat des Manni Klaiber. Auch die schon historischen deutschen Konkurse der Bremer Vulkan AG, der AEG oder der Herstatt Bank hellen das düstere Bild des Scheiterns nicht auf.

Warum klingen die amerikanischen Insolvenzen wie General Motors oder zwischenzeitlich aller Fluglinien fast schon positiv? Haben wir in Deutschland ein Problem mit dem Scheitern oder fehlt uns eine Sanierungskultur, eine Kultur der zweiten Chance? Ich meine schon. Und das gilt es zu ändern!

Die Geschichte des Scheiterns

Deshalb eine kurze Historie des Scheiterns, früher Konkurs, heute in Deutschland Insolvenz genannt. In der Antike wurde der zahlungsunfähige Schuldner schlicht totgeschlagen. Später bestand der erste humanistische Fortschritt darin, ihn als Sklaven zu verkaufen und den Verkaufserlös unter seinen Gläubigern zu verteilen. Dann kam der berühmte Schuldenturm, in dem der Schuldner gefangen gehalten wurde, bis er von Verwandten oder sonst wem durch Zahlung erlöst wurde.

Noch in der Kaiserzeit wurde der Konkurs als „bürgerlicher Tod“ bezeichnet. Die Geschehnisse um die Familie Buddenbrook und insbesondere auch um den gescheiterten Schwiegersohn Bendix Grünlich liefern eine literarische, aber letztlich zeitgeschichtliche Dokumentation Thomas Manns aus dem neunzehnten Jahrhundert.

Folgte auf einen Konkursantrag die Einleitung eines Verfahrens, musste oft schon zehn Minuten später die Akte wieder geschlossen und eine neue – die Akte mit dem Konkursverfahren über den Nachlass – geöffnet werden. In Kaufmannskreisen zählte es sozusagen zum „guten Ton“, dass man wusste, was zu tun ist, wenn es schiefgeht. Man erschoss sich noch im Torbogen des Amtsgerichts, nachdem man den Konkursantrag dort unterschrieben abgegeben hatte.

Bereits seit der Kaiserzeit wird das wirtschaftliche Scheitern eines Unternehmens oder des Unternehmers auf der rechtlichen Grundlage der Konkursordnung abgewickelt. Diese verstand sich als „Gesamtvollstreckung“, also Zerschlagung des damals sogenannten Gemeinschuldners, Versilberung des verbliebenen Vermögens – der Konkursmasse – und Verteilung der liquidierten Habe unter den Gläubigern. Von einer Idee, mit dem verbliebenen Unternehmen einen neuen Start zu wagen, war man meilenweit entfernt.

Es spielten sich im Nachkriegsdeutschland schon sagenhafte Possen ab, die letztlich Tausende von Arbeitsplätzen kosteten, Werte eines ganzen Unternehmens in Bausch und Bogen vernichteten und regelmäßig einer öffentlichen Entrechtung des Unternehmers gleichkamen. Die grundsätzlich sanierungsfreundlichere Vergleichsordnung von 1935 führte immer ein Schattendasein, auch weil sie eine fixe und unrealistische Mindestquote von 35 Prozent für die Gläubiger voraussetzte.

Der Fall Borgward

Exemplarisch für die fehlende Sanierungskultur kann hier der Fall des genialen Autokonstrukteurs Carl F. W. Borgward aus Bremen genannt werden. Borgward war der Erfinder der legendären Isabella und damit ein Wegbereiter für die neue Massenmobilität der damals noch jungen Bundesrepublik. Als die kaufmännischen Defizite im Unternehmen des

Ingenieurs Borgward immer offener zu Tage traten, sah sich Ende 1961 der Senat des Landes Freie Hansestadt Bremen außerstande, eine andere Lösung für eine Sanierung der Borgwardwerke mitzutragen, als den Unternehmer Borgward zu gängeln, seine Geschäftsanteile an einen Treuhänder abzutreten.

Als Treuhänder wurde der damalige Aufsichtsratsvorsitzende der Bayerischen Motorenwerke verpflichtet. Der stellte sich für diese Sanierung als völlig talentfrei heraus, wenn eine solche Sanierung überhaupt ernsthaft gewollt war.

Das Ende von Borgwards Unternehmen ist schnell erzählt. Die Sanierung scheiterte kläglich. 32.000 Arbeitnehmer verloren ihre Arbeit, viele Patente von Borgward kamen irgendwie bei BMW in München an und auf dem ehemaligen Betriebsgrundstück produziert seit 1978 die Daimler AG.

Der Ingenieur Carl Borgward starb 1963 als gebrochener Mann. In der Medizin würden man sagen: „Operation gelungen, Patient tot“. Der Fall Borgward ist ein Einzelschicksal, sagt aber viel über die Kultur des Scheiterns in Deutschland aus. Wer irgendwie unternehmerisch strauchelt oder scheitert, kann grundsätzlich nicht viel Hilfe erwarten. Das wurde in den USA historisch schon immer anders gesehen. Dort gilt für das unternehmerische Scheitern eher der Grundsatz: „Abgerechnet wird am Schluss“. „Hinfallen ist erlaubt – liegen bleiben verboten“! Sonst gäbe es heute nämlich weder das I-Phone, noch die Mickey Mouse.

Erfolg besteht aus vorübergehendem Scheitern

Die Geschichte des Silicon Valley wird als absolute globale Erfolgsgeschichte des neuzeitlichen Unternehmertums betrachtet. Es glaube nur niemand, dass dort ausschließlich Milliardäre der globalen Digitalisierung sozusagen „auf den Bäumen wachsen“. Auf jeden neuen Mark Zuckerberg kommen auch dort tausend geplatzte Träume von einem tollen Start-up mit einer vermeintlich sensationellen Geschäftsidee.

Der langjährigen Erfolgstrainer von Borussia Dortmund und jetzige Manager des FC Liverpool, Jürgen Klopp, sagte einmal: „Erfolg besteht zu 99 Prozent aus Scheitern“. Wie im Fußball, so auch im richtigen Leben. Nur wenn das so ist, dann darf Scheitern nicht verboten sein oder zumindest gesellschaftlich nicht geächtet werden. Wie im Fußball, gibt es auch in der Wirtschaft talentierte und weniger talentierte Player. Aber auch die besten Talente brauchen Training und Mentoren. Wenn wegen der allseits lauernden Gefahr, man könnte mit seiner Idee scheitern, erst gar nichts probiert wird, ist auch nichts gewonnen. Dann droht in letzter Konsequenz eine ganze Volkswirtschaft zu vergreisen. Oder wie die Dinosaurier auszusterben. Droht diese Gefahr in Deutschland? Und wie diese Gefahr droht! Dazu passt auch, dass der am meisten geäußerte Berufswunsch des deutschen akademischen Nachwuchses der des Beamten ist. Da kann ja nichts passieren...

Fehlende Dynamik in der deutschen Industrie

Von den 100 größten Unternehmen in Deutschland ist nur ein einziges jünger als 50 Jahre. Der Walldorfer Softwareentwickler SAP. Und das wurde am 01.04.2016 auch schon 44 Jahre alt. Der Rest besteht aus gnadenlos auf Effizienz und Profitabilität getrimmten Schlachtrössern der Industrie des 20. Jahrhunderts. Die Schwerpunkte liegen im Fahrzeugbau, der Chemie und dem Maschinenbau (Daimler, BASF, Volkswagen und Siemens).

Fast die ganze Welt beneidet die Deutschen um solche globalen Schwergewichte der Industrie. Die globale Wirtschaft ist aber nicht statisch. Die Deutsche Bank und die Lufthansa haben heute schon nicht mehr denselben glänzenden Klang wie vor 20 Jahren. Was rückt nach? Leider nichts in vergleichbarer Qualität.

Im Gegensatz dazu sind in den Vereinigten Staaten von den größten 100 Unternehmen mehr als die Hälfte jünger als 50 Jahre. Mit Apple (40 Jahre) und Google (18 Jahre) gehen die beiden wertvollsten Unternehmen der Welt vorneweg. Die globale Digitalisierung des 21. Jahrhunderts findet weitgehend außerhalb Deutschlands, vor allem in den USA statt. Lange Zeit wurde dieses Problem verharmlost und gönnerhaft darauf verwiesen, dass, wenn sich die Digitalisierung in der „Old Economy“ ausbreiten sollte, die alten Schlachtrösser eben zurückschlagen und die digitalen Newcomer einfach aufkaufen würden.

Ein böser Irrtum. Auch wenn Google jüngst die Entwicklung an einem vollkommen autonom fahrenden Auto ohne Lenkung und Pedale aufgegeben hat, treibt man doch die Entwicklung der digitalen Prozesse dazu weiter voran. Denn, was ist wertvoller für die weitere Entwicklung? Die digitale Software oder die Hardware – das Fahrzeug? Eindeutig die Software. Schon durch die Marktkapitalisierung ist dies jetzt vorgegeben. Alphabet A (Google) ist rund € 490 Milliarden wert – Daimler dagegen € 70 Milliarden. Damit ist hier schon geklärt, wer wen übernehmen würde, wenn es denn soweit käme.

Aus der Vergangenheit hat zumindest der deutsche Gesetzgeber schon einige Lehren gezogen. Würden wir mit der alten Verachtung für alle Gescheiterten so weitermachen, drohte uns in der „Old Economy“ des Fahrzeugs- und Maschinenbaus bald das gleiche Schicksal wie in der Textilindustrie. Die ist in den Jahren zwischen 1980 und 2000 weitgehend aus Deutschland verschwunden. Und was weg ist, ist weg. Das kommt nicht wieder. Der Gesetzgeber hat nicht zuletzt unter dem Eindruck der deutschen Wiedervereinigung erste Lehren gezogen und zuerst die auf Zerschlagung ausgerichtete Konkursordnung im Beitrittsgebiet nicht eingeführt. Von 1990 bis 1998 galt dort das alte DDR-Gesetz der Gesamtvollstreckungsordnung in der letzten Fassung vom 06.06.1990.

Neuerungen durch die Insolvenzordnung

Zum Jahreswechsel 1999 trat dann in ganz Deutschland die Insolvenzordnung in Kraft. Der Gesetzgeber wollte einen Paradigmenwechsel einleiten, die Stigmatisierung der Insolvenz beseitigen und die Sanierung statt der Zerschlagung in den Vordergrund stellen. Dazu wurde als zentraler Reformpunkt der Insolvenzplan in das Gesetz eingeführt. Dadurch ist eine abweichende Regelung vom Gesetz nicht nur vorgesehen, sondern soll ausdrücklich Anwendung finden. Erlaubt ist für die Beendigung des Verfahrens damit fast alles, solange die betroffenen Gläubiger mitmachen. Erstmals war auch ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung vorgesehen. Reflexartig war davon die Rede, dass hier der „Bock zum Gärtner gemacht“ wird. Überflüssig zu sagen, dass solche Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung zunächst ein Schattendasein führten. Die meisten Insolvenzgerichte in Deutschland hatten bis 2012 noch überhaupt kein Eigenverwaltungsverfahren. Kirch Media und Babcock Borsig waren seltene, wenn auch spektakuläre Ausnahmen.

Grundsätzlich machte sich aber ein politischer Konsens breit, dass es so nicht weitergehen konnte. Langsam kam man doch zur Einsicht, dass den Unternehmen in der Krise Anreize geboten werden müssen, um einen möglichst frühzeitigen Insolvenzantrag zu stellen. So hat das Deutsche Institut für angewandtes Insolvenzrecht (DIAI) im Frühjahr 2016 die kumulierten volkswirtschaftlichen Schäden aus der Verschleppung von Insolvenzen in Deutschland auf jährlich 100 Mrd. Euro beziffert!

Bis März 2012 war die Machbarkeit einer Sanierung unter Insolvenzschutz für Unternehmer – und auch für die Gläubiger – kaum kalkulierbar. Auch bestand kaum ein Einfluss auf die Wahl des Insolvenzverwalters und die Verfahrensart. Der Kontrollverlust hielt Unternehmer meist davon ab, einen Insolvenzantrag zu stellen. Zudem drohte der Verlust des Unternehmens. Lieber wurde der Weg über eine außergerichtliche Sanierung so lange beschritten, bis alle finanziellen Reserven verbraucht waren und nur noch die Liquidation des Unternehmens möglich war.

Änderungen seit 2012

Seit der Einführung des ESUG (Gesetz zur erleichterten Sanierung von Unternehmen) im März 2012 ist der Zugang zur Eigenverwaltung vereinfacht worden. Dieser soll schon dann möglich sein, wenn keine wesentlichen Nachteile für die Gläubiger zu erwarten sind. Selbst bei erkennbaren Nachteilen für Gläubiger wird der Weg in die Eigenverwaltung eröffnet, wenn sie von einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses getragen wird. Zudem wird als entscheidender Schritt in der Reform kein vorläufiger Insolvenzverwalter im Eröffnungsverfahren bestellt. An seine Stelle tritt vielmehr ein vorläufiger Sachwalter, dessen Macht auf Kontrollbefugnisse beschränkt ist. An dieser Rechtsstellung ändert sich auch nichts im eröffneten Verfahren. Im Insolvenzeröffnungsverfahren wird bereits eine vorläufige Eigenverwaltung oder ein Schutzschirmverfahren angeordnet. Entgegen der häufig kommunizierten Behauptung ist die Eigenverwaltung auch keine Randerscheinung mehr, denn bei Unternehmensinsolvenzen mit 50 Mitarbeitern und mehr macht sie fast 50 Prozent aller Insolvenzverfahren aus. Kleine Unternehmen mit wenigen Mitarbeitern sind schon aus Kostengründen nicht für eine Eigenverwaltung geeignet.

Ich selbst habe wenige Wochen nach der Einführung des ESUG meinen ersten Fall – damals noch als Sachwalter – übernommen. Die Arbeitsatmosphäre und die Motivation im schuldnerischen Unternehmen waren um so viel besser als in den Regelinsolvenzverfahren, dass ich beschloss – wenn irgendwie möglich – nur noch Verfahren in Eigenverwaltung zu bearbeiten. Zudem das Verfahren nach acht Monaten schon erfolgreich abgeschlossen wurde und das Unternehmen auch heute noch fortbesteht. Betroffen war ein Unternehmen, das Prüfstände für Motoren betreibt und unterhält. Diesem drohte bei einem Neubauvorhaben durch wesentliche Bausummenüberschreitungen die Insolvenz. Der technisch sehr versierte Geschäftsführer ging allzu blauäugig an die Sache mit dem Neubau heran. Die beteiligten Gläubiger konnten durch das enge Zusammenspiel von Schuldnerunternehmen, Gläubigerausschuss und Sachwalter von der Nachhaltigkeit der Sanierung und dessen Sinn überzeugt werden. Das hilft dann auch den Gläubigern dabei, eigene Verluste aus dem Verfahren zu verkraften.

Das war letztlich der Grund die „Seiten zu wechseln“. Seit Herbst 2015 habe ich mich Buchalik Brömmekamp als Geschäftsführer angeschlossen.

Die Gefahrenquellen

Die Gründe des unternehmerischen Scheiterns sind mannigfaltig. Wo wir aber fast immer helfen können, ist dort, wo eine gewisse Innovationsschwäche und schlechte Margen mit einem hohen Mitarbeiterbestand einhergehen. Wer keine Patente oder auch keine gut gepflegte Marke besitzt tut sich eben sehr schwer, Preiserhöhungen am Markt durchzusetzen. Erst recht, wenn letztlich Commodities (neudeutsch für austauschbare Artikel) produziert werden. Diese werden nämlich nur über den Preis verkauft. Generell, vor allem aber in einem Hochlohnland wie Deutschland, ist das eine böse unternehmerische Falle. Hier ist oft über kurz oder lang ein Sanierungsverfahren unter Insolvenzschutz der einzige Ausweg. Die Löhne und Gehälter sind für eine Dauer von drei Monaten im Insolvenzeröffnungsverfahren über die Arbeitsagentur garantiert.

In dieser Zeit wird bei uns durch die interdisziplinäre Zusammenarbeit mit betriebswirtschaftlichen Unternehmensberatern der Grundstein für eine substanzielle Sanierung des Unternehmens gelegt. Es zeigt sich regelmäßig, dass Unternehmen mit einer gewissen Substanz, also mit mehr als € 10 Mio. Jahresumsatz immer irgendetwas sehr gut können. Nur ist gerade in diesen Unternehmen der Blick dafür verlorengegangen. Fast alle Unternehmen sind in der vorangegangenen Situation nur noch liquiditätsgetrieben. Die Reflektion, womit sie eigentlich ihr Geld am besten oder auch überhaupt verdienen, fehlt fast immer.

Hier setzt ein nachhaltiger Sanierungsansatz an. Die negativen Folgen von einer Kündigung des Großkunden können so aufgefangen und der Betrieb von Grund auf saniert werden. Wenn das Unternehmen bisher ein Drittel seines Umsatzes mit nur einem Kunden verdiente, war es verboten darüber nachzudenken, ob dieser Kunde ein Teil der Lösung oder doch im Grunde schon das Problem ist. Meist ist es letzteres. Gleiches gilt für unrentable Filialen und aus dem Ruder gelaufene Pensionsverpflichtungen.

An dieser Stelle nochmals zurück zum letzten wirklich großen Insolvenzfall, der Deutschland bewegte. In der Insolvenz der früheren Drogeriemarktkette Schlecker, die zeitlich knapp vor der Einführung des ESUG stattfand, bleibt ein Scherbenhaufen zurück. Der Begriff der „Schleckerfrauen“ wurde zum Unwort des Jahres 2012. Das Verfahren endete mit einer Betriebseinstellung und 36.000 Arbeitslosen. Der Verwalter mühte sich sicher redlich, insgesamt kumulierten hier eher die verschiedenen Enden einer fehlenden Sanierungskultur. Der Unternehmer reagierte viel zu spät und der Markt war nicht ohne Schadenfreude, dass ein Konkurrent verschwand.

Ausblick

Am finalen Punkt der Insolvenz kann aber das Unglück schlicht zur Chance für alle Betroffenen werden, wenn auch eingeräumt werden muss, dass es oft ohne Arbeitsplatzanpassung nicht vonstattengeht.

Bei einem aktuellen Fall eines Motorenherstellers konnten Kündigungen gänzlich vermieden werden. Soweit es in Verfahren doch zu Kündigungen kommt, muss man sich vor Augen halten, dass sonst der Totalverlust die Alternative gewesen wäre. Wer hier vom Ergebnis her denkt, kann nicht für die alte – schlicht nicht vorhandene – Sanierungskultur mit einer Verdammung des Gescheiterten eintreten. Der Umbau der Wirtschaft im Digitalisierungszeitalter wird manche erfreuen, oft für viele aber auch schmerzlich verlaufen. Wer hier nicht für eine offene Sanierungskultur eintritt, verbaut die anstehenden Reparaturarbeiten. Das kann nicht unser Ziel sein!

Auch „margenarme“ Unternehmen haben eine zweite Chance verdient. Wer weiterhin gegen eine neue Sanierungskultur eintritt, muss sich dem gewaltigen Schaden von geschätzt jährlich 100 Milliarden Euro aus der Verschleppung von Insolvenzen gewahr sein. Es würde mich freuen, wenn ich für einige neue Einsichten bei Ihnen sorgen konnte und Sie dem Scheitern der Anderen zumindest etwas offener gegenüberstehen würden.

Dirk Eichelbaum

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht
Geschäftsführer, Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Insolvenzrecht,
Insolvenzplan/Eigenverwaltung,
Change Management

Tel. 0711-252 960 0
dirk.eichelbaum@buchalik-broemmekamp.de

Neues Sanierungsinstrument durch die EU-Kommission auf den Weg gebracht

In den vergangenen Newslettern berichtete ich Ihnen von den legislativen Bestrebungen der EU-Kommission zur Einführung eines außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens. Seit dem 22. November des vergangenen Jahres liegt nunmehr der mit Spannung erwartete Richtlinienvorschlag der Kommission zu einem „präventiven Restrukturierungsverfahren" vor. Der Vorschlag orientiert sich inhaltlich stark an den Richtlinienempfehlungen, mit denen die Kommission vor knapp drei Jahren den Prozess gestartet hatte, berücksichtigt aber sehr wohl die zwischenzeitlich erfolgte kritische Diskussion und Auseinandersetzung unter den Sanierungs- und Insolvenzexperten in den Mitgliedstaaten. Große Überraschungen enthält der Vorschlag nicht, einige wenige aber doch.

Eingangs ihrer Vorschlagsbegründung stellt die Kommission erneut klar, dass es ihr bei ihrem Vorhaben um eine Harmonisierung des Sanierungs- und Insolvenzrechts in den Mitgliedstaaten gehe, da unterschiedliche Insolvenzvorschriften grenzüberschreitende Expansionen und Investitionen verhinderten. Von einem einheitlichen präventiven Restrukturierungsrahmen verspricht sich die Kommission das früh- und rechtzeitige Ergreifen geeigneter Maßnahmen zur Rettung angeschlagener Unternehmen, den Erhalt von Arbeitsplätzen und auch eine Begrenzung notleidender Bankkredite.

Präventiver Leitgedanke

Prävention steht bei den Überlegungen der Kommission an allererster Stelle. So sollen die Mitgliedstaaten ein Frühwarnsystem entwickeln, das für die Unternehmensleitung eine Verschlechterung der Geschäftsentwicklung und damit einen dringenden Handlungsbedarf signalisiert. Da Großunternehmen in der Regel über entsprechende Risikomangement-Systeme verfügen (sollten), bleibt den Mitgliedstaaten freigestellt, dies nur auf kleine und mittlere Unternehmen zu beschränken. Erheblichen Sprengstoff liefert die ebenfalls vom Präventivgedanken geleitete Forderung der Kommission nach einer Erweiterung der Managementpflichten in der Krise. Was sich so harmlos und im Lichte üblicher Managerpflichten eher selbstverständlich liest, könnte sich bei näherem Hinsehen als legislatives Pulverfass entpuppen. Die Unternehmensleitung soll künftig dazu verpflichtet sein, in der Krise unverzüglich notwendige Schritte einzuleiten, um Verluste von Gläubigern und anderen Stakeholdern zu minimieren, eine Insolvenz zu vermeiden und alles zu unterlassen, was die Rentabilität des Unternehmens gefährden könnte. Wenn es dort weiter heißt, dabei sei den Interessen der Gläubiger und anderer Stakeholder gebührend Rechnung zu tragen, wird deutlich, dass dies über die bisherigen, insbesondere gegenüber der eigenen Gesellschaft bzw. den eigenen Gesellschaftern bestehenden Sorgfaltspflichten weit hinausgeht. Aus einem (Wahl)Recht zur Sanierung würde eine Rechtspflicht zur Sanierung gegenüber Drittbeteiligten. Dies wiederum würde für die betroffenen Geschäftsführer und Vorstände, erst recht für deren Berater, ganz erhebliche Haftungs- und Regressrisiken bergen, sodass der deutsche Gesetzgeber gut daran tun wird, diesen neuen Pflichtenkatalog sehr präzise zu bestimmen und auch nur bei einem arg erhöhten Verschuldensgrad zu sanktionieren.

Ein präventives Restrukturierungsverfahren ist an keine starren Zugangsvorausetzungen gebunden. Eine Insolvenz muss drohen oder wahrscheinlich sein, ohne dass die Insolvenzreife bereits eingetreten ist. Wer bereits insolvenzantragspflichtig ist, kann sich nicht mehr präventiv restruktuieren. Er kommt zu spät. Den Weg in ein solches Verfahren kann ausschließlich der Schuldner beschreiten. Ohne seine Initiative oder Zustimmung geht es nicht.

Gerichtsfernes Verfahren?

Der Kommission schwebt zur Vermeidung unnötiger Komplexität, Kosten und Dauer ein gerichtsfernes Verfahren vor, nach dem Motto „so wenig Gericht wie möglich und so viel wie nötig". Bei näherer Betrachtung wird indes klar, dass es ohne einen Strauß richterlicher Befugnisse und Maßnahmen – jedenfalls im Streitfall – nicht funktionieren wird.

Schuldner im Driver Seat?

Wie bei der Eigenverwaltung im Insolvenzplanverfahren behält der Schuldner grundsätzlich „die Zügel in der Hand"; das heißt, er bleibt verfügungsbefugt und „Herr" über das operative Geschäft. Im Einzelfall kann ihm allerdings vom Gericht ein unabhängiger „Restrukturierungsverwalter" zur

Seite gestellt werden und zwar mit zum Teil sehr weitreichenden Befugnissen, angefangen von der bloßen Verfahrensbegleitung oder Überwachung bis hin zur Einräumung operativer Befugnisse. Diese Beschneidung oder Einschränkung seiner Geschäftsführungsbefugnisse kann der Schuldner im Zweifel nur vermeiden, wenn er von vornherein alle betroffenen Gläubiger auf seiner Seite hat. Dann wiederum bedarf er aber keines strukturierten Sanierungsverfahrens.

Moratorium als „Flucht ins Verfahren"?

Der Schuldner hat die Möglichkeit – zur Unterstützung der Verhandlungen mit seinen Gläubigern – bei Gericht die Aussetzung von Vollstreckungshandlungen für bis zu vier Monaten und unter gewissen Umständen bis zu zwölf Monaten zu verlangen. Dies hat den für ihn unschätzbaren Vorteil, dass damit u. a. Leistungsverweigerungs- und Kündigungsrechte von Gläubigern suspendiert werden. Will der Schuldner und insbesondere auch dessen Berater auf der sicheren Seite sein, wird er zumindest ernstlich erwägen, rein vorsorglich eine Aussetzung zu erwirken, bevor eine erste Ansprache gegenüber den betroffenen Gläubigern erfolgt. Denn dann wäre er vor einer Kurzschlusshandlung eines von Beginn an opponierenden und ablehnungsgeneigten Gläubigers zunächst geschützt.

Unter dem Schutz des Moratoriums ruhen auch bis auf Weiteres etwaige Insolvenzantragspflichten, die während der Aussetzungsphase entstehen könnten. Ebenso wenig sind Drittanträge durch Gläubiger zulässig, jedenfalls dann nicht, wenn diese auch Betroffene im Verfahren oder Betroffene des Moratoriums sind. Selbst nach Beendigung des Moratoriums durch richterliche Aufhebung oder Zeitablauf und etwa wiederauflebender Insolvenzantragspflichten soll das Restrukturierungsverfahren nicht automatisch beendet sein, sondern noch bis zur Abstimmung über den Restrukturierungsplan fortgesetzt werden können. Wenn der Richtlinienvorschlag in diesem Zusammenhang schlicht davon spricht, dass „die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verschoben werden kann", wird recht deutlich, dass der deutsche Gesetzgeber an dieser Stelle akuten Handlungsbedarf hat, dies in den Kontext unserer Insolvenzordnung einzubetten und entsprechend zu regeln.

Restrukturierungsplan

Das Kernstück des Verfahrens ist der Restrukturierungsplan. Letztlich kann als Blaupause der Insolvenzplan nach deutschem Recht und dessen inhaltlichen Erfordernissen dienen. Ergänzend sind diejenigen Gläubiger und deren Beiträge zu benennen, die letztlich die außerinsolvenzliche Sanierung tragen sollen. Und dies müssen, anders als nach der hierzulande bislang gültigen Insolvenzordnung, keineswegs sämtliche Gläubiger sein. Dieses Verfahren ist eben kein „Gesamtverfahren" mehr. Wie beim Insolvenzplan können und sollen Gruppen (jetzt: Klassen) von Gläubigern mit gleichgerichteten Interessen oder Betroffenheiten gebildet werden. Im Plan ist zwingend darzustellen, dass das Unternehmen im Kern gesund ist und die vorgeschlagenen Maßnahmen ausreichend finanziert und dazu geeignet sind, eine Insolvenz zu vermeiden und eine nachhaltige Rentabilität wiederzuerlangen. Der Richtlinienvorschlag gebietet es dem Schuldner ausdrücklich nicht, bereits mit einem fertigen Plan ins Verfahren einzusteigen. Allerdings wird er im Zweifel bei Gericht auf verlorenem Posten stehen, sollte er dort mit gänzlich leeren Händen und ohne dem Richter wenigstens die Ahnung einer Sanierungstauglichkeit zu vermitteln, ein Moratorium beantragen. Deswegen bleibt es bei meinem Petitum, im Vorfeld die Bescheinigung eines Dritten zu fordern, die zumindest die fehlende Insolvenzantragspflicht ausschließt und bestätigt, dass der Schuldner redlich ist, eine Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos erscheint und keine grobe Ungleichbehandlung der betroffenen Gläubiger stattfindet.

Planannahme und -bestätigung

Der Restrukturierungsplan wird mit den betroffenen Gläubigern verhandelt und nach Abschluss der Verhandlungen, die zeitlich allenfalls mittelbar durch die Laufzeit eines Moratoriums begrenzt sein mögen, zur Abstimmung gestellt. In jeder Klasse muss die jeweilige Summenmehrheit von maximal 75 Prozent erreicht werden. Gelingt dies nicht, ist der Plan keineswegs gescheitert. Vielmehr besteht bei nicht einstimmiger Planannahme ebenso wie bei vorgesehenen neuen Finanzierungsmitteln ohnehin das Erfordernis einer gerichtlichen Planbestätigung. Und im Zuge dessen kann das Gericht sogar einen mehrheitlich abgelehnten Plan bestätigen, wenn die ranggerechte Befriedigung der Gläubiger gewährleistet ist und auch nur eine einzige Gläubigerklasse zugestimmt hat („klassenübergreifender Cram-down"). Die Vorstellung, mit der Zustimmung nur einer, ggfs. interessengesteuerten Klasse gegen den Willen sämtlicher anderer Gläubigerklassen den Plan „durchzuboxen", klingt abenteuerlich. Immerhin räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die Mindestzahl der für die Genehmigung des Plans erforderlichen Klassen zu ändern. Der in der Insolvenzordnung geltende Minderheitenschutz ist übrigens auch in diesem Verfahren gewahrt. Eine Planbestätigung

scheidet aus, wenn ein betroffener Gläubiger durch den Plan schlechter stünde als im Falle einer Zerschlagung oder eines Liquidationsverkaufs. Ob die Gerichte in der Lage sein werden, ihren mit der Planbestätigung oder deren Versagung verbundenen Prüfpflichten innerhalb der von der Kommission vorgesehenen 30-Tagefrist nachzukommen, bleibt abzuwarten. Skepsis ist insoweit geboten.

Planwirkung und Rechtsbehelfe

Ist der Plan bestätigt, wirkt er konsequenterweise nur gegenüber den betroffenen und involvierten Gläubigern, nicht aber gegenüber denjenigen, die am und im Restrukturierungsverfahren nicht beteiligt waren. Gegen sämtliche gerichtliche Maßnahmen – insbesondere die Anordnung eines Moratoriums und die Planbestätigung – steht Betroffenen die sofortige Beschwerde offen, die aber keine aufschiebende Wirkung hat. Ist das Rechtsmittel begründet, soll selbst dies nicht zum Scheitern des Verfahrens führen müssen. Vielmehr soll das Gericht die Möglichkeit haben, statt den Plan aufzuheben diesen (erneut) zu bestätigen und gleichzeitig dem benachteiligten Rechtsmittelführer einen finanziellen Ausgleich zu Lasten des Schuldners oder der zustimmenden Plangläubiger zuzusprechen.

Neu- und Zwischenfinanzierung

Eine Besonderheit verdient noch Erwähnung. Neu- und Zwischenfinanzierungen, soweit sie der Erstellung des Plans, dem Verlauf des Verfahrens oder der Umsetzung des Plans dienen (wie bspw. auch Beraterhonorare), sollen in der Weise privilegiert werden, dass sie in einem etwaigen späteren Offizialverfahren insolvenzfest sind, d. h. nicht für nichtig, anfechtbar oder nicht durchsetzbar erklärt werden können. Auch dies birgt erheblichen Sprengstoff. Einbezogen in diesen Insolvenzschutz werden nämlich sämtliche Rechtsgeschäfte und damit verbundenen Zahlungen, die selbst abseits des normalen Geschäftsgangs der Restrukturierung im weitesten Sinne dienen. Eine Ab- und Eingrenzung fällt schwer, wird aber dringend geboten sein; erst recht, wenn man bedenkt, dass der Richtlinienvorschlag zu der Frage, für welche Dauer diese Privilegierung gilt, wieviel Zeit also zwischen Planbestätigung und Insolvenz maximal liegen darf, gänzlich schweigt.

Zweite Chance für Unternehmer

Dem redlichen Unternehmer soll im Rahmen einer zweiten Chance die Möglichkeit eröffnet werden, sich innerhalb einer Frist von bis zu drei Jahren komplett zu entschulden; bemerkenswerterweise ohne zwingend einen Mindestbetrag oder einen bestimmten Prozentsatz seiner Schulden zurückzahlen zu müssen. Anlass für diese Regelung ist für die Kommission nicht nur eine Harmonisierung der sehr unterschiedlichen Restschuldbefreiungsfristen innerhalb der Mitgliedstaaten, sondern auch das Ziel, Unternehmer zu motivieren, frühzeitig die Sanierung ihres Unternehmens anzugehen. Dies betrifft insbesondere inhabergeführte Unternehmen. Denn deren Gesellschafter (Geschäftsführer) haben ihr persönliches Schicksal häufig mit dem ihres Unternehmens verknüpft, indem sie privates Vermögen zur Besicherung von Unternehmenskrediten gestellt haben. Mit der Chance, neben der Sanierung des Unternehmens auch aus der persönlichen Schuldenfalle herauszukommen, sollte die Bereitschaft auf Unternehmerseite wachsen, zu gegebener Zeit und nicht erst auf den letzten Drücker ein präventives Restrukturierungsverfahren anzugehen. Diese Regelung auch auf Nicht-Unternehmer – auf Verbraucher – zu erweitern, stellt die Kommission den Mitgliedstaaten anheim.

Fazit

Dass es der EU-Kommission entgegen vieler Prognosen gelungen ist, innerhalb der selbst vorgegebenen und eher knapp bemessenen Zeit einen durchaus vorzeigbaren Richtlinienentwurf für ein außerinsolvenzliches Sanierungsgesetz zu präsentieren, ist begrüßenswert. Seine praktische Relevanz wird stark von der Qualität und Ausrichtung seiner Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber abhängen. Ob dies wirklich die beabsichtigte Sanierungswelle im Mittelstand auslösen wird, bleibt mit gewisser Skepsis abzuwarten. Aber noch ist das Gesetz nicht da. Nach Inkrafttreten der Richtlinie – dem Bekunden nach noch binnen Jahresfrist – haben die nationalen Gesetzgeber zwei Jahre Zeit zur legislativen Umsetzung.

Dr. Utz Brömmekamp

Rechtsanwalt
Geschäftsführer, Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Allgemeines Zivilrecht, Insolvenzrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Bankrecht

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

Organpflichten und Haftungsrisiken von Aufsichtsratsmitgliedern im Zeichen des ESUG

„Einen Aufsichtsrat regresspflichtig zu machen, ist so schwer, wie ein Schwein am eingeseiften Ringelschwanz festzuhalten," lautete einst ein Dictum des Unternehmers Richard Spohn. Ob dieses Dictum heute noch Gültigkeit beanspruchen kann, muss angesichts zunehmender Anforderungen an ordnungsgemäße Corporate Governance bezweifelt werden. Dies gilt insbesondere bei Ansprüchen gegen Aufsichtsratsmitglieder aufgrund von Pflichtverletzungen in der Unternehmenskrise. Dazu kommt, dass nach Eintritt der Insolvenz die Kontroll- und Verfolgungsdichte durch Insolvenzverwalter einerseits und Staatsanwaltschaften andererseits kontinuierlich zunimmt. Dieser Artikel wurde bereits in der Fachzeitschrift „Der Aufsichtsrat" (www.aufsichtsrat.de) veröffentlicht.

Durch das ESUG (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen) hat der Gesetzgeber für Unternehmen die Option einer Sanierung ihres Rechtsträgers unter Insolvenzschutz in Eigenverwaltung geschaffen. Vor diesem Hintergrund ist die Frage, welche Verpflichtungen dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft im Zusammenhang mit der Prüfung, Vorbereitung und Durchführung von Verfahren der vorläufigen Eigenverwaltung gem. §§ 270a bzw. 270b InsO obliegen, keineswegs akademischer Natur. Vielmehr kann sie für Aufsichtsratsmitglieder existentielle Bedeutung erlangen, wenn ihnen vorgeworfen wird, sie hätten ihre Organpflichten schuldhaft verletzt, weil sie es versäumt hätten, auf eine – bei rechtzeitigem Handeln mögliche – Sanierung der Gesellschaft im Rahmen eines ESUG-Verfahrens hinzuwirken.

Pflichten des Aufsichtsrates in der Unternehmenskrise

1. Allgemeine Organpflichten des Aufsichtsrates

Gemäß § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Diese Überwachungspflicht besteht nicht nur von Fall zu Fall, sondern fortdauernd und bezieht sich auf sämtliche Leitungsaufgaben, d. h. sämtliche originären und nicht delegierbaren Führungsaufgaben des Vorstands. Hierzu gehören insbesondere die wesentlichen operativen Maßnahmen sowie die nach § 91 Abs. 2 AktG zu ergreifenden Maßnahmen zur frühzeitigen Erkennung bestandsgefährdender Entwicklungen. Die dem Aufsichtsrat übertragene Überwachungsaufgabe ist mithin nicht nur vergangenheitsbezogen, sondern auch in die Zukunft gerichtet. Dementsprechend ist der Aufsichtsrat auch zur Beratung des Vorstands bei Entscheidungen über die künftige Unternehmenspolitik berechtigt und verpflichtet. Überwachungsmaßstab sind Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung.

2. Organpflichten des Aufsichtsrates in der Unternehmenskrise

Nach inzwischen h. M. erhöhen sich die notwendige Intensität der Kontrolle sowie der geschuldete Beratungsaufwand in der Unternehmenskrise dergestalt, dass die begleitende Überwachung dann in eine unterstützende Überwachung umschlagen muss. Insbesondere ist der Aufsichtsrat bei sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung dazu verpflichtet, auf eine rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags hinzuwirken. Auch muss er in solchen Fällen darauf hinwirken, dass ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nur noch Zahlungen geleistet werden, die mit § 92 Abs. 2 AktG vereinbar sind.

Bei „Führungslosigkeit" der Gesellschaft, diese liegt nach h.M. nur vor, wenn der Vorstand nicht mehr besetzt ist, ist jedes Aufsichtsratsmitglied gem. § 15a Abs. 3 InsO sogar selbst insolvenzantragspflichtig.

Unabhängig davon muss der Aufsichtsrat dafür Sorge tragen, dass der Vorstand mit Mitgliedern besetzt ist, die nachweisbar zur Bewältigung von Krisensituationen geeignet und in der Lage sind. Zu diesem Zwecke kann der Aufsichtsrat gehalten sein, bestimmte Vorstandsmitglieder abzuberufen bzw. neue Vorstandsmitglieder zu bestellen. Ein wichtiger Grund zur Abberufung eines Vorstandsmitglieds im Sinne von § 84 Abs. 3 S. 1 AktG liegt vor, wenn das betreffende Vorstandsmitglied zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung in der Krise nicht in der Lage ist. Gleiches gilt auch schon dann, wenn eine kreditierende Bank die Abberufung eines Vorstandsmitglieds zur Voraussetzung einer dringend benötigten Kreditverlängerung macht.

Schlussendlich muss der Aufsichtsrat darauf hinwirken, dass der Vorstand ein Sanierungskonzept vorlegt und dieses eingehend mit ihm berät. Die dort vorgesehenen Maßnahmen sind jeweils nach Art, Zweck und Ziel, Kosten, Erfolgswahrscheinlichkeit und Verantwortlichkeit zu beurteilen. Fehlt dem Aufsichtsrat hierzu die eigene Sachkompetenz oder hält er die dem Sanierungskonzept zugrundeliegenden Analysen für unzureichend, muss er Sachverständige zur Prüfung bzw. zur neuen Erstellung heranziehen.

Die vorläufige Eigenverwaltung als neu geschaffene Sanierungsoption

1. Vorteile des ESUG-Verfahrens

a) Gegenüber der außergerichtlicher Sanierung

Ohne einen Kontrollverlust hinnehmen zu müssen, besteht durch die Sanierung in Eigenverwaltung die Möglichkeit, eine vergleichsweise Einigung mit sämtlichen Gläubigern – auch ohne ausdrückliche Zustimmung aller Beteiligten zu den vorgeschlagenen Einzelvergleichen – zu erzielen. Die Möglichkeit des § 245 InsO (Obstruktionsverbot) bietet einen Weg, die Zustimmung zu einem Insolvenzplan trotz der Ablehnung einzelner Gläubiger (meist aus strategischen Überlegungen) zu ersetzen. Dies ist gegenüber einer außergerichtlichen Sanierung ein erheblicher Vorteil. Ferner ist zu beobachten, dass die grundlegende Vergleichsbereitschaft oft erst in gerichtlichen Sanierungsverfahren erwacht und die anfängliche „Pokerhaltung“ aller Beteiligten erst hier fallengelassen wird.

b) Hauptvorteil gegenüber der Regelinsolvenz

Dieser besteht neben der nennenswerten Liquiditätsgenerierung (mindestens dreifache monatliche Lohnsumme, zzgl. ersparter Sozialversicherungszahlungen sowie Umsatzsteuerzahllast und Lohnsteuer) darin, dass der Unternehmer die Kontrolle über sein Unternehmen und die laufende Sanierung behält. Im Gegensatz zum Regelinsolvenzverfahren wird kein Insolvenzverwalter eingesetzt. Anstelle des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, an dessen Person das Vertrauen im Eröffnungsverfahren geknüpft ist, tritt der eigenverwaltende Schuldner selbst auf, beraten durch Sanierungsexperten, die das erforderliche Insolvenz Know-how beisteuern. Lediglich ein Sachwalter hat die Aufgabe die wirtschaftliche Situation des Unternehmens zu prüfen.

2. Voraussetzungen an die Besetzung und das Verhalten des Vorstands im Verfahren

a) Persönliche Anforderungen an Mitglieder des Vorstands in einem Eigenverwaltungsverfahren

Die Sanierung eines Unternehmens in einem ESUG-Verfahren ist eine höchst komplexe Aufgabe, da operative leistungs- und finanzwirtschaftliche, juristische und kommunikative Themen in einem vorgegebenen engen Zeitfenster erfolgreich bewältigt werden müssen. In der Regel fehlt den Vorstandsmitgliedern nicht nur das insolvenzrechtliche Know-how für die Durchführung und Steuerung eines solchen Verfahrens, sondern auch das Vertrauen der Stakeholder. Aus diesem Grunde bietet es sich an, den Vorstand um einen CRO (Chief Restructuring Officer) zu verstärken, der den Sanierungsprozess aufgrund seiner Lebenserfahrung, Sozialkompetenz und vor allem wegen seiner Erfahrung in sämtlichen insolvenzrechtlichen Themen umsetzen kann. Er hat das Sanierungskonzept zu erarbeiten und vorzustellen sowie nicht zuletzt die Stakeholder von der Machbarkeit des Konzepts zu überzeugen. Ferner ist es seine Aufgabe, insolvenzspezifische Aufgaben, die im Regelinsolvenzverfahren der (vorläufige) Insolvenzverwalter innehat, zu übernehmen. Hierzu gehört zum Beispiel die Vorbereitung und Durchführung von gerichtlichen Abstimmungs- und Erörterungsterminen im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens. Die Zusammenarbeit mit den weiter im Amt verbleibenden bisherigen – im Tagesgeschäft nach wie vor in gewohntem Umfang eigenverantwortlich tätigen – Vorstandsmitgliedern und die konkrete Aufgabenverteilung ist jeweils zu Beginn der Zusammenarbeit detailliert abzustimmen, worauf der Aufsichtsrat achten sollte.

b) Anforderungen an die Vorbereitung eines Antrags auf vorläufige Eigenverwaltung

Neben dem (größtenteils juristisch geprägten) eigentlichen Antrag ist diesem die Betriebswirtschaftliche Anlage (BWA) nebst Sanierungskonzept beizufügen. Die Erstellung eines solchen Konzepts setzt erhebliche praktische Erfahrung voraus, die diesbezüglich gegebenenfalls zu mandatierende insolvenzrechtliche Berater nachzuweisen haben. Im Anschluss hat es sich bewährt, den Antrag mit dem Gericht vor der eigentlicher Antragstellung vorzubesprechen und sich hierbei zum Beispiel auf die Person des (vorl.) Sachwalters, aber auch zu Themen wie Einzelermächtigungen, Berichtsfristen, Reportings etc. vor Beginn des Verfahrens zu verständigen, um einen optimalen Verfahrensablauf zu gewährleisten.

Verpflichtungen des Aufsichtsrates im Zusammenhang mit der Prüfung und Realisierung der Option einer Sanierung unter Insolvenzschutz

1. Prüfung bestehender Sanierungsoptionen

Für die Pflichten des Aufsichtsrates im Zusammenhang mit einer Prüfung der Option einer Sanierung unter Insolvenzschutz gelten mutatis mutandis dieselben Grundsätze, wie für die Prüfung einer außergerichtlichen Sanierung.

Der Aufsichtsrat muss deshalb zunächst darauf hinwirken, dass der Vorstand die Option einer Sanierung unter Insolvenzschutz in seine Überlegungen einbezieht.

Sofern eine Sanierung unter Insolvenzschutz nicht aus tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen, welche zu dokumentieren sind, als völlig fernliegend erscheint, sind die Prämissen, Chancen und Risiken sowohl einer außergerichtlichen Sanierung als auch einer Sanierung unter Insolvenzschutz im

Rahmen eines Sanierungskonzeptes planerisch zu erfassen und gegeneinander abzuwägen. Inhaltlich muss dieses Konzept bezüglich der Option einer außergerichtlichen Sanierung den Anforderungen der Rechtsprechung an Sanierungskonzepte genügen. Bezüglich der zu prüfenden Option einer Sanierung unter Insolvenzschutz muss das Konzept belegen, dass die oben beschriebenen Voraussetzungen für die Anordnung einer vorläufigen Eigenverwaltung gem. § 270a InsO bzw. eines Schutzschirmverfahrens gem. § 270b InsO vorliegen.

2. Entscheidung über die Einreichung eines Insolvenzantrages

Solange die Zahlungsunfähigkeit nur droht, aber noch nicht eingetreten ist und auch keine Überschuldung im Sinne von § 19 InsO vorliegt, ist der Vorstand im Innenverhältnis nur dann berechtigt einen Insolvenzantrag zu stellen, wenn der Aufsichtsrat zugestimmt hat. Eine Befragung der Hauptversammlung ist zwar gem. § 119 Abs. 2 AktG zulässig und kann vor allem bei einer kleinen AG als Vorab-Entlastung empfehlenswert sein. Rechtlich geboten ist sie aber grundsätzlich nicht.

Aufgrund der enormen Tragweite des Insolvenzantrags wie auch des Antrags auf vorläufige Eigenverwaltung für die weitere Entwicklung des Verfahrens dürfte es nicht nur zulässig, sondern auch geboten sein, dass der Aufsichtsrat seine Zustimmung zur Einreichung des Antrags gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG davon abhängig macht, dass er diesem auch inhaltlich zustimmt.

3. Schaffung der personellen Voraussetzungen für eine Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung

Fällt eine Entscheidung zugunsten einer Sanierung unter Insolvenzschutz in (vorläufiger) Eigenverwaltung, ist der Aufsichtsrat – wie oben bereits skizziert – verpflichtet, den Vorstand in personeller Hinsicht so zu besetzen, dass das Risiko einer Ablehnung des Antrags auf vorläufige Eigenverwaltung durch das Insolvenzgericht aufgrund fehlender Insolvenzerfahrung des Vorstands ausgeschlossen ist. Hierzu empfiehlt es sich, vor Einreichung des Insolvenzantrags Kontakt mit dem zuständigen Insolvenzrichter aufzunehmen und sich mit ihm darüber zu verständigen, ob hierfür eine Ergänzung bzw. personelle Umbildung des Vorstands erforderlich ist und welche Person gegebenenfalls den Vorstand zu diesem Zweck ergänzen soll. Hierzu sollte sich der Aufsichtsrat die Unterstützung von Beratern sichern, die mit derartigen Abstimmungsprozessen vertraut sind und idealerweise das zuständige Insolvenzgericht kennen.

Die Rechtsgrundlage für eine danach gegebenenfalls erforderliche Abberufung von Mitgliedern des Vorstands bildet § 84 Abs. 3 S. 1 AktG.

4. Haftung von Mitgliedern des Aufsichtsrates für Pflichtverletzungen

Die Haftung der einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrates ist in §§ 116, Satz 1, 93 AktG geregelt. Danach schuldet jedes Mitglied des Aufsichtsrates die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds. Unterlässt der Vorstand eine nach den gegebenen Umständen objektiv gebotene Prüfung einer Unternehmenssanierung im Rahmen eines ESUG-Verfahrens, haften danach auch die Mitglieder des Aufsichtsrates für den dadurch entstandenen Schaden der Gesellschaft, wenn sie es schuldhaft unterlassen haben, beizeiten auf eine solche Prüfung hinzuwirken. Wird eine entsprechende Pflichtverletzung festgestellt, wird das Verschulden der Aufsichtsratsmitglieder gesetzlich vermutet, d. h. jedes Aufsichtsratsmitglied muss darlegen und beweisen, wieso es selbst nicht vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Dieser Nachweis dürfte in der Praxis kaum zu führen sein. Im Ergebnis ist daher jedem Aufsichtsratsmitglied zu empfehlen, sich bei Heraufziehen einer Krise über die Möglichkeiten einer Sanierung unter Insolvenzschutz zu informieren sowie gegebenenfalls auf ein entsprechendes Tätigwerden des Vorstands hinzuwirken und dies auch in geeigneter Form zu dokumentieren.

Dr. Hubertus Bartelheimer

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht
Geschäftsführer, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Insolvenzrecht und Sanierung, Restrukturierungs-/Sanierungsberatung, Wirtschaftsrechtliche Beratung von Unternehmen in der Krise

Tel. 030-24 35 55 17 0
hubertus.bartelheimer@buchalik-broemmekamp.de

Jochen Rechtmann

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Geschäftsführer, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Geschäftsführer, Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung
Leiter Competence Center Avalmanagement

Schwerpunkte: Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht und Sanierung, Gesellschaftsrecht

Tel. 069-24 75 215 0
jochen.rechtmann@buchalik-broemmekamp.de

Die gelungene Sanierung der Timm Fleisch- und Wurstmanufaktur GmbH unter Insolvenzschutz

Der preissensible Markt und eine fehlende Aufbau- sowie Ablauforganisation für eine neue Produktionsstätte brachte den Lebensmittelhersteller Timm Fleisch- und Wurstmanufaktur GmbH vor fünf Jahren in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Trotz wachsender Umsätze verzeichnete das Traditionsunternehmen mehrere Jahre hintereinander Verluste, die auch ein Sanierungskonzept nicht verhindern konnte. Erst ein Eigenverwaltungsverfahren stoppte die Talfahrt. Bei der Beratung und der Verfahrensbegleitung entschied sich Timm für den Marktführer Buchalik Brömmekamp.

Timm ist ein regionaler Fleisch- und Wurstproduzent aus Oberhausen. Das Familienunternehmen wurde bereits im Jahre 1956 gegründet. Mehr als 80 Mitarbeiter produzieren ein umfangreiches Sortiment an Fleisch- und Wurstwaren und erwirtschaften einen Jahresumsatz von rd. sieben Millionen Euro (in 2015). Die wesentliche Kundengruppe bilden Krankenhäuser und Zentralküchen. Zudem werden Senioreneinrichtungen und Betriebskantinen durch einen eigenen Fuhrpark beliefert. Timm bewegt sich in einem schwach wachsenden und sehr preissensiblen Markt. In diesem Markt ist seit geraumer Zeit eine Verdrängung der kleinen durch große Unternehmen zu beobachten.

Umzug verstärkte Krisenursache

Die Krise bei Timm begann 2011 mit einem Umzug in eine neue Produktionsstätte. Damals hatte Timm es insbesondere versäumt, die erforderliche Neustrukturierung der Aufbau- und Ablauforganisation vorzunehmen. Hierdurch ergaben sich zunehmend Probleme in der Abstimmung zwischen Produktion, Vertrieb und Logistik. Darüber hinaus fehlte es an den notwendigen kaufmännischen Steuerungselementen, insbesondere an einem funktionierenden Controlling.

Seit 2012 hatte Timm trotz kontinuierlich steigender Umsätze erstmals Verluste zu verzeichnen. Deshalb erstellte Ende 2014 eine von Timm beauftragte Beratungsgesellschaft ein umfassendes Sanierungskonzept. Dennoch verschärfte sich Anfang 2015 infolge weiterer, stark rückläufiger Umsätze die Krise. Aufgrund der sich hierdurch abzeichnenden Liquiditätskrise nahm die Geschäftsführung von Timm Kontakt zu Buchalik Brömmekamp auf. Nach eingehender Prüfung kam das Beratungsunternehmen zu dem Ergebnis, dass eine Sanierung außerhalb eines Insolvenzverfahrens nur mit erheblichen finanziellen Mitteln möglich wäre. Da weder der Gesellschafter von Timm über entsprechende Mittel verfügte noch die Banken – aufgrund der fortwährenden Krise – dazu bereit waren, weitere Kreditmittel zur Verfügung zu stellen, entschied sich die Geschäftsführung zur Fortsetzung der Sanierung im Rahmen einer Eigenverwaltung. Ende Februar 2015 stellte die Unternehmensleitung beim zuständigen Insolvenzgericht einen Insolvenzantrag verbunden mit dem Antrag auf Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung.

Hohes Informationsbedürfnis über Eigenverwaltungsverfahren

Unmittelbar nach Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung informierte die Geschäftsführung zunächst die wichtigsten Kunden und Lieferanten. Im Rahmen der Gespräche mit den Lieferanten wurde jedoch schnell klar, dass das Informationsbedürfnis – aufgrund des immer noch recht unbekannten Eigenverwaltungsverfahrens – sehr hoch war. Rund eine Woche nach Antragstellung fand die erste Informationsveranstaltung für die Lieferanten statt, welche im weiteren Verlauf des Verfahrens mehrfach wiederholt wurde. Am Tag der Antragstellung informierte die Geschäftsleitung zudem die Mitarbeiter in einer Betriebsversammlung über das Verfahren sowie über die Insolvenzgeldvorfinanzierung. Im Anschluss hieran erfolgte eine Schulung zum Kommunikationsverhalten für die Führungskräfte sowie für die Mitarbeiter aus dem Telefonverkauf und der Logistik. Wenige Tage nach Antragstellung fand zudem eine Informationsveranstaltung für die beteiligten Banken statt. Durch ein monatliches Bankenreporting konnten die Banken dann den Verfahrensverlauf verfolgen. Aufgrund der durchweg transparenten Kommunikation mit sämtlichen Verfahrensbeteiligten verlief das Eigenverwaltungsverfahren besonders auf Kunden- und Lieferantenseite von Beginn an sehr ruhig.

Laufender Überblick über Verfahrensschritte

Zur Überwachung der Betriebsfortführung wurden mit Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung Controllinginstru-

mente eingeführt, die dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss sowie auch dem (vorläufigen) Sachwalter mittels eines Tagesreportings den aktuellen Verlauf aufzeigten. In den monatlichen Sitzungen des (vorläufigen) Gläubigerausschusses erhielten die Gläubiger einen Überblick über die wirtschaftliche Entwicklung und stimmten danach die weiteren Verfahrensschritte ab.

Zu Beginn des Antragsverfahrens erstellte die Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung ein Sanierungskonzept, das mit der Geschäftsführung und den Führungskräften von Timm weiterentwickelt wurde. Diesem Konzept stimmten dann die Verfahrensbeteiligten – insbesondere der vorläufige Gläubigerausschuss, der vorläufige Sachwalter sowie die beteiligten Banken – zu.

Operative Sanierungsmaßnahmen

Das Konzept sah insgesamt 65 Einzelmaßnahmen vor, die sich auf den Einkauf, die Produktion, die IT, den Vertrieb, die Logistik, die kaufmännische Steuerung und die Organisation verteilten.

Wesentliche Maßnahmengruppen zur Beseitigung der kritischsten Schwachpunkte waren:

- Eine Verbesserung der kaufmännischen Steuerung durch Optimierung des Reportings, der Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung und die Nutzung von KPIs
- Eine Stärkung des Vertriebs durch strukturierte Analyse der Kundensegmentierung, Erarbeiten neuer Produktideen, Analysieren der Marktpotenziale mit neuen Zielkunden und Verkaufsschulungen für die Mitarbeiter
- Eine Reduzierung der Logistikkosten durch eine verbesserte Tourenplanung
- Eine Überarbeitung des Produktionslayouts durch die Entzerrung der Kommissionierung und die Optimierung der Maschinenstandorte zur Verbesserung des Warenflusses
- Ein sukzessiver Austausch einzelner Produktionsmaschinen zur Verbesserung der Produktivität

Direkt nach Verabschiedung des Sanierungskonzepts durch den Gläubigerausschuss und den Sachwalter begann die Maßnahmenumsetzung, die durch die Betriebswirte und Wirtschaftsingenieure der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung begleitet wurde. Im Zuge der Maßnahmenumsetzung zeigte sich jedoch, dass die operative Begleitung deutlich aufwändiger sein würde als zunächst geplant, da innerhalb kürzester Zeit eine Vielzahl von Maßnahmen umzusetzen war. Ein Interimsmanager, der nahezu täglich vor Ort war, unterstützte deshalb zusätzlich die Maßnahmenumsetzung. Parallel dazu startete in Abstimmung mit dem vorläufigen Sachwalter und dem vorläufigen Gläubigerausschuss die Suche nach einem starken Partner, um den – trotz der identifizierten Sanierungsmaßnahmen notwendigen – Finanzierungsbedarf zu decken. Im Laufe des M&A-Prozesses konnte sodann ein strategischer Investor aus dem Lebensmittelbereich gefunden werden, der infolge zahlreicher Synergieeffekte hervorragend zu Timm passte und sich an Timm beteiligte, den Altgesellschafter aber „mit im Boot“ ließ.

Vollständige Entschuldung des Unternehmens

Unmittelbar nach Insolvenzeröffnung erstellte Buchalik Brömmekamp den Insolvenzplan, der im Wesentlichen dem Sanierungskonzept entsprach und der mit den Verfahrensbeteiligten, dem Sachwalter und Gläubigerausschuss abgestimmt wurde. Der Insolvenzplan sieht neben den Sanierungsmaßnahmen, die Entschuldung des Unternehmens, die Quotenzahlungen an die Gläubiger sowie den Einstieg eines Investors mittels eines sogenannten „Share Deals“ (Übernahme von Geschäftsanteilen) vor. Durch den Insolvenzplan konnte Timm vollständig entschuldet werden und sich von Altlasten befreien.

Letztlich stimmten die Gläubiger im Rahmen des Erörterungs- und Abstimmungstermins vor dem Amtsgericht Duisburg über den Insolvenzplan ab. Die Gläubiger nahmen diesen einstimmig an und das Gericht bestätigte den Plan umgehend.

Durch das erfolgreich durchgeführte Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung ist es gelungen, Timm in eine sichere Zukunft zu führen, nicht zuletzt durch den Einstieg eines strategischen Partners.

Daniel Meintz

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Insolvenzrecht,
Sanierungsberatung

Tel. 0211-82 89 77 240
daniel.meintz@buchalik-broemmekamp.de

Compliance in der GmbH

Der Geschäftführung z. B. einer GmbH oder dem Vorstand z. B. einer AG obliegt die Pflicht zur Leitung des Betriebs. Das beinhaltet auch eine geeignete Organisation zu schaffen, damit der Gesellschaftszweck erreicht werden kann. Die Geschäftsführug oder der Vorstand können im Schadensfall persönlich haften, wenn sie dieser Pflicht nicht nachgekommen sind und dadurch ein Schaden entsteht. Für den Vorstand einer Aktiengesellschaft wird daraus weitgehend abgeleitet, dass er auch eine risikoorientierte Compliance-Organisation einführen muss – also ein System zur Einhaltung gesetzlicher Normen und unternehmerischer Richtlinien durch die Mitarbeiter. Auch der Geschäftsführer einer GmbH kann zu einer präventiven Compliance-Organisation verpflichtet sein.

Bei der Einrichtung einer geeigneten Organisation zur Erreichung des Gesellschaftszwecks hat der Geschäftsführer einer GmbH einen weiten unternehmerischen Ermessensspielraum über die Art und Weise der Ausgestaltung. Jedenfalls gehört es aber zu seinen Grundpflichten, das Unternehmen so zu organisieren, dass typische Risiken vermieden werden und sich nicht verwirklichen.

Allerdings ist der Geschäftsführer einer GmbH grundsätzlich nicht verpflichtet, ein System zur Vermeidung von Compliance-Risiken zu implementieren. Nur vereinzelt wird das Gegenteil behauptet (so Schneider, in: ZIP 2003, 645, 648). Die Frage nach der Verpflichtung zur Risikoprävention kann jedoch nur in Verbindung mit dem konkreten Risikopotenzial beantwortet werden.

Risiken und Business Judgement Rule

Zunächst eine gute Nachricht: Nach einhelliger Meinung ist das Eingehen von unternehmerischen Risiken nicht nur zulässig, sondern jeder unternehmerischen Entscheidung immanent. Das unternehmerische Entscheidungsermessen eines Geschäftsführers findet seine Grenzen, wenn Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung deutlich überschritten werden.

Das Aktienrecht normiert dazu ausdrücklich in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine Haftungsprivilegierung unternehmerischer Entscheidungen (sogenannte Business Judgement Rule). Danach ist nicht das Ergebnis einer unternehmerischen Entscheidung justiziabel, sondern nur die Art und Weise seines Zustandekommens. Auf die GmbH ist die Business Judgement Rule entsprechend anzuwenden.

Der Genuss dieser Haftungsprivilegierung bei einer unternehmerischen Ermessensentscheidung setzt zwei Dinge voraus:

- Der Geschäftsführer muss die Entscheidung auf einer sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlage treffen.
- Bei der Entscheidung durfte der Geschäftsführer vernünftigerweise annehmen, dass er auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft gehandelt hat.

Das gilt für die Entscheidung etwas zu tun genauso, wie für die Entscheidung etwas zu unterlassen. Kommt es für die Gesellschaft zum Schadensfall, wird man im potenziellen Haftungsprozess gegen den Geschäftsführer also nach der Ursache und der Risikovorsorge für den eingetretenen Schaden fragen.

Entscheidend ist dann, ob der Geschäftsführer (1.) sich sorgfältig über das verwirklichte Risiko informieren musste bzw. informiert hat und (2.) ob er bei der vorgenommenen Risikovorsorge bzw. beim Unterlassen einer Risikovorsorge vernünftigerweise annehmen durfte, dass das ausreichend ist.

All dies wird im Haftungsprozess relevant, in dem der Geschäftsführer sich durch die Einhaltung der Business Judgement Rule entlasten kann. Da er für die Einhaltung darlegungs- und beweispflichtig ist, sollten wichtige Entscheidungsfindungen ordentlich dokumentiert werden.

Verpflichtung zur Compliance

Die Verpflichtung zur Compliance – also der Einhaltung gesetzlicher Normen und unternehmerischer/statuarischer Richtlinien – folgt auf Ebene der Geschäftsführer aus einer weiteren Grundpflicht: Der Legalitätspflicht.

Danach ist das Organ verpflichtet, gesetzliche und statuarische Vorgaben einzuhalten. Diese Verpflichtung gilt uneingeschränkt und zieht die letzte Grenze unternehmerischer Ermessensentscheidung. Wird diese Pflicht verletzt, drohen dem Geschäftsführer persönliche Inanspruchnahmen durch die Gesellschaft und durch Dritte.

Verpflichtung zum Compliance-System

Ein inhärentes Risiko jeder unternehmerisch tätigen Gesellschaft mit Mitarbeitern ist es, dass sich die Mitarbeiter nicht an gesetzliche oder statuarische Normen halten. Illustre Beispiele aus jüngerer Vergangenheit sind etwa die schwarzen Kassen bei Siemens für Bestechungsgelder oder verbotene Preisabsprachen für Eisenbahnschienen.

Von der Siemens AG ist der zuständige Vorstand persönlich erfolgreich in Haftung genommen worden, weil er kein geeignetes Compliance-System in einer entsprechenden Gefährdungslage implementiert hatte (vgl. LG München AG 2014, 333). Der kausale Schaden lag für das Gericht in den (erheblichen) Kosten, die das Unternehmen zur Aufklärung der Rechtsverstöße aufwenden musste.

Unsere Ausgangsfrage war aber, ob auch ein GmbH-Geschäftsführer verpflichtet ist, eine präventive Compliance-Organisation zur Vermeidung von Verstößen zu implementieren. Dazu sind zwei Vorfragen schon beantwortet: Der Geschäftsführer einer GmbH muss geeignete Risikovorsorge treffen und sich an Normen halten.

Darüber hinaus besteht eine ordnungsrechtliche Verpflichtung (§ 130, 9 OWiG), in einem Unternehmen organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung von Rechtsverstößen zu treffen. Worin nun diese Organpflichten zur Vermeidung von Normverstößen der Mitarbeiter konkret bestehen, wird durch das unternehmens-individuelle Risikoportfolio bestimmt.

Die Prüfung geeigneter Compliance-Maßnahmen beginnt also bei einer angemessenen Risikoanalyse. Auf der Grundlage des unternehmerischen Risikoportfolios hat der Geschäftsführer sodann mögliche Maßnahmen zur Vermeidung abzuwägen, ob sie jeweils erforderlich und zumutbar sind. Erforderlich ist natürlich nicht die Vorsorge gegen jeden nur theoretisch denkbaren Gesetzesverstoß. Er darf es aber auch nicht unterlassen, entsprechende Vorkehrungen zu treffen, wenn Gesetzesverstöße ernsthaft drohen oder in der jüngeren Vergangenheit schon vorgekommen sind.

Ferner können die Größe des Unternehmens, typische Risikobereiche des Compliance (neben Kapitalmarkt-, Kartell- und Korruptionsstrafrecht v. a. Umwelt- und Produkthaftungsrecht sowie Diskriminierung/Belästigung am Arbeitsplatz) und die jeweilige Branche die pflichtgemäße Organisationsstruktur bestimmen. So kann es etwa bei einem kleinen inhabergeführten Unternehmen mit geringer Risikoexposition und geringem Schadenspotenzial ausreichend sein, (repressiv) auf die Einhaltung eines kommunizierten Verhaltenskodexes zu reagieren. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung kommt dem Geschäftsführer der Schutz der Business Judgement Rule zugute, sofern die genannten Voraussetzungen vorliegen.

Angemessene Riskoanalyse ist erforderlich

Zunächst ist es jedenfalls pflichtwidrig und haftungsträchtig, sich als Geschäftsführer keinerlei Gedanken über drohende Risiken aus normwidrigen Verhalten der Mitarbeiter zu machen. Allerdings ist der Geschäftsführer einer GmbH nicht per se verpflichtet, ein präventives Compliance-System einzuführen. Gleichwohl gehört es aber zu seinen Grundpflichten, geeignete Maßnahmen zur Vermeidung eines erkennbaren Risikos zu treffen.

Ob das im konkreten Fall eine Organpflicht für ein präventives Compliance-System bei der GmbH bedeutet, bemisst sich dann nach der Eintrittswahrscheinlichkeit, dass Mitarbeiter gegen gesetzliche oder statuarische Normen verstoßen und der Gesellschaft daraus ein Schaden entstehen könnte. Das persönliche Haftungsrisiko des Geschäftsführers wird durch eine angemessene Risikoanalyse und vernünftige Abwägung des Für und Wider von Compliance-Maßnahmen deutlich reduziert. Bei der Bewertung der Erforderlichkeit empfiehlt es sich regelmäßig, erfahrene Experten hinzuzuziehen. Falls Sie Fragen dazu haben – wir helfen Ihnen gerne weiter!

Dr. Adrian Bölingen

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Insolvenzrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Sanierungsberatung

Tel. 0211-82 89 77 267
adrian.boelingen@buchalik-broemmekamp.de

Die Ausgestaltung eines Überbrückungskredits als Vorstufe zum Sanierungskredit

Über die Ausgestaltung – insbesondere hinsichtlich der Laufzeit – eines Überbrückungskredites kam es durch eine Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 4.11.2015 (24 U 112/14) zu Verunsicherung unter Kreditinstituten, da in dieser Entscheidung die maximale Laufzeit eines Überbrückungskredits mit längstens drei Wochen angegeben wurde. Der Überbrückungskredit bleibt als wesentliches Instrument der Sanierung auf jeden Fall erhalten.

Der typische Überbrückungskredit ist üblicherweise ein neues Darlehen, durch welches das Unternehmen im Zeitraum der Sanierungsprüfung durchfinanziert wird. Ebenfalls kann dieser auch in Form einer Prolongation eines auslaufenden Kredits oder einer Zins- und/oder Tilgungsstundung gewährt werden.

Wesentliche Inhalte des Überbrückungskredits

Verwendungszweck

Wie schon der Begriff nahelegt, soll der Überbrückungskredit den Zeitraum finanziell „überbrücken", der benötigt wird, um ein Sanierungsgutachten nach den Anforderungen der Rechtsprechung zu erstellen. Auf dessen Basis kann im Anschluss ein Sanierungskredit durch das Kreditinstitut gewährt werden.

Durch den Überbrückungskredit muss bei Vergabe eine Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO bis zum Ende der Laufzeit ausgeschlossen sein, was bedeutet, dass die Durchfinanzierung des Unternehmens durch den Überbrückungskredit gesichert sein muss. Im Falle einer Antragspflicht und der damit laufenden 3-Wochen-Frist wird in den meisten Fällen aufgrund von strafrechtlichen Haftungsrisiken ein Überbrückungskredit und mithin die außergerichtliche Sanierung als Option ausscheiden, es sei denn, die Antragspflicht wird durch den Überbrückungskredit überwunden.

Die Höhe des Überbrückungskredits richtet sich nach den liquiden Mitteln, die für eine Durchfinanzierung des Unternehmens bis zur Vergabe des Sanierungskredits erforderlich sind. Dies muss im Rahmen der Erstellung eines anfänglich zu erstellenden Liquiditätsstatus dokumentiert werden.

Die drohende Zahlungsunfähigkeit muss, unter der Annahme, dass das Sanierungsgutachten zu einer positiven Fortführungsprognose kommt und die in diesem Gutachten genannten Sanierungsmaßnahmen (insb. die Gewährung des Sanierungskredits) erfüllbar sind, ausgeschlossen sein. Dies sollte durch das Kreditinstitut dokumentiert werden, um dem Vorwurf des Benachteiligungsvorsatzes im Rahmen von späteren Anfechtungen im Falle des Scheiterns der Sanierungsbemühungen entgegenzutreten. Sollte schon anfänglich sicher sein, dass ein wesentlicher Stakeholder nicht bereit ist, einen notwendigen, nicht zu ersetzenden Sanierungsbeitrag zu leisten, scheidet die Sanierung außerhalb der Insolvenz aus.

Auf eine Überschuldung nach § 19 InsO muss, da ja gerade die positive Fortbestehens- und Fortführungsprognose Gegenstand der Prüfung des Sanierungsgutachtens ist, an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Sollte eine positive Prognose bescheinigt werden, ist kein Raum mehr für eine Überschuldung im Sinne des § 19 InsO. Die Bank und das Unternehmen müssen von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Fortführungsfähigkeit (also des Nichtvorliegens der drohenden Zahlungsunfähigkeit, vgl. § 18 Abs. 2 InsO) ausgehen und diesen Umstand schriftlich zur Akte nehmen.

Inanspruchnahme-/Auszahlungsvoraussetzung

Voraussetzung für den Überbrückungskredit bzw. dessen Inanspruchnahme sollte die Beauftragung eines bankgenehmen Beraters zur Erstellung eines Sanierungskonzeptes sein. Hier sollte das Kreditinstitut vorgeben, welche Inhalte es erwartet, um späteren Streitigkeiten ob der Inhalte und Darstellungen vorzubeugen.

Laufzeit/Prolongation

Die oben bezeichnete Entscheidung des 24. Zivilsenats des KG Berlin spricht von einer Laufzeit in Anlehnung an die zeitliche Frist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO von längstens drei Wochen. Die Begründung des Gerichts überzeugt nicht und würde letztlich dazu führen, dass Überbrückungskredite nicht mehr gewährt werden könnten, da die Kreditinstitute immer mit Anfechtungsansprüchen, wenn nicht gar mit darüber hinausgehenden Haftungsansprüchen konfrontiert würden. Ein qualifiziertes Sanierungsgutachten innerhalb von drei Wochen zu erstellen, ist nicht möglich.

Die Entscheidung des BGH, auf die sich der 24. Zivilsenat des KG Berlin mit Blick auf die Frist beruft, stammt aus dem

Jahr 2010 und betraf weder ein Kreditinstitut, noch einen Überbrückungskredit im hier behandelten Sinne. Es handelte sich vielmehr um eine Entscheidung in der Frage, wie lange ein kurzfristiger Überbrückungskredit eines Gesellschafters gewährt werden kann, ohne als eigenkapitalersetzend qualifiziert zu werden. Diese Entscheidung auf Überbrückungskredite eines Kreditinstitutes zu erstrecken, insbesondere nachdem das Eigenkapitalersatzrecht mit dem MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) aufgegeben wurde, entbehrt jedweder Grundlage. Kurz darauf erfolgte eine konträre (und richtige) Entscheidung des 14. Zivilsenats des KGs Berlin (Kammergericht Berlin, Urteil vom 15.12.2015 – 14 U 79/14), die Laufzeiten zwischen ein bis drei Monaten als üblich ansieht.

Somit kann die Laufzeit des Überbrückungskredits auf den Zeitraum bis zur Vorlage des unterzeichneten Sanierungsgutachtens und der Auszahlungsreife des Sanierungskredites befristet werden, wobei eine maximale Laufzeit mit Datumsangabe nicht fehlen sollte. Auch längere Laufzeiten als drei Monate lassen sich, in Abhängigkeit von der Komplexität des Begutachtungsobjektes, begründen. Sollte sich während der Laufzeit des Überbrückungskredites herausstellen, dass diese zu kurz bemessen war, so kommt eine Verlängerung des Kredits nach den gleichen Grundsätzen wie seine erstmalige Ausreichung in Betracht. Dies wurde auch durch den 14. Zivilsenat des KG Berlin in dieser Form bestätigt. Die Gründe für die Prolongation sollten durch das Kreditinstitut dokumentiert werden.

Informationspflichten

Die zu vereinbarenden Informationspflichten sollten sich zum einen auf den Geschäftsbetrieb des Unternehmens beziehen, sodass das finanzierende Kreditinstitut über wesentliche negative Veränderungen des Geschäftsbetriebes jederzeit zu unterrichten ist. Wichtiger ist aber noch, dass das Kreditinstitut sich über den Bearbeitungsstand des Sanierungsgutachtens informiert hält und Gründe für Verzögerungen oder wesentliche neue Erkenntnisse des Erstellers, insbesondere solche, die Auswirkungen auf die positive Fortführungsprognose haben, sofort mitgeteilt bekommt. Zu diesem Zweck sollten sich das Kreditinstitut und der Ersteller des Gutachtens durch das Unternehmen von Vertraulichkeitsverpflichtungen und dem Bankgeheimnis entbinden lassen, sodass diese auch direkt zueinander in Kontakt treten können.

Besicherung

Die Besicherung erfolgt üblicherweise im Rahmen eines Bargeschäfts nach § 142 InsO. Auch bereits bestehende Sicherheiten für Altkredite können zur Absicherung genutzt werden, wobei der Sicherungszweck die Altverbindlichkeiten und den Überbrückungskredit abgestuft besichert, d. h. nicht mit einer weiten Zweckerklärung gearbeitet werden sollte.

Kündigungsrechte

Die ordentliche Kündigung ist ausgeschlossen, nicht aber die außerordentliche, wobei die aktuelle (schlechte) wirtschaftliche Lage des Unternehmens aufgrund der laufenden Sanierungslage keinen Kündigungsgrund darstellt. Hier bedarf es einer wesentlichen Vertiefung der Krise. Dies ist immer dann anzunehmen, wenn es Probleme im Rahmen des Erstellungsprozesses des Sanierungsgutachtens gibt. Falls das Unternehmen die Mitarbeit am Sanierungsgutachten verweigert, der Ersteller des Gutachtens wesentliche neue negative Erkenntnisse zu Tage trägt oder sonstige Umstände bekannt werden (z. B. Lieferanten oder Kunden springen ab), welche die positive Fortführungsprognose unwahrscheinlich werden lassen oder gänzlich ausschließen, so muss das Kreditinstitut die Kündigung unverzüglich aussprechen. Macht es dies nicht, läuft es Gefahr, revolvierende Sicherheiten am Umlaufvermögen zu verlieren, die nach Kenntnis der vorbezeichneten Umstände entstehen.

Fazit

Der Überbrückungskredit ist weiterhin als Baustein der Sanierung im Vorfeld eines Sanierungskredits einsetzbar. Eine höchstrichterliche Entscheidung u. a. zur Höchstlaufzeit steht noch aus. Es sprechen gute Gründe, neben der Entscheidung des 14. Zivilsenats des KG Berlin, dafür, dass sich die Laufzeit an der Dauer bemisst, die für eine zügige Erstellung eines Sanierungsgutachtens mit angemessenem und notwendigem Inhalt benötigt wird. Sollte die ursprüngliche Laufzeit aufgrund nachvollziehbarer Umstände nicht ausreichen, so kann der Überbrückungskredit bis zum neuen Fertigstellungszeitpunkt verlängert werden. Buchalik Brömmekamp hat sich auf die Bearbeitung bankrechtlicher Themen mit einem spezialisierten Team fokussiert. Gerne unterstützen wir Sie unter anderem bei den Themen Bank- und Kapitalmarktrecht, Überbrückungskredit, Sanierungskredit, unechte Massekreditverträge oder Sicherheitenpoolverträge.

Daniel Trowski

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Bankrecht, Insolvenzrecht und Sanierung, Handels- und Gesellschaftsrecht

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

Schuldverschreibungsgesetz versus ESUG bei der Restrukturierung von Anleihen

Was ist erfolgsversprechender? Die Sanierung eines Unternehmens nach dem Schuldverschreibungsgesetz (SchVG) oder die Sanierung durch eine Insolvenz in Eigenverwaltung (ESUG)? Das Schuldverschreibungsgesetz kommt als Sanierungsinstrument für mittelständische Unternehmen in Betracht, die sich mittels an der Börse gehandelten Anleihen finanziert haben (sogenannte Mittelstandsanleihen). Rechte und Pflichten aus solchen Anleihen ergeben sich – soweit sie deutschem Recht unterliegen – aus dem Schuldverschreibungsgesetz (SchVG) und ergänzend aus den Anleihebedingungen.

Mit den Mitteln des Schuldverschreibungsgesetzes kann eine Restrukturierung der Anleihe über eine Änderung der Anleihebedingungen (z. B. Verzinsung, Rückzahlungszeitpunkt, Teilerlass, Debt-Equity-Swap) erreicht werden.

Die Insolvenz in Eigenverwaltung ist in den durch das ESUG novellierten §§ 270 ff der Insolvenzordnung geregelt. Sie ermöglicht es der Geschäftsführung eines Unternehmens, in Eigenregie eine umfassende Restrukturierung des Unternehmens vorzunehmen. Dies erfordert die Unterstützung einer fachkundigen Insolvenzberatung. Beaufsichtigt wird das Verfahren durch einen Sachwalter. Schon diese kurze Schilderung zeigt den wesentlichen Unterschied zwischen den beiden Verfahren auf. Während eine Restrukturierung nach dem ESUG das gesamte Unternehmen erfasst, kann nach dem SchVG nur eine Finanzierungsquelle des Unternehmens neu geordnet werden.

Restrukturierung nach dem Schuldverschreibungsgesetz

Dieser Unterschied in den Sanierungsinstrumenten hat zur Folge, dass eine Restrukturierung nach dem SchVG in eine umfassende außergerichtliche Unternehmenssanierung eingebettet werden muss, jedenfalls dann, wenn nicht nur das Finanzierungsinstrument Ursache für die Probleme des Unternehmens ist.

Das Schuldverschreibungsgesetz ist im Jahr 2009 erlassen worden. Kern des Gesetzes sind die Regeln über die Beschlüsse der Gläubiger zur Änderung der Anleihebedingungen und zwar für den Fall, dass sich die finanzielle Lage des Begebers der Anleihe nicht so entwickelt, wie bei Begebung der Anleihe angenommen wurde. Beschlüsse werden in einer Gläubigerversammlung gefasst. Die Versammlung ist beschlussfähig, wenn wertmäßig 50 Prozent der ausstehenden Anleihe vertreten sind. Wird dieses Quorum nicht erreicht, kann eine zweite Versammlung einberufen werden. Dann reichen wertmäßig 25 Prozent der ausstehenden Anleihe aus, um eine Beschlussfähigkeit herzustellen (§ 15 SchVG; siehe dazu OLG Karlsruhe WM 2016, 605 ff). Nach § 5 SchVG werden Beschlüsse mit der Mehrheit der anwesenden Gläubiger (wertmäßig berechnet) gefasst, wobei in einigen Fällen ein Quorum von 75 Prozent erforderlich ist. Diese Beschlüsse sind für alle Anleihegläubiger bindend. Auf den ersten Blick erscheint die Restrukturierung nach dem SchVG ein optimales Instrument zu sein, Anleiheverbindlichkeiten eines Unternehmens neu zu ordnen. Die Realität zeigt aber, dass dies in vielen Fällen nicht (rechtzeitig) gelingt oder (oft mangels Kenntnis) gar nicht erst versucht wird, sodass die Unternehmen in die Insolvenz geraten (z. B. KTG Agrar, Wöhrl, German Pellets, Steilmann usw.).

Ursache ist oftmals, dass die Restrukturierung eines Teils der Verbindlichkeiten des Unternehmens nicht ausreicht, sondern ein umfassendes Sanierungskonzept erforderlich ist. Dieses wird mit der Einladung zur Gläubigerversammlung publik, sodass der große Vorteil einer außergerichtlichen Sanierung, also die fehlende Publizität, hinfällig ist.

Werden Gläubigerversammlungen einberufen, wenn schon insolvenzrechtlich bedeutsame Tatsachen eingetreten sind, dann können die nach Restrukturierung der Anleihe getätigten Zahlungen der Anfechtung unterliegen, sofern später die Insolvenz eintritt. So enthält z. B. die Einladung der Anleihegläubiger vom 22.04.2016 durch die CARPEVIGO AG folgenden Satz:

„In den vergangenen Monaten hat sich gezeigt, dass es der Gesellschaft nicht möglich ist, die Anleihe bis zum 30.06.2016 zu den derzeitig gültigen Konditionen zurückzuführen."

Eine Vorsatzanfechtung nach § 133 Insolvenzordnung kann nur vermieden werden, wenn der Schuldner ein Sanierungskonzept erstellt, dass zumindest in Teilen umgesetzt wurde. Mit der Entscheidung vom 12.05.2016 (IX ZR 65/14, NZI

2016, 636) hat der BGH die Anforderungen an ein Sanierungskonzept konkretisiert. Erfüllt das vom Anleiheemittenten vorgelegte Konzept diese Anforderungen nicht und gerät dieser später in die Insolvenz, droht den Anlegern die Rückforderung der inzwischen auf die Anleihe geleisteten Zahlungen. Den Anleihegläubiger trifft die Darlegungs- und Beweislast, dass er die Zahlungen auf der Basis eines schlüssigen Sanierungskonzeptes erhalten hat. Das ist – vereinfacht ausgedrückt – dann der Fall, wenn er:

- über die wesentlichen Ursachen des Konzeptes informiert ist (Ursache der Krise, Maßnahmen zur Beseitigung, positive Fortführungsprognose),
- bei einem Forderungsverzicht davon ausgehen kann, dass die Krise allein auf Finanzierungsproblemen beruht und durch seinen Forderungsverzicht und den anderer Gläubiger diese Krise überwunden wird und
- sich auf die Angaben des Anleiheemittenten oder dessen Beraters zu den dauerhaften Erfolgsaussichten des Konzeptes verlassen kann.

Hieraus wird deutlich, dass die Restrukturierung der Anleihe nur ein Aspekt einer erfolgreichen außergerichtlichen Sanierung ist. Alle anderen Maßnahmen finden außerhalb dieses schuldnerfreundlichen Verfahrens statt, sodass die Maßnahmen nach dem SchVG lediglich die Verhandlungen mit dem Bankenpool ersetzen, sofern die Finanzierung des Unternehmens über eine Anleihe der Vermeidung von Bankkrediten diente.

Insolvenz in Eigenverwaltung (ESUG)

Die – rechtzeitige – Insolvenz in Eigenverwaltung ist der außergerichtlichen Sanierung – verbunden mit einer Restrukturierung einer Anleihe – vorzuziehen. Der Hauptvorteil besteht darin, dass das Unternehmen in der Sanierungsphase durch die insolvenzrechtlichen Regelungen „geschützt“ ist und Akkordstörer außen vor bleiben. Zahlungen aufgrund des Insolvenzplanes unterliegen nicht der Anfechtung, selbst wenn das Unternehmen später wieder in die Insolvenz gerät und abgewickelt wird. Die Anleihebedingungen können auch durch einen Insolvenzplan geändert werden. Es ist nicht erforderlich, dass alle Gläubiger der Anleihe an den Gläubigerversammlungen in der Insolvenz teilnehmen. Vielmehr ist es so, dass für diese Fälle ein gemeinsamer Vertreter von der Gläubigerversammlung der Anleihegläubiger bestellt wird. Dieser nimmt die Rechte der Anleihegläubiger in den Gläubigerversammlungen der Insolvenz und bei der Abstimmung über den Insolvenzplan wahr. Die Kosten dieses Vertreters sind nicht aus der Insolvenzmasse zu begleichen (siehe dazu BGH vom 14.07.2016, IX ZA 9/16, WM 2016, 1589 und BGH vom 14.07.2016, IX ZB 46/15, WM 2016, 1547).

Das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung hat gegenüber der außergerichtlichen Sanierung folgende Vorteile:

- Berechenbarkeit des Insolvenzverfahrens durch Einschaltung eines erfahrenen Beraters, der den Antrag und den Insolvenzplan vorbereitet und die Sanierungsphase begleitet
- Kurze Laufzeit des Verfahrens mit Annahme des Insolvenzplanes
- Kein Verbrauch der Reserven für außergerichtliche Sanierungen
- Frühzeitige Antragstellung und Erhöhung der Spielräume für die Sanierung
- Keine zeit- und kostenintensive Einarbeitung eines Insolvenzverwalters
- Einbindung der Gläubiger in der Antragsphase über den vorläufigen Gläubigerausschuss
- Eingeschränkter Rechtsschutz gegen den Insolvenzplan, insbesondere für den Fall, dass ein Nachteilsausgleich vorgesehen wird
- Umstrukturierung der Gesellschaft im Insolvenzplan möglich
- Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital erleichtert
- In Kombination mit dem Schutzschirmverfahren erleichterte Möglichkeit, Masseverbindlichkeiten zu begründen. Dies erhöht die Erfolgschance für die Betriebsfortführung
- Rückschlagsperre verschafft dem Unternehmen Liquidität
- Keine Zwangsvollstreckungen und damit keine Akkordstörer
- Abgekürzte Kündigungsfristen für Arbeitnehmer
- Lösung von Verträgen durch Erfüllungsablehnung
- Sozialplan wird kalkulierbar
- Vorfinanzierung von Löhnen über Insolvenzgeld
- Einstellung von Zins- und Tilgungszahlungen

Der angebliche Makel „Insolvenz“ sollte die Unternehmen und deren Geschäftsführung nicht davon abhalten, eine Insolvenz in Eigenverwaltung zu wagen, denn sie bietet ein Höchstmaß an Sicherheit und Erfolgschancen für die Sanierung. Insbesondere ist es auch für die Gesellschafter möglich, zumindest Teile ihres Kapitals zu erhalten.

Horst Ahlers

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Beratung im Bankrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht

Tel. 069-24 75 215 30
horst.ahlers@buchalik-broemmekamp.de

Verbesserte Verlustverrechnung für Körperschaften

Zum 1. Januar 2017 ist mit der Regelung des § 8d KStG ein sogenannter fortführungsgebundener Verlustvortrag eingeführt worden. Die Regelung beabsichtigt, die bisher bestehende Einschränkung der Verlustnutzung durch Körperschaften entscheidend zu verbessern. Die Grundidee ist dabei Unternehmensfinanzierungen von Start-ups und Sanierungsfällen nicht durch Steuerbelastungen zu gefährden.

Derzeit ist die steuerliche Verlustverrechnung bei Körperschaften durch § 8c KStG eingeschränkt. Werden mehr als 25 Prozent der Anteile übertragen, geht ein Verlustvortrag quotal unter, werden mehr als 50 Prozent übertragen, kommt es zum vollständigen Untergang eines bestehenden Verlustvortrages. Der Einstieg eines Investors führt deshalb i.d.R. zum Wegfall bestehender Verlustvorträge, was den Erwerb - insbesondere von Unternehmen in der Krise - weniger attraktiv macht. Mit dem neuen Gesetz soll die Nutzung steuerlicher Verlustvorträge trotz eines qualifizierten Anteilswechsels erhalten bleiben. Voraussetzung ist, dass der Geschäftsbetrieb der Körperschaft nach dem Anteilswechsel weiter erhalten bleibt und eine anderweitige Nutzung der Verlustvorträge ausgeschlossen ist. Wesentlicher Bestandteil der Neuregelung ist ein sog. fortführungsgebundener Verlustvortrag. Ist die Aufnahme eines neuen Gesellschafters oder ein Gesellschafterwechsel aus wirtschaftlichen Gründen erforderlich, so bleiben die bisher noch nicht genutzten Verlustvorträge erhalten, sofern der Geschäftsbetrieb fortgeführt wird.

Ob der Geschäftsbetrieb unverändert fortgeführt wird, wird nach qualitativen Merkmalen in einer Gesamtbetrachtung bestimmt. Zu diesen qualitativen Merkmalen gehören insbesondere:

- die angebotenen Dienstleistungen oder Produkte
- der Kunden- und Lieferantenkreis
- die bedienten Märkte
- die Qualifikation der Arbeitnehmer.

Feststellung

Der Verlustvortrag, der zum Schluss des Veranlagungszeitraums verbleibt, in den der schädliche Beteiligungserwerb fällt, wird gesondert festgestellt und ist vorrangig vor dem Verlustvortrag gemäß § 10d Abs. 4 EStG abzuziehen.

Wegfall des fortführungsgebundenen Verlustvortrags

Weiterhin ist erforderlich, dass ein seit der Gründung oder seit mindestens drei Jahren bestehender Geschäftsbetrieb unverändert bestehen bleibt (z. B. Beginn des WJ 13 bei schädlichen Beteiligungserwerb im WJ 16). Ferner geht der fortführungsgebundene Verlustvortrag unter, wenn:

- der Geschäftsbetrieb ruhend gestellt wird
- der Geschäftsbetrieb einer andersartigen Zweckbestimmung zugeführt wird
- die Körperschaft einen zusätzlichen Geschäftsbetrieb aufnimmt
- die Körperschaft sich an einer Mitunternehmerschaft beteiligt
- die Körperschaft die Stellung eines Organträgers im Sinne des § 14 Abs. 1 KStG einnimmt
- auf die Körperschaft Wirtschaftsgüter übertragen werden, die sie zu einem geringeren als dem gemeinen Wert ansetzt.

Damit soll verhindert werden, dass bestehende Alt-Verluste in inaktiven Verlustmänteln reaktiviert werden können.

Für die Feststellung des fortführungsgebundenen Verlustvortrages ist ein Antrag für das Jahr des Anteilübergangs in der betreffenden Steuererklärung erforderlich.

Zinsvortrag und Gewerbesteuer

Darüber hinaus gilt die Neuregelung des § 8d KStG auch für Zwecke der Gewerbesteuer (§ 10a Satz 10 GewStG) sowie für Zinsvorträge gem. § 8h Abs. 1 Satz 5 (sogenannter fortführungsgebundener Verlustvortrag).

Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Regelung in § 8d KStG tritt rückwirkend zum 01.01.2016 in Kraft. § 8d KStG ist damit erstmals auf Beteiligungserwerbe anzuwenden, die nach dem 31.12.2015 erfolgen. Diese Rückwirkung gilt aber nur, wenn der Geschäftsbetrieb der Körperschaft vor dem 01.01.2016 weder eingestellt noch ruhend gestellt war. Der Bundesrat wollte hingegen eine generelle Anwendung erst ab dem Veranlagungszeitraum 2017. Bedenklich ist jedoch, dass zu § 8d KStG keine EU-rechtlichen Probleme gesehen werden. Die Neuregelung könnte damit ein ähnliches Schicksal ereilen, wie die in 2009 geschaffene Sanierungsklausel, welche von der EU-Kommission als unzulässige Beihilfe gewertet worden ist.

Katrin Schröder

Rechtsanwältin, LL.M. corp.
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Insolvenzrecht, Restrukturierung/Sanierung, Gesellschaftsrecht/ M&A

Tel. 0211- 82 89 77 237
katrin.schroeder@buchalik-broemmekamp.de

Der Einsatz und die Voraussetzungen der Deckungsbeitragsrechnung bei der Restrukturierung von Unternehmen

Die (mehrstufige) Deckungsbeitragsrechnung (DBR) ist ein vielseitiges Werkzeug, das – insbesondere bei der Ausarbeitung einer Business-Planung für Unternehmen in der Sanierung/Restrukturierung – wertvolle Entscheidungshilfen bieten kann. Häufig steht das Unternehmen – und mithin der Berater – vor der Frage, welche Kunden oder Produkte die Werteerzeuger sind. Auch der IDW fordert, dass „die Entwicklung der Umsätze, Kosten und Deckungsbeiträge der Produktgruppen und Geschäftsbereiche" zu analysieren sind. Zudem wird die Analyse von Querbeziehungen unter dem „Aspekt der Nachhaltigkeit der Sanierung" ausdrücklich in IDW S6 gefordert. Diesen Anforderungen an Sanierungskonzepte kann mittels der mehrstufigen Deckungsbeitragsrechnung entsprochen werden.

Damit die Deckungsbeitragsrechnung die Funktion der Entscheidungshilfe rechtfertigen kann, bestehen grundsätzliche Anforderungen an die Datengrundlage des Mandanten. Die Prüfung und Bewertung der Datengrundlage ist möglichst frühzeitig durch eine entsprechende Anforderungs-Checkliste durchzuführen, um sicherzustellen, dass die Ergebnisse in das Sanierungskonzept/die Planung einfließen können. Hierbei müssen verschiedene Aspekte wie zeitlicher Horizont, Budget, Kosten-/Nutzen der DBR, Größe und Komplexität des Unternehmens usw. berücksichtigt werden.

Die Deckungsbeitragsrechnung: Entscheidungs- und Koordinationsfunktion

Die (mehrstufige) Deckungsbeitragsrechnung ist als Teilkostenrechnung ein geeignetes Instrument zur Fundierung von Entscheidungen. Die traditionelle Kostenträgerrechnung (KTR) liefert erste Indikatoren über die Rentabilität, als Entscheidungsgrundlage ist sie allerdings aufgrund ihres Vollkostencharakters ungeeignet. Der grundlegende Mangel der traditionellen Kostenrechnung, vor dem Hintergrund der Fundierung von Entscheidungen, ist die Verrechnung von Kosten über Umlagen.

Die mehrstufige DBR kann zur Fundierung eher operativer Entscheidungen genauso wie zur Fundierung strategischer Entscheidungen herangezogen werden. Zudem bietet die DBR die Möglichkeit, z. B. durch die Anbindung der Entlohnung an entsprechende Kennzahlen der DBR, unerwünschtem Verhalten entgegenzuwirken und damit als Werkzeug zur Steuerung und internen Koordination zu dienen. Diese Koordinationsfunktion kann insbesondere bezüglich der Umsetzung von Maßnahmen bei der Sanierung von Unternehmen eine erhebliche Rolle spielen. So können beispielsweise Vertriebsmaßnahmen über die Auswertung von Deckungsbeiträgen und anschließenden Soll-Ist-Vergleichen bei entsprechendem Erfolg mit Boni belohnt werden. Eine direkte Anbindung der Entlohnung eines Profit-Center Leiters an den Beitrag des Profit Centers zum Gesamtunternehmenserfolg kann die Durchsetzung von Einzelmaßnahmen vereinfachen – respektive eine stringentere Umsetzung der Maßnahmen bewirken.

Im stark vereinfachten Beispiel auf der nächsten Seite (Abb. 1) ist die DBR-Struktur eines produzierenden Unternehmens dargestellt, dessen „Kostenträger" die Kunden sind und das nach Profit Centern organisiert ist. Im Beispiel wird deutlich, dass die Artikel 3, 8, 11 und 16 nicht ihre variablen Kosten decken können. Diese Artikel sollten daher aus dem Produktionsprogramm entfernt werden. Die Kunden 4, 6 und 8 weisen nach Abzug der sogenannten Kundenfixkosten – sprich der Kosten, die den Kunden jeweils direkt (d. h. ohne Umlage) zuzuordnen sind – negative Deckungsbeiträge (II.) auf. Bei der Entscheidung, ob die Kunden mit negativem DB II. weiter beliefert werden sollen, ist zu beachten, dass die Kosten der Ebene II. (Kundenfixkosten) grundsätzlich wegfallen, sobald der Kunde entfällt.

Das heißt bei einer Entscheidung gegen die Weiterbelieferung des Kunden 4 (neg. DB II i.H.v. 173) müssen die Kundenfixkosten mittelfristig nicht von den anderen Kunden getragen werden. Insgesamt würde das Ergebnis damit besser, da der Kunde einen negativen DB II erwirtschaftet. Bereits angenommene Aufträge sollten allerdings aufgrund des pos. DB I abgeschlossen werden. Im Falle des Kunden 8 wäre, unabhängig von den Kundenfixkosten, die sofortige Beendigung der Geschäftsbeziehung angezeigt (sofern Preisverhandlungen mit dem Kunden scheitern, kostenseitige Maßnahmen nicht greifen und sofern er verpflichtet ist, beide Artikel zu liefern), da die Artikel im Portfolio des Kunden insgesamt einen negativen DB I aufweisen.

Abb. 1: Struktur einer Deckungsbeitragsrechnung

Mehrstufige DBR	Profit Center I.								Profit Center II.							
Kunden	Kunden 1		Kunden 2		Kunden 3		Kunden 4		Kunden 5		Kunden 6		Kunden 7		Kunden 8	
Artikel	Art. 1	Art. 2	Art. 3	Art. 4	Art. 5	Art. 6	Art. 7	Art. 8	Art. 9	Art. 10	Art. 11	Art. 12	Art. 13	Art. 14	Art. 15	Art. 16
Umsatz	3.222	1.499	1.587	2.837	1.051	3.608	3.785	3.785	3.558	2.450	3.933	2.612	2.967	2.042	1.922	3.449
Materialkosten	2.255	1.199	1.428	1.844	820	2.670	2.877	3.482	2.491	1.960	3.540	1.698	2.314	1.511	1.461	3.173
RE	**967**	**300**	**159**	**993**	**231**	**938**	**908**	**303**	**1.067**	**490**	**393**	**914**	**653**	**531**	**461**	**276**
Personalkosten	451	285	175	454	126	686	606	379	391	319	747	522	564	306	365	552
DB I.	**516**	**15**	**– 16**	**539**	**105**	**253**	**303**	**– 76**	**676**	**172**	**– 354**	**392**	**89**	**225**	**96**	**– 276**
DB I. Kunden	**531**		**523**		**358**		**227**		**848**		**38**		**314**		**– 180**	
Kundenfixkosten	375		120		0		400		295		80		0		112	
Werbe-/Reisekosten	20		0		0		300		20		0		0		90	
Kfz-Kosten	5		0		0		100		5		0		0		22	
Klischeekosten	350		120		0		0		270		80		0		0	
DB II.	**156**		**403**		**358**		**– 173**		**553**		**– 42**		**314**		**– 292**	
Profit Center Fixkosten	1.000								420							
Personalkosten d. Vertriebs	250								100							
Personalkosten Einkauf	350								120							
Sonstiges	400								200							
DB III.	**– 257**								**112**							
Unternehmensfixkosten	500															
Unternehmensergebnis	**– 644**															

Die Ergebnisse der DBR bilden die Ausgangsbasis, um Preisverhandlungen (Nachverhandlungen) mit den Kunden anzustoßen und bieten die Grundlage zur Diskussion von Kosteneinsparpotenzialen.

Maßnahmen:

- Kann der Bereich Einkauf zentralisiert werden?
- Welche Kosteneinspareffekte sind hieraus zu erwarten (Personalkosten, Raumkosten durch Zusammenlegung, Mengeneffekte durch Zusammenlegung der Bestellung)?
- Welche Möglichkeiten hat das Unternehmen, die Werbe- bzw. Reisekosten zu senken?
- Sind diese unter anderem an Verträge kundenseitig gebunden?
- Warum wurden die Lieferverträge mit den Kunden 4/6 und 8 überhaupt unterzeichnet, obwohl der DB II negativ ist?
- Muss bei der Angebotskalkulation (z. B. Zuschlagssätze veraltet oder falsch, keine Margenvorgaben etc.) nachgesteuert werden?
- Finden regelmäßig Soll-IST-Vergleiche auf Artikelebene und Kundenebene statt und wie ist die Steuerung der Vertriebsmitarbeiter angebunden?

Des Weiteren sind bei der Entscheidung, ob Kunden weiter beliefert werden sollen auch Aspekte wie Skaleneffekte (Mengenrabatte o. ä.) zwingend einzubeziehen. Werden z. B. die Geschäftsbeziehungen zu den Kunden 4, 6 und 8 aufgrund des negativen DB II nicht weitergeführt, verringert sich das Einkaufsvolumen (Materialeinkauf) um rund 47 Prozent. Dies kann zur Verschlechterung der Einkaufskonditionen und damit zur Erhöhung der Materialeinsatzquote insgesamt führen.

Operieren Unternehmen über ihre Profit Center in verschiedenen Märkten und werden diese über die DBR anhand von Profit Center Betrachtungen abgebildet, können auch Entscheidungen auf dieser Ebene fundiert werden. Die Ergebnisse der Profit Center (DB III) können hierbei als Grundlage für tiefergehende Analysen verwendet werden. Die durchgeführten quantitativen Analysen sind durch qualitative Faktoren zu ergänzen.

So sind beispielsweise die strategische Ausrichtung und die Bedeutung von Produkten und Kunden sowie potenzielle Risiken, z. B. die Abhängigkeit von Rohstoffen (Engpässe, Preissteigerungen), bei entsprechenden Entscheidungen zu berücksichtigen. Die DBR als Planungsrechnung kann zudem die Marktentwicklung einzelner Artikel (u. a. Produktlebenszyklus) beziehungsweise Artikelgruppen oder auch Kunden und Kundengruppen ergebnisseitig abbilden und als Grundlage für weitere Entscheidungen dienen. Marktentwicklungen können bis auf Artikelebene dargestellt und verschiedene Szenarien simuliert werden.

Insbesondere vor dem Hintergrund umfangreicher Sanierungsmaßnahmen ist die interne Steuerung und Kontrolle im Rahmen einer Abweichungsanalyse von Bedeutung. Beispielsweise können die Auswirkungen von Maßnahmen im Bereich des Produktportfolios über die Deckungsbeitragsrechnung dargestellt und im Hinblick auf den Beitrag zum Gesamtunternehmenserfolg transparent werden. Im nächsten Beispiel (Abb. 2) wurden die Artikel 3, 8, 11 und 16 aus dem Produktportfolio bereinigt. Durch die Portfoliobereinigung ist das Gesamtunternehmensergebnis nun positiv.

Mit der DBR kann auch der Fortschritt der Maßnahmen – bezogen auf die einzelnen Bereiche und Funktionen – bemessen werden. Gegensteuerungsmaßnahmen können gegebenenfalls durchgeführt werden. Um die Entscheidungsträger zu motivieren im Sinne des Unternehmens zu handeln und die Unternehmensstrategie umzusetzen, könnte deren Entlohnung an bestimmte Kennzahlen in der Deckungsbeitragsrechnung gebunden werden.

Abb. 2: Entscheidungshilfe Deckungsbeitragsrechnung

Mehrstufige DBR	**Profit Center I.**								**Profit Center II.**							
Kunden	Kunden 1		Kunden 2		Kunden 3		Kunden 4		Kunden 5		Kunden 6		Kunden 7		Kunden 8	
Artikel	Art. 1	Art. 2	Art. 3	Art. 4	Art. 5	Art. 6	Art. 7	Art. 8	Art. 9	Art. 10	Art. 11	Art. 12	Art. 13	Art. 14	Art. 15	Art. 16
Umsatz	3.222	1.499		2.837	1.051	3.608	3.785		3.558	2.450		2.612	2.967	2.042	1.922	
Materialkosten	2.255	1.199		1.844	820	2.670	2.877		2.491	1.960		1.698	2.314	1.511	1.461	
RE	**967**	**300**		**993**	**231**	**938**	**908**		**1.067**	**490**		**914**	**653**	**531**	**461**	
Personalkosten	451	285		454	126	686	606		391	319		522	564	306	365	
DB I.	**516**	**15**		**539**	**105**	**253**	**303**		**676**	**172**		**392**	**89**	**225**	**96**	
DB I. Kunden	**531**		**539**		**358**		**303**		**848**		**392**		**314**		**96**	
Kundenfixkosten	375		120		0		400		295		80		0		112	
Werbe-/Reisekosten	20		0		0		300		20		0		0		90	
Kfz-Kosten	5		0		0		100		5		0		0		22	
Klischeekosten	350		120		0		0		270		80		0		0	
DB II.	**156**		**419**		**358**		**– 97**		**553**		**312**		**314**		**– 16**	
Profit Center Fixkosten	1.000								420							
Personalkosten d. Vertriebs	250								100							
Personalkosten Einkauf	350								120							
Sonstiges	400								200							
DB III.	**– 165**								**742**							
Unternehmensfixkosten	500															
Unternehmensergebnis	**77**															

Anwendungsvoraussetzungen und Abschätzung der Möglichkeiten beim Mandanten

Zur Sicherstellung einer hohen Effizienz der Beraterleistung und zur Kalkulation der Kosten der Einführung einer DBR ist eine Abschätzung der Voraussetzungen, die der jeweilige Mandant zur Erstellung einer DBR mitbringt, zeitnah notwendig. Hierbei müssen auch die Kosten für die Bereinigung und/oder Aufbereitung/Erstellung der Datenbasis gegebenenfalls für die systemseitige Implementierung einbezogen werden. Zur Abschätzung des Beratungsaufwandes stellt Buchalik Brömmekamp eine kundenorientierte Anforderungs- Checkliste zur Verfügung. In Abhängigkeit von der Datengrundlage des Unternehmens, kann eine Begleitung bei der Einführung einer Deckungsbeitragsrechnung bereits in einer frühen Phase – d. h. bereits im Vorfeld zum Zwecke der Bereinigung und/oder Aufbereitung/ Erstellung der Datenbasis und gegebenenfalls die systemseitige Implementierung der Datengrundlage – notwendig sein. Da ohne eine belastbare Datengrundlage keine Entscheidungsgrundlage erstellt werden kann, sollte frühzeitig auf die Qualität der Datengrundlage und der systemseitigen Datenverarbeitung geachtet werden. Die Datengrundlage, die Struktur (u. a. die Erzeugnis- Auftragsstruktur, Organisations- und Vertriebsstruktur) des Unternehmens und die Entscheidungsmöglichkeiten sind die Grundlage für die jeweilige Struktur der DBR. Die Qualität der Datengrundlage bezieht sich u. a. auf die Belastbarkeit der Kostenstellenrechnung. So müssen die Kostenstellen angelegt und gepflegt sein. Eine Überleitung zur Gewinn- und Verlustrechnung muss zudem möglich sein. Des Weiteren müssen auf Seiten des Produktions Planungs Systems (PPS) respektive des Warenwirtschaftssystems (WWS) der Artikelstamm gepflegt und entsprechende Merkmale – wie Kunden, Kundengruppen, Produkte, Produktgruppen, Produktionslinien, Profit Center usw. bereits systemseitig hinterlegt sein und es sollte eine korrekte Anbindung der Kosten und Erlöse an entsprechende Merkmale erfolgen. Die Verrechnung von Maschinenstundensätzen und Fertigungslöhnen über das PPS ist zu überprüfen und das Alter der Stundensätze, enthaltene Kosten, Kostenspaltung u. a. die Bewertung der Wareneinsätze, gleitender Durchschnitt und Standardkosten etc. sollten abgefragt werden. Eine Reihe weiterer Aspekte können hier eine Rolle spielen. Auch sind die Schnittstellen zu anderen Bereichen der internen Rechnungslegung eng und zum Teil fließend. So kann im Zusammenhang mit der Prüfung der Datengrundlage die schon angesprochene Angebotskalkulation neu aufgestellt werden. Dies sollte unter dem Aspekt der Kontrolle/Steuerung (Soll-Ist-Vergleich), sofern hier Bedarf besteht, auch erfolgen.

Fazit

Die mehrstufige Deckungsbeitragsrechnung bietet für Unternehmen wertvolle Entscheidungshilfen. Im Rahmen der Erstellung von Planungen und Sanierungskonzepten sind kurzfristig die Voraussetzungen für die Erstellung einer Deckungsbeitragsrechnung zu validieren bzw. zu schaffen. Dann können sich Unternehmen von Wertvernichtern trennen und sich auf das Kerngeschäft mit den Werterzeugern konzentrieren. Bei allen Fragen rund um das Thema Deckungsbeitragsrechnung stehen wir Ihnen gerne beratend zur Seite. Sprechen Sie uns an!

Jan Küppers

Dipl.-Kfm.
Manager Finance im Competence Center Controlling
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Controlling, Integrierte Finanzplanung

Tel. 0211-82 89 77 176
jan.kueppers@buchalik-broemmekamp.de

Individuelle Unternehmenssituationen benötigen maßgeschneiderte Finanzierungen

Häufig verfolgen Unternehmen eine mittelfristige Strategie zur Unternehmensentwicklung ohne eine dazu passende Finanzierungsstrategie. Angesichts des günstigen Zinsumfeldes steht dem Unternehmer aktuell eine Vielzahl von Finanzierungsoptionen zur Verfügung. Es führen zahlreiche Wege zu den unterschiedlichen Kapitalformen. Allerdings passt nicht jede am Markt angebotene Lösung zur individuellen Unternehmenssituation. Auch mögliche Fallstricke in den Finanzierungen sind nicht immer auf den ersten Blick erkennbar.

Die Bandbreite der unterschiedlichen Finanzierungsmöglichkeiten reicht dabei von Eigenkapitalfinanzierungen bis zu Asset-Based Lending Alternativen, die rein auf den Sicherheitenwert von Vermögensgegenständen abstellen. Vor der Entscheidung, welche Alternative die vermeintlich Richtige ist, sollte sich der Unternehmer darüber Klarheit verschaffen, in welcher finanziellen Situation das Unternehmen sich momentan befindet und wie das aktuelle Geschäftsmodell ausgeprägt ist. In dieser ersten Phase (Analysephase) gilt es die Ist-Situation genau zu erfassen, denn zum einen sind nicht alle Finanzierungselemente beliebig bzw. sinnvoll miteinander kombinierbar, zum andern sollte die Auswahl der möglichen Finanzierungselemente eng am Finanzierungszweck ausgerichtet werden.

Unterschiedliche Arten der Finanzierung

Als Ergebnis der Analysephase sollte Klarheit darüber bestehen, welche Finanzierungsbausteine aktuell eingesetzt werden, welche Kosten hiermit verbunden sind, wann welche zukünftigen Kapitaldienste zu leisten sind und welche Sicherheiten den (Fremd)Kapitalgebern eingeräumt wurden. In der Gegenüberstellung sind die Anlässe und Zwecke der Finanzierung zu ergänzen, um eine Aussage zur Angemessenheit der bestehenden Finanzierungsstruktur vor dem Hintergrund des aktuellen Geschäftsmodells und des Mitteleinsatzes ableiten zu können.

Besteht der aktuelle Auslöser, sich mit der momentanen Finanzierungssituation zu beschäftigen darin, dass eine Liquiditätslücke gedeckt werden muss oder eine Refinanzierung ansteht, wird erkennbar, dass sich die Risikoeinschätzung für die Finanzierung verschärft und sich damit die jeweiligen Preise und Konditionen signifikant ändern können.

Bei Familienunternehmen ist die Entscheidung zur Einlage eigenen Geldes am Ende des Tages ein unternehmerisches Kalkül – sofern ausreichend Eigenmittel zur Verfügung stehen. Bei managementgeführten Unternehmen müssen diese sowohl für Eigenkapital- als auch für Fremdkapitalgeber interessant sein, wenn beide Optionen als Handlungsalternativen ins Kalkül gezogen werden. Sofern Wachstums- und Renditeaussichten des künftigen Geschäftsmodells ausreichend attraktiv sind, können sowohl Private Equity Investoren als auch Family Offices für Investitionen in das Unternehmen begeistert werden.

Eigentümergeführte Unternehmen möchten häufig die Aufnahme von externem Eigenkapital vermeiden, um die Kontrolle über das Unternehmen nicht zu verwässern. An dieser Stelle bietet es sich an, Mezzanine-Kapitalgeber von einer Investition zu überzeugen. Diese erwarten zwar aufgrund der Nachrangigkeit ihres investierten Kapitals zum klassischen Fremdkapital eine höhere Verzinsung, dies führt jedoch nicht zur Verwässerung der Gesellschafteranteile und damit auch nicht zur Veränderung der Stimmverhältnisse im Unternehmen. Mezzanine Darlehen lassen sich meist individuell gestalten und damit an die Cash Situation im Unternehmen anpassen – häufig sind die Darlehen aber ganz oder teilweise anfällig ausgestaltet.

Öffentliche Förderungen

Enthält die zukünftige Unternehmensstrategie klare Wachstumspfade mit den damit verbundenen Investitionen in Märkte oder Produkte und den Aussichten auf steigende Renditen, sind die klassischen Banken bei gegebenem Risiko selten die richtige Finanzierungsadresse.

Je nach der bevorzugten Zielkapitalstruktur des Unternehmens können Eigenkapitalelemente eingewoben oder auch öffentliche Förderungen in Anspruch genommen werden. Die Bandbreite an öffentlichen Förderungen variiert stark von Bundesland zu Bundesland, hat aber für kleine und mittelständische Unternehmen – gerade in Wachstumsphasen – eine große Anzahl von Programmen

zu bieten. Es gilt aber stets, die Ausschlusskriterien genau zu studieren und Maßnahmen nicht zu beginnen, bevor die Förderung bewilligt wurde. Die öffentlichen Förderungen sind häufig auf genau vorgegebene förderungswürdige Sachverhalte beschränkt, dafür aber meist relativ günstig im Vergleich zu klassischen Bankdarlehen. Klassische Banken können jedoch auch Finanzierungsbausteine liefern, wenn im Rahmen von Expansionsstrategien, beispielsweise bei Unternehmenskäufen, dem Eigenkapitalinvestment des Unternehmers eine sogenannte Cash-Flow basierte Leverage-Finanzierung zur Seite gestellt werden soll.

Maßgeschneiderte Konzepte

Je nach Mandantenbedürfnis prüft Buchalik Brömmekamp – im Rahmen eines ersten Grobkonzeptes zur zukünftigen Finanzierung – für den Unternehmer die verfügbaren Finanzierungsalternativen am relevanten Markt. In Gesprächen mit potenziellen Finanzpartnern erörtern wir Kosten, Anforderungen an das Geschäftsmodell, notwendige Sicherheiten und andere Nebenbedingungen.

Es gilt dabei für den Unternehmer ein transparentes Profil der potenziellen Kapitalgeber herauszuarbeiten, das Aufschluss über Anlagehorizont, Transaktionen in der Vergangenheit, Verhalten in Krisensituationen und auch Beendigungsszenarien gibt.

In einem neuen Finanzierungskonzept sind zusätzlich weitere Nebenbedingungen der einzelnen Finanzierungsbausteine zu beachten, bevor zusätzliche Finanzierungsbausteine eingeplant und bestehende Verträge modifiziert bzw. angepasst werden können. Finanzierungspartner verfolgen häufig unterschiedliche Zielsetzungen und haben durchaus divergierende Vorstellungen ihrer eigenen Position zu denen anderer Finanzierer, die es im Gesamtfinanzierungskonzept zu harmonisieren gilt. Im Rahmen klassischer Bankdarlehen kann dies häufig durch den Einsatz von Konsortialdarlehen erreicht werden, um die aufwendige Abstimmung bilateraler Darlehen zu vermeiden. Konsortialdarlehen bieten eine hohe Transparenz für alle Beteiligten und können hinsichtlich der Tilgungstrukturen, Abzweiglinien und Avallinien trotzdem flexibel ausgestaltet werden. Weitere wichtige Stellgrößen bei der Kombination der Finanzierungsbausteine im neuen Finanzierungskonzept sind Vor- bzw. Nachrangigkeit einzelner Finanzierungselemente und eine angemessene Sicherheitenstellung. Neben den eher strategischen Ausrichtungen des Finanzierungskonzeptes lassen sich Zusatzelemente im Konzept integrieren, die u. a. neben ihrer Finanzierungsfunktion auch noch eine Servicefunktion bieten. So lassen sich rund um das Thema Working Capital Factoring oder Fine Trading Elemente zur Abrundung der Finanzierung einbauen.

Entsprechend der individuellen Präferenz des Auftraggebers gilt es, das Gesamtfinanzierungskonzept aufzubauen und entsprechend maßzuschneidern. Aus Sicht des Unternehmers ist die Eigenkapitallösung vielleicht die teuerste Lösung, während hingegen der angestellte Geschäftsführer diesen Ansatz bevorzugt, da keine zusätzlichen Liquiditätsabflüsse drohen.

Der aktuelle Finanzierungsmarkt verändert sich rasch und zeichnet sich gerade oder trotz der gefühlten restriktiveren Kreditvergabe der Geschäftsbanken im Segment KMU (kleine und mittlere Unternehmen) durch eine Vielzahl von Finanzierungsvarianten aus, die die Selektion der passenden Finanzierung zu einem komplexen Entscheidungsprozess macht.

Wird falsch maßgenommen, passt der Anzug am Endes des Tages nicht. Dieses Manko gilt es im übertragenen Sinne bei der Auswahl der Finanzierungsbausteine durch einen stark analytischen und phasenorientierten Ansatz im Rahmen der Finanzierung zu vermeiden. Neben unnötigen Kosten für inadäquate Finanzierungsbausteine gilt es, bestandsgefährdende Risiken aus der Finanzierung zu minimieren. Gerade in Krisensituationen zeigt sich, wie stabil die Finanzierung und wie zuverlässig die Finanzierungspartner sind.

Buchalik Brömmekamp unterstützt Sie gerne bei der Auswahl der für Ihr Unternehmen maßgeschneiderten Finanzierung.

Thomas Reifert

Steuerberater
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Finanzielle Restrukturierung, Finanzierungsberatung, Distressed M&A, IDW S6, PE

Tel. 0211-82 89 77 193
thomas.reifert@buchalik-broemmekamp.de

Liquiditätssteuerung in der Krise

In einer Unternehmenskrise kommt der Liquiditätssteuerung größte Bedeutung zu. Schließlich wird mit einer drohenden oder bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit die Insolvenzreife erreicht. Welche Möglichkeiten stehen in der außergerichtlichen Sanierung zur Verfügung und welche liquiditätsverbessernden Maßnahmen gibt es innerhalb eines Insolvenzverfahrens?

Außerhalb eines Insolvenzverfahrens kann ein breites Spektrum von Maßnahmen zur kurzfristigen Liquiditätssteuerung in Betracht kommen. Aus der Bilanzperspektive ist hier zunächst der Aktivtausch von Vermögenswerten in liquide Mittel möglich, z. B. der Verkauf von Forderungen (Factoring, Forfaitierung), der Verkauf von nicht betriebsnotwendigem Anlagevermögen oder der Verkauf und die Rückmietung von betriebsnotwendigem Anlagevermögen (Sale & Lease Back). Bei allen genannten Finanzierungsinstrumenten ist jedoch zu prüfen, ob diese Vermögenswerte frei sind von Sicherungsrechten anderer Gläubiger (z. B. Grundschuld, Sicherungsübereignung, Forderungsabtretung etc.).

Statt einer umfänglichen Wandlung der Aktiva in liquide Mittel kann auch lediglich eine Verringerung der in den Aktiva gebundenen Liquidität stattfinden. Hierzu zählt u. a. der Abbau von Vorratsbeständen durch Sonder-Abverkauf oder durch eine Optimierung der Produktionsabläufe. Auch eine Vorratshaltung der Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe oder der Handelswaren durch den Lieferanten im Rahmen von Konsignations- oder Kommissionslagern kann die Liquidität schonen.

Auch über eine schnellere Vereinnahmung der offenen Forderungen und damit eine Absenkung des Forderungsbestandes kann eine Liquiditätssteigerung erzielt werden, z. B. durch die Verkürzung von Zahlungszielen oder durch Skonto-Gewährung. Über Prozessoptimierungen auf der Debitorenseite können mittelfristig Liquiditätsverbesserungen erzielt werden. Denkbar wäre hier z. B. eine Beschleunigung des Fakturaprozesses, eine Optimierung des Mahnwesens oder auch der Einsatz von Bonitätsprüfungen zur Reduzierung von Zahlungsausfällen.

Auf der Passivseite der Bilanz kann durch eine Erhöhung der Mittelherkunftspositionen Liquidität geschaffen werden. Mittelherkunftspositionen sind grundsätzlich alle Optionen zur Schaffung von Eigen- oder Fremdkapital. Aus Gesellschaftersicht bieten sich unter anderem Kapitalmaßnahmen oder Gesellschafterdarlehen an. Dies ist jedoch nur dann sinnvoll, wenn gleichzeitig auch die liquiditätsverzehrenden Krisenursachen im Rahmen einer umfänglichen Sanierung beseitigt werden.

Durch eine Erhöhung der Kreditaufnahme kann ebenfalls Liquidität generiert werden. Dies setzt jedoch die weitere Kreditwürdigkeit voraus und ist in der Krise an gewisse Regeln gebunden, z. B. an die Vorlage eines Sanierungsgutachtens und/oder die Bereitstellung weiterer Sicherheiten.

Eine Erhöhung der Lieferantenverbindlichkeiten ist da häufiger das Mittel der Wahl. Durch eine erfolgreiche Verhandlung längerer Zahlungsziele mit Lieferanten kann der Verbindlichkeitenbestand erhöht und die Liquidität geschont werden. Hierbei wird jedoch, ebenso wie bei Stundungen, lediglich Zeit gewonnen, da der Liquiditätsabfluss ja nur zeitlich versetzt erfolgt. Bei einer ungenehmigten Streckung von Auszahlungen über die Fälligkeitstermine hinaus besteht zudem die Gefahr, sich bereits in der insolvenzrechtlich definierten Zahlungsunfähigkeit zu befinden. Ein ständiger Abgleich zwischen fälligen Verbindlichkeiten und freier Liquidität ist daher in dieser Phase immer erforderlich.

Liquiditätsverbesserungen, die nur zeitlich, aber nicht der Höhe nachwirken, sind in erster Linie nur geeignet einen akuten Liquiditätsengpass zu überbrücken. Für eine nachhaltige Liquiditätsoptimierung müssen letztlich die Einzahlungsströme erhöht und/oder die Auszahlungsströme verringert werden. Es handelt sich hierbei in der Regel um Sanierungsmaßnahmen mit einem ergebniswirksamen Effekt. Hier kann eine Reduzierung der Preiskomponente (z. B. Senkung der Einkaufspreise, Kürzung von freiwilligen Zahlungen an das Personal, Sanierungstarifvertrag etc.) oder eine Minderung der nachgefragten Menge (z. B. Reduzierung des Materialverbrauchs, Kurzarbeit, Abbau von Mitarbeitern, etc.) zum Ziel führen.

Liquiditätssteuerung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens

Sollte sich die Liquiditätskrise verschärft haben und ein Insolvenzantrag geboten sein, so ändern sich ab dem Tag der Antragstellung die Umfeldbedingungen für das Unternehmen. Durch Nichtzahlung von Altverbindlichkeiten und Entfall von Löhnen und Gehältern für die dreimonatige Phase

der Insolvenzgeldzahlung an die Mitarbeiter baut ein Unternehmen im Regelfall Liquidität auf, sofern das Geschäftsmodell weiterhin tragfähig ist. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass das Insolvenzverfahren mit dem Ziel der Fortführung des Geschäftsbetriebes verfolgt wird, wie dies durch das seit 2012 geltende ESUG (Gesetz zur erleichterten Sanierung von Unternehmen) beabsichtigt ist.

Die aus einer Optimierung der Aktiva resultierenden Liquiditätsverbesserungen sind im Grundsatz auch in der Insolvenz denkbar und sinnvoll. Die Anzahl der Finanzdienstleister für Factoring oder Sale & Lease Back ist innerhalb der Insolvenz jedoch geringer als außerhalb der Insolvenz. Zumeist besteht auch das Hemmnis, dass bereits andere Gläubiger Sicherungsrechte auf diese Vermögenswerte besitzen. Hier wäre zunächst zu prüfen, ob eine Verwertung der Sicherheit nach Ablöse des gesicherten Gläubigers noch einen liquiditätserhöhenden Effekt hätte. Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens muss zudem die richtige zeitliche Terminierung der Instrumente beachtet werden, um auch eine umsatzsteuerlich optimale Nutzung der Effekte zu erzielen (vorläufiges Verfahren, eröffnetes Verfahren). Im vorläufigen Verfahren gezahlte Umsatzsteuerzahllasten können im Wege der Anfechtung durch den Sachwalter zur Masse zurückgeholt werden. Sollten sich jedoch Vorsteuererstattungsansprüche im vorläufigen Verfahren ergeben, so ist eine Auszahlung seitens des Finanzamts nicht zu erwarten. Sofern zeitlicher Spielraum bei der Initiierung von Maßnahmen besteht, sollten diese so gesteuert werden, dass im vorläufigen Verfahren möglichst hohe Umsatzsteuerzahllasten entstehen und die Vorsteuererstattungsansprüche erst nach Verfahrenseröffnung.

Auf der Kundenseite könnte, soweit in einer akuten Phase notwendig, im Zeitraum der Insolvenzgeldzahlung durch Gewährung von zeitlich befristeten Sonderskonti der Zahlungseingang beschleunigt werden. Zur Stützung des Geschäftsbetriebes sind Kunden auch häufig bereit, einen Sanierungsbeitrag in Form zusätzlicher Aufträge zu gewähren. Bei Fortführung des Unternehmens unter Vollkosten (in der Regel nach Verfahrenseröffnung) besteht die Pflicht zur Vermeidung weiterer Verluste. Hierzu wird zumeist das Instrument der Preiserhöhung eingesetzt, um eine verlustfreie Fortführung der Aufträge zu ermöglichen.

Auf der Lieferantenseite ist es nach einem Insolvenzantrag nahezu ausgeschlossen, eine Verlängerung von Zahlungszielen zur Schonung der Liquidität zu verhandeln. Es muss in der Regel bereits als Erfolg gewertet werden, wenn die bisherigen Zahlungsziele erhalten bleiben. Zumeist stellen die Lieferanten nach einem Insolvenzantrag ihres Abnehmers zur Vermeidung weiterer Zahlungsausfälle auf Vorkasse um. Insbesondere in Handelsunternehmen bzw. sehr zulieferintensiven Produktionsunternehmen belastet dies die Liquidität nach einem Insolvenzantrag erheblich. In diesem Falle sollte zumindest versucht werden, für die Vorkassezahlungen ein Skonto zu verhandeln.

Das Insolvenzverfahren bietet jedoch über die operativen Maßnahmen zur Liquiditätssteuerung verfahrensimmanente Liquiditätsvorteile. So kann häufig die Zahlung von Mieten und Leasingraten für mindestens einen Monat im vorläufigen Verfahren ausgesetzt werden. Neben der Nettolohn-Zahlung in Form von Insolvenzgeld sind weitere Ersparnisse aus der Nichtabführung von Sozialabgaben im vorläufigen Verfahren zu nennen. Sollten die Abgaben im Einzelfall abgeführt werden, um Haftungsfragen zu vermeiden, so unterliegen die geleisteten Zahlungen zumindest dem Anfechtungsvorbehalt und können nach Eröffnung des Verfahrens zur Masse zurückgeholt werden. De facto kann man daher von einem Liquiditätszuwachs in voller Höhe des Personalaufwands ausgehen.

Fazit

Aus operativer Sicht ist der Handlungsspielraum zur Nutzung liquiditätswirksamer Maßnahmen in einem Insolvenzverfahren kleiner als außerhalb einer Insolvenz. Insbesondere die Maßnahmen, die eine Erhöhung der Verbindlichkeiten zur Folge haben (wie z. B. Neuaufnahme von Krediten oder Verlängerung von Zahlungszielen bei Lieferanten) lassen sich in dieser Phase kaum durchsetzen. Durch die verfahrensimmanenten Möglichkeiten wie z. B. Insolvenzgeld, Umsatzsteuereffekt, Einsparung Sozialabgaben, etc. erweitert sich der Handlungsspielraum jedoch erheblich und übersteigt denjenigen des außergerichtlichen Verfahrens bei Weitem.

Gerne berät Sie Buchalik Brömmekamp, um die Liquiditätspotenziale Ihres Unternehmens innerhalb und außerhalb der Insolvenz optimal zu steuern.

Rüdiger Oymanns

Dipl.-Kfm.
Projektmanager in den Competence Centern
Restrukturierung und Controlling
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Integrierte Finanzplanung,
auch im Rahmen von Sanierungskonzepten
nach IDW S6

Tel. 0211-82 89 77 129
ruediger.oymanns@buchalik-broemmekamp.de

Aktuelles

Bankrechtsfrühstück – Die Gestaltung von Überbrückungs- und Sanierungskrediten
RA Daniel Trowski referiert zu den rechtlichen Besonderheiten bei der Erstellung von Kreditverträgen in Krisensituationen und den diesbezüglichen Anforderungen der Rechtsprechung, die zurzeit kontrovers diskutiert wird. Dabei wird die Sicht der Bank und deren Interessen in den Vordergrund gestellt.

Veranstaltungstag	Veranstaltungsort
09. März 2017	Le Méridien, Stuttgart

Eröffnungsfeier unserer Stuttgarter Niederlassung – Vernissage
Unsere Stuttgarter Kollegen möchten sich bei Ihnen vorstellen und laden Sie herzlich zu einer Vernissage ein. Ausgestellt werden aktuelle Werke des zeitgenössischen Künstlers Michael Schönpflug (www.werkauswahl.de). Gerne begrüßen wir Sie zu dieser Veranstaltung, um Sie abseits der Arbeit kennenzulernen.

Veranstaltungstag	Veranstaltungsort
09. März 2017	Buchalik Brömmekamp, Stuttgart

6. Buchalik Brömmekamp Bankentag
Hinter dem Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Kapitalmarktunion steckt viel Dynamik. Im vergangenen November stellte die EU-Kommission den mit Spannung erwarteten Richtlinienentwurf zur Restrukturierung von krisenbefangenen Unternehmen im vorinsolvenzlichen Zeitraum vor. Das außerinsolvenzliche Sanierungsverfahren soll nach unternehmerischem Scheitern die Kultur einer „zweiten Chance“ stärken. Der 6. Buchalik Brömmekamp Bankentag untersucht die Praxistauglichkeit des Richtlinienentwurfes und gibt Hinweise auf mögliche Neuregelungen im ESUG. Darüber hinaus wollen wir Ihnen einen bunten Strauß weiterer Themen anbieten.

Veranstaltungstag	Veranstaltungsort
15. März 2017	Industrie-Club, Düsseldorf

WM Seminar: Rechtssichere Bewertung von Sanierungskonzepten
Jochen Rechtmann, Bozidar Radner und Harald Müller (DG Bank) referieren über die Bewertung von Sanierungskonzepten. Das WM-Seminar vermittelt einen Überblick über die Voraussetzungen, unter denen die Rechtsprechung Sanierungskonzepte als taugliche Grundlagen für die Gewährung von Sanierungsbeiträgen in der Unternehmenskrise ansieht.

Veranstaltungstag	Veranstaltungsort
16. März 2017	Mercure Hotel Frankfurt Eschborn

Praktikerfrühstück Restrukturierung „Einkauf aufs Brot“
In vielen Unternehmen wird der Einkauf nur als eine notwendige Nebensache betrachtet. Dabei wird die Bedeutung der Einsparungen, die in diesem Bereich realisierbar sind, häufig unterschätzt. Die Basis für ein gutes Einkaufsmanagement ist ein zentral gesteuerter strategischer Einkauf mit einem entsprechenden Stellenwert im Unternehmen. Bozidar Radner, Kim Höver und Dennis Rief bringen Ihnen die Anwendung von Perspektiven, Denkmodellen und Tools aus der aktuellen Einkaufslehre näher.

Veranstaltungstag	Veranstaltungsort
21. März 2017	Buchalik Brömmekamp, Stuttgart

Praxisforum Restrukturierung „Sanierungskonzepte“
Wie können Risiken der Bank minimiert und die Entscheidungsgrundlage zur Prüfung der Sanierungswürdigkeit verbessert werden? Eine zentrale Entscheidungsgrundlage zur Prüfung der Sanierungswürdigkeit ist das Sanierungskonzept, welches in der Regel durch einen Sanierungsberater erstellt wird. Bozidar Radner, Harald Kam, Phillip Kohlen und Kim Höver stellen Ihnen die Möglichkeiten, notwendigen Kenntnisse und Werkzeuge vor, um die Phase der Konzepterstellung ideal zu begleiten.

Veranstaltungstag	Veranstaltungsort
28. März 2017	Buchalik Brömmekamp, Frankfurt a. M.
04. April 2017	Buchalik Brömmekamp, Düsseldorf

Praktikerfrühstück Restrukturierung „Strategie aufs Brot“
Änderungen der Wirtschaftslage, komplexe Geschäftsmodelle etc. stellen große Herausforderungen an jede Geschäftsführung dar. Damit die Leistungsfähigkeit und Rendite des Unternehmens nicht nur gesichert, sondern kontinuierlich gesteigert werden kann, ist eine klar durchdachte Strategie notwendig. Bozidar Radner, Philipp Kohlen und Florian Edinger vermitteln Ihnen das notwendige Know-how für eine gut durchdachte Unternehmensstrategie.

Veranstaltungstag	Veranstaltungsort
25. April 2017	Buchalik Brömmekamp, Düsseldorf

Praktikerforum Bankrecht – Avalinanspruchnahmen prüfen und abwehren
Das Avalgeschäft ist ein Massengeschäft. Avalinanspruchnahmen werden deshalb häufig nur oberflächlich geprüft, insbesondere, wenn der Avalauftraggeber einer Zahlung auf das Aval nicht widerspricht. Dies kann zu erheblichen Schäden führen. RA Jochen Rechtmann gibt Ihnen einen Überblick über die Einwendungen, die ein Kreditinstitut erheben kann, wenn es aus einer Bürgschaft oder Garantie in Anspruch genommen wird.

Veranstaltungstag	Veranstaltungsort
26. April 2017	Buchalik Brömmekamp, Frankfurt a. M.

Ausbildungsprogramm für Berater zum Experten für Schutzschirm und Eigenverwaltung (ESUG-Berater)
Mit der Reform des Insolvenzrechts durch das ESUG eröffnen sich für Unternehmen in der Krise wie für begleitende Berater völlig neue Möglichkeiten der Überwindung von Krisen durch eine Sanierung unter dem Schutzschirm des Insolvenzrechts. Eigenverwaltung, Schutzschirm und vorläufige Gläubigerausschüsse sind inzwischen stehende Begriffe, aber für die Früherkennung wie für die professionelle Vorbereitung fehlt es an der notwendig flächendeckenden Beratungskompetenz. Der Fachlehrgang macht Sie fit für den neuen Markt der Sanierung unter Insolvenzschutz (Informationen unter www.esug-berater.org).

Veranstaltungstag	Veranstaltungsort
10. Mai – 13. Mai 2017 (Modul I) 31. Mai – 03. Juni 2017 (Modul II)	Geschäftsstelle BV ESUG, Düsseldorf

Praxisforum Restrukturierung „Produktion und Prozesse“
Um im Wettbewerb bestehen zu können, muss man die Leistungsfähigkeit des Produktionsbereiches kontinuierlich steigern. Bozidar Radner, Dr. Dirk Dümpelmann und Kurt Bühler berichten über ihre Erfahrungen und Lösungsansätze aus der Beratungspraxis und bringen Ihnen die Anwendung neuer Perspektiven, Denkmodelle und Tools nach den Lean-Management-Prinzipien näher.

Veranstaltungstag	Veranstaltungsort
11. Mai 2017	Buchalik Brömmekamp, Berlin
16. Mai 2017	Buchalik Brömmekamp, Stuttgart

Anmeldungen unter: www.bb-seminare.de

Impressum
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung GmbH

Prinzenallee 15, 40549 Düsseldorf, Tel. 0211-82 89 77 200
Lietzenburger Straße 75, 10719 Berlin, Tel. 030-243 555 170
Bautzner Straße 145a, 01099 Dresden, Tel. 0351-402 88 653
Westendstraße 16–22, 60325 Frankfurt/Main, Tel. 069-24 75 215 0
Industriestraße 4, 70565 Stuttgart, Tel. 0711-25 29 600

www.buchalik-broemmekamp.de

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
Bettina Fey, Markus Haase