



Institut für Unternehmenssanierung
und -entwicklung, Heidelberg

IfUS-Institut
Weiterbildung in der Sanierungsbranche

SANIERUNGSKONFERENZ 2020

„Den Berater bezahlen wir aber trotzdem ...“ –
Sicherung der Beratervergütung in Zeiten von COVID-19
mit Analyse aktueller Rechtsprechung

Dr. Martin Bürmann, Partner, RITTERSHAUS Rechtsanwälte
Kristina Lindenfeld, Rechtsanwältin, RITTERSHAUS Rechtsanwälte

Teil I

- I. Naturgemäßes Spannungsfeld der Sanierungsberatung
- II. Q-Cells-Rechtsprechung
- III. Reformiertes Bargeschäftsprivileg
- IV. Aktuelle Rechtsprechung
- V. Auswirkungen der Corona-Gesetzgebung auf die Insolvenzanfechtung
- VI. Praxishinweise

Teil II

- I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG
- II. Praxishinweise

I. Naturgemäßes Spannungsfeld der Sanierungsberatung

- Beratungsbedürftigkeit von Unternehmen in der Krise
- tatsächlicher Erfolg der Sanierungsbemühungen nie zu versprechen
- **Risiko der Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO** im Falle des Scheiterns der Sanierungsbemühungen
- Grundvoraussetzung: **Gläubigerbenachteiligung**
 - Schuldenmasse vermehrt oder Aktivmasse verkürzt und dadurch Zugriff der Gläubiger auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert oder verzögert
- Honorarzahlungen an den Sanierungsberater in aller Regel zumindest mittelbar gläubigerbenachteiligend

I. Naturgemäßes Spannungsfeld der Sanierungsberatung

- Anfechtung wegen kongruenter Deckung nach § 130 InsO grundsätzlich eröffnet
- Möglichkeit der Bargeschäftsausnahme nach § 142 InsO a.F.
- Voraussetzungen:
 - **unmittelbarer Leistungsaustausch**
 - (Teil-)Beratungsleistungserbringung, Rechnungsstellung und Honorarzahlung **innerhalb von maximal 30 Tagen**
 - **Gleichwertigkeit** von Leistung und Gegenleistung

I. Naturgemäßes Spannungsfeld der Sanierungsberatung

- gleichwohl war eine Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO a.F. möglich
- Zahlung des Beraterhonorars kurz vor der Insolvenz erfüllt in aller Regel ohne Weiteres dessen objektiven Tatbestand
- Verminderung dieser immanenten Anfechtungsgefahr über die Rechtsfigur der „**bargeschäftsähnlichen Lage**“
 - starke Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz können entfallen
 - bei einer Sanierungsberatung anzunehmen, wenn **ernsthafter und aussichtsreicher Sanierungsversuch** vorlag

I. Naturgemäßes Spannungsfeld der Sanierungsberatung

- **BGH:** *„[...] wenn der Sanierungsversuch für den Gemeinschuldner zwar erkennbar mit Risiken belastet ist, die Bemühungen um eine Rettung des Unternehmens jedoch ganz im Vordergrund stehen und aufgrund konkret benennbarer Umstände eine positive Prognose nachvollziehbar und vertretbar erscheint“*
- Honorar des Beraters soll keine gleichwertige Gegenleistung darstellen, wenn seine Leistungen von **vornherein erkennbar wertlos** waren
- **rechtliche Risiken** können dem Sanierungsversuch die Schlüssigkeit und Erfolgsaussicht nehmen

II. Q-Cells-Rechtsprechung

- Entscheidungen des Landgerichts und Oberlandesgerichts Frankfurt
- **erster Fall**: Insolvenzanfechtung gegen Hengeler Mueller auf Rückzahlung von Beratungshonoraren i.H.v. ca. 4,5 Millionen Euro
- Restrukturierungskonzept (insbesondere Wandelschuldverschreibungen und debt-to-equity-swap) war von tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheiten geprägt
- Landgericht Frankfurt: **Ungeeignetheit des Restrukturierungsvorhabens** sei evident gewesen

II. Q-Cells-Rechtsprechung

- Leitsatz hinsichtlich der Rechtsberatung von Hengeler Mueller:
 - *„Einem anwaltlichen Sanierungskonzept, dessen Umsetzung von rechtlichen und tatsächlichen Unwägbarkeiten abhängt, kann die notwendige Erfolgsaussicht fehlen, um den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auszuschließen.“*

II. Q-Cells-Rechtsprechung

- **zweiter Fall** bezüglich der Finanzberatung von Houlihan Lokey, Honorare i.H.v. ca. 2 Millionen Euro
- auch hier fehlte es nach Ansicht der Gerichte an einem hinreichend sicheren, umsetzbaren Sanierungskonzept
- die Einschätzung von Hengeler Mueller bezüglich der rechtlichen Möglichkeit dessen Umsetzung sei gerade nicht ausreichend gewesen

II. Q-Cells-Rechtsprechung

- Leitsatz hinsichtlich der Finanzberatung von Houlihan Lokey:
 - *„Die **bloße Hoffnung des Schuldners auf eine Sanierung** räumt seinen Benachteiligungsvorsatz nicht aus, wenn die dazu erforderlichen Bemühungen über die Entwicklung von Plänen und die Erörterung von Hilfsmöglichkeiten nicht hinausgekommen sind. Die Einschätzung der rechtlichen Berater, die Umsetzung des Sanierungskonzepts sei rechtlich möglich, reicht für eine sichere Erfolgsprognose nicht aus.“*

III. Reformiertes Bargeschäftsprivileg

- Insolvenzverfahrenseröffnung nach dem 5.4.2017
- Neufassung des § 142 Abs. 1 InsO hat das **Anfechtungsrisiko entschärft** („[...] und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte“)
- Schutz des Bargeschäftsprivilegs nur noch dann versagt, wenn
 - i. ein **Tatbestand der Vorsatzanfechtung** erfüllt ist (§ 133 Abs. 1–3 InsO n.F.) und
 - ii. **unlauteres Handeln** des Schuldners sowie
 - iii. diesbezügliche **Kenntnis** des Anfechtungsgegners vorliegen

III. Reformiertes Bargeschäftsprivileg

- Problem: **Auslegung des „unlauteren Handelns“**; Gesetzgeber:
 - insbesondere Ausgaben für „flüchtige Luxusgüter“
 - Unlauterkeit fehle, solange Schuldner Geschäfte tätigt, die zur Fortführung des Geschäftsbetriebs erforderlich sind, auch wenn er erkennt, dass Betriebsfortführung verlustträchtig ist
- in eindeutigen Fällen dürfte ein Gleichlauf zwischen Alt- und Neufällen anzunehmen sein
- in den Zweifelsfällen dürften die Neufälle einfacher unter das Bargeschäftsprivileg zu fassen sein, als die Altfälle unter die „bargeschäftsähnliche Lage“

III. Reformiertes Bargeschäftsprivileg

- Sorge massenhafter Insolvenzanfechtungen von Beraterhonoraren infolge Q-Cells-Rechtsprechung erweist sich mit Blick auf das reformierte Bargeschäftsprivileg als **unbegründet**
- von vornherein aussichtslose Sanierungsberatungen werden jedoch auch in Zukunft anfechtbar bleiben
- dem Insolvenzverwalter obliegt der Beweis, dass das verfolgte **Sanierungskonzept objektiv und *ex ante* erkennbar ungeeignet** war
- Reform gewährt, dass die Vergütung des Sanierungsberaters nicht zu einem Erfolgshonorar wird

IV. Aktuelle Rechtsprechung

- Entscheidung des LG Würzburg (2018):
 - *„In Fällen kongruenter Leistungen handelt der Schuldner nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn er die Zahlung Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nutzt. An der Betriebsnotwendigkeit der Leistungen eines externen Beraters im Rahmen der Prüfung einer Sanierung bzw. Fortführung des Unternehmens bei Liquiditätsproblemen oder drohender Zahlungsunfähigkeit besteht kein Zweifel.“*

IV. Aktuelle Rechtsprechung

- Entscheidung des LG Würzburg (2018):
 - *„In Sanierungsfällen sind, sofern die Sanierungsbemühungen Bestandteil eines ernsthaften, letztlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs sind, die Rechtshandlungen von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen des Insolvenzschuldners geleitet und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger tritt in den Hintergrund.“*

- Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 142 InsO bleibt es allerdings bei den allgemeinen „strengen“ Anknüpfungskriterien für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (vgl. OLG Stuttgart, Urteil v. 25.06.2019; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil v. 18.04.2019)

V. Auswirkungen der Corona-Gesetzgebung auf die Insolvenzanfechtung

- Weiter Anfechtungsschutz nach **§ 2 Abs.1 Nr. 4 COVInsAG**
- Anfechtung **kongruenter Deckungen oder Besicherungen** im Schutzbereich des COVInsAG **faktisch ausgesetzt**
- dem Insolvenzverwalter wird der Beweis, dass dem Anfechtungsgegner die **Aussichtslosigkeit der Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen** des Schuldners zur Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit bekannt war, nur schwer gelingen

VI. Praxishinweise

- Risiken einer Anfechtbarkeit durch entsprechende **Ausgestaltung der Mandats- und Vergütungsvereinbarung** minimieren:
 - i. Honorarforderung durch eine **Schuldübernahme** oder zumindest durch einen **Schuldbeitritt** eines dritten solventen Schuldners anfechtungsfest **absichern**
 - ii. erbrachte Leistungen soweit möglich zumindest auch eine **ernsthafte und nicht von vornherein aussichtslose Sanierungsberatung** oder andere, für die übrigen Gläubiger werthaltige Dienste umfassen (z.B. Erarbeitung des Insolvenzantrags)
→ entscheidend ist Zeitpunkt der Aussichtslosigkeit der Sanierung

VI. Praxishinweise

- Risiken einer Anfechtbarkeit durch entsprechende **Ausgestaltung der Mandats- und Vergütungsvereinbarung** minimieren:
 - iii. Zeitraum zwischen Leistungserbringung, Rechnungsstellung und Zahlung möglichst kurzhalten, **30-Tages-Marke** nicht überschreiten
 - iv. **keine Verrechnung** mit noch offenen Forderungen aus früheren Mandaten
- Risiko der Anfechtbarkeit zu Zeiten der Corona-Gesetzgebung gemäß § 2 Abs.1 Nr.4 COVInsAG für den Zeitraum der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht erheblich reduziert

Teil II

I. Gesetze zur Änderung des COVInsAG

- **Hintergrund:** viele Unternehmen aufgrund der andauernden COVID-19-Pandemie insolvenzgefährdet
- **Motiv:** Unternehmen weiterhin Möglichkeit geben, sich unter Inanspruchnahme staatlicher Hilfsangebote und im Rahmen außergerichtlicher Verhandlungen zu sanieren und zu finanzieren
- **Ausgangslage:** fünf zentrale Maßnahmen des COVInsAG im März 2020

I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG

- **Ausgangslage:** fünf zentrale Maßnahmen des COVInsAG im März 2020
 1. vorübergehende Aussetzung der Insolvenzantragspflichten bis 30. September 2020, sofern
 - Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruht
 - oder
 - Aussichten auf eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bestanden

I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG

- **Ausgangslage:** fünf zentrale Maßnahmen des COVInsAG im März 2020
 2. eingeschränkte Haftung der Geschäftsleitung für Zahlungen trotz Insolvenzreife während des Zeitraums der Aussetzung der Insolvenzantragspflichten
 3. eingeschränkte Anfechtung von Leistungen an Vertragspartner während des Zeitraums der Aussetzung der Insolvenzantragspflichten

I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG

- **Ausgangslage:** fünf zentrale Maßnahmen des COVInsAG im März 2020
 4. Gewährung von neuen Krediten ist nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung während des Zeitraums der Aussetzung der Insolvenzantragspflichten anzusehen
 5. für drei Monate eingeschränkte Möglichkeit von Gläubigern, durch Insolvenzanträge Insolvenzverfahren zu erzwingen

I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG

- nach der Änderung wird die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für pandemiebedingt **überschuldete** Unternehmen über den 30. September 2020 hinaus bis zum 31. Dezember 2020 verlängert
- für pandemiebedingt **zahlungsunfähige** Unternehmen wird es dagegen keine Verlängerung geben
 - ab dem 1. Oktober 2020 gilt für diese wieder die allgemeine Verpflichtung, ohne schuldhaftes Zögern, das heißt **spätestens** innerhalb von drei Wochen, Insolvenzantrag zu stellen

I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG

- Aufhebung der Schutzmaßnahmen in drei Stufen

1. Gläubigerinsolvenzanträge möglich seit 29.6.2020

- pandemiebedingt insolvenzreife Unternehmen können nunmehr – auch wenn sie selbst derzeit keinen Insolvenzantrag stellen müssen – durch einen Gläubiger in die Insolvenz gezwungen werden
- dies gilt unabhängig davon, ob das Unternehmen aufgrund von Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) insolvenzreif ist

I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG

2. Antragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit infolge Corona-Pandemie ab 1.10.2020

- mit dem Änderungsgesetz werden Geschäftsführer und Vorstände (oder bei Führungslosigkeit die Gesellschafter) verpflichtet, auch bei eingetretener **Zahlungsunfähigkeit** infolge der COVID-19-Pandemie ab dem 1. Oktober 2020 regulär einen Insolvenzantrag zu stellen
- Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) liegt vor, wenn Unternehmen nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen
- hiervon ist in der Regel auszugehen, wenn das Unternehmen seine Zahlungen eingestellt hat, d.h. den erheblichen Teil seiner Verbindlichkeiten nicht erfüllen kann

I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG

2. Antragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit infolge Corona-Pandemie ab 1.10.2020

- regelmäßig der Fall, wenn das Unternehmen **10% oder mehr seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten länger als drei Wochen nicht erfüllen kann**, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden kann und Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist
- **typische Indizien:** Nichtzahlung von Gehältern und Sozialversicherungsbeiträgen, Nichtzahlung von Lieferanten, Insolvenzanträge von Gläubigern oder (gescheiterte) Zwangsvollstreckungsversuche

I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG

2. Antragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit infolge Corona-Pandemie ab 1.10.2020

- verantwortlichen Organe des Unternehmens sind verpflichtet, eine Zahlungsunfähigkeitsprüfung vorzunehmen und dies auch zu dokumentieren
- straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen bei Versäumung der Antragspflichten leben für pandemiebedingt zahlungsunfähige Unternehmen ab dem 1. Oktober 2020 wieder auf

I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG

3. Antragspflicht bei Überschuldung infolge Corona-Pandemie ab 1.1.2021

- Überschuldung liegt gemäß § 19 Abs. 2 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt
- etwas Anderes gilt nur, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist

I. Gesetz zur Änderung des COVInsAG

- aktuellen Zahlen des Statistischen Bundesamtes zeigen einen **Rückgang der gemeldeten Unternehmensinsolvenzen im 1. Halbjahr 2020 von 6,2 %** gegenüber dem Vorjahreszeitraum an (Destatis, Pressemitteilung Nr. 348 vom 10. September 2020)

II. Praxishinweise

- **pandemiebetreffene Unternehmen** sollten vor dem Hintergrund der geplanten Gesetzesänderung sorgfältig prüfen, ob bzw. welchen Antragspflichten sie unterliegen
- falls bereits **Zahlungsunfähigkeit** vorliegt, ist der Insolvenzantrag rechtzeitig vorzubereiten
- falls eine **Überschuldung** vorliegt, kann der weitere Aufschub der Insolvenzantragspflicht dazu genutzt werden, (weitere) staatliche Hilfen zu beantragen oder Finanzierungs- und Sanierungsvereinbarungen zu treffen
- auch **krisenfeste Unternehmen** sind gehalten zu prüfen, ob ihre Vertragspartner pandemiebetreffend und möglicherweise insolvenzgefährdet sind und welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind