

Newsletter 04 | 2021

Sanierungs- und Restrukturierungs- beratung – Ihre Experten von BBR

Neue Perspektiven für Ihr Unternehmen



Inhaltsverzeichnis

VORWORT	S. 03
NEUES ZUM STARUG	
ESUG oder StaRUG – Welches Verfahren hilft?	S. 04
Die Sanierungsmoderation	S. 07
Sicherungsrechte im StaRUG - die „anderweitige Vereinbarung“ nach § 54 Abs.2 StaRUG	S. 10
Eingriffsmöglichkeiten in Gläubigerrechte im Rahmen des StaRUG	S. 13
NEUES ZUM ESUG	
Erschwerte Zugangsvoraussetzungen für die Eigenverwaltung ab dem 1. Januar 2021	S. 16
Über Scheinsicherheit und das neue SanInsFoG	S. 18
NEUES ZUM STEUERRECHT	
Inhalt und Auswirkung des neuen § 15b Abs. 8 InsO im Rahmen der Neuregelung des § 15b InsO	S. 20
Die Steuerbefreiung von Sanierungsgewinnen in und außerhalb von Insolvenzverfahren	S. 24
KONTAKT	S. 26

Haftungsausschluss

Der Newsletter wurde mit großer 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 Buchalik Brömmekamp Rechtsanwalts-gesellschaft mbH gern zur Verfügung.



Rechtsanwalt Robert Buchalik

Vorwort

Sehr geehrte Geschäftsfreunde,

der Gesetzgeber hat uns im Rahmen der Pandemie einmal mehr überrascht, wie schnell es möglich ist, Gesetze auf den Weg zu bringen. Wenn aber Gesetze im Hauruck-Verfahren verabschiedet werden, geht das zwangsläufig zu Lasten der Qualität. Die aktuelle Diskussion um die Änderung des Infektionsschutzgesetzes zeigt dies einmal mehr. Allerdings kann man dem Gesetzgeber zugutehalten, dass dies beim Infektionsschutz auch notwendig war, denn wochenlange Diskussionen um die Ausgestaltung einer Notbremse rechtfer-tigen keine Notbremse.

Anders ist die Situation aber bei der Einführung des StaRUG (des Stabilisierungs- und Restrukturierungs-gesetzes) und den Änderungen der Insolvenzordnung zu sehen. Mit der Einführung dieser und einiger begleitender Gesetze im Rahmen des SanInsFOG wurde gleich auch nochmals das Insolvenzaussetzungsgesetz bis zum 30.04.2021 verlängert. Zwischen Oktober 2020 und dem 20. Dezember 2020 wurden ein Referentenentwurf, ein Regierungsentwurf und ein Gesetzesentwurf vorgelegt und am 20. Dezember ein Gesetz verabschiedet, das auf ca. 60 Seiten Unmengen von Änderungen bestehender Gesetze und die Einführung neuer Gesetze betraf. Obwohl selbst der Experte Wochen braucht, um diesen Dschungel zu durchdringen und die Tragweite zu analysieren, wurden die Regelungen nur wenige Stunden im Bundestag beraten und im Bundesrat sogar ohne Beratung durchgewunken. Alle neuen Gesetze sind im SanInsFOG (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz) zusammengefasst. Es darf bezweifelt werden, dass ohnehin überforderte Parlamentarier wussten, was sie da überhaupt im Detail verabschiedet haben. Insbesondere auch aufgrund der auf der Ziellinie beschlossenen Änderungen dürften die Macher der Gesetze zum Schluss eine nur

noch untergeordnete Rolle gespielt haben. Zur Begründung wurde angeführt, dass dies ein wichtiger Baustein zur Pandemiebekämpfung sei. Fakt ist aber, dass nicht zuletzt wegen der weiter fortgeltenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (siehe dazu auch den Artikel in diesem Newsletter) von den neuen gesetzlichen Regelungen kaum Gebrauch gemacht wird. Es gibt aktuell keine nennenswerte Anzahl von Krisenunternehmen oder Insolvenzverfahren, auch, wenn täglich etwas anderes verkündet wird. Entweder missachten Unternehmen die gleichwohl bestehende Insolvenzantragspflicht oder aber sie halten sich mit Kurzarbeitergeld und öffentlichen Hilfen weiter über Wasser. Ob überhaupt und wenn wann der große GAU kommt, ist offen.

Das StaRUG hätte ein Erfolgsmodell werden können, wenn man bei der ursprünglichen Linie, insbesondere der Möglichkeit auch Verträge zu beenden, geblieben wäre. Verschärfungen des ESUG machen sicher Sinn, aber man ist hier wohl deutlich über das Ziel hinausgeschossen. Auch ist nicht nachvollziehbar, warum noch im Gesetzesentwurf auf das Fiskusprivileg des § 55 Abs. 4 InsO verzichtet, es aber im Gesetz dann doch eingeführt wurde. Der Katalog ließe sich beliebig erweitern.

Nun müssen wir aber mit dem Leben, was wir haben. Deshalb widmen wir uns in diesem, aber natürlich auch in den nächsten Newslettern schwerpunktmäßig den neuen gesetzlichen Regelungen.

Wir hoffen, dass Sie dabei neue Erkenntnisse gewinnen.

Ihr Robert Buchalik

ESUG oder StaRUG – Welches Verfahren hilft?

Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung zum 01.01.1999 gibt es in Deutschland die Möglichkeit, ein Unternehmen mittels eines Insolvenzplanverfahrens zu sanieren. Spürbar Gebrauch davon wurde aber erst gemacht, nachdem dies aufgrund einer Gesetzesreform seit 2012 bereits von Verfahrensbeginn an in Form der Eigenverwaltung möglich ist. Seither trägt dieses Verfahren den Kunstnamen „ESUG“.

Im Zuge der Umsetzung einer Richtlinie der EU aus dem Jahr 2019 trat in Deutschland zum 01.01.2021 das Gesetz über die Stabilisierung und Restrukturierung von Unternehmen (StaRUG) in Kraft, das gleichermaßen das Ziel verfolgt, Unternehmen die Sanierung zu ermöglichen.

Für den sanierungsbereiten Unternehmer und/oder Geschäftsleiter stellt sich die Frage, welches Verfahren in Betracht kommt und in seinem speziellen Fall den Vorzug genießt.

ESUG als „Blaupause“

Beide Verfahren weisen viele grundsätzliche Gemeinsamkeiten auf und es ist nicht zu übersehen, dass der EU-Kommission beim Verfassen ihres Richtlinienentwurfs das deutsche ESUG-Verfahren als „Blaupause“ gedient hat. Beiden Verfahren ist gemein, dass sie anders als etwa beim Verkauf oder bei der Liquidation eines Unternehmens auf den Erhalt des Rechtsträgers abzielen.

In beiden Verfahren legt das schuldnerische Unternehmen den Gläubigern einen Insolvenzplan (ESUG) bzw. einen Restrukturierungsplan (StaRUG) zur Abstimmung vor. Bei Erreichen der erforderlichen Mehrheiten und Vorliegen weiterer Voraussetzungen verhilft die gerichtliche Bestätigung zur Rechtskraft des Plans, womit obstruierende, also dem Plan widersprechende Gläubiger überstimmt und damit zwangsweise eingebunden werden können.

Zauberwort „drohende Zahlungsunfähigkeit“

Es bedürfte aber nicht zweier separater und voneinander unabhängiger Sanierungsverfahren, wenn sich deren Unterschiede auf die bloße Bezeichnung beschränkten. Was auf den ersten Blick nämlich so ähnlich erscheint, entpuppt sich auf den zweiten Blick als in einigen ganz wesentlichen Punkten unterschiedlich.

StaRUG setzt im Grundsatz in einem früheren Krisenstadium an und kann dem ESUG zeitlich vorgelagert sein. StaRUG verlangt zwingend das Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit. Es kommt nicht in Betracht,



Rechtsanwalt Dr. Utz Brömmekamp

wenn das Unternehmen planerisch über einen Betrachtungszeitraum von 24 Monaten noch über ausreichende Liquidität verfügt und damit nicht die gesetzlichen Voraussetzungen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit erfüllt. Es kommt aber ebenso wenig in Betracht, wenn bereits Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung vorliegen und damit Insolvenzreife besteht. Dann bleibt nur der Weg über das ESUG. Und hierin liegt der bedeutsamste Unterschied beider Verfahren. StaRUG dient ausdrücklich der Insolvenzvermeidung und findet somit zwingend außerhalb eines Insolvenzverfahrens statt, während eine ESUG-Sanierung ebenso zwingend einem Insolvenzverfahren vorbehalten ist.

StaRUG auch für Unternehmer

Anders als beim ESUG steht beim StaRUG-Verfahren nicht nur Unternehmen, sondern auch Unternehmern als natürliche Personen, also Einzelkaufleuten, der Weg für eine strukturierte Sanierung offen, allerdings beschränkt auf Verbindlichkeiten aus ihrer unternehmerischen und nicht etwa aus ihrer privatrechtlichen Tätigkeit.

ESUG mit allen Gläubigern

Gestaltung und inhaltliche Anforderungen des Restrukturierungs- bzw. Insolvenzplans ist in beiden Verfahren nahezu gleich. Beim ESUG-Verfahren sind allerdings stets sämtliche Gläubiger in die Planlösung einzubeziehen. Allen muss das schuldnerische Unternehmen einen Vorschlag unterbreiten und alle sind zur Abstimmung berufen. Hingegen erlaubt das StaRUG die Einbeziehung lediglich einzelner Gläubiger oder Gläubigergruppen, wie beispielsweise nur den Banken, nur den Vermietern, nur den Lieferanten oder auch anderen.



Arbeitnehmerrechte im StaRUG tabu

Anders als beim ESUG darf beim StaRUG nicht in Rechte von Arbeitnehmern eingegriffen werden. Für Unternehmen, deren Sanierungsansatz insbesondere oder gar ausschließlich auf Personalmaßnahmen fußt, ist somit StaRUG eher weniger geeignet.

ESUG schafft Liquidität

Im Zustand drohender Zahlungsunfähigkeit stehen dem Unternehmen sowohl das StaRUG als auch das ESUG zur Verfügung. Die richtige Wahl und Entscheidung wird insbesondere auch davon abhängen, ob das Unternehmen noch über ausreichende Liquidität verfügt, ein Sanierungsverfahren zu finanzieren. Ist dies nicht der Fall, bietet das ESUG im Eröffnungsverfahren liquiditätsschöpfende Maßnahmen und Regelungen qua Gesetzes an. Dabei spielt insbesondere das Insolvenzgeld eine große Rolle, bei dessen Inanspruchnahme dem Schuldnerunternehmen der Personalaufwand von bis zu drei Monaten im Wesentlichen von der Bundesagentur für Arbeit abgenommen wird. Darüber hinaus dürfen Altverbindlichkeiten nicht mehr bedient werden. Zahlungen von Steuern und Sozialabgaben können, soweit sie überhaupt geleistet werden, nach Eröffnung anfechtbar sein und somit zurückgeholt werden. Solcherlei „Liquiditätssegnungen“ sind dem StaRUG fremd.

Mit oder ohne Gericht?

Beim ESUG handelt es sich um ein förmliches Insolvenzverfahren und damit um ein gerichtliches Verfahren. Dem Insolvenzantrag folgen gerichtliche Verfügungen des Insolvenzgerichts, unter dessen Leitung, Aufsicht und Kontrolle sich der weitere Ablauf gestaltet.

Dies muss beim StaRUG nicht zwingend so sein. Den europäischen Richtliniengebern schwebte sogar ein Verfahren ohne jegliche gerichtliche Beteiligung vor, in dem ein Schuldner die Erörterung und Abstimmung über seinen Restrukturierungsplan mit den betroffenen Gläubigern selbst und eigenverantwortlich durchführt. Dies setzte aber eine konsensuale Zustimmung aller Planbetroffenen voraus. Stimmen eine Gläubigergruppe oder auch einzelne Gläubiger nicht zu, bedarf es der Einschaltung des Gerichts, um die fehlende Zustimmung zu ersetzen und den Plan gerichtlich bestätigen zu lassen, um allseitige Bindungswirkung zu erzielen. Beim StaRUG zuständig ist übrigens das Restrukturierungsgericht, das nicht etwa mit dem Insolvenzgericht identisch ist.

Auch um dem Schuldnerunternehmen zur sorgfältigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens etwas Luft zu verschaffen, und ihm zu diesem Zwecke im Bedarfsfall für eine überschaubare Dauer vor Vollstreckungs- oder Verwertungshandlungen durch Gläubiger zu bewahren, bedarf es einer gerichtlichen Anordnung.

Sachwalter vs. Restrukturierungsbeauftragter

Beim ESUG stellt das Insolvenzgericht dem Schuldnerunternehmen zwingend einen unabhängigen Sachwalter an die Seite, der über eine ordnungsgemäße und gesetzestreue Durchführung des Eigenverwaltungsverfahrens wacht. Beim StaRUG ist die Einsetzung eines Restrukturierungsbeauftragten für das Restrukturierungsgericht teilweise verpflichtend, teilweise obligatorisch und teilweise ganz obsolet, jeweils abhängig von der konkreten Fallgestaltung. Der Beauftragte kann sowohl zur Unterstützung des Schuldners bei der Planerstellung und Verfahrensdurchführung als auch zum Zwecke dessen Kontrolle und Überwachung bestellt werden.

Anders als der Sachwalter wird der Beauftragte nicht nach der Gebührenordnung der InsVV entlohnt, die sich an der für Insolvenzgläubiger freien Vermögensmasse orientiert, sondern grundsätzlich nach konkretem Stundenaufwand.

Abstimmungsmehrheiten

Auch um einen ggfs. erzwungenen Eingriff in Gläubigerrechte zu rechtfertigen, liegt beim StaRUG die Latte bei der Abstimmung etwas höher. Die Zustimmung zum Restrukturierungsplan setzt in den Gläubigergruppen eine Summenmehrheit von 75 Prozent aller Planbetroffenen voraus, während im ESUG-Verfahren die einfache Mehrheit der abstimmenden Gläubiger genügt, wobei hier allerdings Summen- und Kopfmehrheit gefordert ist.

Vertragsbeendigung nur im Insolvenzverfahren

Neben dem – allerdings auch nicht beliebigen – Eingriff in Arbeitnehmerrechte lässt das ESUG die (vorzeitige) Beendigung von Vertragsverhältnissen zu, was im StaRUG-Verfahren nicht möglich ist. Aus finanziell belastenden und überflüssigen Dauerschuldverhältnissen auszusteigen, ist dem Insolvenzverfahren vorbehalten. Ein Filialist, der sich zum Zwecke der Sanierung von unattraktiven Standorten trennen und im Zuge dessen Mietverträge vor Ablauf deren Laufzeit beenden möchte, kommt um ein Insolvenzverfahren in der Regel nicht herum.

Der unterschätzte Insolvenzgrund der Überschuldung

Das Nebeneinander von StaRUG- und ESUG-Verfahren erhöht den Druck auf Unternehmen und Unternehmer, sich rechtzeitig mit einer Krise auseinanderzusetzen und ihr durch geeignete Maßnahmen zu begegnen. Und dies liegt an folgendem Mechanismus:

Der Gesetzgeber hat zu Jahresbeginn das Vorliegen der Insolvenzgründe der drohenden Zahlungsunfähigkeit, verbunden mit einem Insolvenzantragsrecht, und der Überschuldung, verbunden mit einer Insolvenzantragspflicht, präzisiert. Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn dem Unternehmen aufgrund einer aktuellen Planung innerhalb der nächsten 24 Monate die Liquidität ausgeht. Bei der Überschuldung beträgt der Prognosezeitraum indes nur 12 Monate. Das heißt, ein Unternehmen, das aufgrund aktueller Planung innerhalb der nächsten 12 Monate zahlungsunfähig wird, ist einerseits drohend zahlungsunfähig, aber eben auch überschuldet und damit grds. antragspflichtig. Allerdings soll eine Überschuldung nicht vorliegen, sofern das Unternehmen mit Aussicht auf Erfolg eine Sanierung nach dem StaRUG versucht und betreibt.

Für die Geschäftsleitung eines Unternehmens, dem laut Planung innerhalb von 12 Monaten das Geld ausgeht, bedeutet dies eine unbedingte Handlungspflicht zur Vermeidung einer persönlichen Haftung. Es muss entweder wegen vorliegender Überschuldung Insolvenz beantragt und eine Sanierung im Insolvenzverfahren angegangen werden oder aber es ist ein ernsthafter Restrukturierungsversuch mittels des StaRUG zu unternehmen. Bloßes Nichtstun und Zuwarten auf bessere Zeiten führt unweigerlich zur Haftung. Und das Obligat rechtzeitigen Handelns hilft am Ende sowohl dem Unternehmen als auch seinen Gläubigern.

Die Sanierungsmoderation

Ist die Sanierungsmoderation alter Wein in neuen Schläuchen oder hat der Gesetzgeber mit dem StaRUG den freien Sanierungsvergleich revolutioniert?

Die Vertragsautonomie in Deutschland erlaubte es schon immer, dass Gläubiger und Schuldner die Möglichkeit einer Einigung im Sinne eines außergerichtlichen Vergleichs im Rahmen der gesetzlichen Grenzen nutzen. Die Zustimmung aller an solchen Vergleichsgesprächen beteiligten Partner war und ist eine unabänderliche Voraussetzung für das Zustandekommen einer solchen Vereinbarung. Der ggfs. auch grundlos opponierende „Akkordstörer“ wurde und wird auch vom BGH geschützt. Es gibt keinerlei rechtliche Verpflichtung seitens eines Gläubigers, einen außergerichtlichen Sanierungsversuch mitzutragen. Zudem kann die Gefahr einer späteren Anfechtung von Vergleichsregelungen nicht ausgeschlossen werden. Dies führte dazu, dass in der Vergangenheit die außergerichtliche Sanierung sich nie wirklich durchgesetzt hat.

Der Gesetzgeber hat im Rahmen des im Dezember 2020 verabschiedeten Gesetzes über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz – StaRUG) dieses Instrument wieder aufgegriffen und versucht, die außergerichtliche Sanierung im Sinne einer „Sanierungsmoderation“ (§§ 94-100 StaRUG) als ein mögliches Instrument im Werkzeugkasten der strukturierten Sanierungsverfahren zu platzieren.

Die Sanierungsmoderation ist ein freiwilliges, vertrauliches und vom Schuldner gesteuertes Verfahren. Unterstützt werden die Parteien durch einen gerichtlich bestellten Sanierungsmoderator, der die etwaigen Perspektiven einer Einigung auslotet und den Weg zu einer möglichen, konsensualen Einigung begleitet und moderiert.

Für welche unternehmerischen Situationen ist das Verfahren geeignet?

Theoretisch können alle der Vertragsautonomie unterliegenden Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner im Wege einer Sanierungsvereinbarung geregelt werden. Mit steigender Komplexität des Unternehmens oder der aktuellen Situation und bei einer hohen Anzahl an Verfahrensbeteiligten wird die Chance auf eine einstimmige Lösung immer schwieriger.

Ist das Problem zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger eingrenzbar oder handelt es sich nur um wenige Verfahrensbeteiligte, so kann die Sanierungs-



Geschäftsführer Andreas Schmieg

moderation eine echte Vorstufe für ggfs. doch noch notwendige Instrumente aus dem StaRUG oder der Insolvenzordnung sein. Beispiele hierzu lassen sich z.B. beim Handel finden. Die Verhandlung mit einem oder wenigen Filial-Vermietern, die Abmilderung von Belastungen aus Leasing-/Finanzierungsverträgen, die Verbesserung der Konditionen mit Zentralregulierern etc. könnten Gegenstand einer Sanierungsmoderation sein. Auch die Verhandlungen zwischen dem Unternehmen und der jeweiligen Gewerkschaft zum Abschluss eines Sanierungstarifvertrags könnten im Rahmen einer Sanierungsmoderation unterstützt und begleitet werden.

Welche Voraussetzungen müssen gegeben sein?

Auf Antrag eines „restrukturierungsfähigen“ Schuldners kann durch Bestellung eines Sanierungsmoderators das Verfahren beim zuständigen Restrukturierungsgericht in Gang gesetzt werden. Der Gesetzgeber hat zwei wesentliche Voraussetzungen formuliert, die sowohl für den Zeitpunkt der Antragstellung als auch für die Dauer des gesamten Verfahrens erfüllt sein müssen (vgl. §§ 94 Abs. 1, 96 Abs. 4, 99 Abs. 1 Ziffer 2 StaRUG).

Während des gesamten Zeitraums der Sanierungsmoderation darf keine Zahlungsunfähigkeit im Sinne § 17 InsO eintreten. Der antragstellende Schuldner muss seinem Antrag eine Erklärung beifügen, dass eine offensichtliche Zahlungsunfähigkeit nicht vorliege.

Der Gesetzgeber hat es darüber hinaus in das Pflichtenheft des Sanierungsmoderators geschrieben, dass eine ihm während des Verfahrens „bekannt gewordene“, zwischenzeitlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners unmittelbar beim zuständigen Restrukturierungsgericht angezeigt wird.

Handelt es sich bei dem Unternehmen um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, so darf weder zum Zeitpunkt der Antragstellung noch im Verlaufe des Verfahrens eine Überschuldung eintreten.

Die Sanierungsmoderation muss daher gut vorbereitet werden, damit zu jedem Zeitpunkt die Voraussetzungen als erfüllt gegeben sind. Der Nachweis mag sehr aufwendig erscheinen, gehört aber schon seit langer Zeit zu den grundlegenden Pflichten eines ordentlichen Geschäftsleiters. In § 1 StaRUG wurde der Einsatz von sog. Früherkennungssystemen stärker kodifiziert und in das Pflichtenheft der Geschäftsführung geschrieben. Eine ständige Prüfung der Zahlungsfähigkeit und die Frage der Überschuldung zählen zu diesen Aufgaben.

Sitzt das Unternehmen stets im Fahrersitz bei diesem Verfahren?

Dass der Gesetzgeber aufgrund der zu erfüllenden Voraussetzungen die Steuerung des Verfahrens beim Unternehmen (Antragsteller) sieht, lässt sich an mehreren Stellen im Gesetz ablesen. Nach § 94 Abs. 1 StaRUG beantragt **ausschließlich** das Unternehmen oder der Unternehmer (Schuldner) schriftlich die Einsetzung eines Sanierungsmoderators beim zuständigen Gericht. Nach § 99 Abs. 1 StaRUG kann der Schuldner den eigenen Antrag jederzeit wieder zurücknehmen. Ein neuer Sanierungsmoderator wird nach § 99 Abs. 2 ebenfalls nur auf Antrag des Schuldners wiedereingesetzt.

Was ist unter der Sanierungsmoderation zu verstehen?

„Der Sanierungsmoderator vermittelt zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern bei der Herbeiführung einer Lösung zur Überwindung der wirtschaftlichen und finanziellen Schwierigkeiten“ (vgl. § 96 Abs. 1 StaRUG).

Die Intention des Gesetzgebers ist es, dass eine **dritte, unabhängige** sowie sach- und fachkundige Person (Sanierungsmoderator) die Komplexität der Sachverhalte analysiert, den Sachverhalt in einzelne Themen auflöst und durch gezielte Moderation nach Lösungswegen mit dem Schuldner und den einbezogenen Gläubigern sucht. Eigentlich wünscht sich der Gesetzgeber die „eierlegende Wollmilchsau“ an dieser Stelle, wobei weder im Gesetz noch in der Gesetzesbegründung eindeutige Qualifikationsanforderungen an den Sanierungsmoderator formuliert sind. Es ist sicher hilfreich, wenn der Moderator den unternehmerischen Alltag der

Gesprächspartner nachvollziehen kann. Am besten ist es, wenn darüber hinaus Branchenkenntnisse vorhanden sind. Juristische Werkzeuge, wie Kenntnisse bspw. im Vertrags- und Insolvenzrecht und betriebswirtschaftliche Kenntnisse stellen das Rüstzeug für die Analyse der Situation des Unternehmens dar.

Wesentlich für den Erfolg des Sanierungsmoderators ist auch die Fähigkeit zur Moderation. In u.U. langen und zähen Verhandlungen gilt es, konsensuale Lösungen zu finden, die zu einem sog. **Sanierungsvergleich** führen. (vgl. §§ 94, 95 StaRUG).

Auch während des Verfahrens steht der Sanierungsmoderator unter der Aufsicht des Restrukturierungsgerichts (vgl. § 96 Abs. 5 StaRUG). Es ist Aufgabe des Moderators, regelmäßige Sachstandsberichte mindestens monatlich beim Restrukturierungsgericht einzureichen.

Eine sich in diesem Zusammenhang stellende Frage ist es, ob der Sanierungsmoderator sich ausschließlich auf die Moderation zwischen den Vertragsparteien beschränken kann oder ob in diesem Zusammenhang nicht ein schlüssiges Sanierungskonzept erstellt werden muss. Das StaRUG spricht in diesem Zusammenhang grundsätzlich vom Sanierungsvergleich. Lediglich im Zusammenhang mit der gerichtlichen Bestätigung eines Sanierungsvergleiches taucht der Begriff des „Sanierungskonzeptes“ auf (vgl. § 97 Abs. 1 StaRUG). In Abhängigkeit von der Komplexität der Sanierungsaufgabe und den Anforderungen durch die Verfahrensbeteiligten kann daher die Aufgabe des Sanierungsmoderators von der „reinen“ Moderation bis zur Begleitung eines vollständigen Sanierungskonzeptes reichen.

Ist das Verfahren kosten- und zeitintensiv?

Der Bundestag, die jeweiligen Ausschüsse und der Bundesrat haben besonders auf die Kosten bei den Instrumenten des StaRUG geachtet. Nach § 98 Abs. 1 StaRUG hat der Sanierungsmoderator Anspruch auf eine „angemessene“ Vergütung, die sich nach dem tatsächlichen Zeit- und Sachaufwand der mit der Sanierungsmoderation verbundenen Aufgabe bemisst. Gemäß den Regelungen der §§ 80 bis 83 StaRUG kann der Stundensatz je nach Komplexität der Aufgabenstellung bis zu EUR 350 betragen, in besonderen Ausnahmefällen auch darüber hinaus. Mit Bestellung des Sanierungsmoderators setzt das Gericht die tatsächlich zur Anwendung kommenden Stundensätze fest und soll auch schon in dieser Phase einen Höchstbetrag für das gesamte Honorar festsetzen. Die künftige Praxis wird zeigen, welche Stundensätze und Honorare tatsächlich zur Abrechnung kommen.



Neben den unmittelbaren Kosten war es das Ziel des Gesetzgebers, dieses Verfahren zeitlich zu begrenzen. Das Gericht bestellt den Sanierungsmoderator grundsätzlich für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten, der auf Antrag aller Parteien um weitere drei Monate verlängert werden kann (vgl. § 95 Abs. 1 StaRUG).

Müssen alle Gläubiger einer Sanierungsvergleichsvereinbarung zustimmen?

Ein Sanierungsvergleich kommt nur bei vollständiger Zustimmung **aller** beteiligten Gläubiger zustande. Eine Mehrheitsentscheidung mit unterschiedlichen Quoren, wie es im Restrukturierungsrahmen oder beim ESUG-Verfahren vorgesehen ist, kommt für die Sanierungsmoderation nicht in Betracht. Es ist Aufgabe des Sanierungsmoderators, durch kluge und zielführende Moderation eine konsensuale Lösung zu finden.

Bedarf ein Sanierungsvergleich einer gerichtlichen Bestätigung?

„Ein Sanierungsvergleich, den der Schuldner mit seinen Gläubigern schließt und an dem sich auch Dritte beteiligen können, **kann** auf Antrag des Schuldners durch das Restrukturierungsgericht bestätigt werden“ (vgl. § 97 Abs. 1 Satz 1 StaRUG).

Wesentlicher Vorteil der gerichtlichen Bestätigung ist die größere Rechtssicherheit hinsichtlich einer möglichen späteren Anfechtung für die beteiligten Parteien (vgl. §§ 97 Abs. 3, 90 StaRUG).

Fazit

Außergerichtliche und außerinsolvenzliche Vergleichsgespräche zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern unter Hinzuziehung von Fachleuten und Wirtschaftsmediatoren sind keine Erfindung des StaRUG. Auch der Nachteil, dass nur im Wege der Einstimmigkeit Sanierungsvergleiche zustande kommen, ist nicht neu.

Durch das Institut der Sanierungsmoderation hat der Gesetzgeber den außergerichtlichen Vergleich näher an die gerichtliche Begleitung gerückt und doch ein hohes Maß an Freiheit für den Schuldner belassen. In der Außenwirkung sind damit wesentliche Vorteile verbunden:

1. Stilles Verfahren, da keine Publikationspflichten bestehen
2. Seriosität des Verfahrens für die Beteiligten durch ständige Begleitung durch den Sanierungsmoderator und dessen Überwachung durch das Restrukturierungsgericht
3. Größere Insolvenz- und Anfechtungssicherheit der erzielten Ergebnisse für die Verfahrensbeteiligten durch die gerichtliche Bestätigung eines Sanierungsvergleichs
4. Möglichkeit, bei einzelnen „Zustimmungsverweigerern“ zu den weiteren Werkzeugen des StaRUG zu wechseln. Die Kontinuität der begonnen Arbeit kann somit auch weiterhin gewährleistet werden

Das Verfahren birgt die Chance, dass bereits mit einer schnellen und kostengünstigen Sanierungsmoderation das Problem gelöst werden kann, ohne dass die weiteren Wege zu den Instrumenten des StaRUG oder der Insolvenzordnung zwangsläufig verbaut werden.

Sicherungsrechte im StaRUG – die „anderweitige Vereinbarung“ nach § 54 Abs. 2 StaRUG

Gem. § 54 Abs. 2 StaRUG ist der Schuldner verpflichtet, die Erlöse aus Sicherungsrechten an den Berechtigten auszukehren oder unterscheidbar zu verwahren, es sei denn, zwischen den Beteiligten wurde Abweichendes vereinbart. Mit dem folgenden Beitrag soll auf den Inhalt und die Ausgestaltung einer solchen Vereinbarung eingegangen werden.

1. Gesetzeswortlaut

§ 54 Folgen der Verwertungssperre

(1) ...

(2) Zieht der Schuldner nach Maßgabe der vertraglichen Vereinbarungen mit dem Berechtigten Forderungen ein, die zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten sind, oder veräußert oder verarbeitet er bewegliche Sachen, an denen Rechte bestehen, die im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als Aus- oder Absonderungsrechte geltend gemacht werden könnten, sind die dabei erzielten Erlöse an den Berechtigten auszukehren oder unterscheidbar zu verwahren, es sei denn, der Schuldner trifft mit dem Berechtigten eine anderweitige Vereinbarung.

2. Ausgangssituation

Das StaRUG hat die Stabilisierungsanordnung nach § 49 Abs. 1 StaRUG dem § 21 Abs. 2 Nrn. 3 und 5 InsO nachgebildet. Demnach werden (i) Maßnahmen der Zwangsvollstreckung untersagt oder eingestellt und (ii) Gegenstände, an denen im Fall eines Insolvenzverfahrens ein Aus- oder Absonderungsrecht bestehen würde (Absonderungsanwartschaftsrecht), dürfen nicht durchgesetzt werden und können zur Fortführung des Unternehmens eingesetzt werden.

3. Erforderlichkeit der Stabilisierungsanordnung in Form der Verwertungssperre nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 StaRUG

Der Schuldner benötigt Verwertungssperre insbesondere dann, wenn ein Gläubiger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Verwertungsreife eines Sicherungsrechtes herbeiführen wird bzw. herbeigeführt hat, z.B. durch außerordentliche Kündigung eines Kreditverhältnisses aus Gründen, die nicht in der Einleitung des StaRUG Verfahrens liegen dürfen (§ 44 Abs. 1 StaRUG).

Rein vorsorglich ist die Beantragung nicht zu empfehlen, da die Stabilisierungsanordnung die Restrukturierung aufgrund ihrer Rechtsfolgen erschweren kann. Da die Verfügungsermächtigung bei Sicherungsrechten am Umlaufvermögen nicht automatisch mit Beantragung des StaRUG-Verfahrens erlischt, sollte abgewartet werden, wie die Gläubiger auf die Verfahrensordnung



Rechtsanwalt Daniel Trowski

reagieren, soweit die wesentlichen Gläubiger, insbesondere die am Umlaufvermögen gesicherten Kreditinstitute, nicht im Vorfeld bereits über das Verfahren informiert wurden und dieses unterstützen.

4. Die Rechtsfolge des § 54 Abs. 2 StaRUG

Nach Anordnung der Verwertungssperre hat der Schuldner drei Optionen. Er kann die Verwertungserlöse separieren, an den Berechtigten auskehren oder eine anderweitige Vereinbarung mit diesem schließen.

a. Separierung bzw. Auskehr

Im Rahmen der Separierung sollten die Erlöse auf einem vom Vermögen des Schuldners getrennten Konto verwahrt werden, welches als offenes Treuhandkonto auf den Namen des/der Berechtigten lautet. In der Praxis ist noch nicht geklärt, ob es sich bei dem Treuhandverhältnis um eine Vereinbarung einer doppelnutzigen Treuhand handeln muss, die den Berechtigten als Drittbegünstigten auch im Falle einer Insolvenz des Schuldners durch eine gesonderte Sicherungstreuhand schützt.

Die Auskehr von Erlösen wird die Ausnahme darstellen, da sich die Berechnung der Höhe der Erlöse aus Sicherungsrechten des Gläubigers, dem die Verwertungssperre gilt, in der Praxis als schwierig herausstellen wird.



b. Betrag der Separierung bzw. Auskehr

Es wird in jedem Einzelfall zu klären sein, welcher Betrag für einen Berechtigten separiert werden muss bzw. an ihn auszukehren ist. Dies liegt schlicht an dem Umstand, dass sich Sicherungsrechte an Forderungen, Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen, unfertigen und fertigen Erzeugnissen und Waren nicht immer einer Person zuordnen lassen, sondern insbesondere im verarbeitenden Gewerbe, anteilig den Lieferanten zuzurechnen sind. Falls diese aber nicht Adressat der Verwertungssperre sind, müssen die Gegenwerte der Lieferantenrechte auch nicht separiert bzw. ausgekehrt werden. Dies wird zu spannenden, aber auch zeitaufwendigen Diskussionen führen.

Die Bewertung des Umlaufvermögens wird voraussichtlich zum Zeitpunkt der Anordnung der Verwertungssperre auf Grundlage der Fortführungswerte erfolgen. Dabei erscheint es naheliegend, wenn die Forderungen nominal bewertet werden, die Lagerbestände aber zum Buchwert (alternativ durch Bewertungsgutachten) ihres aktuellen Bearbeitungsstandes. Der Erlös für ein unfertiges Erzeugnis, welches im Zeitpunkt der Anordnung dem Lager zur Fertigstellung entnommen wird, müsste dann erst bei Verkauf separiert werden; und zwar nicht in Höhe des Verkaufspreises, sondern in Höhe des Wertes bei Entnahme aus dem Lager zwecks Fertigstellung.

Aus Sicht des Schuldners eine Separierung bzw. Auskehr rechtlich korrekt durchzuführen, ist faktisch nahezu unmöglich und wird dazu führen, dass Schuldner vorsichtshalber (zu viel) separieren und von einer Auskehr absehen werden, es sei denn, die dem Berechtigten zustehenden Erlöse lassen sich zweifelsfrei feststellen. Eine Vereinbarung über die Abgrenzung der Sicherungsrechte zwischen den verschiedenen potenziellen Inhabern der Sicherungsrechte (inkl. Aussonderungsrechte) wird immer erforderlich werden. Im Falle eines Verstoßes gegen die Separierungs- und Auskehrverpflichtung haften die Geschäftsführer nach § 57 S. 3 StaRUG den Berechtigten gegenüber auf Schadensersatz.

c. Die anderweitige Vereinbarung

Somit ist im Falle einer Verwertungssperre in den meisten Fällen die „anderweitige Vereinbarung“ i.S.d. § 54 Abs. 2 StaRUG abzuschließen, die von den Parteien unterschiedlich ausgestaltet werden kann. In der Literatur ist bereits die Rede von dem „unechten“ Restrukturierungskredit, der dem Konzept des „unechten“ Massekredits im Insolvenzverfahren nachempfunden sein soll.

aa. „Unechter“ Restrukturierungskredit

Die rechtliche Darstellbarkeit eines „unechten“ Restrukturierungskredits soll nicht in Abrede gestellt werden. Allerdings macht es, anders als in einem Insolvenzverfahren, wenig Sinn, eine Kreditforderung durch eine gleichrangige Kreditforderung zu tauschen. Nichts anderes wäre aber der „unechte“ Restrukturierungskredit, da dieser die Erlöse aus eingezogenen Sicherungsrechten zu Gunsten des Berechtigten kreditieren würde. Anders als in einem Insolvenzverfahren gibt es aber außerinsolvenzlich keine Möglichkeit der Begründung einer vorrangigen Verbindlichkeit. Gerade dies ist aber bei einem „unechten“ Massekredit der eigentliche Vorteil, da der Rückzahlungsanspruch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorrangig als Masseverbindlichkeit nach § 55 InsO zu bedienen ist und auch neu (anfechtungsfest) besichert werden kann.

Dieser Vorteil fehlt in einem StaRUG-Verfahren, da die kreditierten Erlöse in einer Insolvenz ebenso eine einfache Insolvenzforderung darstellen würden, wie die ursprünglich gesicherte Forderung. Der Berechtigte i.S.d. § 54 StaRUG erhält durch die Kreditierung nicht mehr als ohne, da die Erlöse aus den Sicherungsrechten nach Kreditierung mit der ursprünglich gesicherten Forderung (spätestens im Falle der Zahlung auf den kreditierten Erlös) verrechnet werden müssen. Gleichzeitig sollen neu entstehende Sicherungsrechte die kreditierte Forderung sichern, was aber nur durch eine Anpassung der Sicherungszweckerklärungen möglich sein wird. Eine komplexe Art der Darstellung, deren Mehrwert, auch mit Blick auf alternative Optionen, nicht offensichtlich ist.

bb. Fortführung der Besicherung

Alternativ kann auch einfach die rollierende Besicherung (in Form einer Globalzession oder Raumsicherungsübereignung) aufrechterhalten werden und weiterhin die ursprüngliche Forderung sichern. Das Anfechtungsrisiko kann der Berechtigte (wie auch bei dem „unechten“ Restrukturierungskredit) nicht vermeiden, da sich dieses bei allen optionalen Darstellungsarten dann realisiert, wenn sich die auf das jeweilige Sicherungsgut anwendbaren Anfechtungstatbestände der §§ 129 ff. InsO verwirklichen. Dies kann der Berechtigte nur beschränken, indem er den Zahlungsstatus durch Vorlage der Liquiditätsplanung regelmäßig kontrolliert und notfalls die Separierung verlangt, womit das StaRUG Verfahren wahrscheinlich auch scheitern würde. In jedem Fall ist diese Art der Darstellung einfacher als die Implementierung

eines „unechten“ Restrukturierungskredits.

cc. Treuhandlösung

Wenn man sich vor Augen führt, was der Berechtigte i.S.d. § 54 Abs. 2 StaRUG vermeiden möchte, erscheint eine dritte Art der Vereinbarung möglich, die ebenfalls komplex in der Darstellung ist, dem Berechtigten aber den Status quo sichert, den er bei Anordnung der Verwertungssperre innehatte. In Betracht kommt eine Kombination aus Separierung und anschließender Ausschüttung, die in Abhängigkeit zu den neu bestellten Sicherungsrechten und Liquiditätsbedarf erfolgt. Die Summe aus separiertem Erlös und neu bestellten Sicherungsrechten muss immer dem Betrag entsprechen, der dem Stand bei Anordnung der Verwertungssperre entsprach.

Die Ausgestaltung der vertraglichen Darstellung obliegt dabei dem Sicherheitsbedürfnis des Berechtigten auf der einen und dem Liquiditätsbedarf des Schuldners auf der anderen Seite. Dabei muss berücksichtigt werden, in welchem Umfang dem Berechtigten die Erlöse aus den Sicherungsrechten in Abgrenzung zu anderen Sicherungsgläubigern zustehen.

5. Fazit

Die beste Lösung für den Schuldner ist zweifelsfrei die Vermeidung der Anordnung einer Verwertungssperre durch die Ansprache der am Umlaufvermögen gesicherten Gläubiger bereits in der Vorbereitungsphase des Verfahrens nach dem StaRUG. Das Störpotenzial dieser Gläubiger kann erheblich sein, da die Verfügungsermächtigung über das Umlaufvermögen direkte Auswirkungen auf die Liquiditätsplanung hat. In vielen Fällen wird durch ein sauber aufgesetztes Monitoring der Sicherungsrechte, eventuell mit einer präventiven freiwilligen Vereinbarung zwischen den Parteien, die Anordnung einer Verwertungssperre verhindert werden können.

Sollte eine Verwertungssperre nicht vermieden werden können, sind sofort die Auswirkungen auf die Liquiditätsplanung zu prüfen. Eine Vereinbarung mit dem Berechtigten muss schnellstmöglich geschlossen werden, um die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes zu gewährleisten. Dabei müssen eventuelle Drittrechte, z.B. von Lieferanten, berücksichtigt werden.

Wenn möglich sollten Lieferanten durch Einzelsprache überzeugt werden, ihre Sicherungsrechte nicht auch geltend zu machen, da durch die Anzahl der von einer Verwertungssperre betroffenen Gläubiger auch die Komplexität steigt und eine zügige Lösung nur schwer zu erreichen sein wird.

Eingriffsmöglichkeiten in Gläubigerrechte im Rahmen des StaRUG

Mit dem StaRUG, dem Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz, besteht nunmehr seit dem 01.01.2021 die Möglichkeit, auch ohne ein klassisches Insolvenzverfahren oder eine Eigenverwaltung in Gläubigerrechte einzugreifen. Damit wird die Lücke zwischen einer konsensualen vorinsolvenzlichen Sanierung, bei der alle Gläubiger zustimmen müssen und einem Insolvenzverfahren geschlossen. Das Gesetz beschränkt sich allerdings auf die finanzielle Restrukturierung; für den operativen Bereich bleibt nur der Verhandlungsweg oder die Insolvenz.

In den §§ 2 bis 4 StaRUG wird geregelt, welche Forderungen überhaupt von einem Restrukturierungsverfahren betroffen sein können – und welche nicht. In erster Linie sind das Forderungen gegen eine restrukturierungsfähige Person als Schuldner (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG) und die an Gegenständen des schuldnerischen Vermögens bestehenden Rechte, die im Falle einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Absonderung berechtigen würden. Davon ausgenommen sind insbesondere Finanzsicherheiten i.S.v. § 1 Abs. 17 KWG (z.B. Barguthaben, Wertpapiere, Geldmarktinstrumente etc.). Grundsätzlich sind im Übrigen alle Forderungen gestaltbar, insbesondere auch nachrangige Forderungen sowie bedingte und noch nicht fällige Forderungen (§ 3 Abs. 1 StaRUG).

1. Forderungen, die gegen den Schuldner gerichtet sind

Die Person, die ein Restrukturierungsverfahren anstrebt oder durchläuft, wird „restrukturierungsfähige Person“ oder kurz „Schuldner“ genannt § 2 Nr. 1 StaRUG). Die Forderungen, die gegen diesen Schuldner persönlich gerichtet sind, werden gemäß § 2 Abs. 1 StaRUG „Restrukturierungsforderungen“ genannt. Das Rechtsverhältnis – Vertrag oder Gesetz – ist gleichgültig.

2. Zeitpunkt des Vorliegens der zu gestaltenden Rechte

Im Insolvenzverfahren ist der Zeitpunkt klar, an dem sich die Rechtslage ändert und Forderungen nur noch im Verfahren verfolgt werden dürfen: Im Eröffnungsbeschluss, aber auch im Beschluss über die vorläufige Anordnung des Insolvenzverfahrens, wird der Zeitpunkt auf Tag und in der Regel auch auf die Minute genau angegeben, zu der die Wirkungen der Eröffnung in Kraft treten. Zudem wird zumindest der Eröffnungsbeschluss spätestens mit der Eröffnung veröffentlicht. Das Restrukturierungsverfahren (StaRUG-Verfahren) als Sanierungsverfahren außerhalb der Insolvenz kann ohne Einschaltung eines Gerichts beginnen, etwa durch Übersendung des Angebots eines Restrukturierungsplans nach § 17 StaRUG. Darum muss eine eigene Regelung für den Zeitpunkt getroffen werden, der bestimmt, wann z.B. eine Restrukturierungsforderung vorliegt, die im Plan geregelt werden kann, und wann eine Neuforde-

rung gegeben ist, die vom Plan nicht erfasst ist. Gleiches gilt für Sicherheiten, die der Schuldner an Gegenständen seines Vermögens gewährt hat.

Das Gesetz nennt in § 2 Abs. 5 StaRUG drei Zeitpunkte:

- Wird außergerichtlich ein Restrukturierungsplan vorgelegt, bestimmt sich der Zeitpunkt nach der Unterbreitung des Plans.
- Möchte der Schuldner nach den §§ 45, 46 StaRUG freiwillig das Gericht einschalten, wenn über den Plan abgestimmt werden soll, zählt der Antragseingang beim Gericht.
- Es ist auch möglich, dass der Schuldner das Gericht einschaltet, um eine sogenannte Stabilisierungsanordnung nach § 49 StaRUG zu erwirken. Die geschieht zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung oder um zu verhindern, dass Gläubiger, denen der Schuldner Sicherheiten gestellt hat, diese verwerten und die Sanierung unmöglich machen. Der Antrag wird in der Regel noch vor der Unterbreitung des Restrukturierungsplans gestellt. Dann soll der Zeitpunkt gelten, zu dem das Gericht erstmalig solche Maßnahmen anordnet.

3. Einschränkung für gegenseitige Verträge

Für Restrukturierungsforderungen aus gegenseitigen Verträgen gibt es eine Einschränkung: Sie können nur erfasst werden, wenn der Gläubiger schon vollständig geleistet hat. So ist es nicht möglich den Gläubiger zur Auszahlung eines Darlehns zu zwingen, wenn das noch nicht oder nicht vollständig valutiert.

4. Ausnahmen für einige Rechtsverhältnisse

Bestimmte Forderungen, die nach dem zuvor Gesagten ohne weiteres Restrukturierungsforderungen darstellen, sind aber nach § 4 StaRUG von vornherein von einem Restrukturierungsverfahren ausgenommen. Das sind gemäß § 4 StaRUG:

- alle Forderungen von Arbeitnehmern aus und in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, einschließlich der Rechte aus Zusagen auf betriebliche Altersversorgung.

- Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen
- Forderungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO (Geldstrafen, Geldbußen, Ordnungsgelder, Zwangsgelder etc.)

Ist der Schuldner eine natürliche Person, gehören Forderungen, die sein Unternehmen nicht betreffen, auch nicht zu den Restrukturierungsforderungen, z.B. Unterhaltsforderungen, die Forderungen der Banken wegen Krediten für die private Immobilie oder Bürgschaftsschulden gegenüber Familienmitgliedern. Forderungen hingegen, die das Unternehmen des Schuldners betreffen, sind Restrukturierungsforderungen.

Sollen Forderungen, die nicht Restrukturierungsforderungen sind, auch erfasst werden, hilft nur ein Insolvenzplan in einem Verfahren nach der Insolvenzordnung, für den die obigen Ausnahmen nicht gelten.

5. Sicherheiten von Gläubigern (Absonderungsanwartschaften)

Ebenfalls können Rechte von Gläubigern in einem Restrukturierungsverfahren geregelt werden, die diesen durch Sicherheiten am Vermögen des Schuldners zustehen. Es muss sich aber um solche Sicherheiten handeln, die in einem gedachten Insolvenzverfahren den Gläubigern Absonderungsrechte gewähren würden. Das StaRUG spricht daher von „Absonderungsanwartschaften“. In der Regel handelt es sich um typische Kreditsicherheiten aus dem Schuldnervermögen.

Solche Rechte sind in den §§ 49 - 51 InsO geregelt. Es handelt sich vor allem um:

- alle Pfandrechte – auch aus der Zwangsvollstreckung
- auch Grundpfandrechte an Betriebsgrundstücken, also vor allem Grundschulden und (Zwangs-) Hypotheken
- die Sicherungsübereignung, gleich ob an Einzelgegenständen oder an einem ganzen Warenlager
- die Sicherungsabtretung, gleich ob als Einzel- oder Globalzession
- der erweiterte und verlängerte Eigentumsvorbehalt
- aber auch Zurückbehaltungsrechte nach dem HGB, z.B. des Spediteurs oder beispielsweise
- Vermieterpfandrechte oder Spediteurpfandrechte

Im Hinblick auf Kreditsicherheiten dürfte die Vorschrift besondere Relevanz bei der Neuordnung von Kreditsicherheiten im Rahmen einer Restrukturierung, z.B. bei einem Sicherheitentausch oder vergleichbaren Fallgestaltungen bekommen. Gleichwohl dürfte auch der un-

mittelbare Eingriff in die Kreditsicherheit möglich sein, wenn im Rahmen des Plans die Forderung ermäßigt wird. Dies wird die Kreditwirtschaft allerdings naturgemäß anders sehen und es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung entscheidet.

Im Übrigen wird die Kreditwirtschaft durch den § 54 Abs. 2 StaRUG in besonderer Weise geschützt. Zieht der Schuldner nach Maßgabe der vertraglichen Vereinbarungen mit dem Berechtigten Forderungen ein, die zur Sicherung seines Anspruchs abgetreten sind oder veräußert oder verarbeitet er bewegliche Sachen, an denen Rechte bestehen, die im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Aus- oder Absonderungsrechte geltend gemacht werden könnten, sind die dabei erzielten Erlöse an den Berechtigten auszukehren oder unterscheidbar zu verwahren, es sei denn der Schuldner trifft mit dem Berechtigten eine anderweitige Vereinbarung. Da ohne eine Verfügung über Forderungen und Vorräte die Liquidität sehr schnell zu Ende geht, wird es auch hier – wie im Insolvenzverfahren – darauf ankommen, mit dem Kreditinstitut eine Vereinbarung zu treffen, um über Forderungen und Vorräte zu verfügen. Im Gegenzug werden dem Kreditinstitut Neuforderungen und Vorräte zur Sicherheit übertragen. In der Insolvenz nennt man das einen unechten Massekreditvertrag.

6. Mehrseitige Verträge und Schuldverschreibungen

Ebenfalls restrukturiert werden können nach § 2 Abs. 2 StaRUG solche Restrukturierungsforderungen und Sicherheiten, die zwischen dem Schuldner und mehreren Gläubigern geregelt werden (z.B. Bankenkonsortien und Lieferantenpools). Diese Regelung bezieht sich zum einen auf Konsortialkreditverträge, aber umfasst auch Forderungen aus Schuldtiteln im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 WpHG, also insbesondere Genussscheine und Inhaber- bzw. Orderschuldverschreibungen oder Mezzanine Nachrangkapital. Dabei können z.B. die Bedingungen angepasst, Rangverhältnisse geändert oder abgeänderte Wasserfallregelungen getroffen werden.

Werden diese als Sicherheiten für Forderungen mehrerer Gläubiger gehalten, kann auch in mehrseitige Vereinbarungen eingegriffen werden, die das relative Rangverhältnis der aus der Durchsetzung dieser Absonderungsanwartschaften resultierenden Erlöse betreffen (§ 2 Abs. 2 Satz 3 StaRUG). Danach sind auch „Wasserfallregelungen“ im Rahmen von Konsortialkreditverträgen, Inter-Creditor-Vereinbarungen sowie Sicherheiten- bzw. Sanierungspoolverträgen durch einen Restrukturierungsplan gestaltbar. Ob das nur dann gilt, wenn das Rechtsverhältnis zwischen den Gläubigern einerseits und dem Schuldner andererseits betroffen ist oder auch für das Rechtsverhältnis unter den Gläubigern, ist derzeit noch ungeklärt.



7. Sicherheiten gegenüber verbundenen Unternehmen

Drittsicherheiten unterliegen grundsätzlich nicht der Gestaltung im Restrukturierungsplan. Etwas anderes gilt jedoch gemäß § 2 Abs. 4 StaRUG für verbundene Unternehmen des Schuldners i.S.v. § 15 AktG aus Bürgschaften, Mitschuldner-eigenschaft oder anderweitig übernommener Mithaftung für Restrukturierungsforderungen gegenüber dem Schuldner. Auch in dingliche Rechte an Gegenständen aus dem Vermögen von verbundenen Unternehmen, die als Sicherheiten für Restrukturierungsforderungen dienen, kann nach dieser Vorschrift mit einem Restrukturierungsplan eingegriffen werden. Dabei kann das Mutter-Tochter-Verhältnis durch eine Mehrheitsbeteiligung oder durch einen Beherrschungsvertrag begründet worden sein. Nicht erforderlich ist es, dass das verbundene Unternehmen selbst von den Vorteilen der aufgenommenen Kredite profitiert oder die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Instrumente des StaRUG vorliegen (drohende Zahlungsunfähigkeit als Eingangs voraussetzung).

In sachlicher Hinsicht erfasst § 2 Abs. 4 StaRUG jegliche von verbundenen Unternehmen gewährte Sach- oder Personalsicherheiten. Gleichwohl bleiben Fragen offen. So ist unklar, ob zumindest bei akzessorischen Sicherheiten eine Reduzierung der Schuld des Restrukturierungsschuldners auch zu einer Reduzierung der Verpflichtung beim Drittsicherungsgeber führt. Damit würde zumindest die Entschädigungspflicht gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 entfallen.

So würde sich danach die Bürgschaftsschuld der Tochtergesellschaften reduzieren, wenn sich die Hauptforderung gegen die Restrukturierungsschuldnerin durch den Insolvenzplan reduziert.

Der Eingriff in gruppeninterne Drittsicherheiten hängt im Übrigen von der Zustimmung des Dritten ab, die dem Plan gemäß § 15 Abs. 4 StaRUG beizufügen ist.

8. Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen

Handelt es sich bei dem Schuldner um eine Gesellschaft (ganz gleich, ob juristische Person oder Personengesellschaft), können auch bezüglich der Beteiligung Restrukturierungsmaßnahmen getroffen werden. Der Restrukturierungsplan kann also auch die Rechte der Inhaber von Anteil- bzw. Mitgliedschaftsrechten der an dem Schuldner beteiligten Personen gestalten (§ 2 Abs. 3 StaRUG).

Im Grunde ist alles möglich, was das Gesellschaftsrecht zulässt:

- Ausscheiden und Auswechseln von Gesellschaftern (auch mit Bezugsrechtsausschluss)
- Auch die Umwandlung von Restrukturierungsforderungen in Gesellschaftsanteile (Debt-to-Equity-Swap) ist möglich.
- Soll Gesellschaftern, die persönlich für Restrukturierungsforderungen der Gesellschaft haften, diese Haftung ganz oder teilweise erlassen werden, muss den Gläubigern aber eine Kompensation gezahlt werden.

9. Mögliche Eingriffe in Restrukturierungsforderungen

Der Gestaltende des Restrukturierungsplans kann Eingriffe verschiedener Art in Restrukturierungsforderungen vorsehen. Beispielsweise können sie anteilig gekürzt, gestundet oder mit Bedingungen versehen werden. Insbesondere sind auch Rangrücktritte sowie vorinsolvenzliche Durchsetzungssperren jeglicher Art möglich. Außerdem kann der gestaltende Teil des Restrukturierungsplans auch die den Restrukturierungsforderungen zugrundeliegenden Vertragsverhältnisse modifizieren, etwa durch Veränderung von Kündigungsrechten.

Anders als ursprünglich vorgesehen ist es jedoch nicht möglich, Vertragsverhältnisse zu beenden. Dies war im ursprünglichen Referentenentwurf noch gegenteilig vorgesehen (§ 51 StaRUG ReGE).

10. Fazit

Wenn das Unternehmen Verbindlichkeiten – vor allem gegenüber Kreditinstituten und Lieferanten – hat und diesen auch Sicherheiten aus dem eigenen Vermögen gestellt hat, kann statt eines Insolvenzverfahrens ein Restrukturierungsverfahren nach dem StaRUG in Frage kommen.

Das Verfahren eignet sich auch dafür, Änderungen in der Gesellschaftsstruktur oder in Schuldverschreibungen zu regeln.

Wenn jedoch Arbeitnehmerforderungen oder Rückstellungen für die betriebliche Altersversorgung für die Krise maßgeblich (mit-)verantwortlich sind, kann dieses Verfahren keine Lösung anbieten. Gleiches gilt bei Einzelunternehmen für Forderungen aus dem privaten Bereich des Inhabers. Auch die vollständige Beendigung von Vertragsverhältnissen ist nicht möglich.

Erschwerte Zugangsvoraussetzungen für die Eigenverwaltung ab dem 1. Januar 2021

Bekanntlich hat der Gesetzgeber mit dem am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) ein neues außergerichtliches Sanierungsverfahren mit einem sogenannten Restrukturierungsplan auf den Weg gebracht. Daneben wurden allerdings auch die Eingangshürden zur Beantragung einer Insolvenz in **Eigenverwaltung erheblich verändert**. Dieser Beitrag zeigt auf, was für die erfolgreiche Einleitung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung jetzt beachtet werden muss.

I. Hintergrund der vom Gesetzgeber verabschiedeten Änderungen der Voraussetzungen einer Insolvenz in Eigenverwaltung

Im Jahre 2018 wurden im Rahmen der sogenannten **ESUG-Evaluation** die bisher durchgeführten Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung näher untersucht. Hierbei hat sich gezeigt, dass sich dieses **Sanierungswerkzeug in der Praxis bewährt** und in vielen Fällen zur **nachhaltigen Sanierung** von Unternehmen geführt hat. Allerdings ist festgestellt worden, dass in einigen wenigen Fällen, ein solches Verfahren zu spät eingeleitet wurde – also zu einem Zeitpunkt, bei dem die Krise schon vertieft war. Das führte dann dazu, dass diese eingeleiteten Verfahren als Regelinsolvenzverfahren weitergeführt wurden. Vor diesem Hintergrund sollen mit den jetzigen **Änderungen** nur noch die **Unternehmen ein Eigenverwaltungsverfahren beantragen können**, bei denen die **Krise noch nicht so vertieft ist**. Zudem muss der Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung nach dem Willen des Gesetzgebers jetzt noch **sorgfältiger und gewissenhafter vorbereitet** werden, als das bisher schon der Fall war. Das **Insolvenzgericht** soll jetzt noch akzentuierter als bisher bei der Prüfung des Insolvenzantrages eine „**Gate-Keeper**“-Funktion einnehmen.

II. Konkret: Welche Änderungen müssen jetzt beim Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung beachtet werden?

Der Antrag für das klassische Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung ist nunmehr in § 270b n.F. geregelt. Der Antrag für ein Schutzschirmverfahren ist nun in § 270d InsO n.F. kodifiziert. **Neben dem eigentlichen Insolvenzantrag** sind nach den Änderungen nun weitere zwingende Unterlagen einzureichen. Diese **weiteren Unterlagen** zum Insolvenzantrag müssen für die erfolgreiche Beantragung einer Insolvenz in Eigenverwaltung folgendes beinhalten:

1. 6-Monats-Finanzplan: Hieraus muss sich ergeben, dass die Liquidität zur Finanzierung der Betriebsfortführung sowie die Begleichung der Verfahrenskosten gesichert ist.



Rechtsanwalt Dr. Jasper Stahlschmidt

- 2. Konzept zur Insolvenzbewältigung:** Art, Ausmaß und Ursachen der Krise müssen dargestellt sein. Das Ziel der Eigenverwaltung und die Maßnahmen müssen dargestellt sein.
- 3. Verhandlungsstand Stakeholder:** Der Stand von Verhandlungen mit Gläubigern, Gesellschaftern und Dritten muss dargestellt sein.
- 4. Sicherstellung insolvenzrechtlicher Pflichten:** Es muss ausgeführt sein, dass die Erfüllung insolvenzrechtlicher Pflichten sichergestellt ist (bspw. über einen Generalbevollmächtigten, CRO oder externe Insolvenzexperten).
- 5. Kostenvergleich zu Regelverfahren:** Die Kosten der Eigenverwaltung dürfen nicht wesentlich höher sein als die Kosten der Regelinsolvenz.
- 6. Zahlungsrückstände gegenüber Gläubigern:** Der Verzug gegenüber Arbeitnehmern, Pensionsbeziehern, Fiskus, Sozialversicherungsträgern oder Lieferanten ist offenzulegen. Hier darf in der Regel kein erheblicher Rückstand vorliegen.
- 7. Keine Vollstreckungs-/Verwertungssperren innerhalb der letzten drei Jahre** vor Beantragung der Insolvenz in Eigenverwaltung (also keine Vorinsolvenz oder eine Stabilisierungsanordnung innerhalb der letzten drei Jahre).
- 8. Erfüllung der Offenlegungspflicht der Jahresabschlüsse der letzten drei Jahre** nach §§ 325 ff. HGB.

Wenn alle **acht Voraussetzungen erfüllt** sind, dann ist insoweit das Ermessen des zuständigen Insolvenzrichters eingeschränkt und die **Eigenverwaltung ist anzuordnen**. Sollten jedoch die **Voraussetzungen der**



Ziffern 1 sowie 5 bis 8 nicht ohne weiteres erfüllt sein, dann gilt der § 270b Abs. 2 InsO n.F. Dann ist eine **Eigenverwaltung trotzdem anzuordnen**, wenn ein **einstimmiger Beschluss des Gläubigerausschusses vorliegt**. Daneben kann der Insolvenzrichter auch bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen die **Insolvenz in Eigenverwaltung anordnen**, wenn davon auszugehen ist, dass die **Geschäftsführung an den Gläubigerinteressen ausgerichtet wird**. Hier hat der Richter aber einen **Ermessensspielraum**.

III. Privilegierung der coronabedingten Insolvenzen bei der Einleitung der Eigenverwaltung bis Ende 2021

Bei Unternehmen, deren Krise ausschließlich durch die Coronapandemie herbeigeführt wurde, gilt bei einer Beantragung der Eigenverwaltung bis Ende 2021 weiterhin das alte Recht. Danach ist beim Eigenverwaltungsantrag lediglich aufzuführen, dass keine offensichtlichen Nachteile zulasten der Gläubiger bestehen. Eine coronabedingte Insolvenz liegt nach § 5 Abs. 2 COVInsAG vor, wenn ein Insolvenzexperte folgendes bestätigt:

1. Das Unternehmen war am **31.12.2019 weder zahlungsunfähig noch überschuldet**.
2. Das Unternehmen hat im letzten vor dem **01.01.2020 abgeschlossenen Geschäftsjahr ein positives Ergebnis erwirtschaftet**.
3. Der Umsatz aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit im Jahr **2020** muss im Vergleich zum **Vorjahr um mehr als 30 Prozent** eingebrochen sein.

Wenn das Vorliegen der unter 1. bis 3. genannten Voraussetzungen, auch im Rahmen einer Schutzschirmbescheinigung bestätigt wird, kann dann sogar ein Schutzschirmverfahren selbst bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit eingeleitet werden.

Alternativ kann nach § 5 Abs. 3 COVInsAG auch **ohne Bestätigung eines Insolvenzexperten** die Privilegierung genutzt werden, wenn **keine offenen Verbindlichkeiten bestehen, die bereits am 31.12.2019 fällig waren**. Dies ist dann im Insolvenzantrag anzugeben und von der Geschäftsführung zu bestätigen. Diese Möglichkeit dürfte für viele betroffene Unternehmen eine **gute Chance** bieten, doch die einfacheren Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung zu nutzen.

IV. Was bedeuten die Änderungen für die Praxis?

Die zusätzlichen Eintrittsvoraussetzungen für die Eigenverwaltung sind gar nicht so neu wie es auf den ersten Blick scheint. So haben in der Vergangenheit bereits viele Gerichte vor der Anordnung der Eigenverwaltung beispielsweise einen Finanzplan oder einen Kostenvergleich mit der Regelinsolvenz verlangt. Diese Anforderungen sind jetzt auch klar und eindeutig so im Gesetz verankert. Allerdings kommt es jetzt noch mehr als früher darauf an, dass die betroffenen **Unternehmen rechtzeitig und früh genug hier aktiv werden** und die **Einleitung eines Sanierungsverfahrens prüfen lassen**. Die Berater müssen jetzt noch intensiver als früher eine **genaue Vorprüfung** durchführen, ob das Unternehmen auch für die Eigenverwaltung geeignet ist. Wenn das **Unternehmen zu spät die Initiative ergreift**, bleibt dann nur die **Regelinsolvenz**, bei der dann **fremdbestimmt** über das weitere Schicksal des Unternehmen – oftmals die Liquidation – entschieden wird.

Die Privilegierung bei coronabedingten Insolvenzen könnte dazu führen, dass bis Ende des Jahres 2021 einige Unternehmen vom erleichterten Zugang zur Eigenverwaltung profitieren wollen.

Über Scheinsicherheit und das neue SanInsFoG

Die Coronapandemie stellt Politik und Unternehmen vor immense Herausforderungen. Neben vielfältigen Hilfsprogrammen spielt die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht eine große Rolle, um den Zusammenbruch von Teilen der Wirtschaft zu verhindern. Allerdings wiegt diese ausgesetzte Insolvenzantragspflicht viele Unternehmen in falscher Sicherheit.

Wann muss Insolvenz beantragt werden?

Es gibt zwei grundlegende Tatbestände, die eine Insolvenzanmeldung für Unternehmen zwingend erforderlich machen. Dies sind Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Diese Regelung gilt für alle Unternehmen, die gegenüber ihren Gläubigern nur beschränkt haften.

Wann ist Zahlungsunfähigkeit erreicht?

Zahlungsunfähigkeit ist bereits erreicht, wenn zwischen den fälligen Verbindlichkeiten und den freien liquiden Mitteln (und das sind ausschließlich freie Banklinien und Cash auf dem Konto – nicht etwa auch fällige Forderungen) eine Deckungslücke besteht, die größer als zehn Prozent ist. Dieser Fall kann schneller eintreten, als man denkt, und kann u. a. auch vom Finanzmanagement eines Unternehmens und von der Zahlungsmoral der Kunden beeinflusst werden.

Wann ist Überschuldung erreicht?

Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Unternehmens die Schulden nicht mehr deckt. Eine Überschuldung allein macht jedoch noch keinen Insolvenzantrag notwendig, wenn insgesamt eine Perspektive für die Fortführung des Unternehmens besteht. Inwieweit das der Fall ist, sollte sicherheitshalber immer von einem Insolvenzexperten geprüft werden. Erschwerend kommt hinzu, dass mit der Änderung der Insolvenzordnung zum 01.01.2021 auch der Überschuldungsbegriff eine Änderung erfahren hat.

Schützt die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Corona tatsächlich vor der Insolvenz?

Am 30. April 2021 endet einmal mehr die Frist zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht. Viele Unternehmen wännen sich in einer Scheinsicherheit. Auf das Recht zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht kann sich – anders als vielfach geglaubt – nur ein ganz geringer Teil von Unternehmen aus rechtlicher Sicht tatsächlich berufen. Voraussetzungen dazu sind insbesondere, dass

- die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie beruht, was widerlegbar vermutet wird, wenn das Unternehmen am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war,



Rechtsanwalt Robert Buchalik

- begründete Aussichten bestehen, dass die Insolvenzreife während der Aussetzungsdauer beseitigt werden kann,
- bis zum 28. Februar 2021 ein Antrag auf Gewährung finanzieller Hilfeleistungen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme zur Abmilderung der Covid-19-Pandemie gestellt wurde,
- der Antrag nicht offensichtlich aussichtslos ist, d. h. offensichtlich keine Aussicht auf Erlangung der Hilfeleistung besteht und
- die beantragte finanzielle Hilfe zur Beseitigung der Insolvenzreife geeignet und ausreichend ist.

Selbst wer glaubt, die Voraussetzungen zu erfüllen, kann eine böse Überraschung erleben, wenn es zu einem späteren Zeitpunkt doch zu einem Insolvenzantrag kommen sollte. Insolvenzverwalter werden dann von Gesetzes wegen versuchen, entsprechende Haftungsansprüche gegen den Geschäftsleiter persönlich – auch mit Blick auf dessen Privatvermögen – durchzusetzen. Als Beleg dafür, dass die Aussetzungsvoraussetzungen eben nicht vorlagen, werden sie sich auf den gestellten Insolvenzantrag berufen.

Auch die Staatsanwaltschaft wird sich für diesen Vorgang interessieren. Denn lagen die Aussetzungsvoraussetzungen nicht vor, droht eine strafrechtliche Verfolgung wegen Insolvenzverschleppung.

Welche Alternativen gibt es, um ein Unternehmen zu sanieren?

Das StaRUG (Gesetz zur Stabilisierung und Restrukturierung von Unternehmen) ist am 1. Januar 2021 in Kraft getreten. Unternehmen können nun außerhalb eines Insolvenzverfahrens Vereinbarungen treffen, denen nicht alle Gläubiger zustimmen müssen.

Damit eine Restrukturierung nach StaRUG erfolgen kann, darf noch keine Zahlungsunfähigkeit eingetreten sein, das Unternehmen muss andererseits aber schon drohend zahlungsunfähig sein. Unter diesen Voraussetzungen hat es die Chance, eine Vergleichslösung mit seinen Finanzgläubigern zu schließen, der nur 75 Prozent der Gläubiger in jeder Gläubigergruppe zustimmen müssen. Bei mehreren Gruppen muss diese Mehrheit nur in der Mehrheit der Gruppen erzielt werden. Hier getroffene Regelungen wirken auch gegen die nicht zustimmenden Gläubiger. Sollten allerdings nicht alle Gläubiger zustimmen, müssen die getroffenen Regelungen in einem Restrukturierungsplan aufgenommen werden. Der Restrukturierungsplan ist vom zuständigen Restrukturierungsgericht zu bestätigen, damit er für und gegen alle Gläubiger wirkt. Nur wenn alle Gläubiger in allen Gruppen zu 100 Prozent zustimmen, bedarf es keiner Mitwirkung des Restrukturierungsgerichtes. Auf diese Weise können Banken zum Beispiel gezwungen werden, Teilverzicht, Stundungen ihrer Kredite oder Abänderungen ihrer Kreditverträge vorzunehmen.

Sanierung in Eigenverwaltung innerhalb der Insolvenz

Zusätzlich zum neuen StaRUG gibt es die Möglichkeit, eine Sanierung in Eigenverwaltung oder im Rahmen eines Schutzschirmverfahrens (ESUG) in Anspruch zu nehmen. Diese findet bereits innerhalb eines Insolvenzverfahrens statt und ist bisher die beste Alternative, eine Sanierung unter Insolvenzbedingungen unter Federführung der bisherigen Geschäftsleitung durchzuführen. In diesem Verfahren gibt es keinen Insolvenzverwalter, die Geschäftsleitung bleibt im „Fahrsitz“ und bestimmt die Geschicke des Unternehmens. Das Gericht bestimmt lediglich einen Sachwalter, der die Sanierung überwacht. Die Sanierung in Eigenverwaltung bietet weitergehende Möglichkeiten gegenüber einem StaRUG-Verfahren, weil – anders als beim StaRUG – auch Verträge beendet, Kündigungen von Arbeitnehmern mit kurzen Fristen ausgesprochen werden können und Sozialpläne auf 2,5 Monatsgehälter pro Mitarbeiter begrenzt sind. Unternehmen, die sich in Eigenverwaltung befinden, sind zudem insolvenzgeldberechtigt, d. h., die Bundesagentur für Arbeit übernimmt für drei Monate die Zahlung von Löhnen und Gehältern.

Mit der Änderung des ESUG zum 1. Januar 2021 wurden die Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung verschärft. Eine erfolversprechende Durchführung des Verfahrens ohne die Begleitung von Sanierungsexperten ist deshalb sehr unwahrscheinlich.

Fazit

Auch wenn die Insolvenzantragspflicht weiterhin ausgesetzt ist, sollten sich gefährdete Unternehmen nicht in Sicherheit wiegen, sondern rechtzeitig ihre finanzielle Situation prüfen und bei Bedarf eine Beratung durch ausgewiesene Sanierungsexperten in Anspruch nehmen. Es gibt mit dem neuen StaRUG und der Sanierung in Eigenverwaltung oder unter einem Schutzschirm erfolversprechende Verfahren, welche die endgültige Auflösung oder Zerschlagung eines Unternehmens verhindern und zukunftsfähige Wege aufzeigen können.

Inhalt und Auswirkung des neuen § 15b Abs. 8 InsO im Rahmen der Neuregelung des § 15b InsO

Geschäftsleiter, aber auch deren Rechts- oder Steuerberater unterliegen – nicht erst seit den aktuellen Gesetzesänderungen zur Insolvenzordnung und dem neuen StaRUG, insbesondere in der Krise des Unternehmens – erheblichen Haftungsrisiken. Mit der an sich zu begrüßenden Haftungsprivilegierung des § 15b Abs. 8 InsO, der wie der gesamte § 15b neu in die InsO zum 01.01.2021 eingefügt wurde, treten neue Probleme auf.

Diese Vorschrift regelt die Frage nach der Verletzung steuerlicher Zahlungspflichten, wenn zwischen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO oder Überschuldung nach § 19 InsO und der Entscheidung des Insolvenzgerichtes über den Insolvenzantrag, Ansprüche aus dem Schuldverhältnis nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt werden. Nachstehend wird die Thematik näher erläutert.

Darstellung der bisherigen Insolvenzantragspflicht sowie Folgen bei Nichtbeachtung

Gemäß § 15a InsO müssen die Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person – in § 1 StaRUG legal definiert als **Geschäftsleiter** (z.B. Vorstände einer AG, einer Genossenschaft oder Geschäftsführer einer GmbH) – die zahlungsunfähig oder überschuldet ist, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber **drei Wochen** nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder **sechs Wochen** nach Eintritt der Überschuldung, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellen. Die gleiche Verpflichtung trifft auch die **Abwickler** der juristischen Person.

In diesem Zusammenhang ist wichtig, dass die Dreiwochenfrist bzw. die Sechswochenfrist nur dann voll in Anspruch genommen werden darf, wenn begründete Sanierungsaussichten oder zumindest die begründete Aussicht besteht, den Insolvenzantragsgrund innerhalb dieser Frist zu beseitigen. Ist das nicht möglich, muss der Insolvenzantrag unverzüglich (sofort) gestellt werden. Für den Fristbeginn kommt es nicht auf die Kenntnis des jeweils vertretungsberechtigten Organs von der Antragspflicht, sondern vielmehr auf das **objektive Vorliegen des Insolvenzantragsgrundes** an.

Auch ist zu beachten, dass nach § 1 StaRUG die Geschäftsleitung ein sogenanntes **Krisenfrüherkennungssystem (Finanzplanung sowie Liquiditätsplanung)** im Unternehmen **erstellen**, fortlaufend **aktualisieren** und **überwachen** muss. Im Falle einer sich anbahnenden Krise sind **geeignete Gegenmaßnahmen** zu ergreifen. Unterlässt der Geschäftsleiter den notwendigen Insolvenzantrag, kann er wegen **Insolvenzverschleppung** belangt werden. Dies beinhaltet neben **strafrechtlichen Konsequenzen** (§ 15a Abs. 4 und Abs. 5 InsO - Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) auch eine **persönliche Haftung** mit seinem gesamten privaten Vermögen, d.h. es kommt zur vollständigen Aufhebung

der Haftungsbeschränkung für den Geschäftsleiter. Insbesondere nach den Gesetzesänderungen der Insolvenzordnung, die zum 1. Januar 2021 gelten, ergeben sich Änderungen bei der zivilrechtlichen Haftung der verantwortlichen Geschäftsleiter.

Bei mangelhafter Beratungsleistung ist der Steuerberater Haftungsansprüchen aus §§ 280 ff., 249 BGB wegen Verletzung des Beratungsvertrages ausgesetzt. Das können auch Vermögensnachteile Dritter aufgrund der Umsetzung nachteiliger bzw. Unterlassung gebotener Maßnahmen sein. Es kann im Übrigen auch eine Strafbarkeit des Steuerberaters gemäß den §§ 25 Abs. 2, 26 bzw. 27 StGB wegen Mittäterschaft, Anstiftung bzw. Beihilfe zu dem verwirkten Delikt in Betracht kommen. Allein die Fortsetzung des Mandats in Kenntnis der Insolvenzreife kann für die Beihilfe zur Insolvenzverschleppung ausreichen (LG Stuttgart, Az.: 14 StL 3/10).

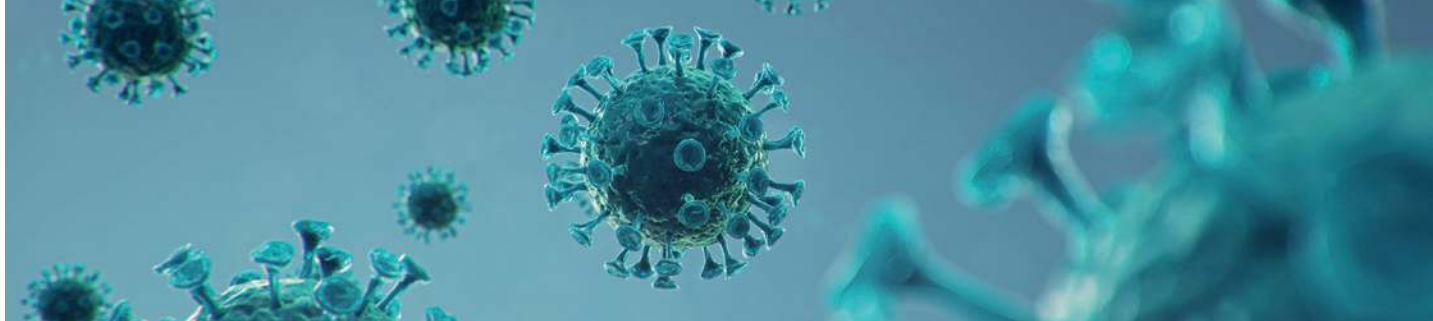
Haftung nach § 15b InsO

Nach dem neuen § 15b Abs. 1 InsO gilt ab dem Eintritt der Insolvenzreife (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) grundsätzlich ein Zahlungsverbot. Der § 15b InsO ersetzt dabei die bisherigen in anderen Gesetzen enthaltenen Rechtsvorschriften, z.B. den § 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG oder § 99 GenG.

Allerdings gilt eine Privilegierung, wenn innerhalb des für eine rechtzeitige Antragstellung maßgeblichen Zeitraums – d.h. innerhalb von drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach **Eintritt der Überschuldung – die Geschäftsleiter Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife** oder zur Vorbereitung des Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben.

In diesem Fall sind Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere Zahlungen, die zur **Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes** dienen, erlaubt, so dass dann keine Haftung des Geschäftsleiters eintritt.

Dies ist insbesondere bei den Zahlungen auf die laufenden Wasser-, Strom- und Heizkostenrechnungen, sonstigen Rechnungen der Daseinsvorsorge, Dienstleistungen sowie Zahlungen an einen Sanierungsberater für die Erstellung eines Insolvenzantrages und Erstellung eines Sanierungskonzepts der Fall.



Sonstige Zahlungen, wie z.B. Zahlungen auf noch nicht fällige oder Einrede behaftete Gesellschafterforderungen, Gesellschafterdarlehen, Zahlungen an gesellschaftsrechtlich verbundene Unternehmen oder Rechnungen für nicht betriebsnotwendige Reparaturaufträge oder Bestellungen sind hingegen nicht privilegiert. Solche Zahlungen lösen bei Nichtbeachtung der Insolvenzantragspflicht eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers/Vorstandes aus.

Die Schadensersatzpflicht trifft den Geschäftsleiter auch dann, wenn er im Einverständnis oder auf Anweisung der Gesellschafter/Aktionäre gehandelt hat. Er ist gegebenenfalls verpflichtet, entsprechende Zahlungsanweisungen der Gesellschafter/Aktionäre nicht ohne vorherige anwaltliche Beratung zu befolgen. Bei Abschluss von Neuverträgen trotz eingetretener Insolvenzantragspflicht, aber auch schon bei **absehbarem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, also absehbarer Insolvenz**, besteht ein weitgehendes Haftungsrisiko wegen (**Eingehungs-**) **Betrug**.

In diesem Zusammenhang ist wichtig, dass **nach Ablauf der Insolvenzantragsfrist keine Zahlungen mehr privilegiert** sind. Hierfür haftet der Geschäftsleiter.

Durch die Gesetzesänderung mit Wirkung zum 01.01.2021 ist der Haftungsumfang nach § 15b Abs. 4 S. 2 InsO etwas reduziert. Für den Fall, dass den Gläubigern ein **geringerer Schaden** als die zurückzugewährende Zahlung entstanden ist, haftet der Geschäftsleiter nur in dieser Höhe. Allerdings muss der Geschäftsleiter dieses dann in einem späteren Prozess auch **beweisen**, was in vielen Fällen schwierig sein dürfte.

Haftung im Bereich Steuerschulden

Eine Ausnahme gilt auch für Zahlungen auf rückständige Steuerforderungen.

Haftung für Steuern ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

Werden Steuern wie z.B. Lohn- oder Umsatzsteuer zwischen dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO oder der Überschuldung nach § 19 InsO und der Entscheidung des Insolvenzgerichts über den Insolvenzantrag **nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt**, liegt eine Verletzung steuerrechtlicher Zahlungspflichten nach dem seit dem 01.01.2021 neu eingeführten § 15b Abs. 8 InsO **dann nicht** vor, wenn die Antragspflichtigen ihren Verpflichtungen nach § 15a InsO nachkommen. Es muss also rechtzeitig (innerhalb der Dreiwochenfrist bei Zahlungsunfähigkeit oder der Sechswochenfrist bei Überschuldung) ein Insolvenzantrag gestellt werden (**Privilegierung**).

Wird entgegen der Verpflichtung nach § 15a InsO ein Insolvenzantrag verspätet gestellt, gilt dies nur für die nach Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters oder Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung fällig werdenden Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis. Wird das Insolvenzverfahren nicht eröffnet und ist dies auf eine Pflichtverletzung der Antragspflichtigen zurückzuführen, gelten die Privilegierungen nicht.

Berücksichtigung der bisherigen Vorgehensweise der Finanzverwaltung

Da es sich bei § 15b Abs. 8 InsO um eine noch sehr junge Vorschrift handelt und derzeit noch keine Erfahrungen aus der Praxis dazu vorliegen, sollte man aus Vorsichtsgründen auch die von der Finanzverwaltung vor Einführung der Vorschrift etablierte Vorgehensweise berücksichtigen. Welche Vorgehensweise im Ergebnis gewählt wird, ist unbedingt mit einem fachkundigen Rechtsanwalt, sinnvollerweise einem Fachanwalt für Steuerrecht, zu klären. **Die nachstehende Information stellt deshalb auch keine Handlungsempfehlung dar.**

Ferner gelten die nachfolgenden Ausführungen nicht für den Fall, dass keine eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, sondern **lediglich drohende Zahlungsunfähigkeit** vorliegt. In diesem Fall gilt die Modifikation der steuerlichen Pflichten gem. § 15b Abs. 8 InsO **nicht** mit der Folge, dass die allgemeinen steuerlichen Pflichten fortgelten.

Mit der Neufassung des § 55 Abs. 4 InsO sind nunmehr auch Steuerverbindlichkeiten, die im vorläufigen Eigenverwaltungs- oder Schutzschirmverfahren entstehen, Masseverbindlichkeiten. Bislang fand diese Vorschrift in der Eigenverwaltung keine Anwendung. Mit der Gesetzesänderung wurde also ein Fiskusprivileg eingeführt. Von der Neuregelung des § 55 Abs. 4 InsO **sind erfasst:**

- Umsatzsteuer,
- sonstige Einfuhr- und Ausfuhrabgaben, also insbesondere Zoll und Einfuhrumsatzsteuer,
- bundesgesetzlich geregelte Verbrauchsteuern, insbesondere Strom, Energie- und Branntweinsteuer
- Luftverkehrs- und Kraftfahrzeugsteuern (wichtig bei Speditionen)
- sowie die Lohnsteuer.

Nicht erfasst sind:

- Ertragsteuern (Einkommenssteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer)

Alle anderen Verbindlichkeiten, z.B. auch Verbindlichkeiten aus Sozialabgaben sind ebenfalls **nicht** erfasst. Im vorläufigen Verfahren sind **alle nicht erfassten** Verbindlichkeiten einfache Insolvenzforderungen.

Demzufolge sind alle vom § 55 Abs. 4 InsO erfassten Steuern, die zwischen Entscheidung über die Zulässigkeit des Insolvenzantrags und der Eröffnung des Verfahrens entstehen, Masseverbindlichkeiten. Gleichwohl dürfen sie im vorläufigen Verfahren noch nicht abgeführt werden, denn nach § 15b Abs. 1 InsO besteht zunächst eine Massesicherungspflicht. Eine Abführung ist demzufolge erst ab Eröffnung des Verfahrens zulässig.

Für den Monat der Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung ist Tages genau eine Aufteilung vorzunehmen. Sämtliche Steuern, die bis zur Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung begründet wurden, bleiben einfache Insolvenzforderungen. Alle von § 55 Abs. 4 InsO erfassten und ab diesem Zeitpunkt entstandenen Steuern sind ab Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung oder des Schutzschirmverfahrens Masseverbindlichkeiten.

Haftung im Falle der Nichtabführung von Lohnsteuer

Sofern die Nettoarbeitsentgelte an die Arbeitnehmer in vollständigem oder anteiligem Umfang ausgezahlt werden, ist zu beachten, dass **vor** Einführung des § 15b Abs. 8 InsO auch die pflichtgemäße Abführung der darauf entfallenden Lohnsteuer erfolgen musste. Vor der Gesetzesänderung haftete der Geschäftsleiter persönlich wegen Nichtabführung von Lohnsteuer, nach der Gesetzesänderung gilt das nur dann, wenn der Antrag nicht rechtzeitig gestellt wurde (Privilegierung). Der Geschäftsleiter handelt also nicht pflichtwidrig, wenn er Steuerzahlungen vor der Entscheidung des Gerichts über den Insolvenzantrag nicht abführt, solange er sich zulässiger Weise in der Drei- bzw. Sechswochenfrist befindet.

Falls eine Steuerhaftung wegen fehlender Privilegierung in Betracht kommt und sollte die Liquidität für die Zahlung nicht mehr ausreichen, ist grundsätzlich eine nur anteilige Auszahlung der Nettoarbeitsentgelte möglich, um aus den dann verbleibenden liquiden Mitteln die auf den Entgeltauszahlungsbetrag entfallende Lohnsteuer abführen zu können.

Zu beachten ist jedoch in diesem Zusammenhang, dass die verbleibende Liquidität dann nicht nur zur Abführung der Lohnsteuer, sondern in **ungekürztem Umfang** auch zur Deckung der fälligen bzw. kurzfristig fällig werdenden Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ausreichen muss, um eine Haftung wegen Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) auszuschließen. Im Hinblick auf rückständige Arbeitnehmerbeiträge besteht immer ein persönliches zivil- und strafrechtliches Haftungsrisiko des Geschäftsleiters.

Eine Abführung des Arbeitgeberanteils ist hingegen nicht haftungsbewehrt und sollte bei nicht ausreichender Liquidität unterbleiben, da für das bloße Vorenthalten des Arbeitgeberanteils keine strafrechtliche Folge droht und damit keine Pflichtenkollision besteht.

Grundsatz der anteiligen Tilgung für sonstige Steuern, insbesondere Umsatzsteuer

Bei den sonstigen Steuern und insbesondere der rückständigen Umsatzsteuer galt insoweit bislang der **Grundsatz der anteiligen Tilgung**. Die Pflichtverletzung und das Verschulden des Geschäftsleiters bei Zahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft liegt demnach darin begründet, dass er die sonstigen Steuern – insbesondere die Umsatzsteuer – in gleichem Umfang hätte tilgen müssen, wie die Verbindlichkeiten anderer Gläubiger (ausgenommen Zahlung des Arbeitgeberanteils, s. IV. 1.). Wird zumindest anteilig auf Steuerschulden gezahlt, erfasst die Privilegierung hierbei sowohl die Befriedigung von erst nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht fällig werdenden Steuerschulden (Lohnsteuer, Umsatzsteuer) als auch solche Steuerschulden, deren Fälligkeit schon zuvor bestand und es tritt insoweit keine Haftung ein.

Berechnung der Haftungssumme nach dem Grundsatz der anteiligen Tilgung

Stand fest, dass der Geschäftsleiter die fälligen Steuerschulden auf Grund bestehender Liquiditätsschwierigkeiten nicht an das Finanzamt abgeführt hatte, wurde seitens des Finanzamtes bislang eine **sog. Haftungsquote** errechnet. Dabei werden innerhalb eines sog. Haftungszeitraums – beginnend am ersten Tag der Fälligkeit der nicht bezahlten Steuerschuld (bspw. Umsatzsteuer-Voranmeldung am 10. des Monats) bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Geschäftsleiters über die Gelder der Gesellschaft (bspw. bis zur Anordnung des Insolvenzeröffnungsverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft mit Zustimmungsvorbehalt des vorläufigen Insolvenzverwalters) die Gesamtverbindlichkeiten zu Beginn des Haftungszeitraumes mit den Zu- und Abgängen saldiert. Zu den

Gesamtverbindlichkeiten gehören auch die sonstigen Steuerschulden, jedoch ohne Lohnsteuerverbindlichkeiten. Hiervon sind ebenfalls Zu- und Abgänge an Steuerrückständen im Haftungszeitraum zu saldieren (ohne Berücksichtigung geleisteter Zahlungen). Aus dem Verhältnis der Steuerverbindlichkeiten zu den Gesamtverbindlichkeiten der Gesellschaft ergibt sich dann die Quote, in deren Höhe die vorhandenen Mittel zur Tilgung der Steuerschulden hätten eingesetzt werden können. In einem weiteren Schritt ist dann zu ermitteln, welche Zahlungsmittel im Haftungszeitraum zur Tilgung der Gesamtverbindlichkeiten eingesetzt wurden. Von diesen Mitteln muss ein der errechneten Quote entsprechender Teil an das Finanzamt entrichtet werden.

Allein wegen der Komplexität der Materie, aber auch wegen fehlender Rechtsprechung zur neuen Gesetzgebung empfiehlt es sich, im Zweifel einen fachkundigen Rechtsanwalt zu Rate zu ziehen.

Die Steuerbefreiung von Sanierungsgewinnen in und außerhalb von Insolvenzverfahren

Die Frage, wie ertragsteuerlich mit einem Sanierungsertrag zu verfahren ist, beschäftigt die Rechtsprechung schon seit Generationen. Bis in die sechziger Jahre ließ es die Rechtsprechung zu, dass der Sanierungsertrag (sowohl bei der Körperschaftsteuer als auch bei der Einkommenssteuer) erst mit Verlusten zu verrechnen und nur der verbleibende Betrag zu erlassen war. Nachdem der BFH die Verlustverrechnung für die Körperschaftssteuer Ende der sechziger Jahre als unzulässig erklärte, reagierte der Gesetzgeber hierauf mit der Einführung des § 3 Nr. 66 EStG und schuf damit eine einheitliche Steuerbefreiung von Sanierungsgewinnen für die KSt, ESt und GewSt. Die damit verbundene Doppelbegünstigung (die Steuerbefreiung greife bereits vor Verlustverrechnung und Verlustabzug ein) akzeptierte der Gesetzgeber u.a. deshalb, weil die Gestaltung des Verlustabzugs auf fünf Jahre begrenzt war. Nach Beseitigung der zeitlichen Begrenzung des Verlustabzugs in 1990, änderten sich die Rahmenbedingungen, was letztlich in der Streichung des § 3 Nr. 66 EStG in 1997 mündete. Das BMF gewährte allerdings unter den materiellen Voraussetzungen des § 3 Nr. 66 EStG Billigkeitsmaßnahmen mit dem Ziel der Nichtbesteuerung des Sanierungsgewinns. In der Folge wurde heftig unter den Gerichten diskutiert, ob dies ohne gesetzliche Grundlage zulässig sei. Die Folge war eine Reihe gegensätzlicher Entscheidungen, bis der Große Senat des BFH Ende 2016 die Gesetzwidrigkeit dieser Vorgehensweise erkannte. Insbesondere in Insolvenzplanverfahren ist die Steuerbefreiung des Sanierungsgewinns ein wichtiger Faktor, dessen Wegfall die Chancen einer erfolgreichen Eigenverwaltung deutlich reduziert hätte. Dies führte nicht zuletzt bei vielen Gegnern der Eigenverwaltung zu verhaltenem Jubel.

Der Deutsche Gesetzgeber hat hierauf umgehend reagiert und den § 3a EStG eingefügt. Danach sind Betriebsvermögensmehrungen oder Betriebseinnahmen aus einem Schuldenerlass zum Zwecke einer unternehmensbezogenen Sanierung steuerfrei (Näheres siehe weiter unten). Das Gesetz passierte im Rekordtempo den Bundestag und den Bundesrat und wurde sogar mit Rückwirkung versehen. Die gesetzliche Regelung wurde am 27.06.2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Allerdings stellte der Gesetzgeber das Inkrafttreten des §3a EStG zunächst unter den Vorbehalt, dass die Europäische Kommission durch Beschluss feststellt, dass diese Regelung nicht als unzulässige Beihilfe qualifiziert würde. Die EU-Kommission ließ sich mit ihrer Entscheidung wie so häufig Zeit. Möglicherweise hätte sie sich sogar für die Beihilferechtswidrigkeit ausgesprochen, wenn nicht der EUGH in anderer Sache zu Hilfe gekommen wäre:

Mit einer Entscheidung des EUGH vom 28.06.2018 hat der Europäische Gerichtshof die Sanierungsklausel § 8c Abs. 1a KStG) in das deutsche Steuerrecht gerettet. Die EU-Kommission hatte nämlich zuvor entschieden, dass es eine unzulässige Beihilfe sei, wenn der deutsche Gesetzgeber es zulässt, dass Unternehmen in qualifizierten Sanierungsfällen nach dem Einstieg eines neuen Mehrheitsgesellschafters ihre steuerlichen Verlustvorträge weiterhin geltend machen. Damit wurde die Attraktivität angeschlagener Unternehmen im M&A-Markt deutlich reduziert. Der EUGH hat mit Urteil vom 28.06.2018 den Beschluss der EU-Kommission für nichtig erklärt. Und das anderslautende erstinstanzliche Urteil des EuGH aufgehoben. Dies gelte jedenfalls unter den Voraussetzungen eines fortführungsgebundenen Verlustvortrags. Die Verlustvorträge bleiben für Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer erhalten, wenn die Körperschaft seit ihrer Gründung oder zumindest seit dem Beginn des dritten Veranlagungszeitraums, der dem Veranlagungszeitraum des schädlichen Beteiligungserwerbs vorausgeht, ausschließlich denselben Geschäftsbetrieb unterhält. Das gilt im Übrigen auch bei einem mehrheitlichen Anteilserwerb im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens.

Vermutlich um nicht eine erneute Schlappe zu provozieren, kam dann kurz nach der Entscheidung des EUGH eine Stellungnahme der Europäischen Kommission in einem an Deutschland gerichteten Comfort Letter zur Frage, ob die Anwendung des neuen § 3a EStG eine unzulässige Beihilfe sei. Hier wurde kundgetan, dass es sich bei § 3a EStG um eine sogenannte Altbeihilfe handele, die bereits vor Inkrafttreten der Europäischen Verträge ununterbrochen existierte und daher gegenüber anderslautenden EU-Vorschriften Bestandsschutz genieße. Damit war die alte Streitfrage abschließend entschieden.

Wird ein Antrag auf Steuerbefreiung von Sanierungsgewinnen gestellt, so ergeben sich Einschränkungen bei der steuerlichen Nutzung von Verlusten:

- Sämtliche Verlustvorträge aus Vorjahren entfallen.
- Verluste des laufenden Jahres können nicht mit anderen Gewinnen - außer dem Sanierungsgewinn - saldiert werden.
- Beide Folgen gelten auch, soweit die entsprechenden Beträge den Betrag des Sanierungsgewinns übersteigen.

Kosten, die mit einem steuerfreien Sanierungsgewinn in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, dürfen nicht steuermindernd geltend gemacht werden.



Die Bestätigung bezieht sich sowohl auf § 3a EStG für Einkommenssteuer und Körperschaftsteuer (i.V.m § 8 KStG) als auch auf § 7a GewStG für die Gewerbesteuer. Die Folgen sind weitreichend. War es unter der bisherigen Praxis unklar, ob sich die Gemeinden für die Gewerbesteuer der Entscheidung der Finanzbehörde anschließen und damit immer ein Restrisiko einer erheblichen Steuerlast blieb, ist jetzt ausschließlich **das Finanzamt** für die Entscheidung über die Steuerbefreiung zuständig. Wenn die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung vorliegen, hat das Finanzamt keinen Ermessensspielraum mehr, gleichwohl empfiehlt es sich immer hierzu eine verbindliche Auskunft einzuholen.

Erstaunlich war allerdings die Pressemitteilung des Bundesverbandes der Insolvenzverwalter zur Neuregelung. „Die EU-Kommission hat in dieser für die Sanierung von Unternehmen entscheidenden steuerlichen Frage nur Steine statt Brot gegeben: Die informelle Mitteilung in Form eines Comfort Letters bindet weder nationale noch europäische Gerichte.“

Möglicherweise war hier der Wunsch Vater des Gedankens. Denn dabei wird nicht berücksichtigt, dass gerade bei Prüfung steuerlicher Normen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht der Europäischen Union die Form des Comfort Letters die in der Praxis angewandte Form ist. Ein Comfort Letter der Kommission begründet ein schutzwürdiges Vertrauen von Mitgliedsstaat und Steuerpflichtigem (siehe Brandau BB 2017, 1175, 1179). Die EU-Kommission hat deshalb auf Basis des AEUV die bestmögliche Entscheidung zugunsten der deutschen Regelung zur Steuerfreiheit des Sanierungsgewinns getroffen.

Die angesprochenen Regelungen gelten nicht nur im Rahmen eines Sanierungsertrags in Insolvenzplanverfahren, sondern bei Betriebsvermögensmehrungen oder Betriebseinnahmen aus einem Schuldenerlass zum Zwecke einer unternehmensbezogenen Sanierung gemäß § 3a Abs. 2 EStG, also auch, wenn es sich um eine Sanierung außerhalb eines Insolvenzverfahrens handelt. Gemäß § 3a Abs. 2 liegt eine **unternehmensbezogene Sanierung vor, wenn der Steuerpflichtige für den Zeitpunkt des Schuldenerlasses die Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfähigkeit des Unternehmens, die Sanierungseignung des betrieblich begründeten Schuldenerlasses und die Sanierungsabsicht der Gläubiger nachweist**. Ob und wann das der Fall ist, lässt sich nicht ohne weiteres beantworten. Ohne Rat eines in dieser Materie erfahrenen Experten und eine verbindliche Auskunft des zuständigen Finanzamtes sollte man nicht darauf vertrauen, dass die Voraussetzungen einer Steuerbefreiung vorliegen.

Liegt eine verbindliche Auskunft vor, ist die Finanzverwaltung verpflichtet, die Steuerbefreiung zu gewähren. Die Rechtsfrage kann nicht mehr gerichtlich überprüft werden. Das Unternehmen hat es also selbst in der Hand die Steuerbefreiung abzusichern.

Wir sind deutschlandweit für Sie erreichbar.



Düsseldorf

Prinzenallee 15
40549 Düsseldorf
T 0211 828977200



Berlin

Lietzenburger Straße 75
10719 Berlin
T 030 814521960



Frankfurt

Westendstraße 16-22
60325 Frankfurt am Main
T 069 24752150

Mit drei Standorten in Düsseldorf, Berlin und Frankfurt am Main sind wir für unsere Mandanten national sehr gut erreichbar. Wir betreuen Sanierungsprojekte, Insolvenzverfahren oder wirtschaftsrechtliche Themen direkt, kompetent, verlässlich und engagiert – auch bei Ihnen vor Ort. Rufen Sie uns an!



Ihre Ansprechpartner

Sie haben Fragen und suchen einen kompetenten Ansprechpartner?
Sie möchten einen Erstberatungstermin vereinbaren? Wir sind gerne
für Sie da.



Robert Buchalik

Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt

T +49 211 828 977-140

E buchalik@bbr-law.de



Dr. Utz Brömmekamp

Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt

T +49 211 828 977-200

E broemmekamp@bbr-law.de



Dr. Jasper Stahlschmidt

**Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Insolvenzrecht**

T +49 211 828 977-200

E stahlschmidt@bbr-law.de



Jochen Rechtmann

**Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht**

T +49 69 247 5215-20

E rechtmann@bbr-law.de