



## Vermeidung von Fallstricken für Unternehmer – Praxistipps eines Insolvenzanswalts

Rechtsanwalt Prof. Dr. Georg Streit  
Prinzregentenstraße 48  
80538 München  
Tel.: 0049-89-54031-227  
E-Mail: [g.streit@heuking.de](mailto:g.streit@heuking.de)

# Fallstrick: Strafbare Insolvenzverschleppung



## Insolvenzantragspflicht

---

- **§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO:**
  - *„Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die **Mitglieder des Vertretungsorgans** oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, **spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen.**“*
- **Höchstfrist.**
- **Bei Verstoß: Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Auch bei Fahrlässigkeit.**
- **Anstiftung / Beihilfe ebenfalls strafbar.**
- **Entgegenstehende Gesellschafterbeschlüsse unbeachtlich.**

# Fallstrick: Zahlungsverbot ab Insolvenzreife



## Case Study zu Zahlungsverbot für Geschäftsführer

---

- **Sachverhalt** (BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04):
  - Eine GmbH hat Forderungen ihrer **Gläubiger bezahlt, obwohl sie zahlungsunfähig** war.
  - Der **Beklagte war Geschäftsführer** der GmbH.
- **Prozesssituation:**
  - Der Insolvenzverwalter der GmbH verlangt **vom Geschäftsführer Zahlung** von EUR 600.807,17.
- **Urteile in allen drei Instanzen:**
  - **Verurteilung des Geschäftsführers zur Zahlung.**

## Praxisrelevanz des Zahlungsverbots

---

- **Unerheblich, ob Gesellschaft ansonsten zur Zahlung verpflichtet war.**
- **Zahlungen**
  - **addieren sich zu hohen Beträgen und**
  - **sind leicht nachweisbar.**
- **Insolvenzverwalter ist zuständig zur Geltendmachung (§ 80 InsO):**
  - **Kein Mitspracherecht der Gesellschafter.**
  - **Interne Mitspracherechte der Insolvenzgläubiger (§ 160 Abs. 2 InsO).**

## Zweck des Zahlungsverbots

---

- **Keine Bevorzugung einzelner Gläubiger (vgl. § 1 InsO).**
- **Vermögen beisammen halten.**

## Privilegien und Pflichten

---

- GmbH und AG:
  - **Haftungsbegrenzung für Gesellschafter.**
  - § 13 Abs. 2 GmbHG bzw. § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG:
    - ***„Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.“***
- **Verpflichtung für Organmitglieder. Persönliche Haftung möglich:**
  - **Strafrechtlich (Freiheitsstrafe/Geldstrafe),**
  - **ordnungswidrigkeitenrechtlich (Geldbuße),**
  - **zivilrechtlich (mit dem Privatvermögen).**

## Einzelkaufmann

---

- **Einzelkaufmann:**
  - Keine Haftungsbegrenzung.
  - „*Privat*“ haftet für alle Verbindlichkeiten „*als Kaufmann*.“
  - **Kein Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife** vergleichbar § 64 GmbHG.
  - Strafbarkeit von Bankrott, Betrug, etc.

## Interessenkonflikte in der Krise

---



## Gesetzliche Grundlagen des Zahlungsverbots ab Insolvenzreife

---

- **§ 64 GmbHG:**
  - *„Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft **zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit** der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. [...]“*
- Ähnlich u.a. § 93 i.v.m. 92 Abs. 2 AktG; § 130a HGB.

## Zahlungsbegriff ist weit zu verstehen

---

- **Geldzahlung** (in bar oder vom Guthabenkonto).
- **Zahlungseingang auf debitorisches Bankkonto** (Rückführung der Kreditlinie).
  - Ausnahme bei Ablösung von Absonderungsrechten (BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/13; BGH, Urt. v. 02.02.2017 – IX ZR 245/14).
- Übertragung von Sachen oder Rechten.

## Zahlungsverbot – Ausnahmen

---

- **Trotz Insolvenzreife zulässig:**
  - **Herausgabe eines Gegenstandes, der einem Dritten gehört.**
  - **Zahlung an Absonderungsgläubiger** bis zum Wert des Sicherungsgegenstandes (vgl. BGH, Urt. v. 26.01.2016 – II ZR 394/13, Rn. 39; BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/13).
  - **Arbeitnehmerbeiträge zum Sozialversicherungsbeitrag (§ 266a StGB).**
  - **Bestimmte Arten von Steuern.**
    - **Feststellung zur Insolvenztabelle angemeldeter Steuerforderungen hat bindende Wirkung** (BFH, Urt. v. 16.05.2017 – VII R 25/16; BFH, Urt. v. 26.09.2017 – VII R 40/16; BFH v. 27.09.2017- XI R 9/16; vgl. Engels/Dahl, NZI 2018, 100 ff.).
      - **Praxistipp: Der Steuerforderung widersprechen.**

## Zahlungsverbot – Ausnahme für betriebsnotwendige Zahlungen

---

- **Betriebsnotwendige Zahlungen:**
  - **„mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar“** (§ 64 Satz 2 GmbHG; vgl. § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG).
- **Eng zu verstehen.**
- **Regelmäßig unzulässig** ist Zahlung von laufenden
  - **Löhnen und Gehältern,**
  - **Strom, Telefon, Wasser, Miete:**
    - **Betriebsnotwendig nur, wenn erforderlich, um sofortigen Zusammenbruch eines in der Insolvenz sanierungsfähigen Unternehmens zu verhindern** (BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 21; BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/16, Rn. 24).
    - **Großzügiger die frühere Rechtsprechung: Um größere Nachteile für Insolvenzmasse abzuwenden** (BGH, Beschl. v. 05.11.2007 – II ZR 206/06, Rn. 6).
- **Darlegungs- und Beweislast** bei der Geschäftsführung.

## Zahlungsverbot – Ausnahme bei Aktiventausch

---

- **Ersatzpflicht entfällt, soweit die Schmälerung in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Zahlung durch eine Gegenleistung ausgeglichen wird** (BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 11).
  - **Unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang** (BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 11).
  - **Partielle Gegenleistung ist anzurechnen** (BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Leitsatz 1: „soweit“).
  - **Muss für Gläubiger verwertbar sein** (BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15).
    - **Kein Aktiventausch bei Löhnen und Gehältern, Strom, Telefon, Wasser, Miete, geringwertigen Verbrauchsgütern (z.B. Kaffee).**
      - **Sie erhöhen nicht die Aktivmasse** (vgl. BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 18; OLG München, Urt. v. 22.06.2017 – 23 U 3769/16, BeckRS 2017, 114996).
- **Kein Bargeschäft** im Sinne des § 142 InsO erforderlich (BGH, Urt. v. 18.11.2014 – II ZR 231/13; BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/13; BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 12 ff.).
  - **Zeitpunkt maßgeblich, in dem Vermögensminderung durch Zufluss ausgeglichen** (vgl. BGH, Urt. v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, NZG 2015, 149).
  - **Kein Aktiventausch bei Vorleistung des Geschäftspartners.**
  - **Aktiventausch bei mehr als 30 Tage späterer Gegenleistung des Geschäftspartners.**
  - **Der Vermögenszufluss muss bei Eröffnung nicht mehr vorhanden sein.**

## Verschulden ab Erkennbarkeit der Insolvenzreife

---

- Als Ausgangspunkt des subjektiven Tatbestands des Zahlungsverbots **reicht die Erkennbarkeit der Insolvenzreife aus**, wobei die **Erkennbarkeit als Teil des Verschuldens vermutet wird** (BGH, Urt. v. 19.06.2012 – II ZR 243/11).
- Verfügt ein Geschäftsführer nicht über eigene insolvenzrechtliche Kenntnisse, hat er sich **beraten zu lassen** (BGH, Urt. v. 27.03.2011 – II ZR 171/10; BGH, Urt. v. 26.01.2016 – II ZR 394/13, Rn. 34).

# Insolvenzgründe



## Insolvenzgründe – Überblick

---

- **Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)** – zwingender Insolvenzantragsgrund.
- **Überschuldung (§ 19 InsO)** – zwingender Insolvenzantragsgrund.
- **Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)** – freiwilliger Insolvenzantragsgrund.

## Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

---

- **Zahlungsunfähigkeit:**
  - *„Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen“* (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO).
- **Leitentscheidung BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04 zu § 17 Abs. 2 InsO („3-Wochen und 10%“):**
  - Eine **bloße Zahlungsstockung**, und noch keine Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO ist anzunehmen, wenn durch die Liquidität
    - *„der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend“.*
  - Eine **geringfügige Liquiditätslücke** ist kein Insolvenzgrund:
    - *„Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke weniger als 10% der fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von einer Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird“.*

## Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) – Fällige Verbindlichkeiten

---

- **„Fällige“ Zahlungspflichten:**
  - Zivilrechtlich (§ 271 BGB),
  - insolvenzrechtlich (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO).
- Insolvenzrechtliches „*nicht ernstliches Einfordern*“ = **faktische Stundung** = **Stillhaltevereinbarung** = **Standstill**
  - belässt die zivilrechtliche Fälligkeit,
  - nimmt aber die insolvenzrechtliche Fälligkeit nach § 17 InsO.
- Voraussetzung: **Aktives Signal des Gläubigers**, wonach er „*in eine spätere Befriedigung einwilligt*“:
  - **Genügend:**
    - **Laufende Verhandlungen** über spätere Bezahlung.
    - **Nicht erforderlich:** Rechtlich bindende **Vereinbarung**.
    - **Wichtig wegen Beweislast:** **Dokumentation**, z.B. Mailkorrespondenz.
  - **Nicht genügend:**
    - **Bloßes Nichteinfordern.**
    - **Erzwungene Einwilligung.**
    - **Stillschweigende Einwilligung.**

## Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) – Zahlungseinstellung, „Bugwelle“

---

- **Zahlungseinstellung:**
  - **„Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat“** (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO).
  - Zahlungseinstellung ist das nach außen hervortretende **Verhalten** des Schuldners, in dem sich **typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen** (BGH, Urt. v. 17.11.2016 – IX ZR 65/15, Rn. 18).
  - Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner **„einen Forderungsrückstand vor sich herschiebt und demzufolge am Rande des finanzwirtschaftlichen Abgrunds operiert“** (z.B. BGH, Urt. v. 18.07.2013 – IX ZR 143/12, NZI 2013, 932, Rn. 13).
  - **„Bugwelle“:** Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit anhand einer Liquiditätsbilanz sind auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (**sog. Passiva II**) **inzubeziehen** (BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16).

## Überschuldung (§ 19 InsO)

---

- **Überschuldung:**
  - **„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich“** (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO).
- **Fortführungsprognose:**
  - **„Überwiegend wahrscheinlich“:** Mehr als 50%.
  - **Subjektiv: Fortführungswille.**
  - **Objektiv: Dokumentiertes aussagekräftiges Unternehmenskonzept** (Ertrags- und Finanzplan). Planerisch **Einnahmeüberschüsse**.
  - **Prognosezeitraum: Regelmäßig laufendes und folgendes Geschäftsjahr.** Im Einzelfall auch kürzer oder länger.
- **Bei fehlender Fortführungsprognose:**
  - **Rechnerische Überschuldungsprüfung nach Zerschlagungswerten.**
  - **Handelsbilanz hat Indizwirkung.**

## Überschuldung (§ 19 InsO) – Fortführungsprognose und Beiträge Dritter

---

- **Finanzierungsbeiträge Dritter, die noch nicht fest zugesagt sind:**
  - Wenn plausibel und Umsetzung überwiegend wahrscheinlich.
  - Müssen **überwiegend wahrscheinlich** sein.
  - Annahme zulässig, dass die Beteiligten sich **wirtschaftlich vernünftig verhalten werden**, sofern keine anderweitigen Hinweise vorliegen.
  - Um Verhalten Dritter prognostizieren zu können: **Darstellung der Optionen mit finanziellen Auswirkungen** (Andersch/Philipp, NZI 2017, 782, 783 mit weiteren Nachweisen).
    - **Dokumentation sinnvoll** aus Beweislastgründen.

# Fallstrick: Business Judgement Rule



## Allgemeine Geschäftsführerhaftung

---

- *„Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden“* (§ 43 Abs. 1 GmbHG).
- *„**Geschäftsführer**, welche ihre Obliegenheiten verletzen, **haften** der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden“* (§ 43 Abs. 2 GmbHG).
- Allgemeine Haftung **gilt auch in der Krise** der Gesellschaft (neben § 64 GmbHG).
- **Zuständig** zur Geltendmachung im Insolvenzverfahren: **Insolvenzverwalter** (§ 80 InsO).

## Pflichten des Geschäftsführers

---

- **Einhaltung der Gesetze.**
  - Einrichtung eines **funktionierenden Compliance Systems** (LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 bzgl. Siemens).
- **Einhaltung von Satzung, Geschäftsordnung, Anstellungsvertrag und Gesellschafter beschlüssen (soweit diese gesetzeskonform sind).**
  - Bei Einholung von Gesellschafterbeschlüssen: **Vorherige Information der Gesellschafter: Wahrheitsgemäß und vollständig** (einschl. Risiken, Alternativen und finanzieller Auswirkungen).
- Vermeidung/Offenlegung von Interessenkonflikten.
- Ordnungsgemäße Organisation der Gesellschaft, Kontrolle der Organisation.
- Regelmäßige **Kontrolle der Liquidität.**
- **Sorgfältige Vorbereitung unternehmerischer Entscheidungen. Dokumentierung der Entscheidungsfindung: Risiken, Alternativen, finanzielle Auswirkungen.**
- Vermeidung übergroßer Risiken. Laufende Risikobeobachtung.

## Business Judgement Rule – Allgemeine Grundlagen

---

- **Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder:**
  - *„Eine Pflichtverletzung liegt **nicht** vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer **unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln**“ (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG).*
- **Die Business Judgement Rule ist beständiger Kern von Haftungsstreitigkeiten.**

## Business Judgement Rule als prozedurale Vorschrift

---

- Das Gericht wird prüfen, ob der Geschäftsführer **das vorgeschriebene Prozedere eingehalten** hat.
- Maßgeblich ist die **Kenntnis der Risikofaktoren und des Risikograds** (BGH, Urt. v. 28.05.2013 – 5 StR 551/11 Rn. 22).
- **Entlastung** kann gelingen bei **sorgfältiger und umfangreicher Dokumentation der Entscheidungsfindung**:
  - **Im Voraus** die **beabsichtigte Maßnahme** mit ihren Chancen nebst **Alternativen und allen Risiken** unter Berücksichtigung **konkreten Zahlenmaterials** und konkreter Darstellung der **finanziellen Folgen** aufarbeiten, darstellen und abwägen.

## Sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen

---

- **Für die sorgfältige Vorbereitung gibt es keinen Ermessensspielraum** (OLG Koblenz, Urt. v. 24.09.2007 – 12 U 1437/04).
- **Umfang der Informationsbeschaffung:**
  - Hängt ab von Bedeutung und Komplexität der zu treffenden Entscheidung.
  - Ausreichend ist eine **angemessene Informationsgrundlage**.
  - Nicht jeder Aufwand ist auch erforderlich.
  - **Alle für die Entscheidung maßgeblichen Zahlen, Daten und sonstigen Beurteilungsgrundlagen müssen im Vorfeld der Entscheidung ermittelt, sorgfältig ausgewertet und bewertet** werden (OLG Koblenz, Urt. v. 24.09.2007 – 12 U 1437/04).

## Zum Wohle der Gesellschaft

---

- Organmitglied muss vernünftigerweise annehmen dürfen, **im besten Interesse der Gesellschaft** zu handeln.
- **Vergabe von „hochriskanten Darlehen“** ohne Sicherheiten kann noch zum Wohle der Gesellschaft sein, wenn sie Teil eines **„wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplans“** ist, der auf einen einheitlichen **Erfolg, ggf. auch erst nach einem Durchgangsstadium (wie einer Sanierung), gerichtet ist** (BGH, Urt. v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01).

## Beweislast

---

- **Organmitglied hat Beweislast** dafür, dass es damals die prozeduralen Voraussetzungen der Business Judgement Rule eingehalten hatte (§ 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG).
- Das **bloße Berufen** auf „*Business Judgement Rule*“ **genügt zur Entlastung keinesfalls**.
  - **Keine inhaltliche Prüfung der Maßnahme** durch das Gericht (außer in Bezug auf äußerste Grenzen des Ermessens).
  - Daher auch **keine Präjudizien, welche Maßnahme „erlaubt“** und welche „*nicht mehr erlaubt*“ ist.
- **„Unterlagen habe ich keine mehr“** □ **Prozessverlust.**
- **Praxistipp: Im Voraus Dokumentationslage schaffen für die Entscheidungsfindung, z.B. durch internen Vermerk mit konkreten Fakten zu:**
  - Beabsichtigte Maßnahme,
  - Risiken,
  - Alternativen,
  - finanzielle Auswirkungen.
  - **Nicht** maßgeblich ist im späteren Haftungsprozess, warum die Maßnahme Sinn macht.

## Grenzen der Business Judgement Rule: Unangemessene Risiken

---

- Nicht erlaubt: :
  - **Überschreiten der äußersten Grenzen** des Ermessens;
  - Eingehen eines **unangemessenen Risikos** (BGH, Urt. v. 12.10.2016 – 5 StR 134/15).

## Grenzen der Business Judgement Rule: Zwingendes Recht

---

- **Nicht erlaubt: Verstoß gegen zwingendes Recht** wie z.B.:
  - Kapitalerhaltung;
  - Existenzgefährdung;
  - Insolvenzantragspflicht.
- **Kein „nützlicher“ Gesetzesverstoß.**
- **Gremienentscheidungen: Bei Verstoß gegen zwingendes Recht erschöpft sich die Handlungspflicht nicht darin, dagegen zu stimmen.**
  - Ein Organmitglied muss **darüber hinaus alles ihm Mögliche und Zumutbare** tun (vgl. BGH, Urt. v. 06.07.1990 – 2 StR 549/89 – Lederspray).
  - Zur **Insolvenzantragstellung** ist jedes Mitglied der Geschäftsführung einzeln verpflichtet, unabhängig von der Vertretungsbefugnis.

# Fallstrick: Cash Pool und sonstige Darlehen



## Cash Pool

---

- **Allgemeines:**
  - **Darlehen** (downstream, upstream, sidestream).
  - **Business Judgement Rule** bei Eingehung und Durchführung des Cash Pools.
    - Risikobewertung zur Vermeidung einer **Untreue**.
  - **Kapitalerhaltung** beachten.
  - **In der Krise: Cash Pool suspendieren.**
  - Sicherheiten im Cash Pool.
  - Einhaltung der vertraglichen Vorgaben.
  - Marktübliche Zinsen.

## Bonitätsprüfung und Frühwarnsystem erforderlich

---

- **Bei Cash Pool:** Erforderlichkeit einer **Bonitätsprüfung** und einer **Einrichtung eines Frühwarnsystems** (vgl. BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07 – „MPS“):
  - Vor Ausreichung eines Darlehens an Gesellschafterin: **Volle Werthaltigkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs = Bonität der Gesellschafterin** prüfen.
  - Vollwertigkeit nach handelsbilanziellen Grundsätzen und es darf kein konkretes Ausfallrisiko vorliegen.
  - Das Prüfungsergebnis sollte dokumentiert werden.
  - **Bei fehlender Bonität darf kein Darlehen mehr** aus dem zur Erhaltung des Kapitals erforderlichen Vermögen **ausgereicht werden, auch nicht im Rahmen eines Cash Pools.**
  - **Zwingendes Recht: Business Judgement Rule nicht anwendbar.**

## Cash Pool

	Muttergesellschaft Darlehensnehmerin	Muttergesellschaft Darlehensgeberin
Sicht der Mutter	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Prüfung Zahlungsunfähigkeit: Rückzahlungsanspruch fällig? (Faktisch) stundbar?</li> <li>■ Kapitalerhaltung, Erstattung.</li> <li>■ Verlustausgleichsverpflichtung.</li> <li>■ Verbot existenzvernichtender Eingriff.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Downstream-Darlehen.</li> <li>■ Gesellschafterdarlehen.</li> </ul>
Sicht der Tochter	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Upstream-/sidestream-Darlehen.</li> <li>■ Prüfung Bonität / Werthaltigkeit: Kapital: Bilanzielle Betrachtung.</li> <li>■ Einrichtung Frühwarnsystem.</li> <li>■ Pflicht der Tochtergesellschaft zur Geltendmachung/Fälligestellung?</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Rückzahlungsverbot bei Insolvenz reife der Tochter oder bei Herbeiführung der Insolvenzreife.</li> </ul>

# Umgang mit Kunden in der Krise – Fallstrick: Insolvenzanfechtung



## Vermeidung von Zahlungsausfall

---

- **Ausgangssituation:**
  - Kundenforderung als **Insolvenzforderung** nach § 38 InsO.
    - typischerweise geringe Quote im einstelligen Bereich und
    - **weitgehender Ausfall** mit der Kundenforderung.
  - Daher notwendig, **möglichst frühzeitig die Zahlung zu vereinnahmen** (und das anfechtungsfest).

# Vermeidung von Zahlungsausfall

---

- **Vorbeugende Maßnahmen:**
  - **Keine hohen Forderungen auflaufen lassen:**
    - In kurzen Abständen abrechnen.
    - **Zahlungsausfall bleibt wirtschaftlich überschaubar.**
  - Ggf. **Vorschuss** in angemessenem Umfang einfordern.
  - Ggf. Vereinbarung der **Gesamtschuldnerschaft** mit Dritten (z.B. Gesellschafter).
  - Ggf. Vereinbarung von konkret geschuldeten **Sicherheiten** in angemessenem Umfang:
    - Vorteil: Ablösung dieser Sicherheit lässt Gläubigerbenachteiligung gem. § 129 InsO entfallen □ keine Insolvenzanfechtung.
  - **Keine Nachbesicherung:**
    - Vorsicht: Möglichst keine nachträgliche Vereinbarung von Sicherheiten (vgl. insbes. § 283c StGB).



Ch.Puille '16

## Case Study Insolvenzanfechtung und Rückzahlungspflicht

---

- Das Unternehmen schließt mit seinem Kunden einen Vertrag (Liefer- und/oder Dienstleistungsvertrag).
- Das Unternehmen erbringt die Lieferungen/Leistung für seinen Kunden.
- Das Unternehmen stellt eine Rechnung.
- Der Kunde **bezahlt**.
- Der Kunde stellt Insolvenzantrag.
- Nach Insolvenzeröffnung **verlangt der Insolvenzverwalter des Kunden vom Unternehmen das Geld im Wege der Insolvenzanfechtung zurück.**

## Zweck des Insolvenzanfechtungsrechts, Vorschriften

---

- **Zielrichtung des Insolvenzanfechtungsrechts** ist die **Gleichbehandlung aller Gläubiger**.
- **Wesentliche Insolvenzanfechtungsvorschriften für Zahlungen:**
  - § 130 InsO: Kongruenzanfechtung.
  - § 131 InsO: Inkongruenzanfechtung.
  - § 133 InsO: Vorsatzanfechtung.
  - § 134 InsO: Schenkungsanfechtung (wichtig auch bei Konzernsachverhalten).
  - § 135 InsO: Gesellschafterdarlehen.
  - § 136 InsO: Stille Gesellschaft.

## Anfechtbare Rechtshandlungen, Rechtsfolge

---

- **Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen jeder Anfechtbarkeit (§ 129 InsO):**
  - **Rechtshandlung** (weite Auslegung, auch Zahlung, Sicherheitenbestellung, etc.) und
  - **deren Nachteilhaftigkeit für die Insolvenzgläubiger.**
- **Das Problem: Rechtsfolge der Insolvenzanfechtung gemäß § 143 InsO:**
  - Rückgewähr des anfechtbar Erlangten □ voller Zahlungsbetrag.
  - Wiederaufleben einer bloßen Insolvenzforderung, § 144 InsO, also lediglich Anspruch auf Quote.

## Kongruenzanfechtung (§ 130 InsO)

---

- Leistung des Schuldners erfüllt die Forderung des Gläubigers zum richtigen Zeitpunkt und in der geschuldeten Art.
  - Hier: durch Bezahlung der fälligen Kundenforderung.
- Zusätzlich:
  - **Gläubigerbenachteiligung.**
  - **Anfechtungsfrist:** Zahlung innerhalb eines Zeitraums von **max. 3 Monaten** vor Stellung des Insolvenzantrags (Beweislast beim Insolvenzverwalter).
  - **Zahlungsunfähigkeit** (§ 17 InsO).
  - **Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit.**
- Liegen diese Voraussetzungen vor:
  - **Ausweg über Bargeschäftsprivileg gemäß § 142 InsO.**

## Praxistipp: Bargeschäft herbeiführen (§ 142 InsO)

---

- Nicht notwendig für ein „Bar“geschäft: Zahlung in cash. Es genügt Banküberweisung.
- Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung durch Vereinbarung:
  - **Vor Erbringung der Lieferung/Leistung und vor deren Bezahlung Vereinbarung (Kaufvertrag, Dienstleistungsvertrag) herbeiführen als Grundlage für Zahlung.**
- **Zeitlicher Nähe** bedarf es nicht für den Abschluss der zugrundeliegenden Vereinbarung, wohl aber für den Leistungsaustausch:
  - **Jegliches Kreditieren schließt ein Bargeschäft aus.**
- **Bei Dienstleistung: Zeitabhängiges Honorar vereinbaren.**
- **Gleichwertigkeit:** Vorschuss/Zahlung muss Wert der Lieferung/Leistung abdecken.
- Lieferung/Leistung muss **Mehrwert** darstellen:
  - Kein Bargeschäft, wenn das Unternehmen wusste, dass Kunde **unrentabel** arbeitet und fortlaufend Verluste erwirtschaftet (vgl. BGH, Urt. v. 04.05.2017 – IX ZR 285/16).
  - Weitere Voraussetzung für § 142 InsO: *„und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner **unlauter** handelte“* (§ 142 Abs. 1 InsO).

## Praxistipp: Bargeschäft herbeiführen (§ 142 InsO) (Forts.)

---

- **Zeitliche Nähe des Leistungsaustauschs:**
  - Hängt von **Art der ausgetauschten Leistungen** und Einzelfall ab.
  - **Kein „Zug um Zug“** erforderlich.
  - **Verzögerungen: Unerheblich, warum.**
    - Ausnahme: Wenn neutrale Dritte notwendigerweise einbezogen sind.
  - **Kaufvertrag: Max. 30 Tage**, im Einzelfall max. 2 Wochen, zwischen Lieferung und Zahlung.
  - Dienstleistungsverträge: **Max. 30 Tage** zwischen Leistung und Zahlung der hierauf bezogenen Vergütung (auf Zahlungseingang achten!).
  - Der Zeitraum beginnt **nicht erst mit Zugang oder Fälligkeit der Rechnung.**

## Forderungsrückstände und Bargeschäftsprivileg

---

- Vom Kunden nicht zuerst die **Altforderungen (Rückstände)** bezahlen lassen, sondern **zuerst neue aktuelle, laufende Entgeltforderungen**.
- Ansonsten fallen **alle** Zahlungen aus dem Bargeschäftszeitraum.

## Ausnahmen vom Bargeschäftsprivileg

---

- **Das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO** greift nach dem Wortlaut **nicht bei Inkongruenz anfechtung** (§ 131 InsO) und **Vorsatzanfechtung** (§ 133 InsO).
  - **Aber bargeschäftsähnliche Lage** ist im Rahmen der Vorsatzanfechtung ein **Indiz gegen Vorsatz** der Gläubigerbenachteiligung und Kenntnis hiervon, wenn die Leistung an den Kunden **zur Fortführung von dessen Unternehmen nötig ist** und damit auch **dessen Gläubigern im Allgemeinen nützt** (BGH, Urt. v. 10.07.2014 – IX ZR 192/13, Rn. 43 f.; BGH, Urt. v. 17.07.2014 – IX ZR 240/13, Rn. 29; BGH, Beschl. v. 20.11.2014 – IX ZR 8/13; BGH, Urt. v. 17.11.2016 – IX ZR 65/15, Rn. 31).
  - **Bargeschäftsähnliche Lage kein Indiz gegen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn**
    - eine vom Unternehmen gegenüber dem Kunden erbrachte (Beratungs-)Leistung für den Kunden und dessen Gläubiger **keinen Mehrwert hat oder**
    - der Kunde weiß, dass mit der Fortführung seines Unternehmens **weitere Verluste anfallen**, die für die Gläubiger auch **auf längere Sicht ohne Nutzen** sind (BGH, Urt. v. 12.02.2015 – IX ZR 180/12, Rn. 25).

## Inkongruenzanfechtung (§ 131 InsO)

---

- Das Unternehmen erhält Sicherung oder Befriedigung, die es **nicht, nicht in dieser Art oder nicht zu dieser Zeit** beanspruchen konnte (Inkongruenz, solche Leistungen von Kunden sind „*per se verdächtig*“).
- Leistung ist **nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit** geschuldet, z.B.:
  - Bezahlung **noch nicht fälliger** Forderungen.
  - **Abtretung** von Forderungen statt Bezahlung.
- **Äußerst geringe Abweichungen** schaden nicht, z.B. Banküberweisung statt Barzahlung.
- **Anfechtungsfrist: Max. 3 Monate.**

## Inkongruenzanfechtung (§ 131 InsO) – Praxistipps zur Vermeidung

---

- **Objektive Voraussetzungen der Inkongruenz vermeiden:**
  - **Keine Alternativen zur geschuldeten Zahlung akzeptieren:**
    - Keine Forderungsabtretungen.
    - Bereits in der Vereinbarung regeln, dass **Anspruch auf Zahlung von Vorschuss besteht.**
    - **Darauf hinwirken, dass der Kunde zahlt** und nicht auf dessen Anweisung ein Dritter, z.B. Tochter- oder Schwestergesellschaft (aber § 267 BGB).
- **Nicht drohen** mit Zwangsvollstreckung, Insolvenzantragstellung, etc.

## Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)

---

- **Der Kunde hat Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen.**
- **Das Unternehmen als Zahlungsempfänger hat davon Kenntnis.**
- **Kenntnis wird vermutet**, wenn der Zahlungsempfänger wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Kunden eingetreten war und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.
- **Mittelbare Gläubigerbenachteiligung genügt („Verflüchtigung“).**
- **Anfechtungsfrist:**
  - **Vier Jahre vor Eröffnungsantrag bei Deckungsanfechtung** (Sicherheit oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht), 133 Abs. 2 InsO (**gleich ob kongruente oder inkongruente** Deckung).
  - **Zehn Jahre vor Eröffnungsantrag**, soweit keine Deckungsanfechtung, sondern sonstige Rechtshandlungen wie etwa Vermögensverschiebungen (vgl. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO).

## Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) – Indizien und Gesamtschau

---

- **Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO, praktisches Problem** für Insolvenzverwalter: **Nachweis** der subjektiven Voraussetzungen.
- **Daher Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung: Nutzung Indizien und Gesamtschau:**
  - **Für Vorsatz und Kenntnis sprechen insbesondere als Beweisanzeichen:**
    - **Kenntnis:**
      - Bei kongruenter Deckung **Kenntnis der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit;**
      - bei inkongruenter Deckung **Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit.**
    - **Inkongruenz** je nach Art und Ausmaß und zeitlichem Abstand. Grund: Schuldner sind regelmäßig nicht bereit, anders oder gar mehr zu leisten als sie schulden.
    - **Eigene Erklärung** des Schuldners, fällige Verbindlichkeiten nicht bezahlen zu können.
  - **Gegen Vorsatz und Kenntnis sprechen i.d.R. als Beweisanzeichen:**
    - **Bargeschäftsähnliche Lage.**
    - **Ernsthaftes Sanierungskonzept**, Umsetzung begonnen (str.).
    - **Größerer zeitlicher Abstand** zwischen Leistung und Insolvenzantrag.

## Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) – Praxistipps zur Vermeidung

---

- **Bargeschäftsähnliche Lage** schaffen (siehe oben).
- **Inkongruenz vermeiden** (siehe oben).
- **In der Korrespondenz keine Indizien** setzen, die ggf. unzutreffend auf Kenntnis einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit hindeuten.
- **Zahlungsunfähigkeit des Kunden vermeiden:**
  - **Forderungsrückstände stunden** / „*nicht ernstlich einfordern*“.

## Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) und Ratenzahlungsvereinbarung

---

- **Keine Beweisanzeichen** sind (seit Reform der Vorsatzanfechtung)
  - **Ratenzahlungsvereinbarungen** oder sonstige Zahlungserleichterung:
    - Gesetzliche **Vermutung**, dass der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit **nicht** kannte (§ 133 Abs. 3 Satz 2 InsO).
    - Insolvenzverwalter kann die **Vermutung entkräften**.
- **Keine „Entwarnung“** durch die Reform der Insolvenzanfechtung.

## Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) – Entlastendes Indiz Sanierungskonzept

---

- Zur Zeit der angefochtenen Zahlung muss **ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegen, das** (mind. in Anfängen) **in die Tat umgesetzt** worden ist und beim Insolvenzschuldner die **ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg** rechtfertigt (BGH, Ur. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14).
- Beteiligte, die ernsthaft und mit aus ihrer Sicht tauglichen Mitteln die Sanierung anstreben, werden von einem **anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen** geleitet.
- **Streitig, ob positive Prognose der Durchführbarkeit genügt, auch wenn das Sanierungsvorhaben objektiv aussichtslos war** (so die ältere Rechtsprechung, vgl. BGH, Ur. v. 04.12.1997 – IX ZR 47/97; BGH, Ur. v. 12.11.1992 – IX ZR 236/91; von der jüngeren Rechtsprechung aber auch nicht ausdrücklich abgelehnt).
- Form eines **IDW S 6 Gutachtens nicht erforderlich**, aber hilfreich.
- **Dennoch: Verteidigung mit Argument „Sanierungskonzept“ häufig erfolglos:**
  - **Beweislast beim Anfechtungsgegner.**
  - Dieser hat häufig weder Sanierungskonzept noch sonstige Unterlagen (mehr).

## Schenkungsanfechtung (§ 134 InsO)

---

- **Unentgeltliche Leistungen.**
- **Frist: Vier Jahre.**
- **Kein Vorsatzerfordernis.**
  - Unentgeltlicher Erwerb nicht schutzwürdig.
- Auch **gemischte Schenkungen.**
- Schenkungsanfechtung im **Drei-Personen-Verhältnis** besonders problematisch:
  - Unentgeltlichkeit aus **Perspektive des Leistungsempfängers**: Hat er ein **Vermögensopfer erbracht**? Z.B. durch Verlust eines werthaltigen Anspruchs gegen den eigentlichen Schuldner (vgl. § 267 Abs. 2 BGB).

## Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO)

---

- Anfechtbarkeit aller Deckungen (Befriedigung/Sicherung) für Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Forderungen,
  - für Gewährung von **Sicherungen in den letzten 10 Jahren** (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO),
  - für **Befriedigungen im letzten Jahr** (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)vor Eröffnungsantrag.
- **„Gesellschaftergleicher Dritter“** ab **Überschreiten der Kleinbeteiligungsschwelle von 10 %** (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 16.02.2017 – I-27 U 83/16, NZI 2017, 625).
- **Krise ist keine Anfechtungsvoraussetzung** (BGH, Beschl. v. 30.04.2015 – IX ZR 196/13, Rn. 5).
- **Eigenkapitalersatzrecht gilt nicht mehr** (MoMiG seit 01.11.2008).
- **Freiwerden:** Anfechtbarkeit gegenüber Gesellschafter, soweit Gesellschaft ein Darlehen (oder gleichgestellte Forderung) an einen Dritten zurückzahlt und der **Gesellschafter da durch** aus einer von ihm gestellten Sicherheit/Bürgschaft **frei wird** (vgl. § 135 Abs. 2 InsO).

## Stille Gesellschaft (§ 136 InsO)

---

- Anfechtung der vorzeitigen **Einlagenrückgewähr** (bzw. Sicherung) oder des **Erlasses der Verlustbeteiligung**.
- **Anfechtungsfrist:** Ein Jahr vor Eröffnungsantrag.
- Hat **ein Gesellschafter zusätzlich** zu seiner Beteiligung als Gesellschafter **eine (typische) stille Beteiligung übernommen**, stellt der Anspruch auf Rückgewähr der stillen Einlage eine einem Darlehen gleichgestellte Forderung dar, so dass § 135 InsO (**Gesellschafterdarlehen**) eingreift (BGH, Beschl. v. 23.11.2017 – IX ZR 218/16, NZG 2018, 109).

## Strategie zur Abwehr einer Insolvenzanfechtung

---

- **Keine Stellungnahme abgeben ohne vorherige anwaltliche Abstimmung:**
  - **Zugeständnisse** können später **kaum mehr rückgängig** gemacht werden.
  - Unabgestimmter und ungeprüfter Sachvortrag kann **dem anfechtenden Insolvenzverwalter nützen**.
- **Außergerichtliches Abwehrschreiben erstellen**, mit anwaltlicher Abstimmung:
  - **Sachvortrag: Detailliert, chronologisch**, auf die **Schwerpunkte** des konkreten Falles, wahrheitsgemäß, mit Beweismitteln (v.a. Unterlagen, Korrespondenz, Zeugen).
  - **Rechtslage**.

## Fallstrick: Forderungsanmelde



## Vorsicht bei Forderungsanmeldungen zur Insolvenztabelle

---

- Häufig machen Insolvenzverwalter **infolge der Forderungsanmeldung Ansprüche geltend**, und zwar **in weitaus höherem Umfang: Insolvenzanfechtung, Geschäftsführerhaftung**.
- Häufig liefert die Forderungsanmeldung dem Insolvenzverwalter die Informationen, Tatsachen, Unterlagen und Belege, welche dieser benötigt (vgl. Maier, **Die tödliche Forderungsanmeldung**, ZInsO 2016, 843).
- **Praxistipp: Vor Forderungsanmeldungen prüfen, ob Insolvenzanfechtungsansprüche oder Haftungsansprüche im Raum stehen, v.a. in Bezug auf den Sachverhalt.**

# Finanzierung in der Krise



## Liquidität generieren im Unternehmen

---

- **Möglichkeiten insbesondere:**
  - **Factoring** (echtes, unechtes).
  - **Sale and lease back.**
  - **Veräußerung nicht mehr benötigten Anlagevermögens.**
  - **Veräußerung von Unternehmensteilen** (Asset Deal, Share Deal).
  - **Kurzarbeitergeld.**

## Finanzierung durch Gesellschafter

---

- **Möglichkeiten insbesondere:**
  - **Zahlung auf etwaige Ansprüche.**
  - **Zahlung in die Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB).**
  - **Gesellschafterdarlehen.**
  - **Patronat.**
  - **Stellung einer Bürgschaft/Garantie für Kreditgewährung durch Dritten.**
- **Vorherige Abwägung (Business Judgement Rule):**
  - **Insolvenz der Beteiligung in Kauf nehmen oder Sanierungsbeiträge erbringen.**

## „Insolvenz oder Durchfüttern“

### Bei Insolvenz der Beteiligung:

- Bürgschaft / Garantie / Patronat.
- Insolvenzanfechtung. Auch:
  - Darlehensgleiche Forderungen.
  - Gesellschaftergleiche Dritte.
  - Gesellschafterbesicherung.
- Verbindlichkeiten aus EAV. Auch:
  - Nichtigkeit des Jahres abschlusses (§ 256 AktG).
- Kapitalerhaltung, „*Entnahmen*“.
- Geschäftsführerhaftung.

EUR ...

### Sanierungsbeiträge:

- Liquiditätsbedarf zur Beseitigung von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (vgl. IDW S 11).
- Kosten der außerinsolvenzlichen Sanierung:
  - Operative Sanierung.
  - Interessenausgleich/Sozialplan.
  - Finanzwirtschaftliche Sanierung.

EUR...

## Bankfinanzierung

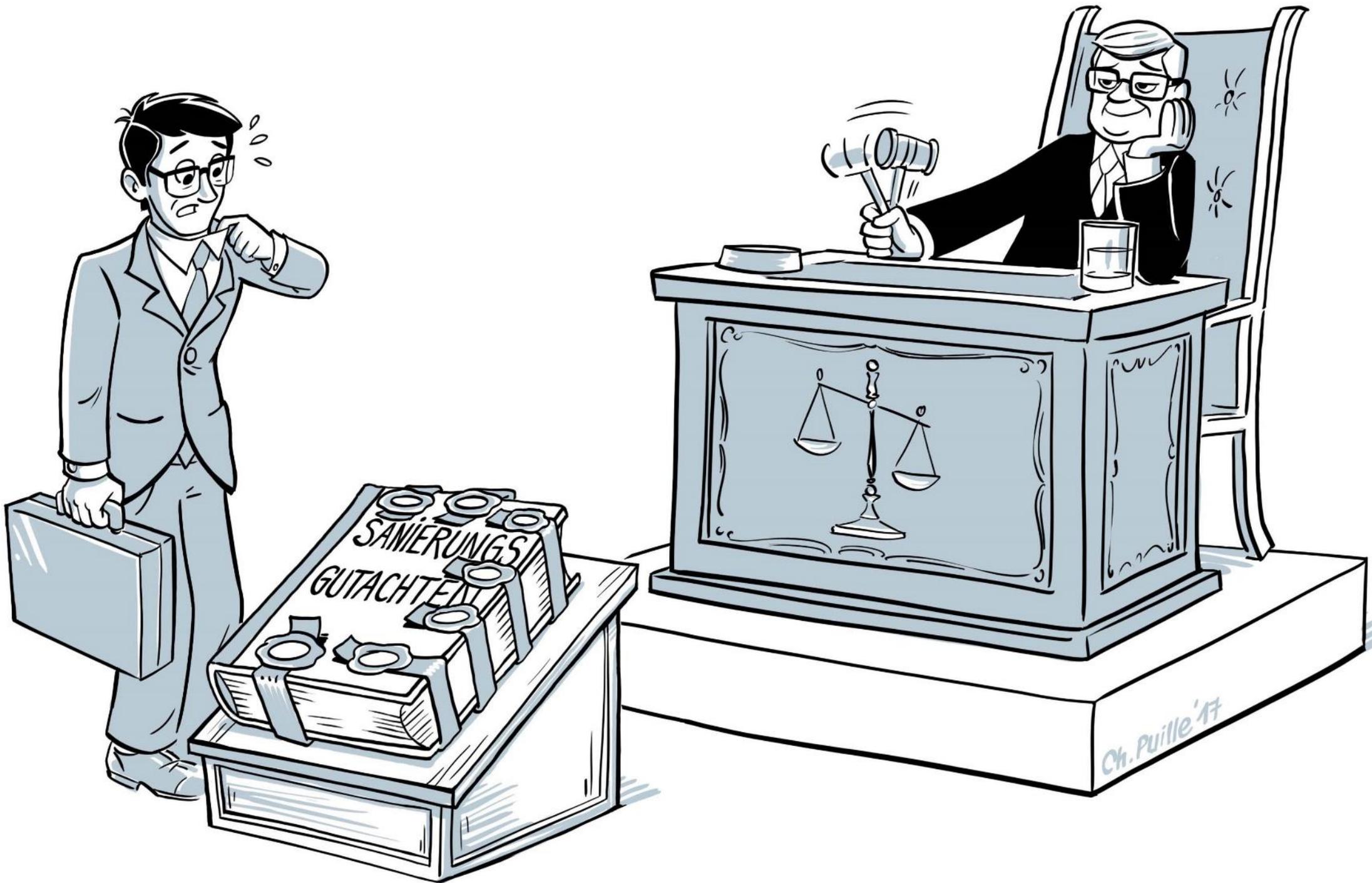
---

- Neue Kreditbedingungen:
  - **Tilgungsstreckung.**
  - **Kürzung** der Linien.
  - **Covenants.**
  - **Informationspflichten.**
- Überbrückungskredit.
- Sanierungskredit.

# Sanierung







## Sanierungskonzept reduziert Risiken aller Beteiligten

---

- **Generell: Reduzierung der Risiken aller Beteiligten durch vorheriges Einholen eines IDW S 6 Sanierungsgutachtens.**
- **Allgemeine Risiken** aller Beteiligten:
  - **Insolvenzanfechtung,**
  - **Insolvenzverschleppung,**
  - **Untreue,**
  - **Bankrott,**
  - **Beteiligung,**
  - **etc.**

## IDW S 6

---

- **IDW S 6** nebst F&A zu IDW S 6 konkretisiert die höchstrichterliche Rechtsprechung (z.B. BGH, Ur. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14):
  - IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.) Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6) vom 20.08.2012.
  - Fachausschuss Sanierung und Insolvenz des IDW: Fragen und Antworten zur Erstellung und Beurteilung von Sanierungskonzepten nach IDW S 6, Stand: 22.08.2016.
  - Entwurf einer Neufassung (IDW ES 6 n.F.) vom 08.09.2017.

## Kernanforderungen an ein Sanierungskonzept nach IDW S 6

---

- **Auftragsgegenstand** und -umfang;
- **Basisinformationen** über wirtschaftliche und rechtliche Ausgangslage;
- Analyse von Krisenstadium und -ursache;
- **Leitbild** des sanierten Unternehmen, mit Geschäftsmodell;
- **Maßnahmen** zur Bewältigung der Krise;
- **Integrierter Unternehmensplan**;
- **Einschätzung der Sanierungsfähigkeit**: Nicht nur Fortführungsprognose, sondern auch **Wettbewerbsfähigkeit, Renditefähigkeit**;
- **Nachhaltigkeit** der Sanierung.

## Nachhaltiges Sanierungskonzept

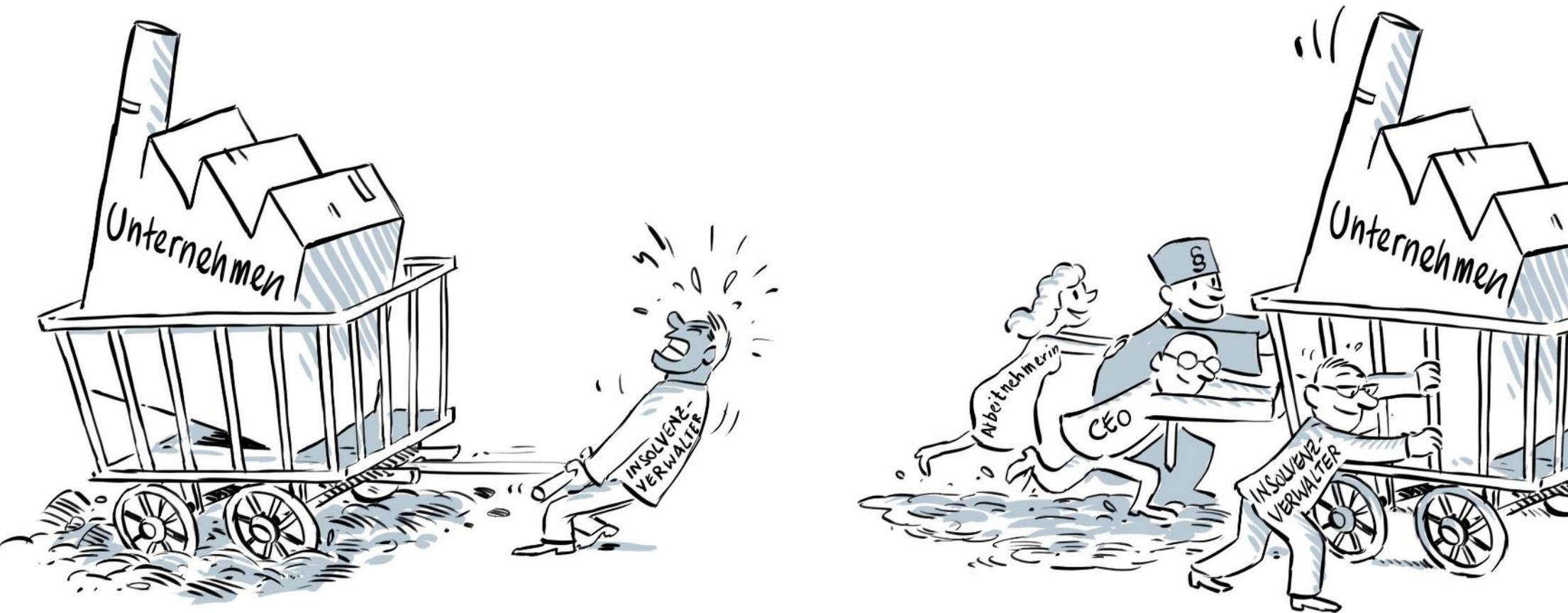
---

- **Nicht nur finanzwirtschaftliche Sanierung** mit
  - Stundung,
  - „*haircut*“,
  - „*fresh money*“.
- **Parallel operative Sanierung:**
  - Aufarbeitung und Kurskorrektur bei den operativen Themen.

# Tragfähiges Sanierungskonzept?



## Sanierung gelingt am besten im Konsens

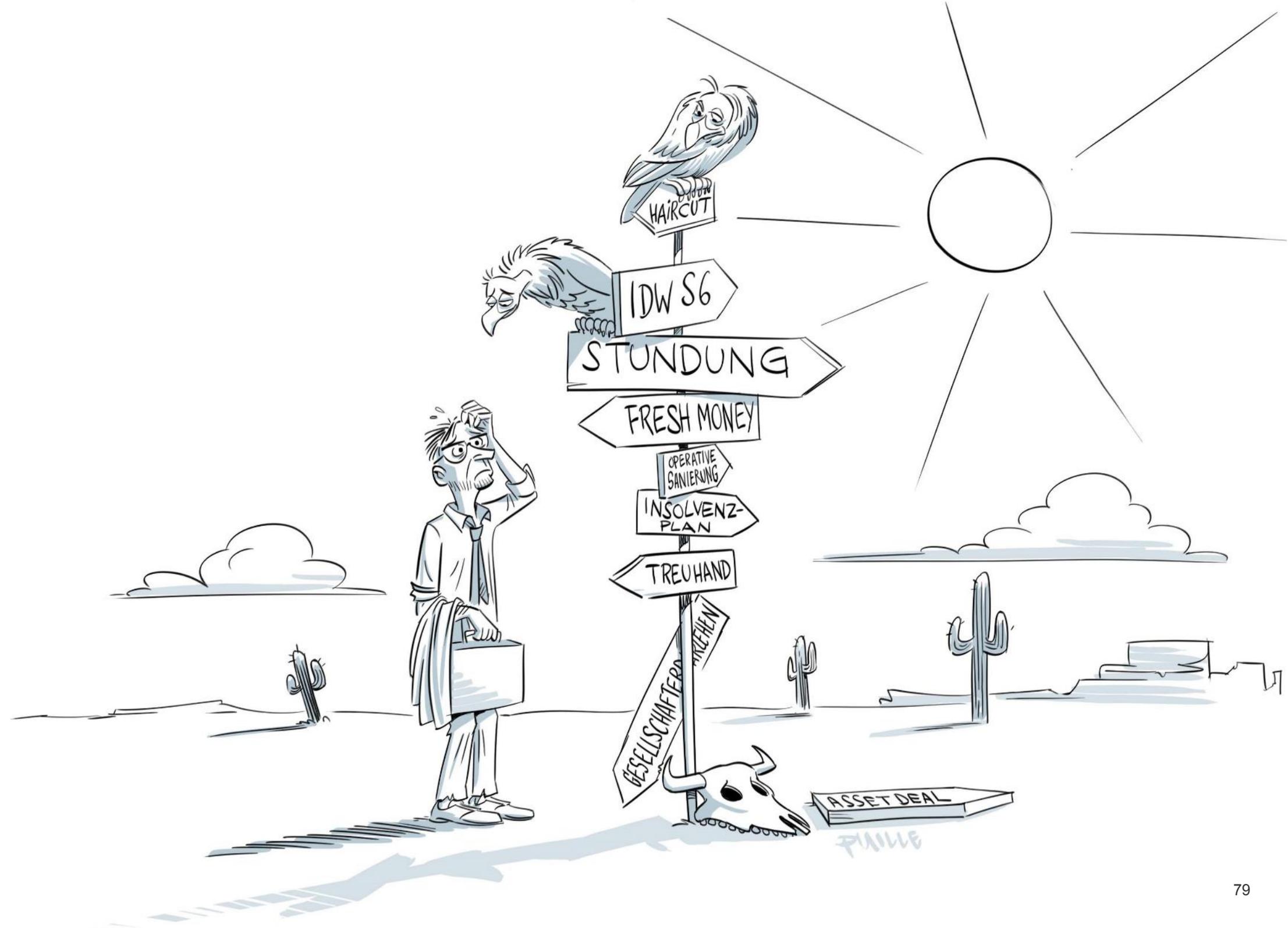


**Klarer Kurs und klares Ziel,  
Teamarbeit, Vertrauen**





PUILLE



HAIRCUT

IDW S6

STUNDUNG

FRESH MONEY

OPERATIVE  
SANIERUNG

INSOLVENZ-  
PLAN

TREUHAND

GESELLSCHAFTERS  
VERFAHREN

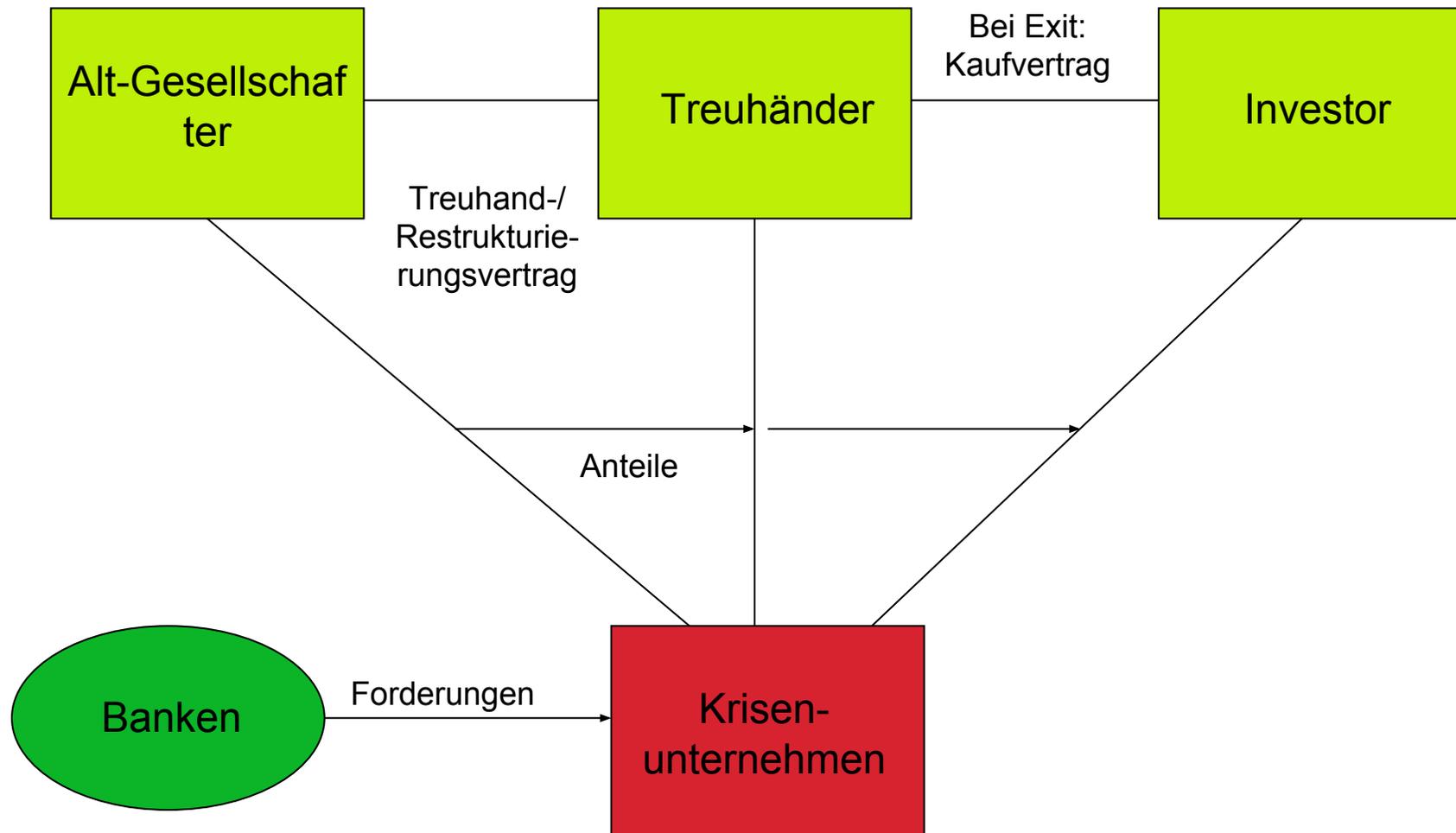
ASSET DEAL

PILULE

# Doppelnützige Sanierungstreuhand



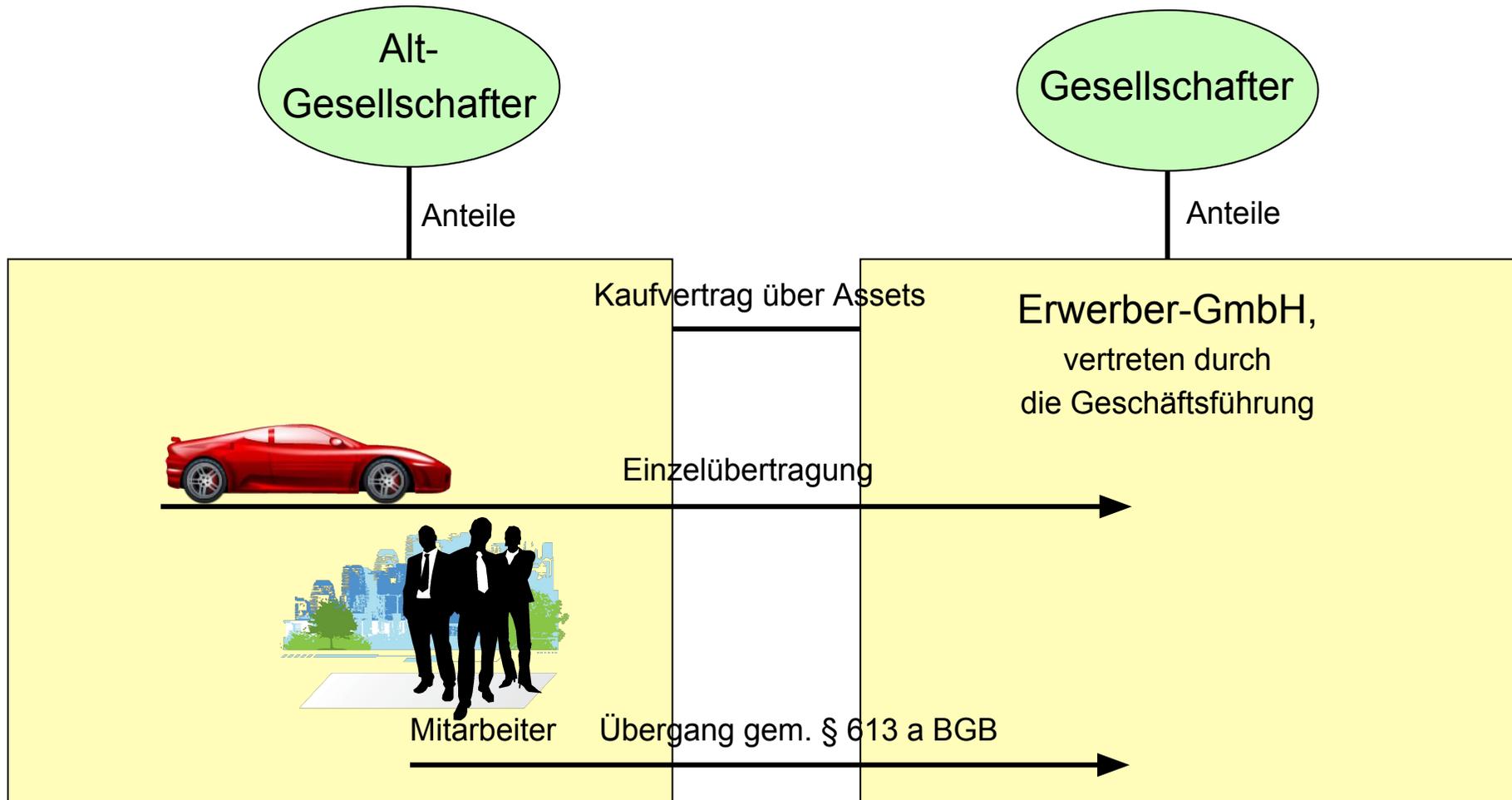
## Außerinsolvenzliche Restrukturierung mit Sanierungstreuhand



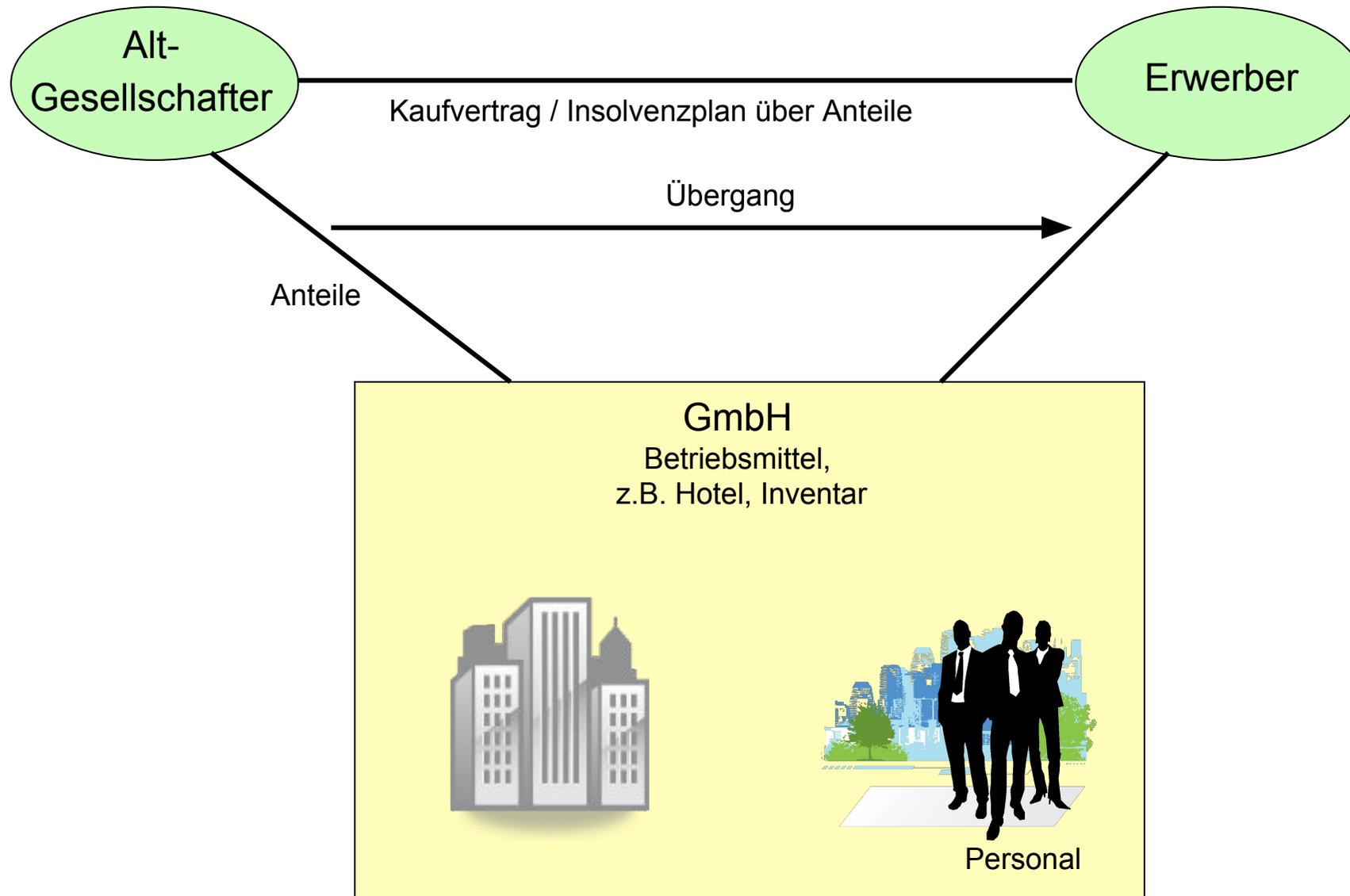
# Sanierung in der Insolvenz



# Asset Deal



## Share Deal



## Mögliche Arten des Erwerbs

	Vorinsolvenzlich	Eröffnetes Insolvenzverfahren
Asset Deal	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Insolvenzanfechtungsrisiko</b> bei Insolvenz der Verkäuferin der Assets: Vermeintliche „Schnäppchen“ können teuer werden.</li> <li>■ Betriebsübergang.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Übertragende Sanierung: Aktiva. Nicht: Insolvenzforderungen.</b></li> <li>■ <b>Kein Insolvenzanfechtungsrisiko.</b></li> <li>■ Kaum Garantien/Gewährleistung.</li> <li>■ Niedriger Kaufpreis.</li> <li>■ Betriebsübergang.</li> </ul>
Share Deal	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Insolvenzanfechtungsrisiko</b> bei Insolvenz der Verkäuferin der Shares.</li> <li>■ <b>Verborgene Risiken/Krisenursachen.</b></li> <li>■ Aus Verkäufersicht: <b>Ansprüche der verkauften Gesellschaft</b> gegen die Verkäuferin.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Insolvenzplan:</b> Share Deal über Anteile an der insolventen Gesellschaft.</li> <li>■ Share Deal über Anteile an nicht insolventen Tochtergesellschaften.</li> </ul>

## Chancen und Risiken beim Kauf von Assets aus der Insolvenz

---

### ■ Chancen:

- **Niedriger Kaufpreis.**
- **Erledigung alter Verbindlichkeiten.**
- Der Erwerber kann sich auf den **Erwerb der rentablen Betriebe** oder Betriebsteile beschränken.
- Beim Kauf im eröffneten Insolvenzverfahren **kein Haftungsrisiko des Käufers wegen Insolvenzanfechtung, Firmenfortführung, früherer Betriebsteuern.**

### ■ Risiken:

- **Kaum Gewährleistung.**
- **Keine Exklusivität bei den Verkaufsverhandlungen.**
- **Betriebsübergang, § 613a BGB.**

□ **Sorgfältige Due Diligence und erfahrene Berater notwendig.**

# Trend seit ESUG: Frühzeitigere Insolvenzantragstellungen

**Schutzschirm**

**Eigenverwaltung**

**Insolvenzplan**

## Frühzeitig agieren



# **Ausblick: EU-Richtlinienvorschlag: Präventives Restrukturierungsverfahren**



# EU-Richtlinienvorschlag: Präventives Restrukturierungsverfahren

- **EU-Kommission:** Vorschlag vom 22.11.2016 für eine neue EU-Richtlinie ((COM(2016) 723) (nachfolgend „**EU-Richtlinienvorschlag**“).
- Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments: Einige Änderungsvorschläge vom 22.09.2017 (2016/0359(COD)).
- Rahmen für **außerinsolvenzliche Sanierungen**, EU-weit in den Grundzügen gleich.
- **Die EU-Kommission möchte insbesondere Folgendes erreichen:**
  - Eine echte Kapitalmarktunion;
  - notleidende Kredite in den Bilanzen der Banken und dadurch Risiken im Finanzsektor verringern;
  - **vermeiden, dass rentable Unternehmen in Insolvenzverfahren *unnötig* zerschlagen und stillgelegt werden.**

## EU-Richtlinienvorschlag – Überblick

---

- **Restrukturierungsplan:**
  - **Verbindlichkeiten restrukturieren.**
  - **Wohl auch: Kapitalschnitt, Anteilsübertragung.**
  - **Klassen, Mehrheiten, Cram-down.**
- **Gerichtsferne, Eigenverwaltung.**
- **Eingangsvoraussetzung: „*likelihood of insolvency*“.**
- **Moratorium, Ruhen der Insolvenzantragspflicht.**

# Präventives Restrukturierungsverfahren

## Chancen:

- „**Akkordstörer**“ können Sanierung nicht mehr verhindern.
- **Abkehr vom Stigma Insolvenz.**
- Erfolgreiche Sanierung durch **schnelles, flexibles und zielgerichtetes** Handeln.
- **Frühzeitige Sanierung** vermeidet Krise und Insolvenz.
- **Erhalt von Werten:** Goodwill, Firma, Marken.

## Risiken:

- **Symptome statt Ursachen:** Fokussierung auf finanzwirtschaftliche Sanierung verstellt den Blick auf **operative Sanierung (Wettbewerbsfähigkeit, Renditefähigkeit).**
- **Filterfunktion des Insolvenzrechts wird umgangen.**
- **Risikoerhöhung** erschwert bzw. verteuert künftige Finanzierungen.

## Rechtsanwalt Prof. Dr. Georg Streit

---



### **Prof. Dr. Georg Streit**

Equity Partner

Leiter der Praxisgruppe

Restrukturierung

Prinzregentenstraße 48

80538 München

Tel.: 0049 (0) 89 / 540 31 227

Fax: 0049 (0) 89 / 540 31 527

E-Mail: [g.streit@heuking.de](mailto:g.streit@heuking.de)

### **Vita**

- Rechtsanwalt, zugelassen seit 1998
- Geboren 1967

### **Tätigkeitsbereiche**

- Insolvenzrecht, Restrukturierung, Corporate/M&A

### **Sonstiges**

- Dozent für Sanierung und Insolvenzrecht an der Universität Mannheim (seit 2003), Honorarprofessor (2009)
- Kommentierung der §§ 217 ff. InsO (Insolvenzplan) im InsO Kommentar Uhlenbruck

### **Ausbildung und frühere Tätigkeiten**

- Lehrgänge zum Fachanwalt für Steuer- und Insolvenzrecht (2001/2005)
- Referendariat in Mannheim, Düsseldorf und Denver, USA (1995-1997)
- Hochschulassistent in Mannheim (1994-1995; Dr. jur. 1996)
- Studium in Tübingen und Mannheim (1989-1993)

## Unsere Praxisgruppen

- Arbeitsrecht
- Banking & Finance
- Energie
- Gesellschaftsrecht / M&A
- Health Care
- Immobilien & Bau
- Investmentfonds
- IP, Media & Technology
- Kapitalmarktrecht
- Kartellrecht
- Öffentlicher Sektor und Vergabe
- Private Clients
- Private Equity / Venture Capital
- Prozessführung / Schiedsgerichtsbarkeit
- **Restrukturierung**
- Restrukturierung
- Steuerrecht
- Transport, Verkehr & Infrastruktur
- Versicherungsrecht
- Vertriebsrecht
- Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

## Restrukturierung – Was andere über uns sagen:

JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2017/2018, S. 611



**Bewertung:** Die in der Sanierungsberatung empfohlene Sozietät ist häufig für Unternehmer bzw. deren Firmen oder Investoren an heiklen Rettungsversuchen beteiligt. So gelangt Heukings tatsächl. Rolle nicht immer an die Öffentlichkeit, u. abseits von Hamburg u. München tun sich Wettbewerber schwer, die Kanzlei als beständige Größe im insolvenzrechtl. Bereich wahrzunehmen. Am Beispiel des Küchenherstellers Alno bzw. der Tochter Pina zeigte sich jedoch einmal mehr, dass Heuking bei insolvenzrechtl. komplexen Restrukturierungen mitmischt. Dass mit einer internen Partnerernennung wieder das Restrukturierungsteam in München betont wurde, zeigt die Bedeutung dieses Standorts. Doch die bundesweite Präsenz geht nicht auf dessen Aktivitäten allein zurück – die Vernetzung der Münchner etwa mit Ffm. u. v.a. Stuttgart trägt der Kanzlei immer häufiger attraktive Mandate ein, etwa Sodecia als Käufer des Autozulieferers Kemmerich oder Trompeter Guss Chemnitz bei der Sanierung im Insolvenzverfahren.

**Häufig empfohlen:** Prof. Dr. Georg Streit („erfahren, zielorientierte Mandatsführung“, Wettbewerber), Dr. Johan Schneider

**Kanzleitätigkeit:** Sanierungsberatung u. verfahrensbezogene Expertise in bzw. vor einer Insolvenz für Unternehmen, Gesellschafter u. Organe sowie Banken u. weitere Gläubiger, auch in Haftungs- u. Strafrechtsfragen. Investorenberatung in Krisensituationen, etwa zu Portfolio restrukturierung, M&A-Transaktionen u. **Steuerthemen**; Prozessrecht, v.a. zu Anfechtung u. Organhaftung; Arbeitsrecht; Treuhand. (Kernteam: 10 Eq.-Partner, 4 Sal.-Partner, rd. 8 Associates)

## Unsere Standorte



# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

[www.heuking.de](http://www.heuking.de)

## **Berlin**

Unter den Linden 10  
10117 Berlin

T +49 30 88 00 97-0  
F +49 30 88 00 97-99

## **Chemnitz**

Weststraße 16  
09112 Chemnitz

T +49 371 38 203-0  
F +49 371 38 203-100

## **Düsseldorf**

Georg-Glock-Straße 4  
40474 Düsseldorf

T +49 211 600 55-00  
F +49 211 600 55-050

## **Frankfurt**

Goetheplatz 5-7  
60313 Frankfurt am Main

T +49 69 975 61-415  
F +49 69 975 61-200

## **Hamburg**

Neuer Wall 63  
20354 Hamburg

T +49 40 35 52 80-0  
F +49 40 35 52 80-80

## **Köln**

Magnusstraße 13  
50672 Köln

T +49 221 20 52-0  
F +49 221 20 52-1

## **München**

Prinzregentenstraße 48  
80538 München

T +49 89 540 31-0  
F +49 89 540 31-540

## **Stuttgart**

Augustenstraße 1  
70178 Stuttgart

T +49 711 22 04 579-0  
F +49 711 22 04 579-44

## **Brüssel**

Rue Froissart 95  
1040 Brüssel/Belgien

T +32 2 646 20-00  
F +32 2 646 20-40

## **Zürich**

Bahnhofstrasse 3  
8001 Zürich/Schweiz

T +41 44 200 71-00  
F +41 44 200 71-01