Ausgabe 06_2014
3. September 2014

www.indat-report.de

INDat-Report

Restrukturierung_Sanierung_Insolvenz

Wenn die Zahlen nicht mehr stimmen: Bringt ES 11 Klarheit zur Insolvenzreife?

Titel
Kritische Anmerkungen zum IDW ES 11: Verstecktes Bekenntnis zur integrierten Unternehmensplanung?

Berater & Kanzleien
RA Frank Grell (Latham & Watkins LLP)

Standpunkt von RA Klaus Siemon
Unabhängigkeit des Verwalters zur Disposition?

Kongresse & Symposien
Quintessenzen aus acht Fachveranstaltungen

Gastgeber Prof. Dr. Georg Bitter (li.) und RA Dr. Günter Kahlert

Für Rechtssicherheit an Schrauben drehen

Mannheim. *Zum 10. Mannheimer Insolvenzrechtstag am 11.07.2014 füllten 230 Teilnehmer den Hörsaal im Mannheimer Schloss wieder komplett und bekamen die breite Palette von gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen in der Insolvenz, Perspektiven der EuInsVO, über fehlende Anreize für Altgesellschafter im Insolvenzverfahren und den Komplex Umsatzsteuer in der Insolvenz bis zur Podiumsdiskussion über den Änderungsbedarf bei der Vorsatzanfechtung geboten.*

Text: *Peter Reuter*

Wer aus Anlass des 10. Mannheimer Insolvenzrechtstags eine Feierlichkeit zum Jubiläum erwartete, konnte kurzzeitig enttäuscht sein, denn dafür hatte das ZIS e.V. keine Vorkehrungen getroffen. Doch ZIS-Vorstandsvorsitzender und Moderator Prof. Dr. Georg Bitter – der sich die Moderation wieder mit RA Peter Depré teilte – konnte mit gutem Argument vertrösten, denn erst zum 11. Insolvenzrechtstag jährt sich die Tagung im Hörsaal mit den harten Klappsitzen zum zehnten Mal, sodass es 2015 am Vorabend der Veranstaltung ein feierliches Bankett geben werde.

Auch dieses Mal war der Kongress mit 230 Teilnehmern ausgebucht, der mit dem Vortrag von RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein über gesellschaftsrechtliche Fragestellungen in der Insolvenz startete, der in seinem 30-seitigen Handout die BGH-Entscheidungen in 14 Kapitel unterteilte. Den Schwerpunkt legte er auf die Insolvenzanfechtung, indem er Entscheidungen zu § 133 InsO und § 826 BGB erläuterte, dann eine Reihe von Entscheidungen zu § 133 InsO in Erinnerung rief sowie weitere zur Anfechtung nach § 134 InsO. Zu BGH 18.07.2014 – IX ZR 219/11 erwähnte er die ausgelöste heftige Diskussion, die sich u.a. um die Frage der Sperrwirkung drehte.

Im Anschluss befasste sich Prof. Dr. Andreas Piekenbrock mit den Perspektiven der Europäischen Insolvenzverordnung, auf deren aktuelle Problemfelder Anwendungsbereich, Forum Shopping, internationale Zuständigkeit für Annexverfahren, Sekundärinsolvenzen, Konzerninsolvenzen und Änderung der Anhänge er einging, indem er den Reformvorschlag zusammenfasste und dann dazu Stellung bezog. In punkto Anwendungsbereich sollten über den Vorschlag hinaus auch Verfahren berücksichtigt werden, die dem Schuldner durch bloße Obliegenheiten einen Anreiz setzen, Restschuldbefreiung zu erlangen sowie sog. semikollektive Verfahren wie das SoA. Der Reformvorschlag zum Forum Shopping vereinfache das Forum Shopping für natürliche Personen. Das Problem lasse sich nur lösen, wenn die Eröffnungszuständigkeit bei der Änderung des COMI nicht sofort zwingend wechsle. Zur internationalen Zuständigkeit für Annexverfahren und dem im Reformvorschlag neu gefassten Art. 3a EuInsVO merkte Piekenbrock an, dass die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des Eröffnungsstaates ihm nicht einleuchte, wenn am Wohnsitz vollstreckt werden müsse. »Sehr am Herzen« liege ihm die Änderung der Anhänge, wozu eine Entscheidung des Rates mit qualifizierter Mehrheit erforderlich sei. Doch dieses Verfahren dauere zu lange und führe zur verzögerten Anerkennungsfähigkeit neuer nationaler Insolvenz- und Sanierungsverfahren. Ein seit 2012 in Portugal praktiziertes Verfahren werde bislang daher nicht in Spanien anerkannt. Zudem änderten sich nationale Insolvenzverfahren, sodass nur der Name, aber nicht mehr der »Inhalt« erhalten bleibe. Die Reformvorschläge reichten ihm nicht, sodass er eine Änderung der Anhänge durch Notifikation neuer Verfahren an die Kommission vorschlage sowie Beanstandungsmöglichkeit der Kommission, Veröffentlichung im Internet und im Amtsblatt rein deklaratorisch, Verwendung von Formblättern zur Ausweisung eines Verfahrens als Insolvenzverfahren i.S.d. EuInsVO und die Möglichkeit der Kommission zur Änderung der Anhänge von Amts wegen. Die EuInsVO habe sich zwar insgesamt bewährt, so sein Fazit, doch sei sie der neuen Rettungskultur nicht voll gewachsen. Eine

Co-Moderator RA Peter Depré

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Jochen Drukarczyk

Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Foto: Photo Proßwitz, ZIS e.V.

RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein

materielle Harmonisierung, wie sie sich die EU-Kommission vorstelle, sei kompetenzrechtlich schwer zu begründen und konfligiere mit den nationalen Rechtssystemen.

Anreize als Spurenelemente im ESUG

Der anschließende Vortrag von Prof. Dr. Dr. Jochen Drukarczyk befasste sich mit der ökonomischen Schieflage – dem financial distress – und der Bewertung innerhalb und außerhalb des Planverfahrens sowie mit den Anreizen zur Ingangsetzung des Verfahrens. Es war gleichzeitig der Beitrag dazu, dass sich das ZIS e.V. auch den betriebswirtschaftlichen Aspekten verpflichtet fühlt. Ein regelgeleitetes Verfahren zur erleichterten Sanierung, das als Eintrittsbedingung einen Eröffnungsgrund i.S.d. InsO zur Voraussetzung mache, starte zu spät, weil das Risiko, dass der Unternehmensgesamtwert dann hinter der Summe der nominalen Forderungen der Gläubiger zurückbleibt, sehr groß sei. Im Schatten der insolvenzrechtlichen Verteilungsregel bestehe für Alteigentümer das hohe Risiko, ohne Anteil am Eigenkapital des reorganisierten Unternehmens zurück zu bleiben. Der Verbleib eines Anteils am Wert des Eigenkapitals nach Beseitigung des financial distress in den Händen der Alteigentümer, so Drukarczyk, sei der wichtigste Anreiz für die Nutzung eines regelgeleiteten Verfahrens. Dieser Anreiz soll durch das ESUG gestärkt werden, sei aber im Detail sehr häufig nicht zu erkennen. Zu nennen seien zum Beispiel das Risiko der vorzeitigen Aufhebung des Schutzschirmverfahrens durch das Votum eines einzelnen Gläubigers, die Abfindungsregel für den Austritt wählende Alteigentümer, die ihnen eine Abfindung von Null »beschert« und die explizit geäußerte und »nicht begründete These«, dass die Anteilsrechte mit Eintritt eines Eröffnungsgrundes wertlos sind. Dies lasse sich schwerlich mit der Überschrift »Anreize zur Verfahrenseröffnung« verkaufen, so Drukarczyk. »Das Nebeneinander von Anreizfunktion und Sanktionsfunktion im gleichen Verfahren zu realisieren, ist offenbar sehr schwierig, wenn nicht unmöglich.« Abschließend zitierte er Karsten Schmidt mit »Die (…) neue Welt des ESUG ist eine Welt voller Fragezeichen« (ZIP 2012, 2088) und fügte hinzu, dass »trotz der im Text des RegE formulierten netten Sätze, Sanierungsanreize für Alteigentümer zu integrieren, diese nur in Spurenelementen enthalten sind.«

Alles zur Masseverbindlichkeit erklären

Wenn dieser Vortrag eine kleine Kritik am ESUG war, folgte eine größere am BFH durch RA Dr. Günter Kahlert, der seine Ausführungen zur Umsatzsteuer in der Insolvenz mit 42 Seiten Material illustrierte. Vor vier Jahren mit dem »Sündenfall« des BFH-Urteils vom 29.01.2009, V R 64/07, gestartet, wonach es sich bei einem Entgelt bei Ist-Versteuerung für die vor Insolvenzeröffnung erbrachte Lieferung oder sonstige Leistung, die nach Insolvenzeröffnung vereinnahmt wird, bei der Umsatzsteuer um eine Masseverbindlichkeit handelt, habe der V. BFH-Senat, dem Dr. Christoph Wäger angehöre, »alles auf den Kopf gestellt« nach dem Motto: »Alles in den Masseverbindlichkeitszeitraum robben.« Nach Wägers Auffassung sei die Umsatzsteuer ein Treugut und nicht dem Sanierungszweck zuzurechnen.

Zum Problemkreis Konzerninsolvenzrecht thematisierte Kahlert die Rechtsprechungsänderung im BFH-Urteil vom 08.08.2013, V R 18/13 (Beendigung der USt-Organschaft bei Bestellung eines vorläufigen Verwalters mit Zustimmungsvorbehalt bei der OG), für das das BMF die Veröffentlichung und damit dessen allgemeine Anwendung bis auf Weiteres zurückgestellt habe, was die OFD beklagten, da es große Unsicherheiten verursache. Nachdem sich Kahlert mit der Verwertung von Sicherheiten, der Aufrechnung und der Steuerhaftung befasst hatte, kam er zum § 55 Abs. 4 InsO und den Auslegungsfragen. Er erwähnte das Urteil des FG Düsseldorf vom 27.09.2013 (I K 3372/12 U), mit dem sich der BFH derzeit beschäftige und über das »zeitnah« entschieden werden solle. Dass § 55 Abs. 4 InsO bei der Eigenverwaltung keine Anwendung findet, sei dem Vernehmen nach auch zwischen Bund und Ländern abgestimmte Auffassung. In der Praxis versuche die Finanzverwaltung, Masseverbindlichkeiten auf Grundlage der gerichtlichen Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten und aus einer entsprechenden Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO herzuleiten.

Empirie muss nicht der Auslöser sein

Den Abschluss der Tagung bildete eine von Professor Bitter moderierte Podiumsdiskussion zur Vorsatzanfechtung mit der Frage nach rechtspolitischem Änderungsbedarf, an der MinDir Marie Luise Graf-Schlicker, RA Sven Hoffmann für den BDI, Verwalter RA Dr. Michael Jaffé sowie RAin Dr. Karen Kuder für die Bankensicht teilnahmen. Mit Bezug auf das BDI-/ZDH-Positionspapier unterstrich Hoffmann, dass die Vorsatzanfechtung, an der der BGH »immer wieder herumgeschraubt« habe, aus der Balance geraten sei und berichtete aus der alltäglichen Praxis, dass um Stundung und Ratenzahlungsvereinbarung gebeten werde und der einfache Sachbearbeiter im Unternehmen einer großen Rechtsunsicherheit ausgesetzt sei. Er plädierte für eine »systemgerechte Lösung« ohne Sonderprivilegierung, »Vorsatz« durch »Absicht« zu ersetzen und das Bargeschäft komplett von der Vorsatzanfechtung auszuklammern. MinDir Graf-Schlicker stellte klar, dass sie keinen fertigen Vorschlag der Bundesregierung prä-

(v. li.) RA Sven Hoffmann, Prof. Dr. Georg Bitter, MinDir Marie Luise Graf-Schlicker, RA Dr. Michael Jaffé, RAin Dr. Karen Kuder

sentieren könne. Seit etwa anderthalb Jahren häuften sich die Eingaben im BMJV zu § 133 InsO, dass Unternehmen vermehrt gewährte Ratenzahlungen zurückleisten müssten. Allerdings habe sich auch herausgestellt, dass in vielen Fällen alleine die Autorität des geltend machenden Verwalters zu außergerichtlichen Vereinbarungen geführt habe, was nicht dem BGH zuzurechnen sei oder »überforderten Landgerichten«. Man führe den im Koalitionsvertrag vorgegebenen Prüfauftrag aus, und es wer-

de eine gesetzliche Regelung geben. Die gesetzliche Lösung ziele aber nicht auf eine Korrektur des BGH, sondern solle eine Sicherheit für Unternehmen schaffen, denn diese seien keine Juristen und könnten nicht mit Indizien arbeiten. Zu klären sei, welches Verhalten des Schuldners – das unredliche? – man sanktionieren wolle, welche Kenntnisse der Gläubiger haben müsse, wie man sich zum Bargeschäft verhalte und welche Rolle Sanierungsbemühungen spielten. Unklar sei derzeit, ob der RegE zum Konzerninsolvenzrecht mit Regelungen zur Vorsatzanfechtung »aufgestockt« würde oder ein separates Gesetzgebungsverfahren in Gang gesetzt werde.

Im Zahlungsverkehr seien Banken idR nicht vom § 133 InsO betroffen, aber zunehmend würde die Qualität der Sanierungsversuche seitens der Verwalter überprüft und stockende Rückzahlungen von Krediten unter die Lupe genommen, was sich in den zurückliegenden acht Monaten bis anderthalb Jahren abgespielt habe. Natürlich könnten Banken außerordentlich kündigen, womit man das Unternehmen erst recht in die Insolvenz treibe und mitunter Schadensersatzansprüche auslöse. Zudem neigten Verwalter dazu, die Verjährungsfrist wegen der Zinszahlungen auszureizen, was unbedingt gesetzlich geändert werden müsse. Ein Dilemma sieht Kuder bei stockenden Ratenzahlungen im Verbraucherkreditbereich, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 133 InsO erfüllt seien, aber die Kündigungsmöglichkeit des Kredits durch den § 498 BGB limitiert sei.

»Ich sehe nichts aus der Balance«, damit begann RA Dr. Michael Jaffé sein Statement. Er vermisse die empirische Grundlage für die Kritik am § 133 InsO, fügte er an. Der Fokus auf unlauteren Handlungen liege seiner Praxis zufolge im zurückliegenden Zeitraum von acht Monaten bis anderthalb Jahren. Dass ein Geschäftsführer bloß auf die briefliche Aufforderung des Verwalters hin zahlt, habe er in 20 Jahren noch nicht erlebt. Eine Fristverkürzung auf drei bis vier Jahre sei hinnehmbar, wenn allerdings Insider, nahestehende Personen und unredlich Handelnde ausgeschlossen seien. Beim Bargeschäft könne man sich sicherlich annähern wie auch beim »Ärgernis« mit den Zinsen, kritisch betrachte er eine Änderung der Vermutungsregeln.

Warum zum § 133 InsO eine Erhebung machen, fragte sich Hoffmann, wenn es gelte, das System handhabbar und rechtssicher zu gestalten. Er wünsche sich vom IX. Senat des BGH den Hinweis, wie man Rechtssicherheit über den Einzelfall hinaus schaffen könne. Viele Verwalter praktizierten den § 133 InsO mit Augenmaß, andere verschickten »Null-Schriftsätze«, bei denen dann die Unternehmen vor der Frage stünden, ob sie für 5000 Euro Streitwert einen RA engagieren sollten. Dem fügte Graf-Schlicker hinzu, dass die Politik nicht auf Empirie hin aktiv werde, sondern auf die Eingaben, die ihr Haus täglich erreichten, in denen Firmen ihre Not und Betroffenheit schilderten. Man müsse schon die Empirie bemühen, betonte Dr. Jaffé, denn sonst werde eine Brücke über einen Fluss gebaut, ohne zu wissen, ob darunter überhaupt ein Fluss fließt. Auch Kuder unterstrich, dass es um Rechtssicherheit gehen müsse und nahm Bezug zum Vorschlag von Professor Bork, die Vermutungsregel der drohenden Zahlungsunfähigkeit zu streichen, da der Gläubiger zu diesem Zeitpunkt kein Insolvenzantragsrecht habe. Hier ergänzte Graf-Schlicker, dass es dem Kaufmann kaum möglich sei, eine drohende Zahlungsunfähigkeit zu erkennen, wenn selbst Juristen kaum wüssten, was das denn genau sei. Man müsse unbedingt, so ihr Fazit, an den Schrauben der Rechtssicherheit drehen. Als danach die Diskussion mit den Teilnehmern entbrannte, ertönte in der Universität ein lauter Feueralarm, der erst als unerlaubtes Öffnen eines gesicherten Fensters interpretiert wurde, aber dann doch dazu führte, dass alle Teilnehmer den Saal verlassen mussten und sich vor dem Schlosseingang wiederfanden. Nachdem die eingetroffene Feuerwehr einen Fehlalarm festgestellt hatte, blieben im Hörsaal dann doch nur noch wenige Minuten für die weitere Diskussion, die aber beim lockeren Ausklang der Veranstaltung im Foyer fortgesetzt werden konnte. «