

Dritter Mannheimer Insolvenzrechtstag. Das Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e.V. (ZIS) lud am 15. 6. 2007 zum dritten Mannheimer Insolvenzrechtstag in den schmunken Hörsaal 163. Die Teilnehmerliste liest sich wie ein Who's who der Insolvenzrechtsszene, beginnend bei den Mitgliedern des IX. Zivilsenats beim BGH, Professoren, Rechtsanwälten, Insolvenzverwaltern, Vertretern der Banken und Versicherungen, Geschäftsführern und, ja, man muss sie erwähnen, am Insolvenzrecht interessierte Studenten. Eine bunte Mischung also, die laut der Begrüßungsrede von Professor Dr. Georg Bitter den interdisziplinären Ansatz auch personell repräsentiert, den das ZIS bei seinen Veranstaltungen verfolgt. Gelegentlich der Eröffnung noch eine Personalie, Professor Dr. Markus Gehrlein, Lehrbeauftragter der Universität Mannheim, Richter im II. Zivilsenat des BGH wird im Sommer Mitglied des IX. Senats.

Das Eröffnungsreferat hielt Dr. Gero Fischer, der Vorsitzende des IX. Senats, also Information aus erster Hand. Das Thema „Anfechtung, Aufrechnung und Verrechnung in der Insolvenz“ verhiess aktuelle Rechtsprechungstendenzen aus Karlsruhe, doch damit nicht genug. Fischer gelang, was wenigen Referenten gegeben ist, nämlich die Befugnis des Gläubigers zur Aufrechnung in der Insolvenz in einer Gesamtübersicht

verständlich darzustellen. Zu diesem Zweck klärte er zunächst den zeitlichen Anwendungsbereich der §§ 94 f. InsO. Sie betreffen nur nach Verfahrenseröffnung entstandene Aufrechnungslagen, im Eröffnungsverfahren bewirken § 21 II und III InsO kein Aufrechnungsverbot (BGHZ 159, 388 = NJW 2004, 3118 = NZI 2004, 580). Davon abweichend erfasst § 96 I Nr. 3 InsO Aufrechnungslagen vor der Eröffnung, wobei die Aufrechnungserklärung vor und nach der Eröffnung abgegeben werden kann (BGHZ 169, 158 = NJW 2007, 78 = NZI 2007, 31). Die §§ 94 f. InsO gelten nur für Aufrechnungen, wenn sich zwei selbstständige Forderungen gegenüberstehen, also nicht für Verrechnungen, weil diese nur unselbstständige Rechnungsposten zusammenführen; eine Ausnahme bildet § 96 I Nr. 3 InsO, wenn die Verrechnungslage anfechtbar herbeigeführt wurde (BGH, NJW 2007, 1067 = NZI 2007, 222). Von hier war der Schritt zur Konzernverrechnungsklausel vorgegeben. Sie müssten eigentlich Konzernaufrechnungsklauseln genannt werden, weil nur dann der Blick darauf geschärft wird, dass sich zwei Forderungsinhaber gegenüberstehen müssen. Damit unterfällt die automatische Saldierung nicht den §§ 94 f. InsO.

Zum Abschluss ein rechtspolitischer Ausblick zu § 96 InsO. Der Anfechtungsanspruch ist eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit, aber den Streitgegenstand bildet die Forderung des Insolvenzverwalters, die dann vor den zuständigen Fachgerichten (z. B. Sozial-, Arbeits- und Finanzgerichte) durchzusetzen ist. Diese Fragen werden künftig alle Obergerichte der Republik beschäftigen. „Was gut gemeint, ist nicht immer gut“ attestierte Fischer dem Gesetzgeber und verabschiedete sich mit einer handfesten Neuigkeit: die Insolvenzfestigkeit der Globalzession ist auf den 29. 11. 2007 terminiert, das Warten hat ein Ende.

Professor Dr. Peter Witt, Lehrstuhlinhaber für Innovations- und Gründungsmanagement an der Universität Dortmund, referierte zur Sanierungsfinanzierung. Es sind immer zwei Welten, wenn Juristen und Betriebswirte aufeinandertreffen, denn sie reden vom selben Thema, aber in verschiedenen Sprachen. Nicht so Witt, der das Publikum mit lockerer Darstellung, aber blickscharfer Analyse zu belehren wusste. Das Kontinuum der Unternehmenskrise, beginnend

mit der strategischen Krise, endet irgendwann in der Liquiditätskrise. Geahnt hat es wohl jeder der Zuhörer, aber dass Entstehung und Erkennungsfolge genau umgekehrt verlaufen, war doch neu. Anderes Beispiel, die Wahrnehmung der Krisenursachen aus den unterschiedlichen Perspektiven. Getreulich der Maxime, „Schuld sind immer die anderen“, verstellen sie den Blick auf nüchterne Einsichten, erhöhen den Zeitdruck auf Sanierungsbemühungen und enden oft in der Insolvenz, dem „Wertvernichter“, obschon die Sanierung die größeren Anreize für alle Beteiligten böte, wenn man sich nur einen Perspektivenwechsel gestattet. Externe Eigenfinanzierung oder Fremdfinanzierung, beide brauchen nach der Signalling-Theorie glaubwürdige Signale nach außen, um die Informationsasymmetrie abzubauen; will heißen, gibt die Hausbank einen weiteren Kredit, erzeugt das kumulative Wirkungen und schafft ein positives Sanierungsklima. In der Folge bestehen Chancen für Sanierungsfinanzierungen mit Eigenkapitalcharakter (Nachschüsse, Aufnahme neuer Gesellschafter, Management buy in), mit Mezzaninchencharakter (Emissionen von Wandelanleihen oder Genussscheinen) oder solche mit Fremdkapitalcharakter (neue Kredite, Forderungsverzichte mit und ohne Besicherungsschein). Alle sie weisen ihre eigenen Probleme in der Praxis aus und münden in das Fazit, je früher die Krise erkannt wird, desto bessere Sanierungschancen bestehen.

Im Zwischenakt präsentierte Klaus Stieffermann, Geschäftsführer der aba Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e.V. das „Erfolgsmodell betriebliche Altersversorgung.“ Langweilig? Keineswegs. Wer hätte gewusst, dass bis zur Rentenreform im verarbeitenden Gewerbe der Anteil der betrieblich versicherten Arbeitnehmer von 72 auf 64 Prozent zurückging, weil steuerliche und arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen nicht mehr stimmten. Die Anteile steigen derzeit wieder und die Betriebe erkennen die Vorzüge, wie sie bereits 1928 im Geschäftsbericht der Robert Bosch GmbH beschrieben wurden, „eine im Interesse der Firma liegende, auf Erhaltung und Steigerung des guten Willens unserer Belegschaft abzielende Maßnahme“. So ist es noch heute, die betriebliche Altersversorgung schafft Liquidität und optimiert die Lohnzusatzkosten und, was bei der „Rente 67“ bedeutsam

werden wird, sie ermöglicht den Vorruhestand ohne Abschläge. Gegenwärtig sind 64 896 Arbeitgeber Mitglieder des PSV und 3,8 Mio. Rentner und 5,8 Mio. Arbeitnehmer stehen unter seinem Schutz.

Das Schwerpunktthema des Nachmittags lautete „Übertragende Sanierung“. Professor *Dr. Georg Bitter* fragte einleitend, „ob es bei der übertragenden Sanierung mit rechten Dingen zugeht?“ Die Befreiung von § 25 HGB, § 75 AO und in beschränktem Umfang von § 613 a BGB sind die unstrittigen Vorteile beim *Share Deal* in der Insolvenz. Demgegenüber erfreut sich der *Debt Equity Swap* nicht derselben Beliebtheit wie z. B. in England, weil etwa die Sachkapitalerhöhung die Gefahr der Überbewertung der eingelegten Forderung und damit die Haftung auf die Wertdifferenz bedeutet (§ 9 GmbHG). Aber auch der geglückte *Share Deal* ist nicht risikofrei. Europarechtlich begründete Verbindlichkeiten (*EuGH*, NZI 2004, 392 Rdnrn. 80 f.) und Altlasten gehen mit über.

Veräußert der vorläufige Insolvenzverwalter das Unternehmen, blieb nach dem Recht der KO die Anwendbarkeit des § 25 HGB erhalten (*BGHZ* 104, 151 [155] = NJW 1988, 1912), der *BFH* hat dieselbe Frage zu § 75 AO verneint, wenn anschließend das Verfahren eröffnet wird (*BFHE* 186, 318 [321 f.] = NZI 1998, 95), wiederum im erstgenannten Sinne das *BAG* zu § 613 a BGB. Ob der Insolvenzverwalter das überhaupt darf? (offengelassen bei *BGH*, NZI 2006, 235).

„Ist § 613 a BGB ein Sanierungshindernis?“ fragte *Dr. Bertram Zwanziger*, Richter am *BAG*. Seine bündige Antwort: „Wenn man es richtig macht, dann geht es.“ Der Referent unterhielt nicht nur mit launigem Vortrag, sondern machte Mut, die übertragende Sanierung scheitert nicht am Arbeitsrecht, wenn es ein echtes Sanierungskonzept gibt und die Instrumentarien richtig angewandt werden. § 613 a BGB gilt auch in der Insolvenz (§ 128 InsO), allerdings nicht für rückständige Forderungen, sondern nur für Masseforderungen und neuerdings eingeschränkt über die §§ 208 f. InsO für Altmassverbindlichkeiten (*BAG*, BB 2006, 943). Ist die Insolvenz als solche ein Kündigungsgrund? Die Antwort folgt aus den § 613 a IV BGB zu Grunde liegenden Wertungen: Eine Kündigung wegen eines Betriebsübergangs ist nicht möglich, sie ist kein dringen-

des betriebliches Erfordernis, das der Weiterbeschäftigung entgegensteht. Vielmehr setzt eine betriebsbedingte Kündigung eine Unternehmerentscheidung voraus, die zu einem Arbeitskräfteüberhang führt (*BAG*, DB 2007, 810). Problematisch ist der Wiedereinstellungsanspruch. Er entsteht, wenn während der Kündigungsfrist der Grund für die Kündigung entfällt (*BAG*, NZA 2001, 1135), etwa durch Betriebsveräußerung, und geht mit dem Arbeitsverhältnis auf den Erwerber über (*BAG*, AP BetrAVG § 16 Nr. 58). Nach Ablauf der Kündigungsfrist ist der Erwerber „wiedereinstellungssicher“ (*BAG*, AP § 613 a BGB Nr. 169). Entsteht der Wiedereinstellungsanspruch während der Kündigungsfrist, richtet er sich im Grundsatz gegen den Kündigenden, also den Insolvenzverwalter. Der aber hat die verkürzte Kündigungsfrist des § 113 InsO auf seiner Seite (*BAG*, AP InsO § 113 Nr. 6). Abschließend ging *Zwanziger* auf die Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften (*BQG*) ein. Der Abschluss des Arbeitsvertrags mit der *BQG* ist kein Betriebsübergang, ein Fortsetzungsanspruch scheidet aus (*BAG*, BB 2007, 1054). In der Konstruktion liegt auch keine Umgehung des § 613 a BGB. Allenfalls dann, wenn für den Arbeitnehmer die Gesamterwartung besteht, er werde übernommen, oder die *BQG* dient der Umgehung der Sozialauswahl (*BAG*, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 31).

Den gesellschaftsrechtlichen Problemen der übertragenden Sanierung widmete sich Professor *Dr. Carsten Schäfer* von der Universität Mannheim. Sein Vortrag behandelte die atypischen Varianten, in der die insolvente Gesellschaft, ihre Gesellschafter oder Organe zugleich an der Auffanggesellschaft beteiligt werden. In casu nahm er Bezug auf einen Fall aus der Praxis (*Falk/Schäfer*, ZIP 2004, 1337) und entwickelte von hier aus überraschende gesellschaftsrechtliche Einsichten. Ist eine insolvente Gesellschaft gründerfähig? Der Gesetzgeber ist der Auffassung, die repressive Einlagensicherung der § 46 II AktG, § 24 GmbHG reiche aus. Wird die Auffanggesellschaft als Nachgründungs-AG gegründet, muss sie den Voraussetzungen des § 52 I AktG genügen, das heißt Sacheinlagen und Sachübernahmen, die zehn Prozent des Grundkapitals übersteigen, müssen von der Hauptversamm-

lung gebilligt werden. Davon befreit auch nicht der Ausnahmeverbehalt des § 52 IX AktG, denn die übertragende Sanierung steht dem Erwerb in der Zwangsvollstreckung nicht gleich. Der Grund ist das Misstrauen des Gesetzes in die Preisfindung. Wer sich auf solche „schrägen“ Konstruktionen einlässt, sollte über die Folgen informiert sein. In erster Linie greift die Nachgründungshaftung, wenn eine der Wirksamkeitsvoraussetzungen unbeachtet bleibt (§§ 53, 46 f. AktG). Sie trifft die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie den Nachgründungsprüfer; leichte Fahrlässigkeit genügt und wird vermutet (§§ 46 I 3, 53 S. 3 AktG). Gleichermaßen ungemütlich ist die Haftung nach den Regeln der verdeckten Sacheinlage. Anknüpfungspunkt ist die Nichterfüllung der Bareinlagepflicht. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn die Auffanggesellschaft mit Bareinlagen zum Zwecke der übertragenden Sanierung gegründet wird und von der insolventen Gesellschaft, also ihren eigenen Aktionären, deren Unternehmen erwirbt. Der MoMiG-Reg-E beschränkt nur die Differenzhaftung gem. § 19 IV GmbHG.

Wie ist das Verhältnis von Nachgründungshaftung und verdeckter Sacheinlage? Die Frage stellt sich eigentlich nur, wenn die Beteiligten die Wirksamkeitshindernisse der Nachgründung nachträglich beseitigen. Die Rechtsprechung spricht in obiter dicta der Nachgründung die Erfüllungswirkung ab (*BGHZ* 110, 47 [60] = NJW 1990, 982; *BGHZ* 131, 141 [148 f.] = NJW 1996, 198), was für den Inferent bedeutet, die Bareinlage erneut erbringen zu müssen, ohne die – wirksam übertragenen – Vermögensgegenstände zurückzuerhalten. *Schäfer* rät daher den Weg der Sachgründung bzw. -übernahme an Stelle der Nachgründung zu gehen.

Kein leichter Part für *Dr. Göran Berger*, Partner der Kanzlei *Wellensiek* aus Heidelberg, das Interesse der Teilnehmer wieder zu beleben, nachdem sie sich bei schwerem Seegang im Gesellschaftsrecht verausgabten. Aber es gelang, und das lag nicht am Sujet, sondern an der Überzeugungskraft des authentischen Problemzeugen. „Betrachtungen aus der Insolvenzpraxis“ ist eigentlich ein gemüthlicher Titel für das, was den Insolvenzverwaltern/-innen im Alltag begegnet. Das Stichwort wurde schon ganz am Anfang des Referats gegeben, „Quadratur des Kreises“. Die InsO

gibt auch als variabler Rechtsrahmen keine Vorgaben für die übertragende Sanierung, sie reagiert, gestaltet nicht. Die Praxis muss sich deshalb mit Standards behelfen, die in den letzten 40 Jahren entwickelt wurden. Zunächst gilt es, die Fronten in und um den Betrieb zu beruhigen, möglichst zur selben Zeit und möglichst mit besten Ergebnissen; auch Glück ist gefragt! Dieses Timing beginnt im Antragsverfahren, „es ist die Spurstrecke der Insolvenz“. Aber die Fallstricke liegen schon in diesem Stadium bereit. Es ist gleichgültig, ob der vorläufige Verwalter „schwach“ oder „stark“ ist, das an ihn gestellte Erwartungsprofil ist stets dasselbe und kümmert sich nicht um das rechtliche Dürfen. Europarechtlich droht die Änderung des Insolvenzgelds, wenn es künftig nur bis zur Insolvenzantragstellung gewährt werden sollte. „80 Prozent der Unternehmen in der Insolvenz werden dann nicht mehr fortzuführen sein“. Als „Jobkiller“ erweist sich § 613 a BGB, denn ein in Kündigungsschutzprozesse verstricktes Unternehmen ist unverkäuflich, oder die arbeitsrechtlichen Altlasten drücken den Verkaufspreis des Unternehmens.

Über die bestehenden Schwierigkeiten hilft das *simultaneous engineering* nur im Erfolgsfall hinweg, rechtlich gestützte Argumentationsreihen werden mit psychologischer Hilfeleistung durchwirkt, es gilt bei den „weichen Faktoren“ zu punkten. Diese finden sich nicht bei den Verzeichnissen der §§ 151 f. InsO, auch nicht in den bilanzierten Vermögenswerten, sondern bei den „real existierenden, immateriellen Wirtschaftsgütern und -werten.“ Konkret: Logo, Patente, Zugang zu den Kunden, Wahrnehmung am Markt, Mitarbeiterqualifikation und Unternehmensstrategie. Gelingt es, für sie einen Käufer zu finden, wird die als eilige Notoperation begonnene übertragende Sanierung nach Abwurf allen unwirtschaftlichen Ballasts zu einer „sanierenden Übertragung.“

Im Schlusswort lud *Bitter* zum vierten Mannheimer Insolvenzrechtstag am 20. 6. 2008 ein. Doch bevor die Teilnehmer in alle Winkel der Republik zurückeilten, trafen sie sich ein letztes Mal am Büffet, wo sie – wie schon so oft an diesem Tage – Kontakte geknüpft, vertieft, gelegentlich auch Meinungsverschiedenheiten ausgeräumt haben. Gerade diese Begegnungen sind neben der Vortragsqualität und Diskussionskultur die Stärken

des Mannheimer Insolvenzrechtstags, die für künftige Sanierungen von unschätzbarem Wert sein können, sie machen ihn zu einem Juwel unter vergleichbaren Veranstaltungen.

*Richter am AG Dr. Helmut Zipperer,  
Mannheim*