HERMANN
HERMANN JOBE & PARTNER
RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER

HERMANN
RECHTSANWÄLTE
WIRTSCHAFTSPRÜFER
STEUERBERATER

standpunkt

Das Magazin für Mandanten, Unternehmen und Kreditinstitute

TITELSTORY

Philipp Holzmann AG
– Eine historische Konzerninsolvenz

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Nr.4

am 27.10.2011 hat der Deutsche Bundestag den Entwurf eines „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen" (ESUG) angenommen. Das Gesetz, das entscheidende Änderungen der geltenden Insolvenzordnung, aber auch anderer in diesem Kontext stehender Gesetze wie etwa des Gesetzes über die Insolvenzstatistik zum Gegenstand hat, wird am 01.03.2012 in Kraft treten. Gemeinsam mit unseren Kollegen von HERMANN RWS, die aus großen Verfahren wie etwa der Insolvenz der Philipp Holmann AG über jahrelange Erfahrung im Bereich der Insolvenzverwaltung verfügen, haben wir dies zum Anlass genommen, den Themenbereich Insolvenz/Sanierung/Restrukturierung, vor allem aber das Reformvorhaben des ESUG, in den Mittelpunkt der aktuellen Ausgabe unseres Kanzleimagazins ***standpunkt*** zu stellen.

Anders als im anglo-amerikanischen Rechtskreis, in dem das Insolvenzrecht von der sog. „fresh start"-Ideologie geprägt ist, fehlt es bei uns an einer derartigen Insolvenzkultur: Die Insolvenz eines Unternehmens wird in Deutschland in aller Regel nicht als neue Chance, sondern als Ausdruck wirtschaftlichen Scheiterns verstanden. Dementsprechend versucht der in die Krise geratene Unternehmer hierzulande oftmals bis zuletzt, eine Insolvenz – und damit die Übergabe seines Unternehmens in die Hände eines aus seiner Sicht nicht kalkulierbaren Insolvenzverwalters – mit allen Mitteln zu vermeiden, statt sich frühzeitig unter Einbindung seiner Gläubiger mit dem Ziel einer Sanierung unter gezielter Nutzung der Instrumentarien der Insolvenzordnung zu befassen.

Vor diesem Hintergrund gab es immer wieder Stimmen, die das deutsche Insolvenzrecht als sanierungsunfreundlich brandmarkten. Einige Fälle der vergangenen Jahre, in denen die Sanierung deutscher Unternehmen nach englischem Recht erfolgte, schienen überdies zu belegen, dass das deutsche Insolvenzrecht im internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen tatsächlich an Boden verloren hat. Der Gesetzgeber hat nun auf das Phänomen des Sanierungs-/Insolvenztourismus reagiert und mit dem ESUG ein Regelwerk geschaffen, das die Chancen für eine aktive Sanierung von Unternehmen verbessern wird. Trotz der zweifellos in die richtige Richtung gehenden Reform wird es noch ein langer Weg sein, bis man statt der gesellschaftlich negativ belegten Diktion „Insolvenz anmelden zu müssen" zukünftig von einem „bei Gericht einzureichenden Antrag auf Sanierung" sprechen wird. Dessen ungeachtet werden wir unsere Beratungspraxis an dieser Zielsetzung ausrichten.

Eine anregende Lektüre wünscht Ihnen

Clemens J. Jobe

HERAUSGEBER HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER | Rechtsanwalt Clemens J. Jobe | Widenmayerstrasse 16 | 80538 München
Telefon: +49 (89) 210 19 91-0 | Telefax: + 49 (89) 210 19 91-99 | Internet: www.hermann-jobe.com | E-Mail: info@hermann-jobe.com
BILDNACHWEISE bigstockphoto: cover (©dzain), Seite 4 (©kotist), Seite 5 (©feoris), Seite 6 (©alamar), Seite 7 (©flippo), Seite 8 (©HeatherL), Seite 9 (©joegough), Seite 10 (©akva), Seite 11 (©iqoncept), Seite 12 (©Michael Darcy Brown), Seite 13 (©Pinon Sky), Seite 14 (©ginasanders), Seite 15 (©drizzd), Seite 16 (©gila), Seite 17 (©STILLFX), Seite 18 (©AlexMax), Seite 19 (©NexusPlexus), Seite 20 (©SVLuma), Seite 22 (©marty)

INHALT

04 AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Anfechtung bei vollautomatisiertem Beitragseinzugsverfahren

Verwertung von Doppelsicherheiten

Insolvenzanfechtung – Harte externe Patronatserklärung

Eigenkapitalersatzrecht bei EU-Auslandsgesellschaft

06 TITELSTORY

Philipp Holzmann AG – Eine historische Konzerninsolvenz

10 *standpunkt* RECHT

ESUG: Die Hintergründe der Insolvenzrechtsreform

ESUG: Neue Einflussmöglichkeiten für die Gläubiger

ESUG: Eigenverwaltung als neuer Königsweg?

ESUG: Neues vom Insolvenzplanverfahren

Umsatzsteuer und Insolvenz: A never ending story

20 *standpunkt* REAL ESTATE

2012 – Der deutsche Immobilienmarkt im Jahr 5 der Subprime Krise

22 AUSBLICK

Das vergessene Reformvorhaben: Insolvenz von Clearinggesellschaften (§ 104a InsO-E)

23 INHOUSE SEMINAR

Informationen über ein „Inhouse Seminar“ zum Thema ESUG

Entscheidungen

Anfechtung bei vollautomatisiertem Beitragseinzugsverfahren
Verwertung von Doppelsicherheiten
Insolvenzanfechtung – Harte externe Patronatserklärung
Eigenkapitalersatzrecht bei EU-Auslandsgesellschaft

Anfechtung bei vollautomatisiertem Beitragseinzugsverfahren

– Insolvenzrecht –

Inhalt der Entscheidung:
Mit Urteil vom 08.09.2011 hat das OLG Hamm zu der Frage entschieden, ob und wann der Gläubiger im Rahmen der Vorsatzanfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit und auf Gläubigerbenachteiligung hindeutenden Umständen hat, wenn er die entsprechenden elektronischen Daten und deren vollautomatisierte Verarbeitung in einem für den Forderungseinzug bereitgestellten Computersystem bereitgestellt bekommt.

Die Schuldnerin hatte im elektronischen Verfahren nach §§ 28 a ff SGB IV Beiträge zur Sozialversicherung für ihre geringfügig Beschäftigten entrichtet, obwohl sie zum Zeitpunkt der Zahlungen eine Liquiditätsunterdeckung von zuletzt immer noch 40 % auswies. Das OLG Hamm nahm Kenntnis der Gläubigerin von der drohenden Zahlungsunfähigkeit und von einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO an und verwehrte ihr die Berufung darauf, dass alles Wissen um die Zahlungsweise der Schuldnerin ohne persönliche Kenntnisnahme durch einen ihrer Mitarbeiter nur entpersonalisiert in ihrer vollautomatisch arbeitenden, insoweit durch §§ 28 a ff SGB IV vorgeschrieben Datenverwaltung angesammelt gewesen.

Zur Begründung führt das OLG Hamm aus, dass der Beklagten die in einen Computer eingegebenen Informationen wie eigenes, menschliches Wissen analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen seien. Hierfür greife der Gesichtspunkt der allgemeinen Aufgabenüberlassung innerhalb der Nutzung einer arbeitsteiligen Organisation. Zwar fehle dem verwendeten Computersystem die „eigene Verantwortung", die erforderliche Verantwortung bei der Aufgabenerledigung habe die Beklagte aber bereits bei Inbetriebnahme des automatisierten Programms vorgreifend und abschließend wahrgenommen. Letztlich trete damit das Computersystem an die Stelle eines menschlichen Bearbeiters. ■■

Praxisrelevanz:

Die Entscheidung fügt der umfangreichen Kasuistik um die Kenntnis im Bereich der Vorsatzanfechtung eine weitere Facette hinzu und vermeidet Diskussionen um Kenntnis im Bereich elektronischer Datenverarbeitung.

Verwertung von Doppelsicherheiten

– Insolvenzrecht –

Inhalt der Entscheidung:
Mit Urteil vom 12.12.2011 (Az. IX ZR 11/11) hat sich der BGH zu der Frage positioniert, wie in der Insolvenz einer GmbH die Verwertung der von dieser gestellten Sicherheiten gegenüber einem Gesellschafter wirkt, der seinerseits für die besicherte Forderung persönliche Sicherheiten gestellt hatte.

Im Streitfall hatte der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH für die Besicherung von Bankkrediten sowohl Grundschulden an in seinem Alleineigentum stehenden Grundstücken bestellt als auch Fahrzeuge der GmbH sicherungsübereignet. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH verwertete der Insolvenzverwalter die Fahrzeuge, kehrte den Erlös an die kreditgebende Bank aus und nahm den Alleingesellschafter-Geschäftsführer in Höhe des ausgekehrten Betrages in Anspruch, weil in dieser Höhe die Grundpfandrechte frei geworden seien.

Der Bundesgerichtshof verurteilte den Alleingesellschafter-Geschäftsführer antragsgemäß zur Erstattung des ausgekehrten Betrages in die Masse aus § 143 Abs. 3 S. 1 InsO analog. Zwar enthalte die Insolvenzordnung keine Regelung zur Ausgleichspflicht des Gesellschafters, dem Gesetz sei aber auch nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber bewusst von einer Regelung abgesehen habe. Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof aus, dass bei wertender Betrachtung kein Unterschied bestehe zwischen der Rückzahlung eines gesellschaftergesicherten Darlehens innerhalb der Fristen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO und derjenigen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, zumal es nur um eine analoge Anwendung gehe. Eine Einschränkung des Wahlrechts des doppelt gesicherten Gläubigers entsprechend § 44a InsO komme dagegen nicht in Betracht. ■■

Praxisrelevanz:

Die Entscheidung schließt eine Regelungslücke der Insolvenzordnung und klärt, wie Sicherheitengeber im Fall der Insolvenz haften.

Insolvenzanfechtung – Harte externe Patronatserklärung

– Insolvenzrecht –

Inhalt der Entscheidung:
Mit Urteil vom 19.05.2011 (Az. IX ZR 9/10) hat der BGH entschieden, dass eine an den Gläubiger gerichtete sog. harte Patronatserklärung der Muttergesellschaft weder die objektive Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft beseitigt noch die darauf bezogene Kenntnis des Gläubigers.

Der Gläubiger, eine Bank, erlangte Kenntnis von Umständen, die zwingend auf eine Zahlungsunfähigkeit der späteren Schuldnergesellschaft schließen ließen (§ 130 Abs. 2 InsO). Eine mittelbar beherrschende Gesellschafterin der Schuldnerin gab deshalb eine harte Patronatserklärung gegenüber dem Gläubiger ab, so dass dieser der Schuldnerin weitere Kredite gewährte. Allerdings erfolgte durch die Patronin keine tatsächliche Liquiditätsausstattung.

Maßgeblich für die Insolvenzanfechtung (§ 130 InsO) ist der Kenntnisstand des Gläubigers zum Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung. Hat der Gläubiger aber zuvor schon Kenntnis von Umständen erlangt, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, so müssen diese Umstände zur Beseitigung der Kenntnis nachträglich entfallen sein. Nicht genügend ist deshalb die Abgabe einer externen Patronatserklärung, da sie keinen Anspruch der Tochter- gegen die Muttergesellschaft begründet, sondern lediglich einen Direktanspruch des Gläubigers gegen den Patron. Zur Beseitigung der Kenntnis wäre folglich eine Ausstattung der Schuldnerin mit Liquidität durch die Patronin erforderlich gewesen.

Anders als eine externe ist eine interne Patronatserklärung demgegenüber grundsätzlich geeignet, die Zahlungsunfähigkeit einer Tochtergesellschaft zu beseitigen, sofern der Tochter entweder insoweit ein unbehinderter Zugriff auf die Mittel eröffnet wird oder die Mutter ihre Verpflichtung tatsächlich erfüllt. ■■

Praxisrelevanz:

Die Entscheidung verdeutlicht die Unterschiede zwischen internen und externen Patronatserklärungen. Interne Erklärungen können demnach dazugenutzt werden, eine sonst bestehende Insolvenzantragspflicht auszusetzen bzw. deren Entstehen zu verhindern.

Eigenkapitalersatzrecht bei EU-Auslandsgesellschaft

– Insolvenzrecht –

Inhalt der Entscheidung:
Zu der Frage, ob die Regelungen über die Nachrangigkeit kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen nach § 32 a GmbHG a. F., § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F. auch auf Kapitalgesellschaften anwendbar sind, welche in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gegründet worden sind, hat der BGH am 21.07.2011 (Az. IX ZR 185/10) entschieden.

Einer nach luxemburgischem Recht gegründeten Kapitalgesellschaft (Schuldnerin) war vor Inkrafttreten des MoMiG ein sog. eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen gewährt worden. Über das Vermögen der Schuldnerin wurde in Deutschland ein Insolvenzverfahren eröffnet. Die Darlehensgeberin hatte deshalb die Forderung gegen die Schuldnerin zur Tabelle angemeldet, was der Insolvenzverwalter wegen der Nachrangigkeit des Gesellschafterdarlehens ablehnte.

Fraglich war, ob die Regelungen über die Nachrangigkeit eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen auch bei der Gewährung eines Darlehens an eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründeten Kapitalgesellschaft anzuwenden waren. Dies wurde durch den BGH bejaht. Ausschlaggebend hierfür war, dass das Insolvenzverfahren in Deutschland wirksam eröffnet worden war, so dass unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Eröffnungsentscheidung das deutsche Insolvenzrecht anzuwenden ist. Dies folgt aus einer direkt anzuwendenden EU-Verordnung (Art. 4 EuInsVO). Bestandteil des deutschen Insolvenzrechts ist auch die Frage, welcher Rang einer Forderung beizumessen ist. Maßgeblich für die Zuordnung zum Insolvenzrecht ist nicht der Regelungsstandort (z.B. die Regelung des Rechts der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen im GmbHG), sondern wie die Vorschrift materiell zu qualifizieren ist. ■■

Praxisrelevanz:

Die Entscheidung stellt klar, dass das Recht der Gesellschafterdarlehen sowohl vor Inkrafttreten des MoMiG als auch nach dessen Inkrafttreten dem Insolvenzrecht zuzuordnen ist.

Dr. Nils Dreier

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
dreier@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

Philip Holzmann AG –

Eine historische Konzerninsolvenz

Vor zehn Jahren stellte die Philipp Holzmann AG Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Mittlerweile steht die zweite Ausschüttung an die Gläubiger an und die endgültige Abwicklung des Verfahrens kurz bevor. Ein guter Zeitpunkt, die Geschichte des Unternehmens und den Ablauf des Insolvenzverfahrens Revue passieren zu lassen.

„Nach Bekanntwerden der Zahlen für 2001 im März 2002 froren die Banken die Kreditlinien für Holzmann ein."

Bereits im Jahre 1999 hatte die Philipp Holzmann AG („PH AG") einen ersten Insolvenzantrag gestellt. Dies hätte schon damals zur Insolvenz geführt, wenn es nicht in letzter Minute geglückt wäre, im Rahmen umfangreicher Vergleichsvereinbarungen, an denen nahezu alle führenden deutschen Finanzinstitute beteiligt waren, die Insolvenz abzuwenden. Dies war in besonderem Masse dem außergewöhnlichen politischen Druck und nicht zuletzt der persönlichen Intervention des damaligen Bundeskanzler Gerhard Schröder zu verdanken. Die Einmischung der Politik im Falle zu scheitern drohender Unternehmen war schon immer ein strittiges Thema. Aufgrund seiner Größe und Tradition war Holzmann aus damaliger Sicht ein besonderer Fall. Wie heutzutage im Falle systemrelevanter Finanzinstitute fürchtete man auch damals weitreichende Konsequenzen im Falle der Insolvenz dieses Giganten der deutschen Wirtschaft. So war die Philipp Holzmann AG zwar ein typischer Vertreter der sogenannten Deutschland AG, ihr größter Aktionär war seit 1873 die Deutsche Bank AG.

Was heute leider fast schon zur Tagesordnung gehört, schien vor zehn Jahren noch unvorstellbar. Man konnte sich schlicht nicht vorstellen, dass auch ein derart großes Unternehmen Pleite gehen kann.

Historie

Das Unternehmen Holzmann wurde 1849 von Johann Philipp Holzmann gegründet, exakt 150 Jahre vor dem ersten Insolvenzantrag. Im Verlauf der Industrialisierung wuchs die Gesellschaft zunächst zu einer großen regionalen Baugesellschaft. Die Umwandlung in eine Aktiengesellschaft im Jahre 1917 war die logische Folge des ständigen Wachstums. Bereits Ende des 19. Jahrhunderts war Holzmann – nach ersten Prestigeobjekten in Deutschland wie der Hamburger Stadthalle, dem Reichstag in Berlin und der Frankfurter Oper – auch in großem Umfang im Ausland aktiv. Zu den ersten großen Auslandsprojekten gehörten z.B. der Amsterdamer Hauptbahnhof und die Bagdad-Bahn.

Die Expansion nach Amerika begann um 1920, hier besonders in Süd-Amerika, wie z.B. mit dem Bau der Metro in Buenos Aires. In der Zeit des NS-Regimes war die AG nach der Arisierung Ihres Vorstandes an wesentlichen Nazi-Projekten, wie z.B. dem Bau der sog. „Siegfried-Linie" beteiligt. Auch nach dem Krieg wuchs das Unternehmen rasch wieder. Meilensteine der Entwicklung im 20. Jahrhundert waren die Übernahme der US-Konzerne JA Jones und Lockwood Greene, Erbauer der Petronas-Towers in Kuala Lumpur.

Zahlen

In den letzten Jahren vor der Insolvenz beschäftigte die PH AG über 23.000 Mitarbeiter weltweit, über 3.000 davon waren in Deutschland beschäftigt. Dabei hatte die AG über 600 Tochtergesellschaften und indirekte Beteiligungen weltweit. Hierzu gehörten z. B. die imbau, die HSG und in den USA JA Jones. Es wurden Erlöse bis zu 6,3 Milliarden DM erwirtschaftet, die hauptsächlich in vier Bereichen erwirtschaftet wurden: Bau (Bürogebäude, Schulen, Hotels), Infrastruktur (Brücken, Bahnstrecken, Häfen), Industriebauten und der Bereich Services und Facility Management.

Im Zuge der allgemeinen Baukrise der damaligen Zeit versuchte auch Holzmann seine Marktposition zu halten. Hierbei setzte man v.a. auf die Entwicklung eigener Projekte, die dann auch selbst vermarktet oder vermietet werden sollten. Diese Projekte waren es denn auch, die dann mit einem Verlust von 1,7 Milliarden DM einer der Auslöser der Insolvenz waren.

Vorläufiges Verfahren – Bestandsaufnahme und Überraschungen

Nach Bekanntwerden der Zahlen für 2001 im März 2002 froren die Banken, die 1999 noch an der Rettung beteiligt waren, die Kreditlinien für Holzmann ein. Nach letzten gescheiterten Verhandlungen mit ihren Gläubigern sah der Vorstand am 21.03.2002 keine andere Möglichkeit mehr, als wieder Insolvenzantrag zu stellen. Diesmal gab es keine Hilfe seitens der Regierung. Am gleichen Tag wurde Ottmar Hermann, Rechtsanwalt, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer vom Insolvenzgericht Frankfurt am Main, zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt.

Da Ottmar Hermann schon 1999 als vorläufiger Verwalter bei PH AG eingesetzt war und das Unternehmen kannte, war er in der Lage umgehend, ein Insolvenzteam aufzustellen, das die beachtliche Aufgabe von Anfang an in strukturierter Weise in Angriff nehmen konnte. Ein wesentlicher Faktor zum Gelingen dieser gewaltigen Aufgabe. So machte sich schon am nächsten Tag ein Team von über 10 Rechtsanwälten und insolvenzerfahrener Spezialisten auf den Weg, vor Ort in der Konzernzentrale um die Insolvenzverwaltung in Zusammenarbeit mit dem Management zu übernehmen. Schon während der ersten Besprechung mit der Geschäftsleitung wurden auch Arbeitnehmervertreter in den Prozess involviert.

In den ersten Tagen der vorläufigen Insolvenz galt es v.a., einen ersten Überblick über das Unternehmen und seine Strukturen zu erhalten. Bald stellte sich heraus, dass es extrem schwer werden würde, diesen Überblick zu erhalten und zu behalten. Die Verantwortlichen, die für die Verwaltung der einzelnen Bereiche und Gesellschaften innerhalb der PH-Gruppe zuständig waren, waren beispielsweise nicht in der Lage, eine definitive Aussage zu machen, welche oder wie viele Tochtergesellschaften zur weltweiten PH-Gruppe gehörten. Also ging das Insolvenzteam selbst daran, sich diesen Überblick zu verschaffen. Nach etwa 3 Wochen hatte man einen Überblick über alle bestehenden Beteiligungen – sehr zum Erstaunen der Holzmann-Manager, da diese Informationen in den vorhergehenden Jahren niemals verfügbar waren. Auch die Zahlen, die von den verschiedenen Bereichen/Tochtergesellschaften an die Konzernzentrale gemeldet wurden, stellten sich bald als widersprüchlich und unverständlich dar. Dies wiederum bedeutete, dass das Insolvenzteam eigene Untersuchungen in jedem Bereich anstellen musste, um mehr Informationen und verlässliche Zahlen zu erhalten. Von besonderer Bedeutung waren diese Daten für die zahlreichen noch laufenden Bauprojekte.

Die Bauarbeiten liefen weiter

Die Abwicklung insolventer Baufirmen gehört zu den anspruchsvollsten Szenarien der Insolvenzverwaltung. Allein schon die verschiedenen juristischen Probleme sind zahlreich und komplex. Im Falle Holzmann lag der Schwerpunkt der Aufgaben in der vorläufigen Insolvenz zunächst auf der Prüfung der Fortführung der laufenden Bauprojekte, zumal diese auch den eigentlichen Wertfaktor einer Baufirma darstellen. In der Insolvenz des Hauptunternehmers neigen die Vertragspartner dazu, schnellstmöglich Kündigungen zu schreiben und Lieferanten stoppen sofort die weitere Belieferung bzw. verlangen Vorkasse. Ebenso verlassen Arbeitnehmer die Firma. So geschah dies auch in diesem Falle und drohte die Fortführung von vornherein zu gefährden. Während die Lieferanten Vorkasse verlangten, war gerade einmal eine Liquidität von wenigen Hunderttausend Euro vorhanden. Um die Einstellung der Bauaktivitäten in ganz Deutschland zu vermeiden und auch in den zahlreichen Niederlassungen und Geschäftsstellen der PH AG die notwendige Präsenz zu zeigen, schlug der vorläufige Insolvenzverwalter Ottmar Hermann einen im deutschen Insolvenzwesen noch nie da gewesenen Weg ein.

„Am Anfang des Verfahrens war nur eine Liquidität von wenigen Hunderttausend Euro vorhanden."

▸ Philip Holzmann AG –

Eine historische Konzerninsolvenz

Bei den 17 Hauptniederlassungen der PH AG setzte er als sogenannte Regionalverwalter jeweils erfahrene Insolvenzverwalter auch anderer Sozietäten neben die bisherige örtliche Geschäftsleitung. So hatte schon wenige Tage nach Antragstellung jedes Großprojekt seinen eigenen Ansprechpartner im Insolvenzteam, der sich um Lieferanten, Angestellte und Vertragspartner vor Ort kümmerte, um die Weiterarbeit sicher zu stellen. Gleichzeitig war die Aufgabe der jeweiligen Experten, zwischen cash-positiven und cash-negativen Bauprojekten zu unterscheiden, und so dem Insolvenzverwalter die richtigen Informationen zur Entscheidungsfindung bereit zu stellen.

Kein Investor in Sicht

Keiner der deutschen Wettbewerber zeigte während des vorläufigen Verfahrens im Frühjahr 2002 Interesse an der Übernahme der inländischen Bauaktivitäten, dem Hauptgeschäftsfeld der PH AG. Das war nicht überraschend, da die Hauptwettbewerber zu dieser Zeit selbst eher mit Gesundschrumpfen beschäftigt waren, als damit ihren Rivalen Holzmann zu übernehmen. So kamen nur ausländische Investoren als eventuelle Bieter in Frage. Doch auch zahlreiche Verhandlungen mit bekannten ausländischen Unternehmen führten letztendlich zu keinem Ergebnis, nicht zuletzt auch wegen des allgemein schwierigen Zustands der Baubranche in Deutschland. Somit wurde es bald nach Insolvenzeröffnung immer wahrscheinlicher, dass die Hauptaufgabe der Insolvenzverwaltung die geordnete Abwicklung der PH AG sein würde. Die Fortführung eines Unternehmens in der Insolvenz ohne konkreten Investor stellt für den Insolvenzverwalter immer eine besondere Herausforderung dar. Auf Basis der im vorläufigen Verfahren gesammelten Erkenntnisse war hier aber eine befristete Fortführung auf Basis neuer Vereinbarungen mit den Auftraggebern die beste Option im Interesse der Gläubiger.

Ordnungsgemäße Abwicklung des inländischen Geschäftsbetriebs nach Insolvenzeröffnung

Die Hauptaufgabe der geordneten Abwicklung bestand somit in der zeitweisen Fortführung der inländischen Baustellen nach Insolvenzeröffnung. Dabei war zwischen alleinigen Holzmann-Projekten und ARGEN mit anderen Bauunternehmen zu unterscheiden. Die Ermittlungen der Insolvenzverwaltung ergaben, dass bei Antragstellung von der PH AG innerhalb Deutschlands 587 Baustellen betrieben wurden. 350 dieser Baustellen konnten während der vorläufigen Insolvenz weiter geführt werden, 157 konnten auch noch nach Insolvenzeröffnung weitergeführt werden, da sie einen Gewinn versprachen.

Da weiterhin kein Investor für den inländischen Baubetrieb zu finden war, wurden Lösungen zum Erhalt der Arbeitsplätze auf regionaler Ebene erarbeitet. Im Ergebnis war es möglich bei der PH AG und Ihren weiteren inländischen Beteiligungen rund 80 % der Arbeitsplätze im Inland zu sichern, in dem z.B. regionale Projekte gemeinsam mit Mitarbeitern von Wettbewerbern übernommen wurden. Teilweise konnten ganze Mannschaften einer Niederlassung so ihren Arbeitsplatz behalten. Bedenkt man, dass zwischen 1995 und 1999 über 40 % der Arbeitsplätze im gesamten deutschen Baugewerbe verloren gingen, kann dies als großer Erfolg gewertet werden, der schließlich auch die Insolvenzmasse entlastete und daher den Gläubigern diente. Ohne den Mut, die Projekt auch nach Eröffnung fortzuführen, wäre dies nicht möglich gewesen.

1,5 Milliarden Bankgarantien

Holzmann hatte vor der Insolvenz, wie im Baugewerbe üblich, für die einzelnen Projekte Garantien und Avale für die Auftraggeber der Bauprojekte bereitgestellt. Es stellte sich heraus, dass mehr als derartige 6.350 Garantien bzw. Bürgschaften existierten und ein Gesamtrisiko für die Garantiegeber von über 1,8 Milliarden Euro ausmachten. Allein die weiteren Garantien zu Gunsten der Subunternehmer von Holzmann überstiegen die Zahl von 30.000. Wie die Erfahrung in Deutschland gezeigt hat, neigen gerade bei Insolvenzen von Baugesellschaften freilich die Geschäftspartner dazu, Garantien einzufordern. Oft traut man dem Insolvenzverwalter nicht zu, die Abwehr dieser Ansprüche organisieren zu können. Aufgrund der enormen Summe der Bankgarantien begegnete die Insolvenzverwaltung in diesem Falle aber diesem Phänomen von Anfang an mit einer eigenen, neuen Strategie. So kam es zur Gründung einer speziellen Service-Gesellschaft, der p.e.o.s. GmbH, die erfahre Holzmann-Ingenieure übernahm. Die Hauptaufgabe dieser Gesellschaft war es, zu prüfen, ob Avale oder Garantien in berechtigter Weise in Anspruch genommen wurden, oder ob eine Abwehr der Ansprüche möglich war. Im Ergebnis konnten damit ungerechtfertigte Inanspruchnahmen in großem Umfange abgewehrt werden, was auch die Passivseite deutlich entlasten konnte.

Auslandsprojekte

Die Abwicklung der Holzmann-Auslandsprojekte war ebenfalls ein spannender Prozess. Groß angelegte Infrastrukturprojekte in den Niederlanden und ebenso in London wurden über die Niederlassung in Düsseldorf betrieben. Über 250 Holzmann-Ange-

stellte waren in 6 großen Joint Venture Projekten zum Zeitpunkt der Antragstellung in den Niederlanden beschäftigt. Die Insolvenzantragstellung führte auch hier zur sofortigen Kündigung dieser Joint Venture-Verträge. Das war umso bedauerlicher, als manche dieser Projekte enorm gewinnbringend gewesen wären. Verhandlungen mit den Joint Venture Partnern führten jedoch dazu, dass zumindest die Arbeitnehmer bis zum Ende der geplanten Holzmann-Aktivitäten an diesen Baustelle arbeiten konnten. Dies stellte auch die weitere Fertigstellung dieser Bauprojekte sicher, da die Mitarbeiter hier ihre Leistungen und Fähigkeiten einsetzen konnten. Auch hier wurde eine große Anzahl der Mitarbeiter im Anschluss von den Joint Venture Partnern in den Niederlanden übernommen. Glücklich erwies sich auch der Umstand, dass zum Zeitpunkt der Holzmann Insolvenz bereits das Europäische Insolvenzrecht galt, ohne die damit einhergehende Rechtssicherheit wäre es für einen ausländischen Insolvenzverwalter kaum möglich gewesen, derart große Projekte im Ausland fortzuführen.

Im Gegensatz zu den Niederlanden gab es auf den British Virgin Islands keine solche internationale Rechtssicherheit, die im Rahmen der Zwangsvollstreckung ergriffen werden konnte. Auch hier war die PH AG mit dem Ausbau des Flughafens in einem Großprojekt involviert. Mangels automatischer Anerkennung des deutschen Verfahrens, drohten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzelner Subunternehmer die Fortführung und geordnete Abwicklung des dortigen Projektes zu verhindern. In einem spannenden Gerichtsprozess gelang es jedoch den dortigen Supreme Court zu überzeugen, dass deutsche Insolvenzverfahren auch dort anzuerkennen und die dort ausgebrachten Pfändungen nach Eröffnung des Verfahrens für ungültig zu erklären. Mit der Veräußerung der Beteiligung der PHA AG am Wasserkraftwerk Birecik konnte auch in der Türkei eine wesentliche Auslandsbeteiligung der Philipp Holzmann AG erfolgreich an einen japanischen Investor veräußert werden.

Verwaltung und Veräußerung der Beteiligungen

Eine besondere Herausforderung stellte auch die Verwertung der zahlreichen Beteiligungen dar. Nachdem der Investor in letzter Minute abgesprungen war, musste in den USA die JA Jones selbst Insolvenz beantragen. Die inländische Beteiligung imbau hatte ebenfalls bereits kurz nach Antragstellung der PH AG selbst Antrag stellen müssen. Doch noch immer hatte die PH AG rund 200 Beteiligungen in Deutschland. Hierzu gehörten auch die HSG und die Deutsche Asphalt, die erfolgreich an strategische Investoren verkauft werden konnten.

„Glücklich erwies sich der Umstand, dass zum Zeitpunkt der Holzmann Insolvenz bereits das Europäische Insolvenzrecht galt."

Spannende Entwicklungen bis zuletzt

Bei einer derart großen Insolvenz überrascht es nicht, dass es bis zuletzt zu unerwarteten Ereignissen kommt. Sei es, dass bei der Räumung der Büros Aktien afrikanischer Gesellschaften oder der Spaten, mit dem Kaiser Wilhelm II. und der Sultan des Osmanischen Reiches den ersten Spatenstich zum Bau der Bagdadbahn vollzogen, gefunden wird oder in letzter Minute Forderungen von über 500 Millionen Euro angemeldet werden. Gleichwohl befindet sich das Verfahren nunmehr im Endspurt und soll, sobald dies bei einem derart großen Unterfangen möglich ist, zum Abschluss gebracht werden. ■ ■

Daniel F. Fritz

HERMANN RWS
Bleichstraße 2-4 I 60313 Frankfurt
fritz@hermann-law.com
Tel.: +49(0)69 913 092 - 0

ESUG:

Die Hintergründe der Insolvenzrechtsreform

Seit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung (InsO) im Jahre 1999 hat sich gezeigt, dass das geltende Recht Bausteine vermissen lässt, die für eine erfolgreiche Sanierung von in Schieflage geratenen Unternehmen in der Praxis unabdingbar sind. Der Gesetzgeber hat nun reagiert und mit dem am 01.03.2012 in Kraft tretenden Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) Abhilfe geschaffen.

In einigen, viel beachteten Fällen haben deutsche Unternehmen in den vergangenen Jahren in Abstimmung mit ihren maßgeblichen Gläubigern den Weg einer Sanierung nach Maßgabe des englischen Rechts gewählt und diesen Schritt damit begründet, dass die InsO das weniger attraktive, weil für eine Sanierung weniger geeignete Regelwerk darstelle.

Eines der prominentesten Beispiele für diese Form des „Forum Shopping“ ist der deutsche Automobilzulieferbetrieb Schefenacker, den nach der Übernahme des Mitbewerbers Britax im Jahre 2000 eine immense Schuldenlast plagte. Ohne eine finanzwirtschaftliche Sanierung hätte dem Unternehmen früher oder später die Zahlungsunfähigkeit gedroht.

Vor diesem Hintergrund verlegte das Management im Jahre 2007 nach vorheriger Absprache mit den Gläubigern den Unternehmenssitz aus dem schwäbischen Schwaikheim nach Porchester bei London. Vor allem die bei Schefenacker engagierten angelsächsischen Gläubiger hatten auf diesen Schritt gedrängt, weil nach Maßgabe des englischen Rechts die Umwandlung von Schulden in Unternehmensanteile auch ohne die - nach der damaligen deutschen Rechtslage zwingend erforderliche - Zustimmung des Alteigentümers möglich gewesen wäre. Zudem galt den Beteiligten ein nach deutschem Recht abzuwickelndes Insolvenzverfahren als ungeeignet, weil die Erfahrungen mit dem für Schefenacker örtlich zuständigen Insolvenzgericht gezeigt hatten, dass die dortigen Insolvenzrichter strikt auf ihrer Auswahlkompetenz bezüglich der Person des Verwalters beharrten und eine Einbeziehung der von Seiten des Unternehmens und der Gläubiger bevorzugten Sanierungs-/Insolvenzberater damit als nicht planbar galt. Im Falle Schefenacker konnte eine Insolvenz aber letztlich doch vermieden werden, weil in sprichwörtlich letzter Sekunde eine außergerichtliche Einigung mit den beteiligten (Nachrang-)Gläubigern herbeigeführt wurde.

Den verfahrensrechtlichen Rahmen für derartige Vergleichslösungen jenseits einer Insolvenz bildet im englischen Rechtskreis ein als „Scheme of Arrangement“ bezeichnetes Instrument des englischen Gesellschaftsrechts. Der Sache nach handelt es sich dabei um eine (Zwangs-)Vereinbarung zwischen dem Unternehmen und seinen Gesellschaftern und Gläubigern. Derartige Vereinbarungen wurden im englischen Rechtskreis seit Jahren zur Abwicklung von (Rück-)Versicherungsbeständen getroffen. Mit Beginn der Finanzkrise entwickelte sich das Scheme of Arrangement-Verfahren aber auch zu einem geeigneten Instrument für die Sanierung von Unternehmen mit komplexen Finanzierungen.

Für Sanierungszwecke erweist sich das Scheme of Arrangement vor allem deshalb als attraktiv, weil es rechtliche Wirkungen entfaltet, für die es im deutschen Rechtskreis der Einleitung eines Insolvenzverfahrens bedarf. Das Scheme of Arrangement kann insoweit als außerhalb der Insolvenz durchgeführter Insolvenzplan verstanden werden. Entscheidender Vorteil ist, dass für die Entscheidung über die Annahme eines solchen Sanierungsplans eine qualifizierte Gläubigermehrheit ausreichend ist, während dafür im deutschen Rechtskreis zwingend eine 100%ige Zustimmungsquote erforderlich ist.

Von der Möglichkeit eines (Zwangs-)Vergleichs außerhalb der Insolvenz haben zahlreiche sanierungswillige deutsche Unternehmen wie beispielsweise der nordrhein-westfälische Kabelnetzbetreiber Tele Columbus und der Münchner Brillenhersteller Rodenstock Gebrauch gemacht. Für die Anwendbarkeit des englischen Rechts auf deutsche Unternehmen genügt es dabei nach Auffassung des High Court of Justice, dass zwischen dem Unternehmen und dem englischen bzw. walisischen Recht ein ausreichender Bezug („sufficient connection") besteht. Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn die Kreditverträge eines Unternehmens dem englischen Recht unterstellt seien. Eine tatsächliche Verlegung des Unternehmenssitzes des betroffenen Unternehmens ist dagegen nicht erforderlich.

Deutsche Gerichte haben sich mit der Frage der Anwendbarkeit des Scheme of Arrangement bislang nur unter dem Gesichtspunkt des Versicherungsrechts beschäftigt. So hat das OLG Celle einem Scheme of Arrangement im Hinblick auf Ansprüche von Versicherungsnehmern gegen eine britische Versicherungsgesellschaft in Deutschland die Anerkennung versagt. Die Entscheidung ist allerdings mit Blick auf einen (Versicherungs-)Vertrag ergangen, für den deutsches Recht vereinbart war. Daher unterscheidet sich der Fall ganz erheblich von den zuvor erwähnten Konstellationen, in denen englisches Recht zur Anwendung kam. Es bleibt in diesem Zusammenhang abzuwarten, wie der Bundesgerichtshof urteilen wird.

In Ansehung des zuvor dargestellten Phänomens eines regelrechten „Sanierungs- und Insolvenztourismus" nach England musste sich der deutsche Gesetzgeber mit der Frage befassen, warum das deutsche Recht gemeinhin als weniger sanierungsgeeignet gilt: Als entscheidender Aspekt wurde dabei vor allem ausgemacht, dass die Möglichkeit der Einflussnahme der Gläubiger auf die maßgeblichen Entscheidungen des Insolvenzverfahren im deutschen Rechtskreis zu gering sei. Insbesondere könne in der Praxis kaum Einfluss auf die Auswahl der Person des Verwalters genommen werden. Dieser Gesichtspunkt halte im Übrigen auch manchen Schuldner von einem rechtzeitigen Insolvenzantrag ab.

„Das Scheme of Arrangement kann als außerhalb der Insolvenz durchgeführter Insolvenzplan verstanden werden."

Zudem sei der Verlauf eines mit dem Ziel der Sanierung eingeleiteten Insolvenzverfahrens nicht kalkulierbar, da das Wirksamwerden des hierfür in der InsO vorgesehnen Instruments des Insolvenzplans durch Rechtsmittel einzelner Gläubiger um Monate oder gar Jahre hinausgezögert werden könne. Dieser Befund hat in der Praxis zur Folge, dass auch sanierungswillige Unternehmer lieber bis zum letzten Moment bilaterale Vergleichsgespräche führen, als rechtzeitig den Weg einer Sanierung durch ein Insolvenzplanverfahren einzuleiten. Dies gelte um so mehr, als mit dem Thema Insolvenz im deutschen Kulturkreis nach wie vor ein gesellschaftlicher Gesichtsverlust verbunden zu sein scheint, während die Insolvenz im anglo-amerikanischen Kulturkreis als neue Chance empfunden werde.

Der Gesetzgeber hat mit dem Reformvorhaben des ESUG auf die Unzulänglichkeiten der deutschen Rechtsordnung reagiert und zugleich - etwa durch die im ESUG geregelte Stärkung des Instituts der Eigenverwaltung nach dem Vorbild des US-amerikanischen Rechts - weitere Maßnahmen getroffen, die der Zielsetzung der Erleichterung der Sanierung von Unternehmen dienen werden. Es bleibt freilich abzuwarten, ob der Sanierungsstandort Deutschland allein durch die jetzt beschlossene Reform seinen Rückstand im Wettstreit der Rechtsordnungen wieder vollständig aufgeholt hat. Nach unserer Einschätzung ist insoweit davon auszugehen, dass manch sanierungswilliger Unternehmer auch nach Inkrafttreten des ESUG weiterhin auf das bewährte Instrument eines (Zwangs-)Vergleichs auf Basis eines Scheme of Arrangement zurückgreifen wird.

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater verfügt über hohe Expertise im Bereich der insolvenzvermeidenden Beratung. Wir beraten Sie gerne. ■■

Florian Schiermeyer

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
schiermeyer@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

ESUG:

Neue Einflussmöglichkeiten für die Gläubiger

Einen wesentlichen Aspekt zur Verwirklichung des mit dem ESUG verfolgten Ziels der Erleichterung der Sanierung von Unternehmen bildet die Stärkung der Beteiligungsrechte der Gläubiger: Neben der Möglichkeit einer aktiven Einflussnahme auf die Auswahl der Person des Insolvenzverwalters stärkt das ESUG die Position der Gläubiger durch die gesetzliche Verankerung eines vorläufigen Gläubigerausschusses.

Da das wirtschaftliche Risiko eines Sanierungsversuchs letztlich immer von den Gläubigern getragen wird, hat sich der Gesetzgeber entschieden, ihnen in stärkerem Maß als bisher die Möglichkeit zu eröffnen, bei denjenigen Entscheidungen mitwirken zu können, die für die erfolgreiche Durchführung eines Insolvenzverfahrens maßgeblich sind.

Vorläufiger Gläubigerausschuss

Nach der bis zum 29.02.2012 geltenden Rechtslage war die Einsetzung eines Gläubigerausschusses erst im eröffneten Insolvenzverfahren vorgesehen. In der Praxis erfolgte jedoch vor allem bei Insolvenzen größerer Unternehmen eine informelle Einbindung der Gläubiger schon während des vorläufigen Insolvenzverfahrens (sog. Detmolder Modell). Wegen der fehlenden gesetzlichen Verankerung war jedoch umstritten, ob dieses Vorgehen zulässig ist. Die Tätigkeit in einem informellen Ausschuss war damit haftungsträchtig.

Durch das ESUG werden die gesetzlichen Grundlagen für die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses geschaffen: Nach Maßgabe von § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO ist das Gericht nunmehr jederzeit berechtigt, einen vorläufigen Ausschuss einzusetzen. Soweit gewisse Schwellenwerte überschritten werden, hat das Gericht sogar zwingend einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen. Dies gilt, wenn der Schuldner in dem der Antragstellung vorausgegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der nachstehenden Kriterien erfüllt:

- mindestens 4.840.000 EUR Bilanzsumme, nach Abzug eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags;
- mindestens 9.680.000 EUR Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;
- im Jahresdurchschnitt mindestens 50 Arbeitnehmer.

Die Initiative für die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses kann auch von den Gläubigern, dem Schuldner oder dem vorläufigen Verwalter ausgehen. Bei einem entsprechenden Antrag soll das Gericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen. In dem Antrag müssen Personen benannt werden, die als Ausschussmitglieder in Betracht kommen. Eine Einverständniserklärung der benannten Personen ist beizufügen.

Die wohl wichtigste Aufgabe des vorläufigen Gläubigerausschusses besteht zukünftig darin, dass er dem Gericht eine bestimmte Person als Insolvenzverwalter vorschlagen kann. Die Gläubiger erhalten außerdem die Möglichkeit zu einem vom Schuldner gestellten Antrag auf Eigenverwaltung Stellung zu nehmen: Die Anordnung der Eigenverwaltung setzt voraus, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Unterstützt der vorläufige Gläubigerausschuss den Antrag auf Eigenverwaltung durch einen einstimmigen Beschluss, so ist das Insolvenzgericht an dieses Votum gebunden.

Im Übrigen hat ein vorläufiger Gläubigerausschuss dieselben Aufgaben wie ein im eröffneten Verfahren tätiger Ausschuss, insbesondere also die Überwachung des Verwalters (§ 69 InsO) und die Erteilung von Zustimmungen zu bedeutsamen Rechtshandlungen (§ 160 InsO).

Der vorläufige Gläubigerausschuss soll aus einem Vertreter der absonderungsberechtigten Gläubiger, der Gläubiger mit den höchsten Forderungen, der Kleingläubiger und der Arbeitnehmer bestehen. Die zu seiner zutreffenden Besetzung erforderlichen Informationen soll das Insolvenzgericht dabei zukünftig dem Insolvenzantrag entnehmen können, weshalb der Schuldner zu entsprechenden Angaben verpflichtet ist.

So wünschenswert die Zielsetzung der stärkeren Einbindung der Gläubiger in der Theorie sein mag, so sehr begegnet die gesetzliche Neuregelung praktischen Bedenken: Im Falle einer Betriebsfortführung müssen durch das Gericht umgehend geeignete Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden. Da die Konstituierung des vorläufigen Ausschusses – jedenfalls bei einem nicht mit den Gläubigern vorabgestimmten Insolvenzantrag – ein zeitintensiver Vorgang ist, bleibt abzuwarten, ob die Gerichte die im ESUG vorgesehenen Möglichkeit zum Regelfall machen, zur Verhinderung einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners zunächst ohne vorherige Anhörung der Gläubiger einen vorläufigen Verwalter einzusetzen. In diesem Fall bliebe dem vor vollendete Tatsachen gestellten vorläufigen Gläubigerausschuss nur die Möglichkeit, den vom Gericht bestellten vorläufigen Verwalter in seiner ersten Sitzung einstimmig abzuwählen (§ 56a Abs. 3 InsO). Wegen des damit einhergehenden Zeitverlusts wird eine solche Maßnahme aber die Ausnahme bleiben, so dass das Reformziel in der Praxis möglicherweise nur eingeschränkt umgesetzt werden wird.

Auswahl des Insolvenzverwalters

Bislang erfolgt die Auswahl des Insolvenzverwalters durch das Gericht. Eine Beteiligung der Gläubiger war nicht vorgesehen, insbesondere bestand für sie nicht die Möglichkeit aktiv auf die Bestellung eines bestimmten Verwalters hinzuwirken. Ein entsprechender Vorschlag hatte bei manchen Gerichten vielmehr sogar zur Folge, dass der betreffende Verwalter vom Gericht konsequent als nicht unabhängig eingestuft und daher nicht bestellt wurde. Für die Gläubiger bestand in diesem Fall nur die Möglichkeit, den vom Gericht bestellten Verwalter in der ersten Gläubigerversammlung nach seiner Bestellung abzuwählen. Von dieser Möglichkeit wurde in der Praxis jedoch wenig Gebrauch gemacht, da der hierdurch eintretende Zeit- und Wissensverlust für eine Sanierung kontraproduktiv ist und außerdem der Vergütungsanspruch des abgewählten Insolvenzverwalters unverändert aus der Masse zu bedienen ist.

Wie bereits dargestellt, kann der vorläufige Gläubigerausschuss dem Gericht nunmehr vor der erstmaligen Bestellung des Verwalters einen konkreten Vorschlag unterbreiten. Außerdem sind die Gläubiger berechtigt, ein Anforderungsprofil festzulegen, das das Insolvenzgericht bei der Auswahl des Verwalters zwingend zugrunde zu legen hat. Spricht sich der Ausschuss einstimmig für eine bestimmte Person aus, ist das Insolvenzgericht an diesen Vorschlag gebunden, es sei denn die vorgeschlagene Person ist nach Auffassung des Insolvenzgerichts für die Übernahme des Amtes ungeeignet.

Geeignet ist die als Verwalter vorgeschlagene Person nur dann, wenn sie von den Gläubigern und vom Schuldner unabhängig ist. Das ESUG sieht insoweit vor, dass die Unabhängigkeit nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Vorgeschlagene den Schuldner vor Einreichung des Insolvenzantrags über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat – allerdings darf die Beratung lediglich in „allgemeiner Form“ stattgefunden haben. Demgegenüber ist die Unabhängigkeit nicht mehr gewahrt, wenn er – oder ein mit ihm zur gemeinsamen Berufsausübung verbundener Sozius – im Vorfeld der Insolvenz für den Schuldner an der Erarbeitung eines Insolvenzplans mitgewirkt hat.

„Gläubiger sollen umfassender auf das Verfahren Einfluss nehmen können.“

FAZIT: Mit Hilfe des neuen vorläufigen Gläubigerausschuss erhalten die Gläubiger anders als bisher die Möglichkeit, frühzeitig Einfluss auf das Verfahren und die Auswahl des Verwalters zu nehmen. In der Praxis wird sich diese Möglichkeit aber wohl nur in den Fällen sinnvoll nutzen lassen, in denen es gelingt, schon vor der Insolvenzantragstellung eine Absprache mit dem Schuldner zu erzielen. Bei überraschend gestellten Anträgen wird sich demgegenüber möglicherweise nichts daran ändern, dass das Gericht die Lufthoheit über die Bestellung des Verwalters behält.

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer berät regelmäßig Gläubiger bei der Wahrnehmung und Durchsetzung ihrer Rechte in der Insolvenz. Sprechen Sie mit uns. ■ ■

Dr. Cyril Rosenschon

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
rosenschon@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

ESUG:

Eigenverwaltung als neuer Königsweg?

Das Sanierungsinstrument der Eigenverwaltung hat in der Praxis nie in dem Ausmaß Bedeutung erlangt wie vom Gesetzgeber der Insolvenzordnung (InsO) ursprünglich erhofft. Diese Entwicklung will das am 01.03.2012 in Kraft tretende Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) umkehren: Die Eigenverwaltung soll ab sofort von der Ausnahme zur Regel werden. Zusätzlich soll ein sog. Schutzschirmverfahren dafür sorgen, dass der Schuldner in Ruhe ein Sanierungskonzept erarbeiten kann.

Im Jahre 2010 gab es in Deutschland insgesamt 31.998 Unternehmensinsolvenzen. Lediglich 214 Mal und damit nur in 0,66% aller Insolvenzverfahren kam es dabei zur Anordnung einer Eigenverwaltung.

Die geringe Bedeutung, die der Eigenverwaltung in der Insolvenz- und Sanierungspraxis zukommt, erklärt sich vor dem Hintergrund, dass seitens der Gläubiger in aller Regel kaum Bereitschaft besteht, das bisherige Management am Ruder zu belassen. Die bis zum 29.02.2012 geltende Rechtslage ging dementsprechend davon aus, dass in dem Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur dann eine Eigenverwaltung angeordnet werden kann, wenn die Gläubiger dieser Maßnahme ausdrücklich zustimmen.

Soweit aber die Ursachen für die wirtschaftliche Schieflage des Schuldnerunternehmen nicht von der aktuellen Geschäftsleitung zu verantworten sind oder während der Krise – letztlich aber eben doch zu spät – neue restrukturierungserfahrene Manager (sog. Fremdverwaltung im Gewand der Eigenverwaltung) eingesetzt wurden, kann ein in Eigenverwaltung durchgeführtes Insolvenzverfahren entscheidende Vorteile mit sich bringen: So wird durch die Anordnung einer Eigenverwaltung sichergestellt, dass unternehmensspezifisches Wissen erhalten bleibt, ohne dass sich ein Insolvenzverwalter erst mühsam und zeitraubend einarbeiten muss. Hinzu kommt, dass sich die Kosten im Falle einer Eigenverwaltung auf lediglich 60% der regulären Insolvenzverwaltervergütung belaufen.

Der Gesetzgeber hat die Mängel erkannt, die der als wünschenswert erachteten vermehrten Nutzung der Eigenverwaltung im geltenden Recht entgegenstehen und mit dem ESUG eine Reform der Vorschriften zur Eigenverwaltung auf den Weg gebracht.

Stärkung der Eigenverwaltung

Zukünftig kann der vom Schuldner gestellte Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung nicht mehr grundlos von den Gläubigern blockiert werden, denn es kommt nicht mehr auf die Zustimmung der Gläubiger an. Einzige entscheidende Voraussetzung für die Anordnung einer Eigenverwaltung ist vielmehr, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung einer Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führt (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Das wird beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Schuldner wegen Vermögens- oder Bankrottdelikten vorbestraft ist.

Spricht sich der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig für eine Eigenverwaltung aus, besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die Eigenverwaltung nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führt. An ein derartiges Votum sind die Gläubiger aber nicht für das gesamte Insolvenzverfahren gebunden, vielmehr kann die Eigenverwaltung bei einem entsprechenden Mehrheitsbeschlusses der Gläubigerversammlung später wieder aufgehoben werden. Diese Möglichkeit

steht auch einem einzelnen Gläubiger zu. Er muss dafür aber glaubhaft machen, dass ihm durch die Anordnung der Eigenverwaltung erhebliche Nachteile drohen.

Vorläufiger Sachwalter

Nach der alten Rechtslage konnte eine Eigenverwaltung erst im Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens angeordnet werden. Im vorläufigen Verfahren wurde zumeist eine vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet, wobei die Verfügungsbefugnis des Schuldners über sein Vermögen dergestalt beschränkt wurde, dass Verfügungen nur mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters wirksam sind. In der Praxis hatte dies oftmals zur Folge, dass das Vertrauen der Gläubiger in den Schuldner nur noch gering war, wenn bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Wechsel in die Eigenverwaltung stattfinden sollte.

Zukünftig kann eine Eigenverwaltung bereits während des vorläufigen Insolvenzverfahrens angeordnet werden. Unter der Voraussetzung, dass der Antrag des Schuldners auf Anordnung von Eigenverwaltung nicht von vorne herein offensichtlich aussichtslos ist, soll das Gericht die Verfügungsbefugnis des Schuldners grundsätzlich unbeschränkt lassen. Der Schuldner bleibt dadurch operativ vollständig handlungsfähig, was die Chancen für den Erfolg einer in Eigenverwaltung durchgeführten Sanierung erheblich erhöht.

Um die berechtigten Interessen der Gläubiger zu wahren, wird dem Schuldner ein vorläufiger Sachwalter zur Seite gestellt, dem in erster Linie die Überwachung des Schuldners obliegt (§ 270a Abs. 1 InsO). Der Schuldner ist berechtigt, die Person des Sachwalters vorzuschlagen, wobei das Gericht von einem Vorschlag nur dann abweichen kann, wenn der Vorgeschlagene offensichtlich für die Übernahme des Amtes ungeeignet ist.

Schutzschirmverfahren

Der „Todeskampf“ des Schuldners führt zu einer Auszehrung der Insolvenzmasse. Um dies verhindern zu können, hat der Gesetzgeber nach dem Vorbild des US-amerikanischen Rechts ein sog. Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) eingeführt. Dieses Schutzschirmverfahren soll sanierungswillige Schuldner dazu veranlassen, frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen: Unter der Voraussetzung, dass dies nicht erst bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit, sondern schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit (oder Überschuldung) geschieht und die in Eigenverwaltung angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist, kann das Gericht zukünftig eine Frist von maximal drei Monaten festlegen, während der der Schuldner in Ruhe einen Insolvenzplan vorbereiten kann.

Der Schuldner kann durch einen entsprechenden Antrag dafür sorgen, dass er während der vom Gericht festgesetzten Frist vor Zwangsvollstreckungen in das bewegliche Vermögen geschützt ist. Das Gericht kann darüber hinaus untersagen, dass Gegenstände, an denen ein Aus- oder Absonderungsrecht besteht, also beispielsweise von einem Gläubiger unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Waren oder geleaste Betriebsmittel, eingezogen oder verwertet werden. Dadurch wird sichergestellt, dass eine Fortführung des Schuldnerunternehmens während der vom Gericht gesetzten Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans möglich bleibt.

Zum Nachweis der für das Schutzschirmverfahren geltenden Anordnungsvoraussetzungen muss der Schuldner eine Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Beraters vorlegen, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber eben nicht bereits Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Es bleibt abzuwarten, welchen Maßstab die Gerichte an diese Bescheinigung anlegen werden. Wahrscheinlich ist aber, dass die Bescheinigung nach § 270b Abs. 2 Satz 3 InsO nicht die Kriterien eines Sanierungsgutachtens (IDW S 6) erfüllen muss.

„Die Eigenverwaltung soll von der Ausnahme zur Regel werden.“

Das Schutzschirmverfahren ist jedoch kein „Freibrief“ für den Schuldner: Es kann (mitsamt der zu seinem Schutz getroffenen Anordnungen) schon vor Ablauf der vom Gericht gesetzten Frist aufgehoben werden, wenn der vorläufige Gläubigerausschuss oder – bei Glaubhaftmachung für die Gläubiger nachteiliger Umstände – ein absonderungsberechtigter Gläubiger bzw. ein Insolvenzgläubiger dies beantragt oder die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist. Um das Gericht in die Lage zu versetzten, Letzteres beurteilen zu können, muss der Schuldner oder der vorläufige Sachwalter dem Gericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit mitteilen.

FAZIT: Das Schutzschirmverfahren wird dazu beitragen, die in Deutschland leider noch immer nicht in der Gesellschaft etablierte „Insolvenzkultur“ zu verbessern.

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater verfügt über langjährige Expertise bei der insolvenzspezifischen Wahrung der Interessen von Gläubigern und Schuldnern. Sprechen Sie mit uns. ■ ■

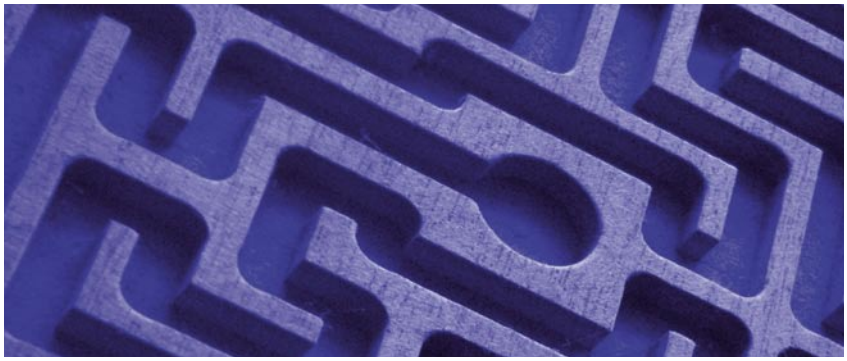
Clemens J. Jobe

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
jobe@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

ESUG:

Neues vom Insolvenzplanverfahren

Die Insolvenzordnung (InsO) bietet den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit einer Sanierung auf Basis eines sog. Insolvenzplans (§§ 217 ff. InsO). Der Gesetzgeber hat im Rahmen des ESUG auch insoweit die Bedürfnisse der Praxis aufgegriffen und das Insolvenzplanverfahren an einigen neuralgischen Stellen reformiert.



Das nach dem Vorbild des US-amerikanischen Verfahrens nach Chapter 11 US BC entwickelte Insolvenzplanverfahren ermöglicht die von den Vorschriften der Insolvenzordnung abweichende Regelung der Gläubigerbefriedigung und der Verteilung der Insolvenzmasse an die Beteiligten. Es bietet damit eine gegenüber der gesetzlichen Regelabwicklung gleichberechtigte, flexible Alternative für eine gläubigerautonome Bewältigung der Insolvenz mit dem Ziel, das schuldnerische Unternehmen unter Vermeidung seiner Zerschlagung zu sanieren. Es erlaubt insbesondere an den Rechtsträger gebundene Werte zu erhalten, wie etwa Lizenzen, Konzessionen, Genehmigungen oder steuerliche Verlustvorträge.

Das dem deutschen Insolvenzrecht bis dahin unbekannte Rechtsinstitut des Insolvenzplans gehörte zu den wesentlichen Neuerungen, die mit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung im Jahr 1999 eingeführt wurden. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags bezeichnete den Insolvenzplan bereits damals als ein Kernstück der Reform. Obwohl die damit verbundenen ökonomischen Chancen für die Beteiligten seit seiner Einführung im Grundsatz unbestritten waren, führte das Insolvenzplanverfahren in der Praxis bislang ein Schattendasein. Bei weniger als 2% der Unternehmensinsolvenzen wurde die Verfahrensabwicklung über die Regelungen des Insolvenzplanverfahrens angestrebt.

Als eine der wesentlichsten Hürden für das Zustandekommen von Insolvenzplänen hat sich die bisher fehlende Verknüpfung der Insolvenzplanregelungen zum Gesellschaftsrecht erwiesen. Die Insolvenzordnung sah zwar schon von jeher vor, dass die in einem Plan festgelegten Wirkungen mit Rechtskraft seiner Bestätigung für und gegen alle Beteiligten eintreten. Bislang waren aber die Anteilseigner am Insolvenzplanverfahren nicht beteiligt. Ihre Rechte blieben vom Insolvenzplan grundsätzlich unberührt. Gesellschafterbeschlüsse, wie beispielsweise der Fortsetzungsbeschluss hinsichtlich des insolventen Rechtsträgers, und Willenserklärungen von Gesellschaftern zur Übertragung von Anteilen konnten weder durch den Plan selbst noch durch Entscheidungen des Gerichts ersetzt werden. Entgegen der Erwartungen im Gesetzgebungsverfahren zur Insolvenzordnung scheiterten Insolvenzpläne in der Vergangenheit deshalb bislang häufig am Widerstand der Anteilseigner.

Durch das ESUG wird das Insolvenzplanverfahren nunmehr ausgebaut und gestrafft. Eine der wichtigsten Neuerungen stellt die jetzt eingeführte Möglichkeit dar, gegen angemessene Kompensation in die Rechte der Anteilseigner einzugreifen. Die Gesellschafter sind in diesem Fall nunmehr am Insolvenzplanverfahren zu beteiligen und neben den Gläubigern bei der Gruppenbildung und der Abstimmung über den Plan zu berücksichtigen. Bei verschiedenen Interessenlagen ist auch die Gleichbehandlung aller Anteilseigner nicht zwingend. Gegebenenfalls kann auch die Bildung verschiedener Gruppen zulässig sein. Über begleitende Regelungen wird sichergestellt, dass ein Veto der Gesellschafter nur ganz ausnahmsweise durchgreift, insbesondere bemisst sich das Stimmrecht alleine nach der Beteiligung am gezeichneten Kapital.

Mit der Möglichkeit, die Anteilsrechte in die gestaltende Wirkung eines Insolvenzplans einzubeziehen, ist zukünftig insbesondere ein Mittel gegeben mit dem Insolvenzplan Kapitalmaßnahmen zur Zufuhr von Eigenkapital zu verbinden. Kernstück stellt nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dabei die gänzliche oder teilweise Umwandlung von Gläubigerforderungen in Höhe der Quote im Wege der Sacheinlage in Geschäftsanteile dar. Durch die Neuregelungen wird über den so genannten, stets von der Zustimmung des betreffenden Gläubigers abhängigen Debt-

Equity-Swap hinaus, aber auch im Übrigen eine grundlegende Umgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Strukturen des Schuldners ermöglicht.

Die entscheidenden Vorteile der Neuregelungen liegen für die Gläubiger in der künftig bestehenden Handlungsalternative. Insbesondere unbesicherte Gläubiger sind im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens nicht mehr auf die Quote beschränkt, sondern können sich für eine Beteiligung an dem Unternehmen entscheiden.

Kennzeichnend für Insolvenzpläne war bisher zumeist, dass die Gläubiger eine in Relation zum Nominalwert betragsmäßig oftmals eher niedrige Planquote erhielten und auf den Rest ihrer Forderungen endgültig verzichteten. Regelungen für den Fall, dass das über den Plan sanierte Unternehmen sich schneller als erwartet erholte, waren die Ausnahme. Der in solchen Fällen erwirtschaftete Mehrwert floss allein den ursprünglichen Anteilseignern zu. Aufgrund der Neuerungen des ESUG erhalten die Gläubiger jetzt die Option, Einfluss auf die Entscheidungen der Unternehmensleitung zu erlangen und gegebenenfalls an Erträgen des sanierten Unternehmens zu partizipieren. Auch wenn dies regelmäßig weitere Einzahlungen voraussetzt, kann dies auch für Gläubiger mit nachrangigen Forderungen von Interesse sein, deren Forderungen ansonsten regelmäßig vollständig wertlos wären.

Auch eine weitere gewichtige Barriere für die Durchführung wirtschaftlich sinnvoller Insolvenzpläne – der Zeitfaktor zwischen Planverabschiedung und Aufhebung des Insolvenzverfahrens – wird durch die Neuregelungen erheblich verkleinert. Die bislang uneingeschränkte Möglichkeit jedes einzelnen Gläubigers, die Durchführung des Plans durch die Einlegung von Rechtsmitteln zu blockieren, wird stark beschnitten. Voraussetzung einer Beschwerde ist künftig, dass der Beschwerdeführer eine materielle Beschwerde in Form eines finanziellen Nachteils geltend macht. Weiterhin muss der Beschwerdeführer zuvor seine verfahrensrechtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft haben, um die Bestätigung des Plans zu verhindern. Die Beschwerde kann zur Beschleunigung des Planvollzugs jetzt außerdem bei überwiegendem Vollzugsinteresse vom allein zuständigen Landgericht auf Antrag des Insolvenzverwalters zurückgewiesen werden.

„Die Anwendungspraktikabilität des Insolvenzplanverfahrens wird erhöht."

Schließlich sollen die neuen Insolvenzplanregelungen in Verbindung mit dem vereinfachten Zugang zur eigenverwalteten Insolvenz (Schutzschirmverfahren) die Unternehmensleiter zu einer früheren Insolvenzantragstellung bewegen und damit einhergehend die Chancen zur Umsetzung von Insolvenzplänen erhöhen. Hinsichtlich der gesetzlichen Neuregelungen zum Schutzschirmverfahren möchten wir an dieser Stelle auf den in dieser Ausgabe enthaltenen Beitrag (Seite 14 f.) verweisen.

FAZIT: Es bleibt abzuwarten, ob das Insolvenzplanverfahren aufgrund der Neuerungen gegenüber dem Regelverfahren in der Praxis tatsächlich an Gewicht gewinnen wird. Die Weichen hierfür hat der Gesetzgeber jedenfalls gestellt.

HERMANN RWS
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater bietet sowohl Schuldnern als auch Gläubigern kompetente Unterstützung bei der Entwicklung und Umsetzung von Insolvenzplänen. Wir beraten Sie gerne. ■ ■

Andreas Ströder

HERMANN RWS
Bleichstraße 2-4 I 60313 Frankfurt
schroeder@hermann-law.com
Tel.: +49(0)69 913 092 - 0

Umsatzsteuer und Insolvenz:

A never ending story

Die gesetzlichen Regelungen zur Thematik Umsatzsteuer in der Insolvenz sind rar, die Judikatur (daher) um so zahlreicher und unübersichtlicher: In einer Ende 2010 in diesem Kontext ergangenen Entscheidung hat der Bundesfinanzhof den Vorrang des staatlichen Umsatzsteueranspruchs bestätigt und damit die ohnehin geringe Quotenerwartung der Gläubiger weiter reduziert. Seit dem 09.12.2011 liegt nun das die höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisierende BMF-Schreiben vor.

Nachdem der Bundesfinanzhof am 09.12.2010 (Az.: V R 22/10 – zur Veröffentlichung im BStBl. II vorgesehen) zur grossen Überraschung aller – auch auf Seiten der Fiskalverwaltung - entschieden hat, dass aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht die Forderungen (!) eines insolventen Unternehmens mit dessen Insolvenzeröffnung (aus Rechtsgründen) uneinbringlich werden, liegt nunmehr hierzu - exakt ein Jahr nach dieser Entscheidung – das lange und mit Spannung erwartete BMF-Schreiben vom 09.12.2011 (GZ.: IV D 2 – S 7330/09/10001:001, Dok: 2011/0992053) zur Anwendung des Urteils vor.

Der Reizpunkt an der BFH-Entscheidung ist, dass bei Entgeltvereinnahmung aus diesen Forderungen erst durch den Insolvenzverwalter des Leistenden die Umsatzsteuer auf diese entgeltlichen Leistungen aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung auch bei der Sollversteuerung nunmehr in den Rang einer Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO hochgestuft wurden. Der BHF begründet seine Entscheidung damit, dass das insolvente Unternehmen umsatzsteuerlich in einen vorinsolvenzrechtlichen und einen nachinsolvenzrechtlichen Unternehmensteil aufzuspalten sei. Mit Insolvenzeröffnung sei daher die Umsatzsteuer nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 UStG zu berichtigen. Mit späterer Vereinnahmung sei wiederum nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 UStG erneut zu berichtigen.

Der Empfänger einer steuerpflichtigen Leistung, die vom später insolventen Unternehmer vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbracht und für die das Entgelt wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus Rechtsgründen uneinbringlich wurde, hat zu diesem Zeitpunkt die auf die steuerpflichtige Leistung entfallenden Vorsteuerbeträge nicht nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 UStG zu berichtigen, so das BMF-Schreiben.

Dass der Vorsteuerabzug nur unter der Voraussetzung besteht, dass der Leistungsempfänger gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UStG eine Rechnung, die gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 1 UStG den leistenden Unternehmer zutreffend ausweist, enthalten muss, wird übergangen. Wenn der BFH schon zwischen vor- und nachinsolvenzrechtlichen Unternehmensteilen unterscheidet, stellt sich konsequenterweise auch die Frage, welcher Unternehmensteil die Leistung erbracht und damit auch die Rechnung ausstellen muss, zumal die beiden Unternehmensteile vom Fiskus unterschiedliche Steuernummern erhalten. Ein Insolvenzverwalter wird jedoch für vorinsolvenzlich erbrachte Leistungen schwerlich im Namen des

„Es besteht eine Tendenz zur Gewährung von Fiskusprivilegien zulasten anderer Gläubiger."

nachinsolvenzrechtlichen Unternehmensteiles eine Rechnung ausstellen, da „er" - nachinsolvenzrechtlich - die Leistung nicht erbracht hat.

Soweit die Forderungen des insolventen Unternehmens zur Sicherheit zediert sind (Globalzession, verlängerter Eigentumsvorbehalt), wird der Insolvenzverwalter gem. § 166 Abs. 2 InsO die Forderung einziehen. Im Rahmen der Abrechnung wird der Sicherungsnehmer künftig neben den bislang schon abgezogenen Feststellungs- und Verwertungskosten (§ 171 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 2 InsO) als weiteren Abzugsposten die nunmehr als Masseverbindlichkeit an den Fiskus abzuführende Umsatzsteuer gemäß § 171 Abs. 1, Abs. 2 Satz 3 InsO verschmerzen müssen.

Nachdem der BFH zudem am 28.07.2011 (Az.: V R 28/09) unter ausdrücklicher Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung nunmehr auch die Verwertungskosten als entgeltliche Leistung betrachtet und der Umsatzsteuer unterwirft, bekommt der Zessionar von abgetretenen Forderungen in Höhe von 119 € künftig nur noch 90,05 €, soweit sie denn überhaupt noch werthaltig sind und keine höheren Verwertungskosten als die 5%ige Pauschale anfällt. Dass bislang bereits ein grundsätzliches Haftungsproblem gemäß § 13 c UStG bestand, mag trösten aber nicht helfen.

Soweit eine umsatzsteuerliche Organschaft grundsätzlich erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Organgesellschaft endet, entsteht die erste Umsatzsteuerkorrektur bei Insolvenz der Organgesellschaft beim Organträger.

Die Entscheidung wird in der Fachliteratur vielfach als dogmatisch falsch kritisiert, ist aber in der Praxis zu beachten. Sie setzt die Tendenz des V. Senates einer fiskalfreundlichen Rechtsprechung und der Gewährung weiterer Fiskusprivilegien zulasten der anderen Gläubiger in der Insolvenz fort.

Die Grundsätze des BMF-Schreibens und damit die Vorgaben der BFH-Entscheidung sind erst für die Insolvenzverfahren anzuwenden, die nach dem 31.12.2011 eröffnet werden.

HERMANN RWS

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater verfügt aufgrund langjähriger Erfahrung im Bereich der Insolvenzverwaltung über umfassende Expertise im Spezialgebiet Umsatzsteuer in der Insolvenz. Sprechen Sie mit uns. Wir beraten Sie gerne. ■■

Rainer Bähr

HERMANN RWS
Schiffgraben 44 | 30175 Hannover
baehr@hermann-law.com
Tel.: +49(0)511 850 30 58 - 0

2012 –

Der deutsche Immobilienmarkt im Jahr 5 der Subprime Krise

Gastkommentar der Greenmarck Capital Advisors GmbH

Vor ziemlich genau 2 Jahren haben wir an dieser Stelle die Situation des deutschen Immobilienmarktes im Lichte der internationalen Finanzkrise analysiert und eine Einschätzung der weiteren Entwicklung versucht.

Unsere Kernthesen im Frühjahr 2010 lauteten:

1. Sowohl private als auch institutionelle Investoren suchen verstärkt langfristig vermietete Core-Immobilien an guten Standorten; die Preisschere zwischen den Top-Standorten und schwierigen Lagen weitet sich aus.

2. Das Interesse ausländischer Investoren an deutschen Objekten nimmt wieder zu; häufig findet dieses Geld aber nicht die passende Anlage

3. Wohnimmobilien bleiben ein langweiliges, aber solides Investment mit konjunkturell bedingten Seitwärtsbewegungen des Miet- und Kaufpreisniveaus.

Im Wesentlichen ist die Entwicklung so eingetreten und der damals ebenfalls untersuchte Worst Case einer zweiten Lehmann-Krise ist bisher nicht eingetreten. Unterschätzt haben wir den Run auf Wohnimmobilien sowie die damit verbundenen Preissteigerungen. Hier hat die Kombination aus historisch niedrigen Zinsen, Risikoaversität der Investoren und einem begrenztem Angebot zu einem starken und wie es derzeit scheint nachhaltigen Boom geführt.

Wie sehen nun die Perspektiven zu Beginn des Jahres 2012 aus?

Die fundamentalen Daten des abgelaufenen Jahres zeigen einen robusten Bürovermietungsmarkt, der im Zuge der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung deutliche Umsatzzuwächse an fast allen Standorten bei stabilen Mieten ausweist. Die gute Nachfrage verbunden mit einer nach wie vor verhaltenen Bautätigkeit ließ in vielen Städten die Leerstände sinken. Davon profitiert hat auch der Investmentmarkt, der mit insgesamt ca. € 23 Mrd. fast wieder an das Vorkrisenniveau anschließen konnte. Einen wesentlichen Beitrag daran haben Wohnungstransaktionen, die mit einem Umsatz von ca. € 6 Mrd. ein starkes Wachstum von fast 60% gegenüber 2010 vorweisen können.

Für 2012 ist der Ausblick eher verhalten. Die Unsicherheit über die weitere konjunkturelle Entwicklung führt zu entsprechend zurückhaltenden Beurteilungen seitens der Marktakteure. Ohne große exogene Schocks wird allenfalls eine Stagnation von Mieten und Investmentumsätzen auf dem Vorjahresniveau erwartet.

Neben den fundamentalen Rahmendaten ist Kapital unverändert der entscheidende Faktor:

Einerseits im Übermaß vorhanden und nach risikoarmen aber dennoch rentablen Anlagemöglichkeiten suchend, andererseits eine globale, latente Zeitbombe in Form syndizierter oder verbriefter Finanzierungen mit zweifelhaften Sicherheiten. Ein Großteil der in den Boomjahren 2005 und 2006 abgeschlossenen Akquisitionsfinanzierungen von Immobilienportfolien ist bereits oder wird in absehbarer Zukunft fällig. Bisher halten sich die publizierten Ausfälle in Grenzen. Mit Ausnahme eines über € 2 Mrd. schweren Deutschland-Portfolios einer amerikanischen Investmentbank, das Anfang 2010 an die finanzierende Bank übertragen wurde, sind spektakuläre Pleiten hierzulande bis dato nicht zu verzeichnen. Dies ist auch der gängigen Praxis des „Pretend und Extend“ geschuldet: Wenn der laufende Kapital- oder wenigstens der Zinsdienst noch erbracht werden kann, sind Gläubiger zwangsläufig bereit, Darlehen bei Fälligkeit auf kurzfristiger Basis zu prolongieren. Solange das Zinsniveau auf dem derzeitigen, historisch niedrigen Niveau bleibt, ist dies sogar mit erhöhten Margen für das finanzierende Institut möglich.

Das Problem der Anschlussfinanzierung wird dadurch jedoch nicht gelöst, sondern nur verschoben und in vielen Fällen sogar vergrößert; wenn nämlich große Mietverträge , z.B. aus Sale and Lease Back-Transaktionen, bei Fälligkeit nicht erneuert werden, bricht der Cash Flow stark ein und aus einem „Sub Performing Loan“, der zunächst lediglich ein technisches Bewertungsproblem hatte, wird über Nacht

ein veritabler „Non Performing Loan“. Zu beobachten ist dies bereits bei einigen europäischen CMBS-Pools, bei denen mittlerweile auch eine Reihe von Deutschen Objektfinanzierungen im „Special Servicing“ - sprich in der Verwertung - sind. Marktschätzungen gehen davon aus, dass weltweit über 50% aller seit 2007 emittierten CMBS-Transaktionen von Verlusten betroffen sind oder sein werden. Allein für Deutschland wird das Gesamtvolumen an notleidenden Immobilienkrediten auf € 250 Mrd. geschätzt. Addiert man die von Banken häufig etwas euphemistisch als „nicht strategisch“ klassifizierten Kreditbestände hinzu, gibt es in Deutschland ein latentes Verkaufsvolumen an immobiliar besicherten Darlehensforderungen i.H.v. insgesamt rund € 750 Mrd. (Zur Erinnerung: In den Jahren 2003-2007 wurden in der Bundesrepublik NPL-Portfolien im Gesamtvolumen von nominal € 50 Mrd. veräußert).

Auf Grund der Dimension der europäischen Staatsschuldenkrise, ist dieser Aspekt der Finanzkrise zunehmend in den Hintergrund getreten. Dabei waren Immobilienfinanzierungen – die US Subprime Kredite – deren ursprünglicher Auslöser. Vor dem Hintergrund der angespannten Situation im europäischen Bankensektor und den erhöhten regulatorischen Eigenkapitalanforderungen – Basel III – ist dies alles andere als nur Theorie.

Wir blicken der weiteren Entwicklung daher auch mit gemischten Gefühlen entgegen:
Fundamental erwarten wir keine großen Einbrüche in den Deutschen Gewerbeimmobilienmärkten. Projektentwickler, Investoren und nicht zuletzt Banken sind seit 2007 vorsichtig geworden. Spekulative Entwicklungen im Bürosektor sind selten geworden, so dass auch bei nachlassender Konjunktur keine großen Flächenüberhänge auf den Markt und die Mietpreise drücken sollten. Allerdings wird der Kampf um Mieter nicht leichter und der von uns bereits 2010 beobachtete Verdrängungswettbewerb zwischen Standorten wird sich zu Lasten der B und C-Lagen (und Objekte) weiter verschärfen. „Retail“ bleibt bei institutionellen Investoren - nicht zuletzt in Ermangelung von Alternativen - ein beliebtes Thema. Wir erwarten hier auch für 2012 ein hohes Transaktionsvolumen, sind jedoch skeptischer als der Marktkonsens über den tatsächlichen Bedarf an neuen Einzelhandelsflächen.

Wohnungen bleiben bis auf weiteres „Flavor of the day“, sowohl bei privaten als auch bei institutionellen Anlegern. Vermeintliche oder echte Inflationsgefahr hat in den letzten beiden Jahren zu erheblichen Preissteigerungen in den großen Ballungsräumen geführt. Das Anlegerinteresse konzentriert sich mittlerweile nicht mehr nur auf die etablierten Standorte. Allerdings scheint uns die Untergrenze bei den Renditen erreicht zu sein. Nach Abzug von Erhaltungs- und Verwaltungsaufwendungen werden heute beim Erwerb von Neubauanlagen kaum noch die Kapitalkosten verdient. Sollten die Kreditzinsen moderat steigen, kann es hier durchaus zu Preisrückgängen kommen.

Die Finanzkrise wird mittelbar und unmittelbar auch in diesem Jahr das bestimmende Thema bleiben. Zum einen wird die erheblich gestörte Refinanzierung im Bankensektor in Kombination mit dem aufsichtsrechtlich bewirkten Downsizing der Bilanzen die Fremdfinanzierung von Immobilien nicht nur deutlich verteuern, sondern in vielen Fällen grundlegend über das Zustandekommen von Transaktionen und Projekten entscheiden. Das erhöht die Volatilität in den Investmentmärkten. Traditionell eigenkapitalstarke Investoren wie die offenen Immobilienfonds haben zur Zeit eigene, hausgemachte Probleme und fallen als Käufer teilweise aus. Sollte der Damm brechen und die von einigen Marktbeobachtern seit längerem prophezeite Welle an Notverkäufen tatsächlich über uns hereinbrechen, werden die Preise für Objekte, die nicht „Core“ sind, erheblich unter Druck geraten.

Für einige Investoren wird dies die Zeit der besonders günstigen Akquisitionen sein, für andere das Ende.

Zu Greenmarck:

Die Greenmarck Capital Advisors GmbH ist auf das Investment Management von gewerblichen Immobilien- und Kreditportfolien in Deutschland spezialisiertes Beratungsunternehmen. Ein aktueller Schwerpunkt der Aktivitäten liegt in der Begleitung von Kreditinstituten und Darlehensnehmern bei der Restrukturierung von großen gewerblichen Darlehensbeständen. Hier bietet Greenmarck ein breites Leistungsspektrum an. Vom Interimsmanagement über Treuhandschaften bis zur Übernahme von Portfolien mit assoziierten Kapitalpartnern.

Quellen:

[1] Marktberichte BNP Paribas Real Estate , Jones Lang Lasalle, Savills

[2] BNP Paribas Real Estate

[3] Fitch Ratings, “Global Structured Finance Losses”, Special Report Dezember 2011

[4] Ernst & Young, „European Non Performing Loans Report 2011“

Klaas Ockens

Greenmarck Capital Advisors GmbH

Das vergessene Reformvorhaben: Insolvenz von Clearinggesellschaften (§ 104a InsO-E)

Der aus dem Februar 2011 stammende Entwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) sah ursprünglich eine Regelung zum Umgang mit dem Problem der Insolvenz von Clearinggesellschaften vor (§ 104 a InsO-E). Dieses Reformvorhaben wurde jedoch vom Gesetzgeber letztlich nicht umgesetzt. Angesichts der gegenwärtig deutlich spürbaren europäischen Währungskrise besteht insoweit also weiterhin erheblicher Reformdruck.

In der internationalen Börsenlandschaft des 21. Jahrhunderts haben multipolare, d.h. unter Beteiligung einer Vielzahl von Geschäftspartnern abgeschlossene Finanzgeschäfte, die über Clearinggesellschaften (sog. zentraler Kontrahent) abgewickelt werden, größere Bedeutung denn je zuvor. Das gilt beispielsweise für den (außerbörslichen) Handel mit Derivaten, dessen Clearing und Settlement über zentrale Kontrahenten durchgeführt wird.

Anders als bei herkömmlichen Börsengeschäften kommt bei Finanztransaktionen unter Einschaltung einer Clearinggesellschaft – wie etwa der in Deutschland ansässigen Eurex Clearing AG – kein Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer zustande. Vielmehr wird die Transaktion in zwei Geschäfte zwischen jeweils dem Käufer bzw. Verkäufer einerseits und dem zentralen Kontrahenten andererseits aufgespalten. Letzterer übernimmt das Ausfallrisiko und garantiert die Erfüllung der unter seiner Einbindung getätigten Geschäfte. Darüber hinaus ist der Zentrale Kontrahent direkt mit den verschiedenen internationalen Anbietern von Wertpapierverwahr- und -sammeldienstleistungen – wie etwa der Clearstream-Banking AG – verbunden, so dass zu jeder Zeit eine reibungslose Abwicklung des Handels sichergestellt werden kann.

Die Finanzkrise des Jahres 2008 hat gezeigt, dass die Regulierung und die dadurch erst geschaffene Transparenz des integrierten Verbundes von Börsen und Clearinggesellschaften einen wertvollen Beitrag zur Stabilisierung der Finanzmärkte leisten. Wie der Fall der Insolvenz des Clearing-Mitglieds Lehman Brothers International (Europe) gezeigt hat, sind aber trotz der während der Krise insgesamt bewährten Marktinfrastruktur Verbesserungen des regulatorischen Rahmens notwendig.

Als problematisch erweist sich dabei vor allem der Umstand, dass die Anwendung des geltenden Insolvenzrechts im Hinblick auf noch nicht abgeschlossene Finanzgeschäfte für die betroffenen Marktteilnehmer oftmals ungünstige Folgen nach sich zieht: Auf Grundlage von § 104 InsO muss im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Clearing-Mitglieds nämlich eine sofortige Barabrechnung aller offenen Geschäftspositionen erfolgen. Im Krisenfall kann das aus dieser starren Regelung resultierende systemische Risiko zu Dominoeffekten unter den Kunden des Clearing-Systems führen, welche die Stabilität des Finanzmarktes als Ganzes gefährden.

Um das Vertrauen in die Märkte auch in Zukunft sicherstellen zu können, bedarf es vor diesem Hintergrund – wie in § 104a InsO-E vorgesehen – einer Regelung, die die Übertragung von Kundengeschäften (und der zugehörigen Sicherheiten) aus dem Portfolio des insolventen Clearing-Mitglieds an andere – solvente – Clearing-Mitglieder ermöglicht. Zudem sollte die Möglichkeit einer marktschonenden Glattstellung von Kundengeschäften vorgesehen werden, wenn und soweit eine derartige Übertragung nicht möglich ist.

Der Gesetzgeber, der den skizzierten Standortnachteil des deutschen Finanzplatzes erkannt hat, bleibt angesichts der europäischen Währungskrise aufgefordert, so schnell als möglich eine normative Regelung zu schaffen, die die Kunden eines Clearing-System angemessen schützt. ■■

Irene Bayer

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
jobe@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

Informationen über ein Inhouse-Seminar:

Das neue Insolvenzrecht nach ESUG – Auswirkungen auf die Praxis

Hermann RWS Hermann Jobe & Partner bietet Beteiligungsunternehmen sowie Banken und Sparkassen ein Inhouse-Intensiv-Seminar zur Thematik der neuen Insolvenzordnung auf Basis des ESUG an.

„Sprechen Sie mit uns. Wir lassen Ihnen gerne detaillierte Informationen zukommen."

Seminarinhalte

Das in wesentlichen Teilen am 01.03.2012 in Kraft tretende Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) soll primär zu einer Stärkung der Instrumente Insolvenzplan und Eigenverwaltung führen. Der Gesetzesentwurf sieht außerdem vor, dass Gläubiger künftig stärkeren Einfluss auf Insolvenzverfahren nehmen können, als das bisher der Fall ist.

Das Inhouse Intensiv-Seminar informiert Sie insbesondere über

- die Hintergründe der im Rahmen des Gesetzentstehungsverfahrens diskutierten Reformvorhaben und die damit verbundenen Zielsetzungen;
- die im Rahmen des ESUG vorgesehenen Instrumente zur Stärkung der Rechtsposition der Gläubiger, insbesondere die zukünftig bestehende Möglichkeit der Auswahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubiger (§ 56 InsO) und die Rechte des vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 22a InsO);
- die Stärkung des Sanierungsinstruments der Eigenverwaltung (§ 270a InsO), insbesondere das neu in die InsO aufgenommene vorinsolvenzrechtliche Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO); und
- die Straffung und den Ausbau des Insolvenzplanverfahrens, insbesondere den erleichterten Eingriff in die Rechte der Anteilsinhaber im Hinblick auf die Durchführung von Kapitalmaßnahmen (§ 225a InsO) und die durch das ESUG umgesetzten Maßnahmen zur Reduzierung von Blockadepotentialen der beteiligten Personengruppen.

HERMANN
HERMANN JOBE & PARTNER
RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER

Zielgruppe

Verantwortliche von Beteiligungsgesellschaften, Geschäftsleiter und Mitarbeiter der Sanierungs-/Abwicklungsabteilungen von Banken und Sparkassen.

Fortlaufende Informationen

Alle Seminarteilnehmer erhalten für die Dauer von einem Jahr nach Seminarteilnahme kostenlos Informationen über die praktische Umsetzung der durch das ESUG eingeführten Regelungen und etwaige neue Rechtsprechung zum ESUG.

Referent

Rechtsanwalt Clemens J. Jobe ist Partner der Kanzlei Hermann RWS Hermann Jobe & Partner. Er verfügt über jahrelange Erfahrung in Insolvenzfällen. Er berät regelmäßig Banken, Sparkassen, Eigenkapital- und Mezzanine-Investoren beim Umgang mit notleidenden Engagements. Rechtsanwalt Jobe ist Autor zahlreicher Fachpublikationen sowie Herausgeber und Mitautor des *Buches Work Out - Management und Handel von Problemkrediten.* ■■

Clemens J. Jobe

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
jobe@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0