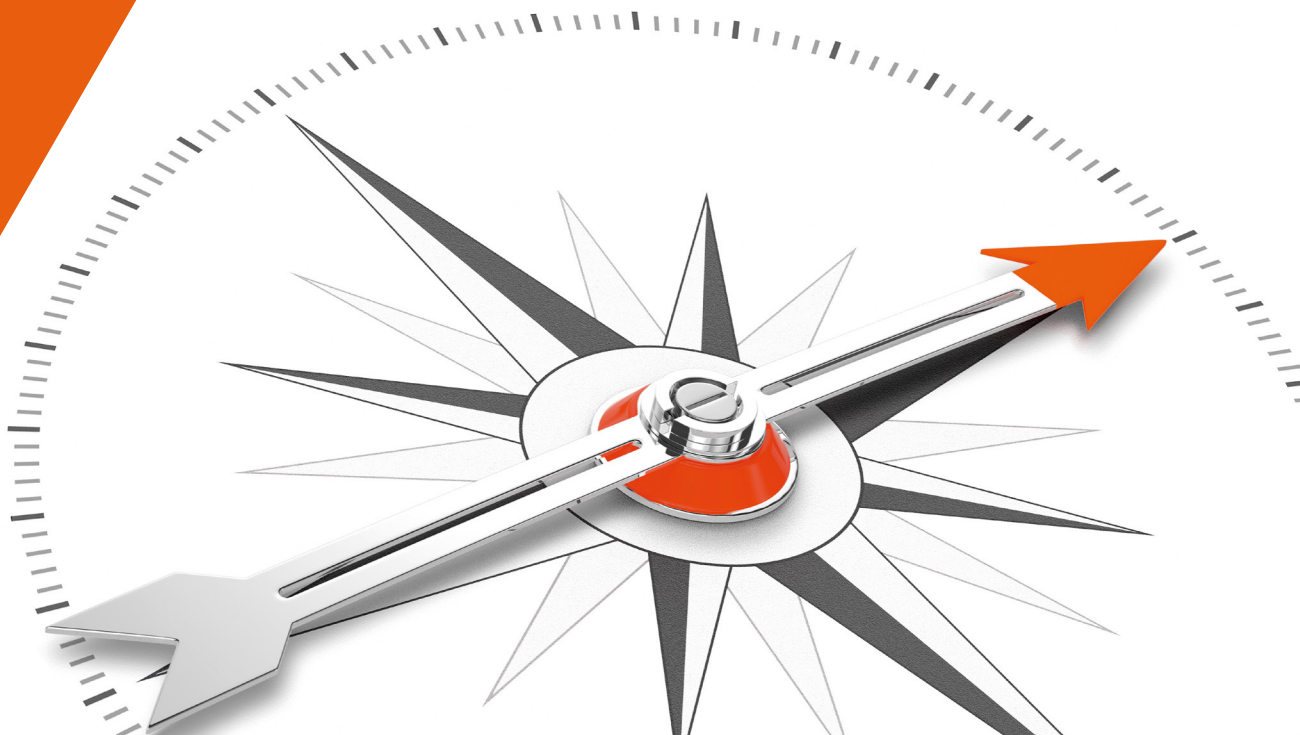


Aktuelle Informationen für Mandanten | Ausgabe 2021

# ESCHE news

## Insolvenzrecht und Restrukturierung



INHALT

➤ Editorial .....	.03
➤ <b>Der Unterschied zwischen geliefert haben und geliefert sein</b> RA Dr. Jörn-Henrik Meyn .....	.04
➤ <b>Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19- Insolvenzaussetzungsgesetz – eher Fluch als Segen?</b> RA Marc Heinrich .....	.07
➤ <b>Das StaRUG – Neue Restrukturierungsmöglichkeiten ohne Insolvenz</b> RA Jan Kind .....	.10
➤ <b>Auswirkungen des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens gem. StaRUG auf arbeitsrechtliche Umstrukturierungen</b> RAin Katharina Krimm .....	.12
➤ <b>Insolvenzverwalter und Wirtschaftsprüfer: fachübergreifende Zusammenarbeit</b> WP StB Michael Kapitza .....	.13
➤ <b>Intern – In eigener Sache</b> .....	.15
➤ <b>Ihre Ansprechpartner auf einen Blick</b> .....	.16

## Liebe Leserinnen und Leser,

wir alle sind durch die Corona-Pandemie, die für die meisten von uns unvorstellbar war, privat und geschäftlich derzeit stark beeinträchtigt. Die Zeit nach der Pandemie wird anders sein als zuvor. Die kommenden Wochen und Monate werden zeigen, wie stark unsere Wirtschaft tatsächlich durch die Krise betroffen ist. Viele Unternehmen werden sich neu aufstellen müssen, um unter neuen Rahmenbedingungen zukünftig erfolgreich am Markt agieren zu können.

Mit der Ihnen vorliegenden Ausgabe unserer ESCHE NEWS wollen wir die wichtigen Themen Restrukturierung, Sanierungsberatung und Insolvenzberatung besonders hervorheben. Unseren Mandanten möchten wir bei diesen Themen mit einer fundierten, schnellen und praktisch hilfreichen Beratung zur Seite stehen.

Die Bedeutung dieses Beratungsbereichs haben wir mit zwei Partnererennungen unterstrichen. Herr Marc Heinrich (seit dem 1. Januar 2020) und Herr Jan Kind (seit dem 1. Januar 2021) sind neue Associated Partner unserer Sozietät im Bereich Restrukturierung, Sanierungs- und Insolvenzberatung. Unsere neuen Partner ergänzen ein erfahrenes und eingespieltes Team aus Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern.

In dieser Ausgabe der ESCHE NEWS finden Sie praxisrelevante Beiträge von unserem multidisziplinären Team zu spannenden Themen rund um die Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz. Bitte sprechen Sie uns jederzeit gern an, wenn Sie dazu weitere Informationen wünschen. Die Kontaktdaten unserer Autoren finden Sie in diesem Heft.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Philipp Engelhoven  
(Partner)

RECHT AKTUELL

## Der Unterschied zwischen geliefert haben und geliefert sein

### Das Bargeschäftsprivileg

Haben Sie das auch schon erleben dürfen? Sie beliefern einen Ihrer Kunden bestellungsgemäß und senden ihm anschließend Ihre Rechnung zu. Der Kunde zahlt zunächst nicht. Sie versenden die erste Mahnung, dann die zweite. Nun meldet sich Ihr Kunde bei Ihnen und teilt mit, er habe „Liquiditätsprobleme“ und könne Ihre Forderung derzeit noch nicht bezahlen. Wegen der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf die gesamtwirtschaftliche Lage habe er Forderungsausfälle erlitten und hohe Außenstände, die er erst einziehen müsse. Er rechne damit, Ihre Forderungen in ca. 4 Wochen bezahlen zu können. Sie reagieren auf das Schreiben nicht, beschließen aber, weiter abzuwarten. Zum einen haben Sie Verständnis für die wirtschaftliche Situation Ihres Kunden. Zum anderen wollen Sie Ihren Kunden nicht durch eine gerichtliche Anspruchsverfolgung verprellen. Sechs Wochen später zahlt der Kunde an Sie. Alles gut, denken Sie.

Zehn Monate später erhalten Sie Post von einem Rechtsanwalt. Er teilt Ihnen mit, dass ein Amtsgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen Ihres Kunden eröffnet und ihn zum Insolvenzverwalter ernannt habe. Die Insolvenzeröffnung gehe auf einen von Ihrem Kunden wegen Zahlungsunfähigkeit gestellten Insolvenzantrag zurück. Der Insolvenzverwalter erklärt Ihnen gegenüber die Insolvenzanfechtung hinsichtlich der von Ihrem Kunden an Sie geleisteten Zahlung und fordert Sie auf, den gezahlten Betrag an die Insolvenzmasse zu erstatten. Zur Begründung führt er aus, Ihr Kunde sei zum Zeitpunkt der Zahlung bereits zahlungsunfähig gewesen. Er sei schon zum Zeitpunkt der Zahlung mit mehreren anderen fälligen Verbindlichkeiten belastet gewesen, die bis heute unbezahlt geblieben seien. Dies sei Ihrem Kunden – selbstverständlich – bekannt gewesen. Ihr Kunde habe die Zahlung deshalb mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz geleistet. Dieser Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sei Ihnen bekannt gewesen, denn der Kunde habe Ihnen vor der Zahlung mitgeteilt, sich in „Liquiditätsschwierigkeiten“ zu befinden und nicht zahlen zu können. Ihre Erstattungspflicht ergebe sich aus §§ 133, 143 Insolvenzordnung (InsO). Wie können Sie sich zukünftig vor so etwas schützen?

### Unmittelbare gleichwertige Gegenleistung

§ 142 InsO, der das sogenannte Bargeschäft regelt, zeigt einen möglichen Weg auf. Danach ist eine Leistung eines Schuldners (z. B. eine Zahlung Ihres Kunden), für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in dessen Vermögen gelangt, nur



### Kontakt für weitere Infos:

Dr. Jörn-Henrik Meyn  
RA, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-0  
joern-henrik.meyn@esche.de



anfechtbar, wenn erhöhte Anforderungen erfüllt sind. Eine dieser Anforderungen ist, dass der Schuldner „unlauter“ handelte. Gemäß § 142 Abs. 2 InsO ist der Austausch von Leistung und Gegenleistung unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Ein „Bargeschäft“ im Sinne dieser gesetzlichen Vorschrift setzt also nicht voraus, dass Bargeld fließt. Der Grund für das Bargeschäftsprivileg liegt darin, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen werden würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen Geschäfte, durch die in einem engen zeitlichen Zusammenhang gleichwertige Gegenleistungen in sein Vermögen gelangen, der Insolvenzanfechtung unterliegen würden. Die Geschäftspartner eines Schuldners, also Sie, sollen in ihrem Vertrauen geschützt werden, das von einem späteren Insolvenzschuldner Geleistete auch behalten zu dürfen und nicht im Wege der Insolvenzanfechtung an einen späteren Insolvenzverwalter herausgeben zu müssen. § 142 Abs. 1 InsO setzt eine Leistung des Schuldners aus seinem pfändbaren Vermögen und eine in sein Vermögen gelangende ausgleichende Gegenleistung seines Vertragspartners voraus. Das bloße Versprechen des Vertragspartners, eine Leistung zu erbringen, stellt noch keine Gegenleistung dar. Die Gegenleistung muss tatsächlich in das Vermögen des Schuldners gelangen. Unerheblich ist dagegen, ob sie im weiteren Zeitablauf im Vermögen des Schuldners erhalten bleibt. Daher können solche Gegenleistungen auch Dienstleistungen oder Lieferungen von Verbrauchsgütern sein. Dagegen stellt es kein Bargeschäft dar, wenn ein Schuldner eine Barzahlung auf eine fällige Schuld leistet und dadurch seine Verbindlichkeiten verringert.

### Parteivereinbarung

Grundsätzlich gilt, dass die Leistung und die Gegenleistung durch eine Vereinbarung zwischen dem Schuldner und seinem Vertragspartner verknüpft sein müssen. Es kommt auf die tatsächlich getroffenen Absprachen an. Ein bloßer ursächlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den beidersei-

tigen Leistungen genügt nicht. Wenn beim Leistungsaustausch wesentlich von der Vereinbarung abgewichen wird, liegen die Voraussetzungen für ein Bargeschäft regelmäßig nicht vor.

### **Gleichwertigkeit der Leistungen**

Die beiderseitigen Leistungen müssen gleichwertig sein, um dem Bargeschäftsprivileg zu unterfallen. Wenn die dem Schuldner zufließende Leistung höherwertig ist, ist dies allerdings unschädlich. Die Gleichwertigkeit ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen. Dass die Beteiligten eine subjektive Vorstellung von einer Gleichwertigkeit hatten, reicht nicht aus. Unschädlich sind geringfügige Wertschwankungen, die zum Beispiel aus marktüblichen Preisveränderungen resultieren können. Die Gegenleistung muss nicht notwendig noch zur Insolvenzmasse gehören und damit der Befriedigung der Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehen. Deshalb können auch Dienstleistungen, Verbrauchsgüter oder unpfändbare Gegenstände Gegenstand von Bargeschäften sein. Für die Beurteilung der Gleichwertigkeit ist der Zeitpunkt maßgeblich, in welchem die erste Vertragsleistung erbracht wird; spätere Änderungen des ursprünglichen Vertragsinhalts bleiben außer Betracht, es sei denn, die Geltung von Tagespreisen ist wirksam vereinbart oder entspricht der Verkehrssitte. Die Gegenleistung muss wegen des Sinns und Zwecks des § 142 InsO den Wert der Leistung des Schuldners voll ausgleichen. Nicht gleichwertig sind deshalb die vereinbarte Zahlung eines überhöhten Kaufpreises durch den Schuldner oder die Leistung eines Gläubigers, der einen neuen Auftrag des Schuldners nur gegen zusätzliche Bezahlung von Altschulden ausführt. Problematisch können in diesem Zusammenhang Regelungen in Ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen sein. Ist dort etwa ein erweiterter Eigentumsvorbehalt geregelt, der vorsieht, dass der Schuldner Eigentum an von Ihnen gekauften Gegenständen erst erwirbt, wenn er nicht nur den Kaufpreis bezahlt, sondern auch alle anderen Ansprüche aus der Geschäftsverbindung mit Ihnen tilgt, scheidet ein Bargeschäft aus.

### **Enger zeitlicher Zusammenhang**

Ein Bargeschäft liegt nur vor, wenn Leistung und Gegenleistung vereinbarungsgemäß unmittelbar, also in einem engen zeitlichen Zusammenhang, ausgetauscht werden. Jede Kreditgewährung, die in einer verzögerten Abwicklung des Geschäftes liegt, schließt ein Bargeschäft aus. Schon die Stundung um nur eine Woche kann schädlich sein, wenn sie darauf beruht, dass der Schuldner zum Fälligkeitszeitpunkt nicht leisten kann. Dabei ist unerheblich, wer die Verzögerung verursacht hat. Die Unmittelbarkeit im Sinne des § 142 InsO setzt nicht notwendigerweise einen sofortigen Zug-um-Zug-Austausch der Leistungen voraus. Es kommt auf maßvoll vereinbarte Zahlungsfristen an. Eine gewisse, nicht zu lange Zeitspanne zwischen Leistung und

Gegenleistung kann unschädlich sein, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalles noch verkehrsüblich ist. Dabei kommt es nicht nur auf die Vorstellung der Parteien an. Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal ist vielmehr, ob das Rechtsgeschäft unter Berücksichtigung der konkreten Erfüllungsmöglichkeiten oder der Verkehrsüblichkeiten nach der Auffassung des allgemeinen Rechtsverkehrs noch als einheitliche Bardeckung oder schon als Kreditgeschäft beurteilt wird. Daher lässt sich der Zeitraum nicht pauschal bestimmen, sondern ist abhängig von den geschäftlichen Gepflogenheiten der jeweiligen Branche bei vergleichbaren Geschäften. Allerdings lässt sich dem Rechtsgedanken des § 286 Abs. 3 BGB entnehmen, dass ein längerer Zeitraum als 30 Tage wohl regelmäßig nicht in Betracht kommt. Diese Vorschrift regelt nämlich, dass der Schuldner einer Geldforderung in Verzug gerät, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung leistet. Beim Kauf beweglicher Sachen kann ein Zeitraum von etwa 2 Wochen zwischen Lieferung, Rechnungstellung und Bezahlung der üblichen Abwicklung eines Bargeschäftes entsprechen. Ein Zeitraum von mehr als 30 Tagen ist hingegen im Hinblick auf die gesetzliche Regelung in § 286 Abs. 3 BGB wohl regelmäßig zu lang. Das trifft auch für die Bezahlung von Dienstleistungen zu. Bei Dauerschuldverhältnissen (z. B. Miete) kommt es nicht auf den Zeitraum zwischen dem Vertragsschluss und der Zahlung an. Stattdessen ist entscheidend, ob die Leistung eines Schuldners zeitnah zu dem vertraglich festgelegten Termin erfolgt. Bei Energie- oder Wasserlieferungen eines Versorgungsunternehmens sind vertraglich vereinbarte Vorauszahlungen innerhalb eines jeweiligen Abschlagszeitraums als „unmittelbar“ i. S. d. § 142 InsO anzusehen. Eine Besonderheit gilt, wenn der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt zahlt. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 142 Abs. 2 InsO ist dann ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts 3 Monate nicht übersteigt.

### **Unlauteres Handeln des Schuldners**

Beim Vorliegen der Voraussetzungen eines Bargeschäftes ist eine Insolvenzanfechtung nur noch möglich, wenn trotzdem eine (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung eingetreten ist und der Schuldner nicht nur mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, sondern „unlauter“ gehandelt hat und der Gläubiger sowohl den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz als auch die Unlauterkeit des Schuldners kannte. Als Beispiele für unlautere Rechtshandlungen eines Schuldners in der Krise, die anfechtbar bleiben sollen, nennt die Gesetzesbegründung z. B. Ausgaben für „flüchtige Luxusgüter“, das „Abstoßen von Betriebsvermögen, das zur Aufrechterhaltung des Betriebs unverzichtbar ist“ und „wenn der Schuldner den vereinnahmten Gegenwert seinen Gläubigern entziehen will“. In allen diesen Fällen liegt die (mit-

telbare) Gläubigerbenachteiligung darin, dass die Gegenleistung an den Schuldner für die Gläubigerbefriedigung nicht mehr zur Verfügung steht. Wenn dem Vertragspartner die dadurch bewirkte Gläubigerbenachteiligung positiv bekannt ist, bedarf er – so die Wertung des Gesetzes – nicht mehr des Schutzes durch das Bargeschäftsprivileg im Sinne des § 142 InsO. Dies gilt auch dann, wenn Preis und Leistung in einem angemessenen Verhältnis stehen.

### **Darlegungs- und Beweislast**

Wenn der Insolvenzverwalter in einem Rechtsstreit nachgewiesen hat, dass die Voraussetzungen eines Insolvenzanfechtungstatbestandes vorliegen, obliegt es dem Anfechtungsgegner, der die Anfechtung unter Bezugnahme auf § 142 InsO abwehren will, die Voraussetzungen dieser Vorschrift in vollem Umfang darzutun und zu beweisen. Insbesondere hat der Anfechtungsgegner auch zu beweisen, dass seine Gegenleistung der Parteivereinbarung entspricht und in einem unmittelbaren, also in einem nach Maßgabe der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs engen zeitlichen Zusammenhang, erbracht wurde. Die Darlegung und der Beweis, dass der Schuldner unlauter gehandelt hat, obliegen dann wieder dem Insolvenzverwalter.

### **Fazit**

Im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft oder einer natürlichen Person überprüft der Insolvenzverwalter nach der Insolvenzeröffnung regelmäßig die vor der Insolvenz noch vom Schuldner erbrachten Leistungen. Stellt er dabei fest, dass einzelne Gläubiger bevorzugt wurden, obwohl der Gläubiger die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte, kann der Insolvenzverwalter die Leistung anfechten und vom Gläubiger zurückfordern. Das oben dargestellte Bargeschäftsprivileg kann Gläubigern einen wirksamen Schutz vor solchen Insolvenzanfechtungen bieten. Dies gilt insbesondere, nachdem ein Schuldner einen Gläubiger auf seine wirtschaftlichen Schwierigkeiten hingewiesen und ihn aufgefordert hat, die Geschäftsbeziehungen trotzdem aufrecht zu erhalten und fortzusetzen. Das Insolvenzanfechtungsrecht, zu dem das hier in Rede stehende Bargeschäftsprivileg gehört, ist für Gläubiger ein rechtliches „Minenfeld“. Jedem Gläubiger, der mit einem kriselnden Unternehmen in Geschäftsbeziehungen steht oder zu einem solchen eine Geschäftsbeziehung beginnen will, ist deshalb zu raten, rechtzeitig die qualifizierte Beratung eines Fachanwaltes für Insolvenzrecht in Anspruch zu nehmen.

*Dr. Jörn-Henrik Meyn*

*Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Partner*

RECHT AKTUELL

## Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – eher Fluch als Segen?

Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder ist sie überschuldet, hat die Geschäftsleitung gem. § 15a Abs. 1 InsO ohne schuldhaftes Zögern einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft zu stellen. Der Antrag ist spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und – nach der Neufassung der Insolvenzordnung seit dem 01.01.2021 – sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung zu stellen.

Zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie haben Behörden im März 2020 die Schließung einer Vielzahl von Freizeit-, Kultur- und Kinderbetreuungseinrichtungen, Gastronomiebetrieben und Einzelhandelsgeschäften angeordnet und zahlreiche öffentliche Veranstaltungen untersagt. Gesundheitsbehörden haben für Menschen, die sich mit dem Virus infiziert haben oder die Kontakt mit Infizierten hatten, häusliche Quarantäne angeordnet. In der Folge haben auch Unternehmen des produzierenden Gewerbes ihr Geschäft beschränkt oder eingestellt. Dass diese Entwicklung die betroffenen Unternehmen in den Ruin würde führen können, war offensichtlich. Der Gesetzgeber hat deswegen mit dem Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.03.2020 versucht, Maßnahmen zu ergreifen, um die betroffenen Unternehmen zu unterstützen. Unter anderem wurde das Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG) eingeführt, welches zunächst bis zum 30.09.2020 galt. Nachdem die COVID-19-Pandemie im September 2020 noch nicht überwunden war, wurde die Insolvenzantragspflicht für überschuldete Unternehmen mit dem Gesetz zur Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes vom 25.09.2020 bis zum 31.12.2020 weiter ausgesetzt. Nachdem sich dann im Dezember 2020 zeigte, dass die „Überbrückungshilfe II“ und die „außerordentliche Wirtschaftshilfe November und Dezember“ aufgrund der Vielzahl der zu bearbeitenden Fälle und aufgrund von IT-Problemen beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie bestenfalls schleppend an die antragsberechtigten Unternehmen ausgezahlt wurde, wurde die Insolvenzantragspflicht mit dem Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz (SanInsFoG) vom 22.12.2020 für



**Kontakt für weitere Infos:**

Marc Heinrich  
RA, Associated Partner  
Tel +49 (0)40 36805-0  
marc.heinrich@esche.de



solche Unternehmen bis zum 31.01.2021 weiter ausgesetzt, die noch staatliche Hilfeleistungen erwarten konnten. Die behördlichen Maßnahmen in Reaktion auf die Zunahme des Infektionsgeschehens sind im Dezember 2020 und Januar 2021 nochmals ausgeweitet und verlängert worden (insb. sog. „November- und Dezemberhilfen“, „November- und Dezemberhilfe Plus“, „November- und Dezemberhilfe Extra“, „Überbrückungshilfe III“). Die Bearbeitung der Anträge auf die Gewährung der beantragten Hilfen stockt jedoch noch immer. Versteckt in dem am 28.01.2021 beschlossenen Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zur Abgabenordnung wurde die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht deshalb nochmals bis zum 30.04.2021 für Unternehmen ausgesetzt, die staatliche Hilfeleistungen aus den zur Abmilderung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie aufgelegten Hilfsprogrammen erwarten können.

So sinnvoll die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht in den vergangenen Monaten im Lichte der durch die COVID-19-Pandemie hervorgerufenen schwierigen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auch erscheinen mag, die Maßnahme stellt die Geschäftsführer der betroffenen Unternehmen, deren Geschäftspartner und die Volkswirtschaft vor erhebliche Probleme.

### Haftungsgefahren für Geschäftsführer

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht hat Wirkung gezeigt. Obwohl der Umsatz vieler Unternehmen durch die Maßnahmen zur Eingrenzung der Pandemie eingebrochen ist, meldeten die deutschen Amtsgerichte im Zeitraum von Januar bis September 2020 durchschnittlich 13,1 % weniger Unternehmensinsolvenzen an das Statistische Bundesamt als im entsprechenden Zeitraum 2019; im Oktober waren es sogar 31,9 % weniger als im Oktober 2019. Ist also die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht eine Erfolgsgeschichte? Wahrscheinlich wird sie im Rückblick nicht als solche gesehen werden. Es zeichnet sich ab, dass gerade Geschäftsleiter kleiner und mittelgroßer

Unternehmen, die tendenziell schlechter beraten sind als solche größerer Unternehmen, sich nicht bewusst waren bzw. sind, dass der Gesetzgeber die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht an hohe und in unterschiedlichen Zeiträumen divergierende Voraussetzungen geknüpft hat:

- Im Zeitraum 01.03.2020 bis 30.09.2020 war die Insolvenzantragspflicht nur dann ausgesetzt, wenn die Insolvenzreife auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus beruhte und wenn Aussichten darauf bestanden, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.
- Im Zeitraum 01.10.2020 bis 31.12.2020 war die Insolvenzantragspflicht allein wegen bestehender Überschuldung nur dann ausgesetzt, wenn die Insolvenzreife auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus beruhte, und – so muss man es wohl in den Gesetzestext hineinlesen – wenn Aussichten darauf bestanden, die Überschuldung zu beseitigen.
- Vom 01.01.2021 bis 30.04.2021 war bzw. ist die Insolvenzantragspflicht nur noch ausgesetzt, wenn die Insolvenzreife des Unternehmens auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus beruhte, wenn im Zeitraum 01.11.2020 bis 28.02.2021 ein Antrag auf die Gewährung finanzieller Hilfeleistungen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie gestellt wurde bzw. werden wird, wenn Aussicht auf Erlangung der Hilfeleistung bestand bzw. besteht und wenn die erlangbare Hilfeleistung zur Beseitigung der Insolvenzreife führen wird. Zum Kreis der so privilegierten Unternehmen zählen zudem solche, die zwar zum Kreis der Antragsberechtigten für die Gewährung finanzieller Hilfeleistungen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie zählen, die einen Antrag auf solche Hilfeleistungen aber innerhalb des Zeitraums vom 01.11.2020 bis 28.02.2021 aus „rechtlichen oder tatsächlichen Gründen“ nicht stellen konnten.

Der Gesetzgeber war sich bei der Einführung dieser komplizierten Tatbestände (im Gesetz sind sie als sogenannte Rückausnahme formuliert) offenbar bewusst, dass der Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Krise des Unternehmens und der Pandemie ebenso wie die günstige Prognose für die Geschäftsleiter im Zweifel schwer darzulegen und zu beweisen sein wird. Aus diesem Grund wurde in das Gesetz ergänzend eine Regelung aufgenommen, nach der zu vermuten steht, dass die Insolvenzreife (im Zeitraum 01.10.2020 bis zum 31.12.2020: Überschuldung) auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus beruht und dass Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit (im Zeitraum 01.10.2020 bis zum 31.12.2020: Überschuldung) zu beseitigen, wenn das

Unternehmen am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig war. Diese gesetzliche Vermutung ist aber nicht nur widerleglich, auf sie werden sich Geschäftsleiter in vielen Fällen schon deswegen nicht berufen können, weil ihre Unternehmen bereits am 31.12.2019 zahlungsunfähig waren. Zudem unterliegen die Aussetzungstatbestände der Auslegung; inzwischen wird zwischen juristischen Gelehrten darüber gestritten, wie einzelne Tatbestandsmerkmale der Aussetzungstatbestände auszulegen sind. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob die gesetzliche Vermutung tatsächlich für ein Unternehmen gelten soll, das erst am 15.01.2020 zahlungsunfähig wurde, am 31.12.2019 aber bereits überschuldet war. Diese offenen Rechtsfragen werden vom Bundesgerichtshof vermutlich erst im Laufe der nächsten Jahre beantwortet werden.

Geschäftsleiter, die trotz bestehender Insolvenzantragspflicht entweder aus Unwissenheit um oder in Verkennung der Voraussetzungen für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht keinen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen ihres Unternehmens gestellt haben, haben die Insolvenz ihres Unternehmens verschleppt. Dies kann für sie erhebliche strafrechtliche und zivilrechtliche Konsequenzen haben.

### **Anfechtungsgefahren für Geschäftspartner**

Grundsätzlich sind Geschäftspartner eines kriselnden Unternehmens Insolvenzanfechtungsgefahren ausgesetzt, weil sie häufig Kenntnis von Umständen haben, die zwingend auf eine Zahlungseinstellung des Schuldners hindeuten. Sie müssen befürchten, dass sie erhaltene Zahlungen im eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen ihres Schuldners nach den insolvenzanfechtungsrechtlichen Vorschriften zurückzahlen haben. Damit Vertragspartner in der Pandemie bedingten Krise des Schuldners aus diesem Grund nicht die Geschäftsbeziehung zum Schuldner abrechnen und so Sanierungsbemühungen erschwert oder gar zunichte gemacht werden, hat der Gesetzgeber neben der Aussetzung der Insolvenzantragspflichten auch einen „Anfechtungsschutz“ (so die Gesetzesbegründung) eingeführt. Ob er dieses Ziel mit der getroffenen Regelung (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 CovInsAG) erreicht hat, darf jedoch bezweifelt werden. Bei antragspflichtigen Schuldern ist maßgebliche Voraussetzung des „Anfechtungsschutzes“, dass die Insolvenzantragspflicht im Sinne des § 1 COVInsAG objektiv ausgesetzt ist. Die Norm kennt keinen subjektiven Tatbestand; auch der gute oder vom Geschäftsleiter des Schuldners begründete Glaube an die Aussetzung der Antragspflicht ist nicht geschützt. Inwieweit die Insolvenzantragspflicht aber objektiv ausgesetzt ist, lässt sich für den Geschäftspartner des Schuldners regelmäßig nicht ermitteln, denn hierzu müsste er

Einblick in die Vermögens- und Liquiditätslage des Schuldners erlangen. Der Geschäftspartner muss sich bei der Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zum Schuldner auf der Basis des § 2 Abs. 1 Nr. 4 CovInsAG vielmehr darauf verlassen, dass der Geschäftsleiter des Schuldners nur deswegen keinen Insolvenzantrag gestellt hat, weil entweder kein Insolvenzeröffnungsgrund besteht oder die Insolvenzantragspflicht nach Maßgabe des § 1 COVInsAG ausgesetzt ist. In Ansehung der oben unter Ziffer 1 getroffenen Feststellung, dass Geschäftsleitern häufig schon die Voraussetzungen einer Aussetzung der Insolvenzantragspflicht unbekannt sind, gleicht es damit einem Lotteriespiel, ob vom Schuldner im Aussetzungszeitraum geleistete Zahlungen in seiner späteren Insolvenz erfolgreich insolvenzrechtlich angefochten werden können.

### **Volkswirtschaftliche Überlegungen**

Durch die Politik des „billigen Geldes“ konnten sich schon in den vergangenen Jahren ineffiziente und unproduktive Unternehmen weiter am Markt halten. Dieses Phänomen wird durch die CORONA-Hilfen der Bundesregierung noch befeuert. Die Creditreform geht davon aus, dass sich die Zahl von solchen „Unternehmenszombies“ im Jahr 2020 verdoppelt hat. Mit der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wurde das letzte Korrektiv zu dieser Entwicklung vorübergehend ausgesetzt. Das Fehlen dieses marktberreinigenden Instrumentes führt zu einer höheren Verschuldung der betroffenen Unternehmen und damit zu einem höheren Ausfallrisiko für dessen (Waren-) Kreditgeber. Ein solcher Ausfall kann für sich allein, jedenfalls aber zusammen mit dem oben unter Ziffer 2 umrissenen Anfechtungsrisiko, für viele Marktteilnehmer existenzbedrohend sein.

### **Fazit**

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht birgt große Risiken für die Geschäftsleiter der betroffenen Unternehmen und deren Geschäftspartner. Zur Minimierung dieser Risiken ist die Kenntnis der derzeit ständig wechselnden, komplizierten und im Detail umstrittenen Rechtslage unumgänglich. Diese Kenntnis ist für den juristischen Laien ohne fachkundige Beratung nicht zu erlangen. Mit einem Team erfahrener Insolvenzexperten unterstützen wir Sie dabei, „diese stürmische See zu durchschiffen“. Gegebenenfalls helfen wir Ihnen bei der Abwehr von Insolvenzanfechtungs- oder auch Haftungsansprüchen.

*Marc Heinrich*  
*Rechtsanwalt, Associated Partner*

RECHT AKTUELL

## Das StaRUG – Neue Restrukturierungsmöglichkeiten ohne Insolvenz

Mit Wirkung zum 01.01.2021 ist das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG) in Kraft getreten; es schließt eine Lücke zwischen der freien Sanierung außerhalb und den Restrukturierungsmöglichkeiten innerhalb eines Insolvenzverfahrens.

### Von der freien Sanierung zum modularen Verfahren

Bisher hatten Unternehmen in der Krise außerhalb eines Insolvenzverfahrens nur die Möglichkeit, in freien Verhandlungen mit ihren Gläubigern einen Schuldenschnitt zu erreichen. Derartige Verhandlungen – üblicherweise flankiert durch die Ausarbeitung eines Sanierungsgutachtens nach dem Standard IDW S6 – scheiterten oftmals an dem Erfordernis der Einstimmigkeit. Bereits ein obstruierender Gläubiger, der sich dem notwendigen Schuldenschnitt widersetzte, auch wenn seine Forderung gegen das Unternehmen objektiv „aus dem Geld“ war, ließ dem Unternehmen trotz grundsätzlicher Sanierungsfähigkeit dann keine andere Wahl, als den Weg in ein Insolvenzverfahren anzutreten. Dies waren nach Einführung des „ESUG“ im Jahr 2012 bei rechtzeitiger Einleitung häufig Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung oder Schutzschirmverfahren, die die Sanierung – auch gegen den Widerstand obstruierender Gläubiger – mittels eines Insolvenzplans ermöglichten. Und genau dieses wirkmächtige Sanierungsinstrument steht Krisenunternehmen in Form des Restrukturierungsplans als „Herzstück“ des neuen Restrukturierungsrahmens nun auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens zur Verfügung.

### Einleitung und Zugang zum Restrukturierungsrahmen

Das Verfahren selbst ist modular aufgebaut und steht Unternehmen offen, die lediglich drohend zahlungsunfähig sind. Es findet in Eigenverwaltung statt. Das Unternehmen leitet das Verfahren durch Anzeige des Restrukturierungsvorhabens bei dem zuständigen Restrukturierungsgericht ein. Restrukturierungsgerichte in Norddeutschland sind neben den Amtsgerichten Hamburg und Bremen für die jeweiligen Bundesländer das Amtsgericht Flensburg für ganz Schleswig-Holstein, das Amtsgericht Rostock für Mecklenburg-Vorpommern sowie die Amtsgerichte Hannover, Oldenburg und Braunschweig für Niedersachsen. Anders als im Insolvenzverfahren unterbleibt aber eine öffentliche Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung. Auch kann das Verfahren auf einige Gläubigergruppen beschränkt werden, nämlich auf diejenigen, mit denen die Einigung auf einen Schuldenschnitt zur nachhaltigen Sanierung des Unternehmens notwendig ist. Einige Gläubigergruppen, wie insbesondere Arbeitnehmer mit Forderungen aus oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, einschließlich der Rechte aus Zusagen auf betriebliche Altersversorgung, sind dem Verfahren sogar gänzlich entzogen. Ihre Forderungen können nicht zum Gegenstand eines Restruk-



### Kontakt für weitere Infos:

Jan Kind, MBA  
RA, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Associated Partner  
Tel +49 (0)40 36805-0  
jan.kind@esche.de



turierungsplans gemacht werden.

Während der Dauer des Verfahrens ruht die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter. Allerdings sind sie verpflichtet, den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung dem Restrukturierungsgericht unverzüglich anzuzeigen. Begrüßenswert in diesem Zusammenhang ist, dass mit dem Inkrafttreten des StaRUG auch das System der Insolvenzgründe neu geordnet wurde. Nunmehr ist der Prognosezeitraum für die drohende Zahlungsunfähigkeit in § 18 InsO „in der Regel“ auf 24 Monate und der Zeitraum für die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung auf 12 Monate gesetzlich festgelegt worden. Dadurch ist die erhebliche Unsicherheit bei der Bestimmung des „richtigen“ Prognosezeitraums bei der Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit (die Bandbreite reichte von drei Monaten bis zu drei Jahren) beseitigt und vor allem eine klare Abgrenzung zwischen der ein Insolvenzantragsrecht und den Zugang zum StaRUG mittelnden drohenden Zahlungsunfähigkeit einerseits und der die Insolvenzantragspflicht auslösenden Überschuldung andererseits geschaffen worden.

### Der Restrukturierungsplan

Der Restrukturierungsplan selbst ähnelt stark den bekannten Regelungen des Insolvenzplans in den §§ 217 ff. InsO. Er gliedert sich auf in einen darstellenden und einen gestaltenden Teil. Der darstellende Teil enthält alle notwendigen Informationen zu dem zu restrukturierenden Unternehmen, eine Darstellung der Krisenursachen und die Maßnahmen zu deren nachhaltiger Beseitigung. Der gestaltende Teil enthält sodann die dafür erforderlichen Rechtsänderungen und Eingriffe, wie z. B. die Kürzung von Gläubigerforderungen („Haircut“), gesellschaftsrechtliche Veränderungen und die Zurverfügungstellung frischer Mittel. Ähnlich wie im Insolvenzplanverfahren sind die von dem Restrukturierungsplan betroffenen Gläubiger innerhalb des Plans in Gruppen einzuteilen, innerhalb derer über den Plan abgestimmt wird. So sind verpflichtend Gruppen zu bilden für Gläubiger mit Sicherungsrechten, ungesicherte Gläubiger, nachrangige Gläubiger und Anteilseigner. Darüber hinaus können Gruppen von Gläubigern mit „gleichartigen wirtschaftlichen Interessen“ gebildet werden. Die Gläubiger innerhalb einer Gruppe werden gleich behandelt. Zur Annahme des Restrukturierungsplans ist es erforderlich, dass eine Mehrheit von mindes-

tens 75 % der Summenmehrheit (Wert der Forderungen) in jeder Gruppe erreicht wird.

Wie eingangs erwähnt, ist ein wesentlicher Vorteil gegenüber den bisher praktizierten freien Sanierungsverhandlungen die Möglichkeit, im Rahmen des Restrukturierungsplans einen sogenannten „cross class cram down“ zu gestalten. Durch diesen Mechanismus, welcher als Obstruktionsverbot aus dem Insolvenzplanrecht (dort § 245 InsO) bekannt ist, können obstruierende Gläubigergruppen überstimmt werden, wenn (1) die Mehrheit der abstimmenden Gruppen für den Plan stimmt, (2) die Mitglieder der überstimmt Gruppe nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne den Restrukturierungsplan stünden, und (3) die Mitglieder der überstimmt Gruppe einen angemessenen Anteil an dem wirtschaftlichen Wert erhalten, der den Planbetroffenen auf Grundlage des Plans zufließen soll (Planwert).

Eine angemessene Beteiligung in diesem Sinne ist dann gegeben, wenn

- kein anderer Gläubiger einen Wert erhält, der den Betrag seiner Forderung übersteigt,
- weder ein nachrangiger Gläubiger noch der Schuldner oder die Gesellschafter etwas erhalten, das nicht durch Leistung in das Vermögen des Schuldners vollständig ausgeglichen wird, und
- kein gleichrangiger Gläubiger besser gestellt ist als die Gläubiger der überstimmt Gruppe.

Von dieser sog. „absoluten Priorität“ kann in engen Grenzen abgewichen werden. So ist zum Beispiel vorgesehen, dass Schuldner oder im Fall juristischer Personen seine Anteilseigner am Unternehmensvermögen beteiligt bleiben können, falls ihre Mitwirkung für die Fortführung des Unternehmens unerlässlich ist, um den Planwert zu realisieren, oder nur geringfügig in Gläubigerrechte eingegriffen wird.

Zwar kann das sanierende Unternehmen das Planabstimmungsverfahren weitgehend autark ohne Gerichtseteiligung durchführen, es kann auf Antrag aber auch ein gerichtliches Abstimmungsverfahren und eine gerichtliche Planbestätigung erfolgen. Der gerichtlich bestätigte Restrukturierungsplan hat die Wirkung eines vollstreckbaren Urteils; er hat darüber hinaus den Vorteil, dass Zahlungen, die auf der Grundlage eines gerichtlich bestätigten Plans geleistet werden, der Insolvenzanfechtung in einem späteren Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin weitgehend entzogen sind. Zudem wirkt der gerichtlich bestätigte Plan auch gegen Gläubiger, die sich nicht an dem Verfahren beteiligt haben.

### Die Stabilisierungsanordnung

Als flankierende Maßnahme zur Stabilisierung des operativen Geschäftsbetriebs eröffnet das StaRUG außerdem die Möglichkeit, bei dem zuständigen Restrukturierungsgericht eine sogenannte Stabilisierungsanordnung zu erwirken, durch die Vollstreckungs- und Verwertungsversuche einzelner Gläubiger gesperrt werden. Hierzu ist aber Voraussetzung, dass keine Rückstände

gegenüber Arbeitnehmern, Sozialversicherungsträgern, dem Finanzamt oder Lieferanten bestehen und das Unternehmen in den vergangenen drei Jahren seinen Rechnungslegungspflichten nachgekommen ist. Ist dieses (teilweise) nicht der Fall, kann eine Stabilisierungsanordnung nur erwirkt werden, wenn trotz dessen zu erwarten ist, dass das Unternehmen die Sanierung unter Wahrung der Gläubigerinteressen betreibt.

### Der Restrukturierungsbeauftragte

Im Ermessen des Gerichts steht es grundsätzlich, einen Restrukturierungsbeauftragten zu bestellen. Dies soll in der Regel dann erfolgen, wenn durch den Restrukturierungsplan in die Rechte von kleinen und mittleren Unternehmen und Verbrauchern eingegriffen wird, eine Stabilisierungsanordnung gegen alle oder im Wesentlichen alle Gläubiger beantragt wird oder der Restrukturierungsplan eine Phase der Planüberwachung zur Erfüllung der Gläubigeransprüche vorsieht. Die Bestellung eines externen Restrukturierungsbeauftragten ist nur dann zwingend erforderlich, wenn zu erwarten ist, dass in einer oder mehreren Gläubigergruppen nicht die erforderliche Mehrheit dem Restrukturierungsplan zustimmen wird und deshalb ein „cross class cram down“ vorgenommen werden wird. Ähnlich wie in einem Schutzschirmverfahren steht dem Unternehmen ein Vorschlagsrecht hinsichtlich der Person des Restrukturierungsbeauftragten zu.

### Fazit

Insgesamt kann der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen als gelungen bezeichnet werden. Das Verfahren bietet Unternehmen, die auf eine eingetretene Krise frühzeitig reagiert haben und die sich möglicherweise schon in einem Restrukturierungsprozess befinden, in freien Verhandlungen aber z. B. an opponierenden Gläubigern gescheitert sind, die Möglichkeit, das Restrukturierungsvorhaben in einem strukturierten, modularen und im Vergleich zum Insolvenzverfahren „minimalinvasiven“ Verfahren umzusetzen. Der Restrukturierungsrahmen zielt dabei bewusst nur auf eine erleichterte finanzwirtschaftliche Restrukturierung der Passivseite. Die begleitende leistungswirtschaftliche Sanierung zur nachhaltigen Beseitigung der Krisenursachen und Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit des Unternehmens hat ohne besondere Verfahrenshilfen zu erfolgen.

Unternehmen in einer vertieften Liquiditätskrise oder mit in freien Verhandlungen nicht zu lösenden leistungswirtschaftlichen Schwierigkeiten, die auf die Liquiditätshilfe einer Insolvenzzeldvorfinanzierung, die gesetzlichen Sonderkündigungsrechte der §§ 103 ff. InsO oder die Erleichterungen des Insolvenzarbeitsrechts angewiesen sind, stehen demgegenüber die integrierten Verfahren der Insolvenzordnung offen, sei es in Eigenverwaltung oder in Form des Schutzschirmverfahrens, um sich sowohl leistungs- als auch finanzwirtschaftlich zu sanieren.

*Jan Kind  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht,  
Associated Partner*

ARBEITSRECHT AKTUELL

## ➤ Auswirkungen des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens gem. StaRUG auf arbeitsrechtliche Umstrukturierungen

In Umsetzung der **europäischen Restrukturierungsrichtlinie** EU 2019/1023 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen der Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren hat der Deutsche Bundestag am 17.12.2020 das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz, SanInsFoG) verabschiedet, welches zum 01.01.2021 in Kraft getreten ist. Dieses sieht neben Aktualisierungen der Insolvenzordnung auch Regelungen zur Etablierung eines außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens vor, dessen Voraussetzungen im **Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz** (StaRUG) geregelt sind.

### Wie funktioniert die außerinsolvenzliche Sanierung?

Das außerinsolvenzliche Sanierungsverfahren gemäß StaRUG ist ein planbasiertes Sanierungsverfahren, ähnlich dem des Insolvenzplanverfahrens. Es bietet Unternehmen, die drohend zahlungsunfähig i.S.v. § 18 InsO sind, die Möglichkeit, eine Sanierung des Unternehmens außerhalb eines Insolvenzverfahrens anzustreben und im Rahmen der Erstellung und Durchführung eines eigens entwickelten Restrukturierungsplans das Unternehmen zu sanieren. Kerninhalt des außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens ist der sog. Restrukturierungsplan. Durch den Restrukturierungsplan soll mit ausgewählten Gläubigern des Unternehmens eine außergerichtliche Einigung erzielt werden. Ferner stehen dem Unternehmen diverse Stabilisierungsmöglichkeiten zu, die beim zuständigen Restrukturierungsgericht beantragt werden können. Das Restrukturierungsgericht kann z. B. eine Vollstreckungs- oder Verwertungssperre für die Dauer von drei Monaten gem. §§ 49 ff. StaRUG erlassen.

### Was müssen Unternehmen im Hinblick auf Arbeitnehmerrechte beachten?

In der europäischen Restrukturierungsrichtlinie werden insbesondere die Sicherung der Arbeitsplätze (Art. 4 Abs. 1 Restrukturierungs-RL) und die Gewährleistung eines umfassenden Schutzes der Arbeitnehmer- und Arbeitnehmervertreterrechte (Art. 13 Restrukturierungs-RL) hervorgehoben. Diese Vorgaben hat der nationale Gesetzgeber zu beachten, so dass diese Leitgedanken auch in das deutsche StaRUG Eingang gefunden haben. § 4 StaRUG verbietet es, Forderungen von Arbeitnehmern, die aus oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen, durch den Restrukturierungsplan zu regeln. Dies gilt auch für Rechte aus Zusagen auf betriebliche Altersversorgung. Auch unterfallen Arbeitnehmerforderungen nicht der Vollstreckungs- und Verwertungssperre gem. § 49 Abs. 2 S. 1 StaRUG. Ein Arbeitnehmer darf somit fällige und titulierte Forderungen weiterhin im Wege der Zwangsvollstreckung geltend machen. Sofern ein Unternehmen eine außerinsolvenzliche



#### Kontakt für weitere Infos:

Dr. Patrizia Chwalisz  
RAin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-353  
patrizia.chwalisz@esche.de



#### Kontakt für weitere Infos:

Katharina Krimm  
RAin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Associate  
Tel +49 (0)40 36805-136  
katharina.krimm@esche.de



Sanierung anstrebt, kann es daher unliebsame, finanziell belastende Arbeitnehmerforderungen (z. B. aus veralteten, betrieblichen Altersversorgungszusagen, Betriebsvereinbarungen o. ä.) nicht zum Inhalt eines Restrukturierungsplans machen. Dies ist damit begründet, dass Arbeitnehmer als Verbraucher vor den Durchsetzungsmöglichkeiten des Restrukturierungsplans geschützt werden sollen. Der Restrukturierungsplan erfordert im Gegensatz zum Insolvenzplan nämlich nicht die Zustimmung sämtlicher Gläubiger, sondern kann mit einer Dreiviertelmehrheit der Gläubiger innerhalb einer Gläubigergruppe durchgesetzt werden; ferner kann die Zustimmung auch gerichtlich ersetzt werden. Auch fehlen im außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahren Absicherungen der Arbeitnehmer wie beispielsweise durch Zahlung von Insolvenzgeld.

### Praxistipp

Erleichterungen im Hinblick auf Lösungsmöglichkeiten des Arbeitgebers in Bezug auf Arbeitsverhältnisse oder Arbeitnehmerforderungen bietet das StaRUG Unternehmen in der Krise nicht. Diese bleiben dem Insolvenzverfahren vorbehalten. Der Arbeitgeber kann selbstverständlich unter Einhaltung der bestehenden individual- und kollektivrechtlichen Bestimmungen eine arbeitsrechtliche Restrukturierungsmaßnahme als Teil seines Restrukturierungskonzeptes umsetzen. Zu beachten ist hierbei, dass im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung der Restrukturierungsrichtlinie eine vorzeitige Information des Betriebsrats und Wirtschaftsausschusses denkbar ist. Was genau dies bedeutet und ob hiermit ggf. eine Vorverlagerung der Informationspflicht des Arbeitgebers bei Betriebsänderungen gem. § 111 BetrVG verbunden ist, bleibt einer Klärung durch die Gerichte vorbehalten. Insoweit ist ein proaktives Zusammenarbeiten mit den Arbeitnehmervertretungen zu einem frühen Zeitpunkt nebst einer guten Dokumentationslage anzuraten.

Katharina Krimm  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht

## Insolvenzverwalter und Wirtschaftsprüfer: fachübergreifende Zusammenarbeit

Häufig ziehen Insolvenzverwalter Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater wegen ihrer Expertise zu Jahresabschlüssen und Liquiditätsrechnungen zu Rate. Vielfach geht es darum, zum einen gerichtsfest aufzuarbeiten, zu welchem Zeitpunkt die Insolvenztatbestände erfüllt waren, zum anderen jedoch ebenso darum, die Datenlage für notwendige Anfechtungsklagen zu bereiten.

Während dies aufgrund einer meist dünnen Daten- und Papierlage zunächst aussichtslos erscheint und Kosten und Nutzen selten in ein akzeptables Verhältnis zu bringen sind, gelingt es zunehmend, diese Informationen mittels effizienter Datenanalysetools zuverlässig, gerichtsfest und für einen Bruchteil der Kosten aufzubereiten und in eine verwertbare Form zu bringen.

### Problem der Datenverfügbarkeit

Zwar haben insolvenzreife wie auch drohend insolvente Unternehmen vielfach einen nicht unerheblichen Rückstand in der Buchhaltung, der erfahrungsgemäß die letzten Wochen bzw. Monate vor dem Stichtag einer Antragstellung betrifft. Tatsächlich lässt sich jedoch feststellen, dass in zahlreichen Fällen noch bis wenige Tage vor einer Insolvenzantragstellung die Buchhaltungsdaten als solche erstaunlich gut gepflegt waren.

Für eine Beurteilung, ab wann beispielsweise eine Insolvenzantragspflicht bestand bzw. ab wann Anfechtungsklagen denkbar sind, bedarf es jedoch in nur sehr wenigen Fällen junger, quasi druckfrischer, Daten. Vielfach genügen Daten, die nur wenige Wochen zurückliegen. Genau dies ist nun für Analysezwecke nutzbar.

### Insolvenzantragspflicht

So gelingt es regelmäßig, aus der Auswertung der Buchhaltungsdaten mittels moderner Dashboard-Visualisierungen nahezu taggenau das Datum der Insolvenzantragspflicht zu errechnen. Unsere Erfahrungen zeigen, dass selbst großzügige Sicherheitsauf-/abschläge bei der Berechnung oft ein früheres Datum ergeben als dies bei Auswertung der „Papierdaten“, also auf klassischem Weg, der Fall wäre. Dies ist nicht verwunderlich: So liegt regelmäßig eine Antragspflicht beispielsweise am fünften des Monats vor, während eine Auswertung von BWAs oder Zwischenabschlüssen nur auf Ebene der Monatssummen erfolgt. Regelmäßig wird in diesen Fällen die 3-Wochen-Grenze überschritten und begründet damit eine Haftung der Geschäftsführung.

Somit verwundert es wenig, dass es mittels der Analysetechniken gelingt, die tatsächliche Zahlungsunfähigkeit (also die Nichtfähigkeit zum Bedienen fälliger Verbindlichkeiten) bereits signifikant



### Kontakt für weitere Infos:

Michael Kapitza  
Wirtschaftsprüfer, StB, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-21 |  
michael.kapitza@esche.de



früher nachzuweisen. Dies führt zum zweiten interessanten Teilbereich – Anfechtungsmöglichkeiten.

### Anfechtung von Rechtsgeschäften

In der Praxis wird es als fast unmöglich angesehen, den Zeitpunkt zu ermitteln, ab dem Handlungen durch den Insolvenzverwalter angefochten werden können. Häufig dienen dabei zufällig gefundene Notizen, E-Mails oder sonstiger Schriftverkehr als Basis.

Empirische Datenanalysen für das betroffene Unternehmen können diese Argumentation in vielen Fällen nicht nur unterstützen, sondern in zahlreichen Fällen auch wertvolle Hinweise auf größere Anfechtungsvolumina liefern. Hierbei werden verschiedene kundenindividuelle Kennzahlen analysiert und systematisiert.

Quasi als „Nebenprodukt“ erhält der Insolvenzverwalter eine Detailübersicht der anfechtbaren Zahlungen. Und natürlich „on top“ auch die Summe, die er dann nur noch in die Klageschrift übernehmen muss.

Es bleibt abzuwarten, wie sich andere Analyseinstrumente hierzu entwickeln. Aktuell wird deutlich, dass eine Auswertung der E-Mailkorrespondenz eine ähnlich dynamische Entwicklung zeigt.

Michael Kapitza  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Partner

**INTERN**

## 3 Fragen an ...



Dr. Jörn-Henrik Meyn ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht und seit 1997 Partner bei ESCHE. Seit 1992 ist Herr Dr. Meyn als Insolvenzverwalter tätig. Er referiert regelmäßig zu verschiedenen Themen des Insolvenzrechts.

[Zum Web-Profil](#)

### Was zeichnet das Insolvenz-/Restrukturierungs-Team von Esche Schümann Commichau im Vergleich zu anderen aus?

Das Insolvenz-/Restrukturierungs-Team von Esche Schümann Commichau zeichnet im Vergleich zu anderen aus, dass wir in einem Verbund von hoch qualifizierten Rechtsanwälten (aus fast allen Fachgebieten), Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern zusammenarbeiten.

### Worauf sind Sie beruflich besonders stolz?

Ich neige nicht dazu, stolz zu sein, bin es aber darauf, Mitglied des Teams von Esche Schümann Commichau zu sein.

### Wer oder was inspiriert Sie?

Meine Frau.



Marc Heinrich ist Rechtsanwalt und Associated Partner bei ESCHE mit dem Beratungsschwerpunkt Sanierungs- und Insolvenzberatung. Sein Studium absolvierte Herr Heinrich an den Universitäten Hamburg und Hagen.

[Zum Web-Profil](#)

### Was schätzen Sie aktuell als größte Hürde im Insolvenzrecht ein?

Als Geschäftsleiter die insolvenzrechtliche Überschuldung seines Unternehmens zu erkennen. Zu Recht sieht sich der Insolvenztatbestand der Überschuldung (§ 19 InsO) seit langem scharfer Kritik ausgesetzt. Ihn zu ermitteln ist selbst für viele Steuerberater und Rechtsanwälte eine große Herausforderung, weil sowohl die Erstellung eines Überschuldungsstatus als auch die Erstellung einer Fortbestehensprognose hochkomplex sind.

### Was macht Ihnen in Ihrem Beruf besondere Freude?

Die Vielseitigkeit meiner Tätigkeit. Zu meinen Mandanten gehören Schuldner, Gläubiger und Insolvenzverwalter. Hierdurch komme ich mit allen Facetten des Insolvenzrechts in Berührung und kann dabei sowohl rechtlich wie wirtschaftlich gestalten als auch forensisch tätig sein.

### Welches Zitat berührt Sie besonders und weshalb?

„Ruin und Wiederaufbau liegen dicht beieinander.“ (Epiktet)

Gerade im deutschsprachigen Raum ist die Insolvenz negativ besetzt. Diese Stigmatisierung führt dazu, dass viele Geschäftsleiter die Insolvenz scheuen und sie deshalb verschleppen. Dabei ist das unternehmerische Scheitern eine Erfahrung, die das Fundament für neues, erfolgreiches Unternehmertum legen kann.



Jan Kind ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht und Associated Partner bei ESCHE. Für das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. hält der geprüfte ESUG Berater (DIAI) Vorträge zum Thema „Restrukturierung, Veräußerung und Erwerb des insolventen Unternehmens“.



### ➤ Warum haben Sie sich für den Bereich Insolvenzrecht/Restrukturierung entschieden?

Die Restrukturierung von Unternehmen sowohl als Insolvenzverwalter als auch als Berater ist für mich der spannendste Beruf, den ich mir vorstellen kann. Jedes Verfahren und Unternehmen ist anders und jede Branche bringt eigene Herausforderungen mit sich. So bleibt die Tätigkeit stets abwechslungsreich und man lernt ständig Neues dazu. Da ich die Schnittstelle zwischen Wirtschaft und Recht bereits in meiner Ausbildung sehr spannend fand, habe ich mein Jurastudium mit einem MBA ergänzt und so die Weichen früh gestellt. Diese Kombination empfinde ich als ideale Basis für meine heutige Tätigkeit.

### ➤ Was meinen Sie, welche Eigenschaften Ihre Kollegen an Ihnen besonders schätzen?

Neben Entscheidungsfreude und Menschenkenntnis die Fähigkeit, auch in Drucksituationen den Überblick zu behalten und den Humor nicht zu verlieren.

### ➤ Wie starten Sie in den Arbeitstag?

Morgens bringe ich meinen ältesten Sohn zur Kita, wenn es das Wetter zulässt, am liebsten zu Fuß. Nach so einem Spaziergang am Morgen kann ich erfrischt und fokussiert meinen Arbeitstag starten.

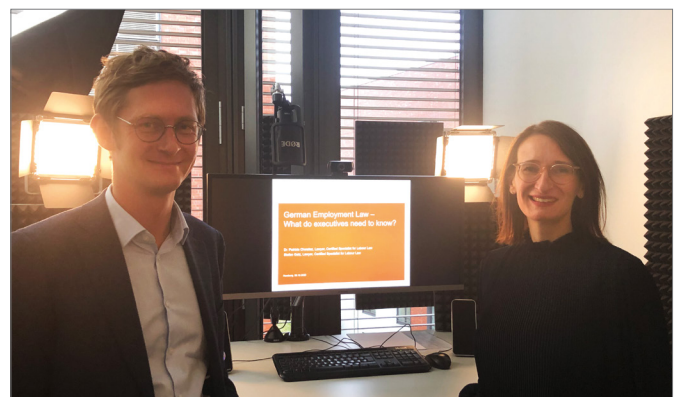
## ➤ In eigener Sache

### ESCHE Veranstaltungen 2021

Wir bieten Ihnen auch in diesem Jahr zahlreiche Informations- und Fortbildungsveranstaltungen an, die aktuell online per Zoom stattfinden.

Unter [www.esche.de/veranstaltungen](http://www.esche.de/veranstaltungen) finden Sie unser aktuelles Programm im Überblick, Details zum Ablauf und Inhalt der Veranstaltung sowie die Möglichkeit zur Anmeldung.

Wenn Sie hierzu Fragen haben, wenden Sie sich gern an Herrn Dr. Frank Tremmel, Tel. 040 36805-133, [frank.tremmel@esche.de](mailto:frank.tremmel@esche.de)



## ➤ Ihr ESCHE-Team für Insolvenzrecht und Restrukturierung

### Rechtsberatung



Dr. Jörn-Henrik Meyn  
Rechtsanwalt, Fachanwalt  
für Insolvenzrecht,  
Partner  
Tel +49 (0)40 36805-0

[Zum Web-Profil](#)



Dr. Philipp Engelhoven  
Rechtsanwalt, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-119

[Zum Web-Profil](#)



Dr. Stephan Bauer, LL.M.  
Rechtsanwalt, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-363

[Zum Web-Profil](#)



Dr. Patrizia Chwalisz  
Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für  
Arbeitsrecht, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-353

[Zum Web-Profil](#)



Dr. Klaus Kamlah, LL.M.  
Rechtsanwalt, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-141

[Zum Web-Profil](#)



Marc Heinrich  
Rechtsanwalt, Associated  
Partner  
Tel +49 (0)40 36805-0

[Zum Web-Profil](#)



Jan Kind, MBA  
Rechtsanwalt, Fachanwalt  
für Insolvenzrecht,  
Associated Partner  
Tel +49 (0)40 36805-0

[Zum Web-Profil](#)

### Steuerberatung



Dr. Robert Kroschewski  
Rechtsanwalt,  
Steuerberater, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-143

[Zum Web-Profil](#)



Melanie Weist  
Steuerberaterin, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-292

[Zum Web-Profil](#)

### Wirtschaftsprüfung



Michael Kapitz  
Wirtschaftsprüfer,  
Steuerberater, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-211

[Zum Web-Profil](#)



Johan Sieveking  
Steuerberater, Partner  
Tel +49 (0)40 36805-205

[Zum Web-Profil](#)

## IMPRESSUM

### HERAUSGEBER

ESCHE SCHÜMMANN COMMICHAU  
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Am Sandtorkai 44 | 20457 Hamburg  
Tel +49 (0)40 36805-0  
Fax +49 (0)40 36805-333  
www.esche.de

### V.I.S.D.P.

Dr. Stephan Bauer, LL.M.  
Tel +49 (0)40 36805-0  
stephan.bauer@esche.de

### REDAKTION

Ines Bäcker

### FOTOGRAFIE

Catrin-Anja Eichinger, Hamburg

### RECHTLICHE HINWEISE

Die in ESCHE news enthaltenen Informationen haben wir mit der gebotenen Sorgfalt zusammengestellt. Gleichwohl können wir für deren Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit keinerlei Haftung, gleich aus welchem Rechtsgrund, übernehmen. Die Lektüre von ESCHE news ersetzt keine individuelle Beratung, sodass wir für Entscheidungen, die der Leser aufgrund dieser Informationen trifft, keine Verantwortung übernehmen. Der Nachdruck oder die Vervielfältigung ist nur mit schriftlicher Zustimmung der Herausgeber zulässig.