

Theiselmann

Praxishandbuch des
Restrukturierungsrechts

von

Dr. Rüdiger Theiselmann, LL.M. oec

4. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2020

Zitiervorschlag: Theisemann/*Bearbeiter*, Restrukturierungsrecht, Kap. ... Rn. ...

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-452-29184-4

www.wolterskluwer.de

Alle Rechte vorbehalten

© 2020 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag, Herausgeber und Autor übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Satz: mediaTEXT Jena GmbH, Jena

Druck und Weiterverarbeitung: Williams Lea & Tag GmbH, München

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

die Corona-Pandemie des Jahres 2020 wird für die exportabhängige deutsche Wirtschaft zu einer Rezession historischen Ausmaßes führen. Aufgrund der Kontaktbeschränkungen schreitet zugleich die Digitalisierung branchenübergreifend mit hoher Dynamik voran und bringt fundamentale Veränderungen für viele Unternehmen und ihre Mitarbeiter mit sich. All dies fällt in eine Zeit, in der Handelsstreitigkeiten, der Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union und grundlegende Umbrüche (u.a. Elektromobilität in der Automobilindustrie, Digitalisierung von Geschäftsmodellen, demografischer Wandel) ohnehin für Veränderungsdruck sorgen.

In dieser komplexen Gemengelage besteht für Entscheidungsträger in Unternehmen die Herausforderung, die operative und finanzielle Restrukturierung zu forcieren, das Tagesgeschäft durch die Krise zu steuern und neue Wachstumsfelder zu erschließen. Große Bedeutung kommt vor allem der finanziellen Restrukturierung zu, um die Existenz des Unternehmens zu sichern und Spielraum für Investitionen in die Zukunft zu schaffen. Dabei ist es für Geschäftsleiter, Berater und Kapitalgeber unerlässlich, die rechtlichen Spezifika von Lösungen zur finanziellen Restrukturierung detailliert in den Blick zu nehmen, um eine informierte Entscheidung zu treffen und Risiken einzudämmen.

Mit dem »Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts« haben Praktiker nun bereits seit zehn Jahren ein Arbeitsmittel zur Hand, das die rechtlichen Aspekte von Unternehmenskrisen umfassend anhand von Krisenphasen beleuchtet. Die vorliegende vierte Auflage beinhaltet neben Aktualisierungen aller vorbestehenden Kapitel hinsichtlich jüngster Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum (u.a. präventives EU-Restrukturierungsverfahren, Eigenverwaltungsverfahren) auch neue Kapitel zu den arbeitsrechtlichen Implikationen der Restrukturierung vor und während des Insolvenzverfahrens.

Für die engagierte Mitwirkung an dieser vierten Auflage gebührt allen Autorinnen und Autoren sowie dem Verlag Wolters Kluwer – insbesondere Frau Anke Losch und Frau Leah Ngabi – großer Dank. Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, darf ich eine anregende Lektüre sowie nützliche Erkenntnisse für Ihre Restrukturierungsprojekte wünschen. Falls Sie Anmerkungen oder Vorschläge haben, sprechen Sie mich gerne jederzeit per E-Mail (praxishandbuch@restrukturierungsrecht.de) an.

Kronberg im Taunus, Juni 2020

Rüdiger Theiselmann

Bearbeiterverzeichnis

Christoph Arhold

Rechtsanwalt/Counsel, White & Case

Prof. Dr. Michael Arnold

Rechtsanwalt/Partner, Gleiss Lutz

Dr. Biner Bähr

Rechtsanwalt/Partner, White & Case

Dr. Jeremy Bister

Rechtsanwalt/Principal Counsel, KLIEMT.Arbeitsrecht

Dr. Katlen Blöcker

Rechtsanwältin/Partnerin, Hogan Lovells

Dr. Peter de Bra

Rechtsanwalt/Partner, Schultze & Braun

Dr. Karl Brock

Rechtsanwalt, Flick Gocke Schaumburg

Prof. Dr. Andreas Cahn, LL.M.

Geschäftsführender Direktor, Institute for Law and Finance
Goethe-Universität Frankfurt am Main
House of Finance/Campus Westend

Joachim Exner

Rechtsanwalt/Partner, Dr. Beck & Partner

Dr. Michael C. Frege

Rechtsanwalt/Partner, CMS Hasche Sigle

Dr. Thomas Gerdom

Rechtsanwalt/Principal Counsel, KLIEMT.Arbeitsrecht

Dr. Jan C. Giedinghagen, LL.M.

Rechtsanwalt/Partner, Flick Gocke Schaumburg

Katja Giese, LL.M.

Rechtsanwältin/Partnerin, KLIEMT.Arbeitsrecht

Frank Grell

Rechtsanwalt/Partner, Latham & Watkins

Alfred Hagebusch

Rechtsanwalt/Partner, Wellensiek

Dr. Andreas Hautkappe, LL.M.

Rechtsanwalt/Partner, Iuslake

Dr. Franz Bernhard Herding

Rechtsanwalt/Partner, Allen & Overy

Lars Hinkel

Rechtsanwalt, M.B.A., HL Legal

Dr. Markus Janko

Rechtsanwalt/Partner, KLIEMT.Arbeitsrecht

Christian Knittel

Rechtsanwalt/Partner, Brinkmann & Partner

Markus Koch

Rechtsanwalt/Counsel, anchor Rechtsanwältin

Dr. Jochen Laufersweiler, LL.M.

Rechtsanwalt/Partner, Linklaters

Dr. Rüdiger Litten, LL.M.

Rechtsanwalt/Partner, Fieldfisher

Sacha Lürken

Rechtsanwalt/Partner, Kirkland & Ellis

Henrik Lüthge

Rechtsanwalt/Principal Counsel, KLIEMT.Arbeitsrecht

Dr. Barbara Maske-Reiche

Rechtsanwältin, Gleiss Lutz

Dr. Patrick Meißel

Steuerberater/Partner, Willkie Farr & Gallagher

Patric Naumann

Rechtsanwalt, Pabst I Lorenz + Partner

Prof. Dr. Matthias Nicht

Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin

Dr. Tobias Nießen

Rechtsanwalt/Partner, Flick Gocke Schaumburg

Prof. Dr. Matthias Rogall

Steuerberater/Partner, Flick Gocke Schaumburg

Dr. Marlene Ruf

Rechtsanwältin, Kirkland & Ellis

Dr. Stefan Sax

Rechtsanwalt/Partner, Clifford Chanc

Prof. Dr. Michael Schlitt

Rechtsanwalt/Partner, Hogan Lovells

Dr. Stephanie Schmidt-Ehemann

Rechtsanwältin/Notarin, Birr & Schmidt-Ehemann

Prof. Dr. Christoph H. Seibt, LL.M. (Yale)

Rechtsanwalt/Partner, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

Florian Schormair, LL.M.

Rechtsanwalt, Hengeler Mueller

Dr. Daniel Schwartz

Rechtsanwalt, White & Case

Dr. Andreas Spahlinger

Rechtsanwalt/Partner, Gleiss Lutz

Dr. Arndt Stengel

Rechtsanwalt/Partner, Milbank, Tweed, Hadly & McCloy

Kai Struckmann

Rechtsanwalt/Local Partner, White & Case

Clemens Taupitz

Rechtsanwalt, Director Legal, UBS Europe SE

Dr. Rüdiger Theiselmann, LL.M.

Rechtsanwalt, Managing Partner, Theiselmann & Cie. Rechtsanwälte

Dr. Alexander Verhoeven

Rechtsanwalt, Buchalik Brömmekamp

Dr. Daniel M. Weiß

Rechtsanwalt/Partner, Hengeler Mueller

Im Einzelnen haben bearbeitet

1. Abschnitt

1. Kapitel *Michael Arnold/Andreas Spahlinger/Barbara Maske-Reiche*
2. Kapitel *Katlen Blöcker/Michael Schlitt*
3. Kapitel *Rüdiger Litten*
4. Kapitel *Daniel M. Weiß*

2. Abschnitt

5. Kapitel *Sacha Lürken/Marlene Ruf*
6. Kapitel *Christoph H. Seibt*
7. Kapitel *Andras Cahn/Karl Brock/Jan C. Giedinghagen (vormals Stefan Simon)/Tobias Nießen/Matthias Rogall*
8. Kapitel *Jochen Lauferweiler/Clemens Taupitz*

3. Abschnitt

9. Kapitel *Michael Schlitt/Patrick Meißel/Andreas Hautkappe/Stephanie Schmidt-Ehemann/Katlen Blöcker (vormals Jan Wilms)*
10. Kapitel *Franz Bernhard Herding (vormals Oliver Waldburg)*
11. Kapitel *Frank Grell/Florian Schormair (vormals gemeinsam mit Andreas Diem)*
12. Kapitel *Christoph Arhold/Kai Struckmann*
13. Kapitel *Rüdiger Theiselmann*
14. Kapitel *Henrik Lüthge/Jeremy Bister/Markus Jankol/Thomas Gerdom/Katja Giese*

4. Abschnitt

15. Kapitel *Peter de Bra*
16. Kapitel *Joachim Exner (vormals Stefan Lehmeier)*
17. Kapitel *Patric Naumann*
18. Kapitel *Michael C. Fregel/Matthias Nicht*
19. Kapitel *Patric Naumann*
20. Kapitel *Alfred Hagebusch/Christian Knüttel*
21. Kapitel *Arndt Stengel/Stefan Sax*
22. Kapitel *Markus Koch/Lars Hinkel*
23. Kapitel *Biner Bähr/Daniel Schwartz*
24. Kapitel *Alexander Verhoeven*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Bearbeiterverzeichnis	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet	XI
Abkürzungsverzeichnis.	XXV
Literaturverzeichnis.	XXXV

1. Abschnitt Restrukturierung in der strategischen Krise	1
--	---

Kapitel 1 Gesellschafterleistungen und hybride Kapitalmaßnahmen

A. Überblick/Einleitung	4
B. Gesellschafterleistungen ohne Auswirkung auf das gezeichnete Kapital	5
I. Gesellschafterdarlehen	6
II. Patronatserklärungen	25
III. Forderungsverzicht	36
IV. Rangrücktritt	40
V. Einzahlung in die Kapitalrücklage.	45
VI. Zahlungsaufschub/Stundung/»Stand Still«.	46
VII. Weitere Sanierungsmaßnahmen	46
C. Gesellschafterleistungen mit Auswirkung auf das gezeichnete Kapital.	51
I. Überblick über Eigenkapitalmaßnahmen	51
II. Kapitalerhöhung	53
III. Kapitalherabsetzung	59
D. Hybride Kapitalmaßnahmen.	64
I. Gemeinsame Charakteristika/Abgrenzung zu anderen Finanzierungsformen	65
II. Mezzanine-Darlehen im engeren Sinne	65
III. Wandelanleihe (Convertible Bond)	76
IV. Optionsanleihe (Warrant Bond)	78
V. Weitere hybride Kapitalmaßnahmen	82

Kapitel 2 Neuordnung des Fremdkapitals (Forward Start Agreements, PIK, etc.) . .

A. Einleitung – Möglichkeiten zur Neuordnung des Fremdkapitals.	86
I. Finanzierungsplanung	87
II. Handlungsmöglichkeiten zur Neuordnung des Fremdkapitals.	87
B. Neuordnung des Fremdkapitals – Anschlussfinanzierung	88
I. Laufzeitverlängerung	88
II. Anschlussfinanzierung/Forward Start Darlehen	88
C. Neuordnung des Fremdkapitals – Erhöhung des Kapitalbedarfs	91
I. Ausgabe von Kapitalmarktinstrumenten	91
II. Neue Kredite	113
D. Neuordnung des Fremdkapitals – Verringerung der laufenden Zahlungen.	115
I. Struktur.	115
II. Rechtliche Gestaltung	115

Kapitel 3 Working Capital Management: Kapitalmarktbasierter Auslagerung von Aktiva sowie Factoring und Forfaitierung

A. Einführung	118
I. Der Forderungsverkauf als Restrukturierungsinstrument	118
II. Begriffe	118
III. Techniken und Märkte des Forderungsverkaufs	119
IV. Der sog. True Sale als rechtliches, steuerliches und bilanzielles Problem	124

B.	Die (zivilrechtliche) Übertragung von Forderungen und Sicherheiten	126
I.	Verkauf und Übertragung der Forderungen	126
II.	Übertragung der Sicherheiten	129
C.	Rechtsfolgen der Insolvenz des Forderungsverkäufers und anderer Beteiligter	130
I.	Insolvenz des Drittschuldners	131
II.	Insolvenz des Käufers	131
III.	Insolvenz des Forderungsverkäufers	131
D.	Die bilanzielle und steuerliche Behandlung des Forderungsverkaufs	136
I.	Bilanzielle Fragen	136
II.	Steuerliche Fragen	138

Kapitel 4 Rückkauf von Verbindlichkeiten: Debt Buy Backs 142

A.	Marktüberblick	143
B.	Strukturvarianten	146
I.	Erwerb durch den Schuldner	146
II.	Erwerb durch eine Tochtergesellschaft des Schuldners	147
III.	Erwerb durch einen Gesellschafter des Schuldners	147
IV.	Erwerb durch einen Kommissionär	148
V.	Unterbeteiligung	148
VI.	Art der Schuldtitel	149
C.	Erwerb von Darlehensforderungen und Finanzierungsdokumentation	149
I.	Kreditverträge ohne spezifische Regelung des Debt Buy Backs	150
II.	Kreditverträge mit spezifischer Regelung des Debt Buy Backs	158
D.	Erwerb von Schuldverschreibungen	161
I.	Gleichbehandlungsgebot	162
II.	Insiderhandelsverbot	163
III.	Ad hoc – Publizität	165
IV.	Marktmanipulationsverbot	167
V.	Wertpapierübernahmerecht	174
VI.	Rechtslage im Ausland	177
E.	Bankaufsichtsrechtliche Fragestellungen	178
I.	Factoring	178
II.	Kreditgeschäft	179
III.	Finanzkommissionsgeschäft	180
IV.	Eigenhandel	180
V.	Eigengeschäft	181
VI.	Revolving-Geschäft	181
F.	Anfechtungsrisiken	181
I.	Erwerb durch den Schuldner	182
II.	Erwerb durch eine Tochtergesellschaft	185
III.	Erwerb durch einen Gesellschafter	186

2. Abschnitt Restrukturierung in der operativen Krise 187

Kapitel 5 Restrukturierung von Anleihen 187

A.	Grundzüge der Anleiherestrukturierung	188
I.	Einleitung	188
II.	Strukturen und Ausgestaltungsformen von Anleiheemissionen	190
III.	Anleihespezifische Interessenlagen in Restrukturierungen	194
IV.	Kommunikation mit Anleihegläubigern	196
V.	Internationale Lösungssätze	197
B.	Anleiherestrukturierungen nach deutschem Recht	200
I.	Bedeutung der Rechtswahl für die Instrumente der Anleiherestrukturierung	200
II.	Gesetzliche Restrukturierungsmodelle	200
III.	Kautelarische Restrukturierungsmodelle	240

Kapitel 6 Kapitalerhöhungen zu Restrukturierungszwecken.	273
A. Einleitung	274
I. Begriffsbestimmung und Unternehmenspraxis	274
II. Dogmatische Besonderheiten bei Sanierungskapitalerhöhungen zur Bestandssicherung	284
B. Bezugsrechtsemission mit Hauptversammlungsbeschluss.	286
I. Grundlagen und Zeitplan	286
II. »Bis zu«-Kapitalerhöhungsbeschluss	288
III. Abweichung von der Emissionserlöszielgröße	292
IV. Festsetzung des Bezugspreises	293
V. Faktischer Bezugsrechtsausschluss	298
VI. Zulässigkeit einer Tranchen-Durchführung	300
VII. Nach- oder Überbezugsrechte der Altaktionäre	301
VIII. Kapitalerhöhung bei Börsenkurs unter niedrigstem Ausgabepreis (als Alternative zur Kapitalherabsetzung)?	301
C. Bezugsrechtsemission aus genehmigtem Kapital	305
I. Grundlagen und Zeitplan	305
II. Erhöhte Transaktionssicherheit durch eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten	307
D. Emission mit Bezugsrechtsausschluss und Hauptversammlungsbeschluss	308
E. Emission mit Bezugsrechtsausschluss aus genehmigtem Kapital	308
I. Grundlagen und Zeitplan	308
II. Bestimmung des Ausgabebetrags	312
III. Zulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses bei Barkapitalerhöhung um mehr als 10 % des Grundkapitals	314
IV. Zulässigkeit der Inanspruchnahme eines genehmigten Kapitals im zeitlichen Umfeld der Hauptversammlung	315
V. Auswahlermessen des Vorstands bezüglich der Inferenten bei der Barkapitalerhöhung	316
VI. Transaktionssicherheit und Publizitätsvorschriften	316
F. Zwei-Schritt- oder Kombinations-Modell: Kombination einer Emission mit Bezugsrechtsausschluss aus genehmigtem Kapital mit einer Bezugsrechtsemission ohne Prospekt	317
G. Besonderheiten bei der Emissionsstruktur	318
I. Hard Underwriting vs. Best Efforts Underwriting	318
II. Platzierungsgarantien von Aktionären und Neu-Investoren	320
III. Rückführung von Kreditforderungen der Emissionsbegleiter	321
H. Besonderheiten beim Wertpapierprospekt und Bezugsangebot	322
I. Behandlung von Neu-Investoren	325
I. Gezielte Investorenansprache und Informationspreisgabe	325
II. Abschluss einer Investorenvereinbarung	327
III. Leistungsgewährungen an Neu-Investoren	328
Kapitel 7 Restrukturierung im Konzern	330
A. Ausgewählte Fragen der Konzernfinanzierung	331
I. Problemstellung und Überblick	331
II. Upstream Darlehen und Sicherheiten	332
III. Downstream Finanzierungen	346
IV. Sonderfragen des Cash Pooling	350
B. Konzernrestrukturierungen im Gesellschafts- und Umwandlungsrecht	354
I. Praktische Fallgestaltungen und Problemschwerpunkte	354
II. Insolvenzvermeidende Verschmelzung	355
III. Spaltungen unter Wahrung der Konzernstruktur	365
IV. Verschmelzung und Spaltung zur Verbesserung der Eigenkapitalsituation und Ertragslage	369
C. Konzernrestrukturierungen im Arbeitsrecht	371
I. Die Bedeutung des Arbeitsrechts bei Restrukturierungen	371
II. Restrukturierungen mit Arbeitgeberwechsel	372
III. Arbeitnehmerüberlassung im Konzern	383
IV. Funktionale Steuerungsmodelle (Matrix-Strukturen)	387
D. Konzernrestrukturierungen im Steuerrecht	395
I. Typische ertragsteuerliche Problemfelder bei Konzernrestrukturierungen	395

II.	Verlustnutzung	403
III.	Finanzierung/Zinsabzug/Zinsschranke	408
IV.	Organschaften	411
V.	Gründerwerbsteuer	415
Kapitel 8	Asset Stripping – M&A Transaktionen zu Restrukturierungszwecken . . .	417
A.	Gründe für M&A Transaktionen in der Krise	418
B.	Vorteile und Chancen ggü. einer übertragenden Sanierung in der Insolvenz	419
	I. Werterhaltung	419
	II. Exklusivität und Vertraulichkeit	420
	III. Schnelle Verfahrensabwicklung und freie Preisgestaltung	420
C.	Ablauf einer M&A Transaktion	420
	I. Vertraulichkeitsvereinbarung	421
	II. Letter of Intent/Memorandum of Understanding	425
	III. Due Diligence	425
	IV. Dokumentation und Verhandlung	427
	V. Vollzug	427
D.	Erscheinungsformen der M&A Transaktion	427
	I. Share Deal	427
	II. Asset Deal	428
	III. Umwandlungsmaßnahmen	429
E.	Struktur des M&A Vertrages	429
	I. Präambel	429
	II. Verkauf der Anteile/Assets und Forderungen gegen die Zielgesellschaft	429
	III. Abtretung der Anteile/Übertragung der Assets	431
	IV. Kaufpreis	432
	V. Closing	434
	VI. Zeitraum zwischen Signing und Closing	437
	VII. Rücktrittsrecht/Material Adverse Change	437
	VIII. Verkäufergarantien	438
	IX. Rechtsfolgen der Garantieverletzung	444
	X. Steuern	446
	XI. Weitere Freistellungen	446
	XII. Zeitraum nach Closing	447
	XIII. Mitteilungen/Vertraulichkeit/Sonstiges	448
F.	Besonderheiten bei M&A Transaktionen in der Krise	449
	I. Anfechtung	449
	II. Haftungsrisiko des Käufers	459
	III. Haftungsrisiko des Verkäufers	462
	IV. Sicherheiten des Verkäufers	463
	V. Finanzierung des Geschäftsbetriebs bis zum Closing	464
3. Abschnitt	Restrukturierung in der Liquiditätskrise	466
Kapitel 9	Eigenkapitalstärkung in der Krise	466
A.	Möglichkeiten der Eigenkapitalstärkung in der Krise	469
	I. Debt to Equity Swap	469
	II. Debt to Asset Swap	470
	III. Debt to Mezzanine Swap	471
B.	Gesellschaftsrechtliche, haftungsrechtliche, kapitalmarktrechtliche und sonstige Aspekte	473
	I. Debt to Equity Swap	473
	II. Debt to Asset Swap	485
	III. Debt to Mezzanine Swap	486
C.	Steuerliche Aspekte	493
	I. Debt Equity Swap	493
	II. Debt Asset Swap	503

III.	Debt Mezzanine Swap	506
D.	Insolvenzrechtliche Aspekte	512
I.	Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Zusammenhang mit Debt Equity Swaps	512
II.	Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Zusammenhang mit Debt Asset Swaps	523
III.	Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Zusammenhang mit Debt Mezzanine Swaps	524
E.	Kreditvertragliche Aspekte	524
I.	Die Einbringung der Kreditforderungen	525
II.	Mitwirkung nicht teilnehmender Kreditgläubiger	527
III.	Debt Asset Swap	529
IV.	Debt Mezzanine Swap	530
Kapitel 10 Überbrückungskredite und Sanierungskredite		531
A.	Überbrückungskredit	532
I.	Überbrückungsfinanzierung: Überbrückungskredit und andere Formen der Überbrückungsstützung	532
II.	Vertragliche Regelungen	534
III.	Besonderheiten bei Multilateralen Finanzierungen, insb. Konsortialfinanzierungen	542
IV.	Haftungsrisiken	542
B.	Sanierungskredit	543
I.	Voraussetzungen und Arten einer Sanierungsfinanzierung	543
II.	Vertragliche Regelungen	544
III.	Besonderheiten bei multilateralen Finanzierungen, insb. Konsortialfinanzierungen	549
IV.	Haftungsrisiken	555
Kapitel 11 Bankenbeiträge in der Krise		564
A.	Einleitung – Handlungsoptionen des Kreditgebers in der Krise	564
B.	Bruch von Financial Covenants	565
I.	Nichtausübung des Kündigungsrechts Stillhalten	565
II.	Suspendierung des Kündigungsrechts Stillhaltevereinbarung	567
III.	Verzicht auf Kündigungsrecht Waiver	572
IV.	Anpassung von Financial Covenants	574
C.	Liquiditätsunterdeckung	574
I.	Begriffe	574
II.	Stundung von Zinsen	575
III.	Kapitalisierung von Zinsen (»Payment in Kind«)	577
IV.	Stundung von Regeltilgungen	577
V.	Umwandlung in PIK-Kredit	578
VI.	Erlaubnis zur Vermögensveräußerung	578
VII.	Anreize für Eigenkapital/Gesellschafterdarlehen	579
VIII.	Prolongation von Krediten	579
IX.	Ausschöpfen freier Kreditlinien	581
X.	Vergabe neuer Kredite	581
D.	Überschuldung	583
I.	Begriff	583
II.	Möglichkeiten der Kreditgeber	584
III.	Rangrücktritt	584
IV.	Debt Push-up/Debt Push-down	585
V.	Erlass mit Besserungsschein	590
VI.	Erlass	591
VII.	Steuerliche Aspekte des Erlasses mit oder ohne Besserungsschein	591
Kapitel 12 Staatshilfe zur finanziellen Restrukturierung		593
A.	Einleitung	595
B.	Übersicht Rechtsrahmen: Deutsches Förderrecht und europäisches Beihilfenrecht	596
I.	Deutsches Förderrecht	596
II.	Europäisches Beihilfenrecht	597

C.	Förderung der Restrukturierung von Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten (»UiS«) nach den R&U-Leitlinien	619
I.	Definition des Unternehmens in Schwierigkeiten	619
II.	Beihilfenrechtliche Vorgaben	621
III.	Umsetzung in Deutschland	642

Kapitel 13 Haftung des Managements und der Berater in der Krise 662

A.	Haftungsrisiken des Managements	664
I.	Haftungsrisiken und Handlungspflichten im Vorfeld der Insolvenz	664
II.	Haftungsrisiken bei Insolvenzzreife	677
III.	Folgen der Insolvenzeröffnung für das Management	745
B.	Haftungsrisiken des Aufsichtsrats und der Gesellschafter	750
I.	Aufsichtsratshaftung	750
II.	Gesellschafterhaftung	753
C.	Haftungsrisiken der Berater	755
I.	Vertragliche Haftung	755
II.	Faktische Geschäftsführung	758
III.	Deliktische Haftung	758
IV.	Beraterhonorar	759
V.	Strafbarkeitsrisiken des Beraters	760
VI.	Haftungsrisiken der Banken	763

Kapitel 14 Ausgewählte arbeitsrechtliche Aspekte der Restrukturierung außerhalb der Insolvenz 768

A.	Die Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses	770
I.	Einleitung	770
II.	Pflicht zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses	770
III.	Unterrichtungspflichten gegenüber dem Wirtschaftsausschuss	772
IV.	Unterrichtungspflicht bei Unternehmensübernahme	776
V.	Streitigkeiten und Folgen bei der Verletzung der Unterrichtungspflicht	776
B.	Der Interessenausgleich	778
I.	Einleitung	778
II.	Vorliegen einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG	778
III.	Inhalt des Interessenausgleichs	780
IV.	Inhalt der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	780
V.	Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats	782
VI.	Zuständigkeit des Betriebsrats	784
C.	Massenentlassungsverfahren	785
I.	Anwendungsbereich	785
II.	Konsultationsverfahren	788
III.	Anzeigeverfahren	789
IV.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die §§ 17ff. KSchG	790
D.	Der Sozialplan in der Unternehmenskrise	791
I.	Der Sozialplan als maßgeblicher Faktor für eine erfolgreiche Sanierung	791
II.	Die Wege zum Abschluss eines Sozialplans vor einer Insolvenz	792
III.	Das Ermessen der Einigungsstelle als Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Sozialplanvolumens	792
IV.	Widerruf insolvenznaher Sozialpläne	803
E.	Transfermaßnahmen als arbeitsrechtliches Sanierungsinstrument	805
I.	Transfersozialplan und Transfergesellschaft	805
II.	Erzwingbarkeit des »ob« und »wie« von Transfermaßnahmen in Sozialplänen?	806
III.	Teilnahmevoraussetzungen an Transfermaßnahmen	807
IV.	Transferkurzarbeitergeld	810
V.	Ergänzende Förderung gem. § 111a SGB III	812
VI.	Die finanzielle Ausstattung der Transfergesellschaft	813
VII.	Der Wechsel in die Transfergesellschaft	815

F.	Outsourcing/§ 613a BGB	817
I.	Einleitung	817
II.	Betriebsübergang	817
III.	Outsourcing ohne Betriebsteilübergang	823
G.	Beschäftigungssicherung: Das Verfahren nach § 92a BetrVG	824
I.	Einführung	824
II.	Vorschlagsrecht des Betriebsrats zur Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG	824
III.	Ablauf des Verfahrens nach § 92a BetrVG	826
IV.	Einbettung des § 92a BetrVG in Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen	827
V.	Erzwingbarkeit der Vorschläge nach § 92a BetrVG	828
VI.	Konkurrenz zu anderen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechten	830
VII.	§ 92a BetrVG als Vorschlagsrecht der Zukunft	830
4. Abschnitt Restrukturierung in der Insolvenz		832
Kapitel 15 Ablauf und Grundzüge eines Insolvenzverfahrens		832
A.	Die Krise wird zur Insolvenzreife – allgemeine Übersicht über den Gang des Insolvenzverfahrens	834
I.	Die Insolvenzreife als Ausgangspunkt des Insolvenzverfahrens – die Insolvenzgründe der InsO	834
II.	Von der Insolvenzreife zum Insolvenzverfahren	838
B.	Die Gläubigerrechte in der Insolvenz	853
I.	Die Gläubigerrechte bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens	853
II.	Die Gläubigerrechte im eröffneten Insolvenzverfahren	857
C.	Überblick über die Instrumente der Sanierung und Restrukturierung im Insolvenzverfahren	876
I.	Die Überprüfung der Sanierungsfähigkeit	876
II.	Die übertragende Sanierung	877
III.	Der Insolvenzplan	878
IV.	Eigenverwaltung	883
V.	Schutzschirmverfahren	885
Kapitel 16 Das Schutzschirmverfahren		886
A.	Vorbemerkung	886
B.	Voraussetzungen und Anträge	888
I.	Antragstellung	888
II.	Bescheinigung § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO	891
C.	Anordnungen durch das Gericht	894
I.	Anordnung des Schutzschirmverfahrens gem. § 270b InsO	894
II.	Bestellung eines vorläufigen Sachwalters	896
III.	Festlegung einer Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans	897
IV.	Anordnung von Maßnahmen gem. § 270b Abs. 2 Satz 3 InsO	897
V.	Antrag auf Einsetzung eines (vor-)vorläufigen Gläubigerausschusses	898
VI.	Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten	899
D.	Verfahrensablauf	900
I.	Vorbereitung und Umsetzung des Sanierungskonzepts	900
II.	Aufgaben und Rechtsstellung der Eigenverwaltung	902
III.	Aufgaben und Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters	904
IV.	Abstimmung zwischen Eigenverwaltung und vorläufigem Sachwalter	906
V.	Einbindung der weiteren Verfahrensbeteiligten/Kommunikation	907
VI.	Exkurs: »Dual Track«	907
E.	Beendigung des Schutzschirmverfahrens	908
I.	Vorzeitige Aufhebung	908
II.	Eröffnung des Insolvenzverfahrens	909
F.	Besonderheiten bei börsennotierten Unternehmen	910
I.	Veränderte Ausgangssituation bei bestehenden Publizitätspflichten	910
II.	Vermeidung der Publizitätspflichten	912

Kapitel 17	Verlauf des Insolvenzverfahrens und die Unternehmensfortführung aus der Praxis des (vorläufigen) Insolvenzverwalters	915
A.	Die Antragstellung und die »Schlüssselfrage«	916
B.	Nach Antragstellung bis Eröffnung	917
	I. Die Fortführung des Geschäftsbetriebs/die Stabilisierung des Geschäftsbetriebs	917
	II. Koordinierung des Insolvenzverfahrens	923
	III. Erarbeiten einer Lösung/Struktureller Investorenprozess	929
C.	Eröffnung bis zur ersten Gläubigerversammlung	931
	I. Entscheidung über Vertragsverhältnisse	931
	II. Steuerliche Fragen	932
	III. Gläubigerversammlung	933
Kapitel 18	Das Insolvenzplanverfahren	935
A.	Einleitung	936
	I. Rechtspolitischer Hintergrund des Insolvenzplanverfahrens	936
	II. Praktische Relevanz und Anwendungsprobleme	940
B.	Anwendungsfelder	947
C.	Unternehmenssanierung in der Insolvenz	949
	I. Einleitung	949
	II. Anordnung der Eigenverwaltung	950
	III. Die übertragende Sanierung	952
	IV. Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens	953
D.	Verfahrensablauf des Insolvenzplanverfahrens	955
	I. Planerstellungsphase	956
	II. Vorprüfung des Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht nach Einreichung	981
	III. Abstimmung über die Planannahme	983
	IV. Überwachung der Insolvenzplanerfüllung und Vollstreckung	994
Kapitel 19	Die Eigenverwaltung	997
A.	Unterschiede der Eigenverwaltung zum Schutzschirmverfahren	997
	I. Renaissance der Eigenverwaltung	997
	II. Eigenverwaltung oder Schutzschirm?	998
B.	Die (vorläufige) Eigenverwaltung in der Praxis	1000
	I. Vorbereitungen	1000
	II. Die Fortführung des Geschäftsbetriebs	1000
	III. Aufgabenverteilung zwischen Eigenverwaltung und Sachwalter	1002
	IV. Verfahrensspezifische Aufgabenteilung	1003
	V. Verfahrensbeendigung	1005
	VI. Haftung des Eigenverwalters	1006
Kapitel 20	Treuhandlösungen	1007
A.	Einleitung	1007
B.	Erscheinungsformen der Treuhand	1008
	I. Grundsätzliches	1008
	II. Einfache Vollmachts-Treuhand	1010
	III. Unechte (Ermächtigungs-) Treuhand	1011
	IV. Fiduziarische (echte) Treuhand	1011
	V. Doppelnützige Treuhand	1011
C.	Die Beteiligten einer Sanierungstreuhand	1014
	I. Die Situation des Kreditgebers	1014
	II. Die Situation des Treugebers	1023
	III. Die Situation des Treuhänders	1025
D.	Die Ausgestaltung der Treuhandvereinbarung	1031
	I. Treuhandauftrag	1032
	II. Unwiderrufliche Vollmacht	1032

III.	Insb.: Definition des Bedingungseintritts	1033
IV.	Praxisbeispiel.	1033
E.	Treuhand und Insolvenz	1034
I.	Insolvenz eines Beteiligten	1034
II.	Anfechtungsrisiken	1035
III.	Treuhand und Insolvenzplan	1036
IV.	Insolvenzrechtliche Folgen einer abgeschlossenen Treuhand	1036
F.	Vorteile und Risiken/Zusammenfassung.	1036
 Kapitel 21 M&A-Transaktionen in der Insolvenz: Übertragende Sanierung		1037
A.	Grundlagen	1037
I.	Begriff und Abgrenzung	1037
II.	Praktische Bedeutung	1038
III.	Interessen der Beteiligten	1039
IV.	Gesetzliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen.	1040
B.	Unternehmensverkauf während des Eröffnungsverfahrens	1042
I.	Zulässigkeit.	1042
II.	Verkaufsvorbereitung während des Eröffnungsverfahrens.	1044
C.	Unternehmensverkauf während des Insolvenzverfahrens	1045
I.	Verkaufsprozess	1046
II.	Abschluss des Kaufvertrags	1055
III.	Haftung für Altverbindlichkeiten	1073
IV.	Fortführungsgesellschaften	1074
V.	Vergütung des Insolvenzverwalters	1075
D.	Übertragende Sanierung durch Insolvenzplan	1075
 Kapitel 22 Ausgewählte arbeitsrechtliche Aspekte der Restrukturierung im Insolvenzverfahren		1078
A.	Allgemeines	1079
I.	Arbeitsrechtliche Auswirkungen der Insolvenz	1079
II.	Sonderfall Eigenverwaltung.	1080
B.	Besonderheiten und Auswirkungen des Betriebsübergangs im Insolvenzverfahren	1081
I.	Anwendbarkeit, Normzweck und Allgemeines	1081
II.	Eingeschränkte Haftung in der Insolvenz	1083
III.	Zeitpunkt der Haftungserleichterung.	1085
IV.	Betriebsübergang und betriebliche Altersversorgung.	1088
V.	Kündigungsschutz und Wiedereinstellungsanspruch.	1089
VI.	Veräußererkündigung aufgrund eines Erwerberkonzepts	1091
VII.	Betriebsveräußerung nach § 128 InsO	1091
C.	Personalmaßnahmen in der Insolvenz	1093
I.	Interessenausgleich nach § 125 InsO	1093
II.	Besonderheiten der Kündigung von Dienstverhältnissen nach § 113 InsO.	1110
III.	Insolvenzsozialplan	1118
D.	Insolvenzspezifische gerichtliche Verfahrensarten zur Umsetzung betriebsändernder Maßnahmen	1122
I.	Verfahren nach § 121 InsO.	1122
II.	Beschlussverfahren nach § 122 InsO	1123
III.	Beschlussverfahren nach § 126 InsO	1126
E.	Wesentliches zum Insolvenzgeld.	1127
I.	Anspruchsvoraussetzung.	1127
II.	Vererblichkeit	1132
III.	Insolvenzgeldbescheinigung.	1132
IV.	Insolvenzgeldvorfinanzierung.	1132

Kapitel 23 Sicherheiten in der Insolvenz und Massekredite	1134
A. Insolvenzanfechtung von Sicherheiten	1135
I. Ausschluss der Anfechtungsrechte	1135
II. Besondere Anfechtungstatbestände §§ 130 bis 132 InsO.	1145
III. Allgemeine Anfechtungstatbestände §§ 133 bis 135 InsO.	1167
IV. Wiederaufleben von Sicherungsrechten nach Insolvenzanfechtung.	1181
B. Massekredite und ihre Besicherung.	1183
I. Massekreditvertrag	1184
II. Besicherung eines Massekreditvertrags	1196
III. Muster eines echten Massekreditvertrags	1205
IV. Muster eines unechten Massekreditvertrags	1207
Kapitel 24 Konzerninsolvenzrecht.	1209
A. Einleitung	1209
B. Situation vor der Einführung konzerninsolvenzrechtlicher Regelungen – Die Besonderheiten des Konzerns und ihre Auswirkungen auf das Insolvenzverfahren	1210
I. Ausgangslage: Der Verbundwert von Konzernstrukturen	1210
II. Problem: Wirtschaftliche Einheit vs. rechtliche Vielheit in der Insolvenz.	1210
III. Folgen: Auswirkungen auf Sanierungs- und Abwicklungsstrategien	1216
C. Das Konzerninsolvenzrecht – Mögliche Ansätze	1217
I. Verfahrenskoordination	1217
II. Verfahrens- und/oder Vermögenskonzentration.	1219
D. Das neue Konzerninsolvenzrecht nach der Insolvenzordnung.	1222
I. Verfahrenskonzentration.	1223
II. Verfahrenskoordination	1226
E. Fazit und Ausblick	1230
Stichwortverzeichnis	1233

Kapitel 13 Haftung des Managements und der Berater in der Krise

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Haftungsrisiken des Managements . . .	2	bbb) Fristbeginn	92
I. Haftungsrisiken und Handlungspflichten im Vorfeld der Insolvenz.	3	ccc) Fristlauf bei Beauftragung eines unabhängigen Gutachters	95
1. Überwachungs- und Sanierungspflicht in der Krise, § 43 Abs. 1 GmbHG/§ 93 Abs. 1 AktG	4	ddd) Sanierungsfeindlichkeit der Drei-Wochen-Frist	96
2. Informationspflichten	7	dd) Schadensersatzpflicht wegen Insolvenzverschleppung	99
3. Fazit.	8	aaa) Quotenschaden der Altgläubiger.	101
4. Pflicht zur Herabsetzung von Geschäftsführerbezügen.	9	bbb) Vertrauensschaden der Neugläubiger	102
5. Pflicht zur Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen	11	b) Culpa in contrahendo	105
a) Steuern	12	c) Schadensersatz wegen Schutzgesetzverletzung, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB	108
b) Sozialversicherungsbeiträge	13	d) Haftung für verbotene Zahlungen, § 64 Satz 1 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 AktG.	109
6. Pflicht zur Einberufung einer Gesellschafter-/Hauptversammlung bei Verlust der Hälfte des Stamm-/Grundkapitals	16	aa) Massesicherung bei Insolvenzreife	110
7. Ad-hoc Publizität in der Krise.	20	bb) Haftungsauslösender Zeitpunkt.	111
a) Adressaten der Meldepflicht	22	cc) Vorgehen bei der Prüfung des Zahlungsverbots.	112
b) Krisenspezifische Voraussetzungen der Meldepflicht.	24	dd) Haftende Personen.	114
aa) Präzise Information	25	aaa) Geschäftsführer und Vorstände	114
bb) Nicht öffentlich bekannte Umstände	28	bbb) Gesellschafter/Aktionäre	115
cc) Kursauswirkungspotenzial	29	ccc) Aufsichtsrat	116
dd) Zwischenschritte	30	ee) Beispiele für unzulässige Zahlungen.	118
c) Selbstbefreiung von der Meldepflicht.	31	aaa) Geldzahlungen	118
aa) Berechtigtes Interesse	32	bbb) Einzahlungen auf ein debitorisches Bankkonto	119
bb) Keine Irreführung der Öffentlichkeit.	34	ccc) Auszahlungen von einem debitorischen Bankkonto.	121
cc) Geheimhaltung der Information	35	ddd) Sicherungssessionen	122
8. Buchführungspflichten in der Unternehmenskrise	36	eee) Waren und Dienstleistungen	126
II. Haftungsrisiken bei Insolvenzreife	38	fff) Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung	127
1. Zivilrechtliche Haftungsrisiken	38	ggg) Sonstige	128
a) Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung.	39	ff) Beispiele für zulässige Zahlungen	129
aa) Insolvenzgründe	40	aaa) Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes.	129
aaa) Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO	40	bbb) Auszahlungen von debitorischen Bankkonten	132
bbb) Drohende Zahlungsunfähigkeit	56	ccc) Eingehung neuer Verbindlichkeiten	133
ccc) Überschuldung, § 19 InsO	59		
bb) Antragspflichtige Personen.	82		
aaa) Geschäftsführer.	83		
bbb) Liquidatoren	85		
ccc) Gesellschafter	86		
ddd) Aufsichtsrat	88		
eee) Faktische Geschäftsführer	89		
cc) Drei-Wochen-Frist	91		
aaa) Höchstfrist	91		

	Rdn.		Rdn.
ddd) Zahlungen bei gleichwertiger Gegenleistung	134	bbb) Zahlungsmöglichkeit für die Gesellschaft	190
eee) Mittelabflüsse durch Pfändungen	135	dd) Verschulden	191
fff) Steuerzahlungen	136	ee) Verhältnis zu § 15a InsO	192
gg) Verschulden	137	3. Die Haftung des Managements in der Eigenverwaltung	193
hh) Ungekürzte Erstattung an die Insolvenzmasse	138	a) Haftung für verbotene Zahlungen nach § 64 GmbHG/§ 93 Abs. 2 AktG	194
e) Haftung für verbotene Zahlungen an Gesellschafter	139	b) Haftung bei Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG/§ 93 Abs. 1 AktG	196
aa) Zahlungen an Gesellschafter	141	c) Haftung für Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten	197
bb) Zahlungsunfähigkeit	146	III. Folgen der Insolvenzeröffnung für das Management	201
cc) Kausalität für Zahlungsunfähigkeit	147	1. Stellung im vorläufigen Insolvenzverfahren	202
dd) Exkulpation/Darlegungs- und Beweislast/Rechtsfolgen	148	a) Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	202
f) Vorschusspflicht bei Insolvenzverschleppung, § 26 Abs. 4 InsO	151	b) Gesellschaftsrechtliche Kompetenzen	204
2. Strafrechtliche Haftungsrisiken	156	c) Auskunfts- und Mitwirkungspflichten	205
a) Insolvenzverschleppung, § 15 Abs. 4, 5 InsO	156	d) Zwangsmaßnahmen	207
b) Bankrott, § 283 StGB	159	e) Steuerhaftung im Insolvenzplanverfahren	208
c) Verletzung der Buchführungspflichten, § 283b StGB	162	2. Stellung im eröffneten Insolvenzverfahren	209
d) Gläubigerbegünstigung, § 283c StGB	163	a) Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	209
e) Betrug, § 263 StGB	164	b) Auskunfts- und Mitwirkungspflicht	210
aa) Täuschung über Tatsachen	165	c) Kündigungsmöglichkeit durch den Insolvenzverwalter	211
bb) Irrtum und irrtumsbedingte Vermögensverfügung	167	d) Gehaltsansprüche	212
cc) Vermögensschaden	168	B. Haftungsrisiken des Aufsichtsrats und der Gesellschafter	213
dd) Vorsatz	169	I. Aufsichtsratshaftung	214
ee) Spezialtatbestand Kreditbetrug, § 265b StGB	170	1. Zivilrechtliche Haftung	215
f) Untreue, § 266 StGB	173	a) Zivilrechtliche Haftung des Aufsichtsrats einer AG	216
aa) Vermögensbetreuungspflicht und Vermögensnachteil	174	b) Zivilrechtliche Haftung des Aufsichtsrats einer GmbH	218
aaa) Vermögensbetreuungspflicht	175	2. Strafrechtliche Haftung	223
bbb) Nachteilszufügung	176	a) Insolvenzverschleppung	224
bb) Missbrauchstatbestand	179	b) Anstiftung oder Beihilfe zur Insolvenzverschleppung	225
cc) Treubruchstatbestand	181	II. Gesellschafterhaftung	226
aaa) Tathandlung	182	C. Haftungsrisiken der Berater	228
bbb) Pflichtwidrigkeit	183	I. Vertragliche Haftung	229
dd) Vorsatz	184	1. Vertragspflichten	230
g) Vorenthalten von Arbeitnehmer-Sozialversicherungsbeiträgen, § 266a StGB	185	2. Schaden und Schadensersatzgläubiger	234
aa) Beiträge	186	3. Kausalität und Mitverschulden	236
bb) Personenkreis	187	II. Faktische Geschäftsführung	237
cc) Vorenthalten	188		
aaa) Fälligkeit der Beiträge	189		

	Rdn.		Rdn.
III. Deliktische Haftung	239	VI. Haftungsrisiken der Banken	253
1. Insolvenzverschleppung in Täter-		1. Faktische Geschäftsführung	254
schaft, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m.		a) Voraussetzungen im Hinblick	
§ 15a Abs. 1 InsO	239	auf Banken	255
2. Beihilfe zur Insolvenzverschleppung,		b) Rechtsfolgen einer faktischen	
§§ 823 Abs. 2, 830 BGB i.V.m.		Geschäftsführung für Banken	257
§ 15a Abs. 1 InsO	240	2. Zivilrechtliche Haftung: Beihilfe zur	
IV. Beraterhonorar	241	Existenzvernichtung	259
V. Strafbarkeitsrisiken des Beraters	243	3. Zivilrechtliche Haftung: Insolvenzan-	
1. Beihilfe zur Untreue	246	fechtung und Aufrechnung	260
2. Beihilfe zum Betrug	247	4. Spezifische Straftatbestände	261
3. Beihilfe zur Insolvenzverschleppung	248	a) Beihilfe zur Insolvenzverschlep-	
4. Beihilfe zu Straftaten nach §§ 283 ff.		pung	262
StGB	252	b) Beihilfe zur Untreue	264

1 Unternehmenskrisen zu bewältigen, ist in erster Linie die Aufgabe der Geschäftsleitung. Schlägt die Restrukturierung fehl und gerät das Unternehmen in die Insolvenz, wird der Insolvenzverwalter im Regelfall prüfen, ob Vorstände oder Geschäftsführer persönlich haftbar zu machen sind. Dies betrifft nicht nur die Insolvenzantragspflicht, sondern bspw. auch Auszahlungen bei Insolvenzreife an Gesellschafter. Darüber hinaus können Strafbarkeitsrisiken aus der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen oder von Steuern erwachsen. Weitere Besonderheiten ergeben sich für kapitalmarktorientierte Unternehmen mit Blick auf die Ad-hoc-Publizität in der Krise. Doch es nicht nur das Management, das sich haftbar machen kann. Restrukturierungen werden häufig durch Sanierungsberater begleitet; zudem spielen Kreditgeber fast immer eine wichtige Rolle für die Stabilisierung des Unternehmens. Im Insolvenzfall können Regressforderungen und strafrechtliche Ermittlungsverfahren daher auch auf Berater und Banken zukommen, insb. wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung. Nicht zuletzt sind in der Krise auch Aufsichtsräte erhöhten Haftungsrisiken ausgesetzt, da Restrukturierungsmaßnahmen in aller Regel mit ihnen abgestimmt und von ihnen genehmigt werden. Dieses Kapitel beleuchtet umfassend, welche Haftungsfragen sich für die Schlüsselfiguren in Restrukturierungen stellen und wie sich eine persönliche Haftung vermeiden lässt.

A. Haftungsrisiken des Managements

2 Unternehmenskrisen stellen für die Geschäftsleitung eine besondere Herausforderung dar: Bei der operativen und finanziellen Restrukturierung agieren Vorstände und Geschäftsführer unter hohem Zeit- und Erfolgsdruck; die Problemstellungen sind meist vielschichtig und bedürfen hoher fachlicher Kompetenz. Da die Entscheidungen des Managements für das Unternehmen von existenzieller Bedeutung sind und zugleich in aller Regel unterschiedliche Stakeholder (u.a. Gesellschafter, Mitarbeiter, Lieferanten, Kunden, Banken) berühren, werden bei fehlgeschlagener oder unzureichender Restrukturierung schnell Haftungsfragen virulent. Diese betreffen nicht erst die Zeit kurz vor Insolvenzantragstellung, sondern reichen oft in die Anfänge einer Unternehmenskrise zurück.

I. Haftungsrisiken und Handlungspflichten im Vorfeld der Insolvenz

3 Die Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise hat gezeigt, dass auch solide aufgestellte und bisher erfolgreiche Unternehmen unversehens in die Krise geraten können. Zum einen sind plötzlich sinkende Umsätze bei zugleich stabilen Kosten sowie marktbedingte Restriktionen bei der Beschaffung von Fremdkapital geeignet, akute Liquiditätsengpässe auszulösen. Zum anderen kann sich die Fremdfinanzierung der Beteiligung an einem ggf. auch noch börsennotierten Unternehmen als problematisch erweisen, wenn der Zinsaufwand erheblich, die Ausschüttungen niedrig und ggf. hohe Sonderabschreibungen auf Beteiligungen oder Vermögenswerte erforderlich sind. In dieser Situation sind Vorstände und Geschäftsführer zu erhöhter Wachsamkeit und Sorgfalt bei ihren Entscheidungen verpflichtet – selbst wenn eine Insolvenz noch gar nicht absehbar ist.

1. Überwachungs- und Sanierungspflicht in der Krise, § 43 Abs. 1 GmbHG/§ 93 Abs. 1 AktG

Handlungspflichten des Managements im Vorfeld der Insolvenz sind größtenteils nicht gesetzlich 4 normiert, sondern werden aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG/§ 93 Abs. 1 AktG abgeleitet.¹ Eine Ausnahme bildet lediglich die Informationspflicht bei Verlust der Hälfte des Stamm- bzw. Grundkapitals nach § 49 Abs. 3 GmbHG/§ 92 Abs. 1 AktG. Als zentrale Pflichten des Managements in der Krise sind zu nennen zum einen (i) die Pflicht zur laufenden Kontrolle und Überwachung von Liquidität und Vermögen der Gesellschaft² und zum anderen (ii) die Pflicht zur Prüfung und Einleitung entsprechender Sanierungsmaßnahmen.³ Die Sanierungsprüfung muss sich sowohl auf die Sanierungsfähigkeit als auch auf mögliche Strategien und Maßnahmen zur Bewältigung der Krise erstrecken.⁴ Bei der Auswahl der Sanierungsmaßnahmen steht dem Management ein weites Entscheidungsermessen i.S.d. *Business Judgement Rule* zu.⁵ Besonders risikobehaftete Geschäfte sind in der Krise aber zu vermeiden.

Zeigen sich bei der Überwachung der finanziellen Entwicklung der Gesellschaft erste Hinweise 5 auf eine mögliche Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, ist die Unternehmensleitung verpflichtet, eine Überschuldungsbilanz⁶ und einen Liquiditätsstatus⁷ aufzustellen und fortzuschreiben. Nach der Änderung des Überschuldungsbegriffs durch das FMStG vom 18.10.2008 muss die Geschäftsleitung außerdem eine Fortführungsprognose erstellen, wenn sich aus der Überschuldungsbilanz (oder sogar schon aus der Handelsbilanz) Hinweise auf eine drohende oder bereits eingetretene rechnerische bzw. bilanzielle Überschuldung ergeben. Ist die Fortführungsprognose positiv, entfällt die Überschuldung und die damit einhergehende Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO. Während des Prognosezeitraums, der i.d.R. das laufende und das folgende Geschäftsjahr umfasst,⁸ sollte das Management die Einhaltung der in der Prognose formulierten Planziele laufend überwachen und ggf. anpassen.⁹ Eine schriftliche Dokumentation ist zu empfehlen, da in einem späteren Rechtsstreit gegen den Geschäftsleiter die Gesellschaft lediglich darlegen und beweisen muss, dass und inwieweit ihr durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsleiters in seinem Pflichtenkreis ein Schaden entstanden ist; demgegenüber hat der Geschäftsleiter darzulegen und zu beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist oder ihn kein Verschulden trifft oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre¹⁰.

Seinen Pflichten in der Krise kann sich der geschäftsführende Alleingesellschafter einer GmbH 6 nicht durch eine Niederlegung des Amtes entziehen; dies ist rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam, sofern nicht zugleich ein neuer Geschäftsführer bzw. Vorstand bestellt wird¹¹ und

1 Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 43 Rn. 24.

2 BGH, Urt. v. 06.06.1994 II ZR 292/91, GmbHR 1994, 539 (545); Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 43 Rn. 25; Westermann DZWIR 2006, 485 (486).

3 Scholz/Schmidt GmbHG § 64 Rn. 36; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 43 Rn. 25; Veil ZGR 2006, 374 (378 f.); Oppenländer/Trölitzsch/Steffan Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung § 36 Rn. 89.

4 Veil ZGR 2006, 374 (379); Schluck-Amend/Walker GmbHR 2001, 375 (377).

5 Vgl. auch Theiselmann CFL 2010, 135; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 43 Rn. 14; Scholz/Schneider GmbHG § 43 Rn 54a ff.

6 BGH, Urt. v. 06.06.1994 II ZR 292/91, GmbHR 1994, 539 (545).

7 Lutter GmbHR 2000, 301 (305).

8 Wackerbarth NZI 2009, 145; Insolvenzrechts-Handbuch/Gottwald § 6 Rn. 25; MüKo-InsO/Drukarczyk/Schüler § 19 Rn. 56.

9 Vgl. Kuss WPg 2009, 326 (331), der eine allgemeine Pflicht zur Unternehmensplanung aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG/§ 93 Abs. 1 AktG ableitet.

10 OLG München, Urt. v. 09.08.2018 23 U 2936/17, GmbHR 2018, 1058.

11 BGH, Beschl. v. 08.10.2009 IX ZR 235/06, GWR 2009, 430; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 11.11.2014 20 W 317/11, ZIP 2015, 478.

kann eine Schadenersatzpflicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG zur Folge haben¹². Gerade in besonders schwierigen wirtschaftlichen Situationen des Unternehmens kann von dem geschäftsführenden Alleingesellschafter erwartet werden, dass er sich seinen Pflichten und seiner Verantwortung nicht entzieht, ohne einen Nachfolger zu bestellen.

Anders zu beurteilen ist dies im Fall einer AG, die von einem Alleinvorstand geführt wird. Denn bei dieser Rechtsform ist die organschaftliche Struktur anders als bei einer GmbH: Der zwingend vorhandene Aufsichtsrat einer AG kann bei einer Amtsniederlegung des einzigen Vorstandsmitglieds handeln; zudem ist erforderlichenfalls auch die Hauptversammlung in der Lage, auf die Vakanz zu reagieren. Dies gilt auch dann, wenn der Aufsichtsrat unterbesetzt ist. Denn in diesem Fall besteht die Möglichkeit, den Aufsichtsrat durch gerichtliche Bestellung von Mitgliedern ergänzen zu lassen mit der Folge, dass der Aufsichtsrat einen neuen Vorstand bestellen kann. Dass der niederlegende Alleinvorstand selbst keine Ergänzung des Aufsichtsrates beantragt hat, macht seine Amtsniederlegung nicht rechtsmissbräuchlich. Denn sowohl das verbliebene Aufsichtsratsmitglied als auch jeder Aktionär kann einen solchen Antrag ebenfalls stellen¹³. Eine Niederlegung zur Unzeit kommt für die AG nur dann in Betracht, wenn ein Alleinvorstand – der zugleich einziger Aktionär ist – sein Amt ohne Nachfolger niederlegt und zeitgleich auch sämtliche Aufsichtsratsmitglieder ihre Demission erklären. In diesem Fall wird das Registergericht die Eintragung wegen Rechtsmissbrauchs ablehnen.

Entgegen einem in praxi weit verbreiteten Irrglauben können fremdangestellte Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder jederzeit und ohne Angabe von Gründen ihr Amt niederlegen – auch in der Krise des Unternehmens. Denn in dieser Konstellation haben die Gesellschafter die Möglichkeit, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen oder notfalls das Amt selber auszuüben¹⁴.

2. Informationspflichten

- 7 Da eine Sanierung i.d.R. ohne Mitwirkung und entsprechende Fremd- bzw. Eigenkapitalbeiträge der Eigentümer nicht möglich ist, trifft das Management (zumindest bei der GmbH) auch eine Informations- und Berichtspflicht ggü. den Gesellschaftern, damit es sich mit ihnen über bestimmte Restrukturierungsmaßnahmen wie z.B. die Veräußerung von Betriebsteilen, Kapitalmaßnahmen oder die Aufnahme von Sanierungskrediten¹⁵ beraten kann.¹⁶ Dieser Berichtspflicht kann das Management z.B. i.R.d. Einberufung einer Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals nachkommen.¹⁷ Sofern die Geschäftsführung einen freiwilligen Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO beabsichtigt, ist vor der Antragstellung die Zustimmung der Gesellschafter einzuholen.¹⁸ In der Krise der AG muss der Vorstand darüber hinaus auch den Aufsichtsrat über die finanzielle Lage der Gesellschaft informieren. Denn zum einen hat die Rechtsprechung die Pflichten des Aufsichtsrats in der Krise der Gesellschaft konkretisiert bzw. verschärft.¹⁹ Zum anderen sind häufig bestimmte Restrukturierungsmaßnahmen wie die Veräußerung von Betriebsteilen oder die Aufnahme von Fremdkapital an die Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG geknüpft. Hinzu kommt, dass der Aufsichtsrat nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung

12 OLG Koblenz, Urt. v. 26.05.1994 6 U 455/91, NJW-RR 1995, 556.

13 OLG Hamburg, Beschl. v. 27.06.2016 11 W 30/16, ZIP 2016, 183.

14 OLG Bamberg, Beschl. v. 17.07.2017 5 W 51/17, ZIP 2017, 1466.

15 Details zu Sanierungskrediten s. Kap. 10 Rdn. 41.

16 *Uhlenbruck GmbH* 2005, 817 (820); *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG* § 43 Rn. 27; *Westermann DZWIR* 2006, 485 (487).

17 *Kuss WPg* 2009, 326 (327).

18 *Uhlenbruck GmbH* 2005, 817 (820); s.a. Rdn. 58.

19 BGH, Urt. v. 16.03.2009 II ZR 280/07, NZG 2009, 551; OLG Brandenburg, Urt. v. 17.02.2009 6 U 102/07, AG 2009, 662; LG München, Urt. v. 31.05.2007 5 HK O 11977/06, NZI 2007, 609 (n.rkr.).

am 05.08.2009 die Vergütung des Vorstands bei einer Verschlechterung der Lage der Gesellschaft herabsetzen *soll* (§ 87 Abs. 2 Satz 1 AktG). In der GmbH ist der Geschäftsführer nach neuester oberlandesgerichtlicher Rechtsprechung sogar nach § 87 Abs. 2 AktG analog verpflichtet, sein Gehalt von sich aus zu kürzen, wenn sich die Gesellschaft in der Krise befindet.²⁰

3. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass insb. die Sanierungspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG 8 nur wenig praxisrelevant ist und insgesamt kein effizientes System der Insolvenzprophylaxe darstellt.²¹ So existiert bislang soweit ersichtlich kein einziges Urteil, das ein Organmitglied wegen unterlassener Sanierung der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG/§ 93 Abs. 2 AktG zu Schadensersatz verurteilt hätte. Dies hängt u.a. auch damit zusammen, dass die Durchsetzbarkeit des Schadenersatzanspruchs häufig an dem kaum erbringbaren Schadennachweis scheitert, der die Darlegung eines hypothetischen Sanierungsverlaufs erfordert.²² Ferner würde der Anspruch ohnehin nur von einem Insolvenzverwalter in einem eröffneten Verfahren geltend gemacht werden. Der Insolvenzverwalter wird aber eher geneigt sein, die für die Masse lukrativeren und leichter nachweisbaren Ansprüche wegen verbotener Zahlungen nach § 64 Satz 1 GmbHG/§ 92 Abs. 2 AktG²³ oder Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO geltend zu machen, als sich auf den konturlosen Schadenersatzanspruch wegen Sanierungsverschleppung nach § 43 Abs. 2 GmbHG zu berufen. Die Regelung wird daher auch in Zukunft eher ein Schattendasein führen. Letztlich bilden die krisentypischen Sorgfaltspflichten damit kaum mehr als ein vorgelagertes Anhängsel zu den beiden zentralen insolvenzrechtlichen Organpflichten, der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO) und dem Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG/§ 92 Abs. 2 AktG). Sie sollen das Management daher dazu anhalten, die haftungsauslösenden Insolvenzgründe der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und der Überschuldung (§ 19 InsO) festzustellen und ggf. abzuwenden. Die Krisenpflichten im Vorfeld der Insolvenz sind damit mehr auf Verhaltenssteuerung als auf Haftungsverwirklichung angelegt. Gerade deshalb sollte das Management darauf bedacht sein, insb. seine Beobachtungs- und Überwachungspflichten ernst zu nehmen, damit ein Insolvenzeintritt frühzeitig erkannt und ein »böses Erwachen« verhindert wird. Die Geschäftsleitung sollte daher in einem möglichst frühen Stadium der Krise externe Berater hinzuziehen und ihre weiteren Schritte sorgfältig dokumentieren.

4. Pflicht zur Herabsetzung von Geschäftsführerbezügen

Wenn ein Geschäftsleiter parallel auch Gesellschafter bzw. Aktionär, kann ihn die gesellschaftliche 9 Treuepflicht zu eigenen wirtschaftlichen Einschnitten zwingen. So kann er gegenüber der Gesellschaft dazu verpflichtet sein, selbst auf eine Herabsetzung seiner Bezüge hinzuwirken. Dies gilt jedoch lediglich in eng begrenzten Ausnahmefällen, wenn sich die Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse zur wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft ausgeweitet hat. Eine wirtschaftliche Krise liegt nicht bereits vor, wenn in 2 aufeinanderfolgenden Jahren jeweils Verluste und daraufhin in 3 Folgejahren wieder Überschüsse erzielt wurden.²⁴

Vielmehr muss es um das »Überleben« der Gesellschaft gehen, um eine wirtschaftliche Krise 10 anzunehmen. Insoweit lässt sich die Insolvenzreife als Kriterium heranziehen. Für den Fall, dass sich eine solche durch Stundung, Kürzung oder Streichung von Vergütungszahlungen an geschäftsleitende Gesellschafter oder Aktionäre abwenden lassen, sind diese aufgrund ihrer gesellschaftlichen Treuepflicht dazu verpflichtet, eigeninitiativ ihre Vergütung zu reduzieren. Insoweit

20 OLG Köln, Beschl. v. 06.11.2007 18 U 131/07, ZIP 2009, 36.

21 Ebenso *Veil* ZGR 2006, 374 (376 ff.); vgl. auch *Redeker* Die Haftung für wrongful trading im englischen Recht, S. 37 f.

22 *Götter* Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH Rn. 531.

23 Zur Haftung der Geschäftsleitung wegen Zahlungen bei Insolvenzreife s.a. Kap. 10 Rdn. 102.

24 OLG Düsseldorf v. 02.12.2011 I-16 U 19/10.

kommt es nicht darauf an, ob und wie häufig die Gesellschaft negative Jahresabschlüsse verzeichnet hat, denn bei ausreichender Eigenkapital- oder Liquiditätsausstattung (ggf. durch Bereitstellung von Mitteln der Gesellschafter) brauchen selbst über mehrere Jahre andauernde Verluste noch nicht zwingend existenzbedrohend zu sein.²⁵

5. Pflicht zur Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen

- 11 Akut haftungsträchtig sind indes Verstöße gegen die gesetzliche Pflicht, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. In der Krise des Unternehmens reichen die liquiden Mittel häufig nicht mehr aus, um alle Verbindlichkeiten fristgerecht bedienen zu können. Dies gilt insb. für Sozialversicherungsbeiträge sowie Lohn- und USt. Meist wird die Geschäftsleitung selektieren und nur noch solche Verbindlichkeiten bezahlen, die für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zwingend erforderlich sind, wie z.B. Löhne und Gehälter und die Rechnungen der wichtigsten Lieferanten. Letztere sind meist nur noch bereit, gegen Vorkasse zu liefern.²⁶ Dabei wird übersehen, dass Finanzamt und Sozialversicherungsträger insb. in der Krise privilegiert ggü. anderen Gläubigern zu behandeln sind. Zahlt der Geschäftsleiter fällige Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge nicht fristgerecht, kann dies zu einer persönlichen Haftung führen. Bei der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen drohen zusätzlich strafrechtliche Sanktionen.

a) Steuern

- 12 Geschäftsführer und Vorstände haften nach §§ 34 Abs. 1, 69 Abs. 1 AO persönlich, wenn sie ihre steuerlichen Pflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzen. Die Organe haften z.B., wenn sie Steuererklärungen der Gesellschaft nicht pünktlich abgeben, keine Umsatzsteuer oder Lohnsteuer anmelden, falsche oder unrichtige Angaben machen oder keine Lohnsteuer zahlen.²⁷ Geschäftsleiter müssen vorausschauend planen und insbesondere in der Krise finanzielle Mittel zur Entrichtung der geschuldeten Steuern bereithalten. Diese Pflicht ist vom Eintritt der Fälligkeit der Steuern unabhängig²⁸. Die steuerlichen Pflichten sind insb. in der Krise der Gesellschaft von jedem Geschäftsleiter zu beachten, unabhängig von der Ressortaufteilung.²⁹ Die Geschäftsleitung darf sich dabei nicht allein auf einen Steuerberater verlassen, sondern muss selbst fortlaufend über ihre steuerlichen Pflichten im Bilde sein. Reichen die vorhandenen Mittel nicht aus, um alle Verbindlichkeiten zu befriedigen, muss der Geschäftsführer oder Vorstand die Steuerschulden der Gesellschaft anteilig befriedigen. Dies gilt insb. für die Lohnsteuer, die der Geschäftsleiter nach §§ 38, 41a EStG vorrangig vor anderen Steuern an das Finanzamt abführen muss, da er diese nur als fremdes Geld verwaltet. Reichen die finanziellen Mittel in der Krise daher nicht aus, um Netto-Löhne und Lohnsteuer zu zahlen, müssen die Netto-Löhne im Verhältnis der auf sie anfallenden Lohnsteuer anteilig gekürzt und mit den verbleibenden Mitteln die Lohnsteuer bezahlt werden.³⁰ Die Verpflichtung zur Zahlung der Lohnsteuer besteht auch nach Insolvenzantragstellung bis zur Verfahrenseröffnung fort, falls noch liquide Mittel vorhanden sind.³¹ Umsatzsteuern sind grds. auch anteilmäßig zu befriedigen, wobei eine persönliche Haftung der Organe entfällt, sofern sie die Lohnsteuer vorrangig abführen und dann keine Mittel mehr zur Begleichung der USt verbleiben.³²

25 *Theiselmann GmbH-StB* 2012, 283 (284).

26 *Oppenländer/Trölitzschn/Stephan* Handbuch der GmbH-Geschäftsführung § 36 Rn. 125 f.

27 *Oppenländer/Trölitzschn/Stephan* Handbuch der GmbH-Geschäftsführung § 36 Rn. 127; *Scholz/Schneider GmbHG* § 43 Rn. 362; *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/Marsch-Barnert/Diekmann* § 46 Rn. 72 m.w.N.

28 BFH, Urt. v. 26.09.2017 VII R 40/16, ZIP 2018, 22.

29 BFH, Urt. v. 26.04.1984 V R 128/79, ZIP 1984, 1345 (1346 f.); BFH, Urt. v. 13.03.2003 VII R 46/02, NZG 2003, 734 (736).

30 BFH/NV 90, 756, 97, 6; FG München, ZIP 2009, 1220; *Neusel GmbHR* 1997, 1129 (1130).

31 BGH, Urt. v. 23.09.2008 VII R 27/07, ZIP 2009, 122.

32 *Oppenländer/Trölitzschn/Stephan* Handbuch der GmbH-Geschäftsführung § 36 Rn. 134.

b) Sozialversicherungsbeiträge

Der Geschäftsführer oder Vorstand haftet nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB für die an die Sozialversicherungsträger nicht abgeführten Arbeitnehmeranteile.³³ Dies gilt allerdings nicht für die Arbeitgeberanteile, da ihre Nichtabführung in § 266a StGB nicht unter Strafe gestellt ist. Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung sind deshalb vorrangig ggü. zivilrechtlichen Verbindlichkeiten zu begleichen.³⁴ Eine anteilige Befriedigung wie bei Steuerschulden kommt bei Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung nicht infrage. Die Rechtsprechung verlangt sogar, dass die Geschäftsleitung durch besondere Maßnahmen wie die Aufstellung eines Liquiditätsplans oder durch die Bildung ausreichender Rücklagen, notfalls sogar durch Kürzung der Löhne, die Fähigkeit zur Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung sicherstellen muss.³⁵ Daher ist die Geschäftsleitung auch verpflichtet, in einer sich zuspitzenden finanziellen Krise zunächst die Erfüllung anderer Verbindlichkeiten zurückzustellen, um die Arbeitnehmeranteile vorrangig abführen zu können. Es besteht aber keine Pflicht, Kredite aufzunehmen, wenn deren Rückzahlung nicht gewährleistet ist.³⁶ In jeder kriselnden Gesellschaft kann aber der Zeitpunkt kommen, in dem die Rücklagen für Sozialversicherungsbeiträge aufgebraucht sind, und auch die Begleichung von Verbindlichkeiten aus dem laufenden Geschäftsbetrieb lässt sich nicht beliebig lange aufschieben. In diesem Fall kann die Geschäftsführung bzw. der Vorstand nur durch die sofortige Stellung eines Insolvenzantrags der Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB entgehen. Stellt sich später im Insolvenzverfahren heraus, dass die Geschäftsleitung im Stadium der (eingeschränkten) Zahlungsfähigkeit keine geeigneten Vorkehrungen getroffen hat, um die Zahlbarkeit der Sozialversicherungsbeiträge sicherzustellen, haftet der Geschäftsführer bzw. Vorstand dafür, dass er es pflichtwidrig verursacht hat, dass die Gesellschaft bei Fälligkeit ihre Sozialversicherungsbeiträge nicht zahlen kann.³⁷

Eine Haftung wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB entfällt nur dann, wenn die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge der Gesellschaft weder möglich noch zumutbar war.³⁸ Dies ist nur dann der Fall, wenn dem Arbeitgeber die Mittel nicht mehr zur Verfügung stehen, um ganz konkret die fälligen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung (und nur diese) abzuführen.³⁹ Wie genau ein solcher Sachverhalt aussehen soll, ist bislang soweit ersichtlich höchstrichterlich noch nicht entschieden. Am besten dürfte der Geschäftsführer beraten sein, wenn er seine Liquiditätsplanung in der Krise so ausrichtet, dass immer noch genügend Mittel vorhanden sind, um zumindest die fälligen Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung zu zahlen. Zeichnet sich ab, dass die Gesellschaft auch hierzu alsbald nicht mehr in der Lage sein wird, muss Insolvenzantrag gestellt werden.

Für die Erfüllung der Pflicht zur Abführung von Arbeitnehmeranteilen an Sozialversicherungsträger ist die Geschäftsleitung verantwortlich. Auch wenn die entsprechende Aufgabe durch interne Zuständigkeitsverteilung oder durch Delegation auf andere Personen übertragen wurde, bleibt jeder einzelne GmbH-Geschäftsführer aufgrund seiner Amtsstellung und gesetzlichen »Allzuständigkeit« verantwortlich⁴⁰. Folglich ist jeder Geschäftsführer bzw. jedes Vorstandsmitglied dazu

33 Details s.a. unter Rdn. 185 ff.

34 BGH, Beschl. v. 30.07.2003 5 StR 221/03, NJW 2003, 3787 (3788), BGH, Beschl. v. 09.08.2005 5 StR 67/05, NJW 2005, 3650 (3651); Schönke/Schröder/Lenckner/Perron StGB § 266a Rn. 10; Lackner/Kühl StGB § 266a Rn. 10.

35 BGH, Urt. v. 21.01.1997 VI ZR 338/95, NJW 1997, 1237 (1238).

36 BGH, Beschl. v. 28.05.2002 5 StR 16/02, NZG 2002, 721 (723).

37 BGH, Urt. v. 21.01.1997 VI ZR 338/95, NJW 1997, 1237 f.; BGH, Urt. v. 11.12.2001 VI ZR 123/00, NJW 2002, 1122 f.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 43 Rn. 85 m.w.N.

38 BGH, Urt. v. 11.12.2001 VI ZR 123/00, NZG 2002, 721 (722), Tröndle/Fischer StGB § 266a Rn. 15.

39 BGH, Urt. v. 15.10.1996 VI ZR 327/95, NJW 1997, 133 (134).

40 OLG Düsseldorf v. 16.09.2014 I-21 U 38/14, NZI 2015, 517 m. Anm. Kluth.

verpflichtet, die Einhaltung der Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeträgen zu überwachen und einzugreifen, sofern Anzeichen bestehen, dass die Pflichterfüllung durch den jeweils zuständigen Geschäftsleiter bzw. Mitarbeiter nicht (mehr) sichergestellt ist. Im Fall einer Nichtabführung entfällt der Vorsatz des für die Beitragsabführung unzuständigen Geschäftsleiters nicht dadurch, dass er auf Aussagen des zuständigen Kollegen blindlings vertraut hat, da sich eine Haftung auch daraus ableiten kann, dass der unzuständige Geschäftsleiter seinen Überwachungspflichten nicht nachkommt. In der Liquiditätskrise sollten Geschäftsleiter daher von ihren für die Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung zuständigen Kollegen entsprechende Zahlungsnachweise vorlegen lassen und dokumentieren, dass und wie sie sich mit diesen Vorgängen in den regelmäßigen stattfindenden Management-Sitzungen befasst haben.

6. Pflicht zur Einberufung einer Gesellschafter-/Hauptversammlung bei Verlust der Hälfte des Stamm-/Grundkapitals

- 16 Nach §§ 49 Abs. 3 GmbHG, 92 Abs. 1 AktG ist die Gesellschafts- bzw. Hauptversammlung unverzüglich einzuberufen, wenn aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahrs sich ergibt, dass die Hälfte des Stamm- bzw. Grundkapitals verloren ist. Diese Regelungen haben in erster Linie eine Warnfunktion für die Gesellschafter bzw. Aktionäre dahingehend, dass ein Risiko für unterbleibende Ausschüttungen oder die Einforderung ausstehender Einlagen besteht.⁴¹ Die Geschäftsleitung einer GmbH oder AG ist generell verpflichtet, die Vermögenslage der Gesellschaft zu überwachen⁴² und muss unabhängig davon, auf welche Weise diese Information erlangt wurde bei Feststellung eines hälftigen Kapitalverlusts einberufen. Sollte ein hälftiger Verlust faktisch eingetreten, aber dennoch keine Einberufung erfolgt sein, kann sich das Organmitglied im Nachhinein nicht darauf zurückziehen, dass keine Zwischen- oder Jahresbilanz erstellt worden sei. Vielmehr besteht die Pflicht, sich bei Anzeichen auf eine wirtschaftliche Notlage der Gesellschaft schnellstens die finanzielle Situation aufzuklären, dazu eine Zwischenbilanz aufzustellen und dem Aufsichtsrat nach § 90 AktG unverzüglich Bericht zu erstatten.⁴³
- 17 Die Hälfte des Stamm- bzw. Grundkapitals ist verloren, wenn der Wert des Nettoaktivvermögens der Gesellschaft nicht mehr die Hälfte des statutarischen Stammkapitals abdeckt.⁴⁴ Ein hälftiger Verlust meint nicht den Jahresfehlbetrag gem. § 266 Abs. 3 Buchst. a) Nr. 5 HGB, weil ansonsten Gewinn- und Kapitalrücklagen nicht berücksichtigt würden. Vielmehr sind sämtliche Eigenkapitalpositionen (also auch die freien Rücklagen) in Ansatz zu bringen. Eine Anzeige- und Einberufungspflicht besteht folglich erst dann, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht mehr ausreicht, um über das Fremdkapital hinaus die Grundkapitalziffer zur Hälfte zu decken.⁴⁵
- 18 In der Praxis stellt sich insb. die umstrittene Frage, wie das Nettoaktivvermögen zu bewerten ist. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass der Geschäftsleiter eine Fortführungsprognose erstellen und anhand dieser beurteilen müsse, ob er Fortführungs- oder Liquidationswerte ansetzt.⁴⁶ Die Folge wäre eine deutlich niedrigere Bewertung der Aktiva und somit eine vorzeitige Einberufung. Die Gegenansicht hält eine Fortbestehensprognose nicht für erforderlich; das Aktivvermögen sei nach den für die Jahresbilanz geltenden Grundsätzen anzusetzen.⁴⁷ Hierfür spricht, dass die Fortführungsprognose zu erstellen ist, wenn es um die Prüfung einer möglichen Überschuldung geht es handelt sich also um ein insolvenzspezifisches Instrumentarium. Damit hat die

41 S.a. *Veit/Grünberg* DB 2006, 2644.

42 Zu empfehlen ist eine Kontrolle der Bilanz zumindest auf monatlicher Basis, s.a. *Schmidt/Uhlenbruck/Wellensiek* Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 89.

43 KölnKomm-AktG/*Mertens/Cahn* § 92 Rn. 13.

44 *Heybröck/Aschenbeck/Florange* Praxiskommentar zum GmbH-Gesetz § 49 Rn. 29.

45 KölnKomm-AktG/*Mertens/Cahn* § 92 Rn. 8.

46 *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff* GmbHG § 49 Rn. 13; *Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer* GmbHG § 49 Rn. 25; *Michalski/Römermann* GmbHG § 49 Rn. 108.

47 *Roth/Altmeppen/Roth* GmbHG § 49 Rn. 13.; *Scholz/Schmidt/Seibt* GmbHG § 49 Rn. 24.

Einberufungspflicht gem. §§ 49 Abs. 3 GmbHG, 92 Abs. 1 AktG wegen ihrer gesellschaftsinternen Warnfunktion⁴⁸ hingegen nichts zu tun. Zudem kann der Bewertungsansatz im Hinblick auf gesetzliche Einberufungspflicht nicht zur Wahl des Geschäftsführers oder Vorstands stehen, da ein Verstoß zur Schadensersatzpflicht⁴⁹ und bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Unterlassung der Verlustanzeige zur Strafbarkeit nach § 84 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG bzw. § 401 AktG führen kann. Vielmehr müssen hier auch zum Schutz der handelnden Organmitglieder eindeutige, nicht einer Prognose unterliegende Bilanzierungsregeln gelten.

Eine Einberufung und Anzeige ist entbehrlich, wenn alle Gesellschafter oder Aktionäre darauf in Kenntnis der Situation und der eigentlich erforderlichen Einberufung verzichten oder sämtliche Gesellschafter bzw. Aktionäre zugleich Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder sind, was bei einer AG die seltene Ausnahme ist. Im letztgenannten Fall bedarf es dennoch einer schriftlich zu dokumentierenden Beratung im Geschäftsleitungsgremium. 19

7. Ad-hoc Publizität in der Krise

Handelt es sich bei der kriselnden Gesellschaft um den Emittenten von Finanzinstrumenten, die zum Handel an einem inländischen organisierten Markt zugelassen sind oder für die er eine solche Zulassung beantragt hat, ist an die Ad-hoc Publizität zu denken. In diesem Kontext ist bedeutsam, dass sich durch das am 03.07.2016 in weiten Teilen in Kraft getretene Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz (1. FiMaNoG) einige Änderungen ergeben haben. Die Marktmissbrauchsverordnung (»Market Abuse Regulation« – MAR) ist nun unmittelbar geltendes Recht, wobei die Einhaltung der darin normierten Pflichten und Verbote durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) überwacht wird. In Ergänzung zur MAR gelten auf europäischer Ebene verschiedene ausführende Rechtsvorschriften sowie in Deutschland auch weiterhin das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), das mit Blick auf die MAR und entsprechende Durchführungsbestimmungen durch das 1. FiMaNoG geändert wurde. Die Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung (WpAIV) in ihrer bisherigen Fassung bleibt zunächst bestehen, tritt jedoch hinter der MAR sowie den ausführenden Rechtsvorschriften zurück, soweit diese entsprechende oder abweichende Regelungen beinhalten. 20

Vor diesem Hintergrund hat die BaFin am 22.04.2020 das Modul C (Regelungen aufgrund der Marktmissbrauchsverordnung (MAR) als weiteren Teil der fünften Auflage des Emittentenleitfadens veröffentlicht. Nach einem Konsultationsverfahren wurden darin aufgenommen u.a. Festlegungen aus der Verwaltungspraxis wie etwa die Einordnung von Zwischenschritten bei der Insiderinformation sowie Erläuterungen, die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung berücksichtigen. Die neue Version ist auf der Website der BaFin verfügbar unter https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Emittentenleitfaden/emittentenleitfaden_node.html. 21

a) Adressaten der Meldepflicht

Erfasst von der Ad-hoc Pflicht ist nicht nur die börsennotierte AG; vielmehr kann jedes Unternehmen (also z.B. eine GmbH oder KG) ad-hoc-pflichtig sein, wenn es ein von Art. 2 MAR erfasstes Finanzinstrument emittiert hat. Hierzu gehören Aktienzertifikate, börsennotierte Schuldverschreibungen (Unternehmensanleihen/Corporate Bonds, Hochzinsanleihen/High Yield Bonds, Wandelanleihen/Convertible Bonds) und Genussscheine, Optionsscheine, vergleichbare Wertpapiere, Derivate, Geldmarktinstrumente sowie Rechte auf Zeichnung von Finanzinstrumenten.⁵⁰ Nicht darunter fallen z.B. Schuldscheindarlehen, weil dies nicht börslich handelbare Privatplatzierungen sind. Ein Emittent i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Nr. 21 MAR bezeichnet eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts, die Finanzinstrumente emittiert oder deren Emission vorschlägt. Neben 22

⁴⁸ Heybrock/Aschenbeck/Florange Praxiskommentar zum GmbH-Gesetz § 49 Rn. 30.

⁴⁹ Lutter GmbHR 2000, 301.

⁵⁰ Theiselmann Corporate Finance Recht für Finanzmanager 2009, 21.

Kapitel 14 Ausgewählte arbeitsrechtliche Aspekte der Restrukturierung außerhalb der Insolvenz

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Die Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses	1	C. Massenentlassungsverfahren	66
I. Einleitung	1	I. Anwendungsbereich	67
II. Pflicht zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses	4	1. Betriebsbegriff	68
1. Regelfall: Eigenständiger Wirtschaftsausschuss	4	2. Arbeitnehmerbegriff	69
2. Alternative: Übertragung der Aufgaben des Wirtschaftsausschusses auf Ausschuss des Betriebsrats	7	3. Entlassungstatbestände	73
3. Unterbliebene Errichtung des Wirtschaftsausschusses	8	4. Maßgeblicher Zeitraum	79
4. Mitglieder des Wirtschaftsausschusses	10	II. Konsultationsverfahren	80
III. Unterrichtungspflichten gegenüber dem Wirtschaftsausschuss	11	III. Anzeigeverfahren	87
1. Überblick	11	IV. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die §§ 17ff. KSchG	94
2. Wirtschaftliche Angelegenheiten	12	D. Der Sozialplan in der Unternehmenskrise	96
3. Rechtzeitige Unterrichtung	14	I. Der Sozialplan als maßgeblicher Faktor für eine erfolgreiche Sanierung	96
4. Umfassende Unterrichtung unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen	19	II. Die Wege zum Abschluss eines Sozialplans vor einer Insolvenz	98
5. Verhältnis zu Beteiligungsrechten des Betriebsrats	25	III. Das Ermessen der Einigungsstelle als Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Sozialplanvolumens	100
IV. Unterrichtungspflicht bei Unternehmensübernahme	26	1. Soziale Belange der betroffenen Arbeitnehmer	101
V. Streitigkeiten und Folgen bei der Verletzung der Unterrichtungspflicht	30	2. Grundsätzliches Vorgehen zur Ermittlung des Sozialplanvolumens	103
1. Streitigkeiten über die Auskunftspflicht	30	a) Schritt 1: Ermittlung der Arbeitsmarktaussichten	104
2. Ordnungsrechtliche Sanktionen	31	b) Schritt 2: Bestimmung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit für das Unternehmen	106
3. Ausstrahlwirkungen in das Verfahren nach §§ 111 ff. BetrVG	32	3. Arbeitsmarktaussichten als erste Begrenzung der Sozialplandotierung	107
4. Ausstrahlwirkungen auf M&A-bezogene Maßnahmen	33	4. Wirtschaftliche Vertretbarkeit für das Unternehmen als Obergrenze	110
B. Der Interessenausgleich	34	a) Drohende Illiquidität	112
I. Einleitung	34	b) Drohende bilanzielle Überschuldung	113
II. Vorliegen einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG	35	c) Nicht mehr vertretbare Schmälerung des Eigenkapitals/Unterbilanz	114
III. Inhalt des Interessenausgleichs	41	d) Exkurs: Wirtschaftliche Vertretbarkeit in der Insolvenz	115
IV. Inhalt der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	42	5. Kein »allgemeiner Bemessungsdurchgriff« bei der Sozialplandotierung	122
1. Konzeptionsphase	43	a) Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip	123
2. Unterrichtungsphase	44	b) Kein Gleichlauf von Haftungsdurchgriff und »Bemessungsdurchgriff«	124
3. Beratungsphase	48	c) Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Berechnungsdurchgriff bei der	
V. Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats	51		
1. Nachteilsausgleichsanspruch	52		
2. Möglicher Unterlassungsanspruch des Betriebsrats	56		
VI. Zuständigkeit des Betriebsrats	60		

	Rdn.		Rdn.
Betriebsrentenanpassung gem. § 16 BetrAVG	125	VI. Die finanzielle Ausstattung der Transfer-	
6. Kein »Bemessungsdurchgriff« wegen		gesellschaft	196
Nachhaftung aus einem Beherr-		1. Aufstockungsbeträge	197
sungs- und Gewinnabführungsver-		2. Qualifizierungsbudget und Rema-	
trag	127	nanzkosten.	201
7. Verwirklichung einer »besonderen		3. Absicherung der Finanzierung.	205
Gefahrenlage« erforderlich	128	VII. Der Wechsel in die Transfergesellschaft	206
8. Kein »Bemessungsdurchgriff« auf-		1. Typische Inhalte des dreiseitigen Ver-	
grund Konzerndarlehens	129	trages	207
9. Kein »Bemessungsdurchgriff« auf-		2. Wechsel in die Transfergesellschaft	
grund faktischen Konzernverhältnis-		kein Betriebsübergang i.S.v. § 613a	
ses	130	BGB	210
10. Kein »Bemessungsdurchgriff« wegen		3. Anfechtungsmöglichkeiten?	213
existenzvernichtenden Eingriffs	131	F. Outsourcing/§ 613a BGB.	216
11. Begrenzte Bemessungszurechnungs-		I. Einleitung	216
wege	133	II. Betriebsübergang	217
12. Exkurs: »Bemessungsdurchgriff« in		1. Überblick	217
der Insolvenz?	136	2. Tatbestand des Betriebsübergangs.	219
13. Beachtung des betriebsverfassungs-		a) Objekt: Betrieb oder Betriebsteil	
rechtlichen Gleichbehandlungs-		(wirtschaftliche Einheit)	219
grundsatzes, § 75 BetrVG	145	b) Der Übertragungsvorgang:	
IV. Widerruf insolvenznaher Sozialpläne	148	Wechsel des Inhabers durch	
1. Widerrufsberechtigung	149	Rechtsgeschäft	222
2. Zeitliche Grenzen für die Ausübung		c) Wahrung der Identität und	
des Widerrufsrechts	150	Abgrenzung von der Funktions-	
3. Rechtsfolgen des Widerrufs	153	nachfolge	225
4. Rechtsfolge bei Unterlassen des		3. Rechtsfolgen des Betriebsübergangs	229
Widerrufs	156	a) Arbeitgeberwechsel	229
E. Transfermaßnahmen als arbeitsrecht-		b) Erfasste Arbeitsverhältnisse	231
liches Sanierungsinstrument	158	c) Fortgeltung kollektivrechtlicher	
I. Transfersozialplan und Transfergesell-		Normen.	234
schaft	159	d) Unterrichtung und Wider-	
II. Erzwingbarkeit des »ob« und »wie« von		spruchsrecht	237
Transfermaßnahmen in Sozialplänen?	163	e) Betriebsübergang und Kündi-	
III. Teilnahmevoraussetzungen an Transfer-		gung	242
maßnahmen	168	4. Beteiligungsrechte des Betriebsrats	243
1. Betriebsänderung.	169	III. Outsourcing ohne Betriebsteilübergang	246
2. Geltung für Kleinbetriebe?	170	1. Outsourcing und betriebsbedingte	
3. Bedrohung von Arbeitslosigkeit	171	Kündigungen	246
4. Beratung durch die Agentur für		2. Fallstrick: (Verdeckte) Arbeitnehmer-	
Arbeit	174	überlassung	248
5. Förderungsfähige Maßnahmen	175	3. Outsourcing und Beteiligungsrechte	
6. Finanzielle Beteiligung des Arbeitge-		des Betriebsrates	253
bers und Ausschlussstatbestände	178	G. Beschäftigungssicherung: Das Verfah-	
IV. Transferkurzarbeitergeld	183	ren nach § 92a BetrVG	254
1. Beratungspflicht	184	I. Einführung	254
2. Betriebliche Voraussetzungen und		II. Vorschlagsrecht des Betriebsrats zur	
externe betriebsorganisatorisch eigen-		Beschäftigungssicherung nach § 92a	
ständigen Einheit.	185	BetrVG	255
3. Besonderheiten einer internen		1. Sicherung und Förderung der	
betriebsorganisatorisch eigenständigen		Beschäftigung als Aufgabe des	
Einheit	189	Betriebsrats	255
4. Persönliche Voraussetzungen.	191	2. Einzelne Vorschlagsrechte im Betrieb	258
V. Ergänzende Förderung gem. § 111a		III. Ablauf des Verfahrens nach § 92a	
SGB III.	193	BetrVG	268

	Rdn.		Rdn.
IV. Einbettung des § 92a BetrVG in Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen	272	VI. Konkurrenz zu anderen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechten	281
V. Erzwingbarkeit der Vorschläge nach § 92a BetrVG	275	VII. § 92a BetrVG als Vorschlagsrecht der Zukunft	284

A. Die Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses

I. Einleitung

- 1 Der Wirtschaftsausschuss ist – neben den Betriebsräten – ein **weiteres Gremium der Arbeitnehmer**, welches rechtlich im BetrVG verankert und auf Unternehmensebene in Unternehmen mit mehr als 100 Arbeitnehmern zu bilden ist. Nach § 106 Abs. 1 Satz 2 BetrVG hat der Wirtschaftsausschuss die Aufgabe, **wirtschaftliche Angelegenheiten** mit dem Unternehmer zu beraten und den Betriebsrat zu unterrichten. Nach der gesetzlichen Grundkonzeption ist der Wirtschaftsausschuss daher ein **Hilfsorgan des Betriebsrats**.¹
- 2 Der Unterrichtungspflicht des Wirtschaftsausschusses kommt im Rahmen von Restrukturierungen und Transformationen eine **zentrale Rolle** zu, auch, weil der Wirtschaftsausschuss die rechtliche Möglichkeit hat, die **Vorlage von Unterlagen** über das Einigungsstellenverfahren zu **erzwingen** und auf diese Weise Beratungen zu Restrukturierungen und Transformationen zu verzögern. Restrukturierungs- und Transformationsprojekte gelingen daher nur, wenn der Wirtschaftsausschuss nach den Grundsätzen der vertrauensvollen Zusammenarbeit mit eingebunden wird.
- 3 In Bezug auf den konkreten **Zeitpunkt** und den **Umfang** der Unterrichtung ist dabei stets **Fingerspitzengefühl** gefordert. Es gilt einerseits, den Erfolg der Restrukturierung bzw. Transformation nicht durch eine verfrühte und unkontrollierte Information zu gefährden, andererseits aber auch den Wirtschaftsausschuss im Rahmen der gesetzlichen Erfordernisse und auf vertrauensvolle Weise »mitzunehmen«. Ein häufiger Fehler besteht darin, den Wirtschaftsausschuss schlicht zu übergehen und unmittelbar mit dem Betriebsrat in die Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan »einzusteigen«.

II. Pflicht zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses

1. Regelfall: Eigenständiger Wirtschaftsausschuss

- 4 § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG statuiert, dass ein Wirtschaftsausschuss in allen **Unternehmen** mit in der Regel **mehr als 100** ständig beschäftigten Arbeitnehmern zu bilden ist. Folglich kann eine Bildung in Unternehmen mit 100 oder weniger ständig beschäftigten Arbeitnehmern (grundsätzlich) nicht erfolgen.
- 5 Zu dem vorstehenden gesetzlich statuierten Grundsatz, dass die Bildung eines Wirtschaftsausschusses in Unternehmen mit 100 oder weniger ständig beschäftigten Arbeitnehmern nicht erfolgen kann, existiert jedoch eine praxisrelevante **Ausnahme**. So lässt die Rechtsprechung des BAG analog § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Bildung eines Wirtschaftsausschusses in Unternehmen mit nicht mehr als 100 beschäftigten Arbeitnehmern zu, wenn diese gemeinsam einen einheitlichen Betrieb, d.h. einen sog. **Gemeinschaftsbetrieb**, mit in der Regel mehr als 100 ständig

¹ Siehe z.B. BAG, Beschl. v. 18.07.1978 – 1 ABR 34/75, AP BetrVG 1972 § 108 Nr. 1; BAG, Beschl. v. 18.11.1980 – 1 ABR 31/78, AP BetrVG 1972 § 108 Nr. 2; BAG, Beschl. v. 25.06.1987 – 6 ABR 45/85, AP BetrVG 1972 § 108 Nr. 6; BAG, Beschl. v. 08.08.1989 – 1 ABR 61/88, AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 6; BAG, Beschl. v. 05.02.1991 – 1 ABR 24/90, AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 10; BAG, Beschl. v. 15.03.2006 – 7 ABR 24/05, NZA 2006, 1422.

beschäftigten Arbeitnehmern betreiben. In diesem Fall ist ein Wirtschaftsausschuss auch dann zu bilden, wenn keines der beteiligten Unternehmen für sich allein diese Beschäftigtenzahl erreicht.²

Sofern ein Wirtschaftsausschuss mangels Erreichens des Schwellenwertes nicht errichtet werden kann, gehen seine Beteiligungsrechte grundsätzlich auch nicht auf den Betriebsrat über.³ Eine Ausnahme besteht insoweit gem. § 109a BetrVG nur für den Fall der Unternehmensübernahme – dazu später mehr.⁴

2. Alternative: Übertragung der Aufgaben des Wirtschaftsausschusses auf Ausschuss des Betriebsrats

Als Alternative zur Errichtung eines eigenständigen Wirtschaftsausschusses ist es möglich, dass der Betriebsrat mit der Mehrheit der Stimmen seiner Mitglieder die **Übertragung der Aufgaben** des Wirtschaftsausschusses **auf einen Ausschuss des Betriebsrats** beschließt (§ 107 Abs. 3 BetrVG). In der Praxis wird hiervon relativ häufig Gebrauch gemacht. Eine Übertragung der Aufgaben auf einen Ausschuss des Betriebsrats soll aber erst dann zulässig sein, wenn das **Unternehmen** über einen Betriebsrat mit neun Mitgliedern verfügt und damit **mindestens 201 Arbeitnehmer** beschäftigt. Denn die Höchstzahl der Mitglieder orientiere sich an der des Betriebsausschusses, welcher erst von Betriebsräten mit mindestens neun Mitgliedern errichtet werden könne (§ 27 Abs. 1 BetrVG i.V.m. § 9 BetrVG).⁵

3. Unterbliebene Errichtung des Wirtschaftsausschusses

In der Praxis kommt es weiter häufig vor, dass in Unternehmen trotz Erreichens des Schwellenwertes von mehr als 100 Arbeitnehmern **kein Wirtschaftsausschuss** errichtet wird. In diesem Fall gehen die Aufgaben des Wirtschaftsausschusses auch nicht automatisch auf den Betriebsrat über.⁶

In **kleineren Unternehmen** mit einem Betrieb von **unter 201 Arbeitnehmern** (dann verfügt der Betriebsrat über bis zu sieben Mitglieder, vgl. § 9 BetrVG, und übersteigt kopfmäßig nicht die zulässige Anzahl von sieben Wirtschaftsausschussmitgliedern, vgl. § 107 Abs. 1 BetrVG) ist es aber möglich, dass der **Betriebsrat** einen Wirtschaftsausschuss errichtet und **alle seine Mitglieder**, deren fachliche und persönliche Eignung vorausgesetzt, zu den **Mitgliedern des Wirtschaftsausschusses** bestimmt. In der Folge entsprechen die Zusammensetzung von Betriebsrat und Wirtschaftsausschuss einander. Konkludentes Handeln des Betriebsrats genügt hierfür aber richtigerweise nicht. Vielmehr muss der Betriebsrat die Mitglieder ordnungsgemäß nach § 107 Abs. 2 BetrVG durch förmlichen Beschluss (§ 33 BetrVG) bestellen und dies dem Arbeitgeber mitteilen.

4. Mitglieder des Wirtschaftsausschusses

Die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses werden nach § 107 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vom Betriebsrat für die Dauer seiner (i.d.R. vierjährigen) Amtszeit bestimmt.⁷ Der Wirtschaftsausschuss besteht dabei aus **mindestens drei** und **höchstens sieben** Mitgliedern, die dem Unternehmen angehören

2 BAG, Beschl. v. 01.08.1990 – 7 ABR 91/88, NZA 1991, 643; zu den weiteren Detailfragen siehe *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 18a-18d, *Salamon*, NZA 2017, 891.

3 BAG, Beschl. v. 05.12.1991 – 1 ABR 24/90, AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 10; BAG, Beschl. v. 07.04.2004 – 7 ABR 41/03, AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 17; BAG, Beschl. v. 05.02.1991 – 1 ABR 24/90, AP BetrVG § 106 Nr. 10; GK-BetrVG/*Oetker*, § 106 BetrVG, Rn. 454; Richardi/*Annuß*, § 106 BetrVG, Rn. 16.

4 Siehe nachfolgend unter Rdn. 26 ff.

5 *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 18a-18d.

6 So auch WHSS Umstrukturierung/*Schweibert*, Kap. C, Rn. 477; Richardi/*Annuß*, § 106 BetrVG, Rn. 16.

7 Besteht ein Gesamtbetriebsrat, so bestimmt dieser die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses. Die Amtszeit der Mitglieder endet in diesem Fall in dem Zeitpunkt, in dem die Amtszeit der Mehrheit der Mitglieder des Gesamtbetriebsrats, die an der Bestimmung mitzuwirken berechtigt waren, abgelaufen ist, § 107 Abs. 2 Satz 2 BetrVG.

müssen, darunter mindestens ein Betriebsratsmitglied, § 107 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. In der Praxis gehören dem Wirtschaftsausschuss meistens mindestens zur Hälfte (meist auch ausschließlich) Mitglieder des Betriebsrats an. Möglich ist es auch, leitende Angestellte nach § 5 Abs. 3 BetrVG, für die der Betriebsrat im Grunde nicht zuständig ist, zu Mitgliedern des Wirtschaftsausschusses zu bestimmen (vgl. § 107 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Zwingend ist, dass die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderliche **fachliche und persönliche Eignung** besitzen (§ 107 Abs. 1 Satz 3 BetrVG). Nach § 79 BetrVG unterliegen die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses – ebenso wie die Mitglieder des Betriebsrats – einer gesetzlichen **Geheimhaltungspflicht**.

III. Unterrichtungspflichten gegenüber dem Wirtschaftsausschuss

1. Überblick

- 11 Die Unterrichtungspflichten gegenüber dem Wirtschaftsausschuss ergeben sich primär aus § 106 Abs. 2 BetrVG. Demnach hat der Unternehmer den Wirtschaftsausschuss **rechtzeitig** und **umfassend** über die **wirtschaftlichen Angelegenheiten** des Unternehmens unter **Vorlage der erforderlichen Unterlagen** zu unterrichten, soweit dadurch nicht die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens gefährdet werden, sowie die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Personalplanung darzustellen (§ 106 Abs. 2 Satz 1 BetrVG).

2. Wirtschaftliche Angelegenheiten

- 12 Nach § 106 Abs. 3 BetrVG gehören zu den **wirtschaftlichen Angelegenheiten** im Sinne des § 106 BetrVG insbesondere:
- »1. die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens;
 2. die Produktions- und Absatzlage;
 3. das Produktions- und Investitionsprogramm;
 4. Rationalisierungsvorhaben;
 5. Fabrikations- und Arbeitsmethoden, insbesondere die Einführung neuer Arbeitsmethoden;
 - 5a. Fragen des betrieblichen Umweltschutzes;
 6. die Einschränkung oder Stilllegung von Betrieben oder von Betriebsteilen;
 7. die Verlegung von Betrieben oder Betriebsteilen;
 8. der Zusammenschluss oder die Spaltung von Unternehmen oder Betrieben;
 9. die Änderung der Betriebsorganisation oder des Betriebszwecks;
 - 9a. die Übernahme des Unternehmens, wenn hiermit der Erwerb der Kontrolle verbunden ist, sowie
 10. sonstige Vorgänge und Vorhaben, welche die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens wesentlich berühren können.«
- 13 Die Aufzählung ist indes **nicht abschließend**.⁸ Im Rahmen von Restrukturierungen und Transformationen können sämtliche Nummern Bedeutung erlangen, bei Personalabbaumaßnahmen insbesondere die Nummern 1, 4, 6 und 7, bei flankierenden und/oder vor- bzw. nachlaufenden M&A-Vorgängen insbesondere die Nummern 1, 7, 8 und 9a.

3. Rechtzeitige Unterrichtung

- 14 Das Gesetz definiert nicht näher, was unter einer **rechtzeitigen Unterrichtung** zu verstehen ist. Nach der Rechtsprechung des BAG ist jedenfalls **vor einer Entscheidung** des Unternehmers zu

⁸ Wie sich aus dem Wort »insbesondere« ergibt, vgl. ErfK/Kania, § 106 BetrVG, Rn. 7, *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 48.

unterrichten.⁹ Weiter ist zwingend, dass der Wirtschaftsausschuss i.d.R. **vor dem Betriebsrat** unterrichtet wird.¹⁰ Anderenfalls ist eine Beratung mit dem Wirtschaftsausschuss sinnlos.¹¹

Richtigerweise kann **alleine der Entschluss** des Unternehmers, **Planungen** für eine wirtschaftliche Angelegenheit vorzunehmen, noch **keine Unterrichtungspflicht** auslösen.¹² Gleiches gilt für frühe **Vorplanungen**, welche z.B. durch externe Berater im Rahmen einer möglichen Restrukturierung oder Transformation durchgeführt werden (wie die Erstellung erster Blueprints, Modell-szenarien etc.).

Für den Beginn der Unterrichtungspflicht ist daher richtigerweise erforderlich, dass die Planungen des Unternehmens den Grad der **Entscheidungsreife** erreicht haben. Entscheidungsreif ist eine wirtschaftliche Angelegenheit erst dann, wenn das Unternehmen sich **im zuständigen Leitungsgremium** (Vorstand, Geschäftsleitung) dazu entschieden hat, eine bestimmte Maßnahme – vorbehaltlich weiterer Konkretisierungen und vorbehaltlich der Beteiligung der Arbeitnehmergremien – umsetzen zu wollen. Gerade bei mehrköpfigen Leitungsgremien ist es zwingend erforderlich, dass das Meinungsbildungsverfahren im Leitungsgremium vollständig abgeschlossen ist.¹³ Nur bei unternehmensseitigem Abschluss des Meinungsbildungsverfahrens ist eine Unterrichtung sinnvoll und notwendig.¹⁴ Vorher kann eine fundierte Erörterung der Planungen mangels hinreichender Konkretisierung nicht stattfinden.¹⁵

Nach dem Entschluss im Leitungsgremium ist sodann noch eine umfassende Beratung mit dem Wirtschaftsausschuss (und später dem Betriebsrat) möglich, ohne dass der Unternehmer eine konkrete Entscheidung vorweggenommen hat. Selbstredend darf der Unternehmer bei seinen Planungen allerdings **noch nicht zu 100 % festgelegt sein**, sondern er muss offen für abweichende Planungsvorschläge seitens der Arbeitnehmergremien sein. Anderenfalls liefen die Beratungs- und Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmergremien tatsächlich ins Leere. Keineswegs darf der Unternehmer mit der Umsetzung der Maßnahme bereits begonnen haben.¹⁶

Bei **Planungen durch eine Konzernspitze** wird vertreten, dass der Unternehmer, falls er nicht in die Planungen des Konzerns einbezogen und unwissend ist, verpflichtet sei, sich die erforderlichen Informationen bei der Konzernspitze **zu beschaffen** und sie dem Wirtschaftsausschuss zur Verfügung zu stellen.¹⁷ Denn anderenfalls sei es nicht möglich, dass der Wirtschaftsausschuss seine

9 BAG, Beschl. v. 20.11.1984 – 1 ABR 64/82, AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 3.

10 Beschl. in der wirtschaftlichen Angelegenheit gleichzeitig eine interessenausgleichspflichtige Betriebsänderung, kann die Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses und des Betriebsrats richtigerweise auch in einer Sitzung zur gleichen Zeit erfolgen. Denn auch der Betriebsrat hat bei einer Betriebsänderung einen Anspruch, rechtzeitig unterrichtet zu werden (vgl. § 111 Satz 1 BetrVG). Es wäre reiner Formalismus, die Unterrichtung von Wirtschaftsausschuss und Betriebsrat künstlich aufzuspalten und nacheinander durchzuführen (so auch WHSS Umstrukturierung/Schweibert, Kap. C, Rn. 494).

11 BAG, Beschl. v. 20.11.1984 – 1 ABR 64/82, AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 3; *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 30; Richardi/*Annuß*, § 106 BetrVG, Rn. 24.

12 A.A. ErfK/*Kania*, § 106 BetrVG, Rn. 4; *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 30; BeckOK Arbeitsrecht/*Besgen* § 106 BetrVG, Rn. 11.

13 Ähnlich auch Hess/Schlochauer/Worzalla/*Hess*, § 106 BetrVG, Rn. 29, wonach jedenfalls bei einer Unternehmensleitung, die aus mehreren Personen besteht, konkrete Vorstellungen der Unternehmensleitung erforderlich sein müssen, das Meinungsbild in der Unternehmensleitung also abgeschlossen sein muss.

14 GK-BetrVG/*Oetker*, § 106, Rn. 121.

15 Das interne Meinungsbildverfahren muss zu einem Abschluss gekommen sein, so dass ein gewisser Konkretisierungsgrad erreicht ist.

16 GK-BetrVG/*Oetker*, § 106, Rn. 116.

17 Richardi/*Annuß*, § 106 BetrVG, Rn. 21, der jedoch Überlassungsansprüche von Dritten ausdrücklich verneint; *Fitting* § 106 Rn. 31a. Das LAG Berlin-Brandenburg hält einen Informationsbeschaffungsanspruch für denkbar, ohne dies jedoch abschließend zu entscheiden (LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 19.07.2018 – 21 TaBV 33/18, NZA-RR 2018, 604).

gesetzlich vorgegebene Hilfsfunktion für den Betriebsrat erfüllen könne. Diese Auffassung ist **abzulehnen**. Richtigerweise ist der Unternehmer nicht verpflichtet, für den Wirtschaftsausschuss mehr Informationen zu beschaffen als ihm selbst vorliegen.¹⁸ Zum einen ist der Wortlaut des § 106 BetrVG, der als Adressat der Unterrichtungspflicht nur den Unternehmer nennt, maßgeblich und eindeutig.¹⁹ Zum anderen würde eine Informationsbeschaffungspflicht über das Ziel der Unterrichtungspflicht hinauschießen. Ziel des § 106 BetrVG ist es – wie im Folgenden gezeigt wird²⁰ –, die Informationsparität zwischen Unternehmer und Wirtschaftsausschuss sicherzustellen und nicht dessen informative Besserstellung.²¹ Auch ein **Informationsdurchgriff** auf die Konzernspitze **muss ausscheiden**, da § 106 BetrVG an den Begriff des Unternehmens anknüpft.²² Es wäre systemwidrig, die Muttergesellschaft betriebsverfassungsrechtlich zu verpflichten, so dass ein Informationsanspruch ihr gegenüber ausscheidet.²³

4. Umfassende Unterrichtung unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen

- 19 Umfassend ist die Unterrichtung, wenn der Wirtschaftsausschuss **alle Informationen** erhält, die für eine sinnvolle Beratung der Angelegenheit **erforderlich** sind.²⁴ Der Unternehmer und der Wirtschaftsausschuss müssen über die gleichen Informationen (**Informationsparität**) verfügen.²⁵
- 20 Über die **Erforderlichkeit** der Unterlagen bestimmt zunächst der Unternehmer nach pflichtgemäßem Ermessen. Zu den **erforderlichen Unterlagen** können unter anderem zählen:
- Jahresabschlüsse,²⁶
 - Wirtschaftsprüfungsberichte,²⁷
 - Produktions- und Investitionsprogramme,²⁸
 - Organisations- und Rationalisierungspläne,²⁹
 - Mittelfristplanungen des Unternehmens,³⁰
 - Sanierungsgutachten,³¹
 - Sanierungs- bzw. Reorganisationspläne gem. §§ 2, 8 KredReorgG³² oder
 - Restrukturierungspläne gem. § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 KWG.³³
- 21 Zu den Unterlagen zählen aber richtigerweise **nicht**:

18 WHSS Umstrukturierung/*Schweibert* Kap. C Rn. 493; zumindest eine Rechtspflicht zur Informationsbeschaffung ablehnend GK-BetrVG/*Oetker*, § 106, Rn. 126.

19 Ähnlich Düwell/*Steffan*, § 106 BetrVG, Rn. 16. *Diller/Powietzka*, DB 2001, 1034 (1034).

20 Siehe nachfolgend unter Rdn. 19 ff.

21 WHSS Umstrukturierung/*Schweibert* Kap. C Rn. 493; vgl. auch Hess/Schlochauer/Worzalla/*Hess*, § 106 BetrVG, Rn. 30.

22 Das LAG Niedersachsen hält einen Informationsdurchgriff lediglich für nicht ausgeschlossen und verweist auf das Fehlen einer höchstrichterlichen Entscheidung (LAG Niedersachsen, Beschl. v. 03.11.2009 – 3 BV 3/09, NZA-RR 2010, 142 (143)).

23 *Diller/Powietzka*, DB 2001, 1034 (1036); *Thüsing* ZIP 2008, 106 (108).

24 *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 34; in Bezug auf den Jahresabschluss trifft den Unternehmer überdies gem. § 108 Abs. 5 BetrVG unter Beteiligung des Betriebsrats eine Erläuterungspflicht.

25 *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 34 mit Verweis auf LAG Köln, Beschl. v. 14.01.2004 – 8 TaBV 72/03, AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 18; *Stieg/Maschmann* Unternehmensumstrukturierung Rn. 467; WHSS Umstrukturierung/*Schweibert* Kap. C Rn. 493; ArbG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2017, 4 BV 14/17.

26 *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 37.

27 *Richardi/Annus*, § 106 BetrVG, Rn. 28.

28 *Richardi/Annus*, § 106 BetrVG, Rn. 28.

29 *Richardi/Annus*, § 106 BetrVG, Rn. 28.

30 LAG Köln, Beschl. v. 14.01.2004 – 8 TaBV 72/03, AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 18.

31 *Richardi/Annus*, § 106 BetrVG, Rn. 28.

32 *Richardi/Annus*, § 106 BetrVG, Rn. 28.

33 *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 38f.

- Berichte von Unternehmensberatungen,³⁴
- Verträge über die Veräußerung sämtlicher Geschäftsanteile³⁵ sowie damit zusammenhängende Vereinbarungen (Letters of Intent, Term Sheets, Bids etc.) oder
- Unterlagen Dritter im Allgemeinen, z.B. von Gesellschaftern, Interessenten und Erwerbern oder³⁶
- Berichte über die laufende Geschäftsführung.³⁷

Wichtig ist aber, dass der Unternehmer **nicht verpflichtet** ist, Unterlagen **eigens** zwecks Vorlage an den Wirtschaftsausschuss **zu erstellen**.³⁸ Der Unternehmer muss vielmehr **nur solche Unterlagen** zur Verfügung stellen, **die ihm selber vorliegen**.³⁹ Aus diesem Grund lässt sich in der Praxis eine Vielzahl von Informationsanforderungen, welche Wirtschaftsausschüsse gerne mittels Anforderungskatalogen stellen, oft ablehnen.

Eine **bestimmte Form** der Unterrichtung ist in § 106 Abs. 2 BetrVG **nicht vorgesehen**. Die Unterrichtung kann daher auch mündlich erfolgen, auch wenn sich aus Nachweisgründen eine Unterrichtung basierend auf Unterlagen empfiehlt.⁴⁰

Soweit durch die Unterrichtung **Betriebs- und/oder⁴¹ Geschäftsgeheimnisse** verletzt werden, kann eine Unterrichtung unterbleiben (§ 106 Abs. 2 Satz 1 BetrVG). Da die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen, kommt eine Gefährdung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen allerdings nur in **Ausnahmefällen** in Betracht.⁴² Ob ein solcher Fall vorliegt, entscheidet der Unternehmer ebenfalls nach pflichtgemäßem Ermessen.⁴³

5. Verhältnis zu Beteiligungsrechten des Betriebsrats

Der Begriff der **wirtschaftlichen Angelegenheit** ist **weiter als** der Begriff der sog. **Betriebsänderung**. Eine wirtschaftliche Angelegenheit setzt insbesondere keine wirtschaftlichen Nachteile für die Arbeitnehmer voraus – betrifft also losgelöst von den Auswirkungen auf die Arbeitnehmer wirtschaftliche Fragestellungen.⁴⁴ Im Gegensatz zum Betriebsrat verfügt der Wirtschaftsausschuss jedoch über **keine echten Mitbestimmungsrechte**, wie sie der Betriebsrat z.B. im Rahmen der Betriebsänderung durch Interessenausgleich und Sozialplan hat.⁴⁵

34 GK-BetrVG/*Oetker*, § 106, Rn.131; Richardi/*Annuß*, § 106 BetrVG, Rn. 28; *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 37.

35 ErfK/*Kania*, § 106 BetrVG, Rn. 6 m.w.N., insb. BAG, Beschl. v. 22.01. 1991 – 1 ABR 38/89, AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 9; LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 09.10.2013 – 10 TaBV 2/13, BeckRS 2014, 67294 und nachfolgend BAG, Beschl. v. 22.03.2016 – 1 ABR 10/14, AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 19; a.A. *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 125.

36 WHSS Umstrukturierung/*Schweibert*, Kap. C, Rn. 497.

37 Stege/*Weinspach/Schiefer*, § 106 BetrVG, Rn. 73a.

38 So auch GK-BetrVG/*Oetker*, § 106, Rn. 129; a.A. *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 39, der dies, folgernd aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit für eine sinnvolle Unterrichtung bei komplexen Sachverhalten (wie bei einer Unternehmensübernahme), für erforderlich hält.

39 Boecken/*Düwell/Diller/Hanau/Spirolke*, § 106 BetrVG, Rn. 8. Ein Herstellungsanspruch i.R.d. § 106 BetrVG muss nach der Rechtsprechung des BAG zu § 80 BetrVG (BAG, Beschl. v. 06.05.2003 – 1 ABR 13/02, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 61; Beschl. v. 07.08.1986 – 6 ABR 77/83, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 25) ausscheiden.

40 Vgl. auch BeckOK Arbeitsrecht/*Besgen*, § 106 BetrVG, Rn. 13.

41 Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss eine kumulative Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vorliegen. Insoweit soll jedoch die Verletzung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen genügen (vgl. auch BeckOK Arbeitsrecht/*Besgen*, § 106 BetrVG, Rn. 16).

42 BeckOK Arbeitsrecht/*Besgen*, § 106 BetrVG, Rn. 16; *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 44; LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 02.05.2018, 4 TaBV 111/18.

43 Richardi/*Annuß*, § 106 BetrVG, Rn. 35; BeckOK Arbeitsrecht/*Besgen*, § 106 BetrVG, Rn. 16.

44 Vgl. *Fitting*, § 106 BetrVG, Rn. 50.

45 Siehe Abschnitte B, Rn. 42 ff.

Kapitel 19 Die Eigenverwaltung

Übersicht	Rdn.	Rdn.
A. Unterschiede der Eigenverwaltung zum Schutzschirmverfahren	1	4. Sozialversicherungsbeiträge und Steuern 19
I. Renaissance der Eigenverwaltung	1	III. Aufgabenverteilung zwischen Eigenverwaltung und Sachwalter 20
II. Eigenverwaltung oder Schutzschirm?	4	1. Eigenverwaltender Schuldner 20
1. Die Bescheinigung	4	2. Der (vorläufige) Sachwalter 21
2. Antragsvoraussetzung (vorläufige Eigenverwaltung)	5	3. Kassenführungsbefugnis 22
3. Bezeichnung »Schutzschirmverfahren«	6	IV. Verfahrensspezifische Aufgabenteilung 24
4. Begründung von Masseverbindlichkeiten	7	1. Sachverständigengutachten 24
5. Vorschlagsrecht vorläufiger Sachwalter im Schutzschirm	8	2. Überwachung der wirtschaftlichen Lage, Masseunzulänglichkeit 25
6. Reform notwendig	10	3. Gegenseitige Verträge, Prozessführungsbefugnis 27
B. Die (vorläufige) Eigenverwaltung in der Praxis	11	4. Insolvenztabelle, Gläubigerversammlung, Verwertung, Anfechtung 29
I. Vorbereitungen	11	V. Verfahrensbeendigung 34
II. Die Fortführung des Geschäftsbetriebs	13	1. Insolvenzplan 34
1. Fortführungsfinanzierung	13	2. Schlussrechnung, Verteilung, Aufhebung 35
2. Eigenverwaltung und Insolvenzgeld	14	VI. Haftung des Eigenverwalters 36
3. Begründung von Masseverbindlichkeiten	15	

A. Unterschiede der Eigenverwaltung zum Schutzschirmverfahren

I. Renaissance der Eigenverwaltung

Mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), wurde der Eigenverwaltung gesetzlich ein neuer Stellenwert eingeräumt. Die bereits mit der Einführung der Insolvenzordnung rund 12 Jahre zuvor als Alternative zur Fremdverwaltung vorgesehene Eigenverwaltung führte allerdings ein Schattendasein. Hauptgrund war wohl die Befürchtung, dass der Schuldner mehr für seine eigenen Interessen tätig ist, als für die der Gläubiger. Welche Auswirkungen die Änderungen durch das ESUG bewirkt haben, zeigt die im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz durchgeführte Evaluation, die im Oktober 2018 präsentiert wurde.¹ Nach den in der Evaluation vorgelegten Zahlen für den Zeitraum vom 01.03.2012 bis 28.02.2017, hat die Eigenverwaltung insgesamt einen Anteil von 3,5 %, ist jedoch überproportional bei größeren Unternehmen, also bei Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigten und 10 Mio. € Jahresumsatz vorherrschend.² Damit hat die Eigenverwaltung mit dem ESUG zumindest bei den größeren Unternehmen eine Renaissance erlebt.

Entscheidend dürfte sein, dass die Eigenverwaltung bereits mit dem Insolvenzantrag als vorläufige Eigenverwaltung für das Eröffnungsverfahren beantragt werden kann (§ 270a InsO). Das Gericht hat davon abzusehen, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt zu bestellen, wenn der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos ist (§ 270a Abs. 1 InsO). Damit ist auch in dieser ersten, aber oft entscheidenden Phase eines Insolvenzverfahrens anders als früher eine Eigenverwaltung möglich.³

1 Die Evaluierung zum ESUG findet sich auf der homepage des bmjv.de als Download.

2 Vgl. Evaluierung zum ESUG/Kurzbericht, S. 4.

3 Vgl. Braun/Riggert, INSO § 270a, Rn 1.

- 3 Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO ist eine Abwandlung der Eigenverwaltung. Der Antrag des Schuldners ist hier nur bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung möglich. Das Schutzschirmverfahren ist als ein frühzeitiges und minimalinvasives Sanierungsverfahren der Insolvenzordnung gedacht. Wird der Antrag auf ein Schutzschirmverfahren zusammen mit der Eigenverwaltung beantragt, so bestimmt das Gericht eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans.⁴ In diesem Zeitraum von maximal drei Monaten bis zur Vorlage des Insolvenzplans erhält der Schuldner Schutz durch die Insolvenzordnung.

II. Eigenverwaltung oder Schutzschirm?

1. Die Bescheinigung

- 4 Die drohende Zahlungsunfähigkeit bei einem Schutzschirmverfahren muss durch den Antragsteller bescheinigt werden. Dies muss kein Sanierungsgutachten sein.⁵ Durch das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) wurde ein Standard für die Bescheinigung nach § 270b InsO geschaffen, der IDW S 9.⁶ In der Praxis hat sich gezeigt, dass gerade die Voraussetzung der Bescheinigung eine aus zeitlicher und inhaltlicher Sicht zu überwindende Hürde darstellt. Denn die Erstellung einer Bescheinigung nimmt mitunter nicht nur erhebliche Zeit in Anspruch, es ist auch nicht sichergestellt, dass das Gericht die vorgelegte Bescheinigung akzeptiert. Daher ist es bereits vor der Antragstellung zwingend notwendig, nicht nur aus diesem Grund, sich frühzeitig mit dem Gericht abzustimmen.⁷ Die Bescheinigung ist damit in der Vorbereitung eines Schutzschirmverfahrens ein gewisser Risikofaktor. Für die Eigenverwaltung nach § 270a InsO ist demgegenüber die Bescheinigung keine Zugangsvoraussetzung.

2. Antragsvoraussetzung (vorläufige) Eigenverwaltung

- 5 Einzige Voraussetzung für das Eröffnungsverfahren bei einer vorläufigen Eigenverwaltung ist – selbstverständlich neben dem Vorliegen eines Insolvenzgrundes – nach § 270a Abs. 1, Satz 1 InsO, dass der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Unklar nach der Lektüre bleibt jedoch, was nicht offensichtlich aussichtslos sein darf. Bezugspunkt für die Aussichtslosigkeit ist die spätere Anordnung der endgültigen Eigenverwaltung.⁸ Für das eröffnete Verfahren setzt § 270 Abs. 2, Nr. 2 InsO wiederum voraus, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führt. Dies bedeutet, dass das Gericht prüfen muss, ob bereits zu diesem Zeitpunkt Nachteile bekannt sind und darf sich zur Beurteilung nur auf die Angaben des Schuldners in seinem Antrag und gerichtsbekanntete Umstände beschränken.⁹ Insbesondere ist damit nicht gemeint, dass der Schuldner bei Antrag ein Sanierungs- oder Fortführungskonzept vorliegen muss.¹⁰ Dies zeigt bereits, dass nach der aktuellen Rechtslage die Zugangsvoraussetzung für die vorläufige Eigenverwaltung im Vergleich zum Schutzschirmverfahren viel niedriger ist.

3. Bezeichnung »Schutzschirmverfahren«

- 6 Mit Einführung des Schutzschirmverfahrens durch das ESUG waren die Erwartungen an dieses Sanierungsverfahren groß. Das Schutzschirmverfahren war das neue Produkt der Insolvenzordnung. Insbesondere ging man davon aus, dass bereits die Bezeichnung als »Schutzschirmverfahren« den Makel der »Insolvenz« entfallen lässt. Während in der Anfangszeit tatsächlich in verschiedenen Presseberichten über Schutzschirmverfahren so getan wurde, als handele es sich nicht um ein

⁴ § 270b Abs. 1, S 1 InsO.

⁵ Braun/Riggert, § 270b, Rn 7.

⁶ S. IDW Fachnachrichten 2014, Heft 11.

⁷ S. Tabelle mit Merkpunkten.

⁸ Uhlenbruck/Zipperer, § 270a, Rn 3.

⁹ Uhlenbruck/Zipperer, § 270a, Rn 4.

¹⁰ Uhlenbruck/Zipperer, § 270a, Rn 3.

Insolvenzverfahren ist dieser vermeintliche Vorteil in der Verfahrensbezeichnung aus der Anfangszeit aber mittlerweile wieder verflogen. Insofern bietet das Schutzschirmverfahren gegenüber der Eigenverwaltung auch aus dem Gesichtspunkt des »Marketing« keinen Vorteil mehr.

4. Begründung von Masseverbindlichkeiten

Die Evaluierung des ESUG hat gezeigt, dass die Zahl der Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO im Laufe der Zeit zurückgegangen und die erhoffte deutlich frühere Antragstellung nicht eingetreten ist.¹¹ Unter anderem die Hürde der Bescheinigung nach § 270b InsO als Antragsvoraussetzung hat möglicherweise dazu geführt, dass die Eigenverwaltung nach § 270 InsO als Verfahrensart gewählt wird. Hinzu kommt, dass, anders als bei einem Schutzschirmverfahren, bei einer Eigenverwaltung zwar gesetzlich die Begründung von Masseverbindlichkeiten nicht vorgesehen ist.¹² Zwischenzeitlich jedoch davon ausgegangen werden kann, dass durch die überwiegende Zahl der Insolvenzgerichte auch in der (vorläufigen) Eigenverwaltung nach §§ 270, 270a InsO dem Schuldner eine Ermächtigung erteilt wird, mit der er Masseverbindlichkeiten begründen kann.¹³ Aber auch hier empfiehlt es sich dringend mit dem zuständigen Insolvenzgericht vor Antragstellung die Frage zu klären, wie dort diese Rechtsfrage behandelt und gelöst wird. Diese Möglichkeit ist ebenfalls mit ein Auslöser dafür, dass nun das Schutzschirmverfahren höhere Zugangsvoraussetzungen schafft bei grundsätzlich gleichen Möglichkeiten wie in einer Eigenverwaltung nach §§ 270, 270a InsO.

5. Vorschlagsrecht vorläufiger Sachwalter im Schutzschirm

Lediglich das Vorschlagsrecht des Schuldners für den vorläufigen Sachwalter nach § 270b Abs. 2, Satz 2 InsO kann das Schutzschirmverfahren noch als Vorteil für sich verbuchen. Dieses Vorschlagsrecht geht sogar dem des vorläufigen Gläubigerausschusses vor.¹⁴ Das Gericht kann den vorgeschlagenen Sachwalter nur ablehnen, wenn dieser »offensichtlich ungeeignet« ist.¹⁵ Dies wird durch die Insolvenzgerichte unterschiedlich ausgelegt und eine gegebenenfalls erfolgte Ablehnung muss das Gericht begründen. Letztendlich besteht jedoch gegen diesen Beschluss des Gerichts kein Rechtsmittel.¹⁶ Bei der Eigenverwaltung wiegt das Gläubigerinteresse wieder stärker, weshalb der vorläufige Gläubigerausschuss den stärksten Einfluss auf die Wahl eines vorläufigen Sachwalters nehmen kann. Wenn der vorläufige Gläubigerausschuss diesen einstimmig vorschlägt, ist das Gericht an diesen Vorschlag gebunden (§§ 270a Abs. 1, S.2, 274 Abs. 1 i.V.m. 56a Abs. 2 InsO).

Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die Einsetzung der Mitglieder des Gläubigerausschusses erst mit der Antragstellung und Beschlussfassung des Gerichts erfolgt. Mit dieser Beschlussfassung wird aber auch gleichzeitig der vorläufige Sachwalter bestellt. Es bleibt die Möglichkeit, dass die zukünftigen Mitglieder des Gläubigerausschusses (»präsumtiver« Gläubigerausschuss¹⁷) neben der Anzeige der Bereitschaft zur Übernahme der Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss, auch bereits eine Aussage über die bevorstehende Abstimmung zur Frage des Sachwalters gegenüber dem Insolvenzgericht mitteilen. Zwar wird damit nur eine Aussage über eine zukünftige Entscheidung mitgeteilt, jedoch entsteht eine gewisse Bindungswirkung für das Gericht.

6. Reform notwendig

Damit bietet die Eigenverwaltung nach der aktuellen Gesetzeslage bei einfacheren Zugangsvoraussetzungen grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten wie das Schutzschirmverfahren. Es gibt zu

¹¹ Evaluierung/Kurzbericht, S. 4.

¹² Für das Schutzschirmverfahren ist dies in § 270b Abs. 3 InsO geregelt.

¹³ Vgl. die Ausführungen nachfolgend unter Rn 15ff. und von *Exner/Lehmeier*, Kapitel 16, 78 ff.

¹⁴ *Uhlenbruck/Zipperer*, § 270b, Rn 58.

¹⁵ Vgl. die Ausführungen *Exner/Lehmeier*, Kapitel 16, 58 ff.

¹⁶ *Uhlenbruck/Zipperer*, § 270b, Rn 63.

¹⁷ Zum präsumtiven Gläubigerausschuss vgl. *Exner/Lehmeier*, Kapitel 16, Rn 75.

dieser Entwicklung kritische Stimmen,¹⁸ die berechtigt sind und die eine Korrektur durch den Gesetzgeber notwendig machen. Diese Korrektur des Gesetzgebers wird wohl erst dann vorgenommen werden, wenn es zur Umsetzung eines präventiven (vorinsolvenzlichen) Restrukturierungsverfahrens kommt, dessen Richtlinie zwischenzeitlich durch das europäische Parlament veröffentlicht wurde und durch den deutschen Gesetzgeber bis Sommer 2021 umgesetzt werden muss. Dann müssen die Verhältnisse und Zugangsvoraussetzungen zu den Verfahren außerhalb und innerhalb der Insolvenzordnung neu justiert werden.

B. Die (vorläufige) Eigenverwaltung in der Praxis

I. Vorbereitungen

- 11 Wie bereits aufgezeigt, erfordert die Antragstellung auf Eigenverwaltung bzw. Schutzschirmverfahren eine gute Vorbereitung. Die nachfolgend nochmals in der Übersicht zusammengefassten kritischen Punkte sollten in Abhängigkeit des Verfahrens mit dem Gericht vor Antragstellung rechtzeitig abgeklärt werden.

Mit dem Insolvenzgericht abzustimmende Punkte:

Eigenverwaltung	Schutzschirm	
X	X	Formalien der Antragstellung
	X	Inhalt der Bescheinigung
X	X	Besetzung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses
X	X	Auswahl des (vorläufigen) Sachwalters
X		Begründung von Masseverbindlichkeiten
X	X	Kassenführungsbefugnis (des Sachwalters)

- 12 Nicht zu vergessen bleibt die Aufstellung eines Teams, das die Eigenverwaltung managt. Neben dem eigenverwaltenden Schuldner sind dies ein in Insolvenzsachen erfahrener Berater sowie der (vorläufige) Sachwalter. Es hat sich in der Praxis gezeigt, dass die Gerichte großen Wert darauf legen, wenn nicht sogar dies als Voraussetzung sehen, dass ein erfahrener Sanierungsberater das Verfahren begleitet. Dieser sollte mit der Antragstellung in die Geschäftsleitung eingesetzt werden, um dort den eigenverwaltenden Schuldner im Verfahren zu begleiten. Dies kann als Organ, Generalbevollmächtigung oder im Rahmen eines Mandats erfolgen.

II. Die Fortführung des Geschäftsbetriebs

1. Fortführungsfinanzierung

- 13 Neben den rechtlichen Themen, darf die Frage der Fortführungsfinanzierung nicht vergessen werden. Der Insolvenzantrag bringt lediglich ein Einfrieren der Altverbindlichkeiten als Insolvenzforderung. Für die Fortführung des Geschäftsbetriebs, aber auch die Umsetzung der geplanten Sanierungsmaßnahmen wird neue Liquidität benötigt. So werden Lieferanten beispielsweise auf Vorkasse umstellen und auch die Sicherungsnehmer, insbesondere die Kreditinstitute, werden ihre Sicherheiten bewerten und prüfen, ob sie diese für eine Fortführung weiter zur Verfügung stellen. So werden Kreditinstitute prüfen, unter welchen Bedingungen sie etwa über Altforderungen aus einer Globalzession im Rahmen eines »unechten Massekredits« oder über das Waren- und Rohstofflager bei einer Raumsicherungsübereignung weiter Verfügungen lassen. Alle diese Punkte sollten vor dem Insolvenzantrag mit dem Kreditinstitut besprochen werden.

¹⁸ Riggert, Editorial NZI 2018, Heft 18.

2. Eigenverwaltung und Insolvenzgeld

Da es sich bei einer Eigenverwaltung ebenso wie bei einem Schutzschirmverfahren um ein Insolvenzverfahren handelt, gibt es mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Insolvenzereignis im Sinne von § 165 Abs. Nr. 1 SGB III. Daher sind die bis zum Insolvenzereignis nicht gezahlten Ansprüche der Arbeitnehmer bis zur Beitragsbemessungsgrenze und für maximal drei Monate durch das Insolvenzgeld abgesichert. Das Insolvenzgeld kann darüber hinaus auch im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit vorfinanziert werden¹⁹. Somit besteht auch in den Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO die Möglichkeit durch die Fortzahlung der Löhne und Gehälter bis zum Insolvenzereignis drohende Kündigungen zu vermeiden und den Geschäftsbetrieb fortzuführen. Dabei ist die Vorgehensweise bei der Insolvenzgeldfinanzierung grundsätzlich so wie im Falle der Fremdverwaltung mit einem vorläufigen Insolvenzverwalter, muss jedoch sorgfältig organisiert werden.²⁰ Der Unterschied besteht allerdings darin, dass zum einen immer noch nicht alle Kreditinstitute bereit sind, die Insolvenzgeldfinanzierung auch in der Eigenverwaltung zu begleiten und zum anderen durch die Aufgabenteilung zwischen vorläufigem Sachwalter und Eigenverwalter eine andere Haftungsverantwortung besteht. Zudem ist die vorherige Zustimmung des Insolvenzgerichts erforderlich.²¹ Gegenüber dem Kreditinstitut ist insbesondere darzulegen, wie durch die angedachte Sanierung ein erheblicher Teil der Arbeitsplätze erhalten werden kann, denn das Kreditinstitut muss sichergehen können, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung des Insolvenzgeldes erfüllt sind. Allenfalls würde die Bundesagentur für Arbeit ihrerseits der Finanzierung nicht zustimmen.

3. Begründung von Masseverbindlichkeiten

Für die Fortführung des Geschäftsbetriebs ist es notwendig, dass neue Verbindlichkeiten begründet werden können, bei denen sich der Geschäftspartner darauf verlassen kann, dass diese auch aus der Insolvenzmasse beglichen werden dürfen und nicht lediglich eine Insolvenzforderung darstellen. Gerade die Liquiditätskrise erlaubt es in der Anfangsphase eines Insolvenzverfahrens nicht, dass gegenüber Dienstleistern auf Vorkasse umgestellt wird. Daher muss die Begleichung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden, zu dem etwa durch den »Insolvenzgeldeffekt« oder weitere Maßnahmen die Liquiditätssituation verbessert werden konnte. Die rechtliche Lösung hierfür ist, dass der Schuldner auf Antrag durch das Insolvenzgericht ermächtigt wird, Masseverbindlichkeiten zu begründen.

Jedoch ist nur für das Schutzschirmverfahren in § 270b Abs. 3 InsO geregelt, dass das Gericht auf Antrag des Schuldners diesen zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigen kann. Für die Eigenverwaltung nach § 270a InsO findet sich keine entsprechende Regelung. Wie damit umgegangen wird, wird uneinheitlich diskutiert, eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu liegt nicht vor. Es existiert lediglich eine Entscheidung des Landgerichts Duisburg,²² die zwischenzeitlich als herrschende Meinung gilt²³ und der sich auch die überwiegende Zahl der Insolvenzgerichte angeschlossen hat. Nach Auffassung des Landgerichts Duisburg muss der Schuldner im Verfahren der vorläufigen Eigenverwaltung zur Begründung von Masseverbindlichkeit bei einer Betriebsfortführung ermächtigt werden, um nicht die Ziele der Sanierung zu untergraben.

Mit dem Insolvenzgericht sollte daher nicht erst am Tag der Antragstellung, sondern zuvor nicht nur geklärt werden, wie das Gericht auf einen entsprechenden Antrag auf Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten reagiert, sondern es sollte auch über den Inhalt und über die Form des Antrags gesprochen werden. Als Maßstab, welche Anforderungen an einen

19 §§ 170 Abs. 4, 171 SGB III.

20 Vgl. Kapitel 17, Rn 19.

21 MüKoInsO/Kern, 3. Aufl. 2014, InsO § 270a Rn. 42.

22 Az. 7 T 185/12; NZI 2013, 91 ff.

23 Vgl. Nachweise bei Andres/Leithaus/Leithaus, 3. Aufl. 2014, InsO § 270a Rn. 9.

Antrag auf Einzelermächtigung gestellt werden, kann die Rechtsprechung des BGH zur Einzelermächtigung in der vorläufigen Insolvenzverwaltung herangezogen werden.²⁴

18 Checkliste Antrag auf Einzelermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten:

	Antrag des Schuldners, Zustimmung des vorläufigen Sachwalters
	Benennung der Lieferanten und Dienstleister mit Vertragsinhalt
	Geschätzte Höhe der zu begründenden Verbindlichkeiten
	Vorlage eines Liquiditätsplanes

4. Sozialversicherungsbeiträge und Steuern

19 Im Eröffnungsverfahren der Eigenverwaltung bereitet die Pflicht zur Fortzahlung bzw. Nichtzahlung der Sozialversicherungsbeiträge und Steuern wegen der damit verbundenen Strafbarkeit (§ 266a StGB; §§ 43, 69 AO) für den Schuldner Probleme. Auf keinen Fall empfehlenswert ist der Ansatz, dass die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge und Steuern unter den Vorbehalt der Zustimmung des Sachwalters gestellt werden, der die Zustimmung versagt. Auch dann nicht, wenn dies durch das Insolvenzgericht über § 21 InsO angeordnet wird. Dies führt nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu einer Vermeidung der strafrechtlichen Konsequenzen. Vorzugswürdig ist demgegenüber, die Zahlungsempfänger, also Sozialversicherungsträger und Finanzämter vorab durch entsprechende Schreiben »bösgläubig« hinsichtlich der Insolvenzantragstellung im Sinne von § 130 Abs. 1, Nr. 2 InsO, zu machen, um im eröffneten Verfahren die daraufhin geleisteten Zahlungen im Wege der Anfechtung zurückzufordern.²⁵

III. Aufgabenverteilung zwischen Eigenverwaltung und Sachwalter

1. Eigenverwaltender Schuldner

20 Im Verfahren der Eigenverwaltung übernimmt der Schuldner, also bei Unternehmen die Geschäftsführung, grundsätzlich die Aufgaben, die bei einer Fremdverwaltung der (vorläufige) Insolvenzverwalter ausüben würde. Entscheidend ist, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen bei dem Schuldner verbleibt. Das operative Geschäft des Unternehmens wird ebenfalls durch den Schuldner, also die bisherige Geschäftsführung ausgeübt. Der Schuldner in der Eigenverwaltung hat mithin einen größeren Aufgabenkreis als in der Fremdverwaltung, da er neben dem operativen Geschäft unter Insolvenzbedingungen auch das Insolvenzverfahren begleiten muss. Es ist daher dringend zu empfehlen, dass die Geschäftsführung durch einen in Insolvenzsachen erfahrenen Berater unterstützt wird.

2. Der (vorläufige) Sachwalter

21 Der vorläufige Sachwalter übt demgegenüber die Kontrollfunktion aus. Die Kontrollfunktion ist dabei ein Oberbegriff von verschiedenen Instrumenten, die ihm hierfür zur Seite stehen. Hierzu gehört zum einen die Zustimmung nach § 275 Abs. 1 InsO zur Begründung von Verbindlichkeiten durch den Schuldner, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören. Für die Definition des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs gibt es verschiedene Ansätze.²⁶ Einprägsam ist die Erklärung, dass zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb nur solche Verbindlichkeiten gehören, deren Eingehen keine Nachteile für die Gläubiger auslösen könnten, mithin der Korridor der bisherigen Austauschbeziehungen nicht verlassen wird.²⁷ Auch wenn die Zustimmungsverweigerung im

24 Vgl. BGH, Urt. vom 18.07.2002 – IX ZR 195/01; NZI 2002, 543; ZIP 2002, 1625.

25 Vgl. die Ausführungen *Exner/Lehmeier*, Kapitel 16, 84 ff.

26 Vgl. Darstellung in *Uhlenbruck/Zipperer*, 14. Aufl. 2015, § 275, Rn 3.

27 *Uhlenbruck/Zipperer*, 14. Aufl. 2015, InsO § 275 Rn. 3.

Außenverhältnis keine Auswirkung hat,²⁸ so ist aus Haftungsgründen für den Schuldner doch empfehlenswert, dass im Zweifelsfall die Zustimmung des Sachwalters einzuholen und die zu den begründeten Rechtsgeschäften abgegebene Zustimmung zu dokumentieren. Lediglich im eröffneten Verfahren, kann das Insolvenzgericht auf Antrag der Gläubigerversammlung bzw. eines einzelnen Gläubigers unter verschärften Voraussetzungen nach § 277 Abs. 2 InsO im eröffneten Verfahren die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften im Außenverhältnis von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen. Für die vorläufige Eigenverwaltung greift die Vorschrift nicht, da es an einem entsprechenden Verweis in §§ 270a Abs. 1, Satz 2, 270 b Abs. 2, Satz 1 InsO mangelt. Es bliebe nur die Möglichkeit durch das Insolvenzgericht über § 21 InsO im Einzelfall besondere Zustimmungsvorbehalte anordnen zu lassen. Ein vollständiger Vorbehalt soll bei vorläufigen Eigenverwaltung aber nicht angeordnet werden (§ 270a Abs. 1 Nr. 2 InsO) und im Schutzschirm darf er nicht angeordnet werden, was sich in § 270b Abs. 2, Satz 3 InsO aus einem Umkehrschluss ergibt.

3. Kassenführungsbefugnis

Die Kassenführungsbefugnis liegt grundsätzlich bei der Eigenverwaltung, jedoch kann nach § 275 Abs. 2 InsO der Sachwalter verlangen, dass ihm die Kassenführung übertragen wird. Die Kassenführungsbefugnis ist eine starke Kontrollmaßnahme, führt aber auch zu einem aufwendigeren Zahlungsverkehr. In der Praxis wird bereits bei der Vorbereitung des Verfahrens und in Absprache mit dem zukünftigen (vorläufigen) Sachwalter sowie mit dem Gericht entschieden, ob der (vorläufige) Sachwalter die Kassenführungsbefugnis inne hat, um gleich von Beginn an den Zahlungsverkehr darauf abzustimmen. Ein erst im laufenden Verfahren auf Verlangen des Sachwalters erfolgter Übergang der Kassenführungsbefugnis legt den Verdacht nahe, dass der Schuldner nicht zur Kassenführung geeignet ist und dadurch ein anzeigepflichtiger Nachteil für die Gläubiger im Sinne von § 274 Abs. 3 InsO droht. Wenn der Sachwalter die Kassenführungsbefugnis innehat, so sollte trotz der zusätzlichen Station, die im Zahlungsverkehr von der inhaltlichen Prüfung der Rechnung, über die Freigabe durch den Schuldner bis zur Zahlung durch den Sachwalter sichergestellt sein, dass der Zeitverzug so gering wie möglich ist und auch die Information über die Zahlung und auch Zahlungseingänge in das Unternehmen zurückfließen. In der Praxis hat es sich bewährt, dass der Sachwalter dem Schuldner ein Einsichtsrecht in das Onlinekonto einrichtet. Erfahrungsgemäß dauert die bei einem Kreditinstitut mindestens eine Woche und erfordert die Vorlage von Unterlagen, weshalb dies ebenfalls vorbereitet werden sollte. Hilfsweise können die Kontoauszüge taggleich durch den Sachwalter zur Verfügung gestellt werden.

Sollte ein Gläubigerausschuss bestehen, so ist aus Haftungsgründen dringend anzuraten, dass regelmäßig eine Kassenprüfung stattfindet. Der Kassenprüfer wird dabei durch den Gläubigerausschuss beauftragt.

IV. Verfahrensspezifische Aufgabenteilung

1. Sachverständigengutachten

Das Insolvenzgericht wird im Beschluss zur Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung auch den vorläufigen Sachwalter als Sachverständigen damit beauftragen, zu prüfen, ob ein für die Rechtsform maßgeblicher Eröffnungsgrund vorliegt und eine kostendeckende Masse vorhanden ist. Der vorläufige Sachverwalter wird entsprechend ein Gutachten auf der Grundlage der durch den Schuldner zur Verfügung gestellten Unterlagen erstellen und dem Insolvenzgericht vorlegen auf dessen Grundlage über die Eröffnung und den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entschieden wird.

²⁸ Vgl. K. Schmidt/Ries, § 56 Rn. 25.