

Editorial

*Wir hoffen, dass Sie gut erholt aus dem Jahresurlaub zurückgekehrt sind.
Sie werden es brauchen, ...*

... denn die Anfang des Jahres noch hinter die wirtschaftliche Entwicklung gesetzten Fragezeichen können wir nun getrost durch Ausrufezeichen ersetzen. Die wirtschaftliche Entwicklung wird mit ziemlicher Sicherheit nach unten zeigen – alle wichtigen Wirtschaftsindizes fallen derzeit auf Tiefstwerte, die seit Jahren nicht erreicht wurden. Dies liegt natürlich auch an den Auswirkungen der Subprime Krise, die sich mittlerweile zu einer veritablen Finanzkrise entwickelt hat. Es liegt aber auch an den Preisschüben für Rohstoffe, selbst wenn da jetzt einige Blasen geplatzt sind.

Auch in dieser sich entwickelnden Krise wird es wieder Branchen geben, die besonders betroffen sind. Nach derzeitiger Sicht sind das der Einzelhandel (Webmeyer, SinnLeffers, Hertie), Automobilindustrie und Krankenhäuser, um nur einige Bereiche zu nennen. Mit der letztgenannten Branche beschäftigt sich exemplarisch RA und FAInsR Tilo Kolb in dieser Ausgabe.

Wie immer wünschen wir dem geneigten Leser eine angenehme Lektüre.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Volker Beissenhirtz, Rechtsanwalt

Dr. Peter de Bra, Rechtsanwalt

Schultze & Braun GmbH

Rechtsanwalts-gesellschaft

.....
● **Hinweis in eigener Sache:**

● Der nächste Jour Fixe findet am Freitag,
● den 14.11.2008, ab 16.00 Uhr zum Thema
● „Kriminalinsolvenzen, Sachverhaltsermittlungen
● und Anspruchsverfolgung“ in unserem Berliner
● Büro statt. Sollten Sie Interesse an der
● Teilnahme haben, so können Sie sich gerne an
● Frau Kriebel unter mkriebel@schubra.de wenden.
●

Themen dieser Ausgabe:

1. Überschuldung durch Risikorückstellungen
2. Beihilfen in der Insolvenz
3. Krankenhäuser in der Krise
4. Honorarsicherung in der Insolvenz – Risikominimierung für Krisenberater
5. Newsticker



1. Überschuldung durch Risikorückstellungen

Nicht selten werden Unternehmen mit für sie teilweise unvorhergesehenen Forderungen konfrontiert, so z.B. im Rahmen von Produkthaftungsprozessen. Diese Forderungen können, wenn sie tatsächlich bestehen, das betroffene Unternehmen in die Krise treiben. Die Frage, ob und in welchem Umfang bereits Risiken der Inanspruchnahme in einem Überschuldungsstatus zu berücksichtigen sind, ist umstritten. Zwar sind handelsbilanzrechtlich für ungewisse Verbindlichkeiten Rückstellungen zu bilden, nach einer Ansicht gilt dieser Grundsatz der Bilanzvorsicht für einen Überschuldungsstatus allerdings nicht. Deswegen sei es gerechtfertigt, von einer Passivierung der entsprechenden Rückstellung abzusehen, wenn hiervon die Notwendigkeit der Insolvenzantragstellung abhing und z.B. ein Prozess durchaus Chancen hat, vom Schuldnerunternehmen gewonnen zu werden.

Demgegenüber geht eine andere Ansicht davon aus, dass Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten entweder aus der Handelsbilanz in den Überschuldungsstatus zu übernehmen oder neu zu bilden seien, wenn dies in der Handelsbilanz hinterlassen worden ist. Besteht die Ungewissheit dem Grunde nach, d.h. steht nicht eindeutig fest, ob die Verbindlichkeit besteht, so gebietet es der Grundsatz der Bilanzvorsicht und der Gläubigerschutz die Verbindlichkeit zu passivieren, wenn mit einer Inanspruchnahme zu rechnen ist. Gleiches gelte, wenn sich die Ungewissheit lediglich auf die Höhe der Verbindlichkeit bezieht.

Nach einer weiteren Ansicht sind streitige Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus grundsätzlich zu passivieren. Eine Ausnahme soll jedoch dann gelten, wenn die bestrittene Forderung noch der gerichtlichen Klärung bedarf oder wenn über sie noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist und der Geschäftsführer mit guten Gründen annehmen kann, dass die Verbindlichkeit nicht besteht.

Obergerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht ersichtlich; lediglich ein Urteil des AG Hamburg setzt sich mit dieser Thematik auseinander.

Danach sind im Überschuldungsstatus Rückstellungen für einen drohenden Prozessverlust zu bilden und zwar in Höhe des im nachteiligsten Fall zu erwartenden Betrages. Hierbei war zu berücksichtigen, dass der Insolvenzschuldner schon in einem Berufungsverfahren vor dem OLG verurteilt worden war und die Erfolgsaussichten der Revision als nicht sehr hoch eingestuft wurden. Im Ergebnis führte diese dazu, dass entsprechend der Erfolgsaussichten der Revision zumindest 95% der streitgegenständlichen Verbindlichkeit anzusetzen waren. Auch dieser Ansatz führte zur Überschuldung der Gesellschaft.

Praxishinweis:

Angesichts der vom AG Hamburg aufgestellten Kriterien sollte die eine mögliche Antragspflicht prüfende Geschäftsleitung von einem prozessführenden Anwalt eine dezidierte Risikoeinschätzung bezüglich des Prozesses anfordern, um Haftungsrisiken zu vermeiden.

AG Hamburg, Beschl. v. 20.08.2004 – 67a 346/04



Rechtsanwalt
Dr. Volker Beissenhertz, LL.M
Berlin

Kontakt: VBeissenhertz@schubra.de

2. Beihilfen in der Insolvenz

In Anbetracht der jüngsten Rechtsprechung des BGH stellt sich mehr denn je die Frage, welche Risiken aus dem Kauf insolventer Unternehmen und Unternehmensteile folgen, wenn diese rechtswidrige staatliche Beihilfen erhalten haben.

Der Begriff Beihilfen umfasst nach Art. 87 EGV eine Vielzahl von Begünstigungen für das betroffene Unternehmen. Dazu zählen verbilligte Kredite, Steuerermäßigungen, ermäßigte oder erlassene Beträge, Forderungsverzicht, Verlustübernahmen, Beteiligungen sowie Bürgschaften und auch staatliche Ausfallbürgschaften.

Für die Gewährung von Beihilfen besteht eine grundsätzliche Notifizierungspflicht vor der europäischen Kommission. Die Missachtung dieser Pflicht und eine Gewährung der Beihilfe vor bewilligender Genehmigungsentscheidung der Kommission verstößt gegen das Europarecht.

Die Folge dieser Verstöße gegen den freien Wettbewerb ist in Anwendung der Rechtsprechung des EuGH denkbar einfach: Der Mitgliedsstaat ist zur vollständigen Rückforderung seiner rechtswidrig geleisteten Beihilfen verpflichtet.

Im Fall der Insolvenz des subventionierten Unternehmens ergeben sich jedoch einige Besonderheiten: Seit der Einführung der Insolvenzordnung (InsO) 1999 sind etwaige Rückforderungsansprüche staatlicher Beihilfegeber als einfache Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO anzusehen. Dem staatliche Beihilfegeber ist nach jüngster Rechtsprechung des BGH nunmehr die Möglichkeit verwehrt, seine durch Rückforderungsentscheidung der Kommission geltend zu machen den Forderungen, also die gewährte Beihilfe, in der Krise des Unternehmens stehen zu lassen. Die Anwendung der Regeln über den Eigenkapitalersatz nach §§ 32a, 32b GmbHG und



damit die Einordnung als nachrangige Forderung gemäß § 39 Abs.1 Nr.5 InsO widerspricht hier den europarechtlichen Vorgaben. Der Mitgliedsstaat ist verpflichtet, alle Maßnahmen zu ergreifen, solche europarechtswidrigen Beihilfen zurückzufordern. Entgegenstehendes nationales Recht (§§ 32a ff. GmbHG) ist unbeachtlich, soweit es die Vollstreckung der Kommissionsentscheidung verhindert und die Wiederherstellung des Wettbewerbes erschwert. Befindet sich das Unternehmen in der Insolvenz, erfüllt der Mitgliedsstaat seine Verpflichtung, wenn er die Rückforderungsansprüche im Insolvenzverfahren zur Tabelle anmeldet.

In der Praxis ergeben sich daraus für den Käufer eines insolventen Unternehmens beträchtliche Risiken: Bei Gewährung europarechtswidriger Beihilfen an ein insolventes Unternehmen, bestehen die Rückforderungsansprüche des Beihilfengebers gegen dieses Unternehmen fort. Dies gilt auch im Fall einer Veräußerung des gesamten insolventen Unternehmens bzw. von Teilen des Unternehmens gegenüber dem Erwerber, soweit der Erwerb nicht zu marktüblichen Preisen erfolgte, was bei dem Verkauf insolventer Unternehmer oder dessen Teile jedoch regelmäßig auf Grund der Krisenlage nicht der Fall ist.

Praxishinweis:

Festzuhalten ist, dass der Kauf insolventer Unternehmen oder von Teilen hiervon eine genaue Überprüfung hinsichtlich ggfs. rechtswidrig geleisteter Beihilfen erfordert. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die Kommission verpflichtet ist jedem diesbezüglichen Hinweis nachzugehen. Allein das dadurch verursachte Auskunftersuchen an Bund, Länder und Förderbanken kann den Betrieb des Unternehmens erheblich beeinträchtigen sowie dazu führen, dass laufende Anträge auf Zuschüsse bzw. Ausfallbürgschaften bis zur Aufklärung auf „Eis“ gelegt werden.

BGH Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 221/05

EuGH, Urt. v. 29.04.2004 – Rs C 277/00

Referendar

Christian Bodler

Berlin

Kontakt: CBodler@schubra.de

3. Krankenhäuser in der Krise

Die aktuelle Gesetzeslage zur Investitionsfinanzierung (Duale Krankenhausfinanzierung) und deren Realisierungsbedingungen haben für die Finanzsituation und die Zukunftsfähigkeit der Krankenhäuser erhebliche Auswirkungen.

Zum einen führt die angespannte Haushaltslage vieler Bundesländer zu einer geringeren Zahlungswilligkeit in der dualen Finanzierung der Krankenhäuser. Zum anderen führen

deutliche Personal- und Sachkostensteigerungen in Verbindung mit der restriktiven Preisbegrenzung der Krankenhausleistungen zu der Gefahr, dass die Krankenhäuser die erforderlichen Leistungen am Patienten nicht mehr qualitätsgerecht und kostendeckend erbringen können. Die Gewähr einer leistungsfähigen und wirtschaftlichen Behandlung des Versicherten ist aber nach einer Entscheidung des Bundessozialgerichtes vom 28.07.2008 Voraussetzung für den Anspruch auf Zulassung als Vertragskrankenhaus. Die Erfüllung dieser Zulassungsbedingungen ist damit elementare Grundlage für das Bestehen des Krankenhauses.

Darüber hinaus wird das Ende der Konvergenzphase zum Jahresende 2008 und die vollständige Einführung des Fallpauschalengesetzes zum 01.01.2009 (DRG's) die Krankenhäuser noch stärker zu einer zunehmend betriebswirtschaftlich gesteuerten Leistungserbringung zwingen.

Soweit in den RWI-Rating-Reports 2007 für Krankenhäuser von Insolvenz-Gefahren die Rede ist, hat dies auch in erheblichem Maße mit der unzureichenden Finanzierung von Investitionserfordernissen zu tun. Lösungsansätze zur Verbesserung der Finanzierung, etwa durch die Einführung einer leistungsbezogene Pauschalförderung, befinden sich derzeit erst in der Diskussionsphase.

In diesem Spannungsfeld zwischen Kosten, Erlösen und Existenzgefahren werden die Krankenhäuser bestehen müssen. Voraussetzung für ein erfolgreiches Meistern dieser Herausforderung wird das rechtzeitige Erkennen einer Krise durch die Klinikleitung und das Entwickeln einer zielführenden Strategie sein, zu der auch das bewusste Einbeziehen eines Insolvenzplanverfahrens gehören kann.

Im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens i.S.d. §§ 217 ff. InsO besteht die Chance zur Sanierung und damit zum Fortbestand des Krankenhauses. Dabei werden die Gläubiger im Gegensatz zur Regelabwicklung eines Insolvenzverfahrens in das Verfahren und in die notwendigen Sanierungsmaßnahmen eingebunden und können so eine Regelung zum Erhalt der schuldnerischen Gesellschaft treffen. Sie einigen sich auf der Grundlage des Insolvenzplanes mit dem insolventen Krankenhaus bzw. dessen Rechtsträger auf eine quotale Ablösung der Verbindlichkeiten. Dies hat die Beseitigung der Insolvenzgründe zur Folge und sichert damit den Fortbestand der schuldnerischen Gesellschaft.

Der Erhalt des Unternehmens ist auch ein wesentliches Ziel der Insolvenzordnung, § 1 InsO. Sie bietet im Zusammenhang mit dem Insolvenzplan auch die Möglichkeit der Eigenverwaltung gemäß §§ 270 ff. InsO, bei der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kein Insolvenzverwalter bestellt, sondern der amtierenden Geschäftsführung nur ein Sachwalter zur Seite gestellt wird.



Die Sanierung eines insolventen Krankenhauses im Insolvenzplanverfahren ist eine erfolgsversprechende Möglichkeit, das Verfahren in kurzer Zeit auf einer wirtschaftlich gesunden Basis zu verlassen und künftig kostendeckend leistungsgerechte Behandlungen am Patienten bzw. Versicherten erbringen zu können.

BSG, Urt. v. 28.7.2008 – B 1 KR 5/08 R



Rechtsanwalt
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Tilo Kolb
Leipzig

Kontakt: TKolb@schubra.de

4. Honorarsicherung in der Insolvenz – Risikominimierung für Krisenberater

Die Insolvenz eines Unternehmens betrifft nicht nur das zahlungsunfähige Unternehmen selbst, sondern auch seine Geschäftspartner. Aus dieser Problematik ergibt sich ein erhebliches Honorarrisiko für den in der Krisenlage tätigen Berater. Damit die Beratung kein unberechenbares Wagnis wird, sollten einige wesentliche Grundsätze beachtet werden.

Wird ein Dienstvertrag abgeschlossen, ist die Vergütung grundsätzlich erst nach Beendigung der Tätigkeit fällig. Fällt das kriselnde Unternehmen jedoch noch vor Abschluss der Beratung in die Insolvenz, ist der berufene Insolvenzverwalter befugt zu wählen, ob er den Vertrag fortführen oder beenden will. Insbesondere bei sog. „Krisenberatern“ wird er zumeist dieses Wahlrecht dahingehend ausüben, dass der Vertrag beendet wird. Die Honorarforderung wird somit zur Insolvenzforderung. Erfahrungsgemäß bedeutet dies in den meisten Fällen, dass ein Großteil der Forderung an das beratene Unternehmen abgeschrieben werden muss.

Auch der Umstand, dass die Tätigkeit vor dem Fall in die Insolvenz honoriert wurde, führt nicht zwangsläufig dazu, dass das Honorar sicher ist. Der Insolvenzverwalter hat das Recht, unter bestimmten Umständen die Zahlung des Honorars anzufechten. Im Gegenzug erhält der Berater eine wertlose Insolvenzforderung.

Um diesen beiden Szenarien zu entgehen, wählen viele Berater die Möglichkeit der Vorschusszahlung. Diese Maßnahme allein ist jedoch nicht zielführend. Ein Insolvenzverwalter ist auch berechtigt, die Vereinbarung einer Vorschusszahlung anzufechten. Dies führt zu der zuvor beschriebenen Rechtsfolge.

Der Verlust des Honorars kann jedoch vermieden werden, wenn die Tätigkeit nach den Regeln des Bargeschäftes ausgeübt und vergütet wird. Die Grundsätze des Bargeschäftes besagen stark vereinfacht, dass wenn einem Unternehmen durch einen Vertrag eine Leistung durch das später in die Insolvenz gefallene Unternehmen dann nicht anfechtbar ist, wenn ihm zeitgleich eine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung zugeflossen ist.

Bei einem Vertrag über Beratungsleistung sind die folgenden Voraussetzungen zu erfüllen, um das Risiko der Anfechtbarkeit der Honorarleistung zu minimieren: Die Leistung muss für einen einheitlichen Lebenssachverhalt im Voraus und in einem engen zeitlichen Rahmen bezahlt werden.

Dazu muss für jeden Lebenssachverhalt eine gesonderte Vereinbarung geschlossen werden. Ferner sollte vertraglich vereinbart sein, dass Vorschüsse gefordert werden können. Wann ein enger zeitlicher Rahmen zwischen Tätigkeit und Vergütung vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalles. Als Ansatzpunkt kann eine Entscheidung des BGH für Anwaltsforderungen dienen. Demnach können Verträge über Vorschusszahlungen dann nicht angefochten werden, wenn diese für eine Beratungsleistung gezahlt wird, die innerhalb von dreißig Tagen erbracht werden soll.

Im Ergebnis ist für die Anfechtbarkeit auch nicht zwangsläufig der Erfolg der Tätigkeit entscheidend. Wichtig ist vielmehr, dass nach anerkannten Regeln gearbeitet wird. So sollte ein Sanierungsberater als erstes die wirtschaftliche Lage prüfen und, sofern notwendig, ein Sanierungskonzept nach allgemein anerkannten Regeln erstellen. Denn auch bei gescheiterten Sanierungsbemühungen kann im Einzelfall die Honorarforderung wirtschaftlich gleichwertig sein, wenn die Sanierungsbemühung ernsthaft und nicht von vornherein aussichtslos erscheint.

Praxishinweis:

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Beratung eines Unternehmens in der Krise ein Risiko darstellt, welches durch konsequente Vorsorge minimiert werden kann.

BGH, Urt. v. 18.07.2002 – IX ZR 480/00

BGH, Urt. v. 13.04.2006 – IX ZR 15805

BGH, Urt. v. 06.12.2007 – IX ZR 113/06

OLG Braunschweig, Urt. v. 04.08.2005 – 8 U 177/04

OLG Köln, Urt. v. 30.11.2000 – 18 U 147/00

Rechtsanwalt

Dr. Volker Beissenhertz, LL.M

Berlin

Kontakt: VBeissenhertz@schubra.de

Referendar

Michael Lissat

Berlin

Kontakt: MLissat@schubra.de



5. Newsticker

1. Bei nachgewiesener Zahlungsunfähigkeit einer GmbH ist Erkennbarkeit der Konkursreife für den Geschäftsführer zu vermuten.

OLG München, Urt. v. 28.11.2007 – 7 U 5444/05

2. Verdeckte gemischte Sacheinlage

1. Eine verdeckte gemischte Sacheinlage (vgl. BGH v. 09.07.2007, II ZR 62/06, BGHZ 173, 145, DStR 2007, 1830, Lurgi) liegt auch dann vor, wenn eine insolvente Gesellschaft sich zum Zweck ihrer „übertragenden Sanierung“ an dem erhöhten Kapital einer Aktiengesellschaft als Auffanggesellschaft mit dem Ziel beteiligt, dass diese ihre Aktiva und Passiva übernimmt. Das gilt auch dann, wenn die Aktiengesellschaft ein Nachgründungsverfahren (§ 52 AktG) durchführt.

2. Das gemäß § 183 Abs. 2 Satz 1 AktG unwirksame Austauschgeschäft ist, soweit nicht dingliche Ansprüche eingreifen, nach Bereicherungsrecht (§§ 812, 818 BGB) unter Anwendung der Saldotheorie rückabzuwickeln. Die §§ 57, 62 AktG sind hier nicht anwendbar (vgl. BGH v. 09.07.2007, II ZR 62/06, a. a. O.). Unberührt bleibt der Anspruch der AG auf (erneute) Zahlung des Ausgabebetrages der Aktien (§ 183 Abs. 2 Satz 3 AktG).

3. Schuldhaft handelnde Verwaltungsmitglieder der Auffang-AG haften ggf. gemäß §§ 93 Abs. 2 116 AktG für eine etwaige Schadensdifferenz zwischen den übernommenen Aktiva und den Passiva sowie gemäß § 93 Abs. 3 Nr. 4, § 116 AktG für die nicht wirksam erbrachte Einlage.

BGH, Urt. und Teilversäumnisurt. v. 18.02.2008 – II ZR 132/06 (Rheinmöve)

Sollten Sie Fragen zu dem Infobrief oder aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet des Sanierungs- und Insolvenzrechts haben, so stehen Ihnen die Ansprechpartner jederzeit gerne zur Verfügung.

Gerne nehmen wir auch Ihre Themenwünsche für den Infobrief entgegen.

Dieser Infobrief ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten sowie anderer interessierter Personen. Er kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

Ansprechpartner:

A c h e r n
Rechtsanwalt Dr. Peter de Bra
Eisenbahnstraße 19-23
77855 Achern
PdeBra@schubra.de

B e r l i n
Rechtsanwalt Dr. Volker Beissenhirtz
Schützenstraße 6a
10117 Berlin
VBeissenhirtz@schubra.de

Impressum

Verantwortlich für den Inhalt:

Dr. Volker Beissenhirtz,
Schultze & Braun GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft, Berlin.

Schultze & Braun GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft

Schützenstraße 6a
10117 Berlin
Telefon 0 30/3 08 30 38-0
Telefax 0 30/3 08 30 38-111
Internet: <http://www.schubra.de>
E-Mail: Mail@schubra.de

 **Schultze & Braun GmbH**
Rechtsanwalts-gesellschaft

Geschäftsführer: Rechtsanwalt Dr. Volker Beissenhirtz · Rechtsanwältin Ellen Delzant · Rechtsanwalt Achim Frank · Rechtsanwältin Kathrin Heerdt
Rechtsanwalt Dr. Rainer Riggert · Rechtsanwalt Joachim Zobel
Sitz: Eisenbahnstraße 19-23, 77855 Achern · Amtsgericht Mannheim HRB 220942
Standorte: Achern · Berlin · Bremen · München · Nürnberg · Straßburg
Bankverbindungen: Sparkasse Offenburg-Ortenau, Konto 4 820 199, BLZ 664 500 50 (BIC: SOLADES1OFG, IBAN: DE 64 6645 0050 0004 8201 99)