

4. P+P White Paper

Dr. Benjamin Waitz

DIE KRISE DER PORTFOLIO-GESELLSCHAFT AUS SICHT DES SPONSORS

Oktober 2009

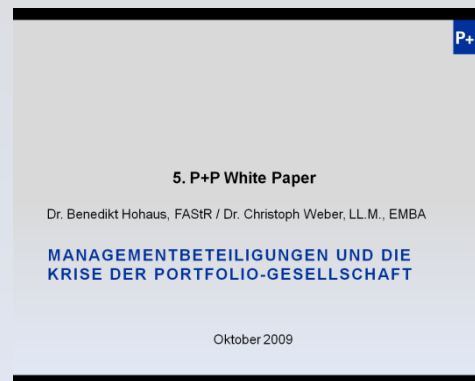
Zielsetzung des P+P White Paper

Investoren sind auf eine Vielzahl von Informationen zu aktuellen rechtlichen und steuerrechtlichen Entwicklungen angewiesen, um stets die optimale Entscheidung für ihre Investments treffen zu können. Diese Informationen sind für Investoren und deren Entscheidungsfindung oft nicht zielführend aufbereitet. Deshalb hat P+P für seine Mandanten die Dokumentationsreihe des P+P White Paper gestartet.

Das P+P White Paper ist in erster Linie für den internen Gebrauch gedacht und soll in Präsentationsform wichtige rechtliche und steuerrechtliche Themen in den Bereichen M&A und Private Equity – von der Fondsstrukturierung über den Unternehmenserwerb bis hin zur Restrukturierung – klar strukturiert und praxisnah darstellen.

Autoren der P+P White Paper sind jeweils Rechtsanwälte und Steuerberater der Kanzlei P+P Pöllath + Partners, die über die von ihnen behandelten Themengebiete eine ausgewiesene Expertise besitzen.

Demnächst erscheinendes P+P White Paper:



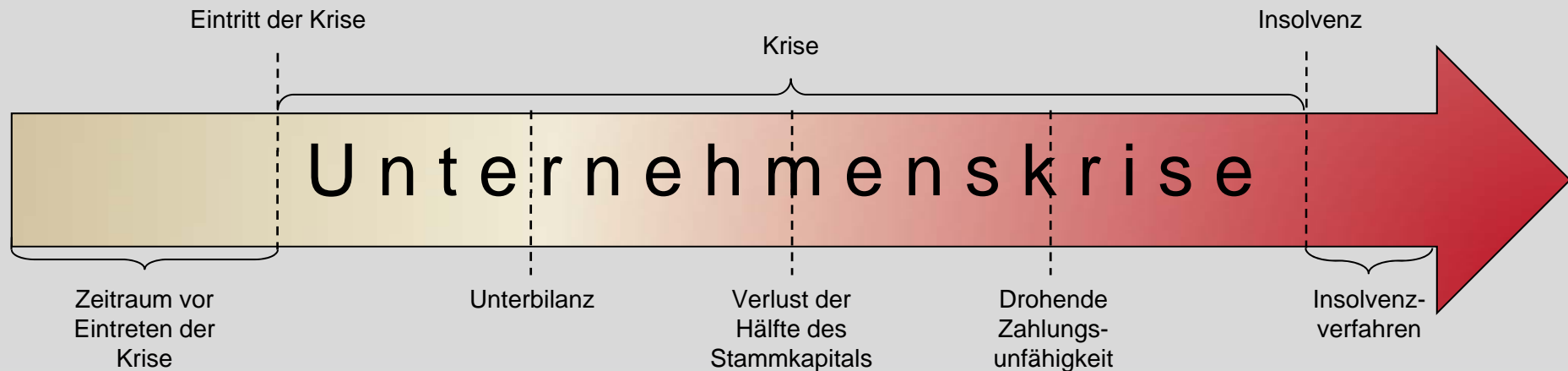
Bereits erschienene P+P White Paper finden Sie unter: http://www.pplaw.com/de/publications/client_informationen.php

Executive Summary

- ▶ Im Fall des Verlustes der Hälfte des Haftkapitals der Portfolio-Gesellschaft ist das Management verpflichtet, eine Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung einzuberufen und die Gesellschafter hierüber zu informieren.
- ▶ Besteht bei einer Portfolio-GmbH eine Unterbilanz, verbieten die Kapitalerhaltungsregeln der GmbH (außer in wenigen Ausnahmefällen) alle Auszahlungen der Gesellschaft an die Gesellschafter; bei der AG gilt das Verbot der Einlagenrückgewähr (außer in wenigen Ausnahmefällen) sogar stets.
- ▶ Auch in der Unternehmenskrise ist die Geschäftsführung einer Portfolio-GmbH grundsätzlich an die unternehmerischen Vorgaben des Sponsors gebunden.
- ▶ Eine Insolvenzantragspflicht des Managements besteht nur im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Portfolio-Gesellschaft; die drohende Zahlungsunfähigkeit hingegen begründet keine Insolvenzantragspflicht, sondern stellt nur einen Insolvenzeröffnungsgrund dar.
- ▶ Ist die Portfolio-Gesellschaft führungslos, unterliegen auch die GmbH-Gesellschafter sowie der Aufsichtsrat einer AG der Insolvenzantragspflicht; verstoßen sie hiergegen, können sie der Insolvenzverschleppungshaftung unterliegen.
- ▶ Das Risiko einer Gesellschafterhaftung für Sponsoren besteht insbesondere im Zusammenhang mit dem Eintritt der Insolvenz der Portfolio-Gesellschaft.
- ▶ Im Fall eines Insolvenzantrags der Portfolio-Gesellschaft muss der Gesellschafter alle Zahlungen auf Gesellschafterdarlehen, die er im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag erhalten hat, an die Insolvenzmasse erstatten.

———— Gesetzliche Phasen der Krise ————

GmbH-Gesetz, Aktiengesetz und Insolvenzordnung knüpfen in der Unternehmenskrise an verschiedene Ereignisse an.



Vor der Krise	Eintritt der Krise	Unterbilanz	Verlust der Hälfte des Stammkapitals	Drohende Zahlungsunfähigkeit	Insolvenz
Vor dem Eintritt einer Krise unterliegt das Management den üblichen Sorgfaltspflichten , wie beispielsweise der Implementierung eines Krisenfrühwarnsystems .	Das Kriterium der Krise hat der Gesetzgeber erst kürzlich aus dem GmbH-Gesetz gestrichen , so dass hieran keine Rechtsfolgen mehr geknüpft werden.	Die Entstehung einer Unterbilanz begründet bei der GmbH das grundsätzliche Verbot von Auszahlungen an Gesellschafter (sog. Kapitalerhaltungsregeln).	Bei Verlust der Hälfte des Haftkapitals ist das Management einer AG sowie einer GmbH zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung verpflichtet.	Die drohende Zahlungsunfähigkeit stellt einen Insolvenzgrund dar; sie begründet aber noch keine Insolvenzantragspflicht .	Bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung besteht eine Insolvenzantragspflicht . Alle Zahlungen auf Gesellschafterdarlehen im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag sind anfechtbar.

— Berichtspflichten des Managements —

Berichtspflichten des Managements gegenüber den Gesellschaftern oder dem Aufsichtsrat können sich insbesondere ergeben aus Gesetz, Satzung, Geschäftsordnung oder Anstellungsvertrag.

Berichtspflichten des Managements gegenüber Organen der Gesellschaft		
Berichtspflicht aus Gesetz	Verlust der Hälfte des Haftkapitals	<ul style="list-style-type: none"> • Verliert eine Gesellschaft die Hälfte des Haftkapitals, muss das Management unverzüglich eine Gesellschafter-/Hauptversammlung einberufen und die Gesellschafter hierüber informieren. • Ausreichend als Einberufungsgrund ist das pflichtgemäße Ermessen des Vorstandes/Geschäftsführers, dass die Hälfte des Haftkapitals verloren ist („ Bilanz im Kopf“); Aufstellen einer Zwischenbilanz ist nicht erforderlich. • Für die Berechnung maßgeblich sind die für die Jahresbilanz geltenden handelsrechtlichen Regeln, so dass etwa ein Rangrücktritt zur Vermeidung des Insolvenzgrundes der Überschuldung hier unbeachtlich ist. • Bei einem Verstoß gegen diese Einberufungspflicht kann sich der Vorstand/Geschäftsführer schadensersatzpflichtig und strafbar machen.
	Nur GmbH	<ul style="list-style-type: none"> • Wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist, muss von der GmbH-Geschäftsführung eine Gesellschafterversammlung einberufen und an die Gesellschafter berichtet werden. Eine solche Pflicht besteht insbesondere dann, wenn außergewöhnliche Maßnahmen ergriffen werden sollen oder die Geschäftsführung eine Maßnahme plant, bei der sie davon ausgehen muss, dass die Gesellschafter ihr widersprechen. • Im Grundsatz sieht das GmbHG – außer in den vorgenannten Fällen – aber keine laufende automatische Informationspflicht der Geschäftsführung gegenüber den Gesellschaftern vor. Auf Verlangen hat die Geschäftsführung aber den Gesellschaftern (und ggf. einem Aufsichtsrat/Beirat) Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und Einsicht in die Bücher zu gestatten.
	Nur AG	<ul style="list-style-type: none"> • Für den AG-Vorstand besteht insbesondere eine Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat bezüglich der beabsichtigten Geschäftspolitik/Grundsätze der Unternehmensplanung (einmal jährlich), der Rentabilität der AG (im Rahmen der Erörterung des Jahresabschlusses), hinsichtlich des Geschäftsgangs/Umsatzes der AG (mind. vierteljährlich) sowie in Bezug auf sonstige Geschäfte mit erheblicher Bedeutung (§ 90 AktG). • Auf Verlangen hat der Vorstand dem Aufsichtsrat jederzeit über die Belange der AG zu berichten.
Berichtspflicht aus Satzung oder Geschäftsordnung	<ul style="list-style-type: none"> • Eine Berichtspflicht aus Satzung oder Geschäftsordnung besteht meist bei Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens hinausgehen, und bei Informationen, die für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage bedeutsam sind. • Soweit eine Geschäftsordnung wirksam besteht, ergeben sich etwaige Berichtspflichten des Vorstandes/Geschäftsführers meist aus der Geschäftsordnung und selten aus der Satzung. 	
Weitere Berichtspflichten	Für jeden Einzelfall ist zu prüfen, ob darüber hinaus noch weitere Berichtspflichten gegenüber den Gesellschaftsorganen (etwa aus dem Anstellungsvertrag oder aus Beschlüssen von Gesellschaftsorganen) bestehen.	

Darüber hinaus können sich für das Management auch Berichtspflichten aus bestehenden Vertragsverhältnissen ergeben, insbesondere aus Kreditverträgen oder Cash Pool Verträgen.

Typische Berichtspflichten des Managements gegenüber Vertragspartnern	
Kreditvertrag (gemäß LMA-Standard)	Informationspflichten <ul style="list-style-type: none"> • Es besteht meist eine unverzügliche Informationspflicht gegenüber den Kreditgebern, wenn ein Default (also irgendein Verstoß gegen die Kreditvertragsdokumentation) vorliegt. Dies ist insbesondere beim Bruch, ggf. aber auch schon beim drohenden Bruch von Financial Covenants der Fall. • Werden den Gesellschaftern oder Gläubigergruppen Informationen mitgeteilt, müssen diese häufig gleichzeitig auch den Kreditgebern vorgelegt werden. • Der Kreditgeber ist oft über jedes Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zu informieren, das zu einem sog. Material Adverse Effect führen kann. • Neben der Vorlage von Jahresabschlüssen und Management Accounts müssen dem Kreditgeber im Regelfall auf sein Verlangen auch weitere Informationen vorgelegt werden, soweit das Verlangen sachlich begründet ist.
	Compliance Certificate <ul style="list-style-type: none"> • Kreditverträge sehen meist vor, dass insbesondere bei der Ziehung von Kreditlinien, beim Festsetzen einer Zinsperiode und/oder bei der Vorlage von Financial Statements das Management ein Compliance Certificate abgibt. • Mit diesem Compliance Certificate werden vom Management regelmäßig einige der im Kreditvertrag aufgeführten Gewährleistungen wiederholt und das Nichtvorliegen eines Defaults versichert. • Bei der Abgabe eines falschen Compliance Certificate kann sich das Management schadensersatzpflichtig und strafbar machen.
Cash Pooling Vertrag	<ul style="list-style-type: none"> • Cash Pooling Verträge sehen in der Regel vor, dass jeder Teilnehmer des Cash Pools den übrigen Parteien stets unverzüglich von Ereignissen berichten muss, die die finanzielle Lage des jeweiligen Teilnehmers beeinträchtigen können. • Eine Beeinträchtigung der finanziellen Lage liegt insbesondere vor, wenn die Werthaltigkeit von Ansprüchen aus dem Cash Pooling fraglich oder nicht mehr gesichert ist.
Sonstige Verträge	Es ist stets zu prüfen, ob eine Berichtspflicht auch aus weiteren Verträgen besteht.

Kapitalerhaltungsregeln

Das Management einer Portfolio-Gesellschaft ist bei Auszahlungen an den Sponsor in seiner Stellung als Gesellschafter an die Kapitalerhaltungsvorschriften gebunden.

Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 30, 31 GmbHG bzw. §§ 57, 62 AktG)		
Verbot	GmbH	<ul style="list-style-type: none"> Die Kapitalerhaltungsvorschriften der GmbH verbieten der Geschäftsführung Zahlungen an ihre Gesellschafter vorzunehmen, wenn und soweit dadurch eine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird und die Zahlung nicht ausnahmsweise gesetzlich zugelassen ist. Eine Unterbilanz liegt vor, wenn das Nettovermögen (also Aktivvermögen abzüglich Verbindlichkeiten und Rückstellungen, aber ohne Rücklagen) der GmbH unter die Ziffer des Stammkapitals sinkt. Maßgeblich ist eine unterjährige Unterbilanzrechnung nach den allgemeinen Bilanzierungsgrundsätzen der Jahresbilanz zum Zeitpunkt der Auszahlung, d.h. ein (insolvenzrechtlicher) Rangrücktritt etwa ist hier unbeachtlich und selbstgeschaffene Geschäfts- oder Firmenwerte dürfen nicht aktiviert werden.
	AG	Bei der AG besteht grundsätzlich das Verbot der Einlagenrückgewähr . Die AG darf demnach keine mitgliedschaftlich begründete Leistung an einen Aktionär erbringen, wenn sie nicht aus dem Bilanzgewinn erfolgt oder ausnahmsweise gesetzlich zugelassen ist.
Was ist eine Auszahlung bzw. Rückgewähr?	Auszahlungen bzw. Rückgewährungen sind Leistungen aller Art , also Geldleistung, Übereignung von Sachen, Abtretung einer Forderung, Erfüllung einer Verbindlichkeit des Gesellschafters, Verrechnung von Forderungen sowie die Besicherung von Verbindlichkeiten des Gesellschafters.	
Wer ist ein verbotener Zahlungsempfänger?	<ul style="list-style-type: none"> (Juristische) Personen, die im Zeitpunkt der Auszahlung Gesellschafter sind. Dritte, wenn dadurch die Verbindlichkeit eines Gesellschafters getilgt wird oder die Gesellschaft auf Anweisung des Gesellschafters an einen Dritten zahlt. Dritte, die zu einem Gesellschafter in einem besonderen Näheverhältnis stehen, z.B. verbundene Unternehmen. 	
Welche Ausnahmen vom Kapitalerhaltungsgebot gibt es?	<ul style="list-style-type: none"> Kein Auszahlungsverbot, wenn der Auszahlung ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gegenübersteht bzw. bei Geschäften, die einem Drittvergleich standhalten (siehe Slide 11). Kein Auszahlungsverbot, wenn mit Gesellschafter ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag besteht. Kein Auszahlungsverbot bei der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen oder bei Zahlungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechen. 	
Zu welchen Rechtsfolgen führt ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften?	<ul style="list-style-type: none"> Der Empfänger der verbotenen Auszahlung (also der Gesellschafter oder ein ihm nahestehender Dritter) muss den erhaltenen Betrag erstaten; ist von diesem nichts zu erlangen, haften bei der GmbH auch die Mitgesellschafter. Handelte das Management schuldhaft, haftet es der Gesellschaft (neben den Gesellschaftern) auf Schadensersatz. Gleiches gilt bei der AG für den Aufsichtsrat. 	

Austauschverträge zwischen dem Sponsor als Gesellschafter und der Portfolio-Gesellschaft verstoßen grundsätzlich nicht gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften, wenn die Vertragsbedingungen drittüblich sind.

Austauschverträge	
<p>Grundsatz</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Austauschverträge zwischen einer Portfolio-Gesellschaft und ihren Gesellschaftern verstoßen grundsätzlich nicht gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften, wenn die Vertragsbedingungen drittüblich sind. Nicht drittübliche Austauschverträge verstoßen jedoch bei der AG immer und bei der GmbH bei Bestehen einer Unterbilanz gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften. • Drittüblichkeit bedeutet insbesondere, dass der (Zahlungs-)Anspruch gegen den Gesellschafter nicht nur vollwertig sein, sondern auch wertmäßig dem jeweiligen Marktwert entsprechen muss (d.h. beispielsweise auch die stillen Reserven des von der Gesellschaft geleisteten Vermögensgegenstandes sind vom Gesellschafter zu vergüten).
<p>Sonderfall: Dienstleistungsverträge</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Dienstleistungen eines Gesellschafters für die Gesellschaft (z.B. Beratungstätigkeiten, Monitoring) werden möglicherweise wegen mangelnder Aktivierungsfähigkeit der Dienstleistung nur dann als gleichwertige Gegenleistung im Sinne der Kapitalerhaltungsvorschriften anerkannt, wenn die Gesellschaft ohne die Dienstleistung nicht bestehen kann, also die Dienstleistung nicht bloß nützlich, sondern zwingend erforderlich ist, wie z.B. die Dienstleistung des Gesellschafter-Geschäftsführers (vgl. KG Berlin vom 30.04.2000). • Es besteht somit ein Risiko, dass gemäß den Kapitalerhaltungsvorschriften die Vergütung für Beratungstätigkeiten (bzw. sog. Monitoring Fees) eines Private Equity Fonds (oder einer mit diesem verbundenen Gesellschaft) bei einer Portfolio-GmbH nur ausgezahlt werden darf, wenn bei der Portfolio-GmbH keine Unterbilanz besteht, und bei einer Portfolio-AG grundsätzlich gar nicht vereinbar mit den Kapitalerhaltungsvorschriften ist.
<p>Sonderfall: Darlehensverträge</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Kredite der Portfolio-Gesellschaft an den Gesellschafter verstoßen insbesondere dann nicht gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften, wenn der Darlehensrückzahlungsanspruch im Zeitpunkt der Valutierung voll werthaltig ist und die Verzinsung angemessen ist. • Unsicherheit besteht darüber, ob (insbesondere bei der AG) das Darlehen auch noch ausreichend besichert sein muss, um Drittüblichkeit annehmen zu können.

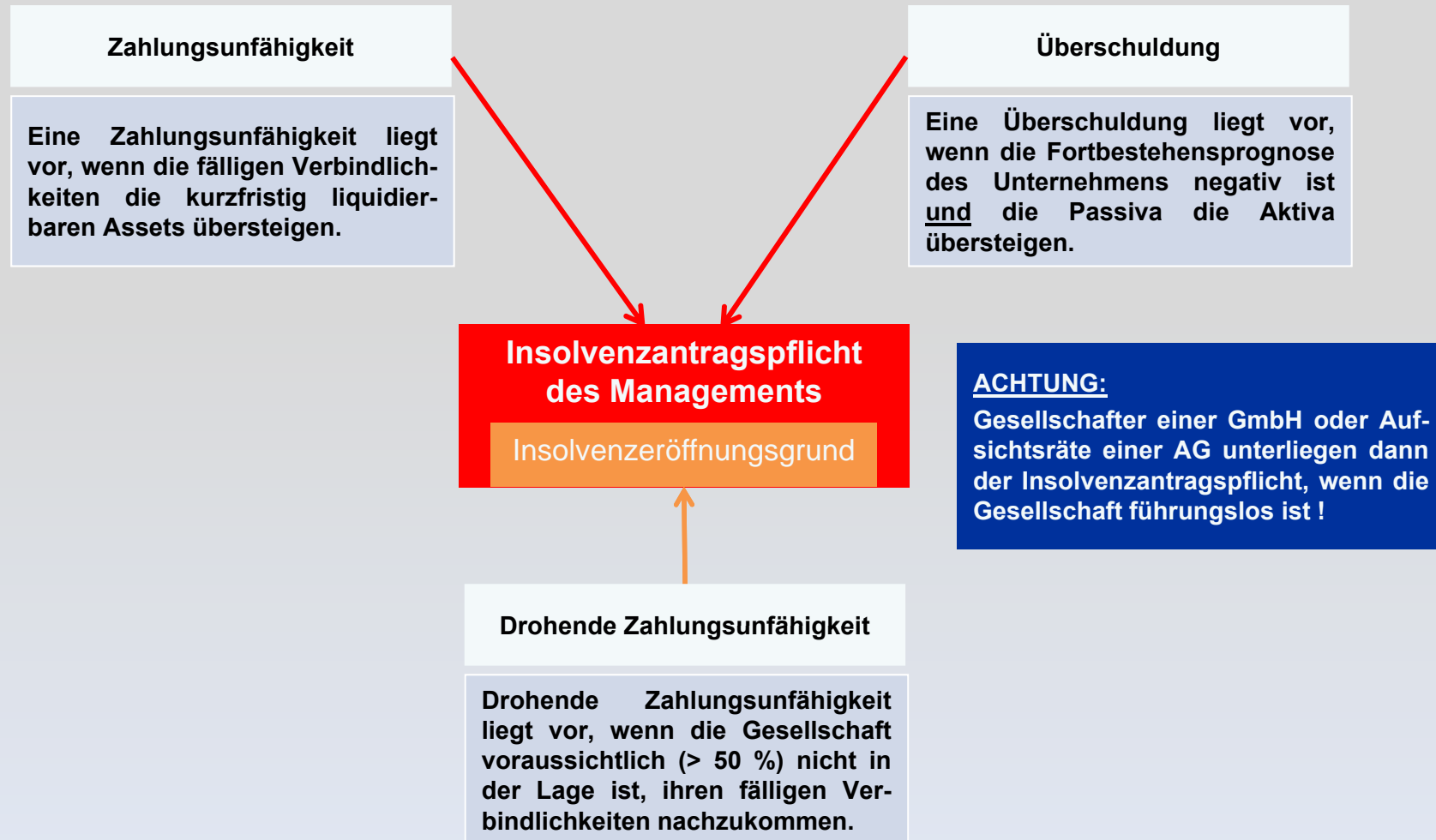
—— Weisungsrecht der Sponsoren ——

Auch in der Unternehmenskrise ist die **Geschäftsführung einer Portfolio-GmbH** grundsätzlich gebunden an unternehmerische Weisungen des Sponsors in seiner Stellung als **Gesellschafter**.

Weisungsgebundenheit der GmbH-Geschäftsführung	
Rechtsgrundlage	Das GmbH-Gesetz sieht ein Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter gegenüber der GmbH-Geschäftsführung vor, so dass die Gesellschafter die Portfolio-GmbH durch unternehmerische Vorgaben steuern können. Das Aktiengesetz gewährt dem Aktionär oder Aufsichtsrat hingegen kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand einer AG , so dass die nachfolgenden Ausführungen nicht für die AG gelten .
Weisungsrecht	Weisungsberechtigte <ul style="list-style-type: none"> • Die Gesellschafterversammlung der GmbH. • Andere gesellschaftsinterne Stellen der GmbH (z.B. Beirat oder fakultativer Aufsichtsrat), wenn diese durch den Gesellschaftsvertrag hierzu ermächtigt wurden. • Nicht aber ein obligatorischer Aufsichtsrat (analog § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG).
	Arten der Anweisung <ul style="list-style-type: none"> • Positiv-gebietende und negativ-verbietende Anweisung möglich. • Generelle Weisung möglich (z.B. keine Verträge mit säumigen Schuldnern). • Spezielle Weisung möglich (z.B. das Angebot X wird angenommen).
	Bindungswirkung <ul style="list-style-type: none"> • Nur bei wirksamem Gesellschafterbeschluss ist die Weisung bindend. • Weisungen einzelner Gesellschafter oder die Weisung des Mehrheitsgesellschafters ohne Gesellschafterbeschluss sind demnach unbeachtlich. • Aber: Alleingesellschafter kann auch ohne formalen Beschluss Weisungen erteilen.
Wesentliche Grenzen der Weisungsgebundenheit der Geschäftsführung	<ul style="list-style-type: none"> • Weisungen, die (beispielsweise wegen eines Formmangels) auf einem nichtigen Gesellschafterbeschluss beruhen oder gegen die guten Sitten verstoßen, sind nicht verbindlich. • Keine Folgepflicht der Geschäftsführung besteht bei Weisungen, die gegen ein Gesetz verstoßen (z.B. Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln oder die Insolvenzantragspflicht). • Auch Weisungen, die den Gesellschaftsvertrag verletzen, oder die aus sonstigen Gründen noch (vernünftigerweise) anfechtbar sind, entfalten im Regelfall keine Bindungswirkung.
Rechtsfolgen einer wirksamen Weisung für die Geschäftsführung	<ul style="list-style-type: none"> • Die Geschäftsführer sind verpflichtet, eine wirksam erteilte Weisung auszuführen. Wird eine solche nicht befolgt, macht sich die Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig. • Die Durchführung einer wirksam angewiesenen Geschäftsführungsmaßnahme ist nie pflichtwidrig, so dass sie grundsätzlich nicht zur Haftung der Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft führt.

Unternehmensinsolvenz

Nur die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung eines Unternehmens begründen eine Insolvenzantragspflicht; die drohende Zahlungsunfähigkeit begründet lediglich einen Insolvenzeröffnungsgrund.



Zahlungsunfähigkeit ist abzugrenzen von der grundsätzlich unbeachtlichen Zahlungsstockung sowie von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit.

Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)		
Wann liegt Zahlungsunfähigkeit vor?	Zahlungsunfähigkeit	Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen , also die fälligen Verbindlichkeiten nicht von den vorhandenen liquiden Mitteln gedeckt werden.
	Bloße Zahlungsstockung	<ul style="list-style-type: none"> • Die Zahlungsunfähigkeit ist abzugrenzen von einer bloßen Zahlungsstockung, d.h. einer nur vorübergehenden (< 3 Wochen) Liquiditätslücke. • Eine bloße Zahlungsstockung begründet weder eine Insolvenzantragspflicht noch einen Insolvenzantragsgrund.
	Drohende Zahlungsunfähigkeit	<ul style="list-style-type: none"> • Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) liegt vor, wenn die Gesellschaft voraussichtlich (> 50 %) nicht in der Lage sein wird, ihre bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. • Sie stellt ein Recht, jedoch keine Verpflichtung zum Stellen eines Insolvenzantrags dar, sodass die haftungsrechtlichen Sanktionen einer unterlassenen Antragstellung weitestgehend entfallen.
Wie ist Zahlungsunfähigkeit zu ermitteln?	<ul style="list-style-type: none"> • Zur Ermittlung einer Zahlungsunfähigkeit bedarf es im Regelfall einer Liquiditätsbilanz: Dabei sind das verfügbare und innerhalb von 3 Wochen liquidierbare Vermögen in Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fälligen Verbindlichkeiten. • Für den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit kommt es grundsätzlich auf das Bestehen einer Liquiditätslücke an. • Eine quantitativ geringfügige Liquiditätslücke (< 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten) begründet allerdings im Regelfall (also ohne Hinzutreten weiterer Umstände) noch keine Zahlungsunfähigkeit. Eine geringfügige Zahlungslücke muss auch nicht innerhalb von drei Wochen geschlossen werden, ist aber „in absehbarer Zeit“ zu beseitigen. Ist die Liquiditätslücke hingegen nicht nur geringfügig (> 10 %), wird eine Zahlungsunfähigkeit widerlegbar vermutet. • Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn die Einstellung der Zahlungen erfolgt ist. 	

Entscheidend bei der Überschuldung ist derzeit das Vorliegen einer negativen Fortbestehensprognose!

Überschuldung (§ 19 InsO)		
Wann liegt eine Überschuldung vor?	Voraussetzungen bis zum 31.12.2013	<p>Eine Überschuldung liegt nur vor, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es besteht keine positive Fortbestehensprognose <u>und</u> - das Vermögen der Gesellschaft deckt die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr, d.h. in der Überschuldungsbilanz übersteigen die Passiva die Aktiva.
	Voraussetzungen ab dem 01.01.2014	<ul style="list-style-type: none"> • Eine Überschuldung liegt ab dem 01.01.2014 bereits vor, wenn in einer Überschuldungsbilanz die Passiva des Unternehmens höher sind als die Aktiva. • Ist die Fortbestehensprognose des Unternehmens positiv, führt dies ab dem 01.01.2014 nicht mehr dazu, dass keine Überschuldung vorliegt, sondern nur dazu, dass in der Überschuldungsbilanz die Assets des Unternehmens zu Fortführungswerten anstatt zu Liquidationswerten angesetzt werden.
Welche Grundsätze gelten bei der Fortbestehensprognose?	<p>Eine positive Fortbestehensprognose setzt – neben dem (subjektiven) Willen, das Unternehmen fortzuführen – voraus, dass die Fortführung des Unternehmens (objektiv) Erfolg verspricht, also, dass sich ein ordentlicher Geschäftsmann für eine Fortführung des Unternehmens entscheiden würde:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Die Unternehmensfortführung verspricht Erfolg, wenn (ex ante) die vorliegenden Tatsachen ergeben, dass das Unternehmen während des Prognosezeitraums überwiegend wahrscheinlich (> 50 %) seine fälligen Verpflichtungen wird erfüllen können (daher auch „Zahlungsfähigkeitsprognose“ genannt). • Der Prognosezeitraum beläuft sich im Regelfall auf das laufende und das folgende Geschäftsjahr. • Die Fortführungsprognose hat auf einem tragfähigem Unternehmenskonzept und einem dokumentierten – für einen außenstehenden Dritten verständlichen – Finanz- und Ertragsplan zu beruhen. • Bei Abgabe der Prognose besteht ein Beurteilungsspielraum, so dass die Prognose nur dann falsch ist, wenn sie aus Sicht eines ordentlichen Geschäftsmanns schlichtweg nicht mehr vertretbar ist. 	
Was ist eine Überschuldungsbilanz ?	<ul style="list-style-type: none"> • Die Überschuldungsbilanz ist eine Sonderbilanz, die sich von Handels- und Steuerbilanz unterscheidet. • Sie erfasst das gesamte Vermögen (ungeklärt, ob hierzu auch der <i>goodwill</i> zählt) und alle bestehenden Verbindlichkeiten, so dass ein maximal realitätsnahes Bild der finanziellen Lage gezeigt wird. 	

Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist besonders haftungsträchtig: Er darf nicht zu früh und auch nicht zu spät gestellt werden.

Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Liegt **Zahlungsunfähigkeit** oder **Überschuldung** vor, muss bei offensichtlich erfolglosen Sanierungsbemühungen sofort, ansonsten **spätestens innerhalb von 3 Wochen** durch das Management der Gesellschaft (oder bei Führungslosigkeit durch einen GmbH-Gesellschafter bzw. durch ein AG-Aufsichtsratsmitglied) ein **Insolvenzeröffnungsantrag** gestellt werden (§ 15a InsO).



Verfrühte Antragstellung

- Verfrühte Antragstellung liegt vor, wenn ein Insolvenzantrag gestellt wird, **ohne dass ein Insolvenzgrund vorliegt**, oder **ohne dass außergerichtliche Sanierungsmöglichkeiten** ausreichend **geprüft** wurden.
- Ein verfrühter Insolvenzantrag führt im Regelfall zu einer **Schadensersatzhaftung gegenüber der Gesellschaft** für jene Schäden, die durch die verfrühte Antragstellung entstanden sind: z.B. Kosten des Insolvenzverfahrens und die damit verbundene negative Publizität.
- Daneben kann es auch zu einer **Schadensersatzhaftung gegenüber den (Mit-)Gesellschaftern** kommen.
- Beim Insolvenzgrund der **drohenden Zahlungsunfähigkeit** ist ein Insolvenzantrag wirksam, aber verfrüht, wenn dieser **ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung erfolgt**. Auch in diesem Fall kann sich eine Schadensersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft ergeben.



Verspätete Antragstellung

- Eine verspätete Antragstellung liegt vor, wenn der Insolvenzantrag **gar nicht**, bei Vornahme von Sanierungsbemühungen **nicht innerhalb von 3 Wochen** oder bei offensichtlich erfolglosen Sanierungsbemühungen **nicht sofort** gestellt wird, sog. **Insolvenzverschleppung**.
- Die fahrlässige oder gar vorsätzliche Insolvenzverschleppung ist **strafbar** (mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren). Dies gilt insbesondere für das Management, aber bei Führungslosigkeit auch für die GmbH-Gesellschafter oder AG-Aufsichtsräte.
- Bei schuldhaftem Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht besteht eine **Schadensersatzhaftung** gegenüber den **Gläubigern** der Gesellschaft sowie gegenüber der **Gesellschaft** selbst.
- Bei vorsätzlicher Insolvenzverschleppung besteht für 5 Jahre ein Verbot, als GmbH-Geschäftsführer tätig zu sein.

Gesellschafterhaftung

Das Risiko einer Gesellschafterhaftung besteht bei der GmbH insbesondere im Zusammenhang mit einer Insolvenz der Portfolio-Gesellschaft!

Wesentliche Risiken der Gesellschafterhaftung in der Unternehmenskrise	
Haftung als faktischer GmbH-Geschäftsführer	<ul style="list-style-type: none"> GmbH-Gesellschafter handeln als faktische Geschäftsführer, wenn sie im Außenverhältnis nach dem Gesamterscheinungsbild die Geschicke der Gesellschaft so maßgeblich in die Hand genommen haben, wie es eigentlich für einen Geschäftsführer kennzeichnend ist. Der faktische Geschäftsführer haftet weitestgehend wie ein ordentlicher Geschäftsführer: <ul style="list-style-type: none"> - Haftung wegen Insolvenzverschleppung. - Haftung wegen Masseschmälerung und Insolvenzverursachung. - Haftung wegen Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsregeln. Bei der AG kommt eine faktische Geschäftsführung im Regelfall nicht in Betracht, da der AG-Vorstand grundsätzlich nicht an Weisungen des Aktionärs oder Aufsichtsrats gebunden ist.
Haftung wegen Insolvenzverschleppung	<ul style="list-style-type: none"> GmbH-Gesellschafter und AG-Aufsichtsräte sind zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet, wenn die Gesellschaft führungslos ist, also keinen ordnungsgemäßen Geschäftsführer/Vorstand mehr hat (vgl. schon zuvor Slide 15). Kommen die Gesellschafter/Aufsichtsräte ihrer Antragspflicht vorsätzlich oder fahrlässig nicht (rechtzeitig) nach, machen sie sich wegen Insolvenzverschleppung strafbar (mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren) und schadensersatzpflichtig.
Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff	<ul style="list-style-type: none"> Eine Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs kommt in Betracht, wenn die Gesellschafter ihrer Gesellschaft (ohne kompensierende Gegenleistung) Vermögenswerte entziehen und dadurch vorsätzlich die Insolvenz der Gesellschaft verursachen. Im Fall der Haftung müssen die Gesellschafter nicht nur die entzogenen Vermögenswerte erstatten, sondern auch etwaige Kollateralschäden ersetzen (z.B. Zerschlagungsverluste aufgrund des Insolvenzeintritts). Die Haftung ist somit sehr weitreichend!
Erstattungspflicht nach § 31 GmbHG und § 62 AktG	Erhalten die Gesellschafter von der Gesellschaft Zahlungen, die gegen die Kapitalerhaltungsregeln verstoßen , müssen die Gesellschafter diese der Gesellschaft erstatten .

Keiner Haftung, aber einer Rückerstattungsverpflichtung unterliegt ein Gesellschafter bezüglich aller erhaltenen Zahlungen der Portfolio-Gesellschaft auf Gesellschafterdarlehen im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen		
Grund der Anfechtbarkeit	<p>Gesellschafterdarlehen werden in der Insolvenz stets nachrangig behandelt. Damit diese Nachrangigkeit nicht durch Darlehensrückzahlungen unmittelbar vor der Insolvenz umgangen werden kann, sind alle Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen im letzten Jahr vor der Insolvenz anfechtbar.</p>	
Adressat der Anfechtung	<ul style="list-style-type: none"> • Gesellschafter und Personen, die diesen gleich stehen (z.B. Treugeber, mittelbare Gesellschafter, mit dem Gesellschafter verbundene Unternehmen, an denen dieser maßgeblich beteiligt ist etc.). • Ausgeschiedener Gesellschafter, wenn Darlehen während der Gesellschafterstellung gewährt wurde. • Ggf. im Einzelfall auch Mezzanine-Geber, die an unternehmerischen Risiken und Chancen beteiligt sind (z.B. stille Gesellschafter, Geber von partiarischen Darlehen oder Genussrechtsinhaber). 	
Umfang der Anfechtung	<p>Anfechtbar ist jede Befriedigung aus einem Gesellschafterdarlehen oder einer gleichgestellten Forderung (einschl. Zinsen), die im letzten Jahr vor dem Insolvenzeröffnungsantrag gewährt wurde.</p>	
Rechtsfolge der Anfechtung	<ul style="list-style-type: none"> • Den Betrag, den die Portfolio-Gesellschaft aufgrund der angefochtenen Rechtshandlungen aus ihrem Vermögen weggegeben hat, muss der Sponsor in die Insolvenzmasse der Gesellschaft zurückzahlen. • Entscheidend ist hier, was die Gesellschaft weggegeben und nicht, was der Sponsor erhalten hat. 	
Ausnahmen	Kleinstbeteiligungsprivileg	<ul style="list-style-type: none"> • Ist ein Gesellschafter mit weniger als 10% an der Portfolio-Gesellschaft beteiligt und nicht geschäftsführend für die Gesellschaft tätig, sind gewährte Gesellschafterdarlehen nicht in der Insolvenz nachrangig und unterliegen nicht der Insolvenzanfechtung. • Bei der Berechnung der 10%-Schwelle kommt es nach dem Wortlaut des § 39 Abs. 5 InsO auf die Beteiligung am Haftkapital an.
	Sanierungsprivileg	<p>Erwirbt ein bisher nicht beteiligter Sponsor bei (drohender) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu Sanierungszwecken Anteile an einer Gesellschaft, sind gewährte Gesellschafterdarlehen nicht in der Insolvenz nachrangig und unterliegen nicht der Insolvenzanfechtung.</p>

P+P Pöllath + Partners

Rechtsanwälte • Steuerberater

Kontakt:



Dr. Benjamin Waitz

Rechtsanwalt

P+P Pöllath + Partners

Telefon +49-89-24 24 0 370

benjamin.waitz@pplaw.com

Disclaimer:

Dieses White Paper zu dem Thema „Die Krise der Portfolio-Gesellschaft aus Sicht des Sponsors“ („White Paper“) hat P+P Pöllath + Partners („P+P“) allein zu dem Zweck erstellt, einen Überblick zu verschaffen über wesentliche rechtliche Themen für Private Equity Fonds im Zusammenhang mit der Krise eines Portfolio-Unternehmens und wurde von P+P ausschließlich zu diesem Zweck erstellt. Das White Paper wurde auf der Grundlage der nachfolgenden Annahmen und Aussagen angefertigt. Ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung von P+P darf es zu keinem anderen Zweck verwendet, insbesondere nicht an Dritte weitergegeben oder in Dokumenten in Bezug genommen werden, die Dritten zugänglich sind.

P+P hat das White Paper nicht für jeden Einzelfall erstellt, sondern es handelt sich um allgemeine Ausführungen, die nicht in jedem Einzelfall zutreffen. P+P macht in dem White Paper keine verbindlichen Aussagen, insbesondere nicht zu rechtlichen Themen im Zusammenhang mit der Unternehmenskrise einer Portfolio-Gesellschaft eines Private Equity Fonds und auch nicht im Hinblick auf dargestellte Lösungsvorschläge. Ob die Aussagen von P+P in diesem White Paper vollständig oder für den Zweck ausreichend sind und ob die Inhalte des White Paper richtig und nicht irreführend sind, wird weder zugesichert noch gewährleistet. P+P übernimmt diesbezüglich keinerlei Haftung.

Das White Paper betrifft ausschließlich die Thematik „Die Krise der Portfolio-Gesellschaft aus Sicht des Sponsors“ und beschreibt nur Vorgänge zu dieser Thematik. Alle Informationen in diesem White Paper werden ausschließlich zu Informationszwecken gegeben und jegliche Haftung dafür ist ausgeschlossen.

Das White Paper wurde auf der Grundlage des Rechts der Bundesrepublik Deutschland erstellt, wie es an dem auf der ersten Seite des White Papers angegebenen Datum in Kraft war. P+P praktiziert nur in Deutschland und gibt keine Informationen – auch nicht zu Informationszwecken – in Bezug auf Rechtsordnungen anderer Länder ab.