

Ergebnispapier Workshop
„Insolvenzfestigkeit von Forfaitierungen bei der
Finanzierung von ÖPP“ am 14. Juli 2010
im Finanzministerium NRW

1. Vorbemerkung

Der Workshop „Insolvenzfestigkeit von Forfaitierungen bei der Finanzierung von ÖPP“ wurde von der PPP-Task Force NRW durchgeführt. Die Moderation und fachliche Leitung übernahm Herr Prof. Dr. Harald Hess, Fachanwalt für Insolvenzrecht. Der Teilnehmerkreis setzte sich zusammen aus Vertretern von Banken (Geschäfts- und Förderbanken), juristischen Beratern (insbesondere aus den ÖPP-Pilotprojekten NRWs) und Vertretern der Kommunalaufsicht.

Die folgende schriftliche Dokumentation über die bei dem Workshop diskutierten Fragen zeigt die verschiedenen Sichtweisen der Teilnehmer zu der Thematik auf. Außerdem wird für die einzelnen Problemstellungen ein Lösungsansatz seitens des Sachverständigen, Herrn Prof. Dr. Hess, gegeben.

2. Einleitung

Der Workshop beschäftigte sich mit den Rechtsfragen, die auftreten, wenn über das Vermögen eines Auftragsnehmers, der im Rahmen eines ÖPP-Projekts für eine Kommune Werklohnarbeiten verrichtet hat, das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Dabei ging es im Wesentlichen um die Frage, ob die forfaitierten Forderungen des Auftragnehmers gegenüber der Öffentlichen Hand insolvenzfest sind und insolvenzfest an die Bank übertragen werden können. In diesem Zusammenhang wurde auch die Notwendigkeit eines zusätzlichen Schuldanerkenntnisses diskutiert.

Zugrunde liegt die Fallgestaltung eines Forderungsverkaufs des Auftragnehmers an die Bank, der mit dem Einredeverzicht seitens der Öffentlichen Hand abgesichert wird. Dabei sind drei Fallkonstellationen bzgl. der Forderung möglich: Darlehensforderungen, Werklohnforderungen und Mietforderungen.

Wird das Insolvenzverfahren während der Bauphase über das Vermögen des Auftragnehmers (eines Bauunternehmers) eröffnet, gelten die allgemeinen insolvenzrechtlichen Grundsätze. Dies deshalb, weil die Finanzierung von Bauwerken in der Bauphase dem Auftragnehmer obliegt und der Forderungsverkauf erst nach Beendigung der Bauphase stattfindet.

3. Werklohn-/Darlehensforderungen

Bei der Finanzierung des Werklohns wird die nach der Abnahme fällige Werklohnforderung durch den Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber gestundet. Hierfür wird zwischen den Parteien die Zahlung eines Stundungszinses vereinbart. Der Anspruch des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber auf Zahlung des Werklohnes und des Stundungszinses wird nach erfolgter Bauabnahme an die endfinanzierende Bank verkauft und abgetreten, so dass die Forderungen in Form von Tilgungs- und Zinszahlungen an die Bank zu zahlen ist.

Des Weiteren kommt es ebenfalls vor, dass statt einer Stundungsvereinbarung über die Werklohnforderung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer ein Darlehen vereinbart wird, indem der Auftragnehmer dem Auftraggeber über die Werklohnforderung ein Darlehen gewährt. In diesem Fall kauft die endfinanzierende Bank nach der Bauabnahme die Rückzahlungsansprüche sowie Zinsansprüche aus dem Darlehen an.

Streitig wurde diskutiert, ob bei der Darlehensforfaitierung der Rückzahlungs- und der Zinsanspruch bei Eintritt der Insolvenz des Auftragnehmers noch wirksam durch die Bank erworben werden kann. Entscheidend hierbei ist, ob die Ansprüche aus dem Darlehen als betagte oder befristete Forderungen im Sinne des § 91 InsO zu qualifizieren sind. Handelt es sich um einen betagten Anspruch, so entsteht die Forderung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und wird nur zu einem späteren Zeitpunkt fällig. Die bereits entstandene Forderung kann wirksam durch die Bank erworben werden und bleibt nach Maßgabe des § 91 InsO von einer späteren Insolvenz des Auftragnehmers unberührt. Handelt es sich hingegen um eine befristete Forderung, dann entsteht die Forderung nicht mit Ab-

schluss des Vertrages, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt. In diesem Fall verhindert die Regelung des § 91 InsO den wirksamen Erwerb der Forderungen, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers entstehen.

Lösungsvorschlag:

Mit der Erstellung des Werks und der Stundung des Werklohns bis zur Bauabnahme gewährt der Auftragnehmer dem Auftraggeber ein Sachdarlehen, das insolvenzrechtlich nicht von § 103 InsO erfasst wird, sondern von § 108 InsO. Das von dem Auftragnehmer als Darlehensgeber eingegangene Rechtsverhältnis besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, soweit der Darlehensnehmer dem Auftraggeber den geschuldeten Gegenstand zur Verfügung gestellt hat.

Hat der Auftragnehmer die gestundete Werklohnforderung und die vereinbarten Zinsansprüche vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers an eine Bank vorausverfügt, hindert § 91 InsO nicht den Rechtserwerb, weil es sich um eine vor Verfahrenseröffnung entstandene betagte, noch nicht fällige Forderung handelt. Nicht erheblich ist, dass die Fälligkeit der Forderung nach Verfahrenseröffnung eintritt.

Aufgrund der Regelungen des § 108 Abs. 2 InsO wird deutlich, dass der Insolvenzverwalter über das Darlehensverhältnis und die damit verbundenen Rechtsgeschäfte nicht verfügen kann. In der Literatur wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass § 108 Abs. 2 InsO dem Zessionar das Risiko der Insolvenz des Darlehensnehmers nehmen soll und damit auch die Zinsansprüche gesichert sind.

Streitig wurde diskutiert, ob die im Projektvertrag aufgenommene Klausel über eine Zinsänderungsabsicht nach einer 10-jährigen Laufzeit eine befristete und damit eine nicht betagte Forderung sei, mit der Folge, dass § 91 InsO einschlägig würde. Es wurde vertreten, dass die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keine Einigung getroffen haben, mithin der Anspruch auch noch nicht entstanden sein kann.

Lösungsvorschlag:

Da nach § 108 Abs. 2 InsO das Darlehensverhältnis geschützt ist, sind auch die Zinsansprüche unabhängig von der Änderungsklausel betagte Forderungen, weil alle Modalitäten im Darlehensvertrag vereinbart sind.

Restrisiko

Einzelne Teilnehmer waren der Ansicht, dass ein Restrisiko aus der Insolvenz des Auftragnehmers für die Bank bleibt und zwar selbst dann, wenn ein allumfassender Einwendungs- und Einredeverzicht vereinbart ist. Aus Sicht einiger Banken sei dieses Restrisiko abzusichern: Dies könne durch ein konstitutives Schuldanerkennnis der Kommunen erfolgen, mit dem Resultat, dass eine Verpflichtung der Kommune verstärkend neben die Darlehensforderung trete. Die Rechtswirkung des konstitutiven Schuldanerkennnisses führe dazu, dass bei der Geltendmachung der Forderung durch die Bank die Kommune im Fall der Insolvenz des Auftragnehmers aus diesem zur Rückzahlung der vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen an die Bank verpflichtet bleibe. Um eine eventuelle doppelte Inanspruchnahme der Kommune entgegen zu wirken, sei eine entsprechende Regelung, z. B. in Form einer Sicherungsabrede, in der Vereinbarung zum konstitutiven Schuldversprechen aufzunehmen.

Zusätzliches Schuldanerkennnis

Es stellte sich deshalb die Frage, ob es der Bank eine höhere Sicherheit bringt, wenn ein zusätzliches Schuldanerkennnis zwischen der Kommune und der Bank vereinbart wird.

Gewollt ist seitens der Banken ein konstitutives Schuldanerkennnis der Kommunen mit der Folge, dass eine Verpflichtung der Kommune verstärkend neben die Werklohnforderung tritt. Die Forderung kann aber nur einmal bei der Kommune geltend gemacht werden.

Nutzen eines Schuldanerkenntnisses

Streitig wurde diskutiert, ob das Verlangen nach einem Schuldanerkenntnis einen Nutzen hat.

Lösungsvorschlag:

Da das Schuldanerkenntnis neben die Einrede- und Einwendungsverzichtserklärung tritt, ergeben sich aus dem Schuldanerkenntnis grundsätzlich keine Rechtswirkungen.

Die Rechtswirkung des Schuldanerkenntnisses führt dazu, dass bei der Geltendmachung der Forderung durch die Bank die Kommune keine Einwendungen und Einreden aus dem Grundgeschäft geltend machen kann. Gerade die Einwendungen und Einreden sind aber auch durch die Einwendungs- und Einredeverzichtserklärungen ausgeschlossen.

Selbst dann, wenn alle Verträge, der Werklohnvertrag und der Darlehensvertrag sowie der Kaufvertrag über die Forderung nichtig wären, hätte das Schuldanerkenntnis für die Bank keinen Nutzen, weil dann das Schuldanerkenntnis von der Kommune kondiziert werden könnte. Dies deshalb, weil das Schuldanerkenntnis auf wirksame Schuldverhältnisse aufbaut.

Nicht zuletzt wurde von einem Großteil der Teilnehmer herausgearbeitet, dass bei dem Darlehensmodell und bei der gestundeten Werklohnforderung ein zusätzliches Schuldanerkenntnis keinen Nutzen hat. Wenn es richtig ist, dass aus dem Schuldanerkenntnis keine Rechtswirkungen hergeleitet werden können, können bei dem ÖPP-Projekt keine anderen Kosten entstehen, gleichgültig ob der Projektvertrag mit oder ohne Schuldanerkenntnis begründet wurde.

4. Solva 0

Es wurde die bankaufsichtsrechtliche Frage angeschnitten, ob die zusätzliche Herannahme eines abstrakten Schuldversprechens oder der Verzicht darauf Einfluss auf die Verpflichtung der Bank zur Unterlegung der Finanzierung mit einer bestimmten Eigenkapitalausstattung haben kann (Stichwort: Solva 0). Ein abschlie-

ßendes Meinungsbild zu dieser den Themenkreis des Workshops überschreitenden bankaufsichtsrechtlichen Frage hat sich nicht abgezeichnet.

5. Mietmodell

Abschließend wurde erörtert, dass bei dem Vermietungsmodell wegen der §§ 91, 110, 114 InsO andere Sicherheiten zur Verfügung gestellt werden müssen, weil die Voraussetzungen über Mieten gesetzlich begrenzt sind.

Ein Schuldanerkenntnis kann die Grenzen des § 110 InsO jedoch nicht überwinden. Würde man das Schuldanerkenntnis in Kenntnis der Vorschrift des § 110 InsO für wirksam ansehen, müsste die Kommune die jeweilige Miete zweimal bezahlen, einmal an den Insolvenzverwalter und einmal an die Bank. Eine solche Vorgehensweise wurde insbesondere aus Sicht der Kommunalaufsicht für nicht tragbar gehalten.

Ob die doppelte Inanspruchnahme dadurch verhindert werden kann, dass der Auftraggeber die Bereicherungseinrede geltend machen kann, wurde von einigen Teilnehmern als Restrisiko gesehen, das entweder der Auftraggeber oder die Bank tragen müsste.