

Chancen und Risiken der Sanierung im Insolvenzverfahren

Mannheim, den 18. Juni 2010

Dr. Jürgen D. Spliedt

RAe Feser Spliedt von Stein-Lausnitz

Uhlandstraße 165/166 ● 10719 Berlin

Tel.: 030 / 88 56 73 29, Fax: 030 / 88 56 73 55

E-Mail: juergen.spliedt@ra-fss.de

Versagen der InsO?

These:

Versagen der InsO bei Sanierungen

(Quelle: „Volksmund“; *Brüderle*, HB v. 07.06.2010, 9)

- Ungeprüfte Prämisse:
Fortführungswert häufiger > Liquidationswert
- Zutreffend: § 18 InsO wird nicht genutzt

Versagen der InsO?

Behauptete Gründe:

zu späte Einleitung, weil

- fehlende Planbarkeit des Verfahrensablaufs
 - Verwalterauswahl
 - Investorenwettbewerb, §§ 232, 245 I Nr. 1, 251 I Nr. 2 InsO
- Stigmatisierung
- „Insolvenzstarre“ bei Beteiligten
- Publizität
 - Transparenz interner Abläufe
 - Verlust von Geschäftspartnern und AN
- „Rechtsmittelstarre“ beim Insolvenzplanverfahren
- Kosten i. d. R. höher

Versagen der InsO?

Behauptete Lösung:

- Schuldnerinitiiertes außergerichtliches Verfahren mit Gesamtwirkung für alle Gläubiger („schulde und reduziere“)

Versagen der InsO?

Bedenken:

- keine Herrschaft, wo keine Haftung
 - entweder nur anwendbar vor materieller Insolvenz (*Westphal, Jakoby*, Frankreich, England)
 - entspricht § 18 InsO, schon bisher ungenutzt
 - jedoch: self-fulfilling prophecy
 - Verzichtsbereitschaft der Gläubiger fraglich?
 - oder Erweiterung der Haftung auf Organe (*Hirte*), jedoch
 - nicht bei Personen(-gesellschaften)
 - Befangenheit (vgl. §§ 34 BGB, 42 ZPO)
 - de facto Alibi für Insolvenzverschleppung
- keine Gesamtwirkung ohne Publizität, da Information erforderlich für
 - best alternative to non agreement
 - Eingriff in Gesellschafterrechte
 - zudem lt. EU-Richtlinie allenfalls im Insolvenzverfahren
- Rechtsmittelbedarf bei jedem Zwangseingriff

Versagen der InsO?

Ergebnis für vorinsolvenzrechtliches Sanierungsverfahren:

- kein realistischer Anwendungszeitraum
- keine Vorteile gegenüber Insolvenzverfahren („Insolvenzstarre“, „Rechtsmittelstarre“)

Notwendige Regelungsziele:

- 1. Verfahrensanreiz (frühzeitiger Insolvenzantrag)**
- 2. Kompensation der Insolvenzstarre**
- 3. Unternehmenssanierung**
 - Befreiung von „Altlasten“
 - Erhaltung nicht übertragbarer Vermögenswerte
- 4. Unternehmensträgersanierung**
 - Disziplinierung der Akkordstörer („Trittbrettfahrer“)
 - bei Gläubigern
 - bei Gesellschaftern
- 5. keine Rechtsmittelblockade**

Lösung:

D a s

I n s o l v e n z v e r f a h r e n

1. Verfahrensanzreiz

- Haftung
- Planbarkeit für Schuldner
 - Verwalterbestellung, inkl. Eigenverwaltung, s. u.
 - befristete Planinitiativsperrre, s. u.
 - befristetes Eintrittsrecht der Gesellschafter bei Anteilsverwertung, s. u.
 - keine Rechtsmittelblockade, s. u.
- Kostenvorteil

2. Kompensation der Insolvenzstarre

- Privilegierung der Neuforderungen, § 55 InsO
- Haftungserweiterung auf Verwalter, § 61 InsO
- Beachte: Hier hat die außergerichtliche Sanierung eine wesentliche Leiche
- Ergänzung durch „InSoFFin“
 - z.B. 20% des Materialaufwands (§ 275 Abs. 2 Nr. 5 HGB) der letzten 12 Monate oder absolute Deckelung
 - Verwalterhaftung für Finanzierung gem. § 61 InsO
 - (jedoch: Beihilfeproblematik)

3. Unternehmenssanierung

- „Befreiungsschlag“ durch „automatic stay“
 - §§ 38, 87, 89 InsO für Insolvenzforderungen
 - § 112 InsO: Begrenzung der Vermieterkündigung
 - § 107 Abs. 2 InsO: Wahlrechtsausübung bei EV erst nach Berichtstermin
- Erfüllungswahl mit Leistungsbegrenzung, §§ 103, 105 InsO
 - z.B. Bezugsverträge (vgl. „Conergy“)
 - z.B. Leasingverträge (vgl. Spedition)
 - z.B. Absatzverträge (vgl. fehlkalkulierter Bau)
- Kündigung Anmietungsverträge, § 109 InsO
 - vgl. „Ihr Platz“, „Elixia“, „Arcandor“
- Erleichterung beim Individual- und Kollektiv-Arbeitsrecht, §§ 113, 120 ff. InsO

3. Unternehmenssanierung

- Problem: modifizierte Erfüllungswahl nicht machbar
 - aber: Insolvenzeröffnung erhöht Sanierungsdruck bei Abhängigkeiten
- Erhaltung nicht übertragbarer Rechte bei „übertragender Sanierung“
 - Bitter: durch Anteilsverwertung analog § 166 InsO, aber
 - Anteile nicht Massebestandteil, § 35 InsO
 - Haftung der Rechtsnachfolger
 - Einbeziehung der Gläubiger verpfändeter Anteile

3. Unternehmenssanierung

- Vorschlag (u.a. *Horstkotte*): Ausgliederung gem. § 123 Abs. 3 UmwG
 - Gesamtrechtsnachfolge, bei Passiva beschränkt auf Masseschulden
 - entgegen § 133 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 UmwG Haftung des übernehmenden Rechtsträgers nur für zugeordnete Altschulden
 - originäre Entstehung der neuen Anteile in der Masse
 - Vorkaufsrecht der Gesellschafter analog § 168 InsO (aber: alle oder keiner)
 - Befristetes Planinitiativrecht der Schuldnerin, vgl. § 158 InsO, ggfls. über Berichtstermin hinaus (Anreizfunktion)
 - Vorteil ggü. Vorschlag *Bitter*: flexible Verwertung von Betriebseinheiten

4. Unternehmensträgersanierung

= Beseitigung des Insolvenzgrundes

- Disziplinierung der Akkordstörer unter Gläubigern

1. Voraussetzung: keine Begünstigung einzelner Gläubiger

- Beseitigung von „Anwartschaften“, §§ 103, 108, 113 ff. InsO
Beachte: fehlt bei außergerichtliche Sanierung
- Gleichbehandlung aller Gläubiger, § 245 II 3 InsO
- best alternative to non agreement, §§ 245 I 1, 251 I 2 InsO

2. Voraussetzung: keine Begünstigung der Gesellschafter

- vgl. § 245 II 2 InsO
- Ausgliederung oder Anteilsverwertung als Korrektiv

4. Unternehmensträgersanierung

- Disziplinierung der Akkordstörer unter Gesellschaftern
- Anwendungsbereich
 - Kapitalerhöhung mit/ohne neue Investoren bei InsPlan
 - zur Liquiditätsbeschaffung
 - zum Ausgleich eines höheren Fortführungswertes, § 245 II 2 InsO
 - Debt-equity-swap (aber weitgehend überflüssig)
- Lösung: sanieren oder ausscheiden
 - Problem: Investor will keine lästigen Kleingesellschafter
 - dann nur Anteilsverwertung (mit/ohne Ausgliederung)
- Schutz des Unternehmensträgers vor Wettbewerbern
- befristete Angebotssperre bei beabsichtigten Insolvenzplan
- Beschränkung der best-alternative-Prüfung (§ 245 I 1, 251 I 2 InsO) auf Plausibilität (Verwalter, Sachverständiger)

4. Unternehmensträgersanierung

- keine Rechtsmittelblockade
- gerichtliche Überprüfung erforderlich (ebenso bei vorinsolvenzrechtlicher San.)
- Kapazitätsverbesserung der Gerichte
- Vollzugssperre?
 - im Interesse des Schuldners wg. Planbarkeit
 - im Interesse der Blockierer wg. Bonität bei Obsiegen
 - jedoch „Unternehmenstod“ bei längerer Unsicherheit
- Deshalb: Vollzugsanordnung durch Beschwerdegericht auf Antrag
 - Freigabeverfahren gem. § 246a AktG
 - Mehrheitsentscheidung legitimiert Verlagerung des Prognoserisikos auf Minderheit bei Vollzugsanordnung
- Alternative: Haftung der Blockierer mit Beweislastumkehr
 - aber: unverhältnismäßig
- Nachträglicher Ausgleichsanspr. dissentierender Gl. und/oder Gesellsch.
Vorbild: §§ 34 UmwG, 304 f., 320b, 327b AktG, 1 ff. SpruchG
 - Problem: Gesamtwirkung: § 13 SpruchG

5. Exkurs: Verwalterbestellung

- ohne Konfliktgefahr Schuldner/Gläubiger:
 - Eigenverwaltung, § 270 InsO (Art. 14 GG)
 - im Konfliktbereich: Sachwalter, §§ 275, 277, 280 InsO
- bei Konfliktgefahr Schuldner/Gläubiger
 - Bestellungskompetenz weder beim Schuldner noch beim Gläubiger sinnvoll
 - Aber: Verwalter ist Schicksal des Verfahrens
 - Detmolder Modell nur gläubigerdominiert und selten praktikabel, außerdem kein Schuldneranreiz
 - keine Sperre bei Vorschlag durch Schuldner/Gläubiger, aber ohne Bindung
 - Benennung eines beabsichtigten Verwalters
 - vor Antrag
 - Abstimmungsphase bis zur Antragspflicht
 - später Ablehnung nur aus wichtigem Grund (unbeschadet § 57 InsO)
 - Vergütung: Tagessatz als Verfahrenskosten

Resümee

- **Nachteil der InsO ist das Stigma**
- **zwar Korrekturbedarf**
- **aber keine Vorteile eines gesonderten Sanierungsverfahrens**
- **da derselbe Regelungsbedarf bei Eingriff in Gläubiger-/
Gesellschafterrechte**