RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE

RSW

Die Vergleichsrechnung – Anforderungen, Maßstab und Grenzen

Dr. Jens Schmidt / Rechtsanwalt
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Gesetzliche Anknüpfungspunkte zum „ob“ und „wie“ der Vergleichsrechnung

a. (Gesetzliches) Erfordernis: „ob“ der Vergleichsrechnung

- Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung zum Erfordernis der Vergleichsrechnung.
- Lediglich mittelbare Anknüpfungspunkte:
  - § 220 Abs. 2 InsO („Darstellender Teil“)
  - § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO („Obstruktionsverbot“)
  - § 247 Abs. 2 Nr. 1 InsO („Zustimmung des Schuldners“)
  - § 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO („Minderheitenschutz“)
  - § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO („Rechtsmittel“)
- Gemeinsames Tatbestandsmerkmal: „…„*durch den Insolvenzplan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne einen Plan stünden*“ .

b. Sinn und Zweck der Vergleichsrechnung

- Vergleichsrechnung sichert Schlechterstellungsverbot ab.

↓

- Schlechterstellungsverbot rechtfertigt Zustimmungsersetzung.

↓

- Zustimmungsersetzung ermöglicht (gruppenübergreifende) Mehrheitsbildung.

↓

- Diese Mehrheitsbildung ist der Wesensunterschied zur außergerichtlichen Sanierung und zum Regelinsolvenzverfahren.

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

b. Sinn und Zweck der Vergleichsrechnung

- Vergleichsrechnung als „Herzstück“ eines jeden Insolvenzplans.

- Anbindung der Vergleichsrechnung im Gesetz bei der Zustimmungsersetzung (u. a.) bestätigt die Richtigkeit des Satzes:

  „Pläne schreibt man nicht für die Gläubiger, die für, sondern gegen den Plan sind.“

b. Sinn und Zweck der Vergleichsrechnung

- Fehlen gesetzlicher Regelungen begründet keine Zweifel am Erfordernis – auch nicht bei gesicherter Einigkeit.

- Fehlen gesetzlicher Regelungen zu kritisieren?

  - Nein.
  - Anwendung allgemeiner Grundsätze.
  - Absicherung durch (gerichtliche) Prüfung.

  ➢ Maßgeblichkeit des Einzelfalls.
  ➢ Bedeutsamkeit und Verantwortlichkeit der Prüfungsinstanzen.

c. Anforderungen an die Vergleichsrechnung

- Keine gesetzlichen Regelungen.

- Allein § 220 Abs. 2 InsO ermöglicht Anbindung im Gesetz:

  „Der darstellende Teil soll alle sonstigen Angaben zu den Grundlagen und den Auswirkungen des Plans enthalten, die für die Entscheidung der Beteiligten über die Zustimmung zum Plan und für dessen gerichtliche Bestätigung erheblich sind.“

- Vergleichsrechnung ist eine entscheidungserhebliche Tatsache i. S. d. § 220 Abs. 2 InsO (*Spliedt*, in: K. Schmidt InsO, § 231 Rz. 6; *Madaus*, NZI 2017, 751; vgl. auch nachstehend BGH v. 26.4.2018 IX ZB 49/17).

c. Anforderungen an die Vergleichsrechnung

- Daher: Geltung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen an den darstellenden Teil.
- Keine Vermischung von darstellendem und gestaltendem Teil.
- Transparenz- und Klarheitsgebot: Unklarheiten gehen zu Lasten des Plans.

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

c. Anforderungen an die Vergleichsrechnung

- Besondere Ausprägung des Transparenzgebots bei der Darstellung insolvenzspezifischer Ansprüche.
- Darstellungstiefe in Abhängigkeit von Erheblichkeit und Komplexität der Planregelungen.
- Ausstrahlungswirkung des gestaltenden Teils.

c. Anforderungen an die Vergleichsrechnung

LG Hamburg Beschluss vom 18.8.2017 – 326 T 10/17:

Eine Vergleichsrechnung im Plan darf keine Mängel aufweisen, die davon ausgehen lassen, dass die Gläubiger bei deren Erkennbarkeit den Plan nicht angenommen hätten.

Dazu nun auch BGH vom 26.4.2018 – IX ZB 49/17:

Der darstellende Teil eines Insolvenzplans leidet an einem erheblichen Mangel, wenn die Vergleichsrechnung mit mehreren Fehlern behaftet ist, die für die Gläubigerbefriedigung von Bedeutung sind.

c. Anforderungen an die Vergleichsrechnung

Dazu nun auch BGH vom 26.4.2018 – IX ZB 49/17:

„Nach § 220 Abs. 2 InsO muss der darstellende Teil eines Insolvenzplans alle Angaben zu den Grundlagen und den Auswirkungen des Plans enthalten, die für die Entscheidung der Gläubiger über die Zustimmung zum Plan und für dessen gerichtliche Bestätigung erheblich sind. Da das Gesetz auf dem Grundgedanken beruht, dass kein Beteiligter durch den Insolvenzplan schlechter als ohne ihn gestellt werden darf erläutert die Vergleichsrechnung den Umfang der Gläubigerbefriedigung bei einer Verwertung der Masse mit und ohne Plan und unterrichtet die Gläubiger folglich, inwieweit der Plan ihre Befriedigungsaussichten verbessert. Nähere Angaben sind darum für die Vergleichsberechnung erforderlich, inwieweit der Plan die Befriedigungschancen der Gläubiger verändert.“

c. AG Hannover v. 30.9.2016 – 902 IN 607/14 Unzulässigkeit variabler Quoten ?

Bestimmtheitsgebot und Vergleichsrechnung:

- Nur ein hinreichend bestimmter Plan kann die Gläubiger in die Lage versetzen, sinnvoll über den Plan abzustimmen.
- Hieran fehlt es nach Maßgabe des BGH in seinem Beschl. v. 26.04.2018, wenn zwar eine feste Insolvenzquote bestimmt wird, ihre Fälligkeit aber von aufschiebenden Bedingungen abhängt, die tatsächlich nicht eintreten können und die gebotene Vollstreckungsfähigkeit in Frage stellen.

c. AG Hannover v. 30.9.2016 – 902 IN 607/14 Unzulässigkeit variabler Quoten ?

Bestimmtheitsgebot der Vergleichsrechnung:

- Gleiches gilt nach Maßgabe des AG Hannover v. 30.9.2016 – 902 IN 607/14, wenn Klauseln des Plans derart unklar sind, dass sich erst auf Grund bestimmter Ereignisse irgendein Zahlbetrag für den Gläubiger ergibt und weder Gläubiger noch Nachzügler die Höhe ihres maximal zu erklärenden Forderungsverzichts bestimmen können.
- Wenn der Insolvenzplan als Vollstreckungstitel fungiert, so muss er auch den Anforderungen an einen solchen Titel gerecht werden.
- Insofern fordert das AG Hannover die Bestimmtheit der genauen Quote im Abstimmungszeitpunkt.

c. AG Hannover v. 30.9.2016 – 902 IN 607/14 Unzulässigkeit variabler Quoten ?

- Entscheidend ist also auf welchen Zeitpunkt es für die Bestimmtheit des Vollstreckungstitels ankommt:

  Auf den Abstimmungszeitpunkt

  Oder

  auf den Vollstreckungszeitpunkt

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

c. AG Hannover v. 30.9.2016 – 902 IN 607/14 Unzulässigkeit variabler Quoten ?

- Ausschlaggebender Zeitpunkt muss der Vollstreckungszeitpunkt sein.

- Argumente:
  - Bewusste Schaffung des Gesetzgebers von §§ 259a,b InsO
  - Vollstreckungsorgan erhält selbst erst zu diesem Zeitpunkt Kenntnis vom Plan.
  - Erst dann muss der der konkrete Betrag aus dem Titel zu ermitteln sein.

c. AG Hannover v. 30.9.2016 – 902 IN 607/14 Unzulässigkeit variabler Quoten ?

- Berücksichtigung muss aber auch das Schlussverzeichnis (§ 257 Abs. 1 InsO) finden. Welches als Anlage zum Plan in Bezug genommen werden darf, wenn bereits im Plan eindeutig und ausdrücklich darauf Bezug genommen wurde. Durch Auslegung kann das Vollstreckungsorgan dann den genauen Inhalt des Titels ermitteln.

- Um sowohl den Bestimmtheitsgrundsatz als auch eine ordnungsgemäße Vergleichsrechnung zu wahren, ist man gut beraten, wenn man eine bestimmte Mindestquote (die nicht unterschritten werden darf) ausrechnet und im gestaltenden Teil mit einem bestimmten Zahlungszeitpunkt ausweist.

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

c. AG Hannover v. 30.9.2016 – 902 IN 607/14 Unzulässigkeit variabler Quoten ?

- Dadurch wissen die Gläubiger, welchen Betrag sie zu welchem Zeitpunkt als Untergrenze erhalten. So deutet auch die Rechtsprechung des BGH (BGH v. 10.5.2012 – IX ZR 206/11) darauf hin, dass die Bestimmbarkeit zum Ausschüttungszeitpunkt reiche.

d. Differenzierung zwischen Eigenverwaltung und Regelverfahren?

- § 270 Abs. 1 S. 2 InsO:

  „Für das Verfahren gelten die allgemeinen Vorschriften, soweit in diesem Teil nichts anderes bestimmt ist."

- Keine besonderen Regelungen zur Vergleichsrechnung in den §§ 270 ff. InsO.

  ➢ Kein gesetzlicher Anhaltspunkt für die Notwendigkeit einer differenzierten Behandlung der Vergleichsrechnung im Eigenverwaltungs- und Regelverfahren.

e. Zusammenfassung – Bedeutung der Vergleichsrechnung

- Lackmustest für Professionalität und Seriosität.

- Indizwirkung für die Voraussetzungen zur Anordnung der Eigenverwaltung.

- Maßgeblichkeit und Verantwortlichkeit der Prüfungsinstanzen: (i) Insolvenzverwalter und Sachwalter, (ii) Insolvenzgericht nach § 231 InsO und (iii) Gläubigerausschuss.

e. Zusammenfassung – Bedeutung der Vergleichsrechnung

- Fundament für Transaktionssicherheit: Vorbereitung und Absicherung der gerichtlichen Prognose im Zusammenhang mit Obstruktion, Minderheitenschutz und Rechtsmittel.

  ➢ „Herzstück“ eines jeden Insolvenzplans.

2. Maßstab der Vergleichsrechnung

- Vergleichsrechnung als Prognoseentscheidung:

  „…„durch den Insolvenzplan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne einen Plan stünden.“

- Keine Berücksichtigung von hypothetischen Szenarien, gefordert sind *„überwiegend wahrscheinliche Tatsachen“* (*Thies*, in: HambKommInsO, § 220 Rz. 7; LG Traunstein, ZInsO 1999, 577, 580).

- Gegenüberstellung dieser Tatsachen mit Plansanierung unter Angabe der Vor- und Nachteile für Gläubiger (*Zabel*, in: Kübler HRI Handbuch, § 27 Rz. 151).

2. Maßstab der Vergleichsrechnung

- Keine Pflicht des Gerichts zur Ermittlung von zusätzlichen Tatsachen für die Prognoseentscheidung, insbesondere keine Verpflichtung, einen Sachverständigen hinzuzuziehen (*Haas*, HK-InsO § 245 Rz. 14; BT-Drucks. 14/120, S.14).

- „*Die Bewertung der Massegegenstände im Insolvenzplan kann das Insolvenzgericht in der Kürze der Zeit bis zur Entscheidung über die Zurückweisung des Plans regelmäßig nicht überprüfen* (*BGH*, 7.5.2015 – IX ZB 75/14).“

- Aufgabe des (vorläufigen) Insolvenz- und Sachwalters und Gutachters.

a. Darstellung und Bewertung der Vermögensgegenstände

- Vermögensgegenstände sind einzeln (z. B. Grundstücke) oder in Gruppen (z. B. Fuhrpark, Umlaufvermögen) anzugeben.

- Umfassende Ausführungen zu Details der Vermögensgegenstände nicht erforderlich (BGH, 17.5.2010 – IX ZB 65/10; NZI 2010, 734).

a. Darstellung und Bewertung der Vermögensgegenstände

- Masseverzeichnis als Schätzgrundlage (BGH NZI 2010, 734).
- Notwendige Aktualität - keine bloße Übernahme der Werte (*Laroche*, in: Brünkmanns/Thole, § 14 Rz. 42).
- Weiterentwicklung und Aufhellung des Verzeichnisses der Massegegenstände (BGH, 17.5.2010 – IX ZB 65/10; NZI 2010, 734) bezüglich Bewertung und Drittrechte.
- Grundsätzliche Zulässigkeit von Erinnerungswerten und Rückstellungen bei unklarer Sach- oder Rechtslage (BGH, 7.5.2015 – IX ZB 75/14).

b. Zerschlagungswerte als Maßstab

- Zerschlagungswerte können Ausgangspunkt der Bewertung sein („Orientierung“).
- Zerschlagungswerte *können* bei fehlenden Alternativen auch allein bestimmender Maßstab der Vergleichsrechnung sein.
- Negativbeispiel zur Selbstverständlichkeit der Zerschlagungswerte als Maßstab:

„Für die Vergleichsrechnung ist der Zerschlagungs- bzw. Liquidationswert maßgeblich. Die nachfolgenden Werte sind Schätzwerte der Schuldnerin. Der Insolvenzplan wird zeigen, dass die Gläubiger durch die Planlösung bessergestellt sind, als dies bei Zerschlagung des Unternehmens der Fall wäre.“

b. Zerschlagungswerte als Maßstab

- Grundsätzliche Orientierung an Masseverzeichnis.
- Bewertung des beweglichen Anlagevermögens regelmäßig unproblematisch.
- „Musik“ spielt im Umlaufvermögen:
  - Negativbeispiel aus der Praxis: *„Vorräte werden mit 20 % des Einkaufswertes angesetzt, da es sich um schwer verwertbare Spezialpapiersorten handelt; Forderungen mit 50 %.“*
  - Unbestritten Prognoseschwierigkeit: Kundenverhalten und betriebliche Leistungsfähigkeit
  - Unbegründete Pauschalwertberichtigung gleichwohl nicht hinreichend.

b. Zerschlagungswerte als Maßstab

- Notwendige Differenzierung innerhalb des „Vorratsvermögens“. Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe anders zu behandeln als Fertigerzeugnisse.
- Prognostische Bewertung des Kunden- und Mitarbeiterverhaltens unter Berücksichtigung von
  - Absicherungsmaßnahmen (Halteprämien, etc.),
  - Abwicklungsvereinbarungen mit Kunden und
  - ggf. von „Hamsterkäufen“ und Verlustübernahmeerklärungen (Automotive Insolvenzen).

b. Zerschlagungswerte als Maßstab

- Weitere „Musik“ bei den Masseverbindlichkeiten. Negativbeispiel aus der Praxis:

Zerschlagungslösung	Planlösung
Freie Masse 31.391,00 €	5%
- 150.000,00 € (Masseverbindlichkeiten)	
- 23.012,55 € (Verfahrenskosten)	
- 141.621,55 €	5%

b. Zerschlagungswerte als Maßstab

„Damit ergibt sich der folgende Direktvergleich:

Quote bei Planlösung	5%
Quote bei Zerschlagung	0,00 %

Masseverbindlichkeiten stellen hier die Auslauflöhne in Höhe von drei Bruttomonatslöhnen dar; Massekosten sind Gerichtskosten und Sachwalterkosten und bestimmen sich nach der InsVV aufgrund der freien Masse.“

b. Zerschlagungswerte als Maßstab

- Umgang mit Masseverbindlichkeiten:
  - „Kein stupides Kaputtrechnen".
  - Zum Umlaufvermögen vergleichbare Differenzierungen geboten – Sofortiger Wegfall der Wertschöpfung nicht zwingend (Stichwort: Abwicklungsvereinbarung).
  - Negative wie positive Auswirkungen der Arbeitsmarktsituation.
- Umgang mit Verfahrenskosten und Kosten der Beratung.

b. Zerschlagungswerte als Maßstab

- Umgang mit Sozialplanverbindlichkeiten und Beachtung der Drittelgrenze gemäß § 123 Abs. 2 S. 2 InsO. Beispiel aus der Insolvenzpraxis:

  *„Im Liquidationsfall kommt es zu einer **freien Masse** in Höhe von **EUR 2.328.176,27.** Hiervon abzusetzen sind*

  - *Verfahrenskosten in Höhe von ./. EUR 450.000,00,*
  - *Sozialplankosten in Höhe von ./. EUR 400.000,00 und*
  - *sonstige Masseverbindlichkeiten in Höhe von ./. EUR 1.400.000,00.*

  *Es verbleibt eine **verteilungsfähige Masse** von **EUR 78.176,27.** „*

b. Zerschlagungswerte als Maßstab

- Richtigerweise:

*„Im Liquidationsfall kommt es zu einer **freien Masse** in Höhe von **EUR 2.328.176,27.** Hiervon abzusetzen sind*

- Verfahrenskosten in Höhe von ./. EUR 450.000,00 und
- sonstige Masseverbindlichkeiten in Höhe von ./. EUR 1.400.000,00.

*Es verbleibt eine freie Masse von **EUR 478.176,27.** Hiervon abzusetzen ist ein Betrag in Höhe von 159.392,09 € für Sozialplankosten nach Maßgabe des § 123 Abs. 2 S. 2 InsO.*

*Es verbleibt eine **verteilungsfähige Masse** von **318.784,18 €**."*

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

Raum für alternative Sanierungsszenarien?

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

- Aufstellung von Alternativrechnungen und Optionsanalysen bei mehreren Szenarien, z. B. übertragende Sanierung oder Alternativplan (LG Wuppertal, Beschl. v. 18.5.2016 – 16 T 116/16).
- Auseinandersetzung mit und Verfolgung von Alternativszenarien jedenfalls dann, wenn
  - diese nicht nur mit einer geringfügigen Wahrscheinlichkeit unterlegt sind oder
  - konkrete Hinweise / Indikationen für solche Alternativszenarien bestehen.

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

- Fehlt es an konkreten Anhaltspunkten für Alternativszenarien oder Initiativanfragen, stellt sich die Frage:

Verpflichtung zum
Dual Track?

- Unterschiedliche Beantwortung dieser Frage in der Insolvenzpraxis. Rechtsprechung und Stimmen in der Literatur nur eingeschränkt vorhanden.

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

- Keine Verpflichtung zum Dual Track.
- Keine Verpflichtung zum Dual Track im Schutzschirmverfahren.
- Verpflichtung zum Dual Track.

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

Keine Verpflichtung zum Dual Track !

- LG Stade vom 29.12.2017 – 7 T 151/17.
- u. a. *Buchalik/Schröder,* in: ZInsO 2015, 189, 190.
- Zwei komplexe sich in ihren Zielen ausschließende Prozesse.
- Kostenintensität des Parallelprozesses.

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

LG Stade vom 29.12.2017 – 7 T 151/17:

In der (vorläufigen) Eigenverwaltung besteht grundsätzlich keine Pflicht des Schuldners, einen M&A-Prozess durchzuführen.

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

Keine Verpflichtung zum
Dual Track im Schutzschirmverfahren !

- Differenzierung zwischen § 270 a und § 270 b InsO (*Riggert*, in: NZI Heft 23/2016).
- M & A- Prozess im Schutzschirmverfahren systemwidrig *(Lambrecht,* Vortrag Rheinischer Restrukturierungszirkel, n. v.).

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

- Gefährdung des (Eigen-) Sanierungskonzeptes, (Daten-) Sensibilität und Vertraulichkeit.
- Widerspruch mit dem Sanierungsgedanken des ESUG.
- M & A- Prozess als „Sanierungshindernis"- wie soll ein Unternehmer einen Anreiz bekommen, frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen, wenn er gleichzeitig damit rechnen muss, sein Unternehmen zu verlieren ?

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

Verpflichtung zum Dual Track !

- *Fröhlich/Bächstädt*, in: ZInsO 2011, 985
- Nur Dual-Track gewährleistet Priorität der Gläubigerinteressen gegenüber Interessen des Managements und der Altgesellschafter.
- (Missbrauchs-) Gefahr, Vergleichsrechnung auf Liquidation zu beschränken.
- Gewährleistung des Grundsatzes der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung.

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

Richtig: Es kommt darauf an !

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

Was heißt das?

- Notwendigkeit der Analyse des Einzelfalls.
- Notwendigkeit der Festlegung von Grundsatz und Ausnahme.
- Notwendigkeit der Festlegung von Kriterien zur Abweichung vom Grundsatz.

d. (Parallele) Aktive Suche nach Sanierungsalternativen?

Grundsätzliche Verpflichtung zum Dual Track

- Primat des § 1 InsO.
- Wettbewerb der Sanierungsszenarien: Förderung von Verbindlichkeit und Schnelligkeit des (Eigen-) Sanierungskonzeptes.
- Akzeptanzgewinn für (Eigen-) Sanierungskonzept.
- Komfort und Vertrauen der Beteiligten erhöhen Transaktionssicherheit im Sanierungsprozess (*„Wir haben ja nie gesucht?“).*
- Absicherung des Sanierungserfolgs durch Identifizieren von Alternativen bei Kursabweichungen.

e. Kriterien und Fallgruppen zur Annahme des Ausnahmecharakters

Kein Grundsatz ohne Ausnahme

- Keine Generalausnahme für Eigenverwaltung im Allgemeinen und Schutzschirmverfahren im Besonderen.

e. Kriterien und Fallgruppen zur Annahme des Ausnahmecharakters

Kein Grundsatz ohne Ausnahme

- Uneingeschränkte Maßgeblichkeit des § 1 InsO, auch bei Eigenverwaltung.
- Freiwilligkeit des Insolvenzantrages kein Grund für Generalausnahme bei § 270b InsO.

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

e. Kriterien und Fallgruppen zur Annahme des Ausnahmecharakters

Kein Grundsatz ohne Ausnahme

- Keine starren Fallgruppen oder apodiktische Rechtssätze („Systemwidrigkeit von M&A im Schutzschirmverfahren“).
- Notwendigkeit der Erörterung und Entscheidung des Einzelfalls.

e. Kriterien und Fallgruppen zur Annahme des Ausnahmecharakters

- Anordnung der Eigenverwaltung und / oder Vorliegen der Voraussetzungen des § 270b rechtfertigen keine Generalausnahme, aber Kriterium für Ausnahmecharakter.
- Status der Restrukturierung: Erfolgswahrscheinlichkeit, Verbindlichkeitsgrad und Attraktivität des (Eigen-) Sanierungskonzeptes für die Gläubiger.
- Indizwirkung der Quotenhöhe zwiespältig.
- Arbeitsstand Insolvenzplan: Umgang mit der Vergleichsrechnung, Zerschlagungswerte oder Unternehmensbewertung als Maßstab.

e. Kriterien und Fallgruppen zur Annahme des Ausnahmecharakters

- Betriebsnotwendiges Vermögen im (insolvenzfesten) Eigentum Dritter (z.B. Marken-, Lizenz- und Patentrechte).
- Aufspaltung von Besitz- und Betriebsgesellschaft.

e. Kriterien und Fallgruppen zur Annahme des Ausnahmecharakters

- Konzernsachverhalte: Fehlende Insolvenz der Vertriebsgesellschaft.
- Kundenpositionierung und (Führungs-) Mitarbeiterbindung.
- Integrationskraft des Unternehmers *(„Die Sanierung steht und fällt mit …“).*
- Besonderes Vertraulichkeitsbedürfnis / Spionage- und Wettbewerbsgefahr.
- Vermögensmäßiger Schwerpunkt im Bereich immaterieller Vermögensgegenstände („asset lean“).

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

e. Kriterien und Fallgruppen zur Annahme des Ausnahmecharakters

Kundenpositionierung (OEM) als Praxisbeispiel:

„[…] bitte berücksichtigen Sie, dass die Entscheidung in unseren Gremien zum Verbleib der Neu-Aufträge bei XY u. a. aufgrund der Zusage der XY Gruppe getätigt wurde. Sollte sich abzeichnen, dass die XY Gruppe nicht mehr die Inhaberin von XY sein wird, wird der Verbleib der Neu-Aufträge erneut intern diskutiert werden müssen. Darüber hinaus möchten wir Ihnen mitteilen, dass wir es für außerordentlich herausfordernd halten, zeitnah geeignete Alternativen zu finden, den wir die Abarbeitung der Neuprojekte auch zutrauen würden“.

e. Kriterien und Fallgruppen zur Annahme des Ausnahmecharakters

Konzernzugehörigkeit:

„Es wurde diskutiert, ob über den Verzicht auf aktive Veräußerungsbemühungen des schuldnerischen Unternehmens oder seiner Teile abzustimmen ist. Ein Beschluss hierzu wurde zunächst nicht gefasst, da eine Veräußerung des Geschäftsbetriebes der Schuldnerin schon wegen der engen leistungswirtschaftlichen Beziehungen zur XY Vertriebsgesellschaft mbH nicht in Betracht kommt. Die XY Vertriebsgesellschaft mbH befindet sich nicht im Insolvenzverfahren. Als Vertriebsgesellschaft verfügt sie über den weit überwiegenden Teil der Kundenkontakte der XY Gruppe, so dass die Schuldnerin außerhalb des Verbundes mit der XY Vertriebsgesellschaft mbH nicht überlebensfähig wäre“.

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

e. Kriterien und Fallgruppen zur Annahme des Ausnahmecharakters

- Maßgeblichkeit des Einzelfalls.
- Kritische Prüfung möglicher Ausnahmen.
- Verantwortliches Bekenntnis zum Vorliegen einer Ausnahme die bessere Entscheidung als Durchführung eines „Scheinprozesses“.

f. Notwendigkeit der Unternehmensbewertung beim Verzicht auf den Investorenprozess

- Folge der Anerkennung des Ausnahmecharakters bei Vorliegen eines Sachgrundes:
  - Insolvenzplan muss sich nicht an den Ergebnissen einer aktiven Marktansprache messen lassen.
- Ist dann Liquidationsszenario der Vergleichsmaßstab ?
- Das Fehlen von Angeboten hat keine Indizwirkung für die Wahrscheinlichkeit der Veräußerbarkeit.
- Deshalb muss die Überprüfung der Wahrscheinlichkeit von Sanierungsszenarien durch eine aktive Marktansprache ersetzt werden durch die Unternehmensbewertung.

RUNKEL SCHNEIDER WEBER
RECHTSANWÄLTE
RSW

f. Notwendigkeit der Unternehmensbewertung beim Verzicht auf den Investorenprozess

- Unternehmensbewertung als Preis, um sich von der aktiven Marktansprache „freizukaufen“.
- Welcher Bewertungsmaßstab muss dabei angelegt werden ?
- Nur eingeschränkt überzeugend:
  - Steuerlicher Teilwertbegriff des § 6b EStG
  - Substanz bzw. Wiederherstellungswert
  - Ertragswert
- Überzeugend erscheint die gutachterliche Stellungnahme in Anlehnung an den Bewertungsstandard IDW S 8 des Instituts der Wirtschaftsprüfer e.V. („Grundsätze zur Erstellung von Fairness Opinions“)

f. Notwendigkeit der Unternehmensbewertung beim Verzicht auf den Investorenprozess

- Fairness Opinions = fachliche Stellungnahmen zu dem Ergebnis eines Entscheidungsprozesses i. R. einer unternehmerischen Initiative.
- IDW S 8 als Rahmenbedingung entsprechen dem Bewertungbedürfnis der Vergleichsrechnung.
- Fairness Opinions i. S. des IDW S 8 sind für sich genommen kein Instrument zur Ermittlung von Unternehmenswerten. Deshalb ist auch eine rein ergänzende Orientierung an IDW S 1 (Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen) i.V. m. IDW – Praxishinweis 1/2014 geboten.

g. Ausgestaltung und Steuerung der Prozessorganisation

- „*Nicht das volle Programm*“ – stiller M & A Prozess mit individueller und gezielter Ansprache unter Einsatz unterschiedlicher Informationsmemoranden (IM) statt Prozessbrief und (unreflektiertes) Abarbeiten der Long List.
- Nicht zwingend strukturierter Bieterprozess unter Einsatz externer M&A Beratung.
- Möglichkeit der Begrenzung des Prozesses auf Share Deal im Rahmen eines Planverfahrens, z. B. bei fehlender Transaktionseignung des Asset-Deals.
- Bewusstsein und Vorkehrungen für besondere Vertraulichkeit.
- Gesellschafterin kann das „letzte Wort“ haben.

h. Prozessverantwortlichkeit?

- Diese besonderen Anforderungen werfen in der Eigenverwaltung Frage nach der Prozessverantwortlichkeit auf.
- Prozessführung und -verantwortung bei
  - Geschäftsführung,
  - CRO und / oder
  - (vorläufigem) Sachwalter?

h. Prozessverantwortlichkeit?

- Rechtlich kann es nur die Schuldnerin sein, vertreten durch die Geschäftsleitung und / oder den CRO.
- Faktisch wird die Initiative für das „ob“ und die Ausgestaltung des „wie“ beim (vorläufigen) Sachwalter liegen.

h. Prozessverantwortlichkeit?

Beides nicht unproblematisch:

- Schuldnerin / CRO: (i) Gefahr (Chance) des Feigenblattprozess und (ii) Interessenkollision.
- (vorläufiger) Sachwalter: (i) reine Überwachungsfunktion und keine aktive Handlungsbefugnis (ii) Ehrenamt mit Haftungsrisiken: *„Der (vorläufige) Sachwalter kann seine Aufgaben nicht eigenmächtig in zu Lasten der Masse vergütungspflichtiger Weise erweitern……“*, vgl. BGH v. 22.9.2016, ZIP 2016, 1981, 1987.

h. Prozessverantwortlichkeit – Strukturelle Probleme

- Haftungsregime

Seit BGH 26.4.2018 – IX ZR 238/17 gibt es eine hinreichende Organhaftung. Durch die analoge Anwendbarkeit der §§ 60, 61 InsO auf Geschäftsleiter in Eigenverwaltung bringt dies einen Gleichlauf des Pflichtenkatalogs von (vorläufigem) Insolvenzverwalter und (vorläufigem Eigenverwalter).

h. Prozessverantwortlichkeit – Strukturelle Probleme

- Rechtsposition des (vorläufigen) Sachwalters
  - Absicherung der Rechtsstellung bei aktivem Tun (z. B. eigenes Planinitiativrecht).
  - Vergütung dieser Tätigkeit.

3. Thesen

- Vergleichsrechnung als „Herzstück“ jedes Insolvenzplans.
- Keine „starren“ Rechtsgrundsätze: Notwendigkeit der Einzelfallbetrachtung bei geklärtem Grundsatz- / Ausnahmeverhältnis.
- Verpflichtung zum Dual Track als Grundsatz ist Gebot des § 1 InsO.
- Eigenverwaltung / Schutzschirm keine Generalausnahme, sondern ein Kriterium bei der Ausnahmeprüfung unter Berücksichtigung des Verbindlichkeitsgrades und der Attraktivität der Planlösung für Gläubiger.
- Verantwortliches Bekenntnis zum Vorliegen einer Ausnahme die bessere Entscheidung als die Durchführung eines „Scheinprozesses“.