

1st Hamburg Insolvency Symposium

von Jun.-Professor Dr. Olaf Muthorst, Hamburg

Restrukturierung und Sanierung sind in Zeiten der Krise in aller Munde, und so war es nur nahe liegend, im „1st Hamburg Insolvency Symposium“ am 15.5.2010, zu dem Rechtsanwalt Dr. Steffen Koch (Rechtsstandort Hamburg e.V.) und Professor Dr. Reinhard Bork (Universität Hamburg) eingeladen hatten, zu fragen: „Restructuring by Insolvency – Who’s best?“ Einen ganzen Tag lang wurden durch Chester B. Salomon das US-amerikanische, durch Chris Laughton das englische und Reinhard Dammann das französische sowie durch Steffen Koch und Lars Westpfahl das deutsche Sanierungs- und Insolvenzrecht auf den Prüfstand gestellt.

Die Parameter dieses Rechtsvergleichs hatte zuvor Reinhard Bork in seinem Impulsreferat herausgearbeitet: Interessensgegensätze zwischen gesicherten und ungesicherten Gläubigern, Arbeitnehmern, Management und Gesellschaftern, Zeitdruck und fehlende Liquidität sowie Vertraulichkeitsbedürfnisse sind die faktische Ausgangslage. Sanierung kann dann entweder in der Sanierung des Unternehmensträgers oder in der Fortsetzung des Unternehmens durch einen neuen Träger bestehen. Doch in wessen Hände ist die Sanierungsentscheidung gelegt? Welche Rolle spielen Gericht, Schuldner, Verwalter/Sanierer? Unter welchen Voraussetzungen soll ein Sanierungsverfahren verfügbar sein? Stehen dem Schuldner ein Moratorium oder außerordentliche Kündigungsrechte zur Seite? Können Neukreditgeber insolvenzfest gesichert und privilegiert bedient werden? Kann Fremd- in Eigenkapital verwandelt werden? Können einzelne Gläubiger mit einem Sanierungsplan überstimmt werden und welche Rolle spielt dabei das Gericht? Diese Fragen muss ein Sanierungsrecht beantworten.

Der erste Block des Symposiums war der außergerichtlichen Sanierung gewidmet. Im US-amerikanischen Insolvenzrecht gibt es dafür keine gesetzliche Grundlage, obwohl die Praxis klare Vorteile einer außergerichtlichen Sanierung sieht: Es besteht keine Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung, der Schuldner hat also einen großen Handlungsspielraum und bleibt zudem „Herr im Haus“. Größerer Flexibilität stehen geringere Kosten gegenüber. Gleichwohl sind die gesetzlichen Determinanten für außergerichtliche Sanierungen zahlreich: Insolvenz- und Kreditsicherungsrecht, Steuerrecht auf Bundes- und Einzelstaatsebene, Managementhaftung, Liquidationsrecht, Insolvenzstrafrecht sowie das Recht schwebender Prozesse und laufender Zwangsvollstreckungen wurden hervorgehoben. Im Ergebnis ist das Insolvenzrecht für außergerichtliche Sanierung eher der Hintergrundprospekt.

Aus englischer Sicht kann außergerichtliche Sanierung auf operativer und/oder auf Finanzierungsebene erfolgen. Diese Restrukturierungsprozesse folgen aber keinen spezifischen insolvenzrechtlichen Regeln. Aus englischer Sicht beruht das darauf, dass zentraler Akteur des englischen Insolvenzrechts ohnehin der *insolvency practitioner* ist, also ein Berufsstand, nicht ein Insolvenzgericht oder ein Träger eines privaten Amtes. Ob ein solcher *practitioner* eingeschaltet wird, ist daher keine

verfahrensrechtliche Frage. Auf berufsständischer Ebene liegen auch die *London Rules* aus den 90er Jahren.

Das französische Insolvenzrecht kennt zwar ebenfalls keine gesetzliche Regelung. Außergerichtliche Sanierung ist dort aber ein richterrechtlich begründetes Institut. Der Präsident des Handelsgerichts ernennt auf Antrag des Schuldners einen unparteiischen Moderator. Ihm kommt die Aufgabe eines Schiedsrichters zu: auf die Einhaltung der Spielregeln zu achten, die für die außergerichtliche Sanierung nach französischem Verständnis gelten. Die Akzeptanz dieses moderierten Prozesses und die Bereitschaft von Kreditgebern, in diesem Rahmen Zugeständnisse zu machen, sind erheblich. Ein Gläubiger hingegen, der nicht verhandlungsbereit ist, unterliegt einer 2-jährigen Sperrfrist, bevor er seine Ansprüche weiterverfolgen kann.

Von deutscher Seite wurde herausgestrichen, dass die Anreizwirkung bestehender Haftungsregeln gering ist. Demgegenüber bringt eine außergerichtliche Sanierung derzeit erhebliche Kosten und Besteuerungsprobleme mit sich. Dass der Prozess nicht von einer neutralen, gerichtlich legitimierten Person begleitet wird, wird als Mangel empfunden. In rechtspolitischer Hinsicht wünscht man sich ein frühzeitig aktivierbares System, das von einem Moratorium flankiert wird und in seiner Ausgestaltung auf die größere oder geringere Komplexität des Einzelfalles Rücksicht nehmen kann.

Thema des zweiten Blocks war dann die Sanierung im Eröffnungsverfahren – ein spezifisch deutsches Thema, denn weder das US-amerikanische noch das englische oder französische Insolvenzrecht kennen ein formelles Verfahren, das dem eröffneten Insolvenzverfahren vorgeschaltet wäre. Lediglich im englischen Insolvenzrecht haben vorbereitende Maßnahmen eine gewisse Bedeutung, insbesondere in Gestalt von *pre-packs*. Das hingegen ist in der deutschen Praxis nicht der Fall, weil das Insolvenzgericht den Verfasser eines solchen *pre-packs* nicht mehr als hinreichend neutral ansehen und mithin nicht zum Insolvenzverwalter bestellen würde. Hier stehen stattdessen die Neutralität des vorläufigen Insolvenzverwalters und das in ihn gesetzte Vertrauen der Geschäftspartner im Mittelpunkt sowie das Insolvenzgeld, das dem Unternehmen zu kurzfristiger Liquidität verhilft und es erlaubt, den Betrieb einstweilen aufrechtzuerhalten.

In den Blöcken drei und vier wurden dann die übertragende Sanierung im Insolvenzverfahren durch *asset deal* und die Sanierung durch einen Insolvenzplan behandelt.

Beides ist im US-amerikanischen Insolvenzrecht Gegenstand von Chapter 11. Für den *asset deal* ist dort ein formelles Bieterverfahren vorgesehen, das zur wirtschaftlich optimalen Verwertung führen soll. Die Sanierung durch einen Insolvenzplan wird als demokratisches Recht des Schuldners angesehen, sodass widersprechende Gläubiger überstimmt werden können. Gesicherte Gläubiger sind von einem Insolvenzplan ohnehin nicht betroffen.

Aus englischer Sicht ist gegenüber dem *asset deal* der *share deal* vorrangig. Diesem Rangverhältnis hat der *administrator* Rechnung zu tragen, es ist aber kein Absolutum: Die

Verwertungsinteressen der Gläubiger geben den Ausschlag, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Interessen als Lieferanten oder Vertragspartner eines sanierten Schuldners. Innerhalb des Insolvenzverfahrens kann ein *pre-pack* Wert- und Zeitverlust beim *share deal* verhindern helfen. Mit der *administration* verfügt das englische Insolvenzrecht über ein funktionales Äquivalent zum Insolvenzplan, das ihn in den meisten Fällen überflüssig macht. Denkbar ist es aber, die *administration* mit einem *Company Voluntary Arrangement* abzuschließen.

Bei der Sanierung im Insolvenzverfahren ist nach französischem Insolvenzrecht der Erhalt der Arbeitsplätze das vorrangige Ziel, der Veräußerungserlös hat demgegenüber sekundäre Bedeutung. Für den *asset deal* stellt das Gesetz ein rechtssicheres und transparentes Verkaufsverfahren zur Verfügung. Auch das Insolvenzplanverfahren ist ähnlich dem US-amerikanischen Chapter 11 ausgestaltet. Die Unternehmensfortführung setzt aber aus Praktikersicht immer voraus, dass das Management im Amt bleibt. Jeder faire Insolvenzplan kann mit Gläubigermehrheit (nach Summen, nicht nach Köpfen) beschlossen werden, und der überstimmte Gläubiger kann den Insolvenzplan nicht verhindern, sondern Rechtsschutz nur im Wege der Schadensersatzklage suchen.

Im deutschen Insolvenzrecht stehen für die übertragende Sanierung im Insolvenzverfahren aus Sicht der Praxis der Zeitdruck sowie das Bedürfnis nach Diskretion im Vordergrund. Ein Verkauf kann aber – im Unterschied zur US-amerikani-

schen oder französischen Rechtslage – sehr wohl freihändig erfolgen. Dabei kommt auch ein Wechsel der Arbeitnehmer in eine Transfergesellschaft in Betracht. Beim Insolvenzplanverfahren überwiegen hingegen die Parallelen zum Chapter 11, nur ist die Akzeptanz in der Praxis deutlich geringer.

Im Fokus der sich hieran anschließenden regen Diskussion stand zunächst die Schlüsselfrage eines außergerichtlichen Sanierungsrechts: Ist staatliche Intervention überhaupt legitim, bevor privatautonome Sanierungsbemühungen gescheitert sind? Wie man diese Frage beantwortet, hängt, so ein Ergebnis, auch davon ab, welche Vorstellung man von der Rolle des Gerichts und der Persönlichkeit des Richters hat. Ein weiterer wesentlicher Aspekt von Sanierung scheint sodann die Frage des Moratoriums zu sein: Ist es legitimer Rettungsanker für ins Schlingern geratene Unternehmen oder verzerrt es den Wettbewerb zugunsten der Moribunden? Außerdem ist zu beachten, dass Sanierung stets Ergebnis eines Verhandlungsprozesses ist, auf den der Gesetzgeber nur indirekt Einfluss nehmen kann. Diesen Einfluss macht er vor allem geltend, indem er regelt, was den Gläubigern bei Scheitern der Sanierungsbemühungen droht. Das Insolvenzrecht, das in diesem Fall Anwendung fände, ist die wesentliche Rahmenbedingung der Sanierung. Schließlich wurde auch deutlich, dass jeder Rechtsvergleich seine Grenzen in den spezifischen lokalen Gegebenheiten findet: Das französische Moderationsverfahren bspw. funktioniert in der mexikanischen Praxis offenbar deutlich weniger reibungslos.