

Wie rechtssicher können beihilfebelastete Assets verkauft werden?

40. Berliner Gesprächskreis zum Europäischen Beihilferecht

13.12.2021

Diskussionsthesen von Rechtsanwalt André Löffler und Dr. Tobias Traupel

Ausgangslage

- Das „absolute“ Ziel: vollständige und rückwirkende Beseitigung der wettbewerbsverzerrenden Wirkung, Art.16 VerfVO (2015/1589)
- Regelmäßige Folge: Beseitigung durch Rückabwicklung aller erhaltenen Vorteile
- Konsequenz: Beihilfeempfangendes Unternehmen
 - muss Rückforderung bilanzieren
 - benötigt Liquidität zur Rückzahlung
- Instrument: Veräußerung von Unternehmensanteilen oder des Unternehmens insgesamt
 - durch Anteilseigner (share deal)
 - durch Unternehmen (asset deal)
 - in der Insolvenz

Veräußerung: ein Königsweg?

- Wenn erhaltene Beträge mit Veräußerungserlös vollständig zurückgezahlt werden können, ist die Rückforderung erfüllt (KOM SA.31550 *Nürburgring* Rn.222; EuGH C-75/97 *Belgien./Kommission*), auch in der Insolvenz (KOM SA.31550 *Nürburgring* Rn.225) = Erwerber trifft kein Rückforderungsrisiko (mehr)
- Aber: wenn Erlös zur vollständigen Erfüllung nicht ausreicht:
 - muss Forderung in der Insolvenztabelle angemeldet,
 - Unternehmen abgewickelt,
 - Vermögenswerte zu Marktbedingungen veräußert werden (KOM SA.31550 *Nürburgring* Rn.225)

Veräußerung: die Auswirkungen auf den Erwerber

- Liegt wirtschaftliche Kontinuität vor, haftet der Erwerber für die Rückforderung= den Differenzbetrag zwischen Kaufpreis und Rückforderungssumme
- Kriterien für wirtschaftliche Kontinuität sind vielfältig und unklar (EuGH C-328/99 *SIM 2*; KOM N 321/2008 *Olympic Airways*; SA.34547 *SERNAM*)
- Folge: Erwerber übernehmen das Risiko regelmäßig nicht
- Instrument: aufschiebende Bedingung bis Eintritt bestandskräftiger Positiventscheidung

Veräußerung: die Auswirkungen auf den Veräußerer

- Das Damoklesschwert des Schwebezustands:
 - Bei Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens durch KOM muss vom Vorliegen einer Beihilfe ausgegangen werden (EuGH C-284/12 *Flughafen Hahn*) – das gilt auch bei einer beihilfefreien Veräußerung zu Marktkonditionen
 - Risiko der Wettbewerbsbeschwerde vor nationalen Gerichten
 - positive Kommissionsentscheidung ist anfechtbar
 - wie lange muss Rückforderungsrisiko bilanziert werden?
 - wer finanziert den Geschäftsbetrieb eines solchen Unternehmens?

Zielkonflikte zum Insolvenzrecht

- Vollständige Rückzahlung durch Beihilfenempfänger nicht möglich
- Gleichwohl „gesellschaftliches“ Interesse am Erhalt des Unternehmens
- Insolvenz löst nicht sämtliche Gemengelagen auf
 - Bestmögliche Verwertungspflicht des Insolvenzverwalters
- Dazu: Abstimmung/Einbeziehung Gläubigerschaft in Entscheidung über Verwertungsalternativen § 160 InsO
 - Einzelverwertung der „assets“ = Zerschlagung des schuldnerischen Rechtsträgers
 - „en bloc“-Verwertung auf neuen Rechtsträger, regelmäßig des Käufers (übertragende Sanierung, „asset deal“)
 - Rechtsträgererhalt durch Insolvenzplan, etc.
 - Mischformen, bspw. Erhalt von Einzelgeschäftsbereichen
- Für Einzelverwertungen/übertragende Sanierungen zu mindestens partielle Auflösung des Konflikts möglich (Anlehnung an vergaberechtliche Instrumente):
 - Verwertung im Rahmen/mit Hilfe eines offenen, transparenten, bedingungsfreien Bieterverfahrens

Anforderungen

- Offenes Bieterverfahren
 - Publizität der Veräußerungsabsicht
 - Organisation eines Teilnahme- und Nachfragewettbewerbs
 - Angemessene Fristeinräumung für Prüfung
- Transparenz
 - Vorab-Definition der Kriterien der Entscheidungsfindung (Höchstgebot, Zahlungsfristen/Zahlungsabwicklung etc.)
 - Fristen
- Bedingungsfreies Verfahren
 - Keine Kopplung des Veräußerungsgeschäfts an Bedingungen

Realitätscheck: Einzelverwertung & „asset deal“

- Nachlaufende Fragestellungen hängen vom Ergebnis/Verlauf des Bieterverfahrens ab
 - Kein oder nur ein Bieter
- Herausragendes Problem: Bewertung
 - Vorstellung des InsO Gesetzgebers: Vorhandensein und Ermittlung eines Liquidations- bzw. Fortführungswertes
 - Aber: Preis/Wertbildung durch einen Investor orientiert sich an den „Lebenschancen eines Unternehmens“
- Viele Fallgestaltungen bei „asset deal“ durch Kumulation diverser Kriterien
 - Umfang der Übernahme von Aktiva
 - Übernahme von Passiva, bspw. durch Vertragsüberleitungen
 - Übernahme von Bürgschaften
 - Bedingungsfeindlichkeit von § 613 a BGB (ist auch unionsrechtlich eine Schutzvorschrift)
- Beschlusslagen der Gläubigerversammlung
 - Abweichende Interessenlagen vom „best-price-principle“ (Standortfrage, Arbeitsplatzert, Steuerzahler, Erhalt von Lieferbeziehungen)
 - Oftmals Privilegierung von rechtsträger- bzw. standorterhaltenden Konzepten, nicht Höchstgebot

Realitätscheck: Rechtsträgersanierung

- Gesetzgeberischer Konzeptwechsel ab 2012 ist Ausdruck, dass Markteuphorie die Erwartungen nicht erfüllt hat
- Verlagerung der Verwertungsalternativen bevorzugt auf den Rechtsträgererhalt
 - ESUG ab 1.3.2012 in Kraft, erweitert Sanierungsbegriff auf Unternehmen und deren Inhaber (Eigenverwaltung, Schutzschirmverfahren etc.)
 - Erweiterter „Werkzeugkasten“ des Insolvenzrechts: Eingriff in Gesellschafterrechte § 225 a
 - Zurückdrängung der Einzelverwertung und des „asset-deals“
 - Neue Rechtsfragen bezogen auf den Rechtsträgererhalt („share deal“):
 - Dürfen die alten Gesellschafter auch die Neuen bleiben?
 - Gesellschafterkreis erweitert sich durch Eintritt neuer, bei Fortbestand der alten Gesellschafter
- Europäische Restrukturierungsrichtlinie, in Kraft getreten am 26.6.2019
 - Nunmehr: in jedem Mitgliedsstaat soll „Unternehmen“ zweite Chance bekommen
 - Vermeidung von „forum shopping“ innerhalb EU
 - Umsetzung in Deutschland ab 1.1.2021: StaRUG = Unternehmensstabilisierungs – und Restrukturierungsgesetz

Realitätscheck: Offene Fragen

- Abstimmungsverhalten des Beihilfengebers bei Planinsolvenz, Eigenverwaltung und StaRUG Verfahren?
- Muss Beihilfengeber immer auf Zerschlagung optieren und damit Einzelverwertung erzwingen?
 - Hintergrund: Einzelverwertung, überwiegend über Industrieauktionen, bilden sehr zeitnah den Marktwert eines Vermögenswertes ab
 - Bei Geschäftsveräußerungen im Ganzen bzw. „en-bloc“-Veräußerungen besteht objektiv eine Schwankungsbreite
- Ist bei der Restrukturierung nach Plankonzept ESUG oder StaRUG Gesellschafterkontinuität möglich?
- Kann es negative Kaufpreise geben?
- Sanierungsgewinn rechtssicher (siehe „comfort letter“)?

Fazit

- Die Infizierung eines Unternehmens durch die Rückführung rechtswidriger Beihilfen, sei es als ganzes Unternehmen oder Teilen davon, ist für einen Erwerber, wegen der damit verbundenen zeitlichen und inhaltlichen Entscheidungsunwägbarkeiten unattraktiv.
- Der kurze Parcours-Ritt von Problemstellungen illustriert, dass ein rechtssicherer Erwerb weder durch den veräußernden Insolvenzverwalter, noch durch die Rechtsberater der Investoren organisiert werden.
- Das Zuwarten einer Kommissionsentscheidung haben wir bspw. mit einem aufschiebendem Bedingungseintritt zu lösen gesucht (SKLM).
- Die Rückabwicklungsrisiken sind regelmäßig bei längerer Zeitdauer nicht zu verantworten.
- Die Rückführung von Beihilfen bei einem insolventen Unternehmen wird überwiegend zu dessen Zerschlagung führen. Der Beihilfengeber ist nur quotenberechtigt und wird keine vollständige Kompensation erlangen.

Vorschlag für einen Lösungsweg:

- Autonomie mitgliedstaatlicher Gerichte zur Beurteilung des Beihilfetatbestands muss zurückgewonnen werden
- Bestandskraft der Kommissionsentscheidung muss gestärkt werden
- Vollstreckung der Rückforderungsentscheidung muss begrenzt werden

Lösungsweg: Umsetzung

- Wiederherstellung mitgliedstaatlicher Autonomie: Klarstellung der ständigen (früheren) Praxis (Bekanntmachung über die Durchsetzung der Vorschriften durch nationale Gerichte 2021/C 305/01, Rn.58)
- Bestandskraft von Kommissionsentscheidungen:
 - keine Verzinsung ab Zeitpunkt der Entscheidung bis zum rechtskräftigen Urteil: Regelung in Verfahrensverordnung (Art.16?)
 - Wirkung der Rückforderungsentscheidung der Kommission ex nunc, statt ex tunc= Beseitigung der beihilferechtswidrigen Tätigkeit für die Zukunft durch Restrukturierung; Verzicht auf (existenzvernichtende) Rückforderung

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!