

Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz

Vorteile, Besonderheiten und Risiken

von

**Annette Lieb
Rechtsanwältin**

und

**Dr. Christopher Lieb, LL.M.Eur.
Rechtsanwalt / Fachanwalt für Steuerrecht**

Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz

Krise und Insolvenz stellen einer der häufigsten Anlässe für den Verkauf eines Unternehmens dar. Juristisch thematisiert wurde bislang meist nur der Unternehmenskauf „aus der Insolvenz heraus“. Weitaus weniger aufbereitet sind hingegen die Probleme des Unternehmenskauf in der Krise, also im Vorfeld der Insolvenz.

Der nachfolgende Aufsatz beleuchtet sowohl den Kauf vor Insolvenzeröffnung als auch den Erwerb eines Unternehmens vom Insolvenzverwalter. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Veräußerung in der Krise und die - dringend erforderlichen - vertraglichen Schutzvorkehrungen für den Insolvenzfall gerichtet.

I. Der Unternehmenskauf aus der Insolvenz

Unternehmenskäufe aus der Insolvenz weisen gegenüber normalen Unternehmenskäufen eine Vielzahl von Besonderheiten auf, die einerseits aus Sonderregelungen resultieren, die speziell für den Unternehmenskauf in der Insolvenz bestehen, andererseits aber insbesondere auch auf der Interessenlage der Beteiligten beruhen.

1. Zeitmoment

Bedeutsam ist insbesondere das Zeitmoment. Die Betriebsfortführung nach Insolvenzeröffnung führt im Normalfall zu einem laufenden Masseverzehr, so dass der Verwalter aus Gründen des Masseschutzes nicht gewillt ist, den Betrieb des Unternehmens länger als unbedingt nötig aufrecht zu erhalten. Damit besteht ein nicht unerheblicher Zeitdruck. Es empfiehlt sich deshalb, die Kaufverhandlungen bereits im Insolvenzantragsverfahren zu beginnen.¹

2. Übertragende Sanierung

¹ Schmidt/ Uhlenbruck „Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz“, Rn 1248.

2.1 Begriff

Der Verkauf eines insolventen Unternehmens erfolgt meist im Wege der „übertragenden Sanierung“. Hierdurch erreicht man, dass das Unternehmen bzw. ein Teil desselben einem unbelasteten Träger überlassen und insoweit von der in die Insolvenz geratenen Einheit abgekoppelt wird.

Regelmäßig wird der Erwerber oder der Insolvenzverwalter selbst einen neuen Rechtsträger – die Auffanggesellschaft – gründen, auf den dann die Vermögenswerte der insolventen Gesellschaft im Rahmen eines asset-deal² übertragen werden. Sofern der Insolvenzverwalter die Auffanggesellschaft gründet, erfolgt die Unternehmensveräußerung in zwei Schritten. Zunächst veräußert der Verwalter die assets des insolventen Unternehmens an die aus der Masse gegründete Auffanggesellschaft. Anschließend verkauft er im Wege eines share deal die Anteile an der Auffanggesellschaft an den Erwerber.

2.2 Kauf vor Verfahreneröffnung

Vor dem Hintergrund des oben beschriebenen Zeitdrucks kann evtl. ein Interesse der Beteiligten an einem Verkauf nach Stellen des Insolvenzantrags aber noch vor der Eröffnung des Verfahrens bestehen. Hier ist Vorsicht geboten!

Es entspricht der überwiegenden Ansicht in Rspr. und Literatur, dass selbst der sog. starke vorläufige Insolvenzverwalter nicht zur Veräußerung wesentlicher Teile des Anlagevermögens oder gar des gesamten Unternehmens befugt ist. Selbst wenn man entgegen der noch h. M. eine entsprechende Befugnis annähme, darf nicht verkannt werden, dass für den Erwerber vor Insolvenzeröffnung erhebliche Unsicherheiten bestehen:

Dem Käufer, der das Unternehmen vor Verfahrenseröffnung mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters erwirbt, ist üblicherweise nicht bewusst, dass sein Anspruch auf

² Schmidt/ Uhlenbruck „Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz“, Rn 1243 m.w. Nennungen.

Übertragung der Vermögensgegenstände im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur eine Insolvenzforderung ist.

Zudem ist der Kaufvertrag nach den §§ 129 ff. InsO anfechtbar. Im Falle der Anfechtung, die vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann, sind die erhaltenen Wirtschaftsgüter an die Masse herauszugeben. Im Gegenzug muss der Insolvenzverwalter zwar den gezahlten Kaufpreis aus der Insolvenzmasse rückerstatten; ist der geleistete Kaufpreis jedoch nicht mehr von der Masse unterscheidbar vorhanden, kann der Käufer seine Rückzahlungsforderung nur noch zur Tabelle anmelden.

Hingewiesen werden muss auch darauf, dass nach der Rspr. des BAG der Käufer im Falle eines Erwerbs vor Verfahrenseröffnung vollumfänglich nach § 613 a BGB für die Ansprüche der Arbeitnehmer und Sozialversicherungsträger, die im späteren Verfahren bloße Insolvenzforderungen wären, haftet.

Damit bleibt festzuhalten, dass ein Kauf bereits im Antragsverfahren nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht kommt. Entscheidende Weichenstellungen, die einen Erwerb des Unternehmens sichern sollen, können in diesem Stadium allenfalls über Lols, Vorverträge oder Kaufangebote vorgenommen werden.

3. Vorteile des Unternehmenskaufs aus der Insolvenz

Der Kauf eines insolventen Unternehmens nach Verfahrenseröffnung bietet dem Erwerber gegenüber einem normalen Unternehmenskauf Vorteile sowohl hinsichtlich der Haftung für Altverbindlichkeiten als auch bezüglich des Abbau von Personal im Rahmen des eintretenden Betriebsübergangs nach § 613 a BGB.

3.1 Nur eingeschränkte Haftung für Altverbindlichkeiten

Nach h.M. ist bei einem Unternehmenskauf aus der Insolvenz § 25 HGB, der bei Firmenfortführung eine Haftung des Erwerbers für Altverbindlichkeiten vorsieht, nicht anwendbar.

Begründet wird dies damit, dass durch die Insolvenzeröffnung der aus der Fortführung der Firma abgeleitete Rechtsschein unterbrochen sei.³

Ein weiterer wichtiger Vorteil ist, dass beim Kauf nach Verfahrenseröffnung gem. § 75 Abs. 2 AO keine Haftung des Käufers für Betriebssteuern, die der Verkäufer zu entrichten hat, besteht.⁴

Auch eine Haftung für arbeitsrechtliche Verbindlichkeiten im Rahmen des § 613 a BGB wird verneint, soweit diese in der Zeit bis zur Verfahrenseröffnung entstanden sind.

3.2 Betriebsübergang in der Insolvenz

Veräußert der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Unternehmen des Schuldners oder einen Betriebskern an einen neuen Unternehmensträger (übertragende Sanierung), ist § 613 a BGB zu beachten.

3.2.1 Voraussetzungen eines Betriebsübergangs – Abgrenzung von Betriebsstilllegung und -verlagerung

Bei einem Betriebsübergang (auch Betriebsnachfolge, Betriebsinhaberwechsel) erfolgt der Übergang eines Betriebes bzw. Betriebsteiles auf einen anderen, neuen Rechtsträger aufgrund Gesetzes oder Rechtsgeschäftes. Es findet ein Wechsel der Rechtspersönlichkeit des Betriebsinhabers statt. Ein reiner Gesellschafterwechsel berührt hingegen die Identität der Gesellschaft als Rechtssubjekt nicht⁵.

Betroffen hiervon ist eine wirtschaftliche Einheit i.S. einer selbständigen, abtrennbaren, organisatorischen Einheit, in welcher innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird. Die wirtschaftliche Identität muss hierbei gewahrt bleiben. Im Dienstleistungsbereich, wo es weniger auf sachliche Betriebsmittel, sondern mehr

³ Uhlenbruck InsO § 11, Rn. 17; Schmidt/ Uhlenbruck „Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz“, Rn 1245.

⁴ Uhlenbruck InsO § 11, Rn. 17; Schmidt/ Uhlenbruck „Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz“ Rn 1245.

⁵ BAG vom 03.05.1983, 3 AZR 1263/79; ZIP 1983, 715.

auf menschliche Arbeitskraft ankommt, ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn es sich um eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern, handelt, die durch eine gemeinsame Tätigkeit verbunden ist⁶.

Kein Fall eines Betriebsübergangs ist die Betriebsstilllegung mit anschließender Veräußerung der Betriebsmittel. § 613 a BGB findet im letzteren Fall keine Anwendung, da

beides einander ausschließt. Die Stilllegung erfordert den ernstlichen und endgültigen Entschluss des Arbeitgebers / Insolvenzverwalters, die Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf Dauer oder zumindest für einen bestimmten, aber wirtschaftlich nicht unerheblichen Zeitraum aufzugeben. Die Produktionseinstellung allein löst noch keine Betriebsstilllegung aus. Hinzukommen muss die Auflösung der dem Betriebszweck dienenden Organisation⁷.

Auch eine nicht unerhebliche räumliche Verlegung des Betriebs bedeutet noch keinen Betriebsübergang i.S.v. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB.

3.2.2 Folgen eines Betriebsüberganges

Der bisherige Betriebsinhaber (Insolvenzverwalter) scheidet als Arbeitgeber aus allen Arbeitsverhältnissen aus, der Übernehmende tritt in diese als Rechtsnachfolger mit für ihn weit reichenden Folgen ein:

Wie bereits angesprochen, wird zwar eine Haftung für arbeitsrechtliche Verbindlichkeiten im Rahmen des § 613 a BGB verneint, soweit diese in der Zeit bis zur Verfahrenseröffnung entstanden sind. Die Haftungsfolge dieser Norm wird insofern insolvenzrechtlich reduziert auf nach dem Betriebsübergang entstandene Ansprüche. Vor dem Betriebsübergang entstandene Ansprüche, für die gemäß § 613 a Abs. 2 BGB der bisherige Betriebsinhaber haftet, werden zu normalen Insolvenzforderungen⁸.

Dennoch erschwert diese Norm die übertragende Sanierung erheblich.

⁶ BAG vom 22.05.1997, 8 AZR 101/96; ZIP 1997, 1555.

⁷ BAG NZA 1997, 251; NZA 1988, 170.

⁸ Gottwald, § 104 Rn. 74.

Für die nach Betriebsübergang entstandenen Forderungen haftet der neue Betriebsinhaber uneingeschränkt. Die im Betrieb geltenden kollektivrechtlichen Vereinbarungen wie Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sind für den Unternehmer bindend. Der Erwerb des Betriebes aus der Insolvenzmasse und die Eröffnung im Laufe des Bezugszeitraumes ändern hieran nichts.

Eine weitere Hürde ist der zugunsten der Arbeitnehmer geltende Bestandsschutz nach § 613 a Abs. 1 und 4 BGB.

Jede Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber/ Insolvenzverwalter und den Arbeitnehmern, welche bei einem Betriebsübergang den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses zunichte machen, ist wegen einer Umgehung von § 613 a Abs. 4 S. 1 BGB unwirksam.

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages führt wegen § 613 a Abs. 4 S. 1 BGB nicht zur Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses.

Sollen Kündigungen ausgesprochen werden, ist auch im Insolvenzeröffnungsverfahren das gesetzliche Kündigungsverbot nach § 613 a Abs. 4 S. 1 BGB zu beachten. Es kommt hierbei auf den richtigen Kündigungszeitpunkt und Kündigungsgrund an.

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen Betriebsüberganges ist unwirksam. Dieser Arbeitnehmerschutz geht sogar so weit, dass nicht einmal der Arbeitnehmer selbst fristlos kündigen kann, obwohl er vor Abgabe der Kündigungserklärung über den geplanten Betriebsübergang und dessen Rechtsfolgen aufgeklärt wurde.

Kommt es nach Zugang der Kündigungserklärung zum Betriebsübergang, haben die gekündigten Arbeitnehmer gegen den Betriebsübernehmer einen Anspruch auf Wiedereinstellung zu unveränderten Bedingungen. War das Arbeitsverhältnis jedoch bereits vor Betriebsübergang beendet, besteht kein Wiedereinstellungsanspruch mehr.

Die Regelungen nach §§ 125 Abs. 1, 128 Abs. 2 InsO, auf die im Weiteren noch einzugehen ist, würden sonst leer laufen, wenn der Wiedereinstellungsanspruch auf einen nach dem Kündigungstermin entstandenen Sachverhalt gestützt werden könnte.

3.2.3 Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers

Da dem Arbeitnehmer nicht ohne weiteres ein neuer Arbeitgeber aufgezwungen werden darf, sieht das Gesetz für den Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber vor. Daher ist der Arbeitnehmer nach § 613 a Abs. 5 Nr. 1-4 BGB vom bisherigen oder neuen Arbeitgeber umfassend schriftlich zu unterrichten über

- ✓ den (geplanten) Zeitpunkt des Übergangs,
- ✓ den Grund für den Betriebsübergang (ausreichend ist der rechtliche Grund, d.h. Verkauf, Umwandlung, Auslagerung aus dem Betrieb),
- ✓ rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen für den Arbeitnehmer (Unterrichtung über Fragen der Weitergeltung / Änderung der bisherigen arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten, Haftung des bisherigen und neuen Inhabers gegenüber den Arbeitnehmern, Kündigungsschutz, Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen) und
- ✓ in Aussicht genommene Maßnahmen (u.U. Hinweis auf den Abschluss von Interessenausgleich und Sozialplan, Hinweis auf den aktuellen Stand der Verhandlungen),

damit die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 BGB in Gang gesetzt wird. Der Widerspruch gegen den Betriebsübergang ist schriftlich zu erheben und kann sowohl gegenüber dem bisherigen, als auch dem neuen Betriebsinhaber erklärt werden.

3.2.4 Einschränkung des § 613 a BGB

Da § 613 a BGB für sich genommen nur wenig Anreiz für eine übertragende Sanierung bieten würde, könnte der Erwerber dies nicht mit eigenen Konzepten ver-

binden, sieht der Gesetzgeber durch § 128 InsO eine wesentliche Einschränkung für den sanierungsfeindlichen § 613 a Abs. 4 BGB vor.

§ 128 InsO erlaubt es dem Insolvenzverwalter, ein eigenes Sanierungskonzept zur Verbesserung der Verkaufschancen zu erstellen oder Planungen des Betriebserwerbers durchzuführen und hierauf gestützt die erforderlichen Kündigungen von Arbeitsverhältnissen vorzunehmen, ohne dass hiergegen der Einwand der unwirksamen Kündigung wegen Betriebsüberganges entgegen gehalten werden kann. Die in diesem Zusammenhang früher im Raum stehende streitige Frage ist durch §128 Abs. 2 InsO geklärt, wonach die Vermutung des §125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO sich auch darauf erstreckt, dass die Kündigungen der Arbeitsverhältnisse nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgte⁹.

§ 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO enthält die (widerlegliche) Vermutung, dass die Kündigung der betroffenen Arbeitsverhältnisse durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb oder einer Weiterbeschäftigung zu un-
veränderten Arbeitsbedingungen entgegenstehen, bedingt ist. Diese Vermutung erstreckt sich nach § 128 InsO auch darauf, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht nach § 316 a Abs. IV BGB „wegen“ des Betriebsübergangs erfolgt.

Das gleiche gilt für die gerichtliche Feststellung nach § 126 Abs. 1 S. 1 InsO, wonach die Kündigung bestimmter Arbeitsverhältnisse durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt ist. Auch hier erstreckt sich die Vermutung des § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO auch darauf, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt ist (§ 128 Abs. 2 InsO). Der Arbeitnehmer hat diese gesetzliche Vermutung somit in zweierlei Hinsicht zu entkräften.

Voraussetzung hierfür ist aber, dass entweder zwischen dem Betriebsrat und dem Insolvenzverwalter ein Interessenausgleich nach § 125 Abs. 1 InsO unter namentlicher Bezeichnung der zu kündigenden Arbeitnehmer zustande kam oder der Insolvenzverwalter das Beschlussverfahren nach § 126 InsO durchführt. Da dem Betriebserwerber selbst das Vorgehen nach §§ 125, 126 InsO verschlossen bleibt, müssen diese vorge-

⁹ (vgl. BAG, Urt. v. 20.3.2003, 8 AZR 97/02, ZIP 2003, 1671 = NZA 2003, 127, dazu EWIR 2003, 909 (Schnitker/Grau)).

nannten Voraussetzungen zwingend zuvor vom Insolvenzverwalter getroffen worden sein.

4. Besonderheiten bei der Vertragsgestaltung

Den spezifischen Besonderheiten des Unternehmenskaufs in der Insolvenz ist selbstverständlich bei der Vertragsgestaltung Rechnung zu tragen.

4.1 Präambel/Vertragsgegenstand

Eine gesteigerte Relevanz ist der Präambel beizumessen. In dieser sollten präzise die Hintergründe des Kaufs und der konkrete Status des Unternehmens zum Zeitpunkt der Veräußerung festgehalten werden.

Die Kaufgegenstände müssen präzise aufgelistet und möglichst gruppiert werden. Letzteres dient dazu, den Kaufpreise zwischen der Masse und den Sicherungsgläubigern, die in aller Regel vorhanden sind, aufzuteilen.

4.2 Besonderheiten bei speziellen Kaufgegenständen

Nach § 22 Abs. 1 HGB kann beim Erwerb eines Handelsgeschäfts der bisherige Firmenname nur mit Willen des bisherigen Geschäftsinhabers fortgeführt werden. Im Rahmen des Kaufs aus einer Insolvenz ist dies hingegen nicht erforderlich.

Gleichwohl ist Vorsicht geboten, da an der Firma Markenrechte bestehen können, die nicht zwangsläufig mitveräußert werden.

Nach wohl h. M. gelten im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Zustimmungserfordernisse oder Veräußerungsbeschränkungen nicht bei einer Veräußerung aus der Insolvenz, weil diese zu Gunsten der Gläubiger des Insolvenzverfahrens als Zwangsverwertung nicht durch gesellschaftsrechtliche Regelungen eingeschränkt werden darf. Dies bedeutet, dass der Verwalter Gesellschaftsbeteiligungen veräußern kann, die außerhalb des Insolvenzverfahrens in Ermangelung der Zustimmung der Gesellschaft nicht übertragbar wären.

Dem Käufer einer vermieteten Immobilie aus der Insolvenzmasse steht nach § 111 InsO ein Sonderkündigungsrecht zu. Hierdurch wird die Verwertung auch langfristig vermieteter Objekte erleichtert.

4.3 Zustimmungserfordernisse

Der Unternehmenskauf aus der Insolvenz unterliegt den Zustimmungserfordernissen der §§ 158 ff. InsO, so dass der Insolvenzverwalter regelmäßig der Mitwirkung des Gläubigerausschusses bedarf. Da ein Verstoß gegen die vorgenannten Regelungen jedoch die Wirksamkeit des Kaufvertrags gem. § 164 InsO unberührt lässt, wird an dieser Stelle von einer vertieften Darstellung abgesehen.

4.4 Kaufpreis

Der Insolvenzverwalter hat nach § 1 InsO den gesetzlichen Auftrag, für die Gläubiger eine möglichst hohe Quote zu erreichen. Er ist daher bei der Festsetzung des Kaufpreises nicht frei, sondern muss sich vielmehr von objektiven Kriterien leiten lassen.

Der Verwalter wird insoweit einerseits als Bewertungsuntergrenze die Liquidationswerte der einzelnen Vermögensgegenstände ansetzen und andererseits darauf abstellen, welche Masseverbindlichkeiten bei einer alternativen Ausproduktion bzw. der Liquidation des Unternehmens entstehen.

4.5 Gewährleistungsausschluss

Der Insolvenzverwalter wird seine Gewährleistung soweit wie möglich ausschließen und – anders als bei normalen Unternehmenskäufen – auch grundsätzlich keinerlei Garantien abgeben.

5. Zusammenfassung

Der Unternehmenskauf aus der Insolvenz ist für den Erwerber gerade im Hinblick auf die Haftungserleichterungen interessant. Auf der anderen Seite sind seine Regressmöglichkeiten gegenüber dem Insolvenzverwalter stark eingeschränkt.

Wegen des Zeitdrucks, unter dem die Verhandlungen stehen und der sich natürlich auch auf die Sorgfalt und dem Umfang der due diligence auswirkt, ist dies nicht unproblematisch.

II. Unternehmenskauf im Vorfeld der Verkäuferinsolvenz

Der Kauf eines Unternehmens in der Krise, also bevor ein Insolvenzantrag gestellt wird, birgt erhebliche Risiken, die – ähnlich wie der Kauf nach Antragsstellung aber vor Verfahrenseröffnung (s.o.) bis zum Totalverlust des Investments führen können.

1. Insolvenzanfechtung

1.1 Wesen und Wirkung

Diese Risiken ergeben sich primär daraus, dass Rechtshandlungen, die vor Insolvenzeröffnung vorgenommen werden und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, durch den Verwalter nach § 129 Abs. 1 InsO angefochten werden können.

Der anfechtungskritische Zeitraum beträgt 3 Monate vor dem Insolvenzantrag, so dass heute kaum ein Käufer ausschließen kann, dass er sich im Vorfeld der Verkäuferinsolvenz bewegt.

Die Anfechtung durch den Verwalter führt zu einer asymmetrischen Rückabwicklung¹⁰: Der abgeflossene Vermögensvorteil fällt an die Masse zurück; der Gegenanspruch auf Kaufpreisrückgewähr ist hingegen meist nur einfache Insolvenzforderung und damit wertlos.

1.2 Schutzvorkehrungen

1.2.1 Vorsatzanfechtung

¹⁰ Wessels, ZIP 2004, 1237, 1238.

Wichtig ist zunächst, den anfechtungsrelevanten Zeitraum keinesfalls über die meist relevanten drei Monate auszudehnen.

Insoweit gilt es die Vorsatzanfechtung¹¹ nach § 133 Abs. 1 InsO auszuschließen, die dann eingreift, wenn der Erwerber Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners gegenüber dessen Gläubigern besaß. Diese wird nach dem Gesetz dann vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte und die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte.

Damit befindet sich der Käufer im Rahmen der Due Diligence in einer Zwickmühle: einerseits benötigt er genaue Informationen, um den Wert des Unternehmens und den Erfolg etwaiger Sanierungskonzepte verlässlich einschätzen zu können, andererseits dürften gewonnene Erkenntnisse dem Käufer mitunter eher schaden als nützen¹².

Ist der Erwerber eine dem Schuldner nahe stehende Person i.S.d. § 138 InsO, so erfordert die Anfechtbarkeit des Vertrages innerhalb einer Frist von zwei Jahren lediglich eine objektive Gläubigerbenachteiligung ohne weitere subjektive Voraussetzungen.

Hieran ist insbesondere beim Erwerb durch enge Verwandte oder im Wege eines MBO zu denken¹³.

1.2.2 Vorverlagerung von Erfüllungshandlungen: asset oder share deal?

Beim Kauf eines Unternehmens im Vorfeld der Insolvenz muss darauf geachtet werden, Erfüllungshandlungen des Verkäufers auf einen Zeitpunkt vorzuverlagern, der außerhalb der anfechtungskritischen Dreimonatsfrist liegt. Da beim asset deal die Erfüllungshandlungen des Verkäufers zahlreicher und aufwendiger sind als bei share deal, eignet sich letzterer besser zum Erwerb eines Unternehmens in der Krise¹⁴.

¹¹ Auf die Anfechtung bei einer unentgeltlichen Übertragung gem. § 134 InsO wird hier nicht eingegangen.

¹² Wessels, ZIP 2004, 1237, 1238.

¹³ Pannen/Deuchler/ u.a., Sanierungsberatung, Rz. 350.

¹⁴ Wessels, a.a.O.

Es versteht sich von selbst, dass es der Verkäufer keinesfalls in der Hand haben darf, den Vornahmezeitpunkt der Unternehmensübertragung einseitig zu bestimmen und zugleich die Gegenleistung an sich zu ziehen¹⁵.

Solche Modelle werden in Form von „Put-Optionen“ bisweilen zur Vermeidung eines sofortigen Mehrheitswechsels gewählt; hiervon ist abzuraten¹⁶.

1.2.3 Begründung von Anwartschaftsrechten

Das wirksamste Mittel den Vornahmezeitpunkt vor zu verlagern besteht in der Begründung eines Anwartschaftsrechts am gesamten Kaufgegenstand. Dies ergibt sich aus der Regelung des § 140 InsO. Nach § 140 Abs. 1 InsO gilt eine Rechtshandlung

erst als vorgenommen, wenn ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. § 140 Abs. 3 InsO enthält insoweit jedoch ein Bedingungsprivileg und regelt, dass bei einer bedingten Rechtshandlung der Eintritt der Bedingung außer Betracht bleibt. Hierdurch werden Anwartschaftsrechte auch in der Insolvenz gesichert¹⁷.

Wann der Käufer das ihn nach § 140 Abs. 3 InsO schützende Anwartschaftsrecht erwirbt, hängt von der Art der Kaufanteile – verbrieft oder unbrieft, vinkuliert oder frei übertragbar – und vor allem von Gestaltung und Vollzug des Kaufvertrages ab.

Entsteht es nicht – was angestrebt werden muss – mit Vertragsunterzeichnung, so hat der Käufer auf den beschleunigten Eintritt der Voraussetzungen für die Anwartschaft hinzuwirken¹⁸, auch vor dem Hintergrund, dass er bis zur Entstehung des Anwartschaftsrechts von der Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers Kenntnis erlangen, also bösgläubig werden kann, was die wiederum die Möglichkeit zur Anfechtung eröffnen würde.

Hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises muss geregelt werden, dass dieser erst drei Monate nach Entstehung eines Anwartschaftsrechts am gesamten Kaufgegenstand

¹⁵ Wessels, a.a.O.

¹⁶ So auch Wessels, a.a.O., 1239.

¹⁷ Hirte, in: Uhlenbruck, § 140 InsO, Rz. 17.

¹⁸ Wessels, a.a.O., 1239 f., mit Einzelheiten.

fällig wird. Alternativ kann ein Zurückbehaltungsrecht für den Fall der Zahlungsunfähigkeit vereinbart werden.

2. Erfüllungsablehnung

2.1 Problem

Sofern der Unternehmenskaufvertrag im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung von keiner Seite vollständig erfüllt ist, kann der Verwalter die weitere Erfüllung gem. § 103 Abs. 2 InsO ablehnen. Durch die Ablehnung verlieren noch ausstehende Erfüllungsansprüche ihre rechtliche Durchsetzbarkeit¹⁹, so dass der Käufer ggf. auf Herausgabe bereits in Besitz genommener Gegenstände gezwungen werden kann.

Gegenüber dem share deal ist beim asset deal die Gefahr der unvollständigen Vertragserfüllung höher, da hier die Vielzahl von Übertragungsakten das Risiko von Wirksamkeitsmängeln steigert²⁰.

2.2. Schutzvorkehrungen

2.2.1 Kaufpreiszahlung

Der Käufer schützt sich gegen eine Erfüllungsablehnung am einfachsten dadurch, dass der den gesamten Kaufpreis vor Insolvenzeröffnung zahlt.

Dies darf natürlich nicht ohne entsprechende Absicherungen geschehen, weil ansonsten der Totalverlust des gezahlten Betrages im Falle der Insolvenz droht. Der Käufer muss daher mit der Kaufpreiszahlung jedenfalls ein unanfechtbares Anwartschaftsrecht begründen²¹. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur Insolvenzanfechtung verwiesen werden.

¹⁹ BGHZ 150, 353, 359.

²⁰ Wessels, a.a.O., 1242.

²¹ Wessels, a.a.O.

Dem Käufer muss allerdings bewusst sein, dass der Schutz, den er durch die vollständige Kaufpreiszahlung erhält, einen Verzicht auf ansonsten übliche Regelungen zur Anpassung des Kaufpreises voraussetzt. Auch Sicherungseinbehalte oder Zahlungen an Treuhänder sind nicht möglich. Erfüllungsschädlich ist jedoch eine gerichtliche Hinterlegung nach § 372 BGB.

Gleiches wird man auch für eine Absicherung des Kaufpreises durch eine selbstschuldnerische Bankbürgschaft annehmen können²².

2.3.2 Vollrechtserwerb

Will der Käufer – was nachvollziehbar ist – den oben beschriebenen Weg nicht beschreiten, so muss er sicher sein, vor Insolvenzeröffnung das Vollrecht oder zumindest eine nach §§ 106, 107 InsO geschützte Anwartschaft am Zielunternehmen zu erwerben. Hier ist darauf hinzuweisen, dass der Insolvenzverwalter den Erfüllungstatbestand nicht mehr antasten kann, wenn nach dem Vollzugsstichtag Mängel oder Garantiefälle offenbar werden. Auch bei Insolvenzeröffnung noch geschuldete Nebenleistungen geben dem Verwalter kein Recht zur Rückabwicklung.

3. Konkrete Insolvenzgefahr

3.1. Problem

Sofern der Käufer eine bereits bestehende oder drohende Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers kennt, ist er über die in Ziffer 1 dargestellte abstrakte Insolvenzgefahr einem gesteigerten Anfechtungsrisiko ausgesetzt. Sofern in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit geleistet wurde, sind selbst kongruente Erfüllungshandlungen, also solche die mit den entsprechenden Forderungsrechte der anderen Seite übereinstimmen, nicht mehr anfechtungsfest. Zudem ist der Weg für die Vorsatzanfechtung geebnet, da der Käufer meist um die zumindest mittelbar gläubigerbenachteiligende Wirkung der Unternehmensveräußerung weiß und insoweit vermutet wird, dass der den Benachteiligungsvorsatz des Verkäufers erkannt hat.

²² So auch Wessels, a.a.O., 1243.

3.2 Ausweg

Dem soeben aufgezeigten Risiko lässt sich durch eine Ausgestaltung des Unternehmenskaufes als Bargeschäft (§ 142 InsO) mit genügendem Abstand zur Vorsatzschwelle (§ 133 Abs. 1 InsO) begegnen.

3.2.1 Bargeschäft

Bargeschäfte (§ 142 InsO), d.h. Leistungen des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, sind nach der InsO privilegiert. Sie sind anfechtungsfest, sofern nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen einer Vorsatzanfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO gegeben sind. Ohne dieses Privileg wäre der Verkäufer praktisch schon mit Beginn der Krise vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen und könnte seine Zahlungsunfähigkeit durch Vermögensumschichtungen weder abwenden noch beseitigen²³.

Der Leistungsaustausch muss unmittelbar, d.h. in engem zeitlichen Zusammenhang, erfolgen. Kaufpreisanpassungen, Sicherungseinbehalte und über den Vollzugstichtag hinaus reichende Treuhänderabwicklungen sowie jede Art von Kreditierung²⁴ laufen der Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches zuwider²⁵. Das Unmittelbarkeitsanfordernis betrifft allerdings nur den zeitlichen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung, nicht denjenigen von Vertragsschluss und Vertragsvollzug. Es ist daher unschädlich, wenn die beiderseitigen Leistungen erst erhebliche Zeit nach Vertragsabschluss ausgetauscht werden – auch wenn inzwischen die Krise des Verkäufers ausbricht²⁶.

Es ist außerdem erforderlich, dass die beiderseitigen Leistungen gleichwertig sind. Aus Sicht des Insolvenzgläubigers muss eine bloße Vermögensumschichtung²⁷ - ein Aktivtausch der freien Masse - vorliegen, so dass es im Ergebnis an einer unmittelbaren Benachteiligungsabsicht fehlt. Möglich ist es daher nicht, wenn statt einer vollen Zahlung des Kaufpreises Verbindlichkeiten des Verkäufers übernommen werden.

²³ BGHZ 123, 320, 323.

²⁴ Hirte, in: Uhlenbruck, § 142 InsO, Rz. 13.

²⁵ Wessels, a.a.O., 1245.

²⁶ Wessels, a.a.O., m.w. Nachweisen.

²⁷ BGHZ 123, 320, 329.

Leistung und Gegenleistung müssen objektiv gleichwertig sein. Da der Wert eines Unternehmens nur sehr schwer und meist nur durch Sachverständige ermittelt werden kann, besteht insoweit für den Käufer ein erhebliches Risiko.

Er kann sich letztlich nicht sicher sein, dass der von ihm entrichtete Kaufpreis dem tatsächlichen Wert des Unternehmens entspricht.

3.2.2 Abstand zur Vorsatzschwelle

In der Regel handelt derjenige Schuldner nicht mit Benachteiligungsvorsatz, der zur Fortführung seines Unternehmens Vermögensumschichtungen vornimmt und damit seinen Gläubigern im Allgemeinen nützt²⁸. Die Annahme eines Benachteiligungsvorsatzes setzt beim Bargeschäft deshalb voraus, dass für den Verkäufer gleichwohl die Gläubigerschädigung im Vordergrund steht, etwa dadurch, dass er den Erlös aus dem Verkauf beiseite schafft²⁹.

Diese Voraussetzung ist allerdings dann erfüllt, wenn die Unternehmensfortführung, derentwegen der Verkäufer sein Vermögen umschichtet, ohne greifbare Erfolgsaussicht bleibt³⁰. Der Käufer muss also darauf achten, dass der Verkäufer ein schlüssiges Sanierungskonzept verfolgt. Ist dies nicht der Fall, darf der Kauf – auch im Wege des Bargeschäfts – nicht realisiert werden.

4. Zusammenfassung

Der Unternehmenskauf im Vorfeld der Verkäuferinsolvenz ist mit besonderen Risiken behaftet, die eine saubere und gründliche vertragliche Gestaltung erfordern. Sowohl zur Abwehr einer Insolvenzanfechtung als auch im Hinblick auf die Gefahren einer

Erfüllungsablehnung ist dabei dem share deal der Vorzug vor dem asset deal zu geben.

²⁸ BGH ZIP 1997, 1551, 1553.

²⁹ BGHZ 123, 320, 324.

³⁰ Wessels, a.a.O., 1246.

Besonderes Augenvermerk ist auf die frühe Begründung eines Anwartschaftsrechts zu legen, sofern kein Vollrechtserwerb möglich ist.

Der Kauf eines Unternehmens im Wege des Bargeschäfts ist unsicher und sollte nur in Ausnahmefällen erwogen werden.