

# Unternehmenskauf in der Insolvenz

Vortrag vom 25.9.2006 vor den Mitgliedern des Berlin-Brandenburger Arbeitskreises für Insolvenzrecht

Von Prof. Dr. Heinz Vallender, Richter am Amtsgericht, Köln

## A. Share deal – asset deal

Das **Unternehmen** ist ein Inbegriff von Sachen, Rechten, tatsächlichen Beziehungen, Vertragspositionen, Markanteilen, Ressourcen, Geschäftschancen, Maschinen, Mitarbeitern, Arbeitsverträgen und Ähnlichem mehr.

*Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 11. Aufl, Rdn. 130

Im Insolvenzverfahren kommen folgende Formen des Erwerbs eines Unternehmens in Betracht:

- Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile („**share deal**“) des insolventen Rechtsträgers: dabei übernimmt der Erwerber das Unternehmen einschließlich der wirtschaftlichen Schwierigkeiten, die zu der Unternehmenskrise geführt haben. Bei **Kapitalgesellschaften** erfolgt der Unternehmenskauf im Wege der Übertragung der Gesellschafterbeteiligung von dem Rechtsträger auf den Käufer. Die Übertragung von **Personengesellschaftsanteilen** wird grundsätzlich wie die Übertragung von Kapitalgesellschaften behandelt. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung gehen sämtliche mit dem Gesellschaftsverhältnis verbundenen Rechte und Pflichten auf den Erwerber über, wenn und soweit sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Rechenwerk der Personengesellschaft Niederschlag gefunden haben.

Näher dazu *Picot*, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2. Aufl., Teil I, Rdn. 71, 74

- **Übertragende Sanierung:** dabei wird das Unternehmen vom Unternehmensträger, der juristischen oder auch natürlichen Person getrennt. Die Trennung erfolgt durch einen Verkauf des Unternehmens im Wege eines „**asset deal**“, d.h. einzelne Vermögenswerte des Unternehmens werden als Funktionseinheit im Paket an einen Erwerber verkauft.
- Verkauf des Unternehmens im Rahmen eines **Insolvenzplanverfahrens**

Bei einem „**asset deal**“ haben die Vertragsparteien besondere Aufmerksamkeit auf den übertragenden dinglichen Teil zu richten.

Bei einem „**share deal**“ gilt die besondere Aufmerksamkeit dem schuldrechtlichen Teil, d.h. den Vereinbarungen hinsichtlich des Inhalts der zu übertragenden Anteile.

## **B. Due Diligence**

### **1. Begriff**

Unter Diligence versteht man die **Sammlung von Detailinformationen** über wirtschaftliche, finanzielle, organisatorische, Gesellschafts-, steuer-, arbeits- und umweltrechtliche Verhältnisse des zum Kauf stehenden Unternehmens.

### **2. Es gibt verschiedene Formen der Informationsbeschaffung:**

- Der Verkäufer stellt dem Käufer die gesamten Unternehmensunterlagen zur Verfügung.
- Werden die gesamten Unternehmensunterlagen zur Verfügung gestellt, geschieht dies meist in einem „**Data Room**“.
- Es werden nur bestimmte Unterlagen zur Verfügung gestellt. Für die Prüfung wird ein Zeitlimit vereinbart. Die Anzahl der Personen wird begrenzt.

- Die schärfste Form ist die Festlegung sog. „**Mann-Stunden**“ (je mehr Personen eingesetzt werden, desto mehr verringert sich die Zeitspanne, z.B. 1 Person 10 Stunden oder 5 Personen 2 Stunden).

### 3. Zeitpunkt

Die Prüfung findet üblicherweise vor Vertragsschluss statt. Üblicherweise hat der potentielle Erwerber eine **Verschwiegenheitserklärung** (Inhalt: Definition des Geheimnisbegriffs, Wettbewerbsverbot, Vertragsstrafenregelung) zu unterzeichnen.

### 4. Absicherung

Die **Absicherung des Verkäufers** vor einem grundlosen späteren Abbruch der Verhandlungen und etwaigem Missbrauch geschieht durch die Unterzeichnung einer Absichtserklärung (Letter of Intent). Die rechtliche bindende Absichtserklärung löst bei Verletzung der darin vereinbarten Pflichten einen Schadensersatz oder Vertragsstrafenanspruch aus. Aber auch bei Fehlen einer entsprechenden Klausel löst die Absichtserklärung ein Mindestmaß an Sorgfaltspflichten aus, bei deren Verletzung ein Schadensersatzanspruch wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung entsteht.

## C. Bewertung/Kaufpreisfindung

Parteien versuchen sich in einem sehr frühen Stadium zumindest über die groben Züge der geplanten Veräußerung zu verständigen. Insbesondere sollte ein ungefährender Kaufpreisbereich bestimmt werden. Entscheidend ist insoweit der Markt.

### Kaufpreisfindung in zwei Schritten

- Unternehmensbewertung und Festsetzung des Kaufpreises

Die Bewertung erfolgt entweder nach dem Zukunftswert, dem Substanzwert oder dem Liquidationswert. In der **Insolvenz** ist der Preis rein marktbestimmt und orientiert sich **eher an Liquidations-** als an Fortführungswerten.

#### **D. Signing/Closing**

**Signing** bezeichnet die Unterzeichnung, also den eigentlichen Vertragsschluss.

Der Unternehmenskaufvertrag ist generell nicht formbedürftig. (siehe aber § 311 b BGB und § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG).

Mit **Closing** wird der eigentliche Vollzug des Vertrages bezeichnet. Der Begriff bezeichnet die Zug- um Zug- Erfüllung sämtlicher Vertragspflichten.

## **E. Unternehmenskauf im Insolvenzeröffnungsverfahren**

### **I. Zur Zulässigkeit einer Unternehmensveräußerung durch den sogen. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter**

Einer **Veräußerung des Unternehmens während der vorläufigen Insolvenzverwaltung** steht grundsätzlich die Vorschrift des § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO entgegen. Danach hat der vorläufige Insolvenzverwalter das schuldnerische Unternehmen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen. De lege lata erlaubt § 159 InsO eine Verwertung der Insolvenzmasse und damit auch eine übertragende Sanierung erst nach dem Berichtstermin.

#### **1. Überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur:**

Der vorläufige Insolvenzverwalter ist zu Verwertungsmaßnahmen grundsätzlich nicht befugt.

BGH NZI 2003, 259, 260; BGH NJW 2001, 1496=BGHZ 146, 165; BGH ZIP 1988, 727; BGHZ , 151, 155 ff.BAG NZI 2003, 222, 225=NZA 2003, 318=NJW 2003, 2405 L; HK-InsO/*Kirchhof*, 2. Aufl., § 22 Rdn. 6; *Kübler/Prütting/Onusseit*, § 159 Rdn. 5; *Vallender*, RWS-Forum Bd. 14, 1998, S. 71, 73; *Foltis* ZInsO 1999, 386 ff.

#### **2. Mindermeinung:**

Das Interesse der Gläubiger an einer optimalen Befriedigung werde ins Gegenteil verkehrt, wollte man eine für die Masse wirtschaftlich vorteilhafte Verwertung mit Blick auf Sicherungscharakter und Beteiligungsrechte ablehnen. Veräußere der sogen. starke vorläufige Insolvenzverwalter das Unternehmen, um eine erhebliche Verminderung des Schuldnervermögens zu vermeiden, habe das Interesse des Schuldners, unumkehrbare Maßnahmen vor Verfahrenseröffnung zu vermeiden, hinter das Gläubigerinteresse zu-

rückzutreten. Um den Interessen der Beteiligten hinreichend gerecht zu werden, wird vorgeschlagen, ihnen Zustimmungsvorbehalte oder sonstige Mitspracherechte einzuräumen.

*Kammel*, NZI 2000, 102, 103; *Menke*, NZI 2003, 525

### **3. Stellungnahme:**

Es ist nicht verkennen, dass im Einzelfall die Unternehmensveräußerung im Insolvenzverfahren im dringenden Interesse aller am Insolvenzverfahren Beteiligten liegen kann. Gleichwohl haben die gesetzlichen Vorgaben Richtschnur des Handelns zu sein. Danach ist dem vorläufigen Insolvenzverwalter nur bei „Gefahr im Verzug“ eine Verwertungsmaßnahme erlaubt (vgl. Begr. Zu § 26 RegE, BR-Drucks. 1/92 S. 116/117). Diese Gefahr muss sich aus der Natur des Vermögensguts selbst ergeben. Will man die nötige Handlungsfreiheit des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht übermäßig einschränken, sollte der Begriff der Gefahr, die mit der Verzögerung einer Verwertung verbunden ist, nicht eng ausgelegt werden. In jedem Fall bedarf es jedoch der Einbindung des Schuldners in die Verwertungsmaßnahme.

## **II. Der Unternehmenskauf bei Anordnung einer sogen. „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwaltung**

Bei Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Zustimmungsvorbehalt besitzt der vorläufige Insolvenzverwalter keine Rechtsmacht zum Vertragsabschluss. Soweit sich die Notwendigkeit einer Veräußerung des Unternehmens ergibt, ist zu berücksichtigen, dass die Befugnis des Schuldners zum Abschluss von Verpflichtungsgeschäften von den Verfügungsbeschränkungen des § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO nicht berührt wird. Die wirksame Übertragung der einzelnen Vermögensbestandteile des schuldnerischen Unternehmens durch die Unternehmensleitung auf den Käufer kommt indes nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters zustande (§§ 21 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt., 24, 81 InsO).

## 1. Urteil des BGH vom 18.7.2002 – IX ZR 195/01 – (ZIP 2002, 1625, 1629)

Mit Urteil vom 18.7.2002 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass das Insolvenzgericht – jedenfalls in Verbindung mit dem Erlass eines besonderen Verfügungsverbots – den vorläufigen Insolvenzverwalter ohne begleitendes allgemeines Verfügungsverbot ermächtigen kann, einzelne, im Voraus genau festgelegte Verpflichtungen zu Lasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen.

## 2. Beschluss des AG Duisburg vom 28.7.2002 – 62 IN 167/02 – (NZI 2002, 614)

In seinem Beschluss vom 28.7.2002 – 62 IN 167/02 - hat das AG Duisburg im Babcock-Borsig-Verfahren im Wege des besonderen Verfügungsverbots angeordnet, dass dem vorläufigen Insolvenzverwalter die alleinige rechtliche Verfügungsbefugnis über Teilbereiche des Vermögens der Schuldnerin übertragen werde: Veräußerung des Konzerngeschäftsbereichs Kühltechnik als Gesamtheit oder in Teilen, der Abschluss entsprechender Verträge mit der S-Corporation in C., USA und mit den mit ihr verbundenen Unternehmen pp.

### III. Haftungsrechtliche Risiken

#### 1. Anfechtung des Kaufs gemäß § 129 ff. InsO

- Von praktischer Relevanz ist vor allem der **Anfechtungstatbestand des § 132 Abs. 1 Nr. 1 InsO**. Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung i.S.d. Vorschrift liegt vor, wenn sich die Befriedigungsmöglichkeit der Insolvenzgläubiger aus der Insolvenzmasse ohne das anfechtbare Rechtsgeschäft günstiger gestaltet hätte. Nur dann, wenn der Schuldner für den Verkauf des Unternehmens eine angemessene, gleichwertige Gegenleistung in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang erhalten hat, unterliegt der Kauf als „Bargeschäft“ i.S.d. § 142 InsO nicht der Anfechtung nach der vorerwähnten Bestimmung. Die Beweislast für eine fehlende Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung liegt ebenso beim Insolvenzverwalter wie für die Zah-

lungsunfähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts und die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit durch den Vertragspartner.

- **Weiterer möglicher Anfechtungstatbestand: § 133 InsO.** Vorschrift setzt u.a. eine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung voraus. Ein solcher Vorwurf ist dann schnell erhoben, wenn sich im weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens zeigt, dass andere Interessenten zu einem höheren Kaufpreis erworben hätten. Ein unlauteres Zusammenwirken von Schuldner und Gläubiger setzt der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht voraus.
  
- **Anfechtung durch den Insolvenzverwalter auch bei einer Veräußerung des Unternehmens durch den sogen. starken vorläufigen Insolvenzverwalter?**
  
- Die Frage ist höchstrichterlich noch nicht beantwortet. Regelmäßig dürften solche Rechtshandlungen nicht anfechtbar nach §§ 129 ff. InsO sein. Denn mit der gesetzlichen Regelung des § 55 Abs. 2 InsO soll das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Handlungen des mit einer Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ausgestatteten vorläufigen Insolvenzverwalters gestärkt werden. Die Regelung wäre sinnlos, wenn die Masseverbindlichkeiten nach einer Verfahrenseröffnung wiederum im Wege der Anfechtung beseitigt werden könnten.

## **2. Haftung des Erwerbers bei Firmenfortführung gemäß § 25 HGB**

Erwirbt der Käufer ein Handelsgeschäft und führt es unter der bisherigen Firma - gegebenenfalls mit einem Nachfolgezusatz - weiter, so haftet er gemäß § 25 HGB für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Nach Ansicht des BGH

ZIP 1992, 338=BB 1992, 87=DB 1992, 314=NJW 1992, 911; BGHZ 104, 151, 157

gilt dies auch bei Unternehmensveräußerung im Insolvenzeröffnungsverfahren, wenn der Veräußerung keine Insolvenzeröffnung folgt.

### 3. Steuerliche Haftung des Käufers

Nach § 75 Abs. 2 AO ist die steuerliche Haftung des Käufers beim Erwerb eines Unternehmens nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen. Mit Urteil vom 23.7.1998 hat der BFH entschieden, dass die Haftungsfreistellung des Betriebsübernehmers analog § 75 Abs. 2 AO auch dann gilt, wenn der Erwerb des Unternehmens vom Sequester im Einvernehmen mit dem Konkursgericht erfolgt und sich die Eröffnung des Konkursverfahrens an die Sequestration anschließt.

BFH E 186, 318=BSStBI II 1998, 765=NZI 1998, 95

### 4. Haftung des Erwerbers gemäß § 613a BGB

In seinem Urteil vom 20.6.2002 hat das Bundesarbeitsgericht

NZI 2003, 222, 225=NZA 2003, 318=NJW 2003, 2405 L=DB 2003, 100  
so auch in der Vorinstanz LAG Schleswig Holstein, ZInsO 2002, 248BAG,

seine zur Konkursordnung entwickelte Rechtsprechung zur teleologischen Reduktion des § 613a BGB bei einem Betriebsübergang im Konkursverfahren auf die Insolvenzordnung übertragen. Eine Haftungsbeschränkung bei einer Veräußerung des Unternehmens vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens findet nicht statt, der Betriebserwerber haftet voll.

### 5. Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters in Bezug auf Masseverbindlichkeiten i.S.d. § 55 Abs. 2 InsO

Soweit das Insolvenzgericht einen vorläufigen starken Insolvenzverwalter bestellt oder ein besonderes Verfügungsverbot angeordnet hat, stellt sich die - erstmals von *Hoenig/Meyer-Loewy* (ZIP 2002, 2162) in dieser Deutlichkeit formulierte - Frage, ob nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Verwalter berechtigt sei, die Erfüllung noch nicht

beidseitig vollständig erfüllter Verträge nach § 103 InsO auch im Falle des § 55 Abs. 2 InsO abzulehnen. Würde man dem endgültigen Verwalter tatsächlich ein solches Wahlrecht zubilligen, würde der gerade für das Unternehmen so wichtige Schutz der Geschäftspartner des vorläufigen Verwalters durch § 55 Abs. 2 InsO unterlaufen. Potentielle Geschäftspartner des vorläufigen Insolvenzverwalters könnten sich nicht auf die Erfüllung zuvor geschlossener Verträge verlassen. Macht der Verwalter von seinem – vermeintlichen – Wahlrecht Gebrauch, erscheint es ohne weiteres vertretbar, diesem Verhalten die Einrede des *venire contra factum proprium* entgegenzusetzen.

#### **IV. Fazit**

Grundsätzlich empfiehlt es sich, den Vertrag erst im eröffneten Verfahren abzuschließen.

Die Risiken bestehen bei Anordnung der schwachen Verwaltung in der Möglichkeit der Anfechtung des Unternehmenskaufes gem. §§ 129 ff. InsO sowie in einer Haftung gemäß § 25 HGB und § 613a BGB. Bei etwaigen rückständigen Ansprüchen von Arbeitnehmern sollte der exakte Betrag in den Kaufvertrag aufgenommen werden.

Aus betriebswirtschaftlichen Gründen kann der Erwerb des Unternehmens im Insolvenzeröffnungsverfahren (ausnahmsweise) sinnvoll sein, wenn das Insolvenzverfahren erst zu einem späten Zeitpunkt eröffnet werden kann.

## **F. Unternehmenskauf im eröffneten Verfahren**

### **I. Veräußerung des Unternehmens vor dem Berichtstermin**

- De lege lata ist eine Veräußerung des schuldnerischen Unternehmens vor dem Berichtstermin grundsätzlich nicht zulässig.
- Regelmäßig dürften sich indes durch weiteres Zuwarten von bis zu drei Monaten (vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO) bis zu diesem Termin die Chancen einer Sanierung durch Übertragung negativ auswirken.
- Veräußert der Insolvenzverwalter das Unternehmen bzw. einzelne Vermögenswerte unmittelbar nach Verfahrenseröffnung, sollte er auf jeden Fall die Zustimmung eines vorläufigen Gläubigerausschusses einholen, weil sich ansonsten sein Haftungsrisiko noch erhöhen könnte.
- Da die Veräußerung des Unternehmens im Ganzen eine besonders bedeutsame Rechtshandlung i.S.d. § 160 InsO darstellt, hat der Insolvenzverwalter den Schuldner vor der Beschlussfassung des Gläubigerausschusses zu unterrichten, „wenn dies ohne nachteilige Verzögerung möglich ist“ (§ 161 S. 1 InsO). Dies gibt dem Schuldner die Möglichkeit, beim Gericht zu beantragen, die Rechtshandlung vorläufig zu untersagen und anstelle des Gläubigerausschusses eine Gläubigerversammlung über die Zweckmäßigkeit des Vorhabens entscheiden zu lassen. Damit hat der Schuldner die Möglichkeit, die Unternehmensveräußerung vor dem Berichtstermin scheitern zu lassen.
- Bei einer Veräußerung vor dem Berichtstermin sollte der Verwalter in jedem Fall der Gläubigerversammlung die Argumente für den vorzeitigen Verkauf im Einzelnen darlegen und die Gründe erläutern, dass ein Zuwarten bis zum Berichtstermin die Masse geschmälert hätte. Aus Haftungsgründen empfiehlt es sich, dass der Verwalter eine Genehmigung der Gläubigerversammlung herbeiführt.

## II. Veräußerung des Unternehmens nach dem Berichtstermin

- Nach dem Berichtstermin hat der Insolvenzverwalter unverzüglich das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwerten, soweit die Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen (**§ 159 InsO**).
- Hat der Verwalter bereits zum Berichtstermin einen Kaufinteressenten gefunden, empfiehlt es sich, bereits in der ersten Gläubigerversammlung die Zustimmung der Gläubiger zu der geplanten Unternehmensveräußerung einzuholen. Sind dagegen die Vertragshandlungen noch nicht bis zur Unterschriftsreife vorangeschritten, kann die Gläubigerversammlung den Insolvenzverwalter in ihrem Beschluss ermächtigen, einen Verkauf des Unternehmens vorzunehmen.

### 1. §§ 160 bis 163 InsO

Nach **§ 160 Abs. 1 S. 1 InsO** hat der Insolvenzverwalter vor einer Unternehmensveräußerung die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen. Der Gläubigerversammlung steht nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO lediglich eine Sekundärkompetenz gegenüber Gläubigerausschuss zu..

LG Göttingen NZI 2000, 491, 492; *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 160 Rdn. 3

**§ 162 InsO** stellt eine **Verschärfung** der nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO an die Unternehmensveräußerung geknüpften Voraussetzungen dar.

## 2. Fehlende Zustimmung des Gläubigerausschusses oder Gläubigerversammlung

Unterläßt der Insolvenzverwalter es schuldhaft, die gemäß § 160 InsO erforderliche Zustimmung des Gläubigerausschusses oder Gläubigerversammlung einzuholen, ist die **Rechtshandlung im Außenverhältnis wirksam** (§ 164 InsO).

BGH WiB 1995, 559

Dieses pflichtwidrige Verhalten kann dem Insolvenzgericht Veranlassung zur Androhung von Zwangsmaßnahmen geben (vgl. ,§ 58 Abs. 2 InsO). Ultima ratio ist die amtswegige Entlassung nach § 59 Abs. 1 InsO.

## III. Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens

Um berechtigte Sanierungschancen zu wahren, hat der Gesetzgeber reagiert und sich in einem Entwurf zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens für eine Unternehmensveräußerung vor dem Berichtstermin ausgesprochen. Dementsprechend sieht § 158 Abs. 1 EInsO vor, dass der Insolvenzverwalter bei einer **Stillegung oder Veräußerung des Unternehmens vor dem Berichtstermin die Zustimmung der Gläubigerausschusses** einzuholen, wenn ein solcher bestellt ist. Nach § 158 Abs. 2 EInsO hat der Verwalter vor der Beschlussfassung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, vor der Stillegung *oder Veräußerung* des Unternehmens den Schuldner zu unterrichten hat. Das Insolvenzgericht untersagt auf Antrag des Schuldners und nach Anhörung des Verwalters die Stillegung *oder Veräußerung*, wenn diese ohne eine erhebliche Verminderung der Insolvenzmasse bis zum Berichtstermin aufgeschoben werden kann.

## IV. Haftungsfragen

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergeben sich für den Erwerber des Unternehmens im Vergleich zu einem Erwerb während des Insolvenzeröffnungsverfahrens einige

Haftungsprivilegien. So hat er eine **Anfechtung des Kaufs nach den § 129 ff. InsO nicht zu befürchten**, weil nur solche Rechtshandlungen der Anfechtung unterliegen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind. Von Vorteil erweist sich auch, dass § 75 AO gemäß Absatz 2 der Vorschrift im eröffneten Verfahren nicht anwendbar ist.

### **1. Haftung des Erwerbers bei Fortführung der Firma, § 25 HGB**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der herrschenden Meinung in der Literatur haftet der Erwerber eines Unternehmens nicht für die Verbindlichkeiten nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB, wenn er dessen Firma fortführt. § 25 HGB hat bei einer Veräußerung des Unternehmens mithin nur im Insolvenzeröffnungsverfahren und vor Einleitung eines Insolvenzverfahrens Auswirkungen.

BGHZ 104, 151, 153 ff.=NJW 1988, 1912; *Bernsau/Höpfner/Rieger/Wahl*, Handbuch der übertragenden Sanierung, S. 153 m.w.N

### **2. Haftung bei einem Betriebsübergang**

§ 613a BGB findet bei einer Veräußerung des Unternehmens nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Anwendung. Insoweit haben nach Auffassung des BAG

grundlegend BAG v. 17.1.1980=AP Nr. 18 zu § 613a BGB; BAG a.a.O.

und einhelliger Meinung in der Literatur die Verteilungsgrundsätze des Insolvenzverfahrens Vorrang. Der Käufer haftet also nicht für Ansprüche, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind.

Diese Ansprüche haben die Qualität einer einfachen Insolvenzforderung und sind zur Tabelle anzumelden. Dies gilt auch für die auf das Arbeitsamt gem. § 187 SGB III übergegangenen Arbeitsentgeltansprüche wegen der Zahlung von Insolvenzgeld. Urlaubsansprüche für noch nicht genommenen (alten) Urlaub des Arbeitnehmers hat dagegen

der Erwerber zu erfüllen. Der Übernehmer haftet neben dem Insolvenzverwalter für die rückständigen Löhne und Gehälter von der Insolvenzeröffnung an bis zum Betriebsübergang. Der Ausgleich zwischen neuem Arbeitgeber und dem Insolvenzverwalter ergibt sich aus dem Innenverhältnis.

### **3. Haftung für Altlasten**

Nach dem Verkauf einer nicht genehmigungsbedürftigen Anlage i.S.d. BimSchG hat der Insolvenzverwalter für vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Abfälle weder Beseitigungs- noch Sicherungspflichten. Vielmehr wechselt mit der Betriebsübernahme die tatsächliche Sachherrschaft über die nach wie vor im Betrieb lagernden Abfälle, und zwar unabhängig davon, ob sie Bestandteil des Übernahmegeschäfts waren oder nicht.

BVwerG ZIP 2004, 1766

Anders verhält es sich nur dann, wenn die Abfälle in einem Teil der Anlage lagern, der von der Betriebsübernahme ausgeschlossen ist.

BVerwG ZIP 2004, 1766; BVerwG ZIP 1998, 2167

### **G. Veräußerung des schuldnerischen Unternehmens auf der Grundlage eines Insolvenzplans**

Die übertragende Sanierung kann auch auf der Grundlage eines Insolvenzplans erfolgen. Nach Auffassung des Gesetzgebers sind hierbei Mißbräuche weitgehend ausgeschlossen, weil die allgemeinen Vorschriften über das Zustandekommen eines Insolvenzplans eine vollwertige Legitimation übertragender Sanierungen bieten

Begr. RegE, BR-Drucks. 1/92 S. 242.

## 1. Vorteile eines Übertragungsplans

- Die übertragende Sanierung durch einen Insolvenzplan bietet sich an, wenn in Absonderungsrechte eingegriffen werden muss, eine Zustimmung der Absonderungsberechtigten aber entweder teilweise nicht zu erlangen oder wegen der Vielzahl von Absonderungsberechtigten nicht sicher ist, ob diese innerhalb kurzer Zeit außerhalb des förmlichen Verfahrens rechtlich eingebunden werden können.

*Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz S. 564*

- Der Übertragungsplan hat gegenüber der Gesamtveräußerung des Unternehmens den Vorteil einer differenzierten, dem Einzelfall angemessenen Gestaltung. So ist beispielsweise eine Stundung des Kaufpreises möglich, um diesen von künftigen Entwicklungen, etwa dem Erreichen bestimmter Bilanzkennzahlen abhängig zu machen.

*Picot/Aleth, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rdn. 794*

- Der Plan kann ferner die Abfindung einzelner Beteiligungsgruppen durch Geschäftsanteile an der Übernahmegesellschaft abfinden vorsehen. Lieferanten können durch günstige Bedingungen bei künftigen Lieferbeziehungen für den Verzicht auf Forderungsrechte entschädigt werden.
- Bei zu befürchtenden Auseinandersetzungen um die Höhe des Verkaufspreises oder einzelner Elemente des Verkaufspreises gibt die Planzustimmung im Rahmen eines Insolvenzplans dem Verwalter die Sicherheit, sich nicht wegen einer (behaupteten) Verschleuderung von Vermögenswerten der Masse Ansprüchen Dritter ausgesetzt zu sehen.

*Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz S. 565*

- Eine übertragende Sanierung durch einen Insolvenzplan dann sinnvoll, wenn gesellschaftsrechtliche Umgestaltungen/Mitwirkungsnotwendigkeiten bestehen, denen sich die Mehrheit der bisherigen Gesellschafter verschließt.

Näher dazu, *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz S. 564

## 2. Frühzeitige Einbindung eines Investors

Ebenso wie bei der Veräußerung des Unternehmens ohne Plan empfiehlt es sich bei einem Übertragungsplan die **frühzeitige Einbindung eines Investors in die beabsichtigte übertragende Sanierung**. Auf Seiten des Investors muss allerdings die Bereitschaft bestehen, die notwendigen Betriebsmittel in Form eines „asset-Deals“ zu übernehmen und den Betrieb mit möglichst vielen Mitarbeitern fortzuführen. Dabei erweist sich die Vorschrift des § 613a BGB nach wie vor als ein Sanierungshindernis par excellence.

### H. Stellung der Absonderungsberechtigten

- Der Insolvenzverwalter ist gemäß § 159 InsO berechtigt, Grundstücke und Grundstücksteile freihändig zu verwerten. Allerdings hat er bei einer Veräußerung von mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücken im Rahmen eines Unternehmenskaufs die Regelung des § 160 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 InsO zu beachten.
- Bei der Veräußerung von Immobilien haben die Grundpfandgläubiger zu entscheiden, ob der Käufer die Grundpfandrechte ablösen muss oder ob er in die Verpflichtungen eintreten kann. Bei Grundstücken ist die Vereinbarung der Beteiligten weithin verkehrüblich, dass der Käufer etwaige Hypotheken und Grundschulden unter Anrechnung auf den Kaufpreis „übernimmt“ (vgl. §§ 414-416, 418 Abs. 1 S. 3 BGB). Findet bei der freihändigen Veräußerung keine Umschuldung statt, setzt sich das Absonderungsrecht des gesicherten Gläubigers an dem Veräußerungserlös fort.

BGHZ 47, 181, 183

- Der Erlösanteil ist in Höhe der gesicherten Forderung vom Verwalter an den gesicherten Gläubiger auszukehren.

*Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 165 Rdn. 4

- Nach § 166 Abs. 1 InsO ist der Insolvenzverwalter zur Verwertung der zur Absonderung berechtigenden Mobiliarpfandrechte befugt. Daneben begründet Abs. 2 der Vorschrift die Berechtigung des Verwalters zur Verwertung einer vom Schuldner zur Sicherung abgetretenen Forderung. Entschließt sich der Verwalter zur Veräußerung der dem Regelungsbereich des § 166 InsO unterliegenden Gegenstände an den Unternehmenskäufer, hat er die Unterrichts- und Mitteilungspflichten der §§ 167 und 168 InsO zu beachten.
- Nach Ansicht des LG Düsseldorf (DZWIR 2003, 389) genügt er der ihm obliegenden Mitteilungspflicht durch Angabe von Verwertungsform und zu erwartendem Erlös.
- Bei Veräußerung von Absonderungsgegenständen im Rahmen einer übertragenden Sanierung erhält der Absonderungsgegenstand seinen Wert im Rahmen der Gesamtkalkulation des Preises, den der Erwerber bezahlen soll. Für den Verwalter birgt eine solche Veräußerung das Risiko in sich, dass sich der Absonderungsberechtigte unter Umständen darauf beruft, die Einzelverwertung des Gegenstandes durch Stilllegung und Zerschlagung des Unternehmens hätte einen höheren Betrag erbracht. In einem etwaigen Schadensersatzprozess trifft ihn insoweit allerdings die Darlegungs- und Beweislast.
- Soweit Absonderungsrechte nicht vom Unternehmenskaufvertrag erfaßt sind, empfiehlt sich die Aufnahme einer Regelung in den Vertrag, dass sich der Käufer verpflichtet, solche Sachen, die ihm bereits übergeben sind und bei denen sich nachträglich herausstellt, dass sie dem Absonderungsrecht Dritter unterliegen, an

den Berechtigten nach Weisung des Insolvenzverwalters herauszugeben, sofern sich der Käufer nicht mit dem Berechtigten über eine Übernahme der Sachen einigt.

➤ **Näher zum Ganzen**

Beisel/Klump, Der Unternehmenskauf, 4. Aufl.

Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 11. Aufl.

Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung

Spieker, Die Unternehmensveräußerung in der Insolvenz

Undritz, in Runkel, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, § 14

Vallender, GmbHR 2004, 543 (Teil I)  
GmbHR 2004, 642 (Teil II)