

# Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz\*

Professor Dr. Georg Bitter / Wiss. Mit. RA Dr. Tilman Rauhut

<b>1. Grundlagen</b> .....	<b>3</b>
1.1 Zeitpunkt .....	3
1.2 Gestaltungsmöglichkeiten .....	3
<b>2. Übernahmegestaltung – allgemeine Erwägungen</b> .....	<b>4</b>
2.1 Share Deal .....	4
2.2 Asset Deal .....	6
2.3 Debt Equity Swap .....	7
2.3.1 Risiken .....	7
2.3.2 Widerstand der Anteilseigner und anderer Gläubiger .....	8
2.3.3 »Unechter« Debt Equity Swap .....	9
2.4 Übertragung nach dem UmwG .....	10
2.5 Übernahme im Wege einer strategischen Insolvenz .....	11
<b>3. Übernahmegestaltung – insolvenzspezifische Schwierigkeiten</b> .....	<b>12</b>
3.1 Wirtschaftliche Situation .....	12
3.2 Zeitrahmen .....	12
3.3 Insolvenzverfahrensrecht .....	12
<b>4. Übertragende Sanierung</b> .....	<b>13</b>
4.1 § 25 Abs. 1 S. 1 HGB – Haftung für Firmenfortführung .....	13
4.1.1 Erwerb vom Insolvenzverwalter .....	14
4.1.2 Keine Firmenfortführung .....	16
4.1.3 Ausschluss der Haftung nach § 25 Abs. 2 HGB .....	17
4.2 § 75 Abs. 1 AO – Haftung des Betriebsübernehmers .....	17
4.3 § 613a Abs. 1 S. 1 BGB – Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang .....	19
4.3.1 Haftung für Altverbindlichkeiten .....	19
4.3.2 Übergang von Arbeitsverhältnissen .....	23

---

\* Aktualisierte und erweiterte Fassung des Beitrags von *Bitter/Rauhut*, KSI 2007, 197 ff., 258 ff. über »Insolvenzrechtliche Grundlagen der übertragenden Sanierung«. Stand: 15. November 2020.

4.4 Europarechtlich begründete Verbindlichkeiten .....	25
4.4.1 Rückforderung von Beihilfen .....	25
4.4.2 Haftung für Wettbewerbsverstöße .....	26
4.5 Umwelt-Altlasten .....	27
4.6 Zwischenergebnis .....	27
<b>5. Insolvenzverfahrensrecht .....</b>	<b>27</b>
5.1 Erwerb nach Verfahrenseröffnung .....	28
5.1.1 Erwerb nach dem Berichtstermin .....	28
5.1.2 Erwerb vor dem Berichtstermin .....	29
5.2 Erwerb vor Verfahrenseröffnung .....	30
5.2.1 Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO .....	31
5.2.2 Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO .....	33
5.2.3 Haftung des Vertretungsorgans .....	34
5.3 Veräußerung im Insolvenzplanverfahren .....	35
<b>6. Schlussbetrachtung .....</b>	<b>35</b>
<b>7. Literaturlauswahl .....</b>	<b>36</b>

# 1. Grundlagen

Wenn sich ein in die Krise oder Insolvenz geratenes Unternehmen zur Sanierung anbietet, steht die Veräußerung des Unternehmens häufig am Anfang der Restrukturierungsmaßnahmen. Der Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz (*Distressed M & A*) lässt sich **zu verschiedenen Zeitpunkten** und **auf unterschiedliche Art und Weise** durchführen. Je nach Gestaltung unterscheiden sich das Verfahren und die Folgen der Transaktion. Der den Unternehmenskauf begleitende Rechtsberater muss diese Unterschiede kennen: Zum einen, wenn der Erwerber Ziele vorgibt, die womöglich nur durch eine bestimmte Gestaltung zu erreichen sind. Und zum anderen, wenn die Umstände wenig oder keinen Gestaltungsspielraum lassen und der Erwerber über mögliche Risiken des Kaufs aufzuklären ist.

## 1.1 Zeitpunkt

In zeitlicher Hinsicht sind der Erwerb eines Unternehmens **vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** zu unterscheiden. Wird die Transaktion nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchgeführt, kann dies wiederum sowohl *vor* als auch *nach dem Berichtstermin* gem. § 156 InsO geschehen. Ist ein Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet, steht eine Veräußerung sowohl *vor* als auch *nach Stellen des Insolvenzantrags* gem. § 13 InsO zur Wahl.

## 1.2 Gestaltungsmöglichkeiten

Der Unternehmenskauf wird üblicherweise in der Form eines *Share Deal* oder eines *Asset Deal* vollzogen. Beim *Share Deal* erwirbt der Käufer den Rechtsträger des Unternehmens durch **Übertragung der Geschäftsanteile** (Aktien, GmbH-Anteile). Beim *Asset Deal* wird hingegen das Unternehmen selbst oder ein Teil desselben durch **Übertragung einzelner Vermögenswerte** erworben. Um einen solchen Vorgang handelt es sich, wohlgemerkt, auch beim Erwerb einer (gesunden) Tochtergesellschaft des insolventen Rechtsträgers: Dieser *Share Deal* (in Bezug auf das Tochterunternehmen) ist im Verhältnis zur übertragenden Muttergesellschaft ein *Asset Deal*.

Eine Sonderstellung nimmt die **Schuldumwandlung (*Debt-Equity-Swap*)** ein. Hier tauscht der Gläubiger seine Forderung gegen Geschäftsanteile im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung.

## 2. Übernahmegestaltung – allgemeine Erwägungen

Der Wahl der Transaktionsform liegen zunächst ähnliche Erwägungen wie beim Kauf eines gesunden Unternehmens zugrunde.

### 2.1 Share Deal

Durch den Erwerb der Geschäftsanteile werden die **Rechtsverhältnisse des Unternehmens-trägers nicht berührt**. Der Erwerber muss sich keine Gedanken über die Übertragung einzelner Vermögenswerte machen. Verträge – wichtig vor allem: Dauerschuldverhältnisse wie Miet-, Leasing-, Lizenz-, Franchiseverträge etc. – bleiben ebenso bestehen wie gewerbliche Schutzrechte, die Firma, öffentlich-rechtliche Genehmigungen oder eine Börsennotierung. Da der Erwerber das Unternehmen übernimmt, wie es ist, birgt der Kauf im Wege eines *Share Deal* allerdings auch die **Gefahr der Übernahme unerkannter Risiken, Verbindlichkeiten und Altlasten**.

Ob der Anteilskauf für den Erwerber wegen eines **steuerlichen Verlustvortrags** der Zielgesellschaft attraktiv sein kann, stand seit längerem in Frage. Nach der Unternehmenssteuerreform 2008 war der Verlustvortrag gem. § 8c Abs. 1 S. 2 KStG vollständig entfallen, sobald mehr als 50% der Anteile übertragen wurden. Darüber hinaus hatte der Gesetzgeber das Sanierungsprivileg des § 8 Abs. 4 S. 3 KStG a.F. ersatzlos gestrichen. Lediglich unter den (engen) Voraussetzungen des § 8c Abs. 2 KStG i.d.F. des MoRaKG<sup>1</sup> ließ sich der Verlustuntergang verhindern, indem der Erwerb der Zielgesellschaft durch oder über eine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft erfolgte.<sup>2</sup> Unter dem Eindruck der Finanz- und Wirtschaftskrise nahm der Gesetzgeber in **§ 8c Abs. 1a KStG** wieder eine **Sanierungsklausel** auf, nach der Verlustvorträge erhalten bleiben, wenn der Zweck des Beteiligungserwerbs in der Sanierung der Gesellschaft besteht.<sup>3</sup> Das Sanierungsprivileg fand erstmals für den Veranlagungszeitraum 2008 und auf Anteilsübertragungen nach dem 31.12.2007 Anwendung (§ 34 Abs. 7c KStG i.d.F. des Gesetzes zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums v. 22.12.2009<sup>4</sup>). Mit Beschluss vom 26.1.2011 hatte die Europäische Kommission jedoch die Sanierungsklausel zu einer rechtswidrigen Beihilferegulierung i.S.v. Artt. 107 Abs. 1, 108 Abs. 3 AEUV erklärt.<sup>5</sup> Auf Grundlage des § 8c Abs. 1a KStG gewährte Steuerbefreiungen sollten danach zurückgefordert werden. Die gegen den Beschluss erhobene Klage der Bundesrepublik Deutschland wurde wegen formaler

<sup>1</sup> Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen v. 12.8.2008, BGBl. I S. 1672.

<sup>2</sup> Dazu *Zipfel/Franke*, BB 2008, 2211 ff.; diese branchenspezifische Ausnahme ist als steuerliche Beihilfe von der Europäischen Kommission für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden, vgl. *Dörr*, NWB 2009, 3499 ff.

<sup>3</sup> Näher *Ziegenhagen/Thewes*, BB 2009, 2116 ff.; *Ortmann-Babel/Bolik/Gageur*, DStR 2009, 2173 ff. (beide noch zur zeitlich befristeten Fassung).

<sup>4</sup> BGBl. I S. 3950 ff.

<sup>5</sup> C 7/2010, K(2011) 275.

Mängel (Verfristung der Klageeinreichung) ohne Entscheidung in der Sache abgewiesen.<sup>6</sup> Allerdings klagten auch einige betroffene Unternehmen gegen den Beschluss der Kommission. Diese hatten zwar in erster Instanz vor dem EuG zunächst keinen Erfolg, weil dieses die Sanierungsklausel als unzulässige Beihilfe qualifizierte.<sup>7</sup> Jene Entscheidungen des EuG hat der EuGH jedoch mit mehreren Urteilen vom 28.6.2018 in zweiter und letzter Instanz aufgehoben und den Beschluss der Europäischen Kommission vom 26.1.2011 für nichtig erklärt.<sup>8</sup> Folglich ist § 8c Abs. 1a KStG nun wieder anwendbar (vgl. § 34 Abs. 6 S. 3, 4 KStG) und damit nach vielen Jahren endlich Rechtssicherheit in dieser für die Sanierungspraxis wichtigen Frage eingeleitet.

Seit Ende 2018 herrscht auch in einer zweiten wichtigen sanierungssteuerrechtlichen Problematik, die im Zusammenhang mit dem Share Deal steht, Klarheit, nämlich beim Thema **Sanierungsgewinne**<sup>9</sup>: Die Gesellschaftsanteile werden nur dann werthaltig veräußerbar bzw. nur dann Investoren zu weiterer Kapitalzufuhr bereit sein, wenn die Gläubiger des insolventen oder insolvenzbedrohten Unternehmens zuvor auf Teile ihrer insolvenzbedingt entwerteten Forderungen verzichten. Durch den Forderungsverzicht entfällt ein Passivposten in der Bilanz und dadurch ergeben sich (scheinbare) Gewinne, die man als „Sanierungsgewinne“ bezeichnet. Die Besteuerung jener allein auf dem Forderungsverzicht von Gläubigern beruhenden „Gewinne“ würde die Sanierungschancen oft zunichtemachen, weil kaum ein Gläubiger auf seine Forderung verzichten wird, wenn dadurch vor allem der Fiskus und nicht das insolvenzbedrohte Unternehmen profitiert, mit dem der Gläubiger zukünftig weiter Geschäfte machen will. Über den sog. »Stundungs- und Sanierungserlass« des BMF wurde die Besteuerung solcher Sanierungsgewinne vermieden.<sup>10</sup> Diesen nur auf Verwaltungsebene ohne gesetzliche Grundlage geschaffenen Erlass hatte jedoch der große Senat des BFH – für viele überraschend – mit Beschluss vom 28.11.2016 wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verworfen.<sup>11</sup> In Reaktion auf die Entscheidung des BFH sind die Sanierungsgewinne im

<sup>6</sup> EuG v. 18.12.2012 – Rs. T-205/11, DStR 2013, 132; EuGH v. 3.7.2014 – Rs. C-102/13 P, BB 2014, 1878 (LS).

<sup>7</sup> EuG v. 4.2.2016 – Rs. T-620/11, DStR 2016, 390; EuG v. 4.2.2016 – Rs. T-287/11, GmbHR 2016, 384 (LS); dazu *Hinder/Hentschel*, GmbHR 2016, 345; *de Weerth*, DB 2016, 682; *Hackemann/Fiedler*, IStR 2016, 259.

<sup>8</sup> EuGH v. 28.6.2018 – Rs. C-203/16, ZIP 2018, 1345 und Parallelentscheidungen vom gleichen Tag.

<sup>9</sup> Siehe zum Folgenden auch *Scholz/Bitter*, GmbHG, Band III, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 230; ausführlich *Hölzle*, ZIP 2020, 301.

<sup>10</sup> BStBl. I 2003, 240; zum Beihilfecharakter des »Sanierungserlasses« vgl. den – verneinenden – Vorlagebeschluss des 10. Senats beim BFH an den Großen Senat (Az.: GrS 1/15) v. 25.3.2015 – X R 23/13, BFHE 249, 299 = DStR 2015, 1443 = NZI 2015, 725 Rn. 75 ff.; gegen die Qualifikation als verbotene Beihilfe auch *Kahlert*, ZIP 2016, 2107.

<sup>11</sup> BFH v. 28.11.2016 – GrS 1/15, BFHE 255, 482 = DStR 2017, 305; dazu *Desens*, ZIP 2017, 645. Auch auf Altfälle ist der Sanierungserlass nicht mehr anzuwenden, BFH v. 23.8.2017 – I R 52/14, BFHE 259, 20 = DStR 2017, 2322; BFH v. 23.8.2017 – X R 38/15, BFHE 259, 28 = DStR 2017, 2326; krit. *Sedlitz*, DStR 2017, 2785.

Jahr 2017 mit § 3a EStG – nun durch ein parlamentarisch fundiertes Gesetz (!) – wieder steuerfrei gestellt worden.<sup>12</sup> Allerdings sollte die Vorschrift aufgrund einer ausdrücklichen Bedingung (vgl. Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes<sup>13</sup>) nur in Kraft treten, wenn die Europäische Kommission im Notifizierungsverfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV die Unbedenklichkeit der Neuregelung feststellt. Die Europäische Kommission hat nicht mit einer solchen formellen Entscheidung zu § 3a EStG reagiert, sondern im August 2018 mit einem sog. Comfort Letter den Sanierungserlass als europarechtskonform eingestuft.<sup>14</sup> Daraufhin hat der deutsche Gesetzgeber die bisherige Bedingung aus dem Gesetz entfernt, sodass die Vorschrift zum 15.12.2018 in Kraft treten konnte.<sup>15</sup> Nach langem Bangen der Praxis gilt damit wieder die Steuerfreiheit der Sanierungsgewinne.

## 2.2 Asset Deal

Der Gefahr, unerwünschte Risiken und Verbindlichkeiten gleichsam mitzukaufen, kann durch einen *Asset Deal* begegnet werden. Hier bietet sich dem Käufer die **Möglichkeit, einzelne werthaltige Vermögensbestandteile aus dem Unternehmen herauszulösen**. Das erfordert allerdings Sorgfalt bei der Übertragung und ggf. Absprachen zum Forderungseinzug.

Trägt der Erwerber ein besonderes Interesse an den zum Unternehmen gehörigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, scheidet ein Unternehmenskauf per *Asset Deal* aus, wenn diese **Genehmigungen nicht übertragbar** sind.<sup>16</sup> Das gilt beispielsweise für die Erlaubnis zum Betrieb einer Bank, Luftverkehrsrechte und personengebundene Konzessionen im Gewerbe- und Umweltrecht. Auch die Übertragung von gewerblichen Schutzrechten kann unzulässig sein oder von der Zustimmung Dritter abhängen.<sup>17</sup> Vergaberechtlich droht bei einem Wechsel des Rechtsträgers die Neuausschreibung bereits erteilter Aufträge.<sup>18</sup>

Gänzlich frei von **Haftungsrisiken** ist der Käufer auch beim *Asset Deal* nicht. Ihn kann eine Haftung für Altverbindlichkeiten nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB (Haftung für Firmenfortführung), § 613a Abs. 1 S. 1 BGB (Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang) sowie nach § 75 Abs. 1

<sup>12</sup> Gesetz gegen schädliche Steuerpraktiken im Zusammenhang mit Rechteüberlassungen, BGBl. 2017 I, S. 2074 ff.; zu den Motiven vgl. die Unterrichtung durch die Bundesregierung BT-Drucks. 18/11531, S. 4 ff.; zur Neuregelung *Förster/Hechtner*, DB 2017, 1536; *Kußmaul/Licht*, DB 2017, 1797.

<sup>13</sup> Gesetz gegen schädliche Steuerpraktiken im Zusammenhang mit Rechteüberlassungen, BGBl. 2017 I, S. 2074 (dazu S. 2079).

<sup>14</sup> Dazu und zu den weiteren Folgen *Möhlenkamp*, ZIP 2018, 1907.

<sup>15</sup> Vgl. Artt. 19 S. 2, 20 des Gesetzes zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften vom 11.12.2018, BGBl. I 2018, 2338 ff.; zu den Folgen für die Praxis *Commandeur/Römer*, NZG 2019, 532, 533.

<sup>16</sup> Vgl. *Uhlenbruck*, ZInsO 2013, 2036 zur Bedeutung solcher Rechte für die Unternehmensbewertung.

<sup>17</sup> Zahlreiche weitere Beispiele bei *Bitter/Laspeyres*, ZIP 2010, 1157 ff.

<sup>18</sup> *Hübner/Frauer*, NZBau 2011, 142; *Nawroth/Wohlleber*, ZInsO 2013, 1023; *Möhlenkamp*, GewArch Beil. WiVerw 2015, 172.

AO (Haftung des Betriebsübernehmers) treffen (näher unten 4.1 bis 4.3). Wurden dem Übernahmeunternehmen europarechtswidrig Beihilfen gewährt oder schuldet es Geldbußen wegen Verstößen gegen europäisches Wettbewerbsrecht, kann auch der Erwerber für die (Rück-)Zahlung einzustehen haben (unten 4.4). Des Weiteren lässt sich die Zustandsverantwortlichkeit für Umweltaltlasten nicht ausschließen (unten 4.5).

## 2.3 Debt Equity Swap

Die Umwandlung von Forderungen des Gläubigers gegen die Gesellschaft in Eigenkapital dient dazu, eine Überschuldung zu vermeiden oder zu beseitigen. Die Übernahme von Geschäftsanteilen im Zuge eines *Debt Equity Swap* stellt – anders als der Erwerb bestehender Anteile durch einen *Share Deal* – einen **unmittelbaren Sanierungsbeitrag** dar. Die Eigenkapitalquote wird erhöht und der Unternehmensträger von Tilgungs- und Zinslasten befreit. Die Kombination mit einer nominellen Kapitalherabsetzung vor dem Erwerb der neuen Anteile (»Kapitalschnitt«) bietet sich an. Der Gläubiger kann auf diesem Wege direkten Einfluss auf das Unternehmen gewinnen, ohne es (vollständig) übernehmen zu müssen. Zunehmend kaufen auch Investoren günstig Forderungen der Großgläubiger auf, um sie in Eigenkapital umzuwandeln und später das sanierte Unternehmen gewinnbringend weiterzuveräußern (sog. *Loan-to-Own-Strategien*).<sup>19</sup> Mitunter lassen die *Distressed Debt*-Investoren auch einen Teil der gekauften Darlehensforderungen stehen, um sie sich nach einer erfolgreichen Sanierung zum Nennwert auszahlen zu lassen.<sup>20</sup>

### 2.3.1 Risiken

Die Schuldumwandlung ist für den Gläubiger allerdings mit zusätzlichen Risiken verbunden. Vollzogen wird der *Debt-Equity-Swap* nämlich in Form einer **Sachkapitalerhöhung** nach § 56 GmbHG bzw. § 183 AktG. Das birgt die **Gefahr einer Überbewertung der eingelegten Forderung** (§ 9 Abs. 1 S. 1 GmbHG): Nicht ihr Nennwert ist entscheidend, sondern ihr tatsächlicher Wert. Zum Nennwert kann die Forderung nur eingebracht werden, wenn sie fällig, liquide und vollwertig ist. Daran wird es bei einer insolvenzbedrohten Gesellschaft jedoch regelmäßig fehlen. Der Gläubiger muss also eine Wertberichtigung vornehmen. Unterlässt er dies, haftet er auf die Wertdifferenz – ein streitanfälliges Problem (zur Rechtslage nach dem ESUG s.u.).

Unerwünschte Folgen drohen auch aus **§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO**: Hält der Investor neben der eingelegten Forderung noch weitere Darlehensforderungen gegen das insolvente Unternehmen, so werden diese Forderungen nur noch nachrangig berichtet. Schutz davor bieten allein das

<sup>19</sup> Dazu *Redeker*, BB 2007, 673 ff.; *Vallender*, NZI 2007, 129, 132 f.; *Hancioglu*, Gesellschafterschutz beim Debt-Equity Swap mittels Insolvenzplan, 2018, S. 40 f.; umfassend *Palenker*, Loan-to-own – Schuldenbasierte Übernahmen in Zeiten moderner Restrukturierungen und mangelnder Gläubigertransparenz, 2019; speziell zum Problem des „Anschleichens“ bei schuldenbasierten Übernahmen auch *Brinkmann*, WM 2017, 1033 ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Schulz*, Der Debt Equity Swap in der Insolvenz, 2015, S. 283 m.w.N.

Kleinbeteiligungsprivileg des § 39 Abs. 5 InsO sowie das Sanierungsprivileg des § 39 Abs. 4 S. 2 InsO:

In der Natur des **Kleinbeteiligungsprivilegs** liegt es, dass diese Ausnahme bei großen Investments nicht zum Tragen kommt. Zudem kann der Schwellenwert von 10 % der Stammeinlagen auch durch die Zusammenrechnung mehrerer »Kleinbeteiligungen« überschritten werden, etwa bei koordinierter Kreditvergabe.<sup>21</sup>

Das **Sanierungsprivileg** kommt dem Anteilserwerber zugute, soweit die Gesellschaft objektiv sanierungsfähig ist und die für ihre Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet sind, die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren.<sup>22</sup> Fehlen diese Voraussetzungen, so erleiden die bestehenden Darlehensforderungen des Investors den Nachrang; etwaige Tilgungsleistungen aus der Zeit vor dem Anteilserwerb unterfallen aber nicht nachträglich der Insolvenzanfechtung gemäß **§ 135 Abs. 1 S. 2 InsO**.<sup>23</sup> Ebenso wenig ist die Umwandlung der Darlehensforderung in einen Geschäftsanteil anfechtbar, da die daraus entstehende Eigenkapitalforderung im Rang noch hinter der Darlehensforderung eines Gesellschafters steht (§ 199 InsO) und deshalb die Befreiung des Darlehensgläubigers von der Einlageschuld die Gläubiger nicht i.S.d. § 129 InsO benachteiligt.<sup>24</sup>

### 2.3.2 Widerstand der Anteilseigner und anderer Gläubiger

Als Hürde vor einem *Debt Equity Swap* hat sich immer wieder die **Stellung der Altgesellschafter** erwiesen: Ohne deren Zustimmung waren bis zum Inkrafttreten des **ESUG**<sup>25</sup> am 1.3.2012 Kapitalmaßnahmen in der insolventen Gesellschaft nicht durchführbar.<sup>26</sup> Die daraus erwachsende Blockademöglichkeit ließen sich die Altgesellschafter gerne abkaufen, z.B. durch eine ihnen günstige Bewertung der Altanteile.<sup>27</sup> Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) hat dieses Hindernis zum Teil beseitigt: Im Rahmen eines **Insolvenzplanverfahrens** können nunmehr auch die Anteilseigner in den Plan einbezogen werden (**§ 217 S. 2 InsO**) und insbesondere Regelungen über Kapitalmaßnahmen und einen *Debt*

<sup>21</sup> Näher Scholz/Bitter (Fn. 9), Anh. § 64 Rn. 93 ff.; Schulz (Fn. 20), S. 286.

<sup>22</sup> BGH v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106 (zu § 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG a.F.); dazu *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561; Details bei Scholz/Bitter (Fn. 9), Anh. § 64 Rn. 109 ff., 121 ff.

<sup>23</sup> Scholz/Bitter (Fn. 9), Anh. § 64 Rn. 88; *Wirsch*, NZG 2010, 1131, 1132; wohl auch BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 164/13, ZIP 2014, 584; a.A. *Gehrlein*, BB 2008, 846, 850.

<sup>24</sup> Vgl. *Wirsch*, NZG 2010, 1131, 1133; zweifelnd für den Fall, dass der Wert der Forderung nicht dem Nennwert des übernommenen Geschäftsanteils entspricht, *Gehrlein*, NZI 2012, 261.

<sup>25</sup> Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 7.12.2011, BGBl. I S. 2582, berichtigt S. 2800; dazu *Hirte/Knof/Mock*, Das neue Insolvenzrecht nach dem ESUG, 2012; *Wimmer*, Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG-Reform, 2012; *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG, 2. Aufl. 2014.

<sup>26</sup> Ganz h.M.; vgl. nur *Uhlenbruck*, FS Lüer, 2008, S. 461, 469 ff.; krit. *Bitter*, ZGR 2010, 147 ff.; *Kresser*, ZInsO 2010, 1409 ff.

<sup>27</sup> Vgl. *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541, 543; *Sassenrath*, ZIP 2003, 1517 f.

*Equity Swap* getroffen werden (§ 225a Abs. 2 und Abs. 3 InsO).<sup>28</sup> Dabei wird der Wert des eingelegten Anspruchs im Planverfahren festgelegt, eine spätere Differenzhaftung ist ausgeschlossen (§ 254 Abs. 4 InsO).<sup>29</sup>

Der einzelne *Gläubiger* hingegen kann auch weiterhin nicht zur Teilnahme an der Forderungsumwandlung gezwungen werden. Das stellt § 225a Abs. 2 S. 2 InsO in Ergänzung zu § 230 Abs. 2 InsO klar, der schon immer die Zustimmung eines jeden Gläubigers verlangt hat, der Anteile übernehmen soll. Da der Erfolg eines Forderungsumtauschs von einer summenmäßig ausreichenden Gläubigerbeteiligung abhängt – es soll ja die Überschuldung beseitigt werden –, erwächst aus dieser Entschließungsfreiheit allerdings die Gefahr, dass einzelne Gläubiger sich ihre Teilnahme an dem beabsichtigten *Debt Equity Swap* durch Sondervorteile bezahlen lassen.

### 2.3.3 »Unechter« Debt Equity Swap

Neben dem soeben dargestellten »echten« *Debt Equity Swap* kennt die Insolvenzpraxis auch noch eine sogenannte »unechte« Variante.<sup>30</sup> Sie bietet sich Gläubigern, die über umfangreiche Sicherheiten am Anlagevermögen des schuldnerischen Unternehmens verfügen. Anstelle der abgesonderten Befriedigung aus dem Sicherungsgut (§§ 50 f., 166 ff. InsO) kann der gesicherte Gläubiger nämlich unter den Voraussetzungen des § 168 Abs. 3 InsO das Sicherungsgut selbst übernehmen und auf diesem Wege Eigentümer des schuldnerischen Unternehmens werden. Mit einem Anteilswerb wie beim »echten« *Debt Equity Swap* hat das freilich nichts zu tun. Vielmehr erzwingt der Gläubiger aus seiner besonderen Stellung heraus einen *Asset Deal* zu seinen Gunsten.

<sup>28</sup> Zur Neuregelung *Hölzle* (Fn. 25), S. 141 ff.; *Landfermann*, WM 2012, 821, 827 ff.; *Gehrlein*, NZI 2012, 260 f.; *Habersack*, FS Kübler, 2015, S. 219 ff.; *Korff*, ZInsO 2013, 2411 ff.; Praxisbeispiel bei *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103; *Nawroth/Wohlleber*, ZInsO 2013, 1022 ff.; krit. *Karsten Schmidt*, ZIP 2012, 2085 ff.: Ausschluss der Altgesellschafter von den Fortführungswerten; verfassungsrechtliche und europarechtliche Bedenken bei *Madaus*, ZGR 2011, 749.; eingehend die in Fn. 20 zitierte Dissertation von *Schulz* (mit Rezension von *Bitter*, KTS 2017, 256 ff.); ferner *Burkert*, Der Debt-to-Equity Swap im Spannungsverhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 2014; *Pühl*, Der Debt Equity Swap im Insolvenzplanverfahren, 2015; *Hancioglu*, Gesellschafterschutz beim Debt-Equity Swap mittels Insolvenzplan, 2018.

<sup>29</sup> Umstritten ist, wie die eingebrachten Forderungen zu bewerten sind: nach ihrem Liquidationswert, nach dem Fortführungswert oder gar nach ihrem Nennwert; vgl. dazu ausführlich, kontrovers und mit Hinweis auf weitere Ansichten *Segmiller*, Kapitalmaßnahmen im Insolvenzplan, 2013, S. 185 ff. mit Ergebnis S. 208 f. einerseits (Fortführungswert auf Basis des Insolvenzplans), *Schulz* (Fn. 20), S. 222 ff. mit Ergebnis S. 240 andererseits (Nennwert); den Nennwertansatz ablehnend *Bitter*, KTS 2017, 256, 258 f.; nach *Gehrlein*, NZI 2012, 261 soll die vorsätzliche Überbewertung der umgewandelten Forderung eine Durchgriffshaftung gegenüber den Neugläubigern auslösen können.

<sup>30</sup> Näher *Wellensiek/Flitsch*, FS Ganter, 2010, S. 63, 70 ff.

## 2.4 Übertragung nach dem UmwG

Die mit dem ESUG geschaffene Möglichkeit, in die Gesellschaftsstruktur einzugreifen, eröffnet der Gestaltungspraxis auch den Weg in das Umwandlungsrecht.<sup>31</sup> Weil die Gläubiger bereits im Insolvenzplan die Fortsetzung der insolventen Gesellschaft beschließen können (§ 225a Abs. 3 InsO), kann diese gemäß § 3 Abs. 3 UmwG schon im eröffneten Verfahren als übertragender Rechtsträger an einer **Verschmelzung** oder gemäß § 124 Abs. 2 UmwG an einer **Spaltung** beteiligt sein. Der Reiz einer umwandlungsrechtlichen Maßnahme liegt in der Rechtsnachfolge: Wie bei einem *Share Deal* bleiben dem Erwerber auch solche Rechte erhalten, die an den Insolvenzschuldner gebunden sind. Der Preis dafür kann freilich ähnlich hoch sein: die **Haftung für Altverbindlichkeiten** kraft Gesamtrechtsnachfolge bzw. die gesamtschuldnerische Haftung aus **§ 133 Abs. 1 S. 1 UmwG**.

Viele Stimmen befürworten nun für die **Ausgliederung** aus einem insolventen Unternehmen (§ 123 Abs. 3 UmwG) einen **Ausschluss der Erwerberhaftung**, wenn ohne die Umwandlungsmaßnahme nur die wirtschaftlich nachteilige Zerschlagung bleibe (vgl. zu § 25 HGB unten 4.1.1).<sup>32</sup> Das hat viel für sich, auch wenn der Gesetzgeber des ESUG den Vorschlag, § 133 UmwG im Insolvenzverfahren auszuschließen, nicht übernommen hat, während § 8a Abs. 8 Nr. 5 FMStFG die Ausgliederung von Unternehmensteilen auf eine Abwicklungsanstalt erlaubt, ohne dass § 133 UmwG Anwendung findet. Transaktionen in dieser Form sollten bis zu einer gerichtlichen Klärung nur nach eingehender Risikoauflärung des Erwerbers ins Auge gefasst werden.

Um im Wege einer **Totalausgliederung**<sup>33</sup> das Unternehmen – wie bei einer übertragenden Sanierung – von den Schulden seines Unternehmensträgers zu befreien, gleichzeitig aber – im Unterschied zur übertragenden Sanierung – wichtige Rechtsverhältnisse auf den neuen Rechtsträger überleiten zu können, kommt ein **Haftungsverzicht der Gläubiger im Insolvenzplan** in Betracht (§§ 254b, 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO)<sup>34</sup>: Durch diesen Verzicht zugunsten des neuen Rechtsträgers verlieren die Insolvenzgläubiger nichts, denn die Vorschrift des § 133 UmwG dient ihrem eigenen Schutz, und erst die Befreiung des Erwerbers von der Haftung aus § 133 UmwG macht die Anteile an dem übernehmenden Unternehmensträger (bei einer Ausglicde-

<sup>31</sup> *Simon/Brinkmans*, ZIP 2014, 657 ff.; *Madaus*, ZIP 2012, 2133 ff.; *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121, 128 f.; *Kahlert/Gehrke*, DStR 2013, 975 ff.; *Becker*, ZInsO 2013, 1885 ff.; *Brinkmans*, ZInsO 2014, 2533 ff.; *Priester*, FS Kübler, 2015, S. 557 ff.; ausführlich die Dissertation von *Gontschar*, Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren, 2017.

<sup>32</sup> Siehe z.B. *Kahlert/Gehrke*, DStR 2013, 977 f.; *Schröder/Berner*, NZI 2017, 837, 840 f.; ausführlich *Gontschar* (Fn. 31), S. 206 ff. m.w.N. zum Streitstand S. 207 in Fn. 769 einerseits, Fn. 771 andererseits.

<sup>33</sup> Bei der Totalausgliederung wird das gesamte Vermögen des Rechtsträgers übertragen. Zur Zulässigkeit der Totalausgliederung OLG Hamm, 4.3.2010 – 2 U 98/09, BeckRS 2010, 08022 (juris-Rn. 51); *Semler/Stengel/Schwanna*, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 123 Rn. 17 m.w.N.

<sup>34</sup> Dazu *Gontschar* (Fn. 31), S. 212 f. m.w.N.

zung zur Aufnahme, vgl. § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG) bzw. die Anteile an dem neuen Unternehmensträger (bei der Ausgliederung zur Gründung, der sog. Ausgründung, vgl. § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG) werthaltig. Zu beachten ist freilich, dass bei der **Ausgliederung** die Anteile an dem neuen Rechtsträger in die Insolvenzmasse fallen und dass der Insolvenzschuldner mit der Bestätigung des Insolvenzplans die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zurückerlangt (§ 259 Abs. 1 InsO). Es muss daher sichergestellt werden, dass die **Verwertung der Anteile** den Insolvenzgläubigern zugutekommt, etwa indem die Übertragung der Anteile auf einen Erwerber oder Treuhänder ebenfalls in den Insolvenzplan aufgenommen und die Verteilung des Erlöses an die Insolvenzgläubiger festgeschrieben wird.

## 2.5 Übernahme im Wege einer strategischen Insolvenz

Durch die Tür, die § 225a InsO geöffnet hat, treten allerdings auch ungebetene Gäste ein. Die Insolvenz des *Suhrkamp*-Verlags steht beispielhaft für den (erfolgreichen) Versuch des Mehrheitsgesellschafters, den Minderheitsgesellschaftler mittels eines Insolvenzplanverfahrens seines Einflusses zu beschneiden – vorbei am gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutz.<sup>35</sup> Zudem haben **Distressed Debt-Investors**, insbesondere Hedgefonds, den *Debt Equity Swap* in der Insolvenz für sich entdeckt, um zunächst die insolvenzbedingten Abschläge bei der Unternehmensbewertung für einen günstigen Forderungsankauf zu nutzen und sodann die Gesellschafter und nachrangigen Gläubiger aus ihren Positionen zu drängen (sog. **insolvenzrechtlicher Squeeze-out**).<sup>36</sup>

Der Boden, auf dem diese bedenklichen Formen der Unternehmensübernahme wachsen, besteht aus einer unzureichenden Abstimmung zwischen Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht.<sup>37</sup> Die Insolvenzgerichte begegnen dem neuen § 225a InsO bislang in erster Linie verfahrensrechtlich und weniger mit Blick auf die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Maßnahme außerhalb der Insolvenz.<sup>38</sup> Zudem begünstigt eine fragwürdige Bewertungspraxis – Nullwert der Anteile trotz geplanter Unternehmensfortführung?<sup>39</sup> – eine strategische Insolvenzauslösung.

<sup>35</sup> Dazu *C. Schäfer*, ZIP 2015, 1208; *ders.*, ZIP 2014, 2417; *Westermann*, NZG 2015, 134; *Madaus*, ZIP 2014, 500.

<sup>36</sup> Dazu *Siemon*, ZInsO 2014, 172, 174; zum Anschleichen bei schuldenbasierten Übernahmen *Brinkmann*, WM 2017, 1033.

<sup>37</sup> Dazu *Karsten Schmidt*, ZIP 2012, 2085.

<sup>38</sup> Vgl. BGH v. 17.7.2014 – IX ZB 13/14, BGHZ 202, 133 = ZIP 2014, 1442 (*Suhrkamp*); ohne verfassungsrechtliche Prüfung auch BVerfG v. 18.12.2014 – 2 BvR 1978/13, ZIP 2015, 80.

<sup>39</sup> Dazu *C. Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757; differenzierend zwischen dem Fortführungswert des *Unternehmens* und des *Unternehmensträgers* *Scholz/Bitter* (Fn. 9), Vor § 64 Rn. 67, 69, 72.

### 3. Übernahmegestaltung – insolvenzspezifische Schwierigkeiten

Mit Überlegungen, wie sie allgemein im Zuge eines Übernahmeverhabens anzustellen sind, darf sich der Erwerber bzw. sein Berater vor dem Kauf eines in die Krise oder Insolvenz geratenen Unternehmens nicht begnügen. Die Beteiligten müssen zusätzlich einige insolvenzspezifische Umstände berücksichtigen: die schwierige wirtschaftliche Lage des Übernahmobjekts, den engen Zeitrahmen für die Transaktion, die Vorgaben des Insolvenzrechts.

#### 3.1 Wirtschaftliche Situation

Anders als beim gewöhnlichen Unternehmenskauf befindet sich das von der Insolvenz bedrohte oder bereits erfasste Unternehmen in großen wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Der Erwerber wird es regelmäßig zu vermeiden suchen, für die **angehäuften Schulden** einstehen zu müssen.

#### 3.2 Zeitrahmen

Der Kauf eines insolventen Unternehmens erfolgt in aller Regel unter deutlich größerem Zeitdruck als der Kauf eines gesunden Unternehmens. Dem Sanierungsziel ist ein **langer Transaktionsvorlauf abträglich**: Je länger sich das Unternehmen in der Krise befindet, desto größer die Gefahr, dass Kunden und Lieferanten abspringen, besonders qualifizierte Arbeitskräfte das Unternehmen verlassen, die Reputation leidet etc. Rein wirtschaftlich ist demnach eine möglichst frühzeitige Übertragung angezeigt.

Auch der Insolvenzverwalter ist gehalten, das Schuldnerunternehmen rasch zu verwerten, um weiterem Wertverlust vorzubeugen und die Kosten des Verfahrens möglichst gering zu halten. Für den Erwerber bedeutet dies regelmäßig, sich im Vergleich zum gewöhnlichen Unternehmenskauf ein weniger präzises Bild vom Zustand des Übernahmobjekts machen zu können (**eingeschränkte due diligence**).<sup>40</sup>

#### 3.3 Insolvenzverfahrensrecht

Schließlich wird die Abwicklung des Unternehmenskaufs in der Insolvenz von insolvenzrechtlichen Vorschriften überlagert. Je nach Zeitpunkt der Transaktion ist der Träger des insolventen Unternehmens oder der Insolvenzverwalter zur Veräußerung befugt. Zustimmungserfordernisse der Gläubiger und des Schuldners können zu beachten sein. Der Erwerber wird nach einer Übernahmegestaltung streben, bei welcher der **Erwerb wirksam und bestandsfest** ist.

---

<sup>40</sup> Zu Exklusivitätsvereinbarungen und *deal protection* beim Unternehmenskauf vom Insolvenzverwalter *Krüger/Kaufmann*, ZIP 2009, 1095.

## 4. Übertragende Sanierung

Das Bedürfnis des Erwerbers, eine Haftung für Schulden des übernommenen Unternehmens zu vermeiden, lässt die Wahl der Transaktionsform in aller Regel auf einen *Asset Deal* fallen. Auf diesem Wege lassen sich **Aktiva und Passiva des insolventen Unternehmens trennen**. Die Vermögenswerte werden auf einen neuen Rechtsträger überführt und der alte Unternehmensträger zur Löschung gebracht. Dieses Vorgehen bezeichnet man als „übertragende Sanierung“.<sup>41</sup> Dem Erwerber bleibt es dabei erspart, wie im Falle des *Share Deal* erst den Insolvenzgrund (Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung – §§ 17 ff. InsO) beseitigen zu müssen, um das Unternehmen fortführen zu können.

Die übertragende Sanierung stellt das **praktisch wichtigste Instrument zur Sanierung** von Unternehmen und Unternehmensteilen dar.<sup>42</sup> Durch die Insolvenzrechtsreform von 2007 wurde dieses Instrument noch einmal aufgewertet. Das Gelingen der übertragenden Sanierung, insbesondere die gewünschte Trennung von Aktiva und Passiva, hängt allerdings von der **Wahl des Zeitpunkts** für die Transaktion ab.

Die durch Einzelübertragung von Vermögenswerten angestrebte Lösung des Unternehmens von seinen Schulden verspricht nur insoweit Erfolg, wie nicht aus der Übernahme und Fortführung des Unternehmens eine Haftung des Erwerbers für Altverbindlichkeiten folgt. Dabei ist an die schon oben 2.2 genannten Haftungstatbestände zu denken. Sie erfahren allerdings im Insolvenzfall zum Teil bedeutsame Modifikationen.

### 4.1 § 25 Abs. 1 S. 1 HGB – Haftung für Firmenfortführung

§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB lautet:

Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers.

Das Tatbestandsmerkmal „Handelsgeschäft“ bezeichnet ein **kaufmännisches Gewerbe** i.S. von § 1 HGB, nicht etwa ein Handelsgeschäft i.S. von § 343 Abs. 1 HGB.<sup>43</sup> Für den „Erwerb

<sup>41</sup> Den Begriff hat *Karsten Schmidt*, ZIP 1980, 336 geprägt.

<sup>42</sup> Kritisch zu dem Konzept, bloß das *Unternehmen* und nicht den *Unternehmensträger* zu sanieren, *Karsten Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, 1990, S. 141 ff.; Bedenken auch bei *Zipperer*, NZI 2008, 206 ff.

<sup>43</sup> *Bitter/Schumacher*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2018, § 5 Rn. 23 Fn. 148.

unter Lebenden“ (zum Erwerb kraft Erbgangs vgl. § 27 HGB) **genügt der rein tatsächliche Erwerb**.<sup>44</sup> Mängel im Übernahmevertrag und in den Verfügungsgeschäften sind ohne Bedeutung. Für die Anwendung des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB ist es nicht erforderlich, dass das Handelsgeschäft in seinen sämtlichen Teilen übernommen wird. Die Vorschrift greift auch dann ein, wenn einzelne Vermögensbestandteile oder Betätigungsfelder von der Übernahme ausgenommen bleiben, solange nur der den Schwerpunkt des Unternehmens bildende Kern desselben übernommen wird, so dass sich der nach außen für den Rechtsverkehr in Erscheinung tretende Tatbestand als **Weiterführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestandteil** darstellt.<sup>45</sup> Dazu kann es reichen, dass nur Teilbereiche des Unternehmens fortgeführt werden.<sup>46</sup> Auch eine sukzessive Übernahme des Unternehmens steht der Haftung nach § 25 HGB nicht entgegen.<sup>47</sup>

Der Erwerber eines insolventen oder insolvenzreifen Unternehmens kann der Haftung für Firmenfortführung auf mehreren Wegen entgehen:

#### 4.1.1 Erwerb vom Insolvenzverwalter

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet § 25 Abs. 1 S. 1 HGB **keine Anwendung**, wenn der Erwerb vom Insolvenzverwalter erfolgt, also **nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens**.<sup>48</sup> Dem Zweck des Insolvenzverfahrens und der Aufgabe des Insolvenzverwalters, die Insolvenzmasse zu verwerten, liefe es nämlich zuwider, wenn der Erwerber der Haftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB unterläge: Das Unternehmen wäre in aller Regel **unverkäuflich**.<sup>49</sup> Und selbst wenn ein Verkauf ausnahmsweise gelingen würde, widerspräche die Anwendung des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB dem **Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung**: Diejenigen Gläubiger, die von der Haftung des Erwerbers profitieren, würden nämlich einseitig begünstigt, weil sich der Erwerber die Haftung durch einen geringeren Kaufpreis für das Unternehmen vergüten lassen würde und deshalb weniger Geld zur Verteilung an *alle* Gläubiger in die Insolvenzmasse fließen würde.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> BGH v. 24.9.2008 – VIII ZR 192/06, WM 2008, 2273, Rn. 13; BGH v. 23.10.2013 – VIII ZR 423/12, NZI 2014, 81, Rn. 15; *Bitter/Schumacher* (Fn. 43), § 5 Rn. 24.

<sup>45</sup> BGH v. 4.11.1991 – II ZR 85/91, NJW 1992, 911; BGH v. 16.9.2009 – VIII ZR 321/08, ZIP 2009, 2244; BGH v. 5.7.2012 – III ZR 116/11, ZIP 2012, 2007 Rn. 18; *Bitter/Schumacher* (Fn. 43), § 5 Rn. 25.

<sup>46</sup> BGH v. 7.12.2009 – II ZR 229/08, ZIP 2010, 83; BGH v. 16.9.2009 – VIII ZR 321/08, ZIP 2009, 2244 = NJW 2010, 236; jeweils m. Anm. *Karsten Schmidt*, JuS 2010, 261.

<sup>47</sup> BGH v. 24.9.2008 – VIII ZR 192/06, WM 2008, 2273, Rn. 15.

<sup>48</sup> BGH v. 11.4.1988 – II ZR 313/87, BGHZ 104, 151, 153; BGH v. 4.11.1991 – II ZR 85/91, NJW 1992, 911; BGH v. 23.10.2013 – VIII ZR 423/12, NZI 2014, 81, Rn. 17; BAG v. 20.9.2006 – 6 AZR 215/06, BAGE 119, 306 = NJW 2007, 942; allg. M.; vgl. ferner § 38 Abs. 5 des österreichischen Unternehmensgesetzbuchs (UGB).

<sup>49</sup> *Bitter/Schumacher* (Fn. 43), § 5 Rn. 30.

<sup>50</sup> Für die Eigenverwaltung BGH v. 3.12.2019 – II ZR 457/18, ZIP 2020, 263, 264 (Rn. 13).

Aus diesen Erwägungen, die zu einer teleologischen Reduktion des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB führen, folgt zugleich, dass der Erwerber eines insolventen Unternehmens **vor Verfahrenseröffnung** das Haftungsprivileg nicht genießt. Erst mit Verfahrenseröffnung gibt das Gesetz den Auftrag zur Masseverwertung und gilt der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung uneingeschränkt (vgl. § 1 InsO). Es reicht deshalb nicht, dass das Unternehmen tatsächlich insolvent ist oder das Verfahren lediglich mangels Masse nicht eröffnet wird.<sup>51</sup>

Ebenso wenig genügt die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach §§ 21 ff. InsO für einen Ausschluss der Haftung für Firmenfortführung. Der **vorläufige Insolvenzverwalter** ist zu Verwertungsmaßnahmen ohne gerichtliche Ermächtigung nicht berechtigt,<sup>52</sup> so dass die Haftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB die Zwecke des Insolvenzverfahrens nicht zu vereiteln droht. Der Sequester (vorläufige Insolvenzverwalter) ist, in den Worten des BGH, kein „Vorkonkursverwalter“. Ob anderes gilt, falls im Anschluss an die Veräußerung durch den vorläufigen Verwalter das Insolvenzverfahren eröffnet wird, hat der BGH bislang offengelassen (anders der BFH zu § 75 Abs. 2 AO, vgl. unten 4.2).<sup>53</sup>

Auch im Rahmen der **Eigenverwaltung**<sup>54</sup> (§§ 270 ff. InsO) kann es dem Schuldner in Ausübung der ihm verliehenen Befugnisse obliegen, sein Handelsgeschäft im Interesse der Gläubiger an der bestmöglichen Verwertung der Masse im Ganzen zu veräußern.<sup>55</sup> Bei Anordnung der Eigenverwaltung geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis – anders als im Regelverfahren<sup>56</sup> – nicht auf einen Insolvenzverwalter über, sondern sie liegt (weiterhin) beim Schuldner. Dieser handelt jedoch nicht mehr im Eigeninteresse, sondern im Gläubigerinteresse an Stelle des regulären Insolvenzverwalters.<sup>57</sup> Dennoch ist nach der zutreffenden Ansicht des II. Zivilsenats des BGH – ebenso wie beim Erwerb vom Insolvenzverwalter – **§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB unanwendbar**, sodass der Erwerber nicht für die Altverbindlichkeiten des Unternehmens haftet.<sup>58</sup> Der Zweck der teleologischen Reduktion greift nämlich in gleicher Weise: Der Verkauf des Unternehmens wäre für den eigenverwaltenden Schuldner gleichfalls kaum

<sup>51</sup> BGH v. 4.11.1991 – II ZR 85/91, NJW 1992, 911; BGH v. 28.11.2005 – II ZR 355/03, NJW 2006, 1001, 1002; BGH v. 24.9.2008 – VIII ZR 192/06, WM 2008, 2273, Rn. 22; BGH v. 23.10.2013 – VIII ZR 423/12, NZI 2014, 81 Rn. 18; anders *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 4 f., 27 f.: Geschenk an den Inhaber einer wertlosen Forderung.

<sup>52</sup> BGH v. 23.10.2013 – VIII ZR 423/12, NZI 2014, 81 Rn. 18; BGH v. 11.4.1988 – II ZR 313/87, BGHZ 104, 151, 155 zur Sequestration unter Geltung des § 106 KO; *Neuberger*, ZIP 2020, 606, 608.

<sup>53</sup> Für einen Haftungsausschluss auch in diesem Fall *OLG Dresden*, BauR 2003, 1265.

<sup>54</sup> Details bei Scholz/Bitter (Fn. 9), Vor § 64 Rn. 207 ff.

<sup>55</sup> BGH v. 3.12.2019 – II ZR 457/18, ZIP 2020, 263, 264 (Rn. 12); hierzu auch *K. Schmidt*, JuS 2020, 463; *Neuberger*, ZIP 2020, 606 f.

<sup>56</sup> Hierzu Scholz/Bitter (Fn. 9), Vor § 64 Rn. 174 ff.

<sup>57</sup> Näher BGH v. 3.12.2019 – II ZR 457/18, ZIP 2020, 263, 265 (Rn. 17 ff.) m.w.N.; weitere Nachweise bei Scholz/Bitter (Fn. 9), Vor § 64 Rn. 207a mit Fn. 840.

<sup>58</sup> BGH v. 3.12.2019 – II ZR 457/18, ZIP 2020, 263.

möglich und er würde im seltenen Erfolgsfall zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger führen.<sup>59</sup> Darüber hinaus ist der eigenverwaltende Schuldner in weiten Teilen der Stellung des Insolvenzverwalters angenähert und unterliegt der Haftung nach den (entsprechend anwendbaren) Regeln über die Haftung des Insolvenzverwalters aus §§ 60, 61 InsO.<sup>60</sup>

Zum Teil wird vertreten, dass der Ausschluss der Erwerberhaftung nur greife, wenn das Unternehmen *vollständig* vom Insolvenzverwalter erworben wird.<sup>61</sup> Bei der **Veräußerung bloßer Unternehmensteile** bestehe nicht die Gefahr, dass die Insolvenzmasse unverwertbar würde, und zwar auch dann nicht, wenn es um die wesentlichen Unternehmensteile gehe.<sup>62</sup> Diese Sichtweise überzeugt nicht. Eine Teilveräußerung wird der Insolvenzverwalter vor allem dann in Betracht ziehen, wenn sich kein Interessent für eine vollständige Übernahme findet und wenn die Teilveräußerung einen höheren Erlös verspricht als die vollständige Zerschlagung. Auch wer nur wesentliche Unternehmensteile erwirbt, muss aber grundsätzlich gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 HGB für die Altverbindlichkeiten haften. Wird der Erwerber von diesem Risiko nicht befreit, dann wird der Insolvenzverwalter auch den Unternehmenskern nicht mehr veräußern können. Es bliebe nur noch die vollständige Zerschlagung, also genau das Szenario, das die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung vermeiden will.

Das Haftungsprivileg **endet mit der Einstellung des Insolvenzverfahrens**, etwa mangels Masse (§ 207 InsO). Zu diesem Zeitpunkt spielt die Verwertbarkeit des Vermögens für die Zwecke des Insolvenzverfahrens keine Rolle mehr. Die Situation stellt sich insoweit nicht anders dar, als wenn das Insolvenzverfahren von vornherein mangels Masse nicht eröffnet worden wäre und der Erwerber es sodann für eigene Rechnung fortgeführt hätte. Für eine einschränkende Auslegung des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB besteht hier deshalb kein Grund.<sup>63</sup>

#### 4.1.2 Keine Firmenfortführung

Nach dem Wortlaut des Gesetzes folgt die Haftung aus der Fortführung der *Firma*, also des *Namens* des erworbenen Handelsgeschäfts (§ 17 Abs. 1 HGB). Erforderlich ist nach h.M., dass zumindest der **Firmenkern erhalten bleibt**.<sup>64</sup> Das ist z.B. der Fall, wenn sich lediglich der

<sup>59</sup> BGH v. 3.12.2019 – II ZR 457/18, ZIP 2020, 263, 264 (Rn. 13); siehe oben bei Fn. 50.

<sup>60</sup> BGH v. 3.12.2019 – II ZR 457/18, ZIP 2020, 263, 265 (Rn. 16 ff, 23); ausführlich zur Geschäftsführerhaftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 565 ff. und Scholz/*Bitter* (Fn. 9), § 64 Rn. 453 ff., jeweils m.w.N.

<sup>61</sup> OLG Stuttgart, NZG 2010, 628, 630; *Paulus*, ZInsO 2011, 162, 166 ff.; dagegen *Heinze/Hüfner*, NZG 2010, 1060.

<sup>62</sup> Eine Haftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB kommt bei der Veräußerung von Einzelgegenständen überhaupt nur in Betracht, wenn diese den Kern des Unternehmens ausmachen.

<sup>63</sup> BGH v. 23.10.2013 – VIII ZR 423/12, NZI 2014, 81 Rn. 19.

<sup>64</sup> BGH v. 4.11.1991 – II ZR 85/91, NJW 1992, 911, 912; BGH v. 24.9.2008 – VIII ZR 192/06, WM 2008, 2273, Rn. 19; BGH v. 5.7.2012 – III ZR 116/11, ZIP 2012, 2007 Rn. 18; *Bitter/Schumacher* (Fn. 43), § 5 Rn. 26.

Rechtsformzusatz ändert, das Unternehmen der insolvenzreifen „ABX Sportfelgen GmbH“ also auf eine neugegründete „ABX Sportfelgen AG“ übertragen wird. Änderungen schaden nicht, solange der Verkehr die neue Firma noch mit der alten identifiziert. So löst die Fortführung eines unter der Bezeichnung „Kfz-Küpper, Internationale Transporte, Handel mit Kfz-Teilen und Zubehör aller Art“ firmierenden einzelkaufmännischen Unternehmens als „Kfz-Küpper Transport und Logistik GmbH“ die Haftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB aus.<sup>65</sup> Die bloße Übernahme einer Marke oder einer Internet-Domain zum werblichen Auftritt genügt hingegen nicht, um die Haftung nach § 25 Abs. 1 S. HGB auszulösen.<sup>66</sup>

In der Praxis kann auf die Fortführung der Firma freilich oft nicht verzichtet werden, weil es die Bekanntheit des Unternehmens zu erhalten gilt. Für den Erwerber, der das insolvente Unternehmen ohne Firmenfortführung lediglich in seine Unternehmensorganisation integrieren will, stellt sich die Frage des § 25 HGB hingegen nicht. Er kann insoweit gefahrlos auch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Unternehmen erwerben. Die insbesondere von *Karsten Schmidt* vertretene Ansicht, § 25 HGB sei historisch bedingt unrichtig formuliert und begründe in Wahrheit eine Haftung für *Unternehmensfortführung*,<sup>67</sup> hat sich bislang nicht durchsetzen können.

#### 4.1.3 Ausschluss der Haftung nach § 25 Abs. 2 HGB

Will der Erwerber nicht bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens warten *und* die Firma des Unternehmens fortführen (oder für den Fall gewappnet sein, dass das Gericht der Ansicht von *Karsten Schmidt* folgt), muss er sich um einen Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB bemühen. Dieser setzt neben einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Veräußerer die Eintragung und **Bekanntmachung im Handelsregister** oder die Mitteilung an die Gläubiger voraus. Da schon die tatsächliche Übernahme des Unternehmens die Haftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB auslöst, sollte der Erwerber vor der Bekanntmachung des Haftungsausschlusses nicht aktiv werden. Verzögerungen bei der Eintragung, auch unverschuldete, gehen zu Lasten des Erwerbers.<sup>68</sup> Ferner empfiehlt es sich, den Unternehmenskaufvertrag unter die aufschiebende Bedingung der Bekanntmachung zu stellen.

#### 4.2 § 75 Abs. 1 AO – Haftung des Betriebsübernehmers

Unabhängig von der Fortführung der Firma kann nach § 75 Abs. 1 AO die Übernahme eines Unternehmens eine Haftung des Erwerbers für **Steuerschulden** begründen. Die Bestimmung lautet:

<sup>65</sup> BGH v. 15.3.2004 – II ZR 324/01, WM 2004, 1178.

<sup>66</sup> *Bitter/Schumacher* (Fn. 43), § 5 Rn. 26.

<sup>67</sup> *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 8 II 1 c.

<sup>68</sup> OLG München v. 6.2.2007 – 31 Wx 103/06, ZIP 2007, 1063 f. m.w.N.

Wird ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen übereignet, so haftet der Erwerber für Steuern, bei denen sich die Steuerpflicht auf den Betrieb des Unternehmens gründet, und für Steuerabzugsbeträge, vorausgesetzt, dass die Steuern seit dem Beginn des letzten, vor der Übereignung liegenden Kalenderjahrs entstanden sind und bis zum Ablauf von einem Jahr nach Anmeldung des Betriebs durch den Erwerber festgesetzt oder angemeldet werden. Die Haftung beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens. Den Steuern stehen die Ansprüche auf Erstattung von Steuerergütungen gleich.

Zwar ist die Haftung auf die Vorjahressteuer und der Höhe nach auf den Bestand des übernommenen Vermögens begrenzt. Ausschließen lässt sie sich anders als im Fall des § 25 Abs. 2 HGB jedoch nicht. Da § 75 Abs. 1 AO beim „Unternehmen“ ansetzt, kann die Haftung auch nicht wie bei § 25 Abs. 1 S. 1 HGB durch Änderung der Firma umgangen werden. Dem Erwerber eines insolventen Unternehmens hilft allerdings **§ 75 Abs. 2 AO**: Danach gilt Abs. 1 nicht für Erwerbe aus einer Insolvenzmasse und für Erwerbe im Vollstreckungsverfahren.

Ein Erwerb „aus einer Insolvenzmasse“ i.S. von § 75 Abs. 2 AO liegt vor, wenn der Erwerb **nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** und vor dessen Aufhebung erfolgt. Darüber hinaus soll nach Ansicht des BFH § 75 Abs. 2 AO schon dann Anwendung finden, wenn der **Erwerb vom vorläufigen Insolvenzverwalter** erfolgt und sich ein **Insolvenzverfahren anschließt**.<sup>69</sup> Zur Begründung führt der BFH aus, dass bei einer Veräußerung durch den Sequester (vorläufigen Insolvenzverwalter) im Benehmen mit dem Konkursgericht (Insolvenzgericht) vor der beabsichtigten und sodann auch durchgeführten Konkursöffnung (Insolvenzeröffnung) sich Sequestration und Konkursverfahren als einheitliches gerichtlich angeordnetes und überwachtes Verfahren zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung darstellen. Der Betriebsübernehmer erwerbe zwar nicht aus einer gegenwärtigen, wohl aber aus einer künftigen Konkursmasse.<sup>70</sup> Scheitert die Verfahrenseröffnung hingegen mangels Masse, greift der Haftungsausschluss nicht ein.<sup>71</sup>

Für den (vorläufigen) eigenverwaltenden Schuldner gelten die gleichen Grundsätze. Bereits nach dem Gesetzeswortlaut des § 75 AO Abs. 2 ist vom Erwerb „aus einer Insolvenzmasse“ (nicht: vom Insolvenzverwalter) die Rede und der Kauf des Unternehmens in der Eigenverwaltung erfolgt ebenfalls aus einer solchen Masse.

<sup>69</sup> BFH v. 23.7.1998 – VII R 143/97, BFHE 186, 318, 321 ff. zum Sequester nach § 106 KO.

<sup>70</sup> BFH v. 23.7.1998 – VII R 143/97, BFHE 186, 318, 323 f.; zurückhaltend BGH v. 11.4.1988 – II ZR 313/87, BGHZ 104, 151, 155 ff. zu § 25 Abs. 1 S. 1 HGB (dazu oben 4.1.1).

<sup>71</sup> BFH v. 23.7.1998 – VII R 143/97, BFHE 186, 318, 320; BFH v. 12.1.2011 – XI R 11/08 – BFHE 232, 389, 392 f.

### 4.3 § 613a Abs. 1 S. 1 BGB – Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang

Für die Praxis ist von überaus großer Bedeutung, inwieweit der Unternehmenskäufer für Pflichten aus bestehenden **Arbeitsverhältnissen** einzustehen hat. Dazu findet sich in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB<sup>72</sup> eine Regelung, die lautet:

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein.

Anders als § 25 HGB und § 75 AO ordnet § 613a Abs. 1 S. 1 BGB infolge des Betriebsübergangs<sup>73</sup> nicht bloß eine Haftung des Erwerbers für einzelne Verbindlichkeiten, sondern einen **vollständigen Übergang der Rechtsverhältnisse** an. Der Unternehmenskäufer steht damit vor zwei Fragen: Wie kann er die Haftung für Altverbindlichkeiten aus den Arbeitsverhältnissen vermeiden (z.B. ungezahlte Löhne)? Und wie kann er vermeiden, dass er mit dem Unternehmen Personal übernimmt, für das er womöglich keinen Bedarf hat?

#### 4.3.1 Haftung für Altverbindlichkeiten

Neben rückständigen Löhnen drohen dem Unternehmenskäufer erhebliche Belastungen aus Ansprüchen auf betriebliche Altersvorsorge, aus Altersteilzeitvereinbarungen sowie aus Urlaubsansprüchen.<sup>74</sup> Der Haftung für Altverbindlichkeiten kann der Betriebserwerber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entgehen, indem er das Unternehmen **nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** übernimmt.<sup>75</sup> Für Ansprüche, die vor Verfahrenseröffnung entstanden sind, haftet der Erwerber dann nicht. Das gilt auch für Betriebsratskosten.<sup>76</sup> Das BAG begründet dieses **Haftungsprivileg** mit dem das Insolvenzrecht prägenden Grundsatz der **Gläubigergleichbehandlung**: Würde die vom Betriebserwerber übernommene Belegschaft einen neuen zahlungskräftigen Haftungsschuldner für bereits entstandene Ansprüche erhalten, wäre sie im Verhältnis zu anderen Insolvenzgläubigern unangemessen bevorzugt. Die-

<sup>72</sup> Überblick bei *Staufenbiel/Brill*, ZInsO 2015, 173 ff.

<sup>73</sup> Zum Begriff des „Betriebsübergangs“ vgl. EuGH v. 12.2.2009 – Rs C-466/07, ZIP 2009, 433; BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 917/06, NZI 2008, 450, Rn. 28 ff.; BAG v. 13.12.2007 – 8 AZR 1107/06, ZIP 2008, 1740, Rn. 23 ff.

<sup>74</sup> Näher *Lindemann*, ZInsO 2010, 792 ff.; *Neufeld*, BB 2008, 2346.

<sup>75</sup> BAG v. 9.12.2009 – 7 ABR 90/07, ZIP 2010, 588 Rn. 16 f.; BAG v. 19.5.2005 – 3 AZR 649/03, BAGE 114, 349, 357 ff. = ZIP 2005, 1706, 1708 ff.; BAG v. 20.6.2002 – 8 AZR 459/01, ZIP 2003, 222, 226; grundlegend BAG v. 17.1.1980 – 3 AZR 160/79, BAGE 32, 326 zur KO; keine Beschränkung der Arbeitnehmerrechte aber bei einem „prepacked deal“ außerhalb eines gerichtlich kontrollierten Verfahrens (Niederlande), EuGH v. 22.6.2017 – Rs. C-126/16, ZIP 2017, 1289; erläuternd *Dammann*, FS Graf-Schlicker, 2018, S. 245 ff.; zur Übertragbarkeit auf Deutschland *Bothe*, ZIP 2017, 2441, 2449 f.

<sup>76</sup> BAG v. 9.12.2009 – 7 ABR 90/07, ZIP 2010, 588.

ser Vorteil müsste von den übrigen Insolvenzgläubigern finanziert werden, weil der Betriebs-erwerber den an die Masse zu zahlenden Kaufpreis mit Rücksicht auf die übernommene Haftung mindern würde.

Zu betonen ist allerdings, dass die insolvenzrechtliche Beschränkung der Erwerberhaftung nur für Ansprüche greift, die *vor Verfahrenseröffnung entstanden* und damit Insolvenzforderungen sind. Für Massforderungen der Arbeitnehmer hat der Betriebsübernehmer einzustehen. Das bedeutet: Ansprüche aus **Teilzeitarbeitsmodellen**<sup>77</sup> und aus **Betriebsrentenanwartschaften**<sup>78</sup> sind vom Erwerber zu erfüllen, soweit sie *nach* Verfahrenseröffnung erdient wurden.<sup>79</sup> Auch für **Urlaubsansprüche** hat der Übernehmer einzutreten, sofern sie nicht auf einen Zeitpunkt vor Verfahrenseröffnung festgelegt sind.<sup>80</sup> Die Regelungen eines mit dem Insolvenzverwalter geschlossenen Sanierungstarifvertrags werden gem. § 613a Abs. 1 S. 2 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber.<sup>81</sup>

Offen war bis zur neuesten Entscheidung des EuGH vom 9. September 2020<sup>82</sup>, ob es für Ansprüche auf betriebliche Altersvorsorge bei der Begrenzung der Haftung auf nach der Verfahrenseröffnung entstandene Ansprüche bleibt oder der Betriebsübernehmer hinsichtlich der Betriebsrentenanwartschaften doch wieder für Altverbindlichkeiten in Anspruch genommen werden kann. Das BAG hatte sich in zwei Vorabentscheidungsverfahren mit der Frage an den EuGH gewandt, inwieweit die nach der Rechtsprechung des BAG geltende Einschränkung der Haftung mit der **Betriebsübergangsrichtlinie**<sup>83</sup> vereinbar ist, weil für den Arbeitnehmer durch die Aufspaltung der Betriebsrentenanwartschaften auf den Veräußerer einerseits und den Erwerber andererseits **Haftungslücken** entstehen können:<sup>84</sup>

<sup>77</sup> BAG v. 22.12.2009 – 3 AZR 814/07, ZIP 2010, 897; BAG v. 30.10.2008 – 8 AZR 54/07, ZIP 2009, 682 Rn. 24; BAG v. 31.1.2008 – 8 AZR 27/07, BAGE 125, 333 = ZIP 2008, 1133; BAG v. 19.10.2004 – 9 AZR 647/03, BAGE 112, 214, 217 ff. = ZIP 2005, 457, 458 ff.; BAG v. 19.10.2004 – 9 AZR 645/03, NZA 2005, 527 f.; BAG v. 19.12.2006 – 9 AZR 230/06, BB 2007, 1281.

<sup>78</sup> BAG v. 19.5.2005 – 3 AZR 649/03, BAGE 114, 349, 359 = ZIP 2005, 1706, 1710.

<sup>79</sup> Vor Verfahrenseröffnung erworbene Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung werden vom Pensions-Sicherungs-Verein bedient. Eine Insolvenzsicherung von Zeitwertkonten stellen vor allem größere Unternehmen über Treuhandmodelle her (sog. *contractual trust arrangements*); dazu *Passarge*, NZI 2006, 20 ff.; v. *Rom*, Insolvenzsicherung und Jahresabschlussgestaltung durch doppelseitige Treuhandkonstruktionen, 2010; *Rüger*, Die Doppeltreuhand zur Insolvenzsicherung von Arbeitnehmeransprüchen, 2010. Allg. zur Sicherung von Arbeitszeitkonten unter dem neuen »Flexi II«-Gesetz *Huke/Lepping*, ZIP 2009, 1204 ff.

<sup>80</sup> BAG v. 21.11.2006 – 9 AZR 97/06, BAGE 120, 232 Rn. 11 ff. = ZIP 2007, 834; BAG v. 18.11.2003 – 9 AZR 347/03, BAGE 108, 351 = ZIP 2004, 1011; BAG v. 18.11.2003 – 9 AZR 95/03, BAGE 108, 357, 364 f. = NZA 2004, 651, 653 f.

<sup>81</sup> BAG v. 26.8.2009 – 4 AZR 280/08, NZI 2010, 353 Rn. 17 ff. m. Anm. *Krüger/Piniek* = ZIP 2010, 344.

<sup>82</sup> EuGH v. 9.9.2020 – verb. Rs. C-674/18 und C-675/18, ZIP 2020, 1930.

<sup>83</sup> Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABl. L 82/16).

<sup>84</sup> BAG v. 16.10.2018 – 3 AZR 139/17 (A), BAGE 164, 1 = ZIP 2018, 2179 und BAG v. 16.10.2018 – 3 AZR 878/16 (A), BAGE 163, 356; knappe Zusammenfassung der Sachverhalte bei *Cranshaw*, jurisPR-InsR 22/2020

Damit Arbeitnehmer mit den vorinsolvenzlich erworbenen betrieblichen Rentenanwartschaften nicht auf die Insolvenzquote verwiesen sind, steht grundsätzlich der Pensions-Sicherungs-Verein (PSV) gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) für diese Forderungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein. Voraussetzung ist zunächst, dass bereits eine unverfallbare Anwartschaft gemäß den §§ 1b Abs. 1, 30f BetrAVG begründet wurde. Ist die erforderliche **Wartefrist** im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht erfüllt, besteht weder ein Anspruch gegen den PSV noch eine Insolvenzforderung, die zur Tabelle angemeldet werden kann.<sup>85</sup> Ein weiterer Nachteil leitet sich aus dem sog. **Festschreibeeffekt** ab. So wird der Anspruch, für den der PSV einzustehen hat, nach dem Gehalt zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung und nicht nach dem sog. Endgehalt vor dem Eintritt in den Ruhestand berechnet, welches auch etwaige Vergütungssteigerungen miteinbeziehen würde (§ 7 Abs. 2 Satz 6 BetrAVG). Die Forderung auf die so verbleibende „Lücke“, also auf die wertmäßige Differenz, kann der Arbeitnehmer nach § 174 Abs. 1 InsO allein zur Insolvenztabelle anmelden, weshalb er nur äußerst selten vollständig befriedigt werden wird.

In seiner bisherigen Rechtsprechung hatte das BAG die für den Arbeitnehmer ungünstigen Konsequenzen hingenommen.<sup>86</sup> Der EuGH stimmt damit grundsätzlich überein und schließt den Erwerber von einer Haftung aus.<sup>87</sup> Um die Interessen der Arbeitnehmer auszugleichen, nimmt der EuGH unter bestimmten Voraussetzungen aber den PSV in die Pflicht: Liegt bei einer – ggf. auch fiktiven<sup>88</sup> – Berechnung der Anspruch des Arbeitnehmers auf Betriebsrente nach der Versorgungsordnung betragsmäßig um mehr als 50 % unter dem Anspruch, der dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Renteneintritts ohne Wartefrist und Festschreibeeffekt zustehen würde, so haftet der PSV dem Arbeitnehmer auf die unter jenem Anteil von 50 % liegende Differenz.<sup>89</sup> Führt darüber hinaus der wegen der Haftungslücke verminderte Betriebsrentenanspruch dazu, dass der Arbeitnehmer unter die Armutsgrenze fällt, so muss der PSV

---

Anm. 1 unter Ziff. B.I und II.; zur betrieblichen Altersversorgung in der Insolvenz allgemein *Ganter*, NZI 2013, 769; *Schipp*, ArbRB 2011, 244.

<sup>85</sup> Auch die Kapitalisierung der verfallbaren Betriebsrentenanwartschaft scheidet aus (*MünchKommInsO/Bitter*, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 45 Rn. 14 m.w.N.), sofern nicht der Insolvenzverwalter oder der Betriebsübernehmer die Arbeitnehmer weiterbeschäftigt und in dieser Zeit eine Unverfallbarkeit eintritt (vgl. *Ganter*, NZI 2013, 769, 770 m.w.N.). Dann erfolgt die Anmeldung zur Insolvenztabelle bezüglich des vorinsolvenzlich erdienten Anteils (BAG v. 16.10.2018 – 3 AZR 878/16 (A), BAGE 163, 356, Rn. 22, 35).

<sup>86</sup> BAG v. 29.10.1985 – 3 AZR 485/83, BAGE 50, 62 = ZIP 1986, 1001.

<sup>87</sup> EuGH v. 9.9.2020 – verb. Rs. C-674/18 und C-675/18, ZIP 2020, 1930; hierzu auch *Cranshaw*, jurisPR-InsR 22/2020 Anm. 1 unter Ziff. C. I. und D. II.

<sup>88</sup> *Cranshaw*, jurisPR-InsR 22/2020 Anm. 1 unter Ziff. C. III.

<sup>89</sup> Vgl. EuGH v. 9.9.2020 – verb. Rs. C-674/18 und C-675/18, ZIP 2020, 1930, Rn. 79 mit Verweis auf EuGH v. 19.12.2019 – Rs. C-168/18, ZIP 2020, 139, Rn. 41, 51 f.; zum unmittelbaren Anspruch gegen den PSV siehe EuGH v. 9.9.2020 – verb. Rs. C-674/18 und C-675/18, ZIP 2020, 1930, Rn. 95 f mit Verweis auf EuGH v. 19.12.2019 – Rs. C-168/18, ZIP 2020, 139, Rn. 52 ff.

zwar nicht die gesamte Minderung ersetzen, aber der „offensichtlichen Unverhältnismäßigkeit“ abhelfen.<sup>90</sup>

Der nun vom EuGH im Grundsatz bestätigte Ausschluss der Erwerberhaftung überzeugt: Die aus dem Festschreibeeffekt folgende Haftungslücke besteht gerade deshalb, weil ein Übernehmer den Betrieb fortführt. Weitet man die Haftung nun wieder auf den Erwerber aus, sinkt die Chance einer Sanierung und somit die Aussicht darauf, überhaupt eine zusätzliche Betriebsrentenanwartschaft zu erhalten.<sup>91</sup> Die vordergründige Sicherung der Arbeitnehmeransprüche würde ein Sanierungshindernis begründen und auf diese Weise mittelbar die Arbeitnehmer belasten.

Für einen Verkauf des Unternehmens durch einen **eigenverwaltenden** Schuldner hat das BAG zwar noch nicht ausdrücklich entschieden, dass der Erwerber von der Haftung für Altverbindlichkeiten befreit wird. Davon ist jedoch mit Blick auf die parallele Argumentation bei § 25 Abs. 1 S. 1 HGB auszugehen.<sup>92</sup> Dort will der BGH – wie dargelegt – die Anwendung des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB beim Unternehmensverkauf in der Eigenverwaltung ausschließen und stellt dabei u.a. darauf ab, dass eine Ungleichbehandlung der Gläubiger auf diese Weise vermieden wird.<sup>93</sup> Mit einer Übernahme dieser Rechtsprechung durch das BAG ist zu rechnen, weil auch das BAG das Haftungsprivilegs im Rahmen des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB – wie ausgeführt – auf exakt jenen Gedanken der Gläubigergleichbehandlung stützt.<sup>94</sup>

Uneingeschränkt anzuwenden ist § 613a Abs. 1 S. 1 BGB beim Unternehmenskauf **vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens**.<sup>95</sup> Außerhalb eines Insolvenzverfahrens kommt der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger nicht zum Tragen, so dass die Voraussetzung für die Haftungsprivilegierung des Erwerbers entfällt. Auch beim **Erwerb vom vorläufigen Insolvenzverwalter** hat der Erwerber für Altverbindlichkeiten einzustehen. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts gilt dies selbst dann, wenn sich an die Veräußerung die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens anschließt.<sup>96</sup> Die Betriebsveräußerung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei – weil der vorläufige Insolvenzverwalter **keine Verwertungsbe-**

<sup>90</sup> Vgl. EuGH v. 9.9.2020 – verb. Rs. C-674/18 und C-675/18, ZIP 2020, 1930, Rn. 80 mit Verweis auf EuGH v. 19.12.2019 – Rs. C-168/18, ZIP 2020, 139, Rn. 44 f.

<sup>91</sup> BAG v. 16.10.2018 – 3 AZR 139/17 (A), BAGE 164, 1 = ZIP 2018, 2179, Rn. 39; BAG v. 16.10.2018 – 3 AZR 878/16 (A), BAGE 163, 356, Rn. 36; zu weiteren Argumenten *Matthießen*, DB 2018, 3059; *Polloczek/Rein*, NZI 2019, 65.

<sup>92</sup> Scholz/Bitter (Fn. 9), Vor § 64 Rn. 207c.

<sup>93</sup> BGH v. 3.12.2019 – II ZR 457/18, ZIP 2020, 263, 264 (Rn. 13); siehe oben bei Fn. 58 f.

<sup>94</sup> Siehe oben nach Fn. 76.

<sup>95</sup> BAG v. 19.5.2005 – 3 AZR 649/03, BAGE 114, 349, 357 = ZIP 2005, 1706, 1708 f.; BAG v. 20.6.2002 – 8 AZR 459/01, ZIP 2003, 222.

<sup>96</sup> BAG v. 20.6.2002 – 8 AZR 459/01, ZIP 2003, 222, 226 f.

**fugnis** habe – kein Akt der Masseverwertung, sondern eine »vorinsolvenzliche Vermögensverschiebung«. Die Insolvenzeröffnung diene dann nur dazu, dem Insolvenzverwalter für die Verwertung des Restvermögens die notwendige Legitimation zu geben. Im Übrigen habe der Gesetzgeber in Kenntnis des Problems keine Veranlassung gesehen, im Zuge der Neuregelung des Insolvenzrechts § 613a BGB zu ändern.

#### 4.3.2 Übergang von Arbeitsverhältnissen

Uneingeschränkt anzuwenden ist § 613a Abs. 1 S. 1 BGB auch, soweit er den Übergang der zum Zeitpunkt der Betriebsveräußerung bestehenden Arbeitsverhältnisse anordnet. Das gilt, wohlgemerkt, **auch bei der Veräußerung nach Verfahrenseröffnung**. Eine Beschränkung der Vorschrift aus insolvenzrechtlichen Gründen lehnt das Bundesarbeitsgericht insoweit ab. Das überrascht nicht, wenn man bedenkt, dass das Gericht auf den Gesichtspunkt der Gläubigergleichbehandlung abstellt. Würde man zu § 613a Abs. 1 S. 1 BGB argumentieren, wie es der Bundesgerichtshof und der Bundesfinanzhof zu § 25 HGB bzw. § 75 AO tun – nämlich mit der drohenden Unverwertbarkeit der Masse –, so müsste man auch den Übergang der Arbeitsverhältnisse einschränken: Tatsächlich erweist sich das zu übernehmende Personal immer wieder als beträchtliches Sanierungshindernis.<sup>97</sup>

Das **Sonderkündigungsrecht** des Insolvenzverwalters **nach § 113 InsO** hilft nicht immer über die Hürde des Personalübergangs hinweg.<sup>98</sup> Ein Personalabbau vor der Unternehmensübertragung setzt nämlich zum einen voraus, dass die Insolvenzmasse bis zum Ablauf der maximal dreimonatigen Kündigungsfrist ausreicht, um das Unternehmen zunächst fortzuführen und es in dieser Zeit für eine spätere Veräußerung attraktiv zu machen.<sup>99</sup> Zum anderen findet **§ 613a Abs. 4 BGB** auch im Insolvenzverfahren Anwendung, d.h. eine im Hinblick auf den geplanten Betriebsübergang erklärte Kündigung ist unwirksam (vgl. § 128 Abs. 2 InsO).<sup>100</sup> § 113 InsO enthält keinen selbstständigen Kündigungsgrund der Insolvenz oder Sanierung. Entlassungen müssen, um dem Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 S. 1 BGB zu entgehen, auf ein verbindliches **Sanierungskonzept** des Erwerbers oder des Veräußerers gestützt sein.<sup>101</sup> Die auf einem solchen Konzept beruhenden Kündigungen, die nicht wegen, sondern nur anlässlich des Betriebsübergangs ausgesprochen werden, dürfen jedoch nicht dazu dienen, eine „Bestenauslese“

<sup>97</sup> *EulerHermes Kreditversicherung (Hrsg.)*, Rettung aus der Insolvenz – Chancen, Barrieren und die besondere Rolle von Private Equity. Studie in Zusammenarbeit mit dem ZIS Mannheim, Wirtschaft Konkret Nr. 418 (2007), abrufbar unter [https://www.uni-mannheim.de/media/Einrichtungen/zis/Studien/studie\\_2007\\_wirtschaft\\_konkret.pdf](https://www.uni-mannheim.de/media/Einrichtungen/zis/Studien/studie_2007_wirtschaft_konkret.pdf)

<sup>98</sup> Überblick über arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei *Leister*, ZInsO 2009, 1944 ff.

<sup>99</sup> Bei einer Veräußerung vor Ablauf der verkürzten Kündigungsfrist gehen die Arbeitsverhältnisse im gekündigten Zustand auf den Erwerber über; vgl. *Müller*, NZI 2009, 153, 154 f.; str.

<sup>100</sup> BAG v. 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, ZIP 2007, 595.

<sup>101</sup> BAG v. 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, ZIP 2007, 595, Rn. 29 ff.

vorzunehmen und sich besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmer zu entledigen.<sup>102</sup> Um dies zu gewährleisten, muss insbesondere eine **ordnungsgemäße Sozialauswahl** nach § 1 Abs. 3 KSchG stattfinden.<sup>103</sup> Eine den Betriebsübergang ausschließende **Betriebsstilllegung** ist nicht abgeschlossen, solange nicht die Arbeitsverhältnisse beendet, die Kündigungsfristen also abgelaufen sind.<sup>104</sup> Ein nachträglicher Betriebsübergang nach Ablauf der Frist einer insolvenzbedingten Kündigung begründet hingegen keinen **Wiedereinstellungsanspruch** des Arbeitnehmers.<sup>105</sup>

Die Praxis behilft sich häufig – mit Billigung des BAG – durch einen **dreiseitigen Aufhebungs- und Weiterbeschäftigungsvertrag** zwischen Veräußerer, Arbeitnehmer und einer **Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG)**.<sup>106</sup> Der Unternehmenskäufer übernimmt dann von der BQG nur diejenigen Arbeitnehmer, die er zur Fortführung des Unternehmens benötigt. Dabei muss allerdings die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses beendet werden, der Aufhebungsvertrag also auf das endgültige Ausscheiden aus dem Betrieb gerichtet sein. Weder der Insolvenzverwalter noch der Unternehmenskäufer darf den Arbeitnehmern ein neues Arbeitsverhältnis (beim Übernehmer) in Aussicht stellen, die BQG also **nicht bloß Vehikel** sein, **um § 613a BGB zu umgehen (§ 134 BGB)**.<sup>107</sup> Für den Arbeitnehmer muss sich der Abschluss des Aufhebungsvertrags vielmehr als Wahl zwischen dem Verlust des alten Arbeitsplatzes aufgrund endgültiger Betriebsstilllegung und der (bloßen) Chance auf ein neues Arbeitsverhältnis (mit dem Erwerber) darstellen.<sup>108</sup> Ob sich die Arbeitnehmer auf dieses Wagnis einlassen, hängt maßgeblich vom Verhandlungsgeschick und der Kommunikation mit der Belegschaft ab.

<sup>102</sup> BAG v. 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, ZIP 2007, 595, Rn. 33.

<sup>103</sup> Für die sachgerechte Auswahl ist der Arbeitgeber beweispflichtig (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG). In einem belgischen Vorabentscheidungsverfahren führte der EuGH für die dortige Rechtslage aus, dass eine allein dem Arbeitgeber ermöglichte Auswahl – wenngleich sie sachgerechten Kriterien folgt – mit den Artt. 3, 4 der Betriebsübergangsrichtlinie (Fn. 83) nicht zu vereinbaren und somit unionrechtswidrig ist (EuGH v. 16.5.2019 – Rs. C-509/17, ZIP 2019, 1185 = NZI 2019, 559, Rn. 50 ff. m. Anm. *Fuchs*).

<sup>104</sup> BAG v. 22.10.2009 – 8 AZR 766/08, ZIP 2010, 849.

<sup>105</sup> BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, BAGE 110, 336 = ZIP 2004, 1610; BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 199/04, NZA 2005, 405.

<sup>106</sup> BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 917/06, NZI 2008, 450; BAG v. 23.11.2006 – 8 AZR 349/06, ZIP 2007, 643 = BB 2007, 1054 m. Anm. *Müller*; BAG v. 10.12.1998 – 8 AZR 324/97, ZIP 1999, 320; BAG v. 21.1.1999 – 8 AZR 218/98, ZIP 1999, 1572; *Kammel*, NZI 2000, 104 f.; *Lembke*, BB 2004, 773 ff.; *Krieger/Fischinger*, NJW 2007, 2289; *Leister/Fischer*, ZInsO 2009, 985 ff.; *Staufenbiel*, ZInsO 2011, 497; *Lindemann*, ZInsO 2012, 605; *Löw/Schulz*, BB 2020, 244; *Hoffmann/Danylak*, NZI 2020, 705, 707; ausführlich *Leister*, Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften als Gestaltungsmittel einer übertragenden Sanierung in der Insolvenz, 2009; *Wimmer*, Unternehmenssanierung mittels Transfergesellschaften, 2011.

<sup>107</sup> BAG v. 18.8.2011 – 8 AZR 312/10, ZIP 2011, 2426 (»Arbeitsverhältnis« mit der BQG für einen Tag); BAG v. 25.10.2012 – 8 AZR 575/11, NZI 2013, 313 (»Arbeitsverhältnis« mit der BQG für 30 Minuten).

<sup>108</sup> BAG v. 27.9.2012 – 8 AZR 826/11, ZIP 2013, 1186 Rn. 36; BAG v. 23.11.2006 – 8 AZR 349/06, ZIP 2007, 643, Rn. 23 f.; BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 917/06, NZI 2008, 450, Rn. 42 ff.; BAG v. 18.8.2011 – 8 AZR 312/10, ZIP 2011, 2426.

## 4.4 Europarechtlich begründete Verbindlichkeiten

Der Erwerb eines Unternehmens macht vermehrt die Prüfung europarechtlich begründeter Verbindlichkeiten erforderlich. Den Erwerber können unerwartete Rückforderungen europarechtswidrig gewährter Beihilfen ebenso treffen wie eine Haftung für Wettbewerbsverstöße des übernommenen Unternehmens.

### 4.4.1 Rückforderung von Beihilfen

Bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen i.S. von Art. 107 Abs. 1 AEUV verfolgt die Europäische Kommission eine strenge Praxis: Unter gewissen Voraussetzungen richtet sich die Rückforderung nicht nur gegen den Empfänger der Beihilfe. Es können vielmehr auch solche Unternehmen zur Rückzahlung verpflichtet werden, die im Zuge eines *Asset Deals* Vermögensgegenstände des Beihilfeempfängers erworben haben.<sup>109</sup> Die Übertragung der Vermögenswerte darf nach dem Willen der Kommission nicht dazu führen, dass die Rückforderungsentscheidung gegen den Beihilfeempfänger wirkungslos wird. Dem Empfänger soll verwehrt werden, sich durch Übertragung seines Geschäftsbetriebs auf einen anderen Rechtsträger der Rückzahlungspflicht zu entledigen.

Diese Haftungserstreckung gilt **auch beim Erwerb aus einem Insolvenzverfahren**.<sup>110</sup> Die Kommission will die durch die gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe geschaffene Wettbewerbsverzerrung in jedem Fall wieder beseitigen. Die Rückforderung hängt insbesondere nicht davon ab, dass der Erwerber Kenntnis von der rechtswidrigen Beihilfe hatte. Es genügt, dass er vom Vorhandensein der Beihilfe und einem von der Kommission betriebenen Kontrollverfahren Kenntnis haben musste.<sup>111</sup> Im Zuge einer übertragenden Sanierung lässt sich die Beihilferückforderung nur dadurch abstreifen, dass der Erwerber einen **marktüblichen Preis für das Unternehmen** zahlt.<sup>112</sup> Der Erwerber erlangt in diesem Fall keinen Wettbewerbsvorteil, und die in dem Kaufpreis nominal enthaltene Subvention kann beim Veräußerer – durch Anmeldung der Forderung zur Tabelle<sup>113</sup> – abgeschöpft werden.

<sup>109</sup> Kommission, Entsch. v. 8.7.1999, ABl. 1999 Nr. L 292, S. 27 – Gröditzter Stahlwerke; Entsch. v. 2.6.1999, ABl. 2000 Nr. L 227 S. 24 – Seleco; dazu *Soltész*, BB 2001, 1049 ff.; *Meessen*, DB 2001, 1294 ff.; *Rapp/Bauer*, KTS 2001, 1 ff.; *Verse/Wurmnest*, ZHR 167 (2003), 403; *Maier/Luke*, DB 2003, 1207.

<sup>110</sup> Kommission, Entsch. v. 11.4.2000, ABl. 2000 Nr. L 238 S. 50 = ZIP 2000, 1682 – System Microelectronic Innovation; dagegen *Rapp/Bauer*, KTS 2001, 37 ff.; zur Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen in der Insolvenz *Eckardt*, FS Schröder, 2012, S. 181 ff.; *Cranshaw*, ZInsO 2019, 1 ff. (Teil I) und *ders*, ZInsO 2019, 63 ff. (Teil II).

<sup>111</sup> EuGH v. 13.11.2008 – Rs. C-214/07, EWS 2008, 525, Rn. 62.

<sup>112</sup> EuGH v. 13.11.2008 – Rs. C-214/07, EWS 2008, 525, Rn. 57 ff.; EuGH v. 29.4.2004 – Rs. C-277/00, ZIP 2004, 1013, Rn. 80 ff. – System Microelectronic Innovation; EuGH v. 20.9.2001 – Rs. C-390/98, Slg. 2001, I-6117, Rn. 77 f. – H. J. Banks; vgl. auch EuGH v. 8.5.2003 – Rs. C-328/99, ZIP 2003, 955, Rn. 80 ff. – Seleco.

<sup>113</sup> Die Rückforderung steht entgegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auch dann im Rang einer einfachen Insolvenzforderung gem. § 38 InsO, wenn ihr ein Gesellschafterdarlehen zugrundeliegt, vgl. BGH v. 5.7.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103 = ZIP 2007, 1760, Rn. 24 ff.; BGH v. 5.7.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129 = ZIP 2007,

In jedem Fall sollte die Übernahme mit **größtmöglicher Transparenz** durchgeführt werden,<sup>114</sup> vor allem beim Erwerb durch konzernangehörige Gesellschaften. Denn gerade bei verbundenen Rechtsträgern liegt der Verdacht einer Veräußerung zu marktfernen Konditionen nahe.<sup>115</sup> Eine **gutachterliche Unternehmensbewertung** kann sich als hilfreich erweisen. In der Praxis hat es sich bewährt, das zum Verkauf stehende Unternehmen nach Absprache mit der Kommission in einem **europaweiten Bieterverfahren** auszuschreiben.<sup>116</sup> Einer zügigen Transaktion kommt all dies freilich nicht entgegen.<sup>117</sup>

#### 4.4.2 Haftung für Wettbewerbsverstöße

Auch für Verstöße des übernommenen Unternehmens gegen europäisches Wettbewerbsrecht kann der Erwerber verantwortlich gemacht und mit Bußgeldern belegt werden.<sup>118</sup> Tragender Gesichtspunkt für diese Rechtsprechung ist, dass die Wettbewerbsregeln ihre praktische Wirkung vornehmlich am Unternehmen als wirtschaftlicher Einheit, nicht am Unternehmensträger entfalten. An der Haftung des Erwerbers ändert sich auch dann nichts, wenn die Übernahme **im Rahmen eines Insolvenzverfahrens** erfolgt, zumal dann, wenn der übernehmende Rechtsträger eigens zu dem Zweck gegründet wird, die Aktiva des insolventen Vorgängers zu erwerben. Für eine die Haftung auslösende wirtschaftliche Nachfolge genügt die Übernahme der wesentlichen an der Begehung der Zuwiderhandlung beteiligten materiellen und personellen Faktoren.<sup>119</sup> Ob der alte Rechtsträger fortbesteht oder zur Löschung gebracht wird, ist ohne Belang.

Im Hinblick auf diese Rechtsprechung und die beim Unternehmenskauf in der Insolvenz regelmäßig verkürzte *due diligence* empfiehlt sich dem Erwerber eine **sorgfältige wettbewerbsrechtliche Prüfung** im Anschluss an die Transaktion. Insbesondere in kartellanfälligen Branchen sollte das erworbene Unternehmen zunächst als selbständige Tochter geführt werden, damit eine etwaige Geldbuße nicht am Unternehmensumsatz des Erwerbers (bis zu 10%!) bemessen wird.

---

1816, Rn. 23, 42 (noch zum Eigenkapitalersatzrecht vor dem MoMiG [Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I S. 2026]).

<sup>114</sup> *Stafarikas*, KSI 2005, 24.

<sup>115</sup> Vgl. BGH v. 5.7.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103 = ZIP 2007, 1760, Rn. 36 f.

<sup>116</sup> Vgl. EuGH v. 13.11.2008 – Rs. C-214/07, EWS 2008, 525, Rn. 59; *Hennig*, Bietverfahren zur Veräußerung von Unternehmen im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Unternehmensträgers, 2012, S. 182 ff.

<sup>117</sup> Vgl. *Piepenburg*, FS Greiner, 2005, S. 271, 282 f.

<sup>118</sup> EuG v. 11.3.1999, Rs. T-134/94, Slg. 1999, II-239, Rn. 127 ff. – Neue Maxhütte.

<sup>119</sup> Ähnliche Tendenz bei Kartellbußen nach deutschem Recht; vgl. § 30 Abs. 2a OWiG sowie zu § 30 Abs. 1 OWiG BGH v. 27.1.2015 – KRB 39/14, WuW/E DE-R 4686 – Melitta; OLG Düsseldorf v. 10.2.2014 – V-4 Kart 5/11 (OWi), WuW/E DE-R 4688 – Melitta; *Könen*, ZIP 2015, 2106 ff.

## 4.5 Umwelt-Altlasten

Unausweichlich für den Unternehmenskäufer – sei es vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder danach – ist schließlich auch die Haftung für Umwelt-Altlasten. Das ergibt sich aus der für diese Fälle typischen Anknüpfung der öffentlich-rechtlichen Ordnungspflicht an die tatsächliche Sachherrschaft (**Zustandsverantwortlichkeit**, vgl. § 4 Abs. 3 BBodSchG, § 3 Abs. 9 KrWG). Die Altlasten-Verantwortung geht mit der Betriebsübernahme auf den Unternehmenserwerber über. Da ein Besitzbegründungswille nicht erforderlich ist, spielt es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch keine Rolle, ob im Betrieb lagerndes belastetes Material Gegenstand der Übernahmevereinbarung oder sogar ausdrücklich von der Übernahme ausgeschlossen war.<sup>120</sup> Nur wenn sich die Altlasten in einem nicht übernommenen und somit nicht von der tatsächlichen Sachherrschaft des Erwerbers erfassten Unternehmensteil befinden, verbleibt die Verantwortlichkeit beim Veräußerer.<sup>121</sup> Begründet das Ordnungsrecht hingegen eine **Verhaltenshaftung** (vgl. § 58 Abs. 1 BBergG), löst erst die Fortführung des belasteten Betriebs die Verantwortlichkeit des Erwerbers aus.<sup>122</sup>

## 4.6 Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Ziel einer Haftungsvermeidung – soweit überhaupt möglich – am ehesten durch eine **übertragende Sanierung nach Verfahrenseröffnung** erreicht werden kann.

# 5. Insolvenzverfahrensrecht

Der Erwerb des Unternehmens *nach* Verfahrenseröffnung kommt nicht nur dem Bedürfnis nach Haftungsvermeidung am nächsten. Auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht verschafft die **Veräußerung nach Insolvenzeröffnung** den Beteiligten in der Regel die **größte Sicherheit**. So geht nach **§ 80 Abs. 1 InsO** mit der Eröffnung des Verfahrens die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den Insolvenzverwalter über. Dessen Maßnahmen, also auch die Veräußerung des schuldnerischen Unternehmens oder einer gesunden Tochtergesellschaft (vgl. oben 1.2), sind bindend wie jedes andere zivilrechtliche Geschäft. Lediglich Zustimmungserfordernisse der Gläubiger können zu beachten sein.

<sup>120</sup> BVerwG v. 22.7.2004 – 7 C 17/03, ZIP 2004, 1766, 1767.

<sup>121</sup> Zur Ordnungspflicht in der Insolvenz und wider die Möglichkeit zur Freigabe belasteter Gegenstände aus der Insolvenzmasse *Karsten Schmidt*, NJW 2010, 1489 (gegen die h.M.).

<sup>122</sup> BVerwG v. 13.12.2007 – 7 C 40/07, NVwZ 2008, 583, Rn. 10 f., 16.

Dagegen ist der **Erwerb vom Schuldner**, der bis zur Verfahrenseröffnung grundsätzlich über sein Vermögen Verfügungsbefugte bleibt, mit der Gefahr einer späteren Anfechtung oder Erfüllungsverweigerung durch den Insolvenzverwalter nach §§ 129 ff. bzw. 103 Abs. 2 InsO belastet. Wird im Eröffnungsverfahren, also nach dem Stellen des Insolvenzantrags und vor Eröffnung des Verfahrens, ein **vorläufiger Insolvenzverwalter** bestellt und werden vom Insolvenzgericht Sicherungsmaßnahmen nach §§ 21, 22 InsO angeordnet, entstehen der Rechtssicherheit abträgliche Gemengelage zwischen den Kompetenzen des Schuldners und des vorläufigen Verwalters.

## 5.1 Erwerb nach Verfahrenseröffnung

Nach der Konzeption des Gesetzes teilt sich das eröffnete Insolvenzverfahren in zwei Abschnitte: Zunächst hat der Insolvenzverwalter die Masse bis zum **Berichtstermin** nach § 156 Abs. 1 InsO zu sichern. Nach dem Berichtstermin hat er gemäß den Beschlüssen der Gläubigerversammlung unverzüglich das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwerten, § 159 InsO.

### 5.1.1 Erwerb nach dem Berichtstermin

Rechtshandlungen, die der Insolvenzverwalter nach dem Berichtstermin zum Zwecke der Masseverwertung vornehmen will und die für das Insolvenzverfahren von besonderer Bedeutung sind, bedürfen gem. **§ 160 InsO** der Zustimmung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein Gläubigerausschuss nicht bestellt ist, der Zustimmung der Gläubigerversammlung. Zu diesen **zustimmungsbedürftigen Geschäften** zählt nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch die Veräußerung des Unternehmens oder eines Betriebs im Ganzen.<sup>123</sup> Von seinem Vorhaben hat der Insolvenzverwalter den Schuldner nach § 161 InsO zu unterrichten, doch kann dieser die Veräußerung allenfalls bis zur Zustimmung der Gläubigerversammlung verhindern. In der Praxis fehlt der Gläubigerversammlung häufig die Beschlussfähigkeit, weil ein Großteil der Gläubiger nicht erscheint. Der durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007<sup>124</sup> eingefügte § 160 Abs. 1 S. 3 InsO fingiert in diesen Fällen die Zustimmung.

Der **Verkauf an eine besonders interessierte Person („Insider“)** setzt nach **§ 162 InsO** immer die Zustimmung der Gläubigerversammlung voraus, um missbräuchlicher Preisgestaltung vorzubeugen. Als „besonders interessierte Person“ gilt nach **§ 138 InsO** u.a., wer dem Schuldner persönlich nahesteht, insbesondere mit ihm verwandt ist oder eine leitende Stellung bekleidet. Neben der Veräußerung an die in §§ 162, 138 InsO genannten Personen unterliegt auch die sog. **Eigenbeteiligung** (der übertragende Rechtsträger übernimmt Anteile am Erwerber) dem

<sup>123</sup> In eiligen Fällen behilft sich die Praxis mitunter damit, das Unternehmen vor der nötigen Zustimmung zur Veräußerung bereits zu verpachten, vgl. OLG Rostock v. 8.4.2011 – 5 U 31/08, NZI 2011, 488.

<sup>124</sup> BGBl. I S. 509; dazu *Pape*, NZI 2007, 425 ff., 481 ff.; *Sternal*, NJW 2007, 1909 ff.

Zustimmungserfordernis des § 162 InsO.<sup>125</sup> Da § 162 InsO *lex specialis* im Verhältnis zur allgemeinen Regelung des § 160 InsO ist,<sup>126</sup> kann bei Insidergeschäften die Zustimmung der Gläubigerversammlung nicht nach § 160 Abs. 1 S. 3 InsO fingiert werden.<sup>127</sup> Der durch § 162 InsO beabsichtigte Gläubigerschutz würde andernfalls ins Gegenteil verkehrt.<sup>128</sup>

Der redliche Erwerber muss sich allerdings in der Regel wenig Gedanken darum machen, ob die Zustimmungsregeln eingehalten wurden: Nach **§ 164 InsO** berührt ein Verstoß gegen die §§ 160 bis 163 InsO die Wirksamkeit der Veräußerung nicht. Der Insolvenzverwalter, der das Unternehmen ohne die erforderliche Zustimmung veräußert, macht sich allenfalls im Verhältnis zu den Insolvenzgläubigern nach **§ 60 Abs. 1 InsO** schadensersatzpflichtig. Erst bei einem erkennbaren **Missbrauch der Verfügungsbefugnis** kann die Beschränkung des Verwalters im Innenverhältnis zu den Gläubigern auf das Außenverhältnis zum Erwerber durchschlagen.<sup>129</sup> Dieser Fall wird aber wegen der Amtsstellung des Insolvenzverwalters die seltene Ausnahme bleiben.

### 5.1.2 Erwerb vor dem Berichtstermin

Durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007<sup>130</sup> hat der Gesetzgeber auch den Erwerb *vor* dem Berichtstermin **für zulässig erklärt** und damit Rechtssicherheit in einer früher streitigen Frage geschaffen. § 158 Abs. 1 InsO a.F. hatte dem Insolvenzverwalter zu diesem Zeitpunkt lediglich die Stilllegung des Unternehmens erlaubt. Die wohl h.M. hielt gleichwohl auch die Veräußerung des Unternehmens für zulässig, weil diese Maßnahme nicht weitergehe als die Stilllegung und es den Gläubigern offenstehen müsse, noch vor einer umfassenden Lagebeurteilung im Berichtstermin eine besonders günstige Gelegenheit wahrzunehmen, die Masse zu mehren.<sup>131</sup> Immerhin können nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO zwischen der Verfahrenseröffnung und dem Berichtstermin bis zu drei Monate vergehen und das Unternehmen in der Zwischenzeit unveräußerbar werden. Manche wollten mit diesem Argument sogar analog § 158 InsO eine Veräußerung *ohne* Zustimmung der Gläubigerversammlung zulassen.<sup>132</sup>

<sup>125</sup> Falk/Schäfer, ZIP 2004, 1339 f.; Vallender, GmbHR 2004, 644; Bitter/Rauhut, KSI 2007, 259; Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 15. Aufl. 2019, § 162 Rn. 7; Kayser/Thole/Ries, InsO, 10. Aufl. 2020, § 162 Rn. 3.

<sup>126</sup> MünchKommInsO/Janssen, Band 2, 4. Aufl. 2019, § 162 Rn. 4.

<sup>127</sup> Bitter/Rauhut, KSI 2007, 259; a.A. Uhlenbruck/Zipperer (Fn. 125), § 162 Rn. 2 a.E.; Kayser/Thole/Ries (Fn. 125), § 162 Rn. 9; HambKomm/Decker, 7. Aufl. 2019, § 162 Rn. 7 a.E.

<sup>128</sup> Ähnlich Gundlach/Frenzel/Jahn, ZInsO 2008, 360, 361.

<sup>129</sup> BGH v. 25.4.2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353 = ZIP 2002, 1093.

<sup>130</sup> Vgl. Fn. 124.

<sup>131</sup> Menke, BB 2003, 1138 f.

<sup>132</sup> Spieker, NZI 2002, 472 ff.; zurückhaltend Vallender, GmbHR 2004, 643.

Dieser letztgenannten Auffassung hat sich auch der InsO-Reform-Gesetzgeber angeschlossen und § 158 InsO um die Befugnis zur Veräußerung erweitert.<sup>133</sup> Der Insolvenzverwalter kann deshalb vor dem Berichtstermin **ohne Zustimmung der Gläubigerversammlung** das Unternehmen veräußern. Er benötigt allerdings die Zustimmung des Gläubigerausschusses, falls ein solcher bestellt ist.

## 5.2 Erwerb vor Verfahrenseröffnung

Beim Erwerb vor Verfahrenseröffnung vergrößern sich die **Kompetenzschwierigkeiten** erheblich.<sup>134</sup> Klare Verhältnisse bestehen nur, bevor der Insolvenzantrag gestellt ist: Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt der Schuldner allein Verfügungsberechtigter über sein Vermögen.<sup>135</sup> Zwar behält er diese Befugnis im Grundsatz auch während des Eröffnungsverfahrens, doch wird bei Unternehmensinsolvenzen in der Regel ein **vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt** bestellt, vgl. § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO (sog. *schwacher* vorläufiger Verwalter), ohne dessen Mitwirkung Verfügungen des Schuldners unwirksam sind (§§ 24 Abs. 1, 81 Abs. 1 S. 1 InsO). Die erforderliche Zustimmung zur Unternehmensveräußerung wird der Schuldner kaum erhalten, und wenn doch, bleiben erhebliche Zweifel, ob der vorläufige Verwalter zu dieser Maßnahme berechtigt ist. Das gilt auch, falls das Insolvenzgericht dem Schuldner gem. § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt und dadurch gem. § 22 Abs. 1 S. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Verwalter übergeht (sog. *starker* vorläufiger Insolvenzverwalter). Der vorläufige Verwalter hat nämlich das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten, § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 InsO. Mit dieser Pflicht ist die Veräußerung des Unternehmens, weil Verwertungsmaßnahme, in aller Regel unvereinbar.<sup>136</sup>

Da § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO allerdings dem starken vorläufigen Verwalter mit Zustimmung des Insolvenzgerichts die Stilllegung des Unternehmens erlaubt, lässt sich wie im Fall des § 158 InsO fragen, warum dann nicht auch die Veräußerung zulässig sein soll.<sup>137</sup> Der InsO-Reform-Gesetzgeber von 2007 hat sich **gegen eine Veräußerungsbefugnis** des vorläufigen Verwalters gestellt und §§ 21, 22 InsO anders als § 158 InsO nicht geändert. Ähnlich wie bei der Frage nach der Befugnis des Insolvenzverwalters zur Veräußerung vor dem Berichtstermin steht zwar das wirtschaftliche Bedürfnis nach rascher Veräußerung mit den gesetzlich eingeräumten Be-

<sup>133</sup> BegrRegE, BR-Drs. 549/06, S. 39; zum Gesetzentwurf vgl. *Sternal*, NZI 2006, 192; *Pannen/Riedemann*, NZI 2006, 195.

<sup>134</sup> Ausführlich *Kriegs*, Übertragende Sanierung im Insolvenzeröffnungsverfahren, 2014.

<sup>135</sup> Zu strafrechtlichen Risiken für die handelnden Organe der Schuldnergesellschaft wegen Bankrotts und Untreue *Niesert/Hohler*, NZI 2010, 127.

<sup>136</sup> BGH v. 11.4.1988 – II ZR 313/87, BGHZ 104, 151, 156; BAG v. 20.6.2002 – 8 AZR 459/01, ZIP 2003, 222, 226 f.

<sup>137</sup> *Kammel*, NZI 2000, 103 f.; *Menke*, BB 2003, 1135 ff.

fugnissen des Verwalters in Konflikt. Jedoch ist bei der Unternehmensveräußerung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens – anders als bei der Veräußerung vor dem Berichtstermin – nicht einmal festgestellt, dass **überhaupt ein Insolvenzgrund** vorliegt. Dem Schuldner droht ein unumkehrbarer Eingriff in seine Rechtsposition, und auch der Gläubigerschaft fehlt vor der Verfahrenseröffnung noch ein Organ mit der Befugnis, über die Veräußerung zu entscheiden:<sup>138</sup> Die Befugnisse aus § 158 InsO gelten nicht für den vorläufigen Gläubigerausschuss (vgl. § 21 II 1 Nr. 1a, § 56a sowie §§ 270 III, 270b IV InsO).

Noch vor der InsO-Reform 2007 hatten mehrere Gerichtsentscheidungen die Frage aufgeworfen, ob das Insolvenzgericht dem **schwachen vorläufigen Verwalter** eine **Einzelermächtigung** zur Veräußerung des schuldnerischen Unternehmens erteilen könne.<sup>139</sup> Angesichts der klaren Stellungnahme des Gesetzgebers wird die Praxis nunmehr auch insoweit von der **Unzulässigkeit einer Veräußerung** durch den vorläufigen Verwalter auszugehen haben.<sup>140</sup>

Die Nachteile, die sich durch ein Zuwarten bis zur Verfahrenseröffnung ergeben, werden durch § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO ein wenig gemildert. Diese Vorschrift ermächtigt das Insolvenzgericht, sowohl die Aussonderung als auch die Absonderung von Gegenständen, die zur Fortführung des Unternehmens von erheblicher Bedeutung sind, zu untersagen und dem vorläufigen Verwalter die Nutzung der Sache bzw. die Einziehung der Forderung – mit der massegünstigen Kostenfolge der §§ 170, 171 InsO – zu gestatten.<sup>141</sup>

## 5.2.1 Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO

Der Unternehmenskauf vor Verfahrenseröffnung belastet den Erwerber mit dem Risiko einer Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO.<sup>142</sup> Dabei handelt es sich nicht um eine Anfechtung, wie sie aus dem Bürgerlichen Recht (§§ 119 ff. BGB) bekannt ist. Der Insolvenzanfechtung unterliegen alle zu einer **Masseschädigung oder Gläubigerbenachteiligung** führenden **Rechtshandlungen aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung**. Die Anfechtung ermöglicht es dem Insolvenzverwalter, die unzulässige Vermögensverschiebung zu beseitigen. Der Empfänger der anfechtbaren Leistung hat das Erlangte **nach § 143 InsO zurückzugewähren**.

<sup>138</sup> BegrRegE, BR-Drs. 549/06, S. 14.

<sup>139</sup> Nicht grundsätzl. abl. BGH v. 12.1.2006 – IX ZB 127/04, ZIP 2006, 672 Rn. 13 f.; BGH v. 16.6.2005 – IX ZB 264/03, NZI 2005, 627; bejahend für Teilveräußerung AG Duisburg v. 28.7.2002 – 62 IN 167/02, NZI 2002, 614.; skeptisch *Menke*, BB 2003, 1135; *Louven/Böckmann*, NZI 2004, 129 f.

<sup>140</sup> Für Ausnahmen bei Gefahr erheblicher Wertverluste *Schneider*, in: *Schluck-Amend/Meyding*, Der Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz, 2012, Kap. X. 1.

<sup>141</sup> BegrRegE, BR-Drs. 549/06, S. 15, 26 ff.; *Hagebusch/Oberle*, NZI 2006, 620 f.

<sup>142</sup> *Uhlenbruck*, ZInsO 2013, 2035; *Hallermann*, Die Risiken einer Insolvenzanfechtung für den Käufer eines Unternehmens, 2007.

Ein wichtiger Anfechtungsgrund beim Unternehmenskauf ist **§ 132 Abs. 1 InsO (unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen)**. Die Bestimmung lautet:

Anfechtbar ist ein Rechtsgeschäft des Schuldners, das die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt,

1. wenn es in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, wenn zur Zeit des Rechtsgeschäfts der Schuldner zahlungsunfähig war und wenn der andere Teil zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte oder
2. wenn es nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der andere Teil zur Zeit des Rechtsgeschäfts die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.

Die Veräußerung des Unternehmens benachteiligt die Gläubiger unmittelbar, wenn sich deren Befriedigungsmöglichkeit ohne die Transaktion günstiger gestaltet hätte. Das ist vor allem bei einem **zu niedrig bemessenen Kaufpreis** der Fall. Aufgrund der üblichen *due diligence* wird der Käufer zumeist Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erwerben (§§ 132 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, 130 Abs. 2 InsO), so dass auch die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen. Der Erwerber kann sich deshalb nicht sicher sein, dass der Unternehmenskaufvertrag auch Bestand hat.<sup>143</sup> Hat der Erwerber den Kaufpreis bereits im Voraus geleistet, dann ist sein **Rückzahlungsanspruch** nach erfolgter Anfechtung nur insoweit Masseforderung, als die Masse noch um den Kaufpreis bereichert ist. Der Käufer läuft somit Gefahr, seine Forderung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen zu können, **§ 144 Abs. 2 S. 2 InsO**.

Selbst bei einem angemessenen Kaufpreis droht dem Erwerber die Anfechtung nach **§ 130 InsO (kongruente Deckung)**, wenn das Erfüllungsgeschäft, also die Übertragung des Unternehmens, in den anfechtungsrelevanten Zeitraum fällt.<sup>144</sup> In diesem Fall muss der Erwerber das Unternehmen zur Insolvenzmasse zurückgewähren (§ 143 Abs. 1 InsO) und kann seinen Anspruch auf das Unternehmen nur noch als Insolvenzforderung geltend machen (§ 144 Abs. 1 InsO). Der Anfechtbarkeit kann der Käufer allenfalls entgehen, indem er das Unternehmen durch ein **Bargeschäft nach § 142 InsO** übernimmt.<sup>145</sup> Darin liegt allerdings ein zusätzliches wirtschaftliches Risiko für den Erwerber, da er etwaige Gewährleistungsansprüche nicht durch einen teilweisen Kaufpreiseinbehalt sichern kann. Zudem muss der Erwerber fürchten, dass der gezahlte Kaufpreis im Anfechtungsprozess als nicht gleichwertig angesehen wird – auch wenn er den Unternehmenswert von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft hat bestimmen lassen.

<sup>143</sup> Vgl. BGH v. 26.4.2012 – IX ZR 146/11, ZIP 2012, 1183, Rn. 32 f.

<sup>144</sup> Zum Vorrang der §§ 130, 131 InsO gegenüber § 132 InsO bezüglich des Erfüllungsgeschäfts MünchKommInsO/Kayser/Freudenberg (Fn. 126), § 132 Rn. 5.

<sup>145</sup> Wessels, ZIP 2004, 1245; Vallender, GmbHR 2004, 546; zur Ausdehnung des Bargeschäftsprivilegs durch § 142 Abs. 1 und 2 InsO n.F. Dahl/Schmitz, NJW 2017, 1505, 1509 f.

Und schließlich hindert auch das Bargeschäft nicht die Anfechtung wegen **vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung nach § 133 InsO**, wenn der Käufer weiß, dass der Schuldner einen höheren Preis für das Unternehmen erzielen könnte oder den Erlös seinen Gläubigern entziehen will.<sup>146</sup> Nach der (bisherigen) Rechtsprechung des *BGH* soll bereits die Kenntnis des Schuldners von seiner drohenden Zahlungsunfähigkeit den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vermuten lassen.<sup>147</sup> Weiß der Erwerber von der Zahlungsunfähigkeit (§ 133 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 1 InsO n.F.<sup>148</sup>), sind die Folgen nach der Übertragung des Unternehmens (Deckungshandlung) beträchtlich: Vorsätzlich die Gläubiger benachteiligende Handlungen dürfen bis zu vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückliegen, um der Anfechtbarkeit zu unterfallen (§ 133 Abs. 2 InsO n.F.). Das Verpflichtungsgeschäft (der Kaufvertrag über das Unternehmen) kann sogar bis zu zehn Jahre nach Abschluss angefochten werden (§ 133 Abs. 1 S. 1 InsO), was zur Rückabwicklung der Unternehmensübertragung nach §§ 812 ff. BGB führt.<sup>149</sup>

Um das Risiko einer späteren Anfechtung zu mindern, sollte der Käufer darauf drängen, dass ihm der Veräußerer bereits bei Abschluss des Unternehmenskaufvertrags ein **Anwartschaftsrecht** an den zu übertragenden Gegenständen einräumt. Sofern diese Rechtshandlung außerhalb des anfechtungsrelevanten Zeitraums liegt, kann der spätere Erwerb des Vollrechts wegen **§ 140 Abs. 3 InsO** nicht mehr angefochten werden.

## 5.2.2 Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO

Selbst wenn der Unternehmenskauf keinen Anfechtungsgrund liefert, ist der Bestand des Geschäfts gefährdet. Der Insolvenzverwalter kann nämlich nach § 103 Abs. 2 InsO die weitere Erfüllung des Kaufvertrags ablehnen, falls zum Zeitpunkt der Eröffnung noch keine Seite vollständig erfüllt hat. Gerade beim *Asset Deal* besteht wegen der Vielzahl nötiger Übertragungsakte die **Gefahr unvollständiger Erfüllung**.<sup>150</sup> Häufig steht die dingliche Rechtsübertragung auch unter einer oder mehreren aufschiebenden Bedingungen, wie z.B. der Zahlung des Kauf-

<sup>146</sup> Vgl. *BGH* v. 30.9.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320, 324 = ZIP 1993, 1653, 1654 (zur KO); zum Benachteiligungsvorsatz bei Sanierungsversuchen *BGH* v. 8.12.2011 – IX ZR 156/09, ZIP 2012, 137; *Uhlenbruck*, ZInsO 2013, 2035 f.

<sup>147</sup> *BGH* v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190 = ZIP 2006, 1261, Rn. 14; *BGH* v. 29.11.2007 – IX ZR 121/06, BGHZ 174, 314 = ZIP 2008, 190, Rn. 32; *BGH* v. 13.8.2009 – IX ZR 159/06, ZIP 2009, 1966 Rn. 8; *BGH* v. 18.3.2010 – IX ZR 57/09, ZIP 2010, 841 Rn. 19; *BGH* v. 10.1.2013 – IX ZR 28/12, NZI 2013, 253 Rn. 16; *BGH* v. 8.1.2015 – IX ZR 203/12, ZIP 2015, 437 Rn. 12; kritisch *Schoppmeyer*, ZIP 2009, 600 ff.; einschränkend für Bargeschäfte auch *Fischer*, NZI 2008, 588, 593 f.; zweifelnd nach der Neufassung des § 133 InsO *Ganter*, WM 2015, 2117, 2119; *Dahl/Schmitz*, NJW 2017, 1505, 1507.

<sup>148</sup> Zur Neuregelung des § 133 InsO *Dahl/Schmitz*, NJW 2017, 1505, 1506 ff.; *Hacker*, NZI 2017, 148, 149 f.; *Kohler*, JZ 2018, 88 ff.

<sup>149</sup> *Thole*, ZIP 2017, 401, 403; *Dahl/Schmitz*, NJW 2017, 1505, 1506.

<sup>150</sup> *Wessels*, ZIP 2004, 1241 f.

preises, der Erteilung behördlicher Genehmigungen oder der Zustimmung Dritter (sog. »**closing conditions**«).<sup>151</sup> Bis zum Eintritt der Bedingungen fehlt es dann an einer vollständigen Übertragung des Unternehmens. Sofern dem Erwerber kein Anwartschaftsrecht zusteht, hat das zur Folge, dass der spätere Insolvenzverwalter die Erfüllung verweigern kann.<sup>152</sup>

Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, hat der **Kaufpreisrückzahlungsanspruch** des Erwerbers nur den Rang einer **einfachen Insolvenzforderung**. Der Erwerber steht deshalb wiederum vor der Entscheidung, ohne Sicherheitseinbehalt den Kaufpreis sogleich zu bezahlen, um wenigstens von seiner Seite vollständig erfüllt zu haben (vgl. oben 5.2.1). Dies sollte er allerdings nur tun, wenn ihm auch zeitgleich mindestens der größte Teil des Unternehmens übertragen wird: Sein Anspruch darauf ist ja nach Verfahrenseröffnung bloße Insolvenzforderung. Das Ausfallrisiko würde sich somit nur von seinem (Teil-)Kaufpreisrückzahlungsanspruch auf den Leistungsanspruch verlagern.

### 5.2.3 Haftung des Vertretungsorgans

Auch der organschaftliche Vertreter der veräußernden Gesellschaft muss wissen, auf welche Gefahren er sich bei einer außergerichtlichen übertragenden Sanierung einlässt: Befindet sich die Gesellschaft nämlich bereits in der **Insolvenzreife**, etwa wegen Überschuldung oder gar Zahlungsunfähigkeit (§§ 17, 19 InsO), dann muss das Vertretungsorgan gemäß § 15a InsO Insolvenzantrag stellen. Die Unterlassung führt zur Haftung wegen **Insolvenzverschleppung** (§ 64 GmbHG, § 92 AktG, § 130a HGB):<sup>153</sup> Der Geschäftsführer oder Vorstand hat dann der Gesellschaft zu ersetzen, was einzelnen Gläubigern von dem Verkaufserlös zugeflossen ist, und haftet zudem für die Masseschmälerung, soweit den veräußerten Vermögensgegenständen keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht.<sup>154</sup> Benachteiligten Gläubigern muss das Leitungsorgan den Quotenschaden ersetzen (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO). Daneben droht die Strafverfolgung wegen Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 und 5 InsO), Bankrottdelikten (§§ 283 ff. StGB) und Untreue (§ 266 StGB). Als Berater will man die Beteiligung an einer sog. »**Firmenbestattung**«<sup>155</sup> vermeiden.

<sup>151</sup> Weitere Beispiele bei *Piepenburg*, FS Greiner, 2005, S. 271, 278 f.

<sup>152</sup> Näher *Strotmann*, ZInsO 2010, 1314 ff., insb. zum Verkauf der Anteile an einem Tochterunternehmen (was aus Sicht der kriselnden Muttergesellschaft einen *asset deal* darstellt, vgl. oben 1.2).

<sup>153</sup> *Uhlenbruck*, ZInsO 2013, 2034, 2037; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 146 ff.; ausführlich zur Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557 ff. (Teil I) und *Bitter*, ZInsO 2018, 625 ff. (Teil II).

<sup>154</sup> Zur Einschränkung der Haftung aus § 64 GmbHG bei unmittelbarer Gegenleistung *Bitter*, Festheft Knauth, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff. (zu BGH v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGH v. 23.6.2015 – II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480); siehe zuletzt auch BGH v. 4.7.2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017, 1619 (Rn. 11 ff.); umfassend *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 584 ff.

<sup>155</sup> *Kuhn*, Die GmbH-Bestattung – zivil- und strafrechtliche Bewertung eines krisentypischen Phänomens, 2011; *Tüting*, Die gewerbsmäßige Firmenbestattung – betrachtet im Lichte des MoMiG unter GmbH-, insolvenz- und verfahrensrechtlichen Aspekten, 2012; *Petersen*, Die Firmenbestattung – eine rechtliche Beurteilung und Maßnahmen zur Bekämpfung, 2015.

### 5.3 Veräußerung im Insolvenzplanverfahren

Die übertragende Sanierung kann auch im Zuge eines Insolvenzplanverfahrens erfolgen. Das bietet sich an, wenn zur Veräußerung des Unternehmens in Absonderungsrechte eingegriffen werden muss und sich die **Beteiligung der Absonderungsberechtigten** schwierig gestaltet.<sup>156</sup> Überhaupt erweist sich die Veräußerung im Planverfahren als vorteilhaft, wenn Bedarf nach einer **differenzierten Gestaltung** besteht. So kann auf Grundlage eines Planverfahrens z.B. der Kaufpreis gestundet und in Abhängigkeit von der Ertragsentwicklung bestimmt werden. Bei der Sanierung eines Einzelkaufmännischen Unternehmens eröffnet das Planverfahren die Möglichkeit, die Forthaftung des Einzelkaufmanns zu begrenzen, ohne ihn auf die Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO zu verweisen.<sup>157</sup>

Die übertragende Sanierung in ein Insolvenzplanverfahren einzubinden machte den Unternehmenskauf gegenüber der Veräußerung im Regelverfahren bislang allerdings weniger flexibel, weil **störanfällig durch sich widersetzende Gläubiger**.<sup>158</sup> Auch hier hat der Gesetzgeber mit dem ESUG<sup>159</sup> reagiert und in § 253 InsO das Blockadepotential deutlich verringert.<sup>160</sup> Es bleibt indes bei einem erheblichen Zeitverlust im Vergleich zum Regelverfahren, wenn der Insolvenzplan, wie vom Gesetz im Grundsatz vorgesehen, erst nach dem Berichtstermin durch den Insolvenzverwalter erstellt wird. Unter dem **Schutzschirmverfahren** (§ 270b InsO) kann – und muss – der Insolvenzplan hingegen bereits im Eröffnungsverfahren vorgelegt werden: Frühzeitige Sanierungsbemühungen erweitern also den Gestaltungsspielraum.

## 6. Schlussbetrachtung

Ein Unternehmenskauf im frühen Insolvenzstadium ist ohne Haftungs- und Verfahrensrisiken nicht zu haben. Der Erwerber muss stets zwischen diesen Risiken und dem wirtschaftlichen Vorteil einer frühen Sanierung abwägen.

Im Regelfall kommt eine **übertragende Sanierung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** den Interessen des Erwerbers am nächsten. Die Erweiterung des § 158 InsO um die Befugnis zur Veräußerung vor dem Berichtstermin bringt einen zeitlichen Vorteil von bis zu drei Monaten gegenüber dem früheren Recht. Der Erwerber wird sich daher noch genauer überlegen, ob er die Transaktion schon im Eröffnungsverfahren durchführen will. Dies gilt umso mehr, als

<sup>156</sup> Vallender, GmbHR 2004, 646.

<sup>157</sup> Wellensiek, NZI 2002, 233, 238.

<sup>158</sup> Wellensiek, NZI 2002, 233, 237 f.; Rattunde, GmbHR 2012, 456.

<sup>159</sup> Vgl. Fn. 25.

<sup>160</sup> Überblick bei Hirte/Knof/Mock (Fn. 25), S. 43 ff.

der InsO-Reform-Gesetzgeber von 2007 mit der Änderung des § 21 InsO die Unternehmensfortführung bis zur Verfahrenseröffnung erleichtert, der Veräußerungsbefugnis des vorläufigen Verwalters aber eine Absage erteilt hat. Um den Unternehmenskauf nicht mit rechtlichen Unsicherheiten zu belasten, aber auch möglichst wenig wertvolle Zeit zu verlieren, handelt die Praxis häufig schon vor Eröffnung des Verfahrens den Übernahmevertrag aus (*Prepacked Deal*) und bringt ihn erst zum Zeitpunkt der Eröffnung zur Unterzeichnung.<sup>161</sup>

Zu einer außergerichtlichen übertragenden Sanierung wird dem Erwerber nur bei die Haftungsrisiken übersteigenden wirtschaftlichen Interessen zu raten sein. Ähnliches gilt für einen *Share Deal*. Die durch das ESUG geschaffene Möglichkeit, in die Gesellschafterrechte einzugreifen, insbesondere einen *Debt Equity Swap* durchzuführen, hilft nicht nur sanierungswilligen Gläubigern, sondern auch Mehrheitsgesellschaftern und spezialisierten Investoren mit zweifelhaften Motiven.

## 7. Literaturlauswahl

*Schluck-Amend/Meyding* (Hrsg.), *Der Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz*, 2012; *Denkhaus/Ziegenhagen*, *Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz*, 3. Aufl. 2016; *Bauer/von Düsterlho*, *Distressed Mergers & Acquisitions – Kauf und Verkauf von Unternehmen in der Krise*, 2. Aufl. 2016; *Strümpell*, *Die übertragende Sanierung innerhalb und außerhalb der Insolvenz*, 2006; *Bernsau/Höpfner/Rieger/Wahl*, *Handbuch der übertragenden Sanierung*, 2002; *Picot* (Hrsg.), *Unternehmenskauf und Restrukturierung*, 4. Aufl. 2013; *Buth/Hermanns* (Hrsg.), *Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz*, 4. Aufl. 2014; *Kübler* (Hrsg.), *HRI – Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz*, 3. Aufl. 2019; *Nerlich/Kreplin* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz*, 3. Aufl. 2019; *Beck/Depré*, *Praxis der Insolvenz*, 3. Aufl. 2017.

---

<sup>161</sup> *Menke*, BB 2003, 1138; *Vallender*, GmbHR 2004, 643; *Meyer-Löwy*, ZInsO 2011, 613; zur fehlenden Möglichkeit, die Arbeitnehmerrechte bei einem „prepacked deal“ außerhalb eines gerichtlich kontrollierten Verfahrens (Niederlande) zu beschränken, siehe die Nachweise oben in Fn. 75 a.E.