

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank-, Börsen- und Kapitalmarktrecht

Übertragende Sanierung

Insolvenzrechtliche Grundlagen

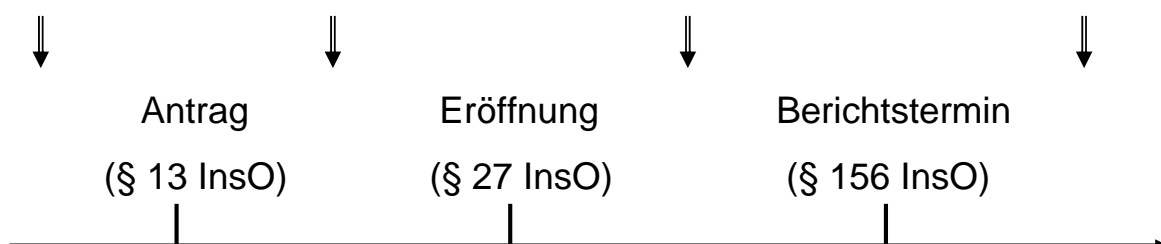
Vortrag beim 3. Mannheimer Insolvenzrechtstag
am 15. Juni 2007

www.georg-bitter.de

Grundlagen des Unternehmenskaufs in Krise und Insolvenz

- I. Erwerb **vor** Eröffnung des Insolvenzverfahrens
 ➔ *vor* oder *nach* Stellen des Insolvenzantrags gem. § 13 InsO

- II. Erwerb **nach** Eröffnung des Insolvenzverfahrens
 ➔ *vor* oder *nach* dem Berichtstermin gem. § 156 InsO



- I. **„Share deal“**
= Erwerb des **Rechtsträgers**
durch Übertragung der Geschäftsanteile

- II. **„Asset deal“**
= Erwerb des **Unternehmens**
durch Übertragung einzelner Vermögenswerte

- III. **„Debt-Equity-Swap“**
= Schuldumwandlung in Eigenkapital
durch Einlage der Forderung des Gläubigers

- I. **Share deal**
 - ✓ Bestehende Rechtsverhältnisse bleiben unberührt:
Verträge, gewerbliche Schutzrechte, Firma,
öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Börsennotierung,
Verlustvortrag

 - ✗ Gefahr der Übernahme unerkannter Risiken,
Verbindlichkeiten und Altlasten

II. Asset deal

- ✓ Nur werthaltige Vermögensbestandteile werden erworben
(müssen aber einzeln benannt sein / Forderungsmanagement)
- ✗ allerdings Gefahr der Haftung für Altverbindlichkeiten
(§ 25 Abs. 1 S.1 HGB, § 613a Abs. 1 S. 1 BGB, § 75 Abs. 1 AO,
europarechtswidrige Beihilfen und Wettbewerbsverstöße, Altlasten)
- ✗ Nicht alle „assets“ sind übertragbar
(z.B. Personalkonzessionen, Urheberrechte)

III. Debt-Equity-Swap

- ✓ Gläubiger gewinnt unmittelbar Einfluss auf das Unternehmen und hat am Sanierungserfolg teil, ohne es übernehmen zu müssen
- ✓ Sanierungsprivileg des § 32 Abs. 3 S. 3 GmbHG (§ 39 Abs. 4 S. 2 InsO i.d.F. des RegE-MoMiG) bei objektiver Sanierungsfähigkeit und zur Sanierung geeigneten Maßnahmen (BGHZ 165, 106)
- ✗ Zusätzliches wirtschaftliches Risiko
- ✗ Sachkapitalerhöhung birgt Gefahr der Überbewertung der eingelegten Forderung und Haftung auf die Wertdifferenz (§ 9 GmbHG)

- I. Große **wirtschaftliche Schwierigkeiten** des zu erwerbenden Unternehmens
 - ➔ Haftungsvermeidung

- II. **Beschränkter Zeitrahmen** insb. bei Sanierungsabsicht
 - ➔ frühzeitige Übertragung

- III. Vorschriften des **Insolvenzverfahrensrechts**
 - ➔ Wirksamkeit und Bestandsfestigkeit der Übertragung

Bedürfnis nach Haftungsvermeidung macht „asset deal“ in aller Regel zum Mittel der Wahl:

➔ „Übertragende Sanierung“

- Nach Übertragung der Vermögenswerte auf einen neuen Rechtsträger wird der alte Unternehmensträger zur Löschung gebracht (Trennung von Aktiva und Passiva)

- Praktisch wichtigstes Instrument zur Sanierung von Unternehmen und Unternehmensteilen

- **§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB** (Haftung für Firmenfortführung)
nach BGH nicht anwendbar beim Unternehmenserwerb *nach*
Eröffnung des Insolvenzverfahrens (teleologische Reduktion)
- **§ 75 Abs. 1 AO** (Haftung des Betriebsübernehmers)
gilt nach Abs. 2 nicht für Erwerbe aus einer Insolvenzmasse
- **§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB** (Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang)
nach BAG keine Haftung für Altverbindlichkeiten, wenn
Betriebsübergang *nach* Verfahrenseröffnung erfolgt
aber:
Arbeitsverhältnisse gehen unbeschränkt über! (Sanierungshindernis)

- **europarechtlich begründete Verbindlichkeiten**
(rechtswidrig erlangte Beihilfen, Wettbewerbsverstöße)
treffen den Erwerber *auch* bei Erwerb aus der Insolvenzmasse,
es sei denn, Transaktion zu marktüblichem Kaufpreis
- **Altlasten**
Erwerber haftet, soweit tatsächliche Sachherrschaft an dem
belasteten Vermögensbestandteil auf ihn übergeht

§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB (Haftung für Firmenfortführung)

- Handelsgeschäft (= Inhaber ist Kaufmann)
 - ⇒ „Handelsgeschäft“ i.S.v. §§ 343 ff. HGB
- Erwerb unter Lebenden (insbesondere durch Vertrag)
 - ⇒ Übernahme der Unternehmensträgerschaft
- Firmenfortführung (a.A. *Karsten Schmidt*)
 - ⇒ Firmenkern muss übernommen werden
- kein Ausschlussgrund
 - ⇒ abweichende Vereinbarung i.S.v. § 25 Abs. 2 HGB
 - ⇒ Erwerb aus der Insolvenzmasse (b.w.)

Ausschluss des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB

- Erwerb vom Insolvenzverwalter = nach Verfahrenseröffnung
 - ⇒ std. Rspr. und h.M.: teleologische Reduktion des § 25 HGB
- Nichteröffnung mangels Masse
 - ⇒ BGH NJW 1992, 911: Anwendbarkeit von § 25 HGB
(a.A.: Canaris: Geschenk an Inhaber wertloser Forderungen)
 - ⇒ *Fall Metallwarenfabrik*
- Veräußerung durch vorläufigen Insolvenzverwalter
 - ⇒ BGHZ 104, 151, 155: Anwendbarkeit von § 25 HGB
(zur Sequestration nach altem Konkursrecht)
 - ⇒ offen, wenn anschließende Verfahrenseröffnung

Zusammenfassung: 3 Wege der Haftungsvermeidung

- keine Firmenfortführung
(anders auf der Basis der Ansicht von Karsten Schmidt)
 - Erwerb vom Insolvenzverwalter (siehe Folie 12)
 - Ausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB
Problem: Betriebsübernahme vor Eintragung des
Ausschlusses im Handelsregister + Bekanntmachung
- ⇒ Abwägung im Einzelfall erforderlich

§ 75 Abs. 1 AO (Haftung des Betriebsübernehmers)

- Haftung für betriebsbezogene Steuern aus dem Vorjahr der
Betriebsübernahme
 - ⇔ Grenze: Übernommenes Vermögen
- Erwerb vom Insolvenzverwalter = nach Verfahrenseröffnung
 - ⇒ § 75 Abs. 2 AO: keine Haftung des Erwerbers
- Nichteröffnung mangels Masse
 - ⇒ Anwendbarkeit von § 75 Abs.1 AO = Haftung
- Veräußerung durch vorläufigen Insolvenzverwalter
 - ⇒ BFHE 186, 318, 321 ff.: § 75 Abs. 2 AO anwendbar, wenn
sich ein Insolvenzverfahren anschließt = keine Haftung

§ 613a BGB (Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang)

Übergang der Rechtsverhältnisse

- ❖ Haftung für Altverbindlichkeiten
 - Erwerb vom Insolvenzverwalter = *nach* Verfahrenseröffnung
 - ⇒ BAG: Unanwendbarkeit von § 613a BGB (arg.: Gläubigergleichbehandlung)
 - Erwerb *vor* Verfahrenseröffnung
 - ⇒ BAG: Anwendbarkeit von § 613a BGB (auch bei späterer Verfahrenseröffnung)
- ❖ Übernahme des Personals durch Erwerber
 - ⇒ gilt auch bei Erwerb nach Verfahrenseröffnung (Sanierungshindernis)

Europarechtlich begründete Verbindlichkeiten

- ❖ Rückforderung von gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen
 - Haftung auch des Übernehmers beim asset deal möglich
 - Haftungserstreckung auch bei Erwerb vom Verwalter
 - ⇒ Kommission: (+), wenn Kenntnis des Erwerbers vom Rückforderungsverfahren
 - ⇒ EuGH ZIP 2004, 1013 Tz. 80 ff. – System Microelectronic Innovation: (–), wenn marktgerechter Kaufpreis gezahlt wurde
 - ⇒ Höchstmaß an Transparenz insbesondere beim Erwerb durch konzernangehörige Gesellschaften anzuraten

Europarechtlich begründete Verbindlichkeiten

- ❖ Haftung für Wettbewerbsverstöße
 - Wettbewerbsregeln greifen am Unternehmen an, nicht am Unternehmensträger
 - ⇒ Übernahme der wesentlichen an der Zuwiderhandlung beteiligten materiellen + personellen Faktoren erforderlich

I. Erwerb nach Verfahrenseröffnung

Befugnis zur Verfügung über das Vermögen des Schuldners liegt beim Insolvenzverwalter, § 80 Abs. 1 InsO

aber:

Zustimmungserfordernisse, §§ 160 ff. InsO ⇒ Folie 20

II. Erwerb vor Verfahrenseröffnung

Schuldner bleibt grds. Verfügungsberechtigt, § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 InsO
bislang str., ob vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmung bzw.
Ermächtigung des Insolvenzgerichts veräußern darf, vgl. § 22 Abs. 1
S.1 Nr. 2 InsO (offengelassen in BGH ZIP 2006, 672, 674)

Erweiterung der Befugnisse anders als im Fall des § 158 InsO vom
InsO-Reform-Gesetzgeber abgelehnt

aber:

Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO ⇒ Folie 21

Erfüllungsverweigerung durch InsV nach § 103 Abs. 2 InsO ⇒ Folie 21

I. Erwerb nach dem Berichtstermin

- Zustimmung des Gläubigerausschusses, § 160 Abs. 1 InsO, hilfsweise der Gläubigerversammlung erforderlich
- § 160 Abs. 1 S. 3 n.F.: Zustimmung gilt bei Beschlussunfähigkeit als erteilt
- Zustimmung der Gläubigerversammlung erforderlich, falls Veräußerung an besonders Interessierte („Insider“), § 162 InsO
- Verstoß gegen §§ 160 ff. InsO berührt Wirksamkeit der Übertragung durch Insolvenzverwalter nicht, § 164 InsO

II. Erwerb vor dem Berichtstermin

- § 158 Abs. 1 InsO n.F.: Insolvenzverwalter darf das Unternehmen stilllegen oder veräußern (früher str.)
- nunmehr allenfalls Zustimmung des Gläubigerausschusses erforderlich

I. Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO

- Veräußerung kann Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligen, § 132 InsO
 - Käufer hat nach *due diligence* zumeist Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit
 - Rückzahlungsanspruch nach Anfechtung bloße Insolvenzforderung, falls Masse nicht mehr bereichert ist, § 144 Abs. 2 S. 2 InsO
- ⇒ Barkauf gem. § 142 InsO anzuraten

II. Erfüllungswahlrecht nach § 103 InsO

- Insolvenzverwalter kann nach Verfahrenseröffnung Erfüllung des Kaufvertrags ablehnen, falls Unternehmen nicht vollständig übertragen
- Kaufpreisrückzahlungsanspruch nur Insolvenzforderung

- ✓ Größere Gestaltungsmöglichkeit als bei Veräußerung im Regelverfahren (z.B. ertragsabhängiger Kaufpreis, Sanierung einzelkaufmännischer Unternehmen)
- ✓ Einbindung von Absonderungsberechtigten
- ✗ Störanfällig durch sich widersetzende Gläubiger
- ✗ Zeitverlust

- Abwägung zwischen wirtschaftlichen Interessen, Haftungsrisiken und Rechtssicherheit
- weitgehende Haftungsvermeidung sowie Rechtssicherheit beim Erwerb durch „asset deal“ im eröffneten Insolvenzverfahren (aufgrund § 158 InsO n.F. auch schon vor dem Berichtstermin)
- Unternehmensfortführung bis zur Verfahrenseröffnung wird durch gerichtliche Anordnung nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 n.F. (Aus- und Absonderungsverbot; Nutzungs- bzw. Einziehungsermächtigung des Verwalters) erleichtert
- Abwicklung lässt sich durch „prepacked deal“ beschleunigen
- Übertragung vor Verfahrenseröffnung oder „share deal“ bei überwiegenden wirtschaftlichen Interessen

© 2007

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank-, Börsen- und Kapitalmarktrecht

Schloss, Westflügel W 114/115

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de

Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e. V. (ZIS)

www.zis.uni-mannheim.de