

Mergers & Acquisitions

Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz*

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

1. Grundlagen	2
1.1 Zeitpunkt	2
1.2 Gestaltungsmöglichkeiten	2
2. Übernahmegestaltung – Allgemeine Erwägungen	2
2.1 Share deal	3
2.2 Asset deal	3
2.3 Debt-Equity-Swap	4
3. Übernahmegestaltung – Besonderheiten beim Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz	7
3.1 Wirtschaftliche Situation	7
3.2 Zeitrahmen	7
3.3 Insolvenzverfahrensrecht	7
4. Übertragende Sanierung	8
4.1 § 25 Abs. 1 S. 1 HGB – Haftung für Firmenfortführung	8
4.1.1 Erwerb vom Insolvenzverwalter	9
4.1.2 Keine Firmenfortführung	10
4.1.3 Ausschluss der Haftung nach § 25 Abs. 2 HGB	10
4.2 § 75 Abs. 1 AO – Haftung des Betriebsübernehmers	11
4.3 § 613a Abs. 1 S. 1 BGB – Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang	14
4.3.1 Haftung für Altverbindlichkeiten	14
4.3.2 Übergang von Arbeitsverhältnissen	16
4.4 Europarechtlich begründete Verbindlichkeiten	17
4.4.1 Rückforderung von Beihilfen	17
4.4.2 Haftung für Wettbewerbsverstöße	20
4.5 Umwelt-Altlasten	20
4.6 Zwischenergebnis	21
5. Insolvenzverfahrensrecht	21
5.1 Erwerb nach Verfahrenseröffnung	22
5.1.1 Erwerb nach dem Berichtstermin	22
5.1.2 Erwerb vor dem Berichtstermin	23
5.2 Erwerb vor Verfahrenseröffnung	24
5.2.1 Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO	25
5.2.2 Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO	27
5.3 Veräußerung im Insolvenzplanverfahren	27
6. Schlussbetrachtung	28
7. Literaturauswahl	28

* Aktualisierte und ergänzte Fassung des Beitrags von *Bitter/Rauhut*, KSI 2007, 197 ff., 258 ff. über »Insolvenzrechtliche Grundlagen der übertragenden Sanierung«.

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 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 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**.

Die Möglichkeit des Erwerbers, einen **steuerlichen Verlustvortrag** zu nutzen – bislang ein Argument für einen Anteilskauf –, ist durch die Unternehmenssteuerreform 2008 weiter eingeschränkt worden.¹ Nach § 8c Abs. 1 S. 2 KStG n.F. entfällt der Verlustvortrag vollständig, sobald mehr als 50% der Anteile übertragen werden. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber das **Sanierungsprivileg** des § 8 Abs. 4 S. 3 KStG a.F. **ersatzlos gestrichen**. Unter den (engen) Voraussetzungen des § 8c Abs. 2 KStG i.d.F. des MoRaKG² lässt sich der Verlustuntergang verhindern, indem der Erwerb der Zielgesellschaft durch oder über eine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft i.S. des Wagniskapitalbeteiligungsgesetzes (WKBG) erfolgt.³

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. 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.

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

¹ Dazu *Sistermann/Brinkmann*, BB 2008, 1928 ff.

² Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen v. 12. 8. 2008, BGBl. I S. 1672.

³ Dazu *Zipfel/Franke*, BB 2008, 2211 ff.

Abs. 1 AO (Haftung des Betriebsübernehmers) treffen. 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. Desweiteren lässt sich die Zustandsverantwortlichkeit für Umweltaltlasten nicht ausschließen.

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 beim *share deal* – einen **unmittelbaren Sanierungsbeitrag** dar. 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.⁴

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 i.d.F. des MoMiG⁵): 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.

Dagegen kommt dem Investor das **Sanierungsprivileg** des § 39 Abs. 4 S. 2 InsO i.d.F. des MoMiG (§ 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG a.F.) 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.⁶ Darlehensforderungen des Investors droht deshalb durch die Übernahme einer Gesellschafterstellung nicht das Schicksal, gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nur nachrangig berichtigt zu werden.

⁴ Dazu *Redeker*, BB 2007, 673 ff.; *Vallender*, NZI 2007, 129, 132 f.

⁵ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23. 10. 2008, BGBl. I S. 2026.

⁶ BGH v. 21. 11. 2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106 (zu § 32a III 3 GmbHG a.F.); dazu *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561.

3. Übernahmegestaltung – Besonderheiten beim Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz

Mit Überlegungen, wie sie allgemein im Zuge eines Übernahmeporhabens 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 Übernahmeobjekts, 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 Übernahmeobjekts machen zu können (**eingeschränkte *due diligence***).

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.

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“.⁷ 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. 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. Hinsichtlich des „Erwerbs unter Lebenden“ ist allein der **rein tatsächliche Erwerb maßgebend**. 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

⁷ Den Begriff hat *Karsten Schmidt*, ZIP 1980, 336 geprägt.

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.⁸

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**.⁹ 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.

Aus dieser Erwägung, die zu einer teleologischen Reduktion des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB führt, folgt zugleich, dass der Erwerber eines insolventen Unternehmens **vor Verfahrenseröffnung** das Haftungsprivileg nicht genießt. Erst mit Verfahrenseröffnung gibt das Gesetz den Auftrag zur Masseverwertung. Es reicht deshalb nicht, dass das Unternehmen tatsächlich insolvent ist oder das Verfahren lediglich mangels Masse nicht eröffnet wird.¹⁰

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,¹¹ so dass die Haftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB die Zwecke des Insolvenzverfahrens nicht zu vereiteln droht. Der Sequester (vorläufiger 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).

⁸ BGH v. 4. 11. 1991 – II ZR 85/91, NJW 1992, 911.

⁹ 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; BAG v. 20. 9. 2006 – 6 AZR 215/06, BAGE 119, 306 = NJW 2007, 942; allg. M.; vgl. ferner § 25 Abs. 6 des am 1. 1. 2007 in Kraft getretenen österreichischen Unternehmensgesetzbuchs (UGB).

¹⁰ 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; anders *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rdn. 4 f., 27 f.: Geschenk an den Inhaber einer wertlosen Forderung.

¹¹ BGH v. 11. 4. 1988 – II ZR 313/87, BGHZ 104, 151, 155 zur Sequestration unter Geltung des § 106 KO.

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**.¹² Das ist z.B. der Fall, wenn sich lediglich der Rechtsformzusatz ändert, das Unternehmen der insolvenzreifen „Sportfelgen GmbH“ also auf eine neugegründete „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.¹³ In der Praxis kann freilich auf die Fortführung der Firma meist 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*,¹⁴ 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.¹⁵ Ferner empfiehlt es sich, den Unternehmenskaufvertrag unter die aufschiebende Bedingung der Bekanntmachung zu stellen.

¹² BGH v. 4. 11. 1991 – II ZR 85/91, NJW 1992, 911, 912.

¹³ BGH v. 15. 3. 2004 – II ZR 324/01, WM 2004, 1178.

¹⁴ *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 8 II 1 c.

¹⁵ OLG München v. 6. 2. 2007 – 31 Wx 103/06, ZIP 2007, 1063 f. m.w.N.

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:

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 Steuervergütungen 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**.¹⁷ 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.¹⁸ Scheitert die Verfahrenseröffnung hingegen mangels Masse, greift der Haftungsausschluss nicht ein.¹⁹

¹⁷ BFH v. 23. 7. 1998 – VII R 143/97, BFHE 186, 318, 321 ff. zum Sequester nach § 106 KO.

¹⁸ 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).

¹⁹ BFH v. 23. 7. 1998 – VII R 143/97, BFHE 186, 318, 320.

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 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 Betriebsübergangs²⁰ 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. Der Haftung für Altverbindlichkeiten kann der Betriebserwerber nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entgehen, indem er das Unternehmen **nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** übernimmt.²¹ Für Ansprüche, die vor Verfahrenseröffnung entstanden sind, haftet der Erwerber dann nicht. 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. Dieser Vorteil müsste von den übrigen Insolvenzgläubigern finanziert werden, weil der Betriebserwerber den an die Masse zu zahlenden Kaufpreis mit Rücksicht auf die übernommene Haftung mindern würde.

Zu beachten ist allerdings, dass die insolvenzrechtliche Einschränkung der Erwerberhaftung nur für Ansprüche greift, die *vor* Verfahrenseröffnung *entstanden* sind. Für Masseforderungen der Arbeitnehmer hat der Betriebsübernehmer einzustehen. Das bedeutet: Ansprüche aus **Teil-**

²⁰ Zum Begriff des „Betriebsübergangs“ vgl. BAG v. 25. 10. 2007 – 8 AZR 917/06, NZI 2008, 450 Tz. 28 ff.

²¹ 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.

zeitarbeitsmodellen²² und aus **Rentenanwartschaften**²³ sind vom Erwerber zu erfüllen, soweit sie *nach* Verfahrenseröffnung erdient wurden. Auch für Urlaubsansprüche hat der Übernehmer einzutreten, sofern sie nicht auf einen Zeitpunkt vor Verfahrenseröffnung festgelegt sind.²⁴

Uneingeschränkt anzuwenden ist § 613a Abs. 1 S. 1 BGB beim Unternehmenskauf **vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens**.²⁵ 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.²⁶ Die Betriebsveräußerung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei – weil der vorläufige Insolvenzverwalter **keine Verwertungsbefugnis** 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.

²² 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; a.A. LAG Frankfurt/M. v. 23. 8. 2006 – 8 Sa 1744/05, ZIP 2007, 391 (aufgehoben durch BAG v. 30. 10. 2008 – 8 AZR 54/07, n.v.).

²³ BAG v. 19. 5. 2005 – 3 AZR 649/03, BAGE 114, 349, 359 = ZIP 2005, 1706, 1710.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ BAG v. 20. 6. 2002 – 8 AZR 459/01, ZIP 2003, 222, 226 f.

Das **Sonderkündigungsrecht** des Insolvenzverwalters **nach § 113 InsO** hilft nicht immer über die Hürde des Personalübergangs hinweg. Ein Personalabbau vor der Unternehmensübertragung setzt nämlich zum einen voraus, dass die Masse ausreicht, um das Unternehmen zunächst fortzuführen und es in dieser Zeit für eine spätere Veräußerung attraktiv zu machen. Zum anderen findet **§ 613a Abs. 4 BGB** auch im Insolvenzverfahren Anwendung, d.h. eine im Hinblick auf den geplanten Betriebsübergang erklärte Kündigung ist unwirksam.²⁷ § 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.²⁸

Die Praxis behilft sich – mit Billigung des BAG – durch einen **dreiseitigen Aufhebungs- und Weiterbeschäftigungsvertrag** zwischen Veräußerer, Arbeitnehmer und einer **Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG)**.²⁹ 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. Deshalb dürfen weder der Insolvenzverwalter noch der Unternehmenskäufer den Arbeitnehmern ein neues Arbeitsverhältnis (beim Übernehmer) in Aussicht stellen. 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.³⁰ Ob sich die Arbeitnehmer auf dieses Wagnis einlassen, hängt maßgeblich vom Verhandlungsgeschick und der Kommunikation mit der Belegschaft ab. Dies gilt umso mehr, seitdem das BAG Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss eines sog. Tarifsozialplans zielen, für zulässig erklärt hat.³¹

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.

²⁷ BAG v. 20. 9. 2006 – 6 AZR 249/05, ZIP 2007, 595.

²⁸ BAG v. 20. 9. 2006 – 6 AZR 249/05, ZIP 2007, 595 Tz. 29 ff.

²⁹ 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.

³⁰ BAG v. 23. 11. 2006 – 8 AZR 349/06, ZIP 2007, 643 Tz. 23 f.; BAG v. 25. 10. 2007 – 8 AZR 917/06, NZI 2008, 450 Tz. 42 ff.

³¹ BAG v. 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06, ZIP 2007, 1768.

4.4.1 Rückforderung von Beihilfen

Die Rückforderungspraxis der Europäischen Kommission bei gemeinschaftsrechtswidrig gewährten Beihilfen i.S. von Art. 87 Abs. 1 EG hat sich in jüngerer Zeit **erheblich verschärft**: Unter gewissen Voraussetzungen richtet sich die Rückforderung nicht mehr nur gegen den Empfänger der Beihilfe. Auch solche Unternehmen können zur Rückzahlung verpflichtet werden, die im Zuge eines *asset deals* Vermögensgegenstände des Beihilfeempfängers erworben haben.³² 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**.³³ 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.³⁴ Im Zuge einer übertragenden Sanierung lässt sich die Beihilferückforderung nur dadurch abstreifen, dass der Erwerber einen **marktüblichen Preis für das Unternehmen** zahlt.³⁵ Der Erwerber erlangt in diesem Fall keinen Wettbewerbsvorteil, und die in dem Kaufpreis nominal enthaltene Subvention kann beim Veräußerer – durch Anmeldung der Forderung zur Tabelle³⁶ – abgeschöpft werden.

In jedem Fall sollte die Übernahme mit **größtmöglicher Transparenz** durchgeführt werden,³⁸ vor allem beim Erwerb durch konzernangehörige Gesellschaften. Denn gerade bei verbundenen Rechtsträgern liegt der Verdacht einer Veräußerung zu marktfernen Konditionen nahe.³⁹ Eine **gutachterliche Unternehmensbewertung** kann sich als hilfreich erweisen. In

³² 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.

³³ 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.

³⁴ EuGH v. 13. 11. 2008 – Rs C-214/07 (n.v.), Tz. 62.

³⁵ EuGH v. 13. 11. 2008 – Rs C-214/07 (n.v.), Tz. 57 ff.; EuGH v. 29. 4. 2004 – Rs C-277/00, ZIP 2004, 1013, Tz. 80 ff. – System Microelectronic Innovation; EuGH v. 20. 9. 2001 – Rs C-390/98, Slg. 2001, I-6117, Tz. 77 f. – H. J. Banks; vgl. auch EuGH v. 8. 5. 2003 – Rs. C-328/99, ZIP 2003, 955, Tz. 80 ff. – Seleco.

³⁶ Die Rückforderung steht entgegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auch dann im Rang einer einfachen Insolvenzforderung gem. § 38 InsO, wenn sie eigenkapitalersetzenden Charakter hat, vgl. BGH v. 5. 7. 2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103 = ZIP 2007, 1760 Tz. 24 ff.; BGH v. 5. 7. 2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129 = ZIP 2007, 1816 Tz. 23, 42.

³⁸ *Siafarikas*, KSI 2005, 24.

³⁹ Vgl. BGH v. 5. 7. 2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103 = ZIP 2007, 1760 Tz. 36 f.

der Praxis hat es sich bewährt, das zum Verkauf stehende Unternehmen nach Absprache mit der Kommission in einem **europaweiten Bieterverfahren** auszuschreiben.⁴⁰ Einer zügigen Transaktion kommt all dies freilich nicht entgegen.

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.⁴¹ 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. 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.

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. 6 KrW-/AbfG). 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.⁴² Nur wenn sich die Altlasten in einem nicht

⁴⁰ Vgl. EuGH v. 13. 11. 2008 – Rs C-214/07 (n.v.), Tz. 59.

⁴¹ EuG v. 11. 3. 1999 – T-134/94, Slg. 1999, II-239, Tz. 127 ff. – Neue Maxhütte.

⁴² BVerwG v. 22. 7. 2004 – 7 C 17/03, ZIP 2004, 1766, 1767.

übernommenen und somit nicht von der tatsächlichen Sachherrschaft des Erwerbers erfassten Unternehmensteil befinden, verbleibt die Verantwortlichkeit beim Veräußerer. Begründet das Ordnungsrecht hingegen eine **Verhaltenshaftung** (vgl. § 58 Abs. 1 BBergG), löst erst die Fortführung des belasteten Betriebs die Verantwortlichkeit des Erwerbers aus.⁴³

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.

Dagegen ist der **Erwerb vom Schuldner**, der bis zur Verfahrenseröffnung grundsätzlich über sein Vermögen Verfügungsbefugter 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.

⁴³ BVerwG v. 13. 12. 2007 – 7 C 40/07, NVwZ 2008, 583 Tz. 10 f., 16.

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. 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 2007⁴⁴ 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 Zustimmungserfordernis des § 162 InsO.⁴⁵ Da § 162 InsO *lex specialis* im Verhältnis zur allgemeinen Regelung des § 160 InsO ist,⁴⁶ kann bei Insidergeschäften die Zustimmung der Gläubigerversammlung nicht nach § 160 Abs. 1 S. 3 InsO fingiert werden.⁴⁷ Der durch § 162 InsO beabsichtigte Gläubigerschutz würde andernfalls ins Gegenteil verkehrt.

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 durchschla-

⁴⁴ BGBl. I S. 509; dazu Pape, NZI 2007, 425 ff., 481 ff.; Sternal, NJW 2007, 1909 ff.

⁴⁵ Falk/Schäfer, ZIP 2004, 1339 f.; Vallender, GmbHR 2004, 644; Bitter/Rauhut, KSI 2007, 259; Krefl/Flessner, InsO, 5. Aufl. 2008, § 162 Rdn. 3.

⁴⁶ MünchKommInsO/Görg, 2. Aufl. 2008, § 162 Rdn. 4.

⁴⁷ Bitter/Rauhut, KSI 2007, 259; a.A. Krefl/Flessner (Fn. 45), § 162 Rdn. 8.

gen.⁴⁸ 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 2007⁴⁹ hat der Gesetzgeber nunmehr auch den Erwerb *vor* dem Berichtstermin **für zulässig erklärt** und damit Rechtssicherheit in einer bislang 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.⁵⁰ 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.⁵¹

Dieser letztgenannten Auffassung hat sich auch der InsO-Reform-Gesetzgeber angeschlossen und § 158 InsO um die Befugnis zur Veräußerung erweitert.⁵² Der Insolvenzverwalter kann deshalb nunmehr 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. Klare Verhältnisse bestehen nur, bevor der Insolvenzantrag gestellt ist: Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt der Schuldner allein verfügungsberechtigt über sein Vermögen. 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 InsO (sog. schwacher vorläufiger Verwalter), ohne dessen Mitwirkung Verfügungen des Schuldner unwirksam sind (§§ 24 Abs. 1, 81 Abs. 1 S. 1 InsO). Die erforderliche Zustimmung zur Unternehmensveräußerung wird der

⁴⁸ BGH v. 25. 4. 2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353 = ZIP 2002, 1093.

⁴⁹ Vgl. Fn. 44.

⁵⁰ Menke, BB 2003, 1138 f.

⁵¹ Spieker, NZI 2002, 472 ff.; zurückhaltend Vallender, GmbHR 2004, 643.

⁵² BegrRegE, BR-Drs. 549/06, S. 39; zum Gesetzesentwurf vgl. Sternal, NZI 2006, 192; Pannen/Riedemann, NZI 2006, 195.

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. 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.⁵³

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.⁵⁴ Der **InsO-Reform-Gesetzgeber** 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 Befugnissen 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 die Gläubigerschaft verfügt vor Verfahrenseröffnung noch nicht über entscheidungsbefugte Organe.⁵⁵

Zwar eröffnen zwei jüngere Gerichtsentscheidungen Raum für vom Insolvenzgericht erteilte **Einzelermächtigungen des schwachen vorläufigen Verwalters** zu Verwertungsmaßnahmen und zur Begründung von Masseverbindlichkeiten.⁵⁶ Daraus auf die Zulässigkeit einer Unternehmensveräußerung unter Beteiligung des Insolvenzgerichts zu schließen, erscheint jedoch verfrüht.⁵⁷ Während die Entscheidung des AG Duisburg lediglich die Veräußerung der Sparte eines Großunternehmens betraf, lag dem Urteil des BGH nicht einmal ein Unternehmenskauf zugrunde. Höchstrichterlich festgestellt ist nur, dass der vorläufige Verwalter insoweit über das Schuldnervermögen verfügen darf, als dies zur Erfüllung seiner Verwaltungsaufgaben erforderlich ist. Zu diesen zählt die Verwertung des Vermögens aber grundsätzlich nicht. In einer weiteren Entscheidung konnte der BGH die Frage offenlassen.⁵⁸

⁵³ 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.

⁵⁴ *Kammel*, NZI 2000, 103 f.; *Menke*, BB 2003, 1135 ff.

⁵⁵ BegrRegE, BR-Drs. 549/06, S. 14.

⁵⁶ BGH v. 18. 7. 2002 – IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353; AG Duisburg v. 28. 7. 2002 – 62 IN 167/02, NZI 2002, 614.

⁵⁷ *Menke*, BB 2003, 1135; *Louven/Böckmann*, NZI 2004, 129 f.

⁵⁸ BGH v. 12. 1. 2006 – IX ZB 127/04, ZIP 2006, 672, 674.

Angesichts der klaren Stellungnahme des Gesetzgebers wird die Praxis künftig von der **Unzulässigkeit einer Veräußerung** durch den vorläufigen Verwalter auszugehen haben. Die Nachteile, die sich durch ein Zuwarten bis zur Verfahrenseröffnung ergeben, werden durch die Änderung des § 21 Abs. 2 InsO durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens ein wenig gemildert. Die neu angefügte Nr. 5 der 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 massengünstigen Kostenfolge der §§ 170, 171 InsO – zu gestatten.⁵⁹

5.2.1 Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO

Der Unternehmenskauf vor Verfahrenseröffnung belastet den Erwerber mit dem Risiko einer Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO. 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**.

Wichtigster 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. Nach erfolgter Anfechtung ist der **Rückzahlungsanspruch des Käufers**

⁵⁹ BegrRegE, BR-Drs. 549/06, S. 15, 26 ff.; Hagebusch/Oberle, NZI 2006, 620 f.

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)**, falls das Erfüllungsgeschäft in den anfechtungsrelevanten Zeitraum fällt. Der Anfechtbarkeit kann der Käufer daher nur entgehen, indem er das Unternehmen durch ein **Bargeschäft nach § 142 InsO** übernimmt.⁶⁰ Darin liegt allerdings ein zusätzliches wirtschaftliches Risiko für den Erwerber, da er etwaige Gewährleistungsansprüche nicht durch einen teilweisen Kaufpreiseinbehalt sichern kann. Darüber hinaus hindert auch ein Bargeschäft nicht die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung nach § 133 InsO, wenn der Käufer weiß, dass der Schuldner einen höheren Preis für das Unternehmen erzielen könnte. Vorsätzlich die Gläubiger benachteiligende Handlungen dürfen bis zu zehn Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückliegen, um der Anfechtbarkeit zu unterfallen.

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.

Ob auch die Veräußerung durch den starken **vorläufigen Verwalter** bzw. durch den gesondert ermächtigten schwachen Verwalter der Anfechtung unterliegt, ist noch nicht höchststrichterlich geklärt. § 55 Abs. 2 S. 1 InsO würde allerdings leerlaufen, wenn die Masseverbindlichkeit nach Verfahrenseröffnung wieder beseitigt werden könnte.⁶¹

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**.⁶²

⁶⁰ Wessels, ZIP 2004, 1245; Vallender, GmbHR 2004, 546.

⁶¹ Vallender, GmbHR 2004, 547; Menke, BB 2003, 1134; Louven/Böckmann, NZI 2004, 130.

⁶² Wessels, ZIP 2004, 1241 f.

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.

Soweit man es für zulässig hält, dass das Insolvenzgericht den vorläufigen Verwalter zur Veräußerung besonders ermächtigt, dürfte § 103 InsO keine Anwendung finden, weil er dem Zweck der Ermächtigung zuwiderliefe.⁶³

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.⁶⁴ 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.⁶⁵

Die übertragende Sanierung in ein Insolvenzplanverfahren einzubinden macht den Unternehmenskauf gegenüber der Veräußerung im Regelverfahren allerdings weniger flexibel, weil **störanfällig durch sich widersetzende Gläubiger**.⁶⁶ Dieser Weg führt auch zu einem erheblichen Zeitverlust, wenn der Insolvenzplan, wie vom Gesetz im Grundsatz vorgesehen, erst nach dem Berichtstermin durch den Insolvenzverwalter erstellt wird.

⁶³ *Louven/Böckmann*, NZI 2004, 130 f.; *Vallender*, GmbHR 2004, 548.

⁶⁴ *Vallender*, GmbHR 2004, 646.

⁶⁵ *Wellensiek*, NZI 2002, 238.

⁶⁶ *Wellensiek*, NZI 2002, 237 f.

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 n.F. um die Befugnis zur Veräußerung vor dem Berichtstermin bringt einen zeitlichen Vorteil von bis zu drei Monaten gegenüber dem alten Recht. Der Erwerber wird sich nunmehr noch genauer überlegen, ob er die Transaktion schon im Eröffnungsverfahren durchführen will. Dies gilt umso mehr, als der InsO-Reform-Gesetzgeber 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.⁶⁷

Zu einer außergerichtlichen übertragenden Sanierung wird dem Erwerber nur bei die Haftungsrisiken übersteigenden wirtschaftlichen Interessen zu raten sein. Ähnliches gilt für einen *share deal*.

7. Literaturauswahl

Windhöfel/Ziegenhagen/Denkhaus, Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz, 2008; Picot (Hrsg.), Unternehmenskauf und Restrukturierung, 3. Aufl. 2004; Bernsau/Höpfner/Rieger/Wahl, Handbuch der übertragenden Sanierung, 2002; Nerlich/Kreplin (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, 2006.

⁶⁷ Menke, BB 2003, 1138; Vallender, GmbHR 2004, 643.