



Moritz Kriegs

Übertragende Sanierung im Insolvenzeröffnungsverfahren

Einleitung

Nicht erst seit der letzten Wirtschafts- und Finanzmarktkrise hat der Sanierungsgedanke bei Unternehmensinsolvenzen zunehmend an Bedeutung gewonnen, um die bestmögliche Realisierung noch vorhandener Unternehmenswerte und den Erhalt möglichst vieler Arbeitsplätze zu gewährleisten. Schon mit Einführung der Insolvenzordnung (InsO) im Jahre 1999 wurde auf höhere Befriedigungsquoten für nicht bevorrechtigte Forderungen abgezielt und zu diesem Zweck in § 1 S. 1 InsO geregelt, dass alternativ zu der unter Geltung der Konkursordnung (KO) vorherrschenden Form der Unternehmensabwicklung¹ „in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen“ werden kann.

Mit dieser Regelung wurde jedoch noch keine Aussage darüber getroffen, wer Träger des nach Durchführung eines Insolvenzverfahrens weiter bestehenden Unternehmens sein soll.² Insoweit kommen zwei Möglichkeiten in Betracht: Der „Erhalt“ lässt sich zum einen dadurch bewerkstelligen, dass das Unternehmen an einen Dritten veräußert wird und die Gläubiger quotale aus dem Erlös befriedigt werden; alternativ zu dieser als „übertragende Sanierung“ bezeichneten Vorgehensweise besteht die als „Reorganisation“ bezeichnete Möglichkeit der Sanierung des insolventen Rechtsträgers selbst, der sein Unternehmen anschließend weiterführt.³

In der Praxis erfreute und erfreut sich insbesondere die erstgenannte Möglichkeit der übertragenden Sanierung großer Beliebtheit, da dabei in einem regelungstechnisch „vergleichsweise unkomplizierten Verfahren“⁴ nach einstweiliger Fortführung und anschließender Veräußerung des Unternehmens zumeist nicht nur der Zerschlagungswert der Unternehmensaktiva, sondern oft auch ein nennenswert darüber liegender Verkaufserlös zugunsten der Insolvenzmasse des insolventen Rechtsträgers realisiert werden kann. Der Käufer kann von der übertragenden Sanierung seinerseits insoweit profitieren, als sich ihm die Chance bietet, ein noch sanierungsfähiges Unternehmen frei von den beim schuldnerischen Unternehmensträger verbleibenden Verbindlichkeiten zu einem niedrigen Kaufpreis zu erwerben.

1 Siehe etwa BGH NJW 1980, 55; *Kilger*, KTS 1989, 495.

2 *Noack*, FS Zöllner, 411, 414.

3 *Noack*, FS Röhrich, 455, 456; *derselbe*, FS Zöllner, 411, 414.

4 *Strümpell*, S. 14.

In jüngerer Zeit wurde eine übertragende Sanierung etwa bei der medial viel beachteten Insolvenz der Drogeriemarktkette „Schlecker“ erwogen, in diesem Fall dann aber von den Gläubigern aus dem Grund abgelehnt, dass die Angebote der Erwerbsinteressenten deutlich unter den Zerschlagungswerten lagen.⁵

Die allgemeine Beliebtheit der übertragenden Sanierung spiegelt sich auch in einer vom Zentrum für Insolvenz und Sanierung (ZIS) und der Euler Hermes Kreditversicherungs-AG durchgeführten Studie aus dem Jahr 2007 wider.⁶ Die im Rahmen dieser Studie befragten Insolvenzverwalter gaben an, dass je nach Unternehmensgröße bei 32–56 % der in die Insolvenz geratenen Unternehmen eine übertragende Sanierung möglich sei.⁷ Von *Undritz* wird an anderer Stelle angegeben, „weit über 90 %“ der erfolgreichen Restrukturierungen infolge eines Insolvenzverfahrens würden im Wege einer übertragenden Sanierung erfolgen.⁸

Die Sanierung mittels eines Insolvenzplanverfahrens hingegen fristet bislang eher ein Schattendasein und wurde in besagter Studie des ZIS und der Euler Hermes Kreditversicherungs-AG in nur 6–10 % der Insolvenzen für möglich erachtet⁹, obwohl das Rechtsinstitut des Insolvenzplanverfahrens vom Rechtsausschuss des deutschen Bundestages bei seiner Einführung im Jahre 1999 noch als „Kernstück der Reform“ bezeichnet wurde.¹⁰ Auch wenn das auf einen Insolvenzplan abzielende Verfahren mit dem am 1.3.2012 in Kraft getretenen Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen („ESUG“) nunmehr deutlich vereinfacht sein soll (vor allem durch die vereinfachte Durchführbarkeit des so genannten Debt-Equity-Swap und eine Beschränkung der Möglichkeiten für die Gläubiger und Gesellschafter, die Rechtskraft des Insolvenzplans durch Rechtsmittel zu blockieren), bleibt die systembedingte Komplexität des Planverfahrens bestehen.¹¹ Es ist daher zu erwarten, dass das Insolvenzplanverfahren auch künftig der Verfolgung bestimmter Zwecke (Großverfahren, Schuldnerinitiative, Erhalten rechtsträgerspezifischer Berechtigungen) vorbehalten bleibt.¹²

5 Spiegel Online vom 01.06.2012, „Entscheidung der Gläubiger – Schlecker wird zerschlagen“, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/glaebiger-faellen-entscheidung-ueber-schlecker-a-836435.html> (zuletzt abgerufen am 12.08.2013).

6 Euler Hermes, Rettung aus der Insolvenz.

7 Euler Hermes, Rettung aus der Insolvenz, S. 8.

8 *Undritz*, ZGR 2010, 201, 205.

9 Euler Hermes, Rettung aus der Insolvenz, S. 8.

10 *Balz/Landfermann*, Vor § 217 InsO, S. 460.

11 *Jacoby*, DB 2011, M 1.

12 *Jacoby*, DB 2011, M 1.

Einen entscheidenden Faktor für das Gelingen einer übertragenden Sanierung stellt der Zeitpunkt ihrer Vornahme dar.¹³ In der Praxis hat sich weitgehend diejenige Vorgehensweise etabliert, dass das schuldnerische Unternehmen im Eröffnungsverfahren durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter fortgeführt und erst *nach* der sich anschließenden Verfahrenseröffnung veräußert wird. Gleichwohl lässt sich eine Nachfrage nach der Möglichkeit zur Unternehmensveräußerung nach Antragstellung, aber noch *vor* der Verfahrenseröffnung ausmachen. So wird immer wieder die Wichtigkeit einer zügigen Lösung des Unternehmens vom schuldnerischen Rechtsträger geäußert¹⁴, um es schnellstmöglich von dem Makel der Insolvenz befreit unter der Regie eines gesunden Rechtsträgers fortführen zu können, da nur so essenzielle Arbeitnehmer und Vertragspartner „bei der Stange“¹⁵ gehalten werden können.¹⁶

Über Fälle aus der Praxis, in denen es tatsächlich zu einer Unternehmensveräußerung bereits im Eröffnungsverfahren gekommen ist, gibt es bislang allerdings wenig zu berichten. Größere Bekanntheit hat insoweit der Erwerb des weltweiten Kühlturmgeschäfts von der im Eröffnungsverfahren befindlichen Babcock Borsig AG durch das US-Unternehmen SPX Corporation im Jahre 2002 erlangt, bei dem nach Einschätzung der Erwerberberater „juristisches Neuland“ betreten wurde.¹⁷

Diese Zurückhaltung lässt sich nicht zuletzt darauf zurückführen, dass gerade insolvenzverfahrensspezifische Vorteile bei einer übertragenden Sanierung vor Verfahrenseröffnung noch nicht genutzt werden können.

So sind zum Beispiel wichtige der Veräußerungsfähigkeit des Unternehmens zuträgliche Maßnahmen der Arbeitnehmerrestrukturierung erst ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen der dann eintretenden Modifikation des Arbeitsrechts in erleichterter Weise durchführbar.¹⁸ Insbesondere können aufgrund der Vorschrift des § 128 InsO so genannte „Veräußerungskündigungen nach

13 *Classen*, BB 2010, 2898, 2899; *Wellensiek*, NZI 2002, 233; *Wrede*, S. 28.

14 Aus jüngerer Zeit siehe etwa Euler Hermes, Rettung aus der Insolvenz, S. 9.

15 *Grub*, ZIP 1993, 393.

16 Im Einzelnen zu den tatsächlichen Beweggründen für eine übertragende Sanierung im Eröffnungsverfahren siehe Teil 2 I.

17 Juve vom 22.9.2002, „Linklaters: juristisches Neuland bei Beratung von Babcock Borsig-Tochter“, abrufbar unter <http://www.juve.de/nachrichten/deals/2002/09/linklaters-juristisches-neuland-bei-beratung-von-babcock-borsig-tochter> (zuletzt abgerufen am 12.08.2013).

18 *Heckschen*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Kapitel O. Rn. 68; *Rahden*, in: Borchardt/ Frind, Rn. 1920.

Erwerberkonzept¹⁹ ab Verfahrenseröffnung unter erleichterten Bedingungen vorgenommen werden. Der Insolvenzverwalter spricht dabei bereits vor dem Betriebsübergang betriebsbedingte Kündigungen im Hinblick auf das von dem zukünftigen Betriebsinhaber geplante Rationalisierungskonzept aus und stützt sie damit auf dringende betriebliche Erfordernisse, die sich erst zukünftig nach dem Betriebsübergang ergeben.²⁰ Der Betrieb kann also bereits vor der Betriebsveräußerung auf die Bedürfnisse des Erwerbers umgestellt werden.²¹ Nur dann aber, wenn solche Kündigungen vom Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung ausgesprochen werden, greift die den Kündigungsschutz modifizierende Regelung des § 128 InsO. Das bedeutet, der Insolvenzverwalter kann wegen § 128 Abs. 1 S. 1 InsO betriebsbedingte Kündigungen aussprechen und ihre Wirksamkeit unter den erleichterten Bedingungen der §§ 125 ff. InsO klären, obwohl die zur Sanierung erforderliche Betriebsänderung erst nach der Betriebsveräußerung durchgeführt wird.²² Darüber hinaus erstreckt sich gemäß § 128 Abs. 2 InsO die Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO oder die Feststellungswirkung des § 126 Abs. 1 S. 1 InsO auch darauf, dass die Kündigung nicht „wegen des Betriebsübergangs“ erfolgte und so auch nicht nach § 613a Abs. 4 S. 1 BGB unwirksam ist.²³

Ein weiterer gegen die Übertragung vor Verfahrenseröffnung sprechender Aspekt betrifft die Finanzierbarkeit der Unternehmensfortführung im Vorfeld der übertragenden Sanierung. Die vorläufige Fortführung des schuldnerischen Unternehmens, die einer übertragenden Sanierung gewissermaßen erst „den Weg ebnet“²⁴, kann oftmals nur mit Hilfe der Vorfinanzierung von Insolvenzgeld gelingen.²⁵ Denn durch den Einsatz dieses Finanzierungsmittels wird trotz fehlender Liquidität des Schuldnerunternehmens sichergestellt, dass die Arbeitnehmer ihre Löhne und Gehälter pünktlich erhalten und sie sich voll und ganz

19 Siehe dazu auch BAG NZA 2003, 1027; *Rahden*, in: Borchardt/Frind, Rn. 2146 ff.

20 *Koblitz*, S. 81; *Windhöfel/Ziegenhagen/Denkhaus*, Rn. 603.

21 *Hamacher*, in: Nerlich/Römermann, § 128 Rn. 62; *Heckschen*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Kapitel O. Rn. 73.

22 *Andres*, in: Andres/Leithaus, § 128 Rn. 2; *Eisenbeis/Mues*, in: Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, Kap. 8 Rn. 364; *Hamacher*, in: Nerlich/Römermann, § 128 Rn. 65.

23 *Andres*, in: Andres/Leithaus, § 128 Rn. 8; *Hamacher*, in: Nerlich/Römermann, § 128 Rn. 74.

24 *Göttsch*, in: Borchardt/Frind, Rn. 1032; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster, § 14 Rn. 24.

25 Zum Instrument der Insolvenzgeldvorfinanzierung siehe etwa *Göttsch*, in: Borchardt/Frind, Rn. 1032 ff.; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster, § 12 Rn. 56 ff.; *Strümpell*, S. 37 ff.

in den fortzuführenden Betrieb einbringen.²⁶ Im Vorfeld einer übertragenden Sanierung im Eröffnungsverfahren scheidet eine Fortführung unter Zuhilfenahme der Insolvenzzgeldvorfinanzierung allerdings aus. Der Insolvenzzgeldanspruch gelangt gemäß § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III nämlich erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Entstehung. Wird das Unternehmen nun aber gar nicht bis zu diesem Zeitpunkt fortgeführt, sondern zuvor durch den vorläufigen Insolvenzverwalter veräußert, entstehen dementsprechend auch keine Ansprüche auf Insolvenzzgeld, die von einer Bank vorfinanziert werden könnten.

Grundlegend ist die Zurückhaltung gegenüber der übertragenden Sanierung im Eröffnungsverfahren aber auf die schon unter Geltung der KO entstandene und bis heute andauernde Kontroverse zu der Frage zurückzuführen, ob ein Sequester bzw. heute vorläufiger Insolvenzverwalter angesichts des vorläufigen Charakters des Eröffnungsverfahrens überhaupt befugt ist, das schuldnerische Unternehmen oder Teile desselben zu veräußern. Neben dieser zentralen Problematik der Zulässigkeit stellt sich auf Erwerberseite die Frage nach der Insolvenzzfestigkeit eines möglichen Erwerbs aus dem Eröffnungsverfahren und nach einer eventuellen Haftung für Altverbindlichkeiten des schuldnerischen Rechtsträgers, soll deren Übernahme durch das Instrument der übertragenden Sanierung doch gerade verhindert werden.

Die vorliegende Abhandlung leistet einen Beitrag zu dieser Kontroverse über Bedeutung, Zulässigkeit und Rechtsfolgen einer übertragenden Sanierung im Eröffnungsverfahren. Aktuellen Anlass dazu bieten nicht zuletzt die Änderungen, die die InsO durch das ESUG erfahren hat.

Durch die im Zuge des ESUG gemäß §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a, 22a InsO neu geschaffene Möglichkeit der Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses erhalten die Gläubiger nämlich erstmals im deutschen Konkurs- und Insolvenzrecht bereits im Eröffnungsverfahren und vom ersten Tag eines Verfahrens an Leistungs- und Teilhaberechte als Ausfluss der ihnen zugewiesenen Verfahrenszielbestimmung sowie als Verbürgung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG.²⁷

Angesichts dieser Neuregelung drängt sich eine der zentralen Fragen der vorliegenden Abhandlung auf, nämlich ob mit der nunmehr gegebenen Möglichkeit zur frühzeitigen Einbindung der Gläubiger in verfahrensleitende Entscheidungen ihnen gegenüber eine Rechtfertigung dafür geschaffen wurde, eine Veräußerung des schuldnerischen Unternehmens bereits im Eröffnungsverfahren

26 *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, in: *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, § 12 Rn. 56.

27 *Haarmeyer*, in: *MüKo-InsO*, § 22a Rn. 1.

zulassen zu können. Stellungnahmen dazu finden sich in der Literatur bislang nicht, wenngleich auch dort bereits der frische Wind erkannt wurde, den das ESUG in die Diskussion über die Zulässigkeit einer übertragenden Sanierung im Eröffnungsverfahren gebracht hat. *Rhein* etwa fragt erwartungsvoll, „inwiefern sich aufgrund der durch das ESUG vorgesehenen Einrichtung eines vorläufigen Gläubigerausschusses neue Möglichkeiten für Unternehmensverkäufe im Eröffnungsverfahren ergeben werden“.²⁸ Auch *Marotzke* wirft die Frage auf, ob „jetzt [nach ESUG] etwa auch schon während des Eröffnungsverfahrens eine Unternehmensveräußerung oder -stilllegung zulässig sein (soll), wenn der vorläufige Gläubigerausschuss gemäß oder analog §§ 158, 160 InsO zustimmt“.²⁹

Der Gang der Untersuchung sieht vor, im ersten Teil die Begrifflichkeit der übertragenden Sanierung und die hinter ihr stehende Rechtstechnik vorzustellen. Sodann wird im zweiten Teil der Abhandlung erarbeitet, welche tatsächlichen Beweggründe es geben kann, das schuldnerische Unternehmen bereits im Stadium des Eröffnungsverfahrens zu veräußern. Im Anschluss daran folgt die Untersuchung, inwieweit ein im Einzelfall bestehendes tatsächliches Bedürfnis zur Übertragung des Unternehmens im Eröffnungsverfahren in Einklang mit den rechtlichen Vorgaben der InsO zu bringen ist. Dazu wird die Frage nach der Zulässigkeit der übertragenden Sanierung im Eröffnungsverfahren diskutiert und von der Frage nach der Wirksamkeit des Erwerbs abgegrenzt.

Im dritten Teil werden die für den Unternehmenserwerber mit einer übertragenden Sanierung im Eröffnungsverfahren verbundenen Risiken beleuchtet. Dazu zählen zum einen die insolvenzrechtlichen Risiken der späteren Anfechtung der Unternehmensveräußerung nach den §§ 129 ff. InsO sowie der „Erfüllungsablehnung“ gemäß § 103 InsO bei noch nicht vollständiger Erfüllung des Unternehmenskaufvertrages im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung. Zum anderen droht dem Erwerber eine Haftung nach den §§ 25 HGB, 75 AO und § 613a BGB, die dementsprechend auf ihre Anwendbarkeit bei einem Unternehmenserwerb im Eröffnungsverfahren untersucht werden.

Den Abschluss der Untersuchung bildet eine Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse.

28 *Rhein*, in: Eilers/Koffka/Mackensen, Kap. III 1. Rn. 43.

29 *Marotzke*, DB 2012, 560, 562.