



Wolfgang Ott

Unternehmenskauf aus der Insolvenz

Ein Praxisleitfaden

2. Auflage



Wolfgang Ott

Unternehmenskauf aus der Insolvenz

Wolfgang Ott

Unternehmenskauf aus der Insolvenz

Ein Praxisleitfaden

2., überarbeitete
und erweiterte Auflage



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

1. Auflage 2005
- 2., überarbeitete und erweiterte Auflage 2011

Alle Rechte vorbehalten
© Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011

Lektorat: Stefanie A. Winter

Gabler Verlag ist eine Marke von Springer Fachmedien.
Springer Fachmedien ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.
www.gabler.de



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkellOpka Medienentwicklung, Heidelberg
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier
Printed in Germany

ISBN 978-3-8349-2612-8

Vorwort

Die freundliche Aufnahme der Erstauflage 2005 hat den Verlag veranlasst, eine zweite Auflage in Angriff zu nehmen. Hierfür zunächst herzlichen Dank, insbesondere Frau Stefanie Winter, die die zweite Auflage in souveräner und konstruktiver Weise betreut hat.

Allein die Anzahl wichtiger Gesetzesnovellen der letzten fünf Jahre rechtfertigte eine gründliche Überarbeitung. So sind mit Blick auf den „Unternehmenskauf aus der Insolvenz“ zu nennen:

- Das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13.04.2007 (BGBl. I 2007, S. 509), das in seinen wesentlichen Passagen zum 01.07.2007 in Kraft getreten ist. Neben einer Reihe verfahrensrechtlicher Vorschriften hat die Gesetzesnovelle im Wesentlichen die Legalisierung des Unternehmenskaufs aus der Insolvenz bereits vor dem Berichtstermin gebracht. In diesem Zusammenhang wurde auch klargestellt, dass ein Verkauf während des Eröffnungsverfahrens unzulässig ist.
- Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 1982), das eine zunächst bis zum 31.12.2010 befristete Rückkehr zum modifizierten, zweistufigen Überschuldungsbegriff brachte, der bereits vor Inkrafttreten der InsO (01.01.1999) galt. Die Übergangsregelung wurde mit Gesetz vom 24.09.2009 (BGBl. I 2009, S. 3151) bis zum 31.12.2013 verlängert.
- Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBl. I 2008, S. 2026, welches zum 01.11.2008 in Kraft trat. Das Gesetz hat für die Insolvenzpraxis erhebliche Bedeutung, da es insbesondere die – bislang gesellschaftsrechtlich determinierte – Eigenkapitalersatzproblematik von Gesellschafterleistungen inhaltlich modifiziert und auf eine allein mit insolvenzrechtlichem Instrumentarium zu lösende Grundlage stellt. Für den Unternehmenskauf aus der Insolvenz allerdings hat diese Änderung der Gesetzeslage nur marginale Bedeutung.
- Die nächste große Gesetzesreform der Insolvenzordnung steht u. a. durch den Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen („ESUG“) vor der Tür. Der im Sommer 2010 (Bearbeitungsstand: 30.06.2010) vorgestellte Diskussionsentwurf (Diske-ESUG, NZI Beilage zu Heft 16/2010; ZIP, Beilage zu Heft 28/2010) soll Regelungen einführen, die insbesondere das Institut der Eigenverwaltung sowie das Insolvenzplanverfahren, für den Unternehmenskauf aus der Insolvenz zentrale Regelwerke, für die Rechtspraxis attraktiver, will heißen „anwenderfreundlicher“ machen sollen. Auch weitere Themen wie die Auswahl des Insolvenzverwalters oder ein Konzerninsolvenzrecht stehen auf der Reformagenda der jetzigen Bundesregierung. Wie schnell und in welcher Fassung die Reformvorhaben dann Gesetz werden, bleibt abzuwarten.

Die Insolvenzordnung mit ihrer inzwischen 33. Änderung seit ihrer Verabschiedung am 05.10.1994, davon nicht weniger als neun Gesetzesänderungen, die bereits vor ihrem Inkrafttreten am 01.01.1999 zum Tragen kamen, bleibt wohl auch in Zukunft die befürchtete gesetzgeberische „Baustelle“, gar eine „Dauerbaustelle“.¹

Hinzu kommt eine nach wie vor lebhaft obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung, die bisweilen die gesetzgeberischen Aktivitäten erst auslöst. Die Entwicklung der Rechtsprechung ist und bleibt wohl auch in Zukunft ein Indikator für zu erwartende Aktivitäten des Gesetzgebers.

Der Dynamik der Rechtsentwicklung kann sich auch die Neuauflage des Praxisleitfadens nicht entziehen. Dies, obgleich auch die zweite Auflage an dem Konzept festhält, kein vertieftes rechtliches Fachwissen vermitteln zu wollen, sondern den interessierten Leser wie Manager, potenzielle Investoren, wirtschaftliche Berater, in allgemein verständlicher Weise mit den Besonderheiten des Unternehmenskaufs aus der Insolvenz vertraut zu machen. Im Vordergrund steht das Verständnis der Gesamtumstände und rechtlichen wie wirtschaftlichen Zusammenhänge sowie praktischen Abläufe, in die der Kauf eines insolventen, aber operativ noch tätigen Unternehmens in einem beantragten und eröffneten Insolvenzverfahren eingebunden ist. Es geht um die allgemeine Herangehensweise eines ernsthaft interessierten Käufers, um generelle Verhandlungsvorbereitung und Regelungsschwerpunkte, nicht um die vertragliche Gestaltung im konkreten Einzelfall. Hierzu gibt es umfangreiche, hervorragende Fachliteratur und zu beachtende, höchstrichterliche Rechtsprechung, auf die, soweit für das Verständnis angezeigt, jeweils ergänzend verwiesen wird.

Das Ausscheiden von Burkard Göpfert als Mitautor hat hierbei auch eine Änderung des Gesamtkonzeptes ausgelöst. Nicht mehr der dualistische Ansatz aus Verkäufer- und Käufersicht steht im Vordergrund, sondern eine durchgängige Sichtweise, geprägt durch rechtliche und wirtschaftliche Sachzwänge, denen der (vorläufige) Insolvenzverwalter beim Unternehmenskauf aus der Insolvenz nolens volens unterworfen ist. So sind insbesondere die Kapitel 6 bis 9 völlig neu gefasst worden. Zum besseren Verständnis sollen auch Fallbeispiele, meist aus der langjährigen Praxis des Verfassers als Insolvenzverwalter beitragen.

Möge der Praxisleitfaden auch in seiner zweiten Auflage dazu beitragen, die ebenso komplexen wie nach wie vor spannenden Fragen im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf aus der Insolvenz transparenter und verständlicher zu machen. Für Anregungen, gar kritische Anmerkungen sei bereits an dieser Stelle gedankt.

¹ So Vallender und Pape bereits 2003/2007; Nachweise und Bestätigung bei: Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1 (2)

Für wichtige Hinweise und kritische Durchsicht des Manuskripts schulde ich meinen Kollegen Sabine Prager, Dr. Christian Schmitt und Dr. Theo Rezbach Dank. Frau Susann Weiß hat, wie seit Jahren bei anderen Veröffentlichungen, mit gewohnter Zuverlässigkeit und Sachkenntnis das Manuskript betreut – auch hierfür herzlichen Dank!

München, im Januar 2011

Wolfgang Ott

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis.....	13
Einleitung	17
1 Ausgangslage	21
1.1 Unternehmen in der Krise	23
1.1.1 Krisenfall.....	23
1.1.2 Fortgeführtes Krisenunternehmen.....	24
1.2 Insolvenzspezifische Besonderheiten	25
1.2.1 Faktor „Zeit“	25
1.2.2 Von der Akquisition zur Umsetzung	27
1.2.3 Information und Ansprechpartner.....	30
1.2.3.1 Information über das Schuldnerunternehmen.....	30
1.2.3.2 Ansprechpartner.....	30
1.3 Chancen und Risiken	35
2 Kaufinteresse und Kaufinteressent	37
2.1 Kaufmotivation	37
2.2 Kaufinteressent	37
2.2.1 „Schnäppchenjäger“	37
2.2.2 Strategischer Investor.....	38
2.2.3 Finanzinvestor.....	39
2.2.4 Management Buy Out (MBO).....	40
2.2.5 Family Offices.....	41
3 Kaufgegenstand und Kaufmodalitäten	43
3.1 Kaufgegenstand	43
3.1.1 Gesellschaft.....	43
3.1.2 Unternehmen.....	44
3.1.3 Betrieb/Betriebsteil.....	44
3.1.4 Beteiligungen.....	44
3.2 Kaufmodalitäten	45
3.2.1 Insolvenzplanverfahren.....	45
3.2.1.1 Exkurs: Einstellung des Insolvenzverfahrens	50
3.2.1.2 Gesellschaftsrechtliche Fragen.....	51
3.2.1.2.1 Kapitalmaßnahmen	51
3.2.1.2.2 Gesellschaftsrechtliche Fortführungsbeschlüsse.....	53
3.2.1.3 Steuerrechtliche Fragen.....	54
3.2.2 Vermögenskauf (Asset-Deal)	56
3.2.3 Anteilskauf (Share-Deal).....	58

3.3	Branchenspezifische Besonderheiten	59
3.3.1	Krankenhäuser.....	59
3.3.2	Sozialeinrichtungen	60
3.3.3	Freiberufler.....	61
3.3.4	Börsennotierte Aktiengesellschaft	63
3.4	Verbundene Unternehmen (Konzern)	64
4	Von der Unternehmenskrise zum Insolvenzverfahren	67
4.1	Unternehmenskrise	68
4.1.1	Strategische Krise	69
4.1.2	Vermögens-/Ertragskrise.....	70
4.1.3	Liquiditätskrise.....	71
4.2	Eröffnungsverfahren (Antragsverfahren).....	72
4.2.1	Antragsrechte, Antragspflichten.....	72
4.2.2	Eröffnungsgründe	73
4.2.2.1	Zahlungsunfähigkeit.....	73
4.2.2.2	Überschuldung	74
4.2.2.3	Drohende Zahlungsunfähigkeit.....	76
4.2.3	Verfahrensrechtliche Hinweise	76
4.2.4	Allgemeine Sicherungsmaßnahmen.....	77
4.2.5	Vorläufige Insolvenzverwaltung	78
4.2.5.1	Vorläufige (schwache) Insolvenzverwaltung	79
4.2.5.2	Vorläufige (starke) Insolvenzverwaltung.....	82
4.2.6	Gutachterauftrag	86
4.3	Eröffnetes Insolvenzverfahren	86
4.4	Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters.....	89
5	Handlungsräume des (vorläufigen) Insolvenzverwalters	93
5.1	Gläubigerautonomie	94
5.1.1	Eröffnungsverfahren.....	96
5.1.2	Eröffnetes Verfahren.....	97
5.2	Rechtliche Handlungsräume	99
5.2.1	Eröffnungsverfahren.....	99
5.2.2	Eröffnetes Verfahren.....	100
5.3	Wirtschaftliche Handlungsräume.....	101
5.3.1	Betriebsfortführung.....	102
5.3.2	Liquiditätsplanung.....	106
5.4	Zielkonflikte: Interessenspolarität.....	108
5.4.1	Gläubigergleichbehandlung und „gemeinsames Interesse“ der Insolvenzgläubiger.....	109
5.4.2	Aus- und absonderungsberechtigte Gläubiger.....	111
5.4.3	Arbeitnehmer und deren institutionelle Vertreter	113
5.4.4	Kaufpreis und/oder Arbeitsplätze	114

6	Vorbereitung der Kaufverhandlungen.....	117
6.1	Interessenbekundung.....	117
6.2	Vertraulichkeit.....	119
6.3	Due Diligence.....	120
6.3.1	Informationslage.....	120
6.3.2	Prüfungszeitraum.....	121
6.3.3	Prüfungsfokus.....	122
6.3.4	Prüfungsverfahren.....	122
6.4	Angebot/Bonität.....	123
6.5	Exklusivität.....	124
7	Vertragsverhandlungen.....	125
7.1	Verhandlungszeitraum.....	125
7.2	Insolvenzzweckwidrigkeit und Anfechtung.....	128
7.3	Wesentliche Vertragsinhalte.....	129
7.3.1	Bestimmtheit des Kaufgegenstandes.....	130
7.3.2	Wichtige Vertragsbeziehungen, insbesondere Dauerschuldverhältnisse.....	132
7.3.3	Abgrenzungsfragen.....	133
7.3.4	Gewährleistung.....	134
7.3.5	Wettbewerbsrechtliche Fusionskontrolle.....	135
7.3.6	Rückforderung von öffentlichen Beihilfeleistungen.....	136
7.3.7	Formalien.....	137
8	Sanierungspotenziale.....	139
8.1	Voraussetzung: Kooperation.....	140
8.2	Sonderrechte.....	141
8.2.1	Gegenseitige Verträge, §§ 103 – 105 InsO.....	141
8.2.2	Bestimmte Schuldverhältnisse ohne Erfüllungswahlrecht.....	143
8.2.3	Miet- oder Pachtverhältnisse.....	144
8.3	Dienstverhältnisse.....	146
8.3.1	Personalmanagement.....	146
8.3.2	Arbeitsrecht und Betriebsübergang.....	147
8.3.2.1	Anwendungsbereich und EU-Harmonisierung.....	148
8.3.2.2	Grundtatbestand des § 613 a BGB.....	148
8.3.2.3	Einschränkungen in der Insolvenz.....	153
8.3.2.4	Kündigung und Betriebsübergang.....	155
8.3.2.5	Betriebsübergang und kollektivarbeitsrechtliche Normen.....	156
8.3.3	Interessenausgleich und Sozialplan.....	158
9	Vertragsabschluss und Umsetzung.....	161
9.1	Insolvenzspezifische Vorbehalte – Zustimmungsverfahren.....	161
9.2	Zustimmungspflichtige Rechtshandlungen.....	163

9.2.1	§ 160 InsO	163
9.2.2	§ 162 InsO	163
9.2.3	§ 163 InsO	164
9.3	Checkliste: „Wesentliche Vertragsinhalte“	164
9.4	Vertragsumsetzung	168
10	Begleitende Maßnahmen in der Umsetzungsphase	171
10.1	Betriebsinterne Informationspolitik	171
10.2	Marktinformation	173
10.3	Allgemeine Öffentlichkeitsarbeit	174
11	Exkurs: Eigenverwaltung	175
11.1	Geplanter Regelungsinhalt (DisKE-ESUG)	176
11.2	Eigenverwaltung als idealtypische Ergänzung eines ganzheitlichen Sanierungsinstrumentariums	178
11.2.1	Modellfall	178
11.2.2	Sanierung als ganzheitliche Aufgabe	178
11.2.3	Ganzheitliche Sanierungsstrategie	180
Glossar	183
Literaturhinweise	189
Stichwortverzeichnis	197
Der Autor	201

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AmtsG	Amtsgericht
AnSVG	Anlegerschutzverbesserungsgesetz
AO	Abgabenordnung
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
B.	Beschluss
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMF	Bundesminister der Finanzen
BörsG	Börsengesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
DiskE-ESUG	Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen – Stand: 30.06.2010
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift

DStR	Deutsches Steuerrecht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EStG	Einkommenssteuergesetz
etc.	et cetera, und so weiter
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f. ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FG	Finanzgericht
FN	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau
gem.	gemäß
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
InsO	Insolvenzordnung
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit

JuS	Juristische Schulung
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KStG	Körperschaftssteuergesetz
M & A	Merger and Acquisition, Unternehmenszusammenschluss und -erwerb
MBO	Management Buy Out
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
Mio.	Million(en)
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungsreport Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
Ref.-E	Referentenentwurf
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
Rn.	Randnummer
ROI	Return on Investment
S.	Seite, Satz
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	so genannt
s. o.	siehe oben

s. u.	siehe unten
TUG	Transparenzrichtlinien-Umsetzungsgesetz
U.	Urteil
u. a.	und andere/s, unter anderem/n
UStG	Umsatzsteuergesetz
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung
WpAIV	Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZVI	Zeitschrift für Verbraucherinsolvenzrecht

Einleitung

Öffentlichkeitswirksame Fälle haben in letzter Zeit den „Unternehmenskauf aus der Insolvenz“ weiter an das allgemeine Tageslicht befördert und etwas dem Schattendasein entrissen, das er selbst bei der wirtschaftlich interessierten Öffentlichkeit bislang führte: Der spannende und letztlich erfolgreiche Poker um Karstadt (Arcandor), das (weitgehende) Scheitern im Falle von Grundig und Quelle, das – fast märchenhafte – Auftreten einer indischen Retterin für Escada – all dies ist nur die Spitze des Eisberges von jährlich zu verzeichnenden „Unternehmenskäufen aus der Insolvenz“. Die meisten Fälle wecken – dann allerdings umso lebhafter – Interesse nur bei den unmittelbar Betroffenen, (vorläufigem) Insolvenzverwalter und Käufer einerseits, Mitarbeitern des betroffenen Schuldnerunternehmens sowie Kunden, Lieferanten und natürlich den wirtschaftlich primär von der Insolvenz betroffenen Gläubigern andererseits. Viele Versuche einer Sanierung durch Insolvenz, belegt durch einen erfolgreichen „Unternehmenskauf aus der Insolvenz“, gelingen, etliche scheitern aber auch. Die Gründe für das Scheitern sind vielfältig: Oftmals ist das Schuldnerunternehmen für den Markt nicht (mehr) attraktiv genug, Kaufinteressenten anzulocken. Immerhin darf nicht vergessen werden, dass einer Unternehmensinsolvenz auch und immer noch die Funktion zufällt, eine bisweilen notwendige Marktberreinigung durchzuführen. Jedoch dürfte es bei fast jedem Unternehmen, insbesondere wenn es sich um traditionsreiche Firmen handelt, noch Betriebe und Betriebsteile geben, die eine Fortführung durch Übernahme sinnvoll erscheinen lassen. Scheitert ein Verkauf in diesen Fällen, so liegt dies oftmals daran, dass zu lange bis zur Stellung des Insolvenzantrages gewartet wurde, das Schuldnerunternehmen also bereits zu tief in der Krise steckte, bisweilen wurde aber auch zu wenig professionell bei dem Verkaufsprozess vorgegangen. Die besondere Situation, in der Gespräche und Verhandlungen geführt werden, ist den Kaufinteressenten und auch ihren Beratern nicht hinlänglich bekannt. Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten werden nur unzureichend genutzt, Sanierungspotenziale, welche die Insolvenzordnung bietet, zu wenig ausgeschöpft. Der Zeitdruck, unter dem die Verhandlungen in der Regel stehen, wird oftmals als taktisches Manöver des (vorläufigen) Insolvenzverwalters hingestellt, welchem man durch besonders langwierige, verzögernde Verhandlungen am besten zu begegnen glaubt. Gerade dies kann bei einem zu ausgedehnten Poker um Kaufgegenstand und Kaufpreis letztlich zum Scheitern der Verhandlungen insgesamt führen.

Der Leitfaden versucht, den gesamten Anbahnungs- und Verkaufsprozess chronologisch darzustellen und so für ernsthaft interessierte Investoren verständlicher zu machen. Es wird zunächst die Ausgangslage (Kapitel 1) referiert, die der bis dahin mit dem Schuldnerunternehmen nicht vertraute (vorläufige) Insolvenzverwalter vorfindet. Sie ist meist geprägt von Ratlosigkeit im Management, Demotivation bei den Mitarbeitern, wenig Transparenz in den Geschäftsbüchern sowie deutlichen Vertrauensverlusten am Markt. Umso wichtiger ist es, schnell und konstruktiv in Gespräche und Verhandlungen einzutreten und damit positive Signale zu senden. Hierfür sind Kaufinteresse und Beweggründe des Kaufinteressenten offenzulegen und zu analysieren. Da es sich bei dem Kaufgegenstand um ein noch tätiges Unternehmen handelt, das meist attraktive, aber auch den Markt

weniger interessierende Geschäftsfelder beackert, müssen sich die Gesprächspartner rasch über den Kaufgegenstand sowie die sich aus seiner Festlegung ergebenden Kaufmodalitäten einig werden. Dabei treten branchenspezifische Besonderheiten auf, die zu beachten sind (Kapitel 3). Dass das Schuldnerunternehmen seit längerem in der Krise steckt, ehe es zum Insolvenzantrag kam, liegt auf der Hand. Für den ernsthaften Kaufinteressenten liefert eine erste Krisenanalyse sowie der bisherige Verlauf des vorläufigen Insolvenzverfahrens wertvolle Hinweise, wie tief und ernst die Schwierigkeiten des Schuldnerunternehmens tatsächlich sind (Kapitel 4). Die Gespräche und Verhandlungen werden dadurch sehr erleichtert, dass in den Grundzügen die wirtschaftlichen und rechtlichen Handlungsräume des (vorläufigen) Insolvenzverwalters transparent gemacht werden. Gleiches gilt für die Zielkonflikte, in welchen sich der (vorläufige) Insolvenzverwalter aufgrund teils divergierender Gläubigerinteressen befindet. Nur ein Ausleuchten dieser Situation ermöglicht dem Kaufinteressenten zu unterscheiden, ob die vom (vorläufigen) Insolvenzverwalter vorgetragenen Gründe verhandlungstaktischer Natur sind oder die Verhandlungsvorbereitungen sowie die Verhandlungen bis zu Abschluss und Umsetzung des Kaufvertrages tatsächlich in der mitgeteilten Weise determinieren (Kapitel 5).

Die Vorbereitungen der Kaufverhandlungen müssen sich angesichts der oftmals desolaten Informationslage beim Schuldnerunternehmen, aber auch des bestehenden Zeitdrucks auf wesentliche Themen fokussieren. Das ansonsten beim normalen Unternehmenskauf extensive Prüfungsverfahren reduziert sich meist auf wesentliche Teile des zu übernehmenden Aktivvermögens. Selbst hierbei sind bleibende Informationslücken oftmals nicht zu vermeiden (Kapitel 6). Die Vertragsverhandlungen selbst sollten zügig, am besten bereits während der vorläufigen Insolvenzverwaltung aufgenommen und idealiter bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens weitgehend abgeschlossen werden. Dabei ist es ratsam, sich auf wesentliche Vertragsinhalte zu konzentrieren (Kapitel 7). Entscheidende Bedeutung kommt der Nutzung bestehender Sanierungspotenziale zu. Diese liegen nicht nur in oftmals notwendigen Maßnahmen zur Personalanpassung im Rahmen eines planenden, auf die wohlüberlegten Bedürfnisse der Zielgesellschaft ausgerichteten Personalmanagements. Sie bestehen auch im Bereich von gegenseitigen Verträgen sowie gewissen Dauerschuldverhältnissen (Kapitel 8). Dass auch der (vorläufige) Insolvenzverwalter einer deutlichen Kontrolle durch das Insolvenzgericht, von diesem eingeschalteten externen Prüfer sowie nicht zuletzt den Gläubigern unterliegt, machen die kraft Gesetzes zustimmungspflichtigen Rechtshandlungen deutlich. Diese sind bei Vertragsabschluss sowie seiner Umsetzung zu beachten (Kapitel 9). Letztlich spielt die Informationspolitik – bei Unternehmenskäufen gleich welcher Größenordnung – eine entscheidende Rolle. Wird hier von den Parteien des Kaufvertrages abgestimmt und offensiv – jenseits betriebsverfassungsrechtlicher Notwendigkeiten – informiert, schafft dies bei den Beteiligten Vertrauen und letztlich Zustimmung. Die Umsetzung des Verhandlungsergebnisses wird hierdurch deutlich erleichtert (Kapitel 10). Nicht zuletzt veranlassen die gesetzgeberischen Bemühungen um eine Belebung der Eigenverwaltung sowie die Entschlackung des Insolvenzplanverfahrens – bei aller Vorläufigkeit des derzeitigen Diskussionsstandes – einen Exkurs zu diesem auch für den Unternehmenskauf aus der Insolvenz bedeutsamen insolvenzrechtlichen Instrumentarium (Kapitel 11). Sollte die Rechtspraxis die mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 01.01.1999 meist ungenutzten Möglichkeiten zur Unternehmenssanierung durch Insolvenz

mit über 10-jähriger Verspätung doch noch annehmen, böten sich auch für den Unternehmenskauf aus der Insolvenz in einem Restrukturierung und Insolvenz ganzheitlich begreifenden Ansatz zur Krisenbewältigung hervorragende Perspektiven.

1 Ausgangslage

Der Kauf von Unternehmen aus der Insolvenz ist kein neues Phänomen jüngster Rechtspraxis, wie dies die gesamtwirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahre insbesondere in Deutschland vermuten ließe. Bereits die Konkursordnung vom 10.02.1877 (KO)² ließ ausreichend gesetzlichen Spielraum für Transaktionen von konkursbefangenen Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, wenngleich sie sich den Verkauf des insolventen Unternehmens – und damit seinen Erhalt – nicht ausdrücklich zur Aufgabe machte. Ihr erklärtes Ziel war die „gemeinschaftliche Befriedigung“, § 3 Abs. 1 KO, aller Konkursgläubiger, was nach den ursprünglichen Vorstellungen durch Zerschlagung des Schuldnervermögens und Verteilung des Erlöses an die Konkursgläubiger zu erfolgen hatte. Erst der bald 40 Jahre später aufgekommene Gedanke eines Zwangsvergleichs sollte das sanierungsfähige und sanierungswürdige Schuldnerunternehmen vor der Zerschlagung bewahren.³ Damit war gleichzeitig auch der gesetzgeberische Impuls zur Unternehmenssanierung durch den Kauf von Unternehmen aus der Insolvenz gelegt. Die Praxis hat dann über die Jahre schrittweise die notwendigen handwerklichen Instrumente für erfolgreiche Unternehmenskäufe aus der Insolvenz entwickelt, nämlich den Unternehmenskauf in Gestalt des Vermögenskaufs (Asset-Deal).

Diese Entwicklung fand jedoch zunächst im Stillen statt. Das Wissen um die Techniken bei Unternehmenskäufen aus der Insolvenz war im Wesentlichen Insiderwissen: Unternehmerisch denkende und handelnde Konkursverwalter stießen auf Kaufinteressenten, welche die Chance erkannten und nutzen, ihr Portfolio zu günstigen Konditionen sinnvoll zu erweitern oder strategisch zu ergänzen. So konnten insolvente Unternehmen, Betriebe oder zumindest Betriebsteile erhalten und durch Verkauf an einen neuen Rechtsträger auf eine neue, tragfähige Grundlage gestellt werden (übertragende Sanierung) – im Erfolgsfalle ein Gewinn für beide Seiten.

An dieser Situation hat sich auch unter der seit dem 01.01.1999 geltenden Insolvenzordnung (InsO) vom 05.10.1994 überraschend wenig geändert. Zwar hat die InsO den „Erhalt des Unternehmens“, § 1 Satz 1 InsO, nunmehr ausdrücklich zu einem wichtigen gesetzgeberischen Ziel erklärt. An dem hierzu in der Praxis eingesetzten Instrumentarium zum Erhalt des insolventen Unternehmens hat sich jedoch wenig geändert. Das vom Gesetzgeber zum Erhalt des insolventen Unternehmens eigens geschaffene Insolvenzplanverfah-

² Konkursordnung vom 10.02.1877 (RGBl. S. 351, in Kraft getreten am 01.10.1879 als Teil der sog. „Reichsjustizgesetze“)

³ Erstmals postuliert in der Bekanntmachung des Reichsrates zur Abwendung von Konkursen vom 08.08.1914, die zur – in der Rechtspraxis wenig erfolgreichen – Vergleichsordnung vom 26.02.1935 führte.