

II. Vertragsgestaltung

BARBARA WÖSSNER/JAN HANSEN

1. Einleitung

a) Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Für den Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz bestehen – wie im Allgemeinen – grundsätzlich zwei Möglichkeiten, die im Folgenden übersichtsartig dargestellt werden¹. 1

aa) Übertragende Sanierung im Wege des Asset Deal

Eine Möglichkeit, das Unternehmen frei von seinen Verbindlichkeiten zu erwerben, stellt der Erwerb der Vermögensgegenstände (Assets) dar². Der Asset Deal wird auch als „**übertragende Sanierung**“ bezeichnet, weil das Unternehmen von seinem insolventen Rechtsträger getrennt und auf einen neuen Rechtsträger übertragen wird³. 2

Anders als beim „normalen“ Unternehmenskauf geht es beim Unternehmenskauf in der Krise oder Insolvenz des Unternehmensträgers in der Regel nicht darum, das Unternehmen mit allen Rechten und Pflichten zu veräußern und den Erwerber in vollem Umfang an die Stelle des bisherigen Unternehmensträgers treten zu lassen. Verpflichtungen will der Erwerber vielmehr nur insoweit übernehmen, als sie im Rahmen komplexer Vertragsverhältnisse unlösbar mit den Aktiva verbunden sind, wie dies z. B. bei längerfristigen Lieferverträgen, Lizenzverträgen, Pachtverträgen u. Ä. der Fall ist.

bb) Share Deal

Auch das Unternehmen in der Krise kann im Wege des **Anteilserwerbs** (Share Deal) erworben werden. Da der Rechtsträger des Unternehmens erworben wird, bleiben neben allen Verbindlichkeiten unverändert auch die Vertragsverhältnisse und Vermögenswerte beim Rechtsträger erhalten, die im Wege der Einzelrechtsnachfolge nicht ohne weiteres erworben werden können⁴. 3

cc) Betriebsübernahmegesellschaft als Kombination

Die Betriebsübernahmegesellschaft stellt eine Zwischenform zwischen Asset- und Share Deal dar. Der Insolvenzverwalter überträgt zunächst die 4

1 Zu der Entscheidung zwischen den einzelnen Möglichkeiten vgl. Kap. XIII.

2 Diese Option wird unter Kap. II, Rn. 11 ff. näher dargestellt.

3 Dazu *Schmerbach/Staufenbiel*, ZInsO 2009, 458, 458; *Köchling*, ZInsO 2007, 690, 691; *Kuhn*, ZNotP 2008, 308, 311.

4 Der Share Deal wird unter Kap. II, Rn. 45 ff. näher dargestellt.

erhaltenswerten Teile des Unternehmens im Wege des Asset Deal auf eine neu gegründete Gesellschaft („Betriebsübernahmegesellschaft“) und veräußert in der Folge die Beteiligung an dieser an einen Investor. Dies bietet sich etwa an, wenn das Unternehmen zunächst stabilisiert werden soll oder wenn sich anfangs kein Interessent findet.

dd) Alternativen zum Unternehmenskaufvertrag

- 5 Eine Übertragung der Vermögenswerte des Unternehmens in der Krise ist auch durch eine **Verschmelzung** möglich. Das Unternehmen in der Krise kann z. B. auf eine finanzkräftige Gesellschaft eines Investors verschmolzen werden. Eine **Spaltung** des Rechtsträgers ermöglicht eine sinnvolle Aufteilung des Unternehmens anhand seiner Geschäftsbereiche oder eine Trennung in eine operative Gesellschaft und eine Grundbesitzgesellschaft. Umwandlungsmaßnahmen sind zeitintensiv und bedürfen einer gewissenhaften Vorbereitung. Zudem eignen sie sich wegen der Gesamtrechtsnachfolge oder der fünfjährigen Nachhaftung im Falle der Spaltung (§ 133 UmwG) nur dann, wenn der ursprüngliche Rechtsträger – unter Beibehaltung aller Verbindlichkeiten – saniert werden soll⁵. Diese Maßnahmen kommen daher eher dann in Betracht, wenn sich das betreffende Unternehmen noch nicht in einer *akuten* Krise oder der Insolvenz befindet⁶.
- 6 Daneben kommt ein **Debt-Equity-Swap** in Betracht. Dabei erwirbt ein Investor notleidende Darlehensforderungen und bringt diese im Wege einer Sachkapitalerhöhung in die Gesellschaft ein⁷. Die Forderungen des Investors erlöschen durch Konfusion und die passivierungspflichtigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft werden gemindert, die Überschuldung also reduziert oder beseitigt. Eine Unterbilanz kann durch eine gleichzeitig vorzunehmende Kapitalherabsetzung bereinigt werden (Kapitalschnitt). Damit können künftige Gewinne eher wieder ausgeschüttet werden. Zudem wird die Beteiligung der Altgesellschafter zu Gunsten des neu eintretenden Investors verwässert, was dazu führen kann, dass die Altgesellschafter sich gegen die Durchsetzung der notwendigen Kapitalmaßnahmen stellen. Gefahren bestanden bisher vor allem wegen der Nachschusspflicht, die den Übernehmer der neuen Geschäftsanteile traf, falls die Bewertung der Forderungen – z. B. angesichts der Krise der Gesellschaft – fehlerhaft war⁸. Im Insolvenzverfahren war der Debt-Equity-Swap bislang nur schwer durchsetzbar, da die Vielzahl der erforderlichen gesellschaftsrechtlichen

5 Hermanns, in: Buth/Hermanns (Hrsg.), § 14, Rn. 8 f.

6 Picot/Aleth, in: Picot (Hrsg.), S. 1205.

7 Schmerbach/Staufenbiel, ZInsO 2009, 458, 459, Debt-Equity-Swap auch realisierbar mit Anleihegläubigern oder anderen inhaltsgleichen Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen, wenn 75 % dieser Gläubiger dies in der Gläubigerversammlung beschließen, vgl. Windhöfel/Ziegenhagen/Denkhaus, 15 ff.

8 Schmerbach/Staufenbiel, ZInsO 2009, 458, 459.

Beschlüsse und Maßnahmen mühsam mit den nicht immer sanierungswilligen Gesellschaftern verhandelt werden musste.

Mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)⁹ soll der Debt-Equity-Swap künftig im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens erleichtert werden¹⁰. Die Anteilsrechte des schuldnerischen Unternehmens werden gemäß § 225 InsO n.F. in den Insolvenzplan einbezogen. Alle für den Debt-Equity-Swap erforderlichen Willenserklärungen der Gesellschafter werden durch die Erklärungen im Insolvenzplan ersetzt. Darüber hinaus wird die Nachzahlungs- oder Haftungspflicht der neuen Gesellschafter bei falscher Bewertung gemäß § 254 Abs. 4 InsO n.F. ausgeschlossen.

b) Ablauf

Für die Verhandlungen des Unternehmenskaufs gelten – etwa hinsichtlich der erforderlichen **Vertraulichkeitsvereinbarung** oder des Abschlusses eines **Letter of Intent** – keine Besonderheiten¹¹. In der Regel erfolgt der Verkauf allerdings unter großem Zeitdruck. Ein strukturierter Veräußerungsprozess¹² wird sich daher regelmäßig nicht durchführen lassen.

Dem Unternehmenskauf kann der Abschluss eines **Unternehmenspachtvertrages durch eine Auffanggesellschaft** vorausgehen, um dem Erwerber die Möglichkeit zu geben, das Unternehmen kennenzulernen und seine Überlebensfähigkeit zu prüfen. In diesem Fall bietet sich die Vereinbarung einer Kaufoption oder eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts an¹³.

c) Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz

Den Veräußerer treffen hinsichtlich des zu verkaufenden Unternehmens gerade dann weitreichende Aufklärungspflichten, wenn sich dieses am Rande der Zahlungsfähigkeit bewegt. Der Erwerber muss sich unbedingt über die Verhältnisse des Unternehmens – insbesondere etwa Ertragslage und Zahlungsfähigkeit – im Klaren sein. Andernfalls droht dem Veräußerer eine Haftung nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen¹⁴. Die Aufklärung ist zu Beweis Zwecken schriftlich zu dokumentieren.

⁹ Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 07.12.2011 (ESUG), BGBl. 2011, Teil 1 Nr. 64, S. 2582 ff.

¹⁰ Zum Debt-Equity-Swap im ESUG Meyer/Degener, BB 2011, 846 ff.; Brinkmann, WM 2011, 97 ff.; Schmidt, K., BB 2011, 1603 ff.; Bay/Seeburg/Böhmer, ZInsO 2011, 1927 ff.

¹¹ Zum Ganzen ausführlich unter anderem Jobsky, in: Buth/Hermanns, S. 406 ff.

¹² Striwe, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, § 9 Rn. 52.

¹³ Vgl. hierzu unten Kap. II Rn. 74; vgl. Striwe, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, § 9 Rn. 78 ff.

¹⁴ BGH, ZIP 2001, 918, dazu Wagner, DStR 2002, 958 ff.

2. Übertragende Sanierung im Wege des Asset Deal

a) Zeitliche Aspekte

- 11 Die übertragende Sanierung kann im Vorfeld der Insolvenz oder im eröffneten Insolvenzverfahren vorgenommen werden. Ein Share Deal wird hingegen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Regel ausscheiden, weil der Rechtsträger des Unternehmens durch das Insolvenzverfahren aufgelöst ist und nach dem Insolvenzverfahren vollbeendet und im Handelsregister gelöscht wird¹⁵.
- 12 Bei einem Kauf **im Vorfeld der Insolvenz** sind die Risiken zu bedenken, die bei einer späteren Insolvenz des Veräußerers drohen: Zum einen das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters bei nicht vollständig erfüllten Verträgen und zum anderen eine mögliche Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO. Die Vermeidung möglicher Wahl- oder Anfechtungsrechte eines späteren Insolvenzverwalters ist Aufgabe der Vertragsgestaltung.
- 13 Die **Zulässigkeit einer Unternehmensveräußerung bereits im Insolvenzeröffnungsverfahren**¹⁶ ist heftig umstritten. Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 1. Halbsatz InsO ist der vorläufige Insolvenzverwalter zur Betriebsfortführung verpflichtet. Eine Stilllegung des Unternehmens ist nur unter engen Voraussetzungen mit Zustimmung des Insolvenzgerichts möglich, § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 2. Halbsatz InsO. Im Hinblick auf eine rechtssichere Gestaltung ist daher empfehlenswert – soweit dies im Einzelfall möglich ist –, im Eröffnungsverfahren den Unternehmenskaufvertrag nur zu verhandeln, mit seinem Abschluss aber zu warten, bis das Insolvenzverfahren eröffnet ist. Dies gilt auch für den Fall, dass ein so genannter „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist¹⁷. Falls ein Vertragsschluss aus wirtschaftlichen Gründen früher erforderlich sein sollte, kann dieser unter der aufschiebenden Bedingung der späteren Verfahrenseröffnung und der Zustimmung der Gläubigerversammlung erfolgen.
- 14 Nach **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** können bei der Gestaltung des Unternehmenskaufs mögliche Vorteile Berücksichtigung finden, die sich aus den Rechtsfolgen der Insolvenz oder den besonderen Befugnissen des Insolvenzverwalters ergeben, wie z. B. bestimmte Erleichterungen für einen Personalabbau. Ob statt eines Regelinsolvenzverfahrens ein Insolvenzplanverfahren stattfindet, macht für den Erwerber im Rahmen der Vertragsge-

15 Anders nur im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens gem. §§ 217 ff. InsO. Vgl. dazu *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: *Fleischer/Goette, GmbHG*, § 24 Rn. 287 ff. m. w. N.; vertiefend *Braun/Uhlenbruck*, S. 423 ff.

16 Vgl. Näheres zum Unternehmenskauf aus dem Insolvenzeröffnungsverfahren Kap. X insbesondere Rn. 6 ff. und Kap. IX Rn. 104 zu etwaigen Zustimmungserfordernissen beim Insolvenzeröffnungsverfahren.

17 Hierzu Kap. X Rn. 6 ff.

staltung kaum einen Unterschied¹⁸. Im Insolvenzplanverfahren besteht allenfalls etwas mehr Gestaltungsspielraum¹⁹.

b) Besonderheiten im Unternehmenskaufvertrag

aa) Vorbemerkung

In der Vorbemerkung nutzt der **Insolvenzverwalter** regelmäßig die Gelegenheit, den Zustand des Unternehmens und seine häufig nur beschränkten Möglichkeiten, den Erwerber über das Unternehmen zu informieren, festzuhalten. Er dokumentiert so die Erfüllung seiner Aufklärungspflichten über diesen Zustand²⁰. Der Insolvenzverwalter achtet in der Regel auch darauf, die Gründe für den von ihm gewählten Sanierungsweg darzulegen, um eine persönliche Haftung zu vermeiden²¹. 15

Für den **Erwerber** bietet sich die Gelegenheit, die besonderen Umstände des Einzelfalls darzulegen, die etwa zeitliche oder sachliche Einschränkungen für die Due Diligence mit sich gebracht haben. Falls es hinsichtlich bestimmter zu erwerbender Vermögensgegenstände auf den gutgläubigen Erwerb ankommen sollte, kann der Erwerber so den Vorwurf entkräften, er habe die wahren Eigentumsverhältnisse grob fahrlässig verkannt (vgl. § 932 Abs. 2 BGB)²². Die tatsächlich beschränkte Möglichkeit der Erhebung der entscheidungsrelevanten Umstände kann auch im Rahmen der **business judgement rule** (§ 43 GmbHG; § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG) eine Rolle spielen. Wenn Vorstand oder Geschäftsführung unter Abwägung der mangelnden Informationsmöglichkeiten einerseits und der Chancen des Geschäfts andererseits bewusst das Risiko einer „günstigen Gelegenheit“ nutzen, handelt das Organ dann nicht pflichtwidrig, wenn es sich um eine unternehmerische Entscheidung handelt. Auch die Frage, welche Tatsachengrundlage für eine solche Entscheidung des Leitungsorgans erforderlich ist, ist der Abwägung im Rahmen der *business judgement rule* zugänglich: Ist die Entscheidung höchstteilbedürftig, kann auch eine summarische Prüfung ausreichen²³. Anderes gilt, wenn eine sorgfältige Due Diligence zwar aufgrund der Umstände möglich gewesen wäre, aber – insoweit pflichtwidrig – unterlassen wurde. 16

¹⁸ Zu den unterschiedlichen Zustimmungserfordernissen vgl. unten Kap. IX Rn. 44 ff., 101.

¹⁹ Ausführlich zum Insolvenzplanverfahren etwa *Windhöfel/Ziegenhagen/Denkhaus*, Rn. 127 ff.

²⁰ *Hölzle*, DStR 2004, 1433, 1435.

²¹ *Hölzle*, DStR 2004, 1433, 1435; *Allert/Seagon*, S. 50.

²² Näher hierzu Kap. III Rn. 8.

²³ *Spindler*, in: Goette/Habersack, § 93 Rn. 47.

bb) Kaufgegenstand

(1) Grundsatz

- 17** Bei den zu übertragenden Vermögensgegenständen ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach den Rechten Dritter zu differenzieren, die bezüglich dieser Vermögensgegenstände bestehen. Soweit **Absonderungsrechte** (Sicherungseigentum, zur Sicherheit abgetretene Forderungen, Pfandrechte) bestehen, ist der Insolvenzverwalter selbst zur Verwertung befugt (§ 166 InsO). Vermögensgegenstände, an welchen **Aussonderungsrechte** nach § 47 InsO (z. B. bei Eigentumsvorbehalt) bestehen, darf der Insolvenzverwalter hingegen nicht übertragen²⁴; statt des Eigentums kann er nur ein etwaiges Anwartschaftsrecht an diesen Vermögensgegenständen abtreten. Sollte der Insolvenzverwalter dennoch über das Eigentum an solchen Gegenständen verfügen, so ist der Erwerber auf den gutgläubigen Erwerb angewiesen. Daneben bestehen unter Umständen Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter, den grundsätzlich die Pflicht trifft, erkennbar nicht zur Insolvenzmasse gehörende Sachen nicht zu verwerten oder zu beschädigen²⁵.
- 18** Hat der Erwerber Kenntnis von Absonderungsrechten an wesentlichen Vermögensgegenständen, bietet es sich an, direkt mit den Rechtsinhabern zu verhandeln. Insbesondere bei Grundstücken, für die Grundpfandrechte bestellt sind und an denen damit Absonderungsrechte bestehen, werden regelmäßig direkte Verhandlungen mit dem Gläubiger geführt. Dabei kann beispielsweise vereinbart werden, ob ein Grundpfandrecht bestehen bleibt oder durch den Erwerber abgelöst wird²⁶. Im Hinblick auf weniger bedeutende Vermögenswerte kann vereinbart werden, dass der Insolvenzverwalter etwaige Drittrechte, wie z. B. Eigentumsvorbehalte an Gegenständen des Umlaufvermögens, durch Zahlung ablöst.
- #### (2) Wesentliche Vermögensgegenstände und Auffangklausel
- 19** Ziel des Erwerbers sollte es sein, sich mit dem Insolvenzverwalter auf die wesentlichen, zu erwerbenden Vermögensgegenstände zu einigen. Diese sind einzeln in einer Liste zu bezeichnen und somit ausdrücklich als Kaufgegenstand verkauft und übertragen.
- 20** Neben den Vermögensgegenständen, die ausdrücklich als Kaufgegenstand aufgeführt sind, ist es aus Erwerbersicht, wie grundsätzlich bei jedem Asset Deal, von Vorteil, zusätzlich eine **Auffangklausel** vorzusehen. Damit wird eine schuldrechtliche Verpflichtung des Verkäufers begründet, sämtliche dem Unternehmensbereich zuzuordnenden Vermögenswerte zu übertragen, selbst wenn sie nicht ausdrücklich als Kaufgegenstand im Vertrag auf-

²⁴ Vgl. auch Kap. IX Rn. 46.

²⁵ Siehe nur Weitzman, in: Schmidt, A., § 60 Rn. 19ff.

²⁶ Zur Verwertung von Grundstücken in der Praxis vgl. Lwowski/Tetzlaff, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner, § 165 Rn. 177 ff.

geführt sind. Eine solche Auffangklausel führt nach Ansicht des *OLG Hamm*²⁷ zur Beurkundungspflicht des Unternehmenskaufvertrags gem. § 311b Abs. 3 BGB.

Wenn der Insolvenzverwalter bei der Bestimmung der zu veräußernden Gegenstände darauf bestehen sollte, dass sich die Verpflichtung nur auf solche Vermögensgegenstände bezieht, die im **Eigentum des Schuldners** stehen („ausgenommen sind Gegenstände im Eigentum Dritter“, „verkauft werden die [folgenden] Gegenstände des Sachanlagevermögens des Schuldners“), so ist dies für den Erwerber insofern problematisch²⁸, als ein gutgläubiger Erwerb möglicherweise von vornherein ausgeschlossen wird. Zudem verstößt eine **Übertragung** einer Sachgesamtheit, die von den Eigentumsverhältnissen an den einzelnen Sachen abhängt, gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz und wäre damit **unwirksam**. 21

Aus Erwerbersicht sollte daher umgekehrt darauf hingewirkt werden, dass der Insolvenzverwalter Vermögenswerte, von welchen bekannt ist, dass sie in fremdem Eigentum stehen, ausdrücklich als „ausgeschlossene Vermögenswerte“ vom Kaufgegenstand ausnimmt. Die zu übertragenden Gegenstände dürfen hingegen **nicht anhand der Eigentumsverhältnisse qualifiziert** werden. 22

Soweit dennoch Vermögensgegenstände an den Erwerber übergeben werden, an welchen **Rechte Dritter** bestehen, kann – bei entsprechenden wirtschaftlichen Voraussetzungen – vereinbart werden, dass der Insolvenzverwalter nachträglich bekanntwerdende Rechte Dritter an solchen Vermögensgegenständen ablöst, also etwa den Kaufpreis für den unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Gegenstand an den Lieferanten bezahlt²⁹. Alternativ kann eine Klausel vorgesehen werden, wonach der Erwerber so belastete fremde Vermögensgegenstände an den Insolvenzverwalter herauszugeben hat, der sich dann mit dem Dritten auseinandersetzt. Der Wert des Vermögensgegenstands kann vom Erwerber von einem für diesen Zweck zurückbehaltenen Garantiebetrug auf einem Treuhandkonto abgezogen werden³⁰. In diesen Fällen kommt es dann auf einen möglichen gutgläubigen Erwerb nicht an. 23

Wird ein zur Insolvenzmasse gehörendes **Grundstück** erworben, ist daran zu denken, den Insolvenzvermerk im Grundbuch löschen zu lassen. Dies kann der Insolvenzverwalter schon im (beurkundungspflichtigen, § 311b Abs. 1 BGB) Kaufvertrag bewilligen und beantragen³¹.

²⁷ OLG Hamm, NZG 2010, 1189.

²⁸ OLG Celle, ZIP 2002, 993, 995.

²⁹ *Allert/Seagon*, S. 54 f.

³⁰ Vgl. hierzu unten, Kap. II Rn. 63.

³¹ *Striewe*, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, § 9 Rn. 83.

(3) Gutgläubiger Erwerb

- 24** Soweit dem Erwerber Vermögensgegenstände übereignet werden, an welchen Rechte Dritter bestehen, ist grundsätzlich ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb möglich, wenn der Erwerber an beweglichen Sachen **Eigenbesitz erlangt**³². Dabei ist es eine Frage des Einzelfalls, inwieweit der Erwerber im Hinblick auf die Regelung des § 932 Abs. 2 BGB dazu verpflichtet ist, Nachforschungen über die Eigentumsverhältnisse anzustellen. Regelmäßig wird es ausreichen, wenn er sich vom Insolvenzverwalter versichern lässt, dass bestimmte wesentliche Vermögenswerte im Eigentum des Schuldners stehen³³. Eine solche Versicherung des Insolvenzverwalters sollte bestenfalls auch in den Kaufvertrag aufgenommen werden. Noch größere Sicherheit erlangt der Erwerber, wenn der Insolvenzverwalter für das Eigentum des Schuldners einsteht, indem er die Übertragung lastenfreien Eigentums vertraglich garantiert. Als zusätzliche salvatorische Klausel kann aufgenommen werden, dass die mögliche Mitveräußerung von Vermögensgegenständen, die nicht im Eigentum des Schuldners stehen, auf die Wirksamkeit des Vertrags und den Verkauf und die Übertragung der anderen Vermögensgegenständen keine Auswirkung hat, und ggf. dass dies auch keine Schadensersatzansprüche auslöst.

cc) Übergehende Verträge

- 25** Zum **Vertragsübergang** ist die Zustimmung aller Vertragspartner erforderlich. Soweit bestimmte Verträge für das Unternehmen wesentlich sind, kann beispielsweise über eine aufschiebende Bedingung sichergestellt werden, dass der Erwerb des Unternehmens nur erfolgt, wenn die betreffenden Vertragspartner solch wichtiger Verträge dem Übergang ihrer Verträge auf den Erwerber zustimmen. Bei bestimmten Unternehmen ergibt sich der Wert des Geschäftsbetriebs im Wesentlichen aus bestimmten Großaufträgen oder Rahmenverträgen (z. B. Zulieferer in der Automobilindustrie). In diesen Fällen, oder wenn etwa eine Vielzahl von Endkundenverträgen vorliegt (z. B. Mobilfunkunternehmen), sollte ein Share Deal erwogen werden. Dies gilt auch in Fällen, in denen eine Genehmigung dem Unternehmensträger erteilt wurde, wie etwa die Zulassung von Unternehmen zum Börsenhandel³⁴.
- 26** Im Zusammenhang mit den mit Verträgen übergehenden **Forderungen** ist zu regeln, von wem sie eingezogen werden³⁵. Festgelegt werden sollte auch, wer die Verantwortung für die Kommunikation mit den Vertragspartnern und Schuldnern des Unternehmens übernimmt; regelmäßig werden im

32 Striewe, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, § 9 Rn. 40.

33 OLG Celle, ZIP 2002, 993, 995; OLG Oldenburg, MDR 1995, 430; vgl. allgemein zur Nachforschung Quack, in: Säcker/Rixecker, § 932 Rn. 46; vgl. auch Kap. III Rn. 8.

34 Vgl. zu öffentlich-rechtlichen Erlaubnissen oder Genehmigungen auch Kap. IX Rn. 43.

35 Vallender, GmbHR 2004, 642, 647.

Außenverhältnis Veräußerer und Erwerber nach Möglichkeit gemeinsam auftreten.

Soll ein **Miet-, Pacht- oder Leasingvertrag** übernommen werden, ist das Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters gem. § 109 InsO in die taktischen Überlegungen einzubeziehen, das diesem gegenüber dem Vermieter eine starke Verhandlungsposition verschafft und somit möglicherweise Kosten reduzieren hilft. Soweit der Vermieter dem Übergang des Mietverhältnisses nicht zustimmt, kann für eine Übergangszeit ein Untermietverhältnis mit dem Insolvenzverwalter vereinbart werden, wenn dies der Mietvertrag zulässt³⁶. Ähnliches gilt für **Geschäftsbesorgungsverträge** mit dem Schuldner (§§ 115, 116 InsO). 27

dd) Gewerbliche Schutzrechte und Firma

Besondere Aufmerksamkeit kommt im Rahmen der übertragenden Sanierung der kaufvertraglichen Übertragung der **handelsrechtlichen Firma** zu. Diese fällt als immaterielles Vermögensrecht grundsätzlich in die Insolvenzmasse. Umstritten ist, inwieweit der Insolvenzverwalter die Befugnis zur Firmenfortführung auch **ohne die Zustimmung des Insolvenzschuldners** übertragen kann³⁷. 28

Um Verwechslungen möglichst auszuschließen, ist sicherzustellen, dass der veräußernde Rechtsträger seine Firma ändert. So kann der bisherigen Firma der Zusatz „Abwicklungsgesellschaft“ auch durch den Insolvenzverwalter hinzugefügt werden, ohne dass ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist. Dies sollte im Kaufvertrag geregelt werden³⁸. 29

Gewerbliche Schutzrechte wie Marken und Patente sind zwar Bestandteil der verwertbaren Insolvenzmasse, können aber nicht gutgläubig erworben werden. Außerdem sind sie häufig mit Sicherungsrechten belastet; ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters gem. § 166 InsO besteht nicht. Sie sollten daher Gegenstand einer gründlichen Prüfung im Rahmen der Due Diligence sein. Darüber hinaus sollte gegebenenfalls vom Insolvenzverwalter verlangt werden, mit den Inhabern der Sicherungsrechte über eine Ablösung zu verhandeln. Die Ablösung dieser Rechte kann – je nach Bedeutung – als aufschiebende Bedingung für die Übertragung der Vermögenswerte ausgestaltet werden. 30

Bei **Lizenzverträgen** des Schuldners als Lizenznehmer wird danach unterschieden, ob es sich um eine einfache oder ausschließliche Lizenz handelt. In beiden Fällen ist aus unterschiedlichen Gründen umstritten, ob die Lizenz übertragbar ist. Im Falle der ausschließlichen Lizenz wird man der herrschenden Meinung folgen können und davon ausgehen, dass diese

36 Striewe, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, § 9 Rn. 110.

37 Vgl. hierzu näher unter Kap. IX Rn. 105 dort insbesondere Buchst. b).

38 Striewe, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, § 9 Rn. 91.

als Teil der Insolvenzmasse grundsätzlich übertragbar ist³⁹, sofern nicht vertragliche Beschränkungen, wie ein Abtretungsverbot, bestehen oder der Insolvenzverwalter gem. § 103 InsO bereits die Nichterfüllung des Lizenzvertrages gewählt hat⁴⁰. Ist die Lizenz von wesentlicher Bedeutung für den Geschäftsbetrieb, ist abzuwägen, ob sicherheitshalber die Zustimmung des Lizenzgebers zur Übertragung eingeholt werden sollte. Bei der einfachen Lizenz geht die herrschende Meinung davon aus, dass diese rein schuldrechtlicher Natur ist und nur der vertragliche Anspruch zur Insolvenzmasse gehört, nicht aber die Lizenz⁴¹.

ee) Übergehende Verbindlichkeiten

- 31 Im Rahmen eines Asset Deals wird der Erwerber regelmäßig nicht daran interessiert sein, Verbindlichkeiten des Unternehmens zu übernehmen. Tatsächlich kann der Insolvenzverwalter mit dem Erwerber nicht die Übernahme einzelner Verbindlichkeiten vereinbaren, weil dies dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger der Gesellschaft widerspräche. Wenn einzelne Gläubiger voll befriedigt werden, weil die Verbindlichkeit vom Erwerber übernommen wird, macht sich der Insolvenzverwalter unter Umständen schadensersatzpflichtig. Die Insolvenzmasse wird nämlich durch die Veräußerung von Vermögensgegenständen verkürzt, während die Gegenleistung oder Teile davon nur wenigen Gläubigern zugute kommen, da der Kaufpreis um den Betrag der übernommenen Verbindlichkeiten reduziert ist oder insoweit aufgerechnet wird⁴².
- 32 Die Übernahme von Verbindlichkeiten bietet sich nur dann an, wenn ein Vermögensgegenstand übernommen wird, an welchem **dingliche Rechte** eines Gläubigers bestehen (z. B. Grundpfandrecht am Betriebsgrundstück). Diese Gläubiger sind in diesem Fall ohnehin absonderungsberechtigt; ihre bevorzugte Befriedigung ist daher keine Benachteiligung der anderen⁴³.

ff) Zahlungsmodalitäten

- 33 Bei der Kaufpreisgestaltung sind verschiedene Aspekte zu beachten. Der verkaufende Insolvenzverwalter wird seine Untergrenze regelmäßig anhand des **Zerschlagungswertes** des Unternehmens bestimmen – dies ist der vom Erwerber zu zahlende „Mindestkaufpreis“. Demgegenüber steht das Ziel des Insolvenzverwalters bei den Verhandlungen über den Kaufpreis, eine möglichst hohe Quote im Insolvenzverfahren zu erreichen, wobei er in jedem Fall die verbleibenden und noch zu befriedigenden Mas-

39 Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 254 m. w. N.

40 Näher zum Erfüllungswahlrecht bei Lizenzverträgen, auch bei ausschließlichen vgl. Kap. VII Rn. 47.

41 Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 254 m. w. N.

42 Hölzle, DStR 2004, 1433, 1434.

43 Hölzle, DStR 2004, 1433, 1434.