



R

Rittershaus

IfUS Sanierungskonferenz

2019

RITTERSHAUS

IfUS Sanierungskonferenz 2019

Der Verkauf von Unternehmensteilen in der Krise

Dr. Martin Bürmann, Rechtsanwalt
Kristina R. Lindenfeld, Rechtsanwältin

Heidelberg, den 13. September 2019

Themenbereiche

- A. Allgemeine Überlegungen
- B. Sicherheiten
- C. Arbeitnehmer
- D. § 25 HGB, § 75 AO
- E. Insolvenzanfechtung
- F. Neue Rechtsprechung: Exkulpation des
Mitgeschäftsführers durch Ressortaufteilung

A. Allgemeine Überlegungen

Grundkonstellation

- Besondere Risiken für Käufer
- Alternative: Kauf nach Eröffnung Insolvenzverfahren
- Vorteile für Käufer:
 - weniger Wettbewerb
 - attraktiver Preis
 - Ausschluss Marktzugang von Wettbewerber
- Besondere Absicherungsmechanismen üblich

B. Sicherheiten

Verkaufte Assets teilweise verpfändet oder sicherungsübereignet
(Absonderungs- und Aussonderungsrechte)

Problem:

- Ausreichende Dokumentation verfügbar? – Due Diligence
- Ablösung der Sicherheiten erforderlich
- Verhandlung mit Gläubigern (Simulation Wasserfall)
- Gläubiger-Gleichbehandlung!?

Praxistipp:

Absicherung Käufer durch unmittelbare Zahlung an gesicherte
Gläubiger / Treuhandkonto

C. Arbeitnehmer

Asset Deal Transaktionen führen meist zum Betriebsübergang,
Anwendungsbereich von § 613 a BGB eröffnet

→ Widerspruch innerhalb eines Monats möglich

- Arbeitsrechtlicher Betrieb / Teilbetrieb
Problem: Abgrenzung von Tätigkeitsfeldern, unklare Zuordnung der Arbeitnehmer, falls mehrere Teilbetriebe
- Arbeitsverhältnisse gehen auf Käufer über
- Vermeidung von Arbeitnehmer-Widersprüchen bei Key-Arbeitnehmern

C. Arbeitnehmer

- Risiko Informationsschreiben nach § 613a V BGB
- Verbot der Kündigung von Arbeitsverhältnissen wegen Betriebsübergang § 613 a IV S.1 BGB für 1 Jahr
- Haftung Käufer für rückständige Lohn- / Gehaltszahlungen und Sozialversicherungsbeiträge

Praxishinweis:

HR-Due Diligence, Einbehalt von Kaufpreis wegen Risiken

D. § 25 HGB

Voraussetzung:

Fortführung der Firma (Identifikation durch Rechtsverkehr genügt)

Anwendung bei Asset Deal, wenn wesentliche Betriebsteile übernommen werden.

Rechtsfolge:

Unbegrenzte Haftung des Erwerbers für alle im Betrieb begründeten Verbindlichkeiten

Haftung gemäß § 25 II HGB beschränkbar durch Vereinbarung mit Verkäufer und Eintragung im Handelsregister

Praxisvorschlag:

Eintragung Vermerk nach § 25 II HGB rechtzeitig veranlassen!

D. Haftung nach § 75 AO

Bei Erwerb von steuerlichem Betrieb oder Teilbetrieb - Haftung für betriebliche begründete Steuern:

Umsatzsteuer, Gewerbesteuer, Lohnsteuer, Kapitalertragssteuer, Solidaritätszuschlag

Zeitl. Rahmen:

Beginn: Anfang Kalenderjahr des Verkaufs

Ende: 1 Jahr nach Anmeldung Unternehmensübergang

Praxishinweis:

Steuer Due Diligence; unverzügliche Anmeldung des Erwerbs nach § 138 AO wegen Jahresfrist

E. Insolvenzanfechtung

1. Grundsätzliches Risiko:

- Rückgewähr / Rückübertragung Assets § 143 I InsO
- Anfechtung von Vertragsschluss (Signing) oder Erfüllungshandlungen (Closing) möglich
- Rückgewähr Kaufpreis, soweit in Insolvenzmasse noch unterscheidbar vorhanden oder Insolvenzmasse bereichert § 144 II 1 InsO
→ Insolvenzforderung
- Bei isolierter Anfechtung Erfüllungsgeschäft (Closing) Gegenleistung des Gläubigers → Befreiung von Verbindlichkeiten nach § 144 I InsO. Umrechnung in Geldforderung nach § 45 S.1 InsO
→ Insolvenzforderung
- Im Regelfall sind Forderungen des Käufers nur Insolvenzforderungen = „**Dealkiller aus Käufersicht**“

E. Insolvenzanfechtung

2. Grundvoraussetzungen nach § 129 I InsO:

- Objektive Gläubigerbenachteiligung
„Hätte sich die Befriedigung der Gläubiger ohne Transaktion günstiger gestaltet?“
- Bewertungen des Kaufobjekts schwierig
- Bewertungsmodell?
- Preisnachlass wegen Krisensituation, Risiken?

Praxistipp:

Fairness Opinion dokumentiert Angemessenheit des Kaufpreises

E. Insolvenzanfechtung

3. Anfechtung Abschluss Kaufvertrag (Asset Deal)

a) Anfechtung wegen unmittelbarer Gläubigerbenachteiligung
§ 132 I InsO

- Unmittelbare Benachteiligung Insolvenzgläubiger
(durch Vertragsschluss!)
- In den letzten 3 Monaten vor Insolvenzantrag oder danach
- Kenntnis Käufer von Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenzantrag

E. Insolvenzanfechtung

b) Absicherungsmöglichkeiten für Käufer:

- Abwarten der Anfechtungsfrist (Erfüllung erst in 3 Monaten)
- Fairness Opinion
(Problem: Zeitdruck, Datenbasis, Kosten)
- Nachweis der Nichtkenntnis Zahlungsunfähigkeit
(IDW S 11 – Gutachten, Due Diligence,
Problem: Zeitdruck, Kosten, Daten-Basis)

E. Insolvenzanfechtung

- c) Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung
§ 133 I InsO
- Frist 10 Jahre vor Eröffnung Insolvenzverfahren
 - Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen
 - Kenntnis des Käufers von Benachteiligungsvorsatz des Schuldners
 - Bei Kenntnis des Vertragspartners von **drohender** Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und Benachteiligung der Gläubiger gesetzliche Vermutung der Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes!

BGH, NZI 2015, 222: Wissen um drohende ZU indiziert Kenntnis der objektiven Gläubigerbenachteiligung

E. Insolvenzanfechtung

- d) Absicherung des Käufers gegen Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO (Signing)
- Nachweis der Nichtkenntnis der (**drohenden**) Zahlungsunfähigkeit (aktueller Liquiditätsstatus und Zukunftsplanung) (IDW S 11 – Gutachten, Due Diligence)
 - Nachweis eines ernsthaften Sanierungsversuchs (IDW S 6 – Gutachten)
 - Hier keine Änderung der Rechtslage

E. Insolvenzanfechtung

4. Anfechtung Erfüllung Kaufvertrag (Closing)

Bargeschäftsprivileg § 142 InsO

Insolvenzanfechtung nach § 130 – 132 InsO ausgeschlossen, wenn der Schuldner unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung erhält.

Voraussetzungen beim Asset Deal:

- (1) Leistungen Zug um Zug
- (2) Angemessenheit der Kaufpreise
(Fairness Opinion)

Anfechtung nach § 133 InsO bleibt möglich, wenn Verkäufer „unlauter“ handelt und der Käufer davon Kenntnis hat (neues Recht!).

E. Insolvenzanfechtung

Praxistipp:

- Die Fairness Opinion sollte die Angemessenheit des Kaufpreises auch zum Closing abdecken.
- Die Parteien sollten dokumentieren, dass der Kaufpreis zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger verwandt werden soll.

E. Insolvenzanfechtung

5. Zusammenfassung Insolvenzanfechtung

- Insolvenzanfechtung weiter Deal-Killer Nr.1!

Absicherung durch:

- Fairness Opinion zur Dokumentation Angemessenheit Aufpreis (Signing und Closing)
- IDW S11 Gutachten zu Nichtvorliegen Zahlungsunfähigkeit (inkl. drohender ZU)

oder

- IDW S6 Gutachten, Transaktion als Teil eines Sanierungskonzepts

Alternative:

- Persönliche Verpflichtung Gesellschafter, Verkaufsgesellschaft ohne Insolvenz zu liquidieren
- Hohe Hürden für Praxis.

F. Neue Rechtsprechung: Exkulpation des Geschäftsführers durch Ressortaufteilung

vgl. BGH Urteil vom 6. November 2018 – II ZR 11/17 (KG)

Leitsatz:

*„Eine Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung auf der Ebene der Geschäftsführung setzt eine **klare und eindeutige Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben** auf Grund einer **von allen Mitgliedern des Organs getragene Aufgabenzuweisung** voraus, die die vollständige Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben durch **fachlich und persönlich geeignete Personen** sicherstellt und ungeachtet der Ressortzuständigkeit eines einzelnen Geschäftsführers **die Zuständigkeit des Gesamtorgans insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten der Geschäftsführung wahrt**. Eine dieser Anforderung genügende Aufgabenzuweisung bedarf nicht zwingend einer schriftlichen Dokumentation (Abgrenzung zu BFHE 141, 443 = DStR 1984, 756 = NJW 1985, 400 Ls.).“*

F. Neue Rechtsprechung: Exkulpation des Geschäftsführers durch Ressortaufteilung

Die Fakten

- Kläger ist Insolvenzverwalter einer insolventen TV-Produktions-GmbH
- Beklagter war früherer Geschäftsführer, wird auf Zahlungen nach Insolvenzreife gemäß § 64 S. 1 GmbHG in Anspruch genommen
- Beklagter war – auch nach Aussage seines Mitgeschäftsführers K – allein für das Künstlerische verantwortlich. K nach eigener Aussage allein für Kaufmännisches, Organisatorisches, und Finanzielles verantwortlich
- Beklagter und K trafen sich 14-tägig zum Austausch
- Aufgrund der Treffen wusste Beklagter nichts über wirtschaftliche Schwierigkeiten
- **Frage:** Reicht das zur Entlastung des Beklagten?

F. Neue Rechtsprechung: Exkulpation des Geschäftsführers durch Ressortaufteilung

Wann ist eine Ressortaufteilung grds. zulässig?

- Wenn Gesellschaftsvertrag
- oder Gesellschafterbeschluss

nicht entgegenstehen

F. Neue Rechtsprechung: Exkulpation des Geschäftsführers durch Ressortaufteilung

Wie muss eine Ressortaufteilung erfolgen? (1)

- Durch **Beschluss der Gesellschafter** über **Geschäftsordnung** mit einfacher Mehrheit (a. A. $\frac{3}{4}$ -Mehrheit) der Gesellschafterversammlung
- durch **Beschluss sämtlicher Geschäftsführer** über **Geschäftsordnung** mit **Einstimmigkeit**

F. Neue Rechtsprechung: Exkulpation des Geschäftsführers durch Ressortaufteilung

Wie muss eine Ressortaufteilung erfolgen? (2)

- BGH: nur bei „klarer“ und „eindeutiger“ Abgrenzung der Geschäftsführeraufgaben

Was heißt das?

- Änderung von eigener Aufgabenwahrnehmung in Überwachungstätigkeit nur, wenn „jede Geschäftsführungsaufgabe“ einem Geschäftsführer zugeordnet ist und keine Zweifel über Abgrenzung verbleiben
- BGH: nur bei Übertragung auf fachlich und persönlich geeignete Personen



F. Neue Rechtsprechung: Exkulpation des Geschäftsführers durch Ressortaufteilung

Wie muss eine Ressortaufteilung erfolgen? (3)

- **keine Schriftlichkeit** nach BGH erforderlich (anders: BFH-Rechtsprechung zur Erfüllung der steuerlichen Pflichten gemäß § 34 AO)

- Aber trotzdem nach BGH:

„(...) wenngleich die schriftliche Dokumentation regelmäßig das naheliegende und geeignete Mittel für eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung darstellt“

F. Neue Rechtsprechung: Exkulpation des Geschäftsführers durch Ressortaufteilung

Was ist nicht durch Ressortaufteilung übertragbar? (1)

- Vertretung der Gesellschaft in den gesetzlich zugewiesenen Aufgaben.

Beispiele:

- Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO)
- Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 264 Abs. 1 HGB)
- Kapitalerhaltungspflichten

F. Neue Rechtsprechung: Exkulpation des Geschäftsführers durch Ressortaufteilung

Was ist nicht durch Ressortaufteilung übertragbar? (2)

- Einstandspflicht des Geschäftsführers für die Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung
- Es gilt nach BGH ein strenger Maßstab an die Erfüllung der besonders weitgehenden Kontroll- und Überwachungspflichten gegenüber dem Mitgeschäftsführer



F. Neue Rechtsprechung: Exkulpation des Geschäftsführers durch Ressortaufteilung

Praxistipps:

- Schriftliche und klare Gestaltung der Ressortverteilung
- Mündliche, regelmäßige Besprechungen zwischen Geschäftsführern ergänzen durch Vorlage von BWAs!
- Abschluss Vermögensschadenshaftpflicht und ggf. Strafrechtsschutzversicherung für alle Geschäftsführer; sorgfältige Prüfung der Versicherungsbedingungen

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Diese Folien geben lediglich einen unverbindlichen Überblick. Trotz sorgfältiger Erstellung können wir hierfür keine Haftung übernehmen. Als Ansprechpartner für eine etwaige Beratung stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.



Dr. Martin Bürmann
Rechtsanwalt

Tel. +49 (0) 621 / 4256 – 229
Fax: +49 (0) 621 / 4256 – 250

martin.buermann@rittershaus.net



Kristina R. Lindenfeld
Rechtsanwältin

Tel. +49 (0) 621 / 4256 – 235
Fax: +49 (0) 621 / 4256 – 250

kristina.lindenfeld@rittershaus.net

Unsere Standorte



Büro Mannheim

Harrlachweg 4

68163 Mannheim

Tel.: +49 621 4256-0

Fax: +49 621 4256-250

www.rittershaus.net



Büro Frankfurt

Bockenheimer Landstraße 77

60325 Frankfurt/Main

Tel.: +49 69 274040-0

Fax: +49 69 274040-250



Büro München

Maximiliansplatz 10

Im Luitpoldblock

80333 München

Tel.: +49 89 121405-0

Fax: +49 89 121405-250

E. Insolvenzanfechtung

Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigernachbeteiligung

§ 133 I InsO

- Frist 4 Jahre vor Eröffnung Insolvenzverfahren
- Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen
- Kenntnis des Käufers von Benachteiligungsvorsatz des Schuldners

Nach neuem Anfechtungsrecht nur knüpft die gesetzliche Vermutung nur an Zahlungsunfähigkeit, nicht an drohende Zahlungsunfähigkeit an.

➡ Wesentliche Erleichterung für Closing Transaktionen