

Distressed M&A: Die Akquisition eines Unternehmens in der Krise

1. Bilanzielle Überschuldung

In Zeiten der Weltwirtschaftskrise weisen immer mehr auch deutsche Unternehmen eine bilanzielle Überschuldung aus. Dennoch ist kein Insolvenzantrag erforderlich, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Diese Regelung in § 19 Abs. 2 Insolvenzordnung ist bis zum 31.12.2013 verlängert worden.

2. Phasen der Krise eines Unternehmens

Dennoch oder gerade deswegen wird sich in den verschiedenen Phasen der Krise eines Unternehmens verstärkt die Frage nach Abwicklungsoptionen des Unternehmenskaufs stellen. Dabei sind die Phasen vor Insolvenzantrag, während des Insolvenzantragsverfahrens und – nach Insolvenzeröffnung – während des Insolvenzverfahrens zu unterscheiden. Vor Insolvenzantrag besteht eine erhöhte Anfechtungsproblematik, falls es später zu einer Insolvenzeröffnung kommt. Während des Insolvenzantragsverfahrens hängt die Gestaltung eines Unternehmenskaufs im wesentlichen davon ab, ob der vorläufige Insolvenzverwalter ein „schwacher“ oder „starker“ Verwalter ist. In der Phase nach Insolvenzeröffnung ist ein Unternehmenskauf am ehesten unproblematisch gestaltbar.

a) Vor Insolvenzantragstellung

Vor Insolvenzantragstellung wird sich ein Unternehmenskauf nur als „asset-deal“ anbieten. Anfechtungsrisiken bestehen aber nur dann nicht, wenn sicher ist, dass der asset-deal innerhalb der nächsten drei Monate nach Vertragsschluss erfüllt werden kann und das verbleibende Unternehmen in diesem Zeitraum nicht in die Insolvenz geht. Daneben sind Risiken der Haftung für Steuerverbindlichkeiten sowie für Verbindlichkeiten des Unternehmens bei Firmenfortführung ebenso zu berücksichtigen, wie der Übergang der Arbeitnehmer nach § 613 a BGB und die Haftung für das Insolvenzgeld gegenüber der Bundesanstalt für Arbeit. Insgesamt gesehen sind die Risiken bei einem „distressed asset-deal“ somit deutlich höher als bei einem „distressed share-Deal“. Umgekehrt wird jedoch kaum ein Käufer bereit sein, die Anteile eines in der Krise befindlichen Unternehmens wegen der zum Teil nicht bekannten bzw. nicht benannten Risiken zu erwerben.

b) Nach Insolvenzantragstellung im Insolvenzeröffnungsverfahren

Im Insolvenzeröffnungsverfahren sind die Risiken nahezu den vorgenannten Risiken beim Kauf vor Insolvenzantragstellung gleich zu setzen. Darüber hinaus sind die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters zu beachten. Seine Handlungen können nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sogar durch den personenidentischen Insolvenzverwalter angefochten werden.

c) Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist zu unterscheiden, ob ein (endgültiger) Insolvenzverwalter eingesetzt wurde oder ob Eigenverwaltung vom Gericht angeordnet wurde. Im ersten Fall gehen die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Verwalter über. Seine Rechtshandlungen sind immer voll wirksam. Im zweiten Fall behält der Schuldner die Verfügungsbefugnis, steht aber unter der Aufsicht eines Sachverwalters.

In beiden Fällen sind die insolvenzspezifischen Besonderheiten zu beachten. Kaufinteressenten sollten allerdings nicht mit einer „Schnäppchen-Haltung“ in die Kaufverhandlungen gehen und sich insbesondere nicht vom Insolvenzverwalter die Vertragsgestaltung diktieren lassen, sondern sich im Gegenteil anwaltlich beraten lassen. Dadurch besteht auch die Möglichkeit, den ansonsten grundsätzlich gegebenen Übergang von Arbeitsverhältnissen von Arbeitsverhältnissen nach § 613 a BGB zu vermeiden.

3. Unternehmenskauf im Insolvenzplanverfahren

Besonderheiten bestehen im Fall eines Unternehmenskaufs im Insolvenzplanverfahren. Dies ist vor allem dann empfehlenswert, wenn das Unternehmen in der Insolvenz stabil ist, also vor allem eine kontinuierliche Auftragserteilung aufweist. In allen Fällen hat der Unternehmenskauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Vorteile, weil die Haftung für Altforderungen aus Arbeitsverhältnissen ebenso vermieden wird wie die Haftung aufgrund der Firmenfortführung oder für Steuerverbindlichkeiten.

4. Einzelheiten zum Unternehmenskauf in der Insolvenz

a) Zusicherungen und Garantien

In allen Fällen wird jedoch zu berücksichtigen sein, dass Garantievereinbarungen gegenüber dem Insolvenzverwalter kaum durchsetzbar sein dürften. Vom Insolvenzverwalter wird allenfalls verlangt werden können, dass er seine Verfügungsbefugnis garantiert und zusagt, dass er den Betrieb bis zum Übertragungstichtag ordnungsgemäß geführt hat.

b) Due Diligence Prüfungen

Due Diligence Prüfungen sind beim Unternehmenskauf in der Krise keineswegs ausgeschlossen. Besonderes Augenmerk ist hier auch wiederum auf die Arbeitsverhältnisse, gerichtliche und außergerichtliche Rechtsstreitigkeiten und vor allem umweltrechtliche Haftungen, insbesondere für Altlasten zu legen.

c) Betriebsübergang

Häufig wird die finanzielle Krise eines Unternehmens nicht zuletzt durch eine personelle Überbesetzung, vor allem mit weniger qualifizierten Arbeitnehmern, verursacht worden sein. Auch beim Kauf eines Unternehmens vom Insolvenzverwalter gilt jedoch der § 613 a BGB, d. h. die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen gehen automatisch auf den Betriebserwerber über und Kündigungen wegen des Be-

etriebsübergangs sind unwirksam. Der Käufer wird aber nur ein Interesse daran haben, die Mitarbeiter zu übernehmen, die für die Unternehmensfortführung erforderlich sind. Diese Konsequenzen lassen sich nicht dadurch vermeiden, dass die Arbeitnehmer zur Eigenkündigung veranlasst und einzelnen Arbeitnehmern eine Einstellungsgarantie gegeben wird. Zulässig sind allenfalls Gestaltungen über sogenannte Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften (BQG). Danach schließt der Insolvenzverwalter Aufhebungsverträge mit den Arbeitnehmern. Diese wechseln grundsätzlich alle in eine BQG. Der Käufer schließt nur mit einzelnen Arbeitnehmern der BQG dann neue Arbeitsverträge, wobei diesen einzelnen Arbeitnehmern im Vorhinein keine Einstellungsgarantie gegeben worden sein darf. Weitere Alternativen hierzu sind die Veräußerer-Kündigung auf Erwerberkonzept insbesondere dann, wenn die Kündigung der Rationalisierung (Verkleinerung) des Betriebs zur Verbesserung der Verkaufschancen dient.

d) Steuerliche Aspekte

In steuerlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass Sanierungsgewinne grundsätzlich steuerpflichtige Betriebseinnahmen sind seit § 3 Nr. 66 EStG a. F. zum 31.12.1997 gestrichen wurde. Dieser unerwünschten Konsequenz hat das Bundesministerium der Finanzen sodann durch sein Schreiben vom 27.03.2003 vorgebeugt und festgelegt, dass eine Erhebung von Steuern auf den Sanierungsgewinn aus sachlichen Billigkeitsgründen eine erhebliche Härte im Sinne des § 163 Abgabenordnung darstellt und daher die Steuer auf Antrag nach § 163 Satz 3 AO abweichend festgesetzt oder nach § 222 AO mit dem Ziel des späteren Erlasses (§ 227 AO) zunächst unter Widerrufsvorbehalt ab Fälligkeit gestundet werden kann. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass diese Regelung im BMF-Schreiben vom 27.03.2003 durch Urteil des Finanzgerichts München vom 22.12.2007 in Frage gestellt worden ist. Sicherheitshalber sollte daher, soweit dies zeitlich möglich ist, Auskunft des Finanzamtes nach § 89 AO eingeholt werden.

Weitere steuerrechtliche Probleme stellen sich im Zusammenhang mit der Verlustabzugsbeschränkung gem. § 8 c Körperschaftssteuergesetz, wobei diese durch das Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung am 16.07.2009 zunächst befristet auf zwei Jahre in Fällen des Unternehmenserwerbs zum Zwecke der Sanierung insbesondere dann eingeschränkt worden ist, wenn die Lohnsumme nach der Sanierung 80 % der ursprünglichen Lohnsumme der letzten fünf Jahre nicht unterschreitet.

Weitere Probleme stellen sich im Zusammenhang mit der Zinsschranke des § 4 h Einkommenssteuergesetz, der gewerbesteuerlichen Hinzurechnungsvorschrift nach § 8 Gewerbesteuergesetz, sowie insbesondere in Organschaftsfällen. In umsatzsteuerrechtlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass Geschäftsveräußerungen grundsätzlich nicht steuerbar sind, wenn eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt. Dies festzustellen ist aber nicht immer ganz einfach. Bei nachträglicher Feststellung der Umsatzsteuerpflicht ergeben sich dann häufig unerwünschte Konsequenzen.

4. Zusammenfassung

Alles in Allem zeigt dies, dass gerade bei dem Kauf eines Unternehmens in der Krise besondere Vorsicht zu walten hat. Der Käufer sollte sich nicht allein auf die Angaben des Insolvenzverwalters verlassen, der häufig nur an einer schnellen Abwicklung interessiert ist. Im Gegenteil sollte er sich umfangreich über die haftungsrechtlichen und steuerrechtlichen Konsequenzen anwaltlich beraten und gegebenenfalls sodann beim Kauf vom Insolvenzverwalter auch anwaltlich vertreten lassen.

Hierzu stehen Ihnen in unserer Kanzlei Herr Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Theodor Seitz, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Dr. Rudolf Wittmann, sowie Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht Dr. Christoph Knapp, gerne zur Verfügung.