

Unternehmensinsolvenz: Reorganisation des Rechtsträgers oder Vertragsnachfolge bei übertragender Sanierung

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| I. Wege zur Gläubigerbefriedigung | a) Abtretung der Anteile?
b) Treubindungen |
| II. Sanierung des insolventen Rechts-
trägers | III. Übertragung des Unternehmens auf
eine Übernahmegesellschaft |
| 1. Gesellschaftsorganisation und
Insolvenzverwaltung | 1. Übertragungsplan |
| 2. Insolvenzplan und Gesellschafter-
beteiligung | 2. § 25 HGB als Grundlage einer
Vertragsüberleitung |
| 3. Gesellschafterpflichten in der
Insolvenz | |

Leitsätze:*

1. Die Finanz- und Organisationsverfassung des insolventen Rechtsträgers kann durch einen Insolvenzplan nicht geändert werden. Die Gesellschafter des insolventen Rechtsträgers sind als solche nicht Beteiligte des Planverfahrens.

2. Wird ein Unternehmen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens im Wege übertragender Sanierung auf eine Übernahmegesellschaft (§ 260 Abs. 3 InsO) übertragen, dann werden unternehmensbezogene Dauerschuldverhältnisse gemäß § 25 Abs. 1 HGB übergeleitet. Das gilt zumindest in dem Fall, dass die Gläubiger des Insolvenzschuldners zur (teilweisen) Befriedigung ihrer Forderungen an dem erwarteten Sanierungserfolg teilhaben sollen und hierfür unmittelbar gegen die Übernahmegesellschaft Ansprüche erlangen, deren Erfüllung einer Insolvenzplanüberwachung gemäß §§ 261 ff. InsO unterliegt.

Sachverhalt:

Eine insolvente Einzelhandels-GmbH betreibt ein auf langfristigen Mietverträgen basierendes Filialnetz. Manche Läden sind profitabel, andere fahren

* In einem Festschriftbeitrag für einen hohen Richter darf das Ergebnis in Leitsatzform am Anfang stehen. Der Verfasser weiß aus einem gemeinsamen Seminar im Thüringer Wald um das Interesse des Jubilars für die Schnittmenge von Gesellschafts- und Insolvenzrecht. – Der Beitrag beruht *nicht* auf einem Gutachten, sondern ist durch eine Diskussion auf dem 4. Düsseldorfer Insolvenzrechtstag 2004 angeregt worden. Meinem Mitarbeiter *Caspar Bunke* danke ich herzlich für die höchst förderliche Mitwirkung und für das wissenschaftliche Gespräch.

Verluste ein. Die guten Standorte sollen zu den bisherigen Konditionen weitergeführt werden. Die Gläubiger erhoffen sich aus der Rettung des Unternehmens eine höhere Befriedigungsquote und wollen mehrheitlich an den künftigen Erträgen teilhaben. Die Sanierung des Unternehmens in den Händen der Insolvenzzgesellschaft droht zu scheitern, als die Gesellschafter ihre Mitwirkung verweigern. Der Insolvenzverwalter fasst alternativ ins Auge, das Unternehmen im Wege übertragender Sanierung auf eine neue Gesellschaft überzuleiten. Allerdings wird diese neue Gesellschaft von den Vermietern nicht akzeptiert; sie bestehen auf Neuverhandlungen über die Mietverträge.

I. Wege zur Gläubigerbefriedigung

Das Insolvenzverfahren dient der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger (§ 1 InsO). Diese Befriedigung erfolgt herkömmlich durch Vermögensverwertung, was für ein von dem Schuldner betriebenes Unternehmen die Liquidation bedeuten kann. Ersichtlich ist diese Zerschlagung einer wirtschaftlich-technischen Einheit in vielen Fällen die suboptimale Lösung. Daher sieht die 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung in ihrem § 1 vor, dass „in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen“ werden kann. Dieser „Erhalt“ lässt sich grundsätzlich auf zweierlei Weise bewerkstelligen. Zum einen wird das Unternehmen an einen Dritten veräußert (wofür es keines Insolvenzplans bedarf) und es werden die Gläubiger quotal aus dem Erlös befriedigt. Die Praxis nennt diese Gestaltung eine „übertragende Sanierung“. Zum anderen kann man sich an die Sanierung des insolventen Rechtsträgers machen, der sein Unternehmen anschließend weiter führt.

Welcher dieser Wege beschritten wird, hängt von einer Vielzahl von Überlegungen und Interessenabwägungen ab. Für die Sanierung des Unternehmensträgers (Schuldnergesellschaft) kann es gute Gründe geben, wie das Beispiel des Ausgangssachverhalts zeigt. Insoweit gibt § 109 InsO für die Trennung von den nicht profitablen Standorten die geeignete Handhabe. Da die Vermieter der guten Plätze nicht kooperieren, soll vor diesem Hintergrund der bisherige Vertragspartner, also die insolvente GmbH, wieder „flott gemacht“ werden. Großgläubiger erklären sich bereit, unter Forderungsverzicht in die GmbH „einzusteigen“¹.

¹ Zum *debt equity swap* etwa Wittig in FS Uhlenbruck, 2000, S. 685 (700 ff.).

II. Sanierung des insolventen Rechtsträgers

1. Gesellschaftsorganisation und Insolvenzverwaltung

Das Problem ist ganz offenbar, dass dieser Einstieg rechtlich nur unter Mitwirkung der Altgesellschafter perfekt gemacht werden kann. Entweder sie treten ihre Anteile an ihn ab oder sie nehmen eine Kapitalmaßnahme vor, die auf eine Übernahme durch den oder die Gläubiger hinausläuft. Ohne die entsprechenden Willenserklärungen bzw. Beschlussfassungen der Gesellschafter kann eine solche Beteiligung nicht erfolgen. Der Insolvenzverwalter kann insoweit nichts bewirken. Die allseits akzeptierte Sichtweise der Kompetenzen des Insolvenzverwalters ist die, dass er ausschließlich für Vermögensangelegenheiten der Schuldnergesellschaft zuständig ist (§ 80 InsO), während ihn die gesellschaftsrechtliche Verfassung dieses Rechtsträgers im Grunde nichts angeht².

Der Insolvenzverwalter hat auch keinen Zugriff auf die Anteile der Gesellschafter. Das Insolvenzverfahren wird über das Vermögen der Kapitalgesellschaft eröffnet – und nicht zugleich auch über das Vermögen des Kapitalgesellschafters. Für Letzteres gäbe es zumeist auch gar keinen Anlass, denn der Gesellschafter kann wirtschaftlich überaus potent sein, lediglich einzelne Vermögensgegenstände (Aktien, Geschäftsanteile) sind durch die Insolvenz der Gesellschaft wertlos geworden. Das Trennungsprinzip steht daher einer Verfügungsbefugnis des Verwalters über die Anteile klar entgegen.

2. Insolvenzplan und Gesellschafterbeteiligung

Diesen Ausgangspunkt akzeptierend wird man jetzt einen zweiten Blick auf den eingangs erwähnten Insolvenzplan werfen. Diese Innovation der InsO ist amtlich vorgestellt worden als „Rechtsrahmen für die Beteiligten“, denen die Bewältigung der Insolvenz im Wege von Verhandlungen und privatautonomem Austauschprozessen ermöglicht werde. Die Beteiligten sollen die für sie günstigste Art der Insolvenzabwicklung entdecken und durchsetzen, heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs einer InsO. Vor dem Hintergrund dieser Aussagen könnte man guten Mutes sein, dass die hier vorgesehene rechtlich und wirtschaftlich sinnvolle Gestaltung eines *debt equity swap* gelingt. Denn da „im gestaltenden Teil des Insolvenzplans festgelegt (wird), wie die Rechtsstellung der Beteiligten durch den Plan geändert werden soll“, wird damit doch wohl auch das Revirement ermöglicht sein?

² Grundlegend zu dieser Unterscheidung, der noch ein kleiner „Überschneidungsbereich“ hinzugefügt wird, F. Weber, KTS 1970, 73; ferner H.-F. Müller, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 55 ff.; Noack, Gesellschaftsrecht und Insolvenzordnung, 1999, Rz. 355 f.; ders., ZIP 2002, 1873. Der seltene Fall einer Luxus-Insolvenz, bei welcher der Insolvenzverwalter den Resterlös nach gesellschaftsrechtlichen Regeln an die Gesellschafter zu verteilen hat (§ 199 InsO), bleibt hier außer Betracht.

Zumal § 254 Abs. 1 Satz 2 InsO eine technische Hilfe für die Anteilsübertragung gibt, indem bestimmt wird, dass, soweit Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung abgetreten werden sollen, die in den Plan aufgenommenen Willenserklärungen der Beteiligten als in der vorgeschriebenen Form abgegeben gelten.

Doch leider ist dies eine Schönwettervorschrift, die nur dann zum Zuge kommt, wenn ein Gesellschafter freiwillig zu dem Anteilstransfer bereit ist. Die Sanierung durch gesellschaftsrechtliche Reorganisation kann gelingen, wenn die Gesellschafter einvernehmlich mitwirken, und sie wird stets misslingen, wenn sie obstruieren. Die Lösung der InsO, die Zustimmung einer Abstimmungsgruppe ggf. zu fingieren (§ 245 InsO), käme hier gerade recht. Doch gilt das Obstruktionsverbot auch für die Gesellschafter?

Die Antwort lautet aus insolvenzrechtlicher Sicht: nein. Denn die Gesellschafter sind nicht „Beteiligte“ im Sinne der Insolvenzplanvorschriften. Rechtsgestaltende Maßnahmen, die notfalls auch ohne Zustimmung der Betroffenen durch den Plan vorgenommen werden, können zu Lasten der Anteilseigner nicht getroffen werden. Die InsO nennt abschließend die drei Gläubigergruppen, aus denen wiederum Untereinheiten gebildet werden können (§ 222 InsO). Die Gesellschafter des insolventen Rechtsträgers sind als solche nicht dabei; unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob sie als nachrangige Insolvenzgläubiger (= Gläubiger kapitalersetzender Darlehen) zu beteiligen sind. Auch die übrigen Vorschriften über den Insolvenzplan zeigen, dass die Anteilseigner des Unternehmensträgers nicht oder allenfalls am Rande (§ 227 Abs. 2 InsO) einbezogen sind.

Eine Deutung dieser Abstinenz als planwidrige Regelungslücke verbietet sich vor dem Hintergrund der Gesetzeshistorie³. Der gerichtliche Zwangsausschluss der Anteilseigner eines insolventen Unternehmensträgers wurde von der in den achtziger Jahren gebildeten Reformkommission vorgeschlagen⁴, doch Eingang in die Entwürfe einer InsO fand diese Vorstellung nicht. Die Regierungsbegründung zur InsO hat sich mit folgenden Sätzen dagegen ausgesprochen: „Sieht ein Plan die Fortsetzung des Unternehmens durch den Schuldner, organisationsrechtliche Zugeständnisse oder etwa einen Eigentümerbeitrag vor, so ist hingegen bereits nach den allgemeinen Prinzipien der Wirtschaftsverfassung die Zustimmung der betroffenen Beteiligten erforderlich. Aus der vom Grundgesetz verbürgten Vereinigungsfreiheit folgt ferner, dass kein Beteiligter gegen seinen Willen genötigt werden darf, Mitglied

3 Eingehend *Sassenrath*, ZIP 2003, 1517 (1519 ff.); *H.-F. Müller* (Fn. 2), S. 318 ff.

4 Bericht der Kommission für Insolvenzrecht (hrsg. vom Bundesministerium der Justiz), 1985, S. 42, 58, 278 f.; dazu *Stürner*, Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 48; *Ulmer*, ZHR 149 (1985), 541 ff.; *Balz*, Sanierung von Unternehmen oder von Unternehmensträgern?, 1986, S. 23.

einer Gesellschaft ... zu werden"⁵. Immerhin sahen diese Entwürfe noch eine gewisse Verfahrensbeteiligung der Gesellschafter vor⁶, doch auch diese Reste einer Einbeziehung wurden im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren getilgt⁷.

Aus Wortlaut, Systematik und Gesetzesgeschichte kann man nur den Schluss ziehen, dass die Gesellschafter des insolventen Rechtsträgers nicht als Adressaten eines ihre Rechte gestaltenden Plans gelten können. Eine zwangsweise Einbeziehung ist daher nicht möglich. Für die praktische Problematik bleibt der nicht weiterführende Appell an den Gesetzgeber, die damalige Entscheidung einer „Freistellung“ der Gesellschafter zu revidieren⁸. Der im Herbst 2004 vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung sieht freilich eine in diese Richtung gehende Erweiterung leider nicht vor. Von Verfassungs wegen besteht entgegen der seinerzeitigen Regierungsbegründung kein Hindernis, wie *Sassenrath* ausführlich und zutreffend dargelegt hat⁹. Der Veränderung der Zusammensetzung einer Kapitalgesellschaft, wie sie etwa durch den Eintritt von Investoren erfolgt, kann im Ernst nicht die vom Grundgesetz verbürgte Vereinigungsfreiheit entgegen gehalten werden. „Organisationsrechtliche Zugeständnisse“, die zu einer vollen Vermögensverwertung im Gläubigerinteresse führen, wären den Gesellschaftern ohne jedes Verfassungsbedenken zuzumuten. Das in der Aktie ausgedrückte, nach der Rechtsprechung des BVerfG durch Art. 14 GG geschützte Anteilseigentum¹⁰ ist jedenfalls bei überschuldeten Kapitalgesellschaften nicht betroffen, vielmehr handelte es sich um eine Inhaltsbestimmung für den Insolvenzfall. Im privatrechtlichen Notstand einer Insolvenz sollten die Anteilseigner nicht auf ihren materiell in der Regel wertlosen mitgliedschaftlichen Positionen verharren dürfen und – wie im Eingangssachverhalt – unter Umständen eine Sanierung blockieren können. Der vor rund zwanzig Jahren gemachte Vorschlag eines besonderen, von dem Insolvenzverfahren getrennten Reorganisationsverfahrens müsste dafür nicht erneuert werden; heute steht mit dem Planverfahren der InsO das richtige Instrument bereit, das allerdings der gesetzgeberischen Erweiterung harrt.

5 Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs (sub 4 e aa), abgedr. bei *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, Bd. I, 1994, S. 116 und bei *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 1995, S. 32.

6 Insbesondere: Mitberatung, Widerspruchsrecht, Beschwerderecht.

7 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12/7302.

8 *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, 1997, S. 581 f.; *Smid/Rattunde* in *Smid*, InsO, 2. Aufl. 2001, § 217 Rz. 13; *Noack* (Fn. 2), 1999, Rz. 104; *Eidenmüller* in *MünchKommInsO*, Bd. 2, 2002, § 217 Rz. 2, 74.

9 *Sassenrath*, ZIP 2003, 1517 (1523 ff.); a. A. *H.-F. Müller* (Fn. 2), S. 364 ff., der auch *de lege ferenda* für gesellschaftsrechtliche Enthaltensamkeit plädiert.

10 BVerfGE 102, 197.

3. Gesellschafterpflichten in der Insolvenz

a) Abtretung der Anteile?

Um dem geschilderten Dilemma zu entgehen, dass Gesellschafter einer überschuldeten Kapitalgesellschaft ihr Obstruktionspotential entfalten, könnte man an eine *Pflicht zur Abtretung* der Anteile denken. In insolvenzrechtlicher Terminologie ausgedrückt: von der Ist- zur Soll-Masse. Vereinzelt wird diese Auffassung im Schrifttum vertreten. „Sachgerecht und folgerichtig“ ist es nach Ansicht von *Braun*, dem Verwalter unter den geschilderten Umständen einen Anspruch auf Abtretung der Anteile als Teil der Soll-Masse einzuräumen¹¹. Es gehe schließlich nur um die „Abgabe einer organisationsrechtlichen Formalposition“, die zur Haftungsverwirklichung des Unternehmens essentiell notwendig sei. In einem Insolvenzplan könne über die „Gesellschaftsrechte“ verfügt werden, wobei der Verwalter zu gewährleisten habe, dass ein etwaiger, aus der Planrealisierung sich ergebender Mehrwert über die gesamten Verbindlichkeiten hinaus gem. § 199 InsO analog den Gesellschaftern wieder zugänglich gemacht wird.

Die *lex lata* lässt es nicht zu, einen solchen Übertragungsanspruch des Insolvenzverwalters zu konstruieren. Das geltende Recht gibt nicht den mindesten Anhaltspunkt für eine Anspruchsgrundlage in diese Richtung. Auch sagt *Braun* nicht genau, wohin die Anteile abgetreten werden sollen. Wenn sie – vergleichbar den Gegenständen der Insolvenzanfechtung – zur Masse gezogen werden, also in das Vermögen der Schuldnergesellschaft fließen sollen, besteht ein Konflikt mit dem Verbot des Rückerwerbs eigener Anteile. Letzteres mag man in der Situation der Insolvenzverwaltung nun nicht für durchgreifend erachten, aber es zeigt doch, dass ohne eine gesetzliche Regelung nicht auszukommen ist.

b) Treubindungen

Ein Ausweg könnte das Bemühen der schwarzen Katze im Sack der Jurisprudenz sein: die gesellschafterliche Treupflicht. Dies mag auf den ersten Blick auch denjenigen erstaunen, der um ihr weites und diffuses Anwendungsfeld weiß, denn es geht um die Verwirklichung von Gläubigerinteressen. Die Bändigung der Mehrheit durch die Treubindung oder die treugemäße Verpflichtung der Minderheit zur sachgerechten Mitwirkung bei Verbandsentscheidungen kann nicht für die Gläubigeranliegen ins Feld geführt werden. Dass man als Gesellschafter den Gläubigern gegenüber eine verbandsrechtlich begründete Treupflicht hätte, behauptet niemand und es wäre dies auch unvertretbar.

Vorinsolvenzlich kann bei Gesellschaften mit mehreren Mitgliedern die gesellschaftsrechtliche Treupflicht einen Anspruch auf Zustimmung zu not-

¹¹ *Braun* in Nerlich/Römermann, InsO, Loseblatt, § 217 Rz. 41 ff.

wendigen Sanierungsmaßnahmen gegen einen opponierenden (Minderheits-) Gesellschafter begründen¹². Dies gilt bei GmbH und AG gleichermaßen. Der Treupflichtgedanke dürfte zwar auch im eröffneten Insolvenzverfahren anwendbar sein, soweit einzelne Gesellschafter Sanierungsmaßnahmen (ggf. unter Aufnahme neuer Gesellschafter) zustimmen und dadurch ein völlig ersatzloser Verlust der Anteile durch Liquidation im Insolvenzverfahren abwendbar ist. Aber damit hat es sein Bewenden. In den hier interessierenden kritischen Fällen, dass kein gesellschafterlicher Binnenkonflikt zu lösen ist, sondern Gläubiger bzw. der Insolvenzverwalter eine Kooperation wünschen, wird die Treubindung nicht virulent. Ihr Einsatzgebiet wäre überdehnt, wollte man es auch auf den Fall erstrecken, dass die Gesellschafter die Erhaltung der juristischen Person zu ermöglichen haben, an der sie nicht (mehr) relevant beteiligt sein werden.

III. Übertragung des Unternehmens auf eine Übernahmegesellschaft

1. Übertragungsplan

Schließlich kommt eine übertragende Sanierung im Rahmen eines Insolvenzplanes in Betracht („Übertragungsplan“), wonach zur Realisierung des Fortführungswertes Forderungsrechte der Gläubiger gegen den neuen Rechtsträger begründet oder auch Anteilsrechte an der Übernahmegesellschaft an Gläubiger ausgegeben werden. Dem erheblichen Interesse der Altgläubiger an der Befriedigung ihrer Ansprüche wird dadurch Rechnung getragen, dass die Überwachung der Insolvenzplanerfüllung „auf die Erfüllung der Ansprüche, die den Gläubigern nach dem gestaltenden Teil gegen eine juristische Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit zustehen“ mit entsprechender Planregelung erstreckt werden kann (§ 260 Abs. 3 InsO).

Eine übertragende Sanierung *außerhalb* eines Insolvenzplanes, bei der das Unternehmen von der insolventen Schuldnergesellschaft abgelöst und schuldenfrei zur Fortführung auf einen anderen Rechtsträger übertragen wird, erscheint nicht zweckmäßig, falls die Gegenleistung nicht dem erwarteten Fortführungswert entspricht oder, wenn zur Realisierung dieses Wertes fortlaufende Zahlungen in die Masse aus den erwirtschafteten Erträgen erfolgen sollen, weil dann das Insolvenzverfahren mangels Vollzug der Schlussverteilung nicht aufgehoben werden kann, sondern unter Umständen noch für einen langen Zeitraum weiterzuführen ist und gleichermaßen die aufgelöste Insolvenzgesellschaft nicht gelöscht und vollbeendet werden kann. Daher wird im Folgenden die Situation des zuvor geschilderten Übertragungsplans zugrunde gelegt.

¹² BGH, NJW 1995, 1739 (Girmes); ausführlich v. *Schorlemer/Stupp*, NZI 2003, 345 (347).

Der Verkauf des Unternehmens des insolventen Rechtsträgers ist selbstverständlich möglich, ohne dass dessen Anteilseigner ein Veto einlegen können. Bei dieser Gestaltung kommt eine Gesellschafterblockade zwar nicht in Betracht, dafür aber eine Weigerung der Vertragspartner, die Beziehungen mit dem neuen Träger fortzusetzen. Einmal scheitert die Sanierung an den Gesellschaftern, ein andermal offenbar an den Vertragspartnern: eine ausweglose, nur die Liquidation erlaubende Situation?

Im eingangs geschilderten Fall der insolventen Einzelhandels-GmbH gibt es keine Probleme, wenn der Kontrahent mit dem Wechsel seines Partners einverstanden ist und sich als Partei an einem dreiseitigen Überleitungsvertrag beteiligt oder der zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Unternehmenserwerber vereinbarten Vertragsübernahme zustimmt, sei es durch nachträgliche Genehmigung oder Einwilligung in die Überleitung des Schuldverhältnisses auf einen Unternehmenserwerber im Voraus¹³. Wie aber sieht es aus, wenn der Vertragspartner nicht bereit ist, das Schuldverhältnis mit dem neuen Geschäftsinhaber aufrechtzuerhalten? Zu prüfen ist, ob überhaupt eine rechtsgeschäftliche Beteiligung des anderen Teils erforderlich ist. Findet also bei der hier zugrunde gelegten Variante der übertragenden Sanierung ohne Mitwirkung der Vertragspartner ein Übergang der Vertragsverhältnisse hin zu der Übernahmegesellschaft statt oder verhält es sich so, dass „sämtliche in der Person der Schuldnergesellschaft schuldrechtlich angebundene Sachverhalte sich auch durch Plangestaltung auf einen neuen Unternehmensträger nur dann übertragen (lassen), wenn der betreffende Vertragspartner zustimmt“¹⁴.

2. § 25 HGB als Grundlage einer Vertragsüberleitung

Weil das Insolvenzrecht zunächst nicht weiter hilft, richtet sich der Blick auf § 25 HGB. Die Norm behandelt den Übergang von Verbindlichkeiten und Forderungen, nicht aber spricht sie von der Überleitung ganzer Schuldverhältnisse. Dennoch wird die Vorschrift von Teilen der Literatur in diesem Sinne erweiternd ausgelegt¹⁵.

13 *Busche* in Staudinger, BGB, 13. Bearb. 1999, Einl. zu §§ 398 ff. Rz. 201; *Nörr* in *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, 2. Aufl. 1999, § 19 I 1.

14 *Braun* in *Nerlich/Römermann*, InsO, § 217 Rz. 39; *Braun/Uhlenbruck* (Fn. 8), S. 569; *Eidenmüller* Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, 1999, S. 45; vgl. auch *Vallender*, GmbHR 2004, 642 (647 f.) sowie *Balz* (Fn. 4), S. 74 f.

15 *Lieb* in *MünchKomm.HGB*, Bd. 1, 1996, § 25 Rz. 82 ff., 86; *ders.* in *FS Börner*, 1992, S. 747 (754 ff.); *ders.*, Die Haftung für Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen bei Unternehmensübergang, 1992, S. 13 ff.; i.E. auch *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 8 I 4 c bb; *ders.* in *FS Medicus*, 1999, S. 555 ff.; *ders.* in *GS Sonnenschein*, 2003, S. 497 (508 ff.) [auf der Grundlage seiner Kontinuitätslehre]; *Börner* in *FS Möhring*, 1975, S. 37 (48 ff.); *Waskönig*, Rechtsgrundlage und Tragweite der §§ 25, 28 HGB, 1979, S. 118 ff.; *LG Stuttgart*, NJW-RR 1996, 1378 (1379); vgl. auch *Gotthardt*, BB 1987, 1896 (1901 re.Sp.). Deziert a. A. *Canaris*, Handels-

a) Bevor diese Auffassung für das hiesige Problem fruchtbar gemacht werden kann, ist eine ganz andere, auf den ersten Blick unüberwindbare Hürde zu bewältigen: § 25 HGB soll in der Insolvenz des Rechtsträgers unanwendbar sein. Nach Ansicht des BGH¹⁶ stehen der Anwendung des § 25 Abs. 1 HGB die bestimmenden Grundsätze des Insolvenzverfahrens und der dem Insolvenzverwalter darin zugewiesenen Funktion entgegen, die Vermögenswerte des insolvenzschuldners zu verwerten und dabei im Interesse der Gläubiger den höchstmöglichen Erlös zu erzielen. Denn eine Veräußerung des Unternehmens mit sämtlichen Schulden würde praktisch ausscheiden, so dass der Verwalter in der Regel auf eine Zerschlagung des Schuldnerunternehmens beschränkt wäre; dies aber stünde im Widerspruch zu Sinn und Zweck des § 25 Abs. 1 HGB, den Gläubiger zu begünstigen¹⁷. Die Ansätze in der Literatur differieren. Als gleichsam kleinster gemeinsamer Nenner hinsichtlich des Zwecks des § 25 Abs. 1 HGB wird der Schutz bestimmter (Haftungs-) Erwartungen des Rechtsverkehrs ausgemacht werden können¹⁸.

Die Begründungen machen deutlich, worauf sich die Nichtanwendbarkeit des § 25 Abs. 1 HGB allein bezieht. Es geht um die Insolvenzforderungen gegenüber dem bisherigen Unternehmensträger! Insoweit nämlich stünde bei Normanwendung insbesondere der Gläubiger-Gleichbehandlungsgrundsatz in Frage, eine Mithaftung des Unternehmenserwerbers nach § 25 Abs. 1 HGB würde ein nicht zu rechtfertigendes Zufallsgeschenk an die Insolvenzgläubiger bedeuten, deren wirtschaftliches Risiko sich nur einmal realisiert

recht, 23. Aufl. 2000, § 7 Rz. 41; *Beuthien*, NJW 1993, 1737 ff.; *Zöllner*, ZGR 1983, 82 (87 ff.); ferner etwa *Zimmer/Scheffel* in *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, 2001, § 25 Rz. 59 ff.; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl. 2003, § 25 Rz. 11; *Emmerich* in *Heymann*, HGB, 2. Aufl. 1995, § 25 Rz. 42; *Hüffer* in *Großkomm.HGB*, Stand 1983, § 25 Rz. 95; *Roth* in *Koller/Roth/Morck*, HGB, 4. Aufl. 2003, § 25 Rz. 7; *Oetker*, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994, S. 658 ff. Offengelassen von BGHZ 157, 361 (364 ff.) = BGH, NJW 2004, 836 (837); *Ammon* in *Röhricht/Graf v. Westphalen*, HGB, 2. Aufl. 2001, § 25 Rz. 23. Abw. BGH, NJW 2001, 2251 ff. bezüglich Mietverhältnisse; der VII. Zivilsenat lässt im Übrigen ausdrücklich dahingestellt sein, ob § 25 HGB generell zu einem gesetzlichen Vertragsübergang führen kann.

¹⁶ BGHZ 104, 151 (153 ff.); BGH, NJW 1992, 911.

¹⁷ Ebenso *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB, § 25 Rz. 4; *Hüffer* in *Großkomm.HGB*, § 25 Rz. 61; *Emmerich* in *Heymann*, HGB, § 25 Rz. 12; ähnl. das BAG, NJW 1966, 1984, das wegen sonst meist praktisch gegebener Unveräußerlichkeit des Unternehmens unabhängig von § 25 Abs. 2 HGB die Regelung des § 25 Abs. 1 HGB im Konkurs als im Zweifel abgedungen ansieht.

¹⁸ Vgl. nur *Zimmer/Scheffel* in *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 25 Rz. 2; *Hüffer* in *Großkomm.HGB*, § 25 Rz. 21 ff., 27; *Canaris* (Fn. 15), § 7 Rz. 18; anders freilich *U. Huber* in *FS Raisch*, 1995, S. 85 (90), der ausführt, § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB schütze nicht „die Verkehrserwartungen“ der Gläubiger des Unternehmens, sondern ihr Informationsinteresse: Spätestens unverzüglich nach der Geschäftsübernahme muß der Erwerber, der die Firma beibehält, die Information darüber erteilen, daß er die Haftung nicht übernommen hat; anderenfalls trifft ihn die Sanktion der Haftung“.

hat. Damit ist allerdings noch nicht ausgeschlossen, § 25 Abs. 1 HGB als Vertragsüberleitungsnorm bei übertragender Sanierung im Insolvenzverfahren anzuwenden. Es folgt daraus nämlich notwendig nur, dass von einem Vertragsübergang auf den neuen Rechtsträger solche aus der Vertragsbeziehung resultierende Forderungen nicht erfasst sind, die bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestanden haben. Das Schicksal der Dauerschuldverhältnisse insgesamt und insbesondere der hieraus künftig entstehenden Verbindlichkeiten ist demgegenüber nicht betroffen. Vielmehr vermögen die vorgebrachten Argumente eine so weitgehende Unanwendbarkeit des § 25 HGB nicht zu rechtfertigen¹⁹. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung kann nicht ins Feld geführt werden; er gilt seit Verfahrensaufhebung im Anschluss an die rechtskräftige Bestätigung des Insolvenzplans (§ 258 Abs. 1 InsO) nicht mehr und kann sich daher auf die nach diesem Zeitpunkt aus dem Vertrag erst resultierenden Ansprüche nicht beziehen.

Einer Vertragsüberleitung auf die Übernahmegesellschaft steht auch der Zweck des § 25 HGB nicht entgegen, wenn dieser in dem Schutz bestimmter Verkehrserwartungen liegt und man hierfür einen typisierten Parteiwillen als tragend erachtet. Zwar mag sich mit der Unternehmensinsolvenz auch für die Vertragspartner ein wirtschaftliches Risiko bloß einmal verwirklicht haben; in Anbetracht der Interessenlage aber dürfte hinsichtlich einer weiteren Fortsetzung der Vertragsbeziehung zum Erwerber des insolventen Unternehmens eine Verkehrserwartung nicht fernliegen. Eine nur auf die zukünftigen Rechte und Pflichten bezogene Vertragsüberleitung ist dann auch kein pures Zufallsgeschenk für die Kontrahenten. Erachtet man die (durch Fortführung der bisherigen Firma lediglich nach außen in Erscheinung tretende) Kontinuität des Unternehmens als tragenden Gesichtspunkt, dann mag diese mit dem Eintritt der Insolvenz grundsätzlich nicht ohne Zweifel sein. Führt allerdings der Insolvenzverwalter das Unternehmen fort und trennt er sich dazu von (bestimmten) unternehmensbezogenen Vertragsbeziehungen nicht (vgl. §§ 103 ff. InsO), dann wird man aus Sicht der betreffenden Vertragspartner Unternehmenskontinuität nicht ernsthaft bezweifeln und infolgedessen bei einer späteren Unternehmensübertragung und -fortführung durch den Erwerber im Sinne von § 25 Abs. 1 HGB eine (partielle) Vertragsüberleitung nicht ablehnen können²⁰.

Wer die Nichtanwendung von § 25 HGB bei übertragender Sanierung aus der Masse nur für gerechtfertigt hält, weil die Gläubiger an der Veräußerungsentscheidung im Rahmen des Insolvenz(plan)verfahrens beteiligt sind, für den liegt ein Vertragsübergang gemäß § 25 Abs. 1 HGB um so näher, weil die Vertragspartner als solche nicht Verfahrensbeteiligte sind. Kurzum: Wird ein

19 In der Sache bereits gegen umfassende Unanwendbarkeit des § 25 Abs. 1 HGB *Gotthardt*, BB 1987, 1896 (1901).

20 A. A. wohl *Lieb* in MünchKomm.HGB, § 25 Rz. 41 ff.; *ders.* in FS Vierregge, 1995, S. 557 (562 ff.).

Unternehmen aus der Insolvenzmasse zur Fortführung an eine Übernahmegesellschaft veräußert, dann gehen zum Insolvenzschuldner begründete Dauerschuldverhältnisse nach § 25 Abs. 1 HGB auf diese Gesellschaft über, nicht allerdings insoweit, als hiervon bereits zum Zeitpunkt der Insolvenzverfahrenseröffnung bestehende Verbindlichkeiten betroffen sind²¹. Es handelt sich in diesem Sinne um eine *beschränkte Vertragsüberleitung*²². Das ist freilich keine rechtliche Innovation. Eine solche Beschränkung ist insbesondere bei der Betriebsübernahme in der Arbeitgeberinsolvenz bekannt, wo § 613a BGB zwar anwendbar bleibt²³, der Übernehmer aber insoweit nicht uneingeschränkt in die bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt, als ihn die in § 613a Abs. 2 BGB angelegte Haftungsnachfolge nur hinsichtlich der nach Betriebsübergang entstandenen Ansprüche trifft. Die Regelung wird im Hinblick auf die *par condicio creditorum* teleologisch dahin gehend reduziert, dass der Betriebserwerber im Zuge der Vertragsüberleitung nicht für solche Ansprüche haftet, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits entstanden waren²⁴.

b) Die Annahme einer Vertragsüberleitung wird im Allgemeinen gerechtfertigt durch die Erwägung, die Zuordnung zusammengehöriger Rechte und Pflichten aus unternehmensbezogenen Dauerschuldverhältnissen zu erhalten²⁵. § 25 Abs. 1 HGB wird rechtsfortbildend als Vertragsüberleitungsnorm hinsichtlich unternehmensbezogener Dauerschuldverhältnisse aufgefasst²⁶, der der typische Parteiwille zugrunde liege²⁷. Dies diene dem Interesse, „die (auch volkswirtschaftlich) wichtige und wertvolle Möglichkeit der Unternehmensübertragung deutlich zu erleichtern“²⁸ und damit nicht zuletzt lebensfähige Unternehmen als Funktionseinheit zu erhalten, hinter dem das

21 Gotthardt, BB 1987, 1896 (1901 f.). Vgl. insoweit auch Lieb in MünchKomm.HGB, § 25 Rz. 86, der es – freilich im Zusammenhang mit dem Regelungssinn des § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB – für möglich hält, dass schon entstandene Forderungen nicht im Wege der Vertragsüberleitung übergehen, sondern rechtsgeschäftlich übertragen werden müssen.

22 Zu diesem Modell einer Vertragsübernahme Nörr (Fn. 13), § 20 II 1.

23 S. nur Heinze in Gottwald (Hrsg.), Insolvenztsthandbuch, 2. Aufl. 2001, § 104 Rz. 67 ff.; Richardi/Annufß in Staudinger, BGB, 13. Bearb. 1999, § 613a Rz. 223 f.

24 BAG, NZA 2003, 318; BAGE 32, 326 (330 ff.); BAGE 47, 206 (212 ff.); BAGE 53, 380 (383); Heinze in Gottwald (Fn. 23), § 104 Rz. 73 f.; Richardi/Annufß in Staudinger, BGB, § 613a Rz. 225.

25 Vgl. Krejci, ÖJZ 1975, 449 (458 re.Sp., 459) („Verkehrsbedürfnis nach vereinfachtem Verfahren zur Aufrechterhaltung der Unternehmensbindung schuldrechtlicher Geschäftsbeziehungen“).

26 Nachweise oben Fn. 15.

27 Auch bei diesem Normverständnis kommt § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB durchaus noch eigene Bedeutung zu: Lieb in MünchKomm.HGB, § 25 Rz. 86; i.E. (bei Annahme echten Forderungsübergangs gem. § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB) auch K. Schmidt a. a. O. (Fn. 15). A. A. Beuthien, NJW 1993, 1737; Canaris (Fn. 15), § 7 Rz. 39; ders. in FS Protz, 1993, S. 11 (39 f.).

28 Lieb in MünchKomm.HGB, § 25 Rz. 83 a. E.

wegen des Unternehmensbezugs des Schuldverhältnisses relativierte Interesse des Kontrahenten an der Identität seines Vertragspartners zurücktrete. Ähnlich wie im Zweifel auch ohne die genaue Kenntnis von dessen Identität mit dem tatsächlichen Unternehmensträger in Vertragsbeziehungen tritt, wer mit „dem Unternehmen“ kontrahiert²⁹, ist dann bei einem auf das Unternehmen bezogenen Dauerschuldverhältnis Vertragspartner der jeweilige Unternehmensträger³⁰. Ob diese Auffassung generell für den Unternehmenstransfer zutrifft, kann dahinstehen. Jedenfalls für den hier erörterten Fall der übertragenden Insolvenzsanierung auf eine Übernahmegesellschaft, an der die Gläubiger teilhaben und die der Überwachung nach §§ 261 ff. InsO unterliegt, ist – wie gezeigt – eine solche Vertragsüberleitung anzunehmen. Allerdings kann dem anderen Teil nicht prinzipiell die Übernahmegesellschaft als Vertragspartner oktroyiert werden. Die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund entsprechend § 314 BGB bleibt unberührt³¹.

Die bislang ein karges Mauerblümchendasein fristende Regelung über die planüberwachte Übernahmegesellschaft (§§ 260 ff. InsO) wird durch die hier vertretene Überleitungslehre wesentlich gestärkt. Und die Praxis des Insolvenzrechts erfährt einen Ausweg aus von Gesellschaftern (Reorganisation) und Vertragspartnern (übertragende Sanierung) errichteten Blockadesituationen.

29 Ganz h.M.: K. Schmidt, Handelsrecht (Fn. 15), § 5 III 1 a; Larenz/Wolf, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 46 Rz. 22; Medicus, Allg. Teil des BGB, 8. Aufl. 2002, Rz. 917; BGH, NJW 1996, 1053 (1054).

30 K. Schmidt in FS Medicus, 1999, S. 555 (569f.); gegen diese Argumentation Canaris, (Fn. 15), § 7 Rz. 41.

31 Weitergehend für ein Recht zum Widerspruch gegen den Vertragsübergang in Anlehnung an § 613a BGB Lieb in MünchKomm.HGB, § 25 Rz. 85; ferner dazu K. Schmidt in FS Medicus, 1999, S. 555 (570).