

## Insolvenzfestigkeit von Garantiesicherungsvereinbarungen bei Unternehmenskaufverträgen

### *I. Einleitung*

Im Rahmen von Unternehmenstransaktionen werden in der Praxis häufig Garantiesicherungsvereinbarungen abgeschlossen. Eine Garantiesicherungsvereinbarung regelt die Besicherung etwaiger Mängelrechte des Käufers oder Ansprüche aus Garantiezusagen ebenso wie den Anspruch auf Kaufpreiszahlung des Verkäufers.<sup>1</sup> Die vertragliche Vereinbarung der Besicherung kann auf mehrere Weisen erfolgen, die ihrerseits wiederum in den unterschiedlichsten Varianten ausgestaltet werden können. In der Praxis am weitesten verbreitet ist, dass ein Teil des Kaufpreises auf ein Treuhandkonto zu zahlen ist, über das Käufer und Verkäufer bzw. ihre (anwaltlichen) Vertreter nur gemeinsam verfügen dürfen. Alternativ erfolgt eine Absicherung regelmäßig durch die Stellung einer Bankbürgschaft oder die Stundung eines Teilkaufpreises (sog. Vendor Loan), mit dem der Käufer aufrechnen kann.

Meist erfolgt die Besicherung so lange, bis der auf den Übertragungstichtag folgende Jahresabschluss wirksam festgestellt wurde, da dann weitestgehend abzusehen ist, ob dem Käufer Garantieansprüche zustehen. Somit währt die Garantiesicherungsvereinbarung regelmäßig bis zu zwölf Monaten, in Ausnahmefällen auch länger. In diesem Zeitraum sind sowohl der Käufer als auch der Verkäufer der Gefahr ausgesetzt, dass die jeweils andere Partei insolvent wird. In diesem Beitrag soll daher der Fragestellung nachgegangen werden, ob ein Kaufpreiseinbehalt „insolvenzfest“ ausgestaltet werden kann, so dass der Zweck der Absicherung von Käufer und Verkäufer auch im Falle der Insolvenz des jeweiligen Vertragspartners erfüllt wird.

In diesem Zusammenhang wird von der Literatur wie von der Rechtsprechung häufig der Begriff „Insolvenzfestigkeit“ verwendet, ohne dass dieser Begriff immer streng definiert wird. Für Zwecke der nachfolgenden Erörterung soll unter „Insolvenzfestigkeit“ der Umstand verstanden werden, dass die vertraglichen Ansprüche der einen (nicht insolventen) Partei gegen die insolvente Partei letztlich erfüllt werden. Eine Garantiesicherungsvereinbarung ist in diesem Zusammenhang als „insolvenzfest“ anzusehen, wenn der Kaufpreis insoweit nicht zur Insolvenzmasse (§ 35 InsO) gehört, wie der jeweils anderen (nicht insolventen) Partei Ansprüche auf den Kaufpreis aus der Garantiesicherungsvereinbarung zustehen. Nicht „insolvenzfest“ ist daher eine Garantiesicherungsvereinbarung, wenn die

---

<sup>1</sup> Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in der Praxis, 12. Aufl. 2005, Rn. 527.

jeweils andere (nicht insolvente) Partei ihre Ansprüche aus der Garantiesicherungsvereinbarung als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) geltend machen muss. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn der Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO die Erfüllung des Vertrages ablehnen oder diesen gemäß §§ 129 ff. InsO wirksam anfechten kann.

Unberücksichtigt bleiben soll in diesem Beitrag der Sonderfall der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO, wenn der Insolvenzschuldner mit dem Vorsatz handelte, seine Gläubiger zu benachteiligen und der andere Teil zur Zeit der Handlung diesen Vorsatz kannte. Ein solcher Rechtserwerb verdient im Verhältnis zu den übrigen Insolvenzgläubigern grundsätzlich keinen Schutz, so dass hier wohl kaum eine „Insolvenzfestigkeit“ herbeizuführen ist. Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen, zumindest von einem der übrigen hier zu behandelnden Insolvenzanfechtungstatbestände (§§ 130 bis 132 InsO), wird in den folgenden Beispielfällen vorausgesetzt. Dies gilt insbesondere auch für die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, die vom BGH vermutet wird, wenn der Gläubiger Tatsachen kennt, an die jedermann die Erwartung knüpft, der Schuldner werde wesentliche Zahlungen so gut wie sicher nicht mehr erbringen können (z. B. Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, Nichteinhaltung von Zahlungszusagen).<sup>2</sup>

Nachfolgend wird die „Insolvenzfestigkeit“ eines Treuhandkontos, einer Bankbürgschaft sowie eines Vendor Loan im Rahmen einer Unternehmenstransaktion dargestellt. Dabei wird zwischen (II.) Verkäuferinsolvenz und (III.) Käuferinsolvenz unterschieden.

## II. Verkäuferinsolvenz

### 1. Treuhandkonto

**Ausgangsfall:** Käufer und Verkäufer vereinbaren im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrages einen Kaufpreiseinbehalt. Danach ist ein Teil des Kaufpreises (z. B. 10 %) vom Käufer sicherungshalber auf ein Treuhandkonto zu zahlen, der erst zu einem späteren Zeitpunkt (z. B. nach 12 Monaten) an den Verkäufer ausbezahlt wird. Treuhänder ist ein Dritter, z. B. ein Rechtsanwalt oder ein Notar. Zwischen dem Käufer als Treugeber und dem Treuhänder wird ein rechtsgeschäftlich ausgestaltetes Treuhandverhältnis begründet. Zur Verfügung über den Betrag auf dem Treuhandkonto bedarf es der Freigabe sowohl des Käufers als auch des Verkäufers. Macht der Käufer vor Ablauf einer festgelegten Frist Garantieansprüche gegen den Verkäufer wirksam geltend, kann er von dem Verkäufer insoweit die Freigabe des Kaufpreiseinhalts verlangen oder zumindest – bei vom Verkäufer bestrittenen Garantieansprüchen – die Auszahlung an den Verkäufer bis zum Abschluss etwaiger (schieds-)gerichtlicher Klärung verhindern und sich aus dem Guthaben auf dem Treuhandkonto befriedigen. Nach zeitlichem Ablauf des Kaufpreiseinhalts steht das Guthaben auf dem Treuhandkonto dem Verkäufer zu, sofern nicht Ansprüche seitens des Käufers geltend gemacht worden sind. Über das Ver-

<sup>2</sup> Huber, in: Graf-Schlicker, InsO, 1. Aufl. 2007, § 130 Rn. 20.

mögen des Verkäufers wird innerhalb von drei Monaten nach einem sog. Closing (Vertragsvollzug) das Insolvenzverfahren eröffnet, und die übrigen Voraussetzungen zumindest eines der besonderen Insolvenzanfechtungstatbestände der §§ 130 bis 132 InsO liegen vor.

**Abwandlung:** Die Treuhandabrede und der Unternehmenskaufvertrag wurden mehr als drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen.

a) Ausgangsfall: Erfüllungsablehnung des Unternehmenskaufvertrages

Ist der Unternehmenskaufvertrag zur Zeit der Insolvenzeröffnung von keiner Seite vollständig erfüllt, kann der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung ablehnen (§ 103 Abs. 2 InsO). Die Erfüllungsablehnung lässt den Vertrag mit seinem bis zur Insolvenzeröffnung erreichten Erfüllungsstand unberührt, im Übrigen erfolgt jedoch eine rein insolvenzmäßige Abwicklung des Restvertrages: Noch ausstehende Erfüllungsansprüche verlieren ihre rechtliche Durchsetzbarkeit.<sup>3</sup> Übertragen auf einen Unternehmenskaufvertrag heißt das, dass der Käufer das ihm noch nicht vollständig gelieferte Unternehmen gegen eine weitestgehend wertlose Insolvenzforderung herausgeben muss. Dies ist ein erhebliches Risiko, zumal die Erfüllungsablehnung nach § 103 Abs. 2 InsO im Gegensatz zur Insolvenzanfechtung (mit Ausnahme der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO) nicht auf Verträge beschränkt ist, die drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen wurden. Allerdings steht dem Käufer im Falle der Erfüllungsablehnung das Guthaben auf dem Treuhandkonto zu, da dies eine noch ausstehende Leistungspflicht des Käufers darstellt, die dann nicht mehr vom Insolvenzverwalter eingefordert werden kann.

Der Zahlung eines Kaufpreisanteils durch den Käufer auf ein Treuhandkonto kommt im vorgenannten Beispielfall keine Erfüllungswirkung nach § 362 BGB zu.<sup>4</sup> Denn das Guthaben auf dem Treuhandkonto bezweckt gerade erst noch die Sicherung des Kaufpreisanspruchs und das Recht des Käufers an dem Kaufpreisanteil ist gerade nicht ausgeschlossen, sondern sogar explizit für den Fall von Mängel- und Garantirechten vorgesehen. Dies gilt zumindest dann, wenn die Parteien keine anderweitige Vereinbarung getroffen haben, wonach Erfüllung schon durch Zahlung auf das Treuhandkonto eintreten soll.<sup>5</sup>

Anzunehmen ist aber, dass zumindest der Verkäufer durch Übertragung des Unternehmens seiner Leistungspflicht vollständig nachgekommen sein wird, wodurch für den Insolvenzverwalter die Möglichkeit einer Erfüllungsablehnung entfällt. Denn Zweck eines Closing ist es, dass sämtliche Voraussetzungen einer wirksamen Übertragung nachgewiesen werden. Zwar gibt es zahlreiche Fallgestaltungen, in denen die Übertragung des Unternehmens einer schwebenden Unwirksamkeit unterliegt. So kann bei einem Share Deal beispielsweise die vollständige Erfüllung auf Verkäuferseite daran scheitern, dass die Anteile vinkuliert sind und die Vinkulierung bis zur Insolvenzeröffnung nicht überwunden wird,

<sup>3</sup> BGH v. 25. 4. 2002 – IX ZR 313/99, ZIP 2002, 1093 (1094).

<sup>4</sup> Witte/Bultmann, BB 2005, 1121 (1122); vgl. zum Notaranderkonto auch Grüneberg, in: Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, Vor § 372 Rn. 4.

<sup>5</sup> Ob eine solche Vereinbarung insolvenzrechtlich überhaupt beachtlich ist, erscheint sehr problematisch, soll hier aber nicht weiter erörtert werden.

weil die nötige Zustimmung aufgrund unzulässiger Mehrfachvertretung (§ 181 BGB) an einem Wirksamkeitsmangel leidet.<sup>6</sup> Letztlich handelt es sich bei solchen Fällen aber um Beratungsfehler, durch die das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters überhaupt erst entsteht.

*b) Ausgangsfall: Insolvenzanfechtung des Unternehmenskaufvertrages*

Ausgangspunkt der Insolvenzanfechtung ist § 129 InsO. Danach können Rechtshandlungen angefochten werden, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die die Insolvenzgläubiger benachteiligen. Da der Begriff der Rechtshandlung jedes Handeln erfasst, das rechtliche Wirkungen auslöst und das Vermögen des Schuldners zum Nachteil der Insolvenzgläubiger verändern kann,<sup>7</sup> ist das kritische Tatbestandsmerkmal des § 129 InsO das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne einer Verringerung der für die Insolvenzgläubiger verwertbaren Masse. Außer in den Fällen der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO genügt es hierfür, wenn die Benachteiligung nicht durch die anzufechtende Rechtshandlung selbst (sog. unmittelbare Gläubigerbenachteiligung), sondern durch bis zum Abschluss des Anfechtungsprozesses hinzutretende Umstände hervorgerufen wird (sog. mittelbare Gläubigerbenachteiligung).<sup>8</sup>

Bei einem Unternehmenskaufvertrag kommt es zu einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung im Falle der Insolvenz des Verkäufers, wenn der Verkäufer zwar einen dem Unternehmenswert angemessenen Kaufpreis erhalten, diesen aber später zur Befriedigung anderer Gläubiger verbraucht hat.<sup>9</sup> Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass der Insolvenzverwalter bei Vorliegen der im Beispielfall genannten Prämissen (Insolvenzeröffnung innerhalb von drei Monaten nach Unternehmensveräußerung, Vorliegen eines der besonderen Insolvenzanfechtungstatbestände nach §§ 130 bis 132 InsO) den gesamten Unternehmenskaufvertrag anfechten kann.

Dem Risiko der Anfechtung des Unternehmenskaufvertrages kann der Käufer aber dadurch begegnen, dass er den Unternehmenskaufvertrag als Bargeschäft nach § 142 InsO ausgestaltet, da ein solches grundsätzlich nicht insolvenzrechtlich anfechtbar ist. Ein Bargeschäft setzt voraus, dass der Schuldner für seine Leistung unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung erhält.<sup>10</sup> Solche Rechtsgeschäfte will das Gesetz anfechtungsrechtlich begünstigen, um den Schuldner nicht in der wirtschaftlichen Krise praktisch von allen – auch verkehrsüblichen – Umsatzgeschäften auszuschließen.<sup>11</sup>

Im Fall der Vereinbarung eines Kaufpreiseinbehalts steht insbesondere das Unmittelbarkeitserfordernis des Bargeschäfts infrage. Die Gegenleistung des Käufers ist als unmittelbar anzusehen, wenn sie in einem engen zeitlichen Zusam-

<sup>6</sup> Wessels, ZIP 2004, 1237 (1241).

<sup>7</sup> BGH v. 5. 2. 2004 – IX ZR 473/00, ZIP 2004, 917 (918); Huber, in: *Graf-Schlicker* (Fn. 2), § 129 Rn. 2.

<sup>8</sup> BGH v. 9. 12. 1999 – IX ZR 102/97, ZIP 2000, 238 (241).

<sup>9</sup> *Kirchhof*, in: *Münchener Kommentar, InsO*, Bd. 2, 1. Aufl. 2002, § 129 Rn. 122.

<sup>10</sup> Huber, in: *Graf-Schlicker, InsO* (Fn. 2), § 142 Rn. 2.

<sup>11</sup> Huber, in: *Graf-Schlicker, InsO* (Fn. 2), § 142 Rn. 2.

menhang mit der Leistung steht, also der Übertragung des Unternehmens durch den Verkäufer. Die Rechtsprechung akzeptiert im Einzelfall für die Annahme eines unmittelbaren Austauschs eine zeitliche Differenz von bis zu einem Monat.<sup>12</sup> Das Unmittelbarkeitserfordernis betrifft allerdings nur den zeitlichen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung. Nicht abgestellt wird auf die bei Unternehmenstransaktionen regelmäßig vorkommende Zeitspanne zwischen dem sog. Signing (Vertragsschluss) und dem Closing. Daher ist der entscheidende Zeitpunkt für die Annahme eines Bargeschäftes das Closing und es ist für das Unmittelbarkeitserfordernis unschädlich, wenn die beiderseitigen Leistungen erst erhebliche Zeit nach Vertragsschluss ausgetauscht werden und inzwischen die Krise des Verkäufers ausbricht.<sup>13</sup> Auch wenn der Vollzug des Unternehmenskaufvertrages, z. B. aufgrund eines komplizierten Fusionskontrollverfahrens, erst über ein Jahr nach dem Signing erfolgt, steht dies allein der Annahme eines Bargeschäfts nicht entgegen.<sup>14</sup>

Um demnach sichergehen zu können, dass ein Rechtsgeschäft als Bargeschäft im Sinne des § 142 InsO qualifiziert wird, empfiehlt sich also ein Zug-um-Zug-Austausch von Leistung und Gegenleistung, der stets der geforderten Unmittelbarkeit genügt.<sup>15</sup> So wird es in der Praxis bei Unternehmenstransaktionen auch regelmäßig durchgeführt. Meist werden die Geschäftsanteile oder Aktien bei Vertragsschluss zunächst nur unter mehreren aufschiebenden Bedingungen abgetreten, wie etwa der vollständigen Kaufpreiszahlung und der Zustimmung der Kartellbehörden. Einige Zeit später wird dann in dem Closing der Eintritt der Bedingungen nachgewiesen und insbesondere der Kaufpreis bezahlt. Erst dann geht das Eigentum an den Geschäftsanteilen oder Aktien auf den Käufer über.

Wie bereits erläutert, kommt aber der Überweisung eines Teils des Kaufpreises auf ein Treuhandkonto keine Erfüllungswirkung nach § 362 BGB zu.<sup>16</sup> Somit fehlt es an der Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches zwischen Verkäufer und Käufer, wenn im Rahmen einer Unternehmenstransaktion Treuhandabwicklungen oder sonstige Sicherungseinbehalte vereinbart werden und im Closing nicht der vollständige Kaufpreis an den Verkäufer bezahlt wird.<sup>17</sup> Dies bedeutet also, dass ein Käufer, der durch die Vereinbarung eines Kaufpreiseinbehalts die Erfüllung etwaiger Garantieansprüche absichern will, sich stets dem Risiko aussetzt, dass der Unternehmenskaufvertrag nicht als insolvenzrechtliches Bargeschäft qualifiziert werden kann. Will der Käufer den Unternehmenskauf demnach als (insolvenzanfechtungsfestes) Bargeschäft tätigen, muss er grundsätzlich zwingend auf einen Kaufpreiseinbehalt verzichten.

Vorausgesetzt die Parteien haben einen Kaufpreiseinbehalt auf einem Treuhandkonto vereinbart und der Unternehmenskaufvertrag wurde erfolgreich angefochten, ist die Rechtsfolge der Insolvenzanfechtung, dass zur Insolvenzmasse

---

<sup>12</sup> BGH v. 26. 1. 1977 – VIII ZR 122/75, NJW 1977, 718.

<sup>13</sup> Kirchhof, in: Münchener Kommentar, InsO (Fn. 9), § 142 R.n. 15.

<sup>14</sup> Wessels, ZIP 2004, 1237 (1245).

<sup>15</sup> Paulus, in: Kübler/Prütting, InsO, 2007, § 142 R.n. 6.

<sup>16</sup> Vgl. oben II. 1. a).

<sup>17</sup> Wessels, ZIP 2004, 1237 (1245).

zurückgewährt werden muss, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist (§ 143 InsO). Das von dem insolvent gewordenen Verkäufer gelieferte Unternehmen geht also an die Masse zurück. Der Gegenanspruch des Käufers auf Kaufpreiserückgewähr ist hingegen einfache Insolvenzforderung und somit weitestgehend wertlos.<sup>18</sup> Letzteres gilt jedoch nicht, soweit sich ein Teil des Kaufpreises als Kaufpreiseinbehalt auf einem Treuhandkonto befindet. Denn dieses ist regelmäßig noch gar nicht wirksam auf den Verkäufer übertragen worden, so dass das Guthaben auf dem Treuhandkonto gar nicht zur Insolvenzmasse des Verkäufers gehört. Sollte ausnahmsweise (abweichend vom hier erörterten Ausgangsfall) doch schon eine Übertragung des Guthabens auf den Verkäufer erfolgt sein, steht dem Käufer gemäß § 144 Abs. 2 InsO ein Masseanspruch zu, soweit seine Gegenleistung noch unterscheidbar vorhanden ist. Während sich nämlich ein auf das Konto des Verkäufers überwiesener Kaufpreis mit anderen Kontogutschriften und Kontobelastungen zu einem einzigen positiven oder negativen Saldo „vermischt“,<sup>19</sup> befindet sich der Kaufpreiseinbehalt als Gutschrift auf einem gesonderten Treuhandkonto und ist somit noch unterscheidbar von der Insolvenzmasse. Gemäß § 53 InsO ist dem Käufer der Kaufpreiseinbehalt auf dem Treuhandkonto daher aus der Masse vorweg zurückzuerstatten.<sup>20</sup>

Als Zwischenergebnis ist somit hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Bargeschäft und Kaufpreiseinbehalt Folgendes festzuhalten: Entweder der Käufer vereinbart keinen Kaufpreiseinbehalt und riskiert damit die Erfüllung etwaiger Garantieansprüche, um den Unternehmenskaufvertrag selbst als Bargeschäft im Sinne von § 142 InsO insolvenzrechtlich unanfechtbar zu machen. Oder der Käufer sichert etwaige entstehende Garantieansprüche durch die Vereinbarung eines Kaufpreiseinhalts ab und nimmt gleichzeitig das Risiko einer insolvenzrechtlichen Anfechtung des Unternehmenskaufvertrages in Kauf, wobei ihm im Fall der erfolgreichen Anfechtung des Unternehmenskaufvertrages durch den Insolvenzverwalter gemäß § 144 Abs. 2 InsO zumindest der einbehaltene Kaufpreis zusteht. Dies erscheint aus Käufersicht als ein unbefriedigendes Ergebnis.

Nach den hier behandelten besonderen Anfechtungstatbeständen der Insolvenzordnung (§§ 130 bis 132 InsO) lassen sich jedoch grundsätzlich nur solche Rechtshandlungen anfechten, die innerhalb der letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verkäufers vorgenommen wurden. Ziel des Käufers zum Schutz vor einer besonderen Insolvenzanfechtung des Unternehmenskaufvertrages trotz Vereinbarung eines Kaufpreiseinhalts muss es deshalb sein, den gemäß § 140 InsO anfechtungsrechtlich relevanten Vornahmezeitpunkt zeitlich so weit nach vorne zu verlagern, dass die Erfüllungshandlung zu einem Zeitpunkt vorgenommen wird, der außerhalb der anfechtungskritischen Drei-Monats-Frist liegt.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> *Wessels*, ZIP 2004, 1237 (1238).

<sup>19</sup> *Hallermann*, Die Risiken einer Insolvenzanfechtung für den Käufer eines Unternehmens, 2007, S. 120.

<sup>20</sup> *Paulus*, in: *Kübler/Prütting*, InsO (Fn. 15), § 142 Rn. 6.

<sup>21</sup> *Wessels*, ZIP 2004, 1237 (1238); *Hallermann*, Insolvenzanfechtung (Fn. 19), S. 134.

Dies kann der Käufer eines Unternehmens dadurch herbeiführen, dass er möglichst früh ein Anwartschaftsrecht an der Zielgesellschaft begründet.<sup>22</sup> Grundsätzlich gilt gemäß § 140 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung zwar erst dann als vorgenommen, wenn ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Bei einer bedingten Rechtshandlung bleibt allerdings der Eintritt der Bedingung außer Betracht (§ 140 Abs. 3 InsO). Die insolvenzrechtlich kritische dreimonatige Anfechtungsfrist der §§ 130 bis 132 InsO beginnt somit schon mit Begründung einer Anwartschaft auf die Anteile des Unternehmens zu laufen. Ein Anwartschaftsrecht an den Anteilen liegt vor, wenn die Wirksamkeit der Anteilsübertragung nur noch von Bedingungen abhängt, deren Eintritt allein in der Hand des Anwartschaftsberechtigten, des Käufers, liegt und nicht mehr vom Verkäufer einseitig zerstört werden kann. An dieser Voraussetzung sind die sog. Closing Conditions eines Unternehmenskaufvertrages zu messen. Die fast immer auftretenden Closing Conditions der vollständigen Kaufpreiszahlung sowie der kartellrechtlichen Freigabe des Unternehmenskaufes stehen der Begründung eines Anwartschaftsrechts in jedem Fall nicht entgegen. In Bezug auf die letztere Bedingung (Kartellfreigabe) gilt nämlich, dass öffentlich-rechtliche Genehmigungen, die zum Vollzug einer Rechtshandlung erforderlich sind, bei der Bestimmung des Vornahmezeitpunktes außer Acht bleiben.<sup>23</sup> Schädlich für die Entstehung eines Anwartschaftsrechts ist hingegen ein Vinkulierungsvorbehalt nach §§ 15 Abs. 3 GmbHG, 68 Abs. 2 AktG seitens des Verkäufers, da dann die Erwerbssposition des Käufers noch von einer Handlung des Verkäufers abhängt und somit noch nicht vollständig gesichert ist. Etwaige Zustimmungen der Verkäuferseite sind dann zwingend bereits im Signing abzugeben.

Wenn ein Käufer also einerseits den Unternehmenskaufvertrag als anfechtungsfestes Bargeschäft abschließen und gleichzeitig zur Sicherung seiner Garantieansprüche einen Kaufpreiseinbehalt vereinbaren möchte, ist zu empfehlen, beim Signing ein Anwartschaftsrecht an dem Unternehmen zu begründen und das Closing erst nach der kritischen Drei-Monats-Frist durchzuführen.<sup>24</sup> Dies gilt allerdings nur, soweit noch nicht die Schwelle zur Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO überschritten wurde. Auch unterliegt der Käufer dann immer noch ggf. dem Risiko einer Erfüllungsablehnung.<sup>25</sup>

*c) Ausgangsfall: Erfüllungsablehnung bzw. Insolvenzanfechtung der Treuhandabrede*

Eine Erfüllungsablehnung bzw. eine insolvenzrechtliche Anfechtung nur der Treuhandabrede anstelle des Unternehmenskaufvertrages kommt im vorgenannten Beispiel nicht in Betracht. Denn im genannten Beispielfall wird von einer sog. Doppeltreuhand ausgegangen, bei der lediglich ein Treuhandverhältnis zwischen dem Käufer als Treugeber und dem Rechtsanwalt bzw. Notar als Treuhänder besteht. Gleichwohl diese Treuhand eine Doppelnatur hat, nämlich eine

---

<sup>22</sup> *Wessels*, ZIP 2004, 1237 (1238); *Hallermann*, Insolvenzanfechtung (Fn. 19), S. 134.

<sup>23</sup> BGH v. 9. 10. 1958 – II ZR 229/57, WM 1958, 1417 (1418 f.).

<sup>24</sup> *Wessels*, ZIP 2004, 1237 (1240); *Hallermann*, Insolvenzanfechtung (Fn. 19), S. 154.

<sup>25</sup> Vgl. II. 1. a).

Verwaltungstreuhand in Bezug auf den Käufer und als Vertrag zugunsten Dritter eine Sicherungstreuhand in Bezug auf den Verkäufer, fehlt es an einer anfechtbaren Rechtshandlung des Verkäufers. Denn die Treuhandabrede wurde im Beispielsfall lediglich zwischen dem Käufer und dem Treuhänder getroffen.<sup>26</sup>

*d) Abwandlung: Insolvenzanfechtung des Unternehmenskaufvertrages*

Wie bereits erörtert, sind die besonderen Insolvenzanfechtungstatbestände der §§ 130 bis 132 InsO auf Rechtshandlungen begrenzt, die in den letzten drei Monaten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchgeführt wurden. Wurde daher der Unternehmenskaufvertrag mehr als drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen, ist dieser (mit Ausnahme der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO) grundsätzlich nicht mehr anfechtbar.

Dies gilt auch in Bezug auf etwaige Garantieansprüche, die der Käufer in den letzten drei Monaten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltend macht und bezüglich derer er sich auf Grundlage des Unternehmenskaufvertrages aus dem Treuhandkonto befriedigt. Ist nämlich von dem Verkäufer eine Garantie verletzt worden, hat der Käufer gemäß Unternehmenskaufvertrag einen Zahlungs- bzw. Freigabeanspruch betreffend das Guthaben auf dem Treuhandkonto in entsprechender Höhe. Der Anspruch ist allein durch die Rechtshandlung des Abschlusses eines Unternehmenskaufvertrages begründet worden. Eine Rechtshandlung gilt aber in demjenigen Zeitpunkt als vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten (§ 140 Abs. 1 InsO), sie also die Gläubigerbenachteiligung bewirkt. Diese Wirkungen treten ein, sobald eine Rechtsposition begründet worden ist, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beachtet werden müsste. Die Rechtsposition, Befriedigung aus dem Treuhandkonto zu erhalten, ist aber bereits mit Vereinbarung des Unternehmenskaufvertrages begründet worden und nicht erst mit Geltendmachung der Garantieverletzung. Wurde der Unternehmenskaufvertrag bereits mehr als drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vereinbart, kommt eine Insolvenzanfechtung grundsätzlich auch in Bezug auf etwaige später geltend gemachte Garantieansprüche des Käufers nicht mehr in Betracht.

## 2. Bankbürgschaft

**Ausgangsfall:** Käufer und Verkäufer vereinbaren im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrages, dass der Käufer zwar dem Verkäufer den gesamten Unternehmenskaufpreis ausbezahlen hat, der Verkäufer dafür aber dem Käufer eine Sicherheit für dessen Garantieansprüche in Form einer Bankbürgschaft leistet. Macht der Käufer vor Ablauf der vertraglichen Garantiefrist Garantieansprüche gegen den Verkäufer wirksam geltend und fällt der Verkäufer durch Insolvenz als Schuldner aus, soll sich der Käufer gegenüber der bürgenden Bank schadlos halten können. Über das Vermögen des Verkäufers wird innerhalb von drei Monaten nach dem Clo-

---

<sup>26</sup> In der Praxis üblicher ist die Vertragsgestaltung, dass auch der Verkäufer Vertragspartei der Treuhandabrede wird. Aber auch dann ist eine Insolvenzanfechtung des Insolvenzverwalters sehr unwahrscheinlich, da diese lediglich dazu führt, dass das Treuhandguthaben an den Käufer als Treugeber zurückfällt.



sing und der dort gewährten Bankbürgschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, und die übrigen Voraussetzungen zumindest eines der besonderen Insolvenztatbestände der §§ 130 bis 132 InsO liegen vor.

**Abwandlung:** Die Bankbürgschaft wurde mehr als drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestellt.

a) Ausgangsfall: Erfüllungsablehnung des Unternehmenskaufvertrages

Eine Erfüllungsablehnung gemäß § 103 InsO setzt voraus, dass der Unternehmenskaufvertrag noch von keiner Seite vollständig erfüllt ist. Eine Erfüllungsablehnung einer Unternehmenstransaktion kommt demnach stets nur dann in Betracht, wenn der Verkäufer im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Unternehmen nicht wirksam auf den Käufer übertragen hat.<sup>27</sup>

Nach Auffassung des BGH hat aber im obigen Beispielsfall zumindest schon der Käufer vollständig im Sinne des § 103 InsO erfüllt, so dass die Anwendung des § 103 InsO ausgeschlossen ist.<sup>28</sup> Denn die Zahlung des gesamten Kaufpreises an den Verkäufer bewirkt die Erfüllung der Kaufpreisschuld. Unerheblich ist, dass unmittelbar im Anschluss dem Käufer eine Sicherheit im Wege einer Bankbürgschaft gewährt wird. Denn eine einmal bewirkte Erfüllung des Kaufvertrages wird dadurch nicht mehr ungeschehen gemacht.<sup>29</sup>

In der Literatur wird hingegen teilweise die Auffassung vertreten, dass trotz vollständiger Zahlung noch keine Erfüllung im Sinne des § 103 InsO vorliegt, wenn der Schuldner dem anderen Teil für die Erbringung seiner Leistung Sicherheit gestellt hat, da die Gegenleistung dem Schuldner noch nicht unbelastet zustehe.<sup>30</sup> Andere differenzieren wiederum bei der Bankbürgschaft zwischen einer selbstschuldnerischen Bürgschaft und der Bürgschaft auf erstes Anfordern.<sup>31</sup> Erfüllungsunschädlich sei danach eine Absicherung des Käufers durch eine selbstschuldnerische Bankbürgschaft, denn hierdurch werde der Verkäufer – abgesehen von etwaigen Avalzinsen – genauso belastet wie durch die Garantieansprüche des Käufers. Bei einer Bankbürgschaft auf erstes Anfordern hingegen fehle es an einer vollständigen Erfüllung im Sinne des § 103 InsO seitens des Käufers, da der Zweck dieses Sicherungsinstruments regelmäßig darin liegt, einen Bareinbehalt zu ersetzen.<sup>32</sup>

Letztlich sollte jedoch der Ansicht des BGH zugutegehalten werden, dass auch im Rahmen des § 103 InsO auf den Erfüllungsbegriff des § 362 BGB abzustellen ist, wonach grundsätzlich der Leistungserfolg maßgeblich ist.<sup>33</sup> Der Leistungserfolg ist trotz Bestellung einer Sicherheit mit Zahlung des Kaufpreises zumin-

---

<sup>27</sup> Vgl. II. 1. a).

<sup>28</sup> BGH v. 24. 10. 1979 – VIII ZR 298/78, NJW 1980, 226 (227); Andres, in: Andres/Leithaus, InsO, 1. Aufl. 2006, § 103 R.n. 13.

<sup>29</sup> BGH v. 24. 10. 1979 – VIII ZR 298/78, NJW 1980, 226 (227).

<sup>30</sup> Tintelnot, in: Kübler/Prütting, InsO (Fn. 15), § 103 R.n. 39.

<sup>31</sup> Wessels, ZIP 2004, 1237 (1243).

<sup>32</sup> Wessels, ZIP 2004, 1237 (1243).

<sup>33</sup> Tintelnot, in: Kübler/Prütting, InsO (Fn. 15), § 103 R.n. 32.

dest seitens des Käufers vollständig eingetreten, so dass ein Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO grundsätzlich ausscheidet.

*b) Ausgangsfall: Insolvenzanfechtung des Unternehmenskaufvertrages*

Sogar bei einem Closing des Unternehmenskaufvertrages innerhalb der kritischen Drei-Monats-Frist vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Unternehmenskaufvertrag grundsätzlich insolvenzrechtlich nicht anfechtbar, da es sich um ein Bargeschäft im Sinne des § 142 InsO handelt.<sup>34</sup> Wenn im Rahmen einer Unternehmenstransaktion der Käufer den gesamten (angemessenen) Kaufpreis an den Käufer zahlt und der Verkäufer auf den Käufer das Unternehmen wirksam übereignet, liegt ein unmittelbarer gleichwertiger Leistungsaustausch vor, da eine gleichwertige Leistung und Gegenleistung unmittelbar, d. h. in einem engen zeitlichen Zusammenhang, ausgetauscht werden.<sup>35</sup> Die Stellung einer Bankbürgschaft im Gegenzug schließt die Annahme eines Bargeschäfts nicht aus.

Die Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches ist anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu ermitteln, und bei der Abgrenzung zwischen Bar- und Kreditgeschäft ist die Verkehrsauffassung zu berücksichtigen.<sup>36</sup> Unseres Erachtens wird aus Sicht der Verkehrsauffassung dem Erfordernis der Unmittelbarkeit trotz der Gewährung einer Bankbürgschaft genügt. Dem ist zwar entgegenzuhalten, dass aufgrund der Gewährung einer Bankbürgschaft dem Verkäufer die Gegenleistung noch nicht unbelastet zur Verfügung steht, so dass es an einem abgeschlossenen Leistungsaustausch mangelt. Auf der anderen Seite hat der BGH schon hinsichtlich des Erfordernisses der vollständigen Erfüllung im Rahmen des § 103 InsO entschieden, dass es für eine Erfüllung unerheblich ist, wenn die Parteien im gleichen Vertrag eine Sicherung zugunsten eines Leistenden vereinbart haben und dies die einmal erwirkte Erfüllung eines Vertrages nicht ungeschehen macht.<sup>37</sup> Gleiches sollte dann auch im Rahmen des § 142 InsO gelten mit der Folge, dass der Vertrag von beiden Vertragsparteien vollständig erfüllt wurde und somit ein unmittelbarer Leistungsaustausch zwischen Käufer und Verkäufer stattfand. Da es bislang aber keine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, wonach die Bestellung einer Sicherheit der Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches im Sinne des § 142 InsO nicht entgegensteht, verbleibt diesbezüglich noch ein Risiko.

Um die Insolvenzanfechtung des Unternehmenskaufvertrages im hier erörterten Ausgangsfall gänzlich ausschließen zu können, sollte daher zusätzlich ein Anwartschaftsrecht begründet werden, das erst nach Verstreichen des kritischen Drei-Monats-Zeitraums im Closing zum Vollrecht erstarkt.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Vgl. II. 1. b).

<sup>35</sup> *Kirchhof*, in: Münchener Kommentar, InsO (Fn. 9), § 142 Rn. 15.

<sup>36</sup> *Paulus*, in: *Kübler/Prütting*, InsO (Fn. 15), § 142 Rn. 5; *Kirchhof*, in: Münchener Kommentar, InsO (Fn. 9), § 142 Rn. 15.

<sup>37</sup> BGH v. 24. 10. 1979 – VIII ZR 298/78, NJW 1980, 226 (227).

<sup>38</sup> Vgl. II. 1. b).

c) Ausgangsfall: Erfüllungsablehnung der Bürgschaft

Der Bürgschaftsvertrag selbst fällt wegen der einseitigen Verpflichtung des Bürgen in der Regel nicht unter den Anwendungsbereich des § 103 InsO.<sup>39</sup>

d) Ausgangsfall: Insolvenzanfechtung der Bankbürgschaft

Die Bestellung einer Bankbürgschaft innerhalb der letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Insolvenzanfechtung unterliegen.

Bei der Bestellung einer Bankbürgschaft kommen mehrere Rechtshandlungen als Anfechtungsgegenstand der insolvenzrechtlichen Anfechtung in Betracht. Denn die anzufechtende Rechtshandlung muss nicht vom Schuldner selbst, sondern kann auch von einem Dritten vorgenommen werden.<sup>40</sup> Zum einen kommt es zu einer Vereinbarung zwischen der bürgenden Bank und dem Käufer als Gläubiger.<sup>41</sup> Darüber hinaus liegt der Bürgschaftsstellung ein Vertrag – regelmäßig ein Geschäftsbesorgungsvertrag oder Auftrag<sup>42</sup> – zwischen der Bank als Bürgen und dem Verkäufer zugrunde. Schließlich ist davon auszugehen, dass eine Bank nur dann bereit ist, eine Bürgschaft zu stellen, wenn der Verkäufer der Bank entsprechende Sicherheiten einräumt, was eine weitere grundsätzlich anfechtbare Rechtshandlung darstellt. Angesichts der Tatsache, dass die Insolvenzanfechtung mehr unter wirtschaftlichen als unter formalrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten ist, ist als anfechtbare Rechtshandlung wohl in erster Linie das Zustandekommen des Vertrages zwischen der Bank und dem Käufer zu betrachten, zumal die anderen Rechtshandlungen für das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages nur die Voraussetzung bilden.<sup>43</sup>

Eine Gläubigerbenachteiligung kann sich im Fall der Bankbürgschaft ebenfalls aus mehreren Gesichtspunkten ergeben. Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung kommt in Betracht, wenn der Verkäufer z. B. Avalzinsen für das Bestellen der Bürgschaft an die Bank aufzuwenden hat. Denn das Vermögen des Verkäufers wird dann durch das Stellen der Bürgschaft unmittelbar mit einer Verbindlichkeit belastet. Zuzugeben ist, dass die Avalzinsen zunächst auf dem Rechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Bank beruhen, so dass für den Insolvenzverwalter auch die Möglichkeit besteht, nur dieses Rechtsverhältnis anzufechten. Andererseits ist kausal für das Entstehen der Avalzinsen die Bürgschaftsgewährung der Bank an den Käufer, so dass durch die Bestellung der Urkunde die Zinszahlungspflicht bei dem Verkäufer entsteht und somit die Gläubiger des Verkäufers unmittelbar benachteiligt werden. Somit besteht für den Insolvenzverwalter zumindest die Möglichkeit, alternativ zu dem Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Bank das Rechtsverhältnis zwischen Bank und Gläubiger anzufechten. Dieses Risiko einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung lässt sich jedoch in der

---

<sup>39</sup> Berscheid, in: Uhlenbruck, InsO, 2003, § 103 Rn. 48.

<sup>40</sup> BGH v. 29. 4. 1999 – IX ZR 163/98, ZIP 1999, 973.

<sup>41</sup> Sprau, in: Palandt, BGB (Fn. 4), Vor. § 764 Rn. 4.

<sup>42</sup> Sprau, in: Palandt, BGB (Fn. 4), Vor. § 765 Rn. 5.

<sup>43</sup> BGH v. 29. 4. 1999 – IX ZR 163/98, ZIP 1999, 973; Mundt, NZBau 2003, 527 (528).

Praxis dadurch vermeiden, dass der Käufer die (meist im Verhältnis zur gesamten Unternehmenstransaktion nicht besonders hohen) Avalzinsen übernimmt.

Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn dem Kreditinstitut selbst vor Bestellung der Bürgschaft durch den Verkäufer eine Sicherheit eingeräumt wird, z. B. durch Forderungsabtretungen oder Immobilial-Sicherheiten, die auch die Bürgschaft absichern. Denn diese bereits bestehenden (und nicht mehr insolvenzrechtlich anfechtbaren) Sicherheiten begründen ein Absonderungsrecht (§ 51 InsO) der Bank in Höhe der ihr gegenüber bestehenden Verbindlichkeit, während die Forderung des Käufers auf Kaufpreiszahlung lediglich eine nach der „Quote“ zu befriedigende Forderung darstellt.<sup>44</sup> Die Bestellung einer Bürgschaft ist somit als mittelbare Zuwendung des Verkäufers an den Käufer durch Leistung der Bank als Bürgen anzusehen, durch die die übrigen Gläubiger benachteiligt werden. Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung entfällt aber, wenn die Bank erst im Zeitpunkt der Bürgschaftsgewährung zusätzliche Sicherheiten aus dem Vermögen des Verkäufers erhält oder aus einer ihr früher gegebenen Sicherheit nur im selben Umfang Befriedigung erlangen kann. Denn dann sind etwaige Forderungen der Bank und des Käufers als „gleichrangig“ anzusehen. Im Rahmen von Unternehmenstransaktionen erhält die Bank meist zur Sicherheit ihrer Bürgschaft einen Teil des gezahlten Kaufpreises, so dass die übrigen Gläubiger durch die Bürgschaftsgewährung nicht benachteiligt werden. Dies muss jedoch nicht zwingend immer so sein. Um das Risiko einer Anfechtung der Bankbürgschaft tatsächlich einschätzen zu können, muss der Käufer daher in der Transaktion darauf hinwirken, dass der Verkäufer ihm mitteilt, welche Sicherheiten er der Bank für die Erteilung der Bürgschaft gewährt.

#### *e) Abwandlung: Insolvenzanfechtung der Bankbürgschaft*

Eine insolvenzrechtliche Anfechtung (mit Ausnahme der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO) der Bankbürgschaft kommt bei Insolvenzeröffnung mehr als drei Monate nach Bestellung der Bankbürgschaft nicht mehr in Betracht. Die anfechtbare Rechtshandlung der Bürgschaftsbestellung gilt gemäß § 140 Abs. 1 InsO in demjenigen Zeitpunkt als vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten, sie also die Gläubigerbenachteiligung bewirkt. Diese Wirkungen treten ein, sobald eine Rechtsposition begründet worden ist, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beachtet werden müsste. Sicherheit durch eine Bürgschaft ist in dem Moment erlangt, in dem der Bürgschaftsvertrag zwischen Bank und Käufer wirksam wird.<sup>45</sup> Dies ist gemäß §§ 766, 151 BGB der Fall im Zeitpunkt des Zugangs der Bürgschaftsurkunde beim Käufer.<sup>46</sup> Unerheblich ist, wann Befriedigung aus der Bürgschaft durch den Käufer verlangt wird<sup>47</sup> oder die Bank als Bürge ihren Rückgriffsanspruch gegen den Verkäufer geltend macht.

<sup>44</sup> BGH v. 29. 4. 1999 – IX ZR 163/98, ZIP 1999, 973.

<sup>45</sup> BGH v. 29. 4. 1999 – IX ZR 163/98, ZIP 1999, 973.

<sup>46</sup> Huber, in: *Gottwald*, Insolvenz-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 46 Rn. 26.

<sup>47</sup> Huber, in: *Gottwald*, Insolvenz-Handbuch (Fn. 46), § 46 Rn. 26.

### 3. Vendor Loan (Verkäuferdarlehen)

**Ausgangsfall:** Käufer und Verkäufer vereinbaren im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrages, dass dem Käufer vom Verkäufer ein Teil des Kaufpreises gestundet wird (Vendor Loan), so dass er nicht verpflichtet ist, sofort den gesamten Kaufpreis zu zahlen. Gegen den verbleibenden Kaufpreisanspruch kann der Käufer etwaige Garantieansprüche aufrechnen. Über das Vermögen des Verkäufers wird innerhalb von drei Monaten nach Gewährung des Vendor Loan (also nach dem Closing) das Insolvenzverfahren eröffnet, und die übrigen Voraussetzungen zumindest eines der besonderen Insolvenztatbestände der §§ 130 bis 132 InsO liegen vor.

**Abwandlung:** Die Stundungsabrede erfolgte mehr als drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

#### a) Ausgangsfall: Erfüllungsablehnung des Unternehmenskaufvertrages

Eine Erfüllungsablehnung gemäß § 103 InsO setzt voraus, dass der Unternehmenskaufvertrag noch von keiner Seite vollständig erfüllt ist. Zahlt der Käufer nicht den gesamten Unternehmenskaufpreis an den Verkäufer, sondern wird ihm ein Teil des Kaufpreises gestundet, fehlt es an einer vollständigen Erfüllung seitens des Käufers. Wurde das Unternehmen zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ggf. noch nicht wirksam auf den Käufer übertragen, besteht für den Insolvenzverwalter somit ein Erfüllungswahlrecht gem. § 103 Abs. 1 InsO.<sup>48</sup> Hinsichtlich der sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen wird auf Abschnitt II. 1. a) verwiesen.

#### b) Ausgangsfall: Insolvenzanfechtung des Unternehmenskaufvertrages

Wurde der Unternehmenskaufvertrag innerhalb der kritischen Drei-Monats-Frist vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen, ist dieser grundsätzlich anfechtbar, es sei denn, es handelt sich um ein Bargeschäft im Sinne des § 142 InsO.<sup>49</sup>

Wenn im Rahmen einer Unternehmenstransaktion ein Teil des Kaufpreises gestundet wird, kommt ein Bargeschäft regelmäßig nicht in Betracht, da es an der Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches fehlt. Ein Bargeschäft liegt nämlich nur vor, wenn Leistung und Gegenleistung unmittelbar, d. h. in einem engen zeitlichen Zusammenhang, ausgetauscht werden.<sup>50</sup> Jegliche Kreditgewährung durch verzögerte Abwicklung schließt aufgrund des Normzwecks ein Bargeschäft aus,<sup>51</sup> also auch die dem Schuldner gewährte Stundung.<sup>52</sup>

Um das Risiko der Insolvenzanfechtung im Fall der Stundung eines Teils des Kaufpreises zu umgehen, könnte in Betracht gezogen werden, dass der Käufer zunächst den vollständigen Kaufpreis an den Verkäufer zahlt und dieser dem Käufer unmittelbar im Anschluss einen Teil des Kaufpreises als Darlehen zurück-

---

<sup>48</sup> Vgl. II. 1. a).

<sup>49</sup> Vgl. II. 1. b).

<sup>50</sup> Kirchhof, in: Münchener Kommentar, InsO (Fn. 9), § 142 Rn. 15.

<sup>51</sup> Paulus, in: Kübler/Prütting, InsO (Fn. 15), § 142 Rn. 5.

<sup>52</sup> Kirchhof, in: Münchener Kommentar, InsO (Fn. 9), § 142 Rn. 15.

gewährt, da es dann grundsätzlich zum unmittelbaren Leistungsaustausch gekommen ist und somit ein Bargeschäft im Sinne von § 142 InsO vorliegen könnte. Ob ein solches Vorgehen dem Erfordernis der Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches tatsächlich genügt, ist höchstrichterlich bisher nicht entschieden. Auch in der Literatur wird ein solches Hin-und-her-Zahlen bisher nicht diskutiert, sondern lediglich darauf verwiesen, dass die Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu ermitteln und bei der Abgrenzung zwischen Bar- und Kreditgeschäft die Verkehrsauffassung zu berücksichtigen sei.<sup>53</sup>

Unseres Erachtens wird aus Sicht der Verkehrsauffassung dem Erfordernis der Unmittelbarkeit durch das Hin-und-her-Zahlen genügt. Zuzugeben ist zwar, dass der unmittelbare zeitliche Zusammenhang zwischen Zahlung des Kaufpreises und Gewährung des Darlehens zunächst den Anschein eines dem Unmittelbarkeitserfordernis nicht genügenden Kreditgeschäftes erweckt, zumal in der Praxis wohl die jeweiligen Erfüllungshandlungen fast zeitgleich im Rahmen des Closing erfolgen werden. Andererseits ist der Kaufpreis entsprechend dem Wortlaut des § 142 InsO als Gegenleistung – wenn auch nur kurzfristig – in das Vermögen des Verkäufers gelangt. Der Verkäufer hatte, wenn auch nur für eine logische Sekunde, die freie Verfügbarkeit über den gesamten Kaufpreis und hätte auch kurzfristig auf die Darlehensgewährung verzichten können. Darüber hinaus ist in Betracht zu ziehen, dass die Darlehensgewährung – sofern sie innerhalb des kritischen dreimonatigen Zeitraums vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verkäufers erfolgt – selbstverständlich der Insolvenzanfechtung unterliegt mit der Folge, dass der Käufer ggf. kurzfristig das Darlehen zurückzugewähren hat. Schließlich ist auch der BGH hinsichtlich des Erfordernisses der vollständigen Erfüllung im Rahmen des § 103 InsO der Auffassung, dass die Erfüllungswirkung der Übertragung des Kaufgegenstandes durch die Gewährung einer Sicherungsübereignung nicht ungeschehen gemacht wird.<sup>54</sup> Überträgt man diesen Gedanken auf die Tatbestandsvoraussetzung der Unmittelbarkeit beim Bargeschäft, sollte auch die Gewährung eines Darlehens unmittelbar im Anschluss an die Kaufpreiszahlung der Erfüllungswirkung der Kaufpreiszahlung nicht entgegenstehen, da die Erfüllung der Kaufpreiszahlung Zug um Zug gegen Übertragung des Unternehmens einen unmittelbaren Leistungsaustausch darstellt. Solange noch nicht höchstrichterlich entschieden ist, ob das Hin-und-her-Zahlen dem Erfordernis der Unmittelbarkeit im Sinne des § 142 InsO genügt, sollte dieses Vorgehen angesichts des verbleibenden Risikos jedoch sehr gut überlegt sein. Um jegliches Risiko ausschließen zu können, bedürfte es auch der Begründung eines Anwartschaftsrechts mindestens drei Monate vor Closing.<sup>55</sup>

Als zusätzlichen positiven Nebeneffekt für den Käufer hat ein solches Hin-und-her-Zahlen noch, dass mit dieser Vorgehensweise auch das oben geschilderte

<sup>53</sup> Paulus, in: Kübler/Prütting, InsO (Fn. 15), § 142 Rn. 5; Kirchhof, in: Münchener Kommentar, InsO (Fn. 9), § 142 Rn. 15.

<sup>54</sup> BGH v. 24. 10. 1979 – VIII ZR 298/78, NJW 1980, 226 (227).

<sup>55</sup> Vgl. II. 2. a).

Risiko einer Erfüllungsablehnung nach § 103 Abs. 2 InsO hinsichtlich des Unternehmenskaufvertrages wohl vermieden wird, das seitens des Käufers vollständig erfüllt wird.<sup>56</sup>

*c) Ausgangsfall: Aufrechnungsmöglichkeit für den Käufer*

Hinzuweisen ist darauf, dass dem Käufer die Aufrechnung seiner Garantieansprüche gegen die (gestundete) Kaufpreisforderung des Verkäufers verwehrt wird, wenn der Unternehmenskaufvertrag selbst noch anfechtbar ist. Hat ein Insolvenzgläubiger nämlich die Möglichkeit zur Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt, ist die Aufrechnung gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig. Erfasst wird dabei jede anfechtbare Herbeiführung der Aufrechnungslage.<sup>57</sup> Ausreichend, aber auch notwendig ist insoweit, dass irgendeine Voraussetzung der Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise geschaffen wurde, wie beispielsweise die Begründung der Hauptforderung, der Gegenforderung oder der Gegenseitigkeit.<sup>58</sup> Soweit also der Unternehmenskaufvertrag der Insolvenzanfechtung unterliegt, ist somit eine Aufrechnung gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ausgeschlossen, da zumindest die vom Käufer geltend gemachten Garantieansprüche auf dem anfechtbaren Unternehmenskaufvertrag beruhen. Die Anfechtbarkeit wird dann durch den Insolvenzverwalter einredeweise mit der Wirkung geltend gemacht, dass sich der Käufer auf das Erlöschen seiner Schuld infolge Aufrechnung nicht berufen darf.<sup>59</sup>

*d) Abwandlung: Aufrechnungsmöglichkeit für den Käufer*

Nach Ablauf der kritischen Drei-Monats-Frist sind Rechtshandlungen des Insolvenzschuldners grundsätzlich nicht mehr nach den §§ 130 bis 132 InsO anfechtbar, so dass die Stundungsabrede als „insolvenzfest“ anzusehen ist.

Darüber hinaus kann der Käufer seine Garantieansprüche auch gegen die restliche Kaufpreisforderung des Verkäufers aufrechnen. Denn sowohl die Garantieansprüche als auch der Kaufpreisanspruch basieren auf dem Unternehmenskaufvertrag, der nach Ablauf der Drei-Monats-Frist nicht mehr der Insolvenzanfechtung unterliegt, so dass keine der Aufrechnungsvoraussetzungen mehr einer möglichen insolvenzrechtlichen Anfechtung nach §§ 130 bis 132 InsO unterliegt. Der § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO greift somit nicht ein.

#### *4. Weitere „insolvenzfeste“ Sicherungsmöglichkeiten des Käufers*

Wenn der Verkauf eines Unternehmens durch wirtschaftliche Schwierigkeiten veranlasst wird, hat der Käufer von vornherein die Insolvenzgefahr des Verkäufers mit in Betracht zu ziehen. Denn wird das Insolvenzverfahren beim Verkäufer tatsächlich innerhalb von drei Monaten nach Abschluss einer Garantiesicherungsvereinbarung eröffnet und unterliegt die abgeschlossene Garantiesicherungsver-

---

<sup>56</sup> Vgl. II. 2. a).

<sup>57</sup> Huber, in: *Graf-Schlicker*, InsO (Fn. 2), § 96 Rn. 15.

<sup>58</sup> Huber, in: *Graf-Schlicker*, InsO (Fn. 2), § 96 Rn. 15.

<sup>59</sup> BGH v. 1. 4. 2004 – IX ZR 305/00, ZIP 2004, 957.

einbarung somit, wie bereits ausführlich erläutert, der Insolvenzanfechtung, ist der Käufer mit seinen Garantieansprüchen allein auf die „Quote“ angewiesen.

Wenn sich der Käufer dieses Risikos bewusst ist, besteht für ihn die Möglichkeit, die Durchsetzbarkeit seiner Garantieansprüche durch den Abschluss einer „Warranty and Indemnity Insurance“ abzusichern. Bei einer sog. Unternehmenskäufer-Police ist der Käufer unmittelbarer Versicherungsnehmer.<sup>60</sup> Er ist daher nicht dem Risiko ausgesetzt, dass der Versicherungsvertrag vom Insolvenzverwalter insolvenzrechtlich angefochten wird oder der Deckungsschutz entfällt, weil der Verkäufer die Versicherungsprämien nicht (rechtzeitig) zahlt. Darüber hinaus kann der Käufer seine Ansprüche geltend machen, ohne vorher ein langwieriges Gerichtsverfahren gegen den Verkäufer bzw. einen Insolvenzverwalter anzustrengen.<sup>61</sup>

Die Unternehmenskäufer-Police kann auch den Verkäufer vor einer Inanspruchnahme aus fehlerhaften Garantien schützen, wenn ein Regressverzicht zugunsten des Verkäufers aufgenommen wird, so dass der Versicherer sich nicht an dem Verkäufer aus § 67 VVG schadlos halten kann.<sup>62</sup> Dies kann in den Kaufpreisverhandlungen seitens des Käufers dazu dienen, einen geringeren Unternehmenskaufpreis zu vereinbaren, um so die Kosten der „Warranty and Indemnity Insurance“ (zumindest teilweise) zu kompensieren.

### III. Käuferinsolvenz

#### 1. Treuhandkonto

**Ausgangsfall:** Käufer und Verkäufer vereinbaren im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrages einen Kaufpreiseinbehalt. Danach ist ein Teil des Kaufpreises (z. B. 10 %) vom Käufer sicherungshalber auf ein Treuhandkonto zu zahlen, der erst zu einem späteren Zeitpunkt (z. B. nach 12 bis 18 Monaten) an den Verkäufer ausbezahlt wird. Treuhänder und Kontoinhaber ist ein fremder Dritter (z. B. ein Rechtsanwalt oder Notar). Zwischen dem Käufer als Treugeber und dem Treuhänder wird ein rechtsgeschäftlich ausgestaltetes Treuhandverhältnis begründet. Zur Verfügung über den Betrag auf dem Treuhandkonto bedarf es der Freigabe sowohl des Käufers als auch des Verkäufers. Macht der Käufer vor Ablauf einer festgelegten Frist Garantieansprüche gegen den Verkäufer wirksam geltend, kann er von dem Verkäufer insoweit die Freigabe des Kaufpreiseinhalts verlangen oder zumindest – bei vom Verkäufer bestrittenen Garantieansprüchen – die Auszahlung an den Verkäufer bis zum Abschluss etwaiger (schieds-)gerichtlicher Klärung verhindern und sich aus dem Guthaben auf dem Treuhandkonto befriedigen. Nach zeitlichem Ablauf des Kaufpreiseinhalts steht das Guthaben auf dem Treuhandkonto dem Verkäufer zu, sofern nicht Ansprüche seitens des Käufers geltend gemacht worden sind. Über das Vermögen des Käufers wird innerhalb von drei Monaten nach Vertragsschluss das Insolvenzverfahren eröffnet, und die übrigen Voraussetzungen zumindest eines der besonderen Insolvenzanfechtungstatbestände der §§ 130 bis 132 InsO liegen vor.

<sup>60</sup> Grossmann/Mönnich, VW 2003, 652 (654).

<sup>61</sup> Grossmann/Mönnich, VW 2003, 652 (654).

<sup>62</sup> Grossmann/Mönnich, VW 2003, 652 (654).



**Abwandlung 1:** Kontoinhaber ist der Käufer, der aber nur gemeinsam mit dem Verkäufer Verfügungsberechtigt ist.

**Abwandlung 2:** Kontoinhaber ist der Verkäufer, der aber nur gemeinsam mit dem Käufer Verfügungsberechtigt ist.

**Abwandlung 3:** Die Treuhandabrede und der Unternehmenskaufvertrag wurden mehr als drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen.

a) Ausgangsfall: Erfüllungsablehnung der Treuhandabrede

Bei einer Treuhandabrede zwischen Käufer und Treuhänder fehlt es mangels synallagmatischer Hauptleistungspflichten an der Gegenseitigkeit des Vertrages, so dass eine Erfüllungsablehnung nach § 103 InsO hinsichtlich dieser Rechts-handlung nicht mehr in Betracht kommt.

b) Ausgangsfall: Anfechtung der Treuhandabrede

Der Treuhänder übt nach zwei Richtungen treuhänderische Funktionen aus (sog. doppelseitige Treuhand). Im Verhältnis zum Käufer verwaltet er das Treugut (Verwaltungstreuhand) und sichert dadurch zugleich den Verkäufer ab (Sicherungstreuhand). In einem solchen Fall handelt es sich bei der Treuhandvereinbarung zwischen dem Käufer und dem Treuhänder zugleich um einen Vertrag zugunsten Dritter, nämlich zugunsten des Verkäufers.<sup>63</sup> Während die zwischen Käufer und Treuhänder vereinbarte Verwaltungstreuhand durch die Insolvenz des Käufers gemäß §§ 115, 116 InsO bereits kraft Gesetzes erlischt, unterliegt die vereinbarte Sicherungstreuhand zugunsten des Verkäufers den besonderen Insolvenzanfechtungstatbeständen, wenn das Insolvenzverfahren beim Käufer innerhalb der kritischen Drei-Monats-Frist nach Vereinbarung der Sicherungsabrede erfolgt. Denn die vereinbarte Sicherungsabrede ist eine Rechtshandlung im Sinne des § 129 InsO, da sie ein Verhalten darstellt, das eine rechtliche Wirkung auslöst, nämlich die Sicherung des Verkäufers. Auch eine Gläubigerbenachteiligung erfolgt durch die Sicherungsabrede. Vorliegend soll der Kaufpreisanspruch des Verkäufers abgesichert werden. Ohne die Sicherungsabrede handelt es sich bei dem noch nicht gezahlten Kaufpreisanteil um einen Kaufpreisanspruch, der eine einfache Insolvenzforderung darstellt, so dass der Verkäufer allein auf die Quote verwiesen würde. Aufgrund der Sicherungsabrede erhält der Verkäufer nun ein Absonderungsrecht nach § 51 InsO.<sup>64</sup> Der Verkäufer wird also zu Lasten der übrigen Gläubiger bessergestellt. Bei erfolgreicher Insolvenzanfechtung ist die Rechtsfolge, dass das Guthaben auf dem Treuhandkonto zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden muss.

c) *Abwandlung 1: Käufer als Kontoinhaber*

In der *Abwandlung 1* handelt es sich hingegen nicht um ein doppelseitiges Treuhandverhältnis, sondern um ein einfaches Treuhandkonto, dessen Inhaber der

<sup>63</sup> Gantner, in: Münchener Kommentar, InsO, Bd. 1, 1. Aufl. 2001, § 47 Rn. 386.

<sup>64</sup> Vgl. III. 1. c) und d).

Käufer ist. Entscheidend für die Eigenschaft des Kontoinhabers ist, welche (juristische) Person die Kontoeröffnung beantragt hat.<sup>65</sup>

Es ist allgemein anerkannt, dass bei einer uneigennütigen (Verwaltungs-) Treuhand der Treugeber bei Insolvenz des Käufers als Treuhänder ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) am Treugut hat. Das Treugut gehört dann zwar rechtlich zum Vermögen des Treuhänders; wegen der im Innenverhältnis aufgrund des Treuhandvertrages bestehenden Beschränkung der Rechtsmacht des Treuhänders ist das treuhänderisch übertragene Treugut jedoch sachlich und wirtschaftlich dem Vermögen des Treugebers zuzuordnen.<sup>66</sup> In der Regel gehört es zur insolvenz sichereren uneigennütigen Treuhand, dass der Treuhänder Eigentümer von Treugut oder Inhaber von zum Treuhandvermögen gehörenden Rechten wurde, die vorher dem Treugeber zustanden, also eine unmittelbare Vermögensverschiebung erfolgte.<sup>67</sup> Zur Begründung der Treuhand bedarf es insoweit sowohl eines dinglichen Vertrages zur Übertragung des Treugutes an den Treuhänder als auch eines schuldrechtlichen Vertrages, durch den die treuhänderischen Rechte und Pflichten begründet werden.<sup>68</sup>

Wenn aber der Käufer ein Unterkonto zu seinem Geschäftskonto einrichtet, den Kaufpreiseinbehalt hierauf einzahlt und dadurch das Treuhandvermögen vom übrigen Unternehmensvermögen separiert, so verbleibt die dingliche Zuordnung beim Käufer, lediglich die Verfügungsbefugnis erfolgt nach näherer Maßgabe der Treuhandabrede. Es fehlt aber eben an der von der Rechtsprechung zwingend geforderten Vermögensverschiebung. Somit gehört der Kaufpreiseinbehalt wirtschaftlich zum Vermögen des Käufers, obwohl es sich um ein als Treuhandkonto bezeichnetes Unterkonto zum Geschäftskonto handelt, so dass ein Aussonderungsrecht gemäß § 47 InsO des Verkäufers zu verneinen ist.

#### *d) Abwandlung 2: Verkäufer als Kontoinhaber*

Nunmehr ist der Verkäufer Kontoinhaber des Treuhandkontos. Er fungiert somit als Treuhänder für den vom Käufer als Treugeber auf das Treuhandkonto einbezahlten Teilkaufpreis. Bei einem solchen Treuhandverhältnis spricht man von einer Sicherungstreuhand.<sup>69</sup>

Im Falle der Insolvenz des Käufers als Treugeber hat der Verkäufer als Sicherungstreuhand (lediglich) ein Absonderungsrecht, gleichwohl er formell Eigentümer des Teilkaufpreises ist. Dies ergibt sich ausdrücklich aus § 51 Nr. 1 InsO. Nach dem Sicherungsvertrag kann der Verkäufer als Sicherungstreuhand den Wert des Treuguts nur insoweit in Anspruch nehmen, als es erforderlich ist, um sich wegen der gesicherten Kaufpreisforderung zu befriedigen.<sup>70</sup> Dieser Zweck wird durch die Absonderung erreicht.

<sup>65</sup> BGH v. 26. 5. 1987 – IX ZR 201/86, WM 1987, 979.

<sup>66</sup> BGH v. 5. 3. 1998 – IX ZR 265/97, ZIP 1998, 655.

<sup>67</sup> BAG v. 24. 9. 2003 – 10 AZR 640/02, ZIP 2004, 124 (127).

<sup>68</sup> BAG v. 24. 9. 2003 – 10 AZR 640/02, ZIP 2004, 124 (127).

<sup>69</sup> Gantner, in: Münchener Kommentar, InsO (Fn. 63), § 47 Rn. 373.

<sup>70</sup> Gantner, in: Münchener Kommentar, InsO (Fn. 63), § 47 Rn. 381.

Erfolgte diese Treuhandabrede aber innerhalb der für die Insolvenzanfechtung nach §§ 130 bis 132 InsO kritischen dreimonatigen Frist, ist die Treuhandabrede grundsätzlich durch den Insolvenzverwalter anfechtbar. Denn wie bereits erläutert, stellt die Sicherungstreuhand zugunsten des Verkäufers eine Rechtshandlung dar, die die übrigen Gläubiger aufgrund des für den Verkäufer geschaffenen Absonderungsrechts nach § 51 InsO benachteiligt. Durch eine erfolgreiche Insolvenzanfechtung ist das Guthaben auf dem Treuhandkonto zur Insolvenzmasse zurückzugewähren.

*e) Abwandlung 3: Ablauf der Drei-Monats-Frist*

Wird beim Käufer als Treugeber nunmehr (also nach dem anfechtungskritischen Drei-Monats-Zeitraum) das Insolvenzverfahren eröffnet, entfällt die Verwaltungstreuhand zwischen Käufer und Treuhänder. Denn das zwischen diesen vereinbarte Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsverhältnis ist durch die Insolvenz des Käufers erloschen (§§ 115, 116 InsO). Grundsätzlich fiel das Treugut dann in die Masse, da der Treugeber materiell Eigentümer geblieben ist. Bei der hier vereinbarten doppelseitigen Treuhand liegt es jedoch anders, da der gleichzeitig vereinbarte echte Vertrag zugunsten Dritter (nämlich zugunsten des Verkäufers) im Verhältnis des Treuhänders zu dem Verkäufer eine Sicherungstreuhand begründet. Diese ist auch nicht durch die Insolvenz des Käufers entfallen, weil sie gerade für diesen Fall begründet worden ist. Eine Anfechtung der Sicherungsabrede kommt nicht mehr in Betracht, da die anfechtungskritische Drei-Monats-Frist bereits abgelaufen ist.

Die Sicherungstreuhand bewirkt allerdings nicht, dass das Sicherungsgut aus der Insolvenzmasse ausgegliedert wird. Denn der uneigennützig sicherungstreuhandende kann in der Insolvenz des Treugebers nicht mehr Rechte haben als der eigennützig sicherungstreuhandende. Wäre der durch die Treuhandabrede gesicherte Verkäufer selbst Treuhänder, hätte er nur ein Absonderungsrecht. Dann kann für den doppelseitigen Treuhänder nichts anderes gelten.<sup>71</sup>

Der Treuhänder erfüllt demnach gegenüber dem Verkäufer aus der Sicherungstreuhand seine Pflicht, indem er das Treugut dem Insolvenzverwalter überlässt. Dieser wiederum befriedigt daraus den Verkäufer mit seinem Anspruch auf Kaufpreiszahlung nach Abzug von etwaigen aus dem Unternehmenskaufvertrag resultierenden Garantieansprüchen.

## 2. Bankbürgschaft

**Ausgangsfall:** Käufer und Verkäufer vereinbaren im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrages, dass der Käufer dem Verkäufer nur einen Teil des Unternehmenskaufpreises zu zahlen hat und der Verkäufer dem Käufer den Restkaufpreis stundet (Vendor Loan). Zur Sicherheit für den Vendor Loan gewährt der Käufer dem Verkäufer eine Bankbürgschaft. Über das Vermögen des Käufers wird innerhalb von drei Monaten nach Gewährung der Bankbürgschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, und die übrigen Voraussetzungen zumindest eines der besonderen Insolvenztatbestände der §§ 130 bis 132 InsO liegen vor.

---

<sup>71</sup> Gantner, in: Münchener Kommentar, InsO (Fn. 63), § 47 Rn. 386.

Bei diesem Beispielsfall gilt das Gleiche wie unter II. 2. d). Vorausgesetzt, der Verkäufer übernimmt die durch die Gewährung der Bankbürgschaft anfallenden Avalzinsen, kann der Insolvenzverwalter die Bankbürgschaft nur dann wirksam anfechten, wenn der Bank schon vor der Bürgschaftsbestellung Sicherheiten bestellt worden sind, mit der Folge, dass der Bank ein Absonderungsrecht (§ 51 InsO) zusteht, welches dem Verkäufer nicht zugestanden hätte. Denn nur dann kommt es durch die Gewährung der Bankbürgschaft zu einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung.<sup>72</sup>

### 3. Vendor Loan

**Beispielsfall:** Käufer und Verkäufer vereinbaren im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrages, dass dem Käufer vom Verkäufer ein Teil des Kaufpreises gestundet wird (Vendor Loan), so dass er nicht sofort den gesamten Kaufpreis zu zahlen verpflichtet ist. Gegen den verbleibenden Kaufpreisanspruch kann der Käufer etwaige Garantiesprüche aufrechnen. Über das Vermögen des Käufers wird innerhalb von drei Monaten nach Gewährung des Vendor Loan das Insolvenzverfahren eröffnet, und die übrigen Voraussetzungen zumindest eines der besonderen Insolvenztatbestände der §§ 130 bis 132 InsO liegen vor.

#### a) Erfüllungsablehnung des Unternehmenskaufvertrages

Eine Erfüllungsablehnung gemäß § 103 InsO setzt voraus, dass der Unternehmenskaufvertrag noch von keiner Seite vollständig erfüllt ist. Zahlt der Käufer nicht den gesamten Unternehmenskaufpreis an den Verkäufer, sondern wird ihm ein Teil des Kaufpreises gestundet, fehlt es an einer vollständigen Erfüllung seitens des Käufers. Wurde das Unternehmen noch nicht wirksam auf den Käufer übertragen, besteht für den Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Käufers somit ein Erfüllungswahlrecht gemäß § 103 Abs. 1 InsO.<sup>73</sup>

#### b) Kaufpreisanspruch des Verkäufers

In der Insolvenz des Käufers, dem vor Verfahrenseröffnung ein Teil des Unternehmenskaufpreises gestundet wurde, kommt es hinsichtlich der noch offenen Kaufpreisforderung des Verkäufers zur insolvenzmäßigen Abwicklung. Der Verkäufer hat seinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung als Insolvenzgläubiger geltend zu machen.

Auch kann der Verkäufer seine (gestundete) Kaufpreisforderung nicht gegen etwaige Garantiesprüche des Käufers aufrechnen, wenn der Unternehmenskaufvertrag selbst insolvenzrechtlich anfechtbar ist. Denn eine Aufrechnung ist gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ausgeschlossen, wenn eine der Voraussetzungen für das Vorliegen einer Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise geschaffen wurde.<sup>74</sup> Da die Kaufpreisforderung des Verkäufers auf dem (insolvenzrechtlich anfecht-

<sup>72</sup> Vgl. II. 2. d).

<sup>73</sup> Vgl. II. 1. a).

<sup>74</sup> Huber, in: Graf-Schlicker, InsO (Fn. 2), § 96 Rn. 15.

baren) Unternehmenskaufvertrag beruht, kann der Insolvenzverwalter gegen eine Aufrechnung durch den Verkäufer einredeweise geltend machen, dass sich der Verkäufer auf das Erlöschen seiner Schuld infolge Aufrechnung nicht berufen darf.<sup>75</sup>

#### *IV. Ergebnis*

Eine Unternehmenstransaktion einschließlich etwaiger Garantiesicherungsvereinbarungen kann für die ersten drei Monate nach Abschluss der Transaktion nur dann „insolvenzfest“ ausgestaltet werden, wenn entweder die Transaktion ein Bargeschäft gemäß § 142 InsO darstellt oder bereits so frühzeitig ein Anwartschaftsrecht begründet wird, dass die insolvenzrechtlich kritische Drei-Monats-Frist im Zeitpunkt des Closing verstrichen ist. Drei Monate nach Abschluss der Transaktion sind sowohl ein ausstehender Kaufpreisanspruch des Verkäufers als auch etwaige Garantieansprüche des Käufers grundsätzlich als „insolvenzfest“ anzusehen.

##### *1. Verkäuferinsolvenz*

Für den Fall der Verkäuferinsolvenz innerhalb von drei Monaten nach Übertragung des Unternehmens ist unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten die Absicherung von Garantieansprüchen durch Stellung einer Bankbürgschaft die sicherste Gestaltungsmaßnahme. Bei vollständiger Kaufpreiszahlung und gleichzeitiger Gewährung einer Bankbürgschaft durch den Verkäufer besteht unseres Erachtens auch dann kein Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 InsO, wenn das Unternehmen noch nicht wirksam auf den Käufer übertragen wurde. Darüber hinaus steht die Gewährung einer Bankbürgschaft nicht der Qualifizierung der Unternehmenstransaktion als Bargeschäft entgegen und unterliegt schließlich auch selbst nur in praktisch eher ungewöhnlichen Fällen einer Insolvenzanfechtung nach §§ 130 bis 132 InsO.

Bei Vereinbarung eines Kaufpreiseinbehalts auf einem Treuhandkonto oder eines Vendor Loan besteht das Risiko einer Erfüllungsablehnung nach § 103 InsO. Die Erfüllungsablehnung setzt allerdings stets voraus, dass es an der wirksamen Übertragung des Unternehmens auf den Käufer fehlt, da andernfalls seitens des Verkäufers bereits vollständig erfüllt wurde. Darüber hinaus stehen beide Garantiesicherungsvereinbarungen der Qualifizierung der Unternehmenstransaktion als Bargeschäft entgegen, so dass die Transaktion selbst nur durch die Begründung eines Anwartschaftsrechts mindestens drei Monate vor dem Closing „insolvenzfest“ ausgestaltet werden kann. Konstruiert man den Vendor Loan allerdings so, dass zunächst der gesamte Kaufpreis an den Verkäufer gezahlt wird und dieser eine logische Sekunde später dem Käufer ein Darlehen gewährt, ist unseres Erachtens auch beim Vendor Loan der Unternehmenskauf als anfechtungsfestes Bargeschäft anzusehen.

---

<sup>75</sup> BGH v. 1. 4. 2004 – IX ZR 305/00, ZIP 2004, 957.

Alternativ zu den vorgenannten Garantiesicherungsvereinbarungen besteht für den Käufer im Fall der Verkäuferinsolvenz auch stets die Möglichkeit des Abschlusses einer „Warranty and Indemnity Insurance“, durch die ein Käufer seine Garantieansprüche gegen den Verkäufer sowohl vor als auch nach Ablauf der kritischen Drei-Monats-Frist „insolvenzfest“ absichern kann.

## *2. Käuferinsolvenz*

Für den Fall der Käuferinsolvenz innerhalb von drei Monaten nach Übertragung des Unternehmens stellt wiederum die Bankbürgschaft die effektivste Garantiesicherungsvereinbarung für den Kaufpreisanspruch des Verkäufers dar, wenn der Bank kein Absonderungsrecht (§ 51 InsO) zusteht und der Verkäufer die durch die Bürgschaftsbestellung anfallenden Avalzinsen übernimmt. Dann kann die durch den nunmehr insolvent gewordenen Käufer bestellte Bankbürgschaft nicht mehr durch den Insolvenzverwalter angefochten werden, und der Verkäufer kann sich aus der Bankbürgschaft befriedigen.

Bei Vereinbarung eines Kaufpreiseinbehaltes auf einem Treuhandkonto sowie bei einem Vendor Loan kann der Verkäufer hingegen seinen Kaufpreisanspruch stets nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.