

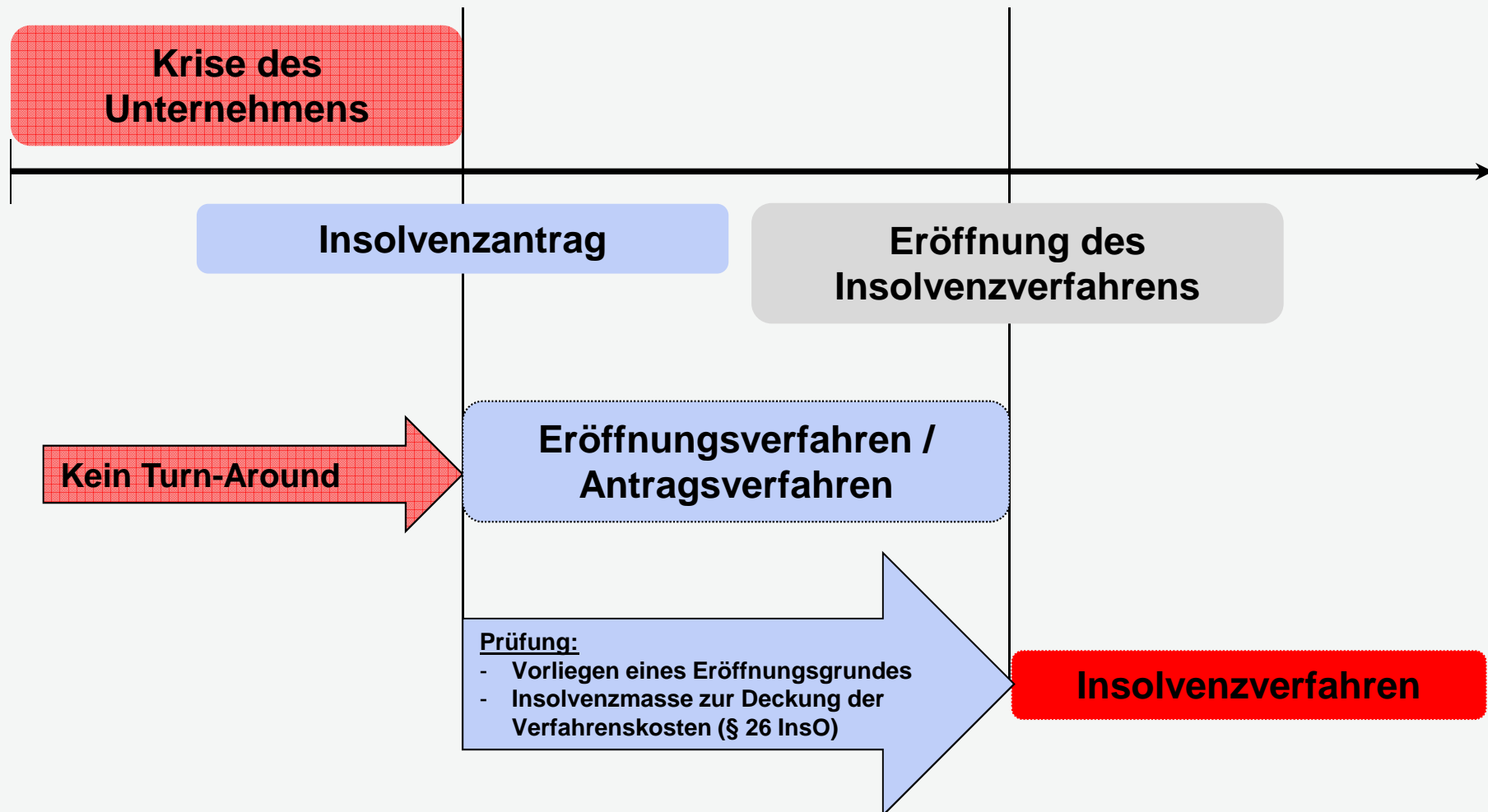
Erwerb und Veräußerung von (Projekt-) Gesellschaften und Projektrechten

-

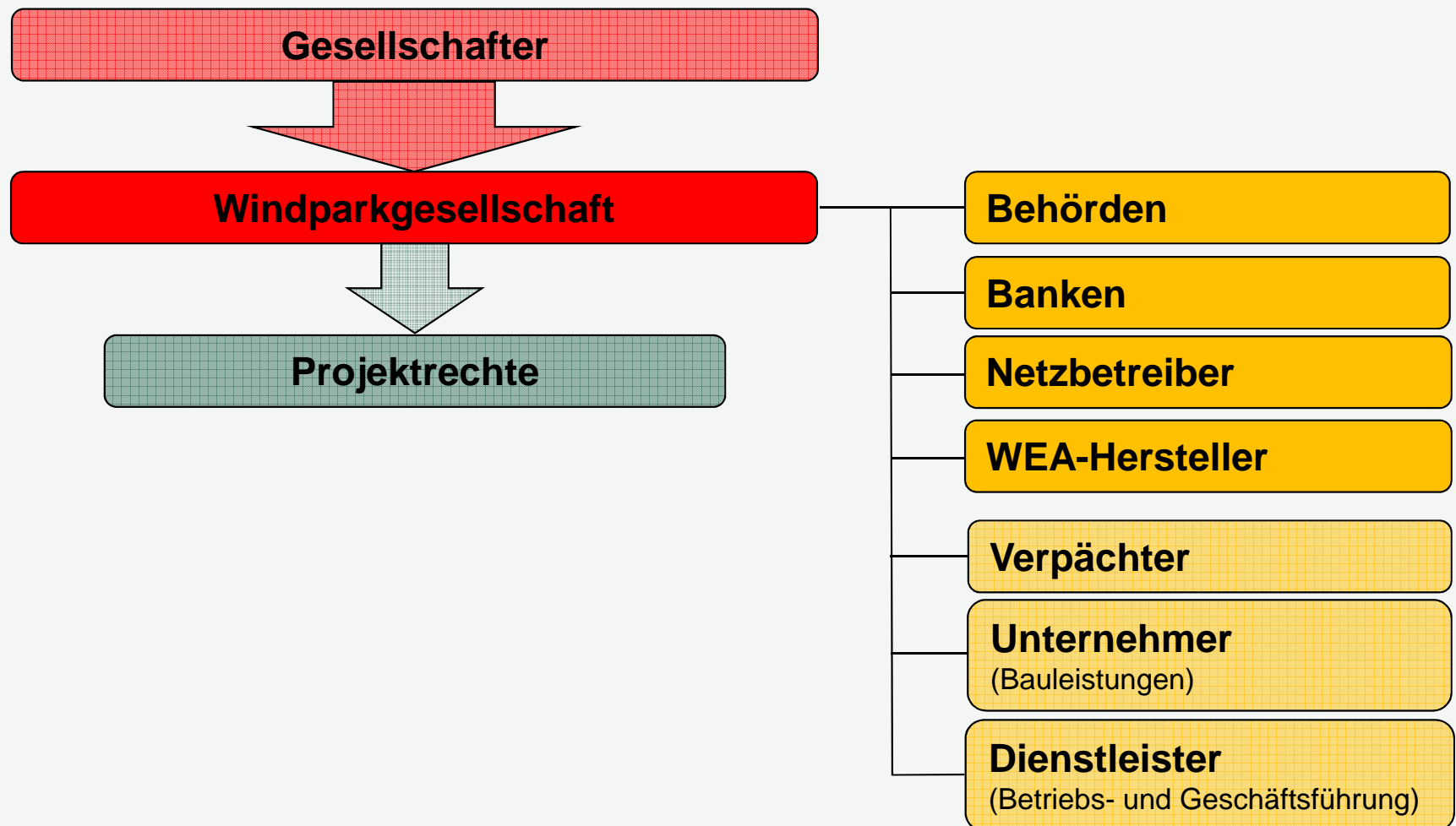
**Rechtliche Besonderheiten eines Erwerbes aus der
Insolvenzmasse**

BLANKE MEIER EVERS
Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

Zeitlicher Ablauf und Vorfeld eines Insolvenzverfahrens



Übersicht über die Beteiligten im Falle der Insolvenz einer Windparkgesellschaft oder deren Gesellschafter



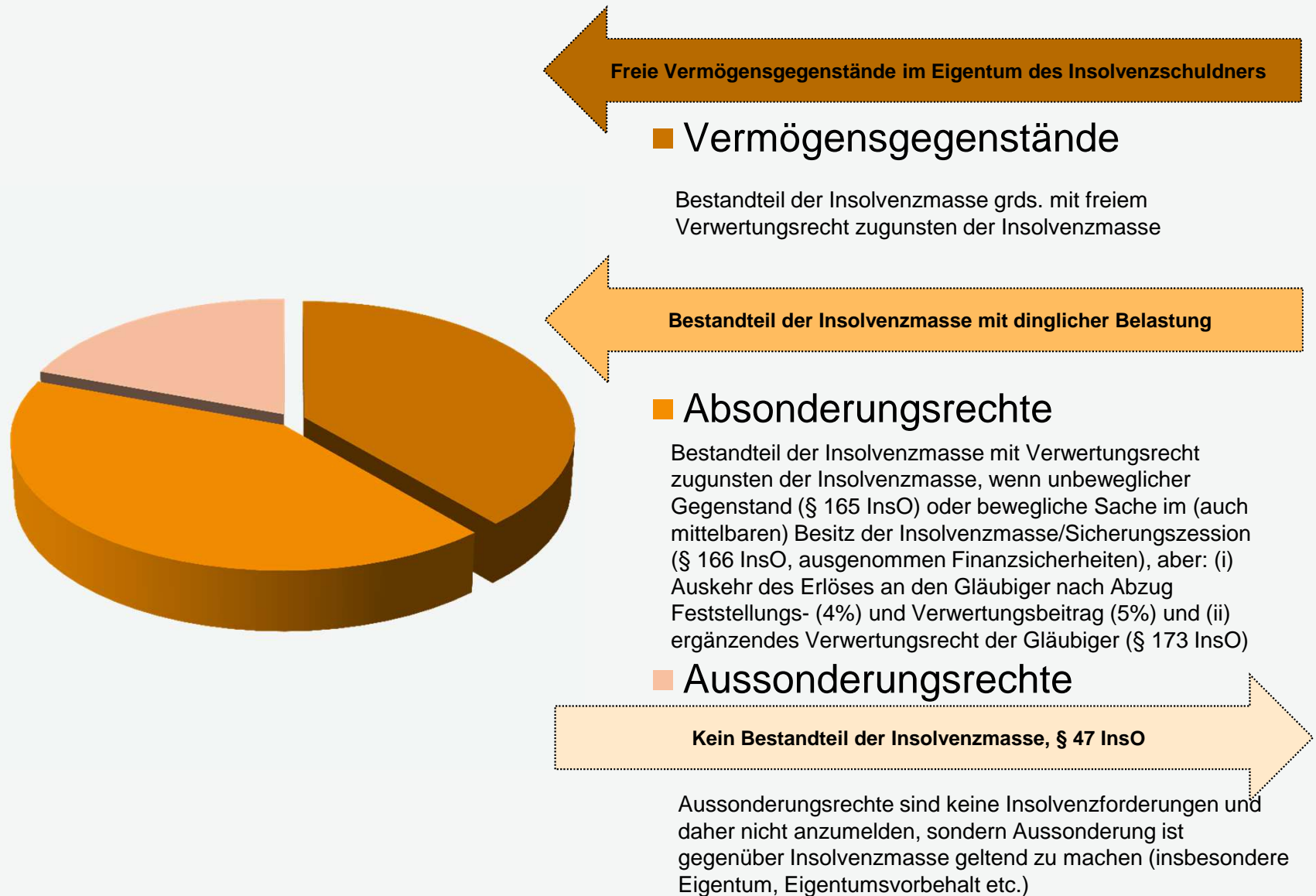
Zuordnung der Insolvenzmasse und Verfügungsberechtigung im Eröffnungsverfahren

- Eröffnungsverfahren dient primär der Massesicherung und -erhaltung;
- Zuständigkeiten und Verfügungsberechtigungen sind von der gerichtlichen Anordnung im Beschluss abhängig, §§ 21, 22 InsO;
- Gestaltungsmöglichkeiten im Eröffnungsverfahren:
 - Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters?
 - Anordnung eines Zustimmungsvorbehaltes?
 - Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter (sog. starker Insolvenzverwalter)?
 - Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (muss, soll, kann – Kriterien des § 22a InsO; nicht einzusetzen bei Einstellung des Geschäftsbetriebs und bei Unverhältnismäßigkeit)?
 - Eigenverwaltung mit Schutzschirmverfahren (Aussetzung der Zwangsvollstreckung für 3 Monate, § 254 Abs. 1 InsO)?
- Verfügungsberechtigung bestimmt sich grds. nach der gerichtlichen Anordnung im Beschluss;
- Problem: keine rechtsverbindlichen Rechtshandlungen im Eröffnungsverfahren/Vorbehalt der Anfechtbarkeit nach Verfahrenseröffnung *versus* Begründung vom Masseverbindlichkeiten?

Zuordnung der Insolvenzmasse und Verfügungsberechtigung im Insolvenzverfahren

- Insolvenzverwaltung versus Eigenverwaltung (mit Sachwalter und/oder Insolvenzplan);
- Gläubigereinfluss bei der Bestellung des Insolvenzverwalters (s. § 56a InsO);
- Eigenverwaltung – Schutzschirmverfahren (bis zu 3 Monaten) bei Eigenantrag wegen Überschuldung oder drohender Zahlungsunfähigkeit, nicht bei Zahlungsunfähigkeit (s. zuvor);
- Bei der Eigenverwaltung kein Einfluss der anderen Organe auf Geschäftsleitung der Gesellschaft, § 276a InsO;
- Verfahrensziel: Verwertung, Sanierung (des Rechtsträgers), Mischform (u.a. übertragende Sanierung);
- Beteiligung von Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss;
- Forderungsanmeldung gem. der §§ 174 ff. InsO (nicht Aussonderungsberechtigte);
- Geltendmachung von Absonderungsrechten und Forderungsanmeldung für den Ausfall (s. § 52 InsO);
- Geltendmachung von Anfechtungs- und Wahlrechten durch den Insolvenzverwalter;
- Im Insolvenzplanverfahren: Debt-to-Equity-Swap, § 225a Abs. 3 InsO (Ausschluss der Haftung bei Sachgründung, § 254 Abs. 4 InsO; Keine Vertragskündigung wegen Change-of-Control, § 225a Abs. 4 InsO).

Bestandteile der Insolvenzmasse



Absonderungsrechte und Aussonderungsrechte

Absonderungsrechte

§§ 49-52 InsO:

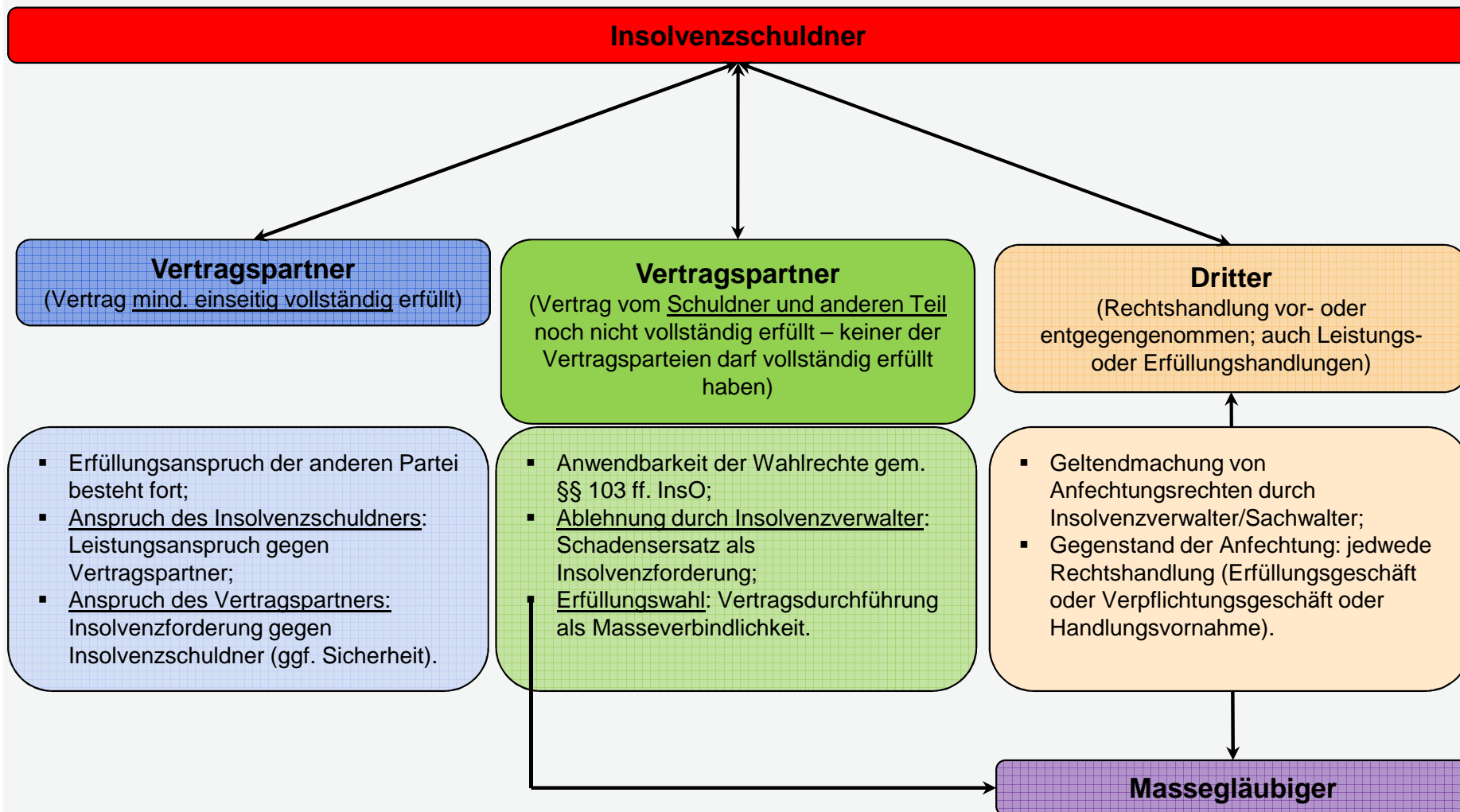
- An unbeweglichen Gegenständen, § 49 InsO;
- Aufgrund bestehender Pfandrechte, § 50 InsO;
- Sicherungsabtretung/-übertragung, § 51 Nr. 1 InsO;
- Zurückbehaltungsrechte wegen Verwendung für/auf die Sache, § 51 Nr. 2 InsO;
- Zurückbehaltungsrechte nach HGB, § 51 Nr. 3 InsO;
- Abgaben für zoll- oder steuerpflichtige Sachen, § 51 Nr. 4 InsO.

Aussonderungsrechte

§ 47 InsO:

- Gegenstand gehört nicht zur Insolvenzmasse;
- aufgrund persönlichen oder dinglichen Rechts;
- Geltendmachung außerhalb des Verfahrens;
- Ersatzaussonderung nach § 48 InsO im Falle unberechtigter Veräußerung.

Insolvenz der Gesellschaft - Vertrags- und Anspruchsbeziehung



Anfechtungsrechte und Wahlrechte

Anfechtungsrechte

§ 129 InsO:

„Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, kann der Insolvenzverwalter [...] anfechten.“

- Alle Rechtshandlungen
- Unabhängig von der Person des Vornehmenden
- Benachteiligung der Gläubiger

§ 130 InsO: Kongruente Deckung

- Handlung, die Sicherung oder Befriedigung gewährt;
- 3 Monate vor Antrag oder nach Antrag;
- Kenntnis von Insolvenzgründen (Vermutung bei nahe stehenden Personen, Abs. 3).

§ 131 InsO: Inkongruente Deckung

- Handlung, die Sicherung oder Befriedigung gewährt, die der Gläubiger nicht oder nicht zu der Zeit beanspruchen konnte/durfte;
- Soweit diese (i) – kenntnisunabhängig – im letzten Monat vor Antrag oder danach vorgenommen worden ist (Nr. 1) oder (ii) innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor Antrag vorgenommen wurde und entweder Schuldner zahlungsunfähig war (Nr. 2) oder Gläubiger Benachteiligung kannte (Nr. 3)

Wahlrechte

§ 103 InsO: Wahlrecht (allgemein)

„... ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt...“

Nach Aufforderung hat sich der Verwalter unverzüglich zur Erfüllungswahl zu erklären.

§ 108 InsO: Fortbestand best. Schuldverhältnisse

Miet- und Pachtverträge bestehen mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort (Abs. 1); Ansprüche aus Zeit vor der Eröffnung sind Insolvenzforderungen (Abs. 3)

§ 109 InsO: Schuldner als Mieter/Pächter

- Abs. 1: Miet- und Pachtverhältnis mit dem Schuldner als Mieter/Pächter kann der Insolvenzverwalter ordentlich (mit 3 Monatsfrist) zum Monatsende kündigen – vertragliche Bestimmungen sind unerheblich, es sei denn, die dort genannte Frist ist kürzer: Schadensersatz nur als Insolvenzgläubiger;
- Abs. 2: Waren Gegenstand oder Räume zur Zeit der Eröffnung noch nicht überlassen, können beide Teile zurücktreten; Schadensersatz der anderen Partei nur als Insolvenzgläubiger; Erklärungsfrist 2 Wochen nach Aufforderung
- Für Anwendung des Abs. 2 muss im Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens (Datum des Beschlusses) die Überlassung des Mietobjekts noch ausstehen. Überlassung richtet sich nach miet-/pachtrechtlichen Bestimmungen – regelmäßig: Inbesitznahme

§ 132 InsO: Unmittelbare Benachteiligung (S)

„Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt“

- 3 Monate vor Antrag oder nach Antrag;
- Kenntnis von Insolvenzgründen (Vermutung bei nahe stehenden Personen, Abs. 3).

§ 133 InsO: Vorsätzliche Benachteiligung (S)

Abs. 1: vorsätzliche Benachteiligung der Insolvenzgläubiger mit einer Frist von 10 Jahren vor dem Antrag; Abs. 2: entgeltliche Geschäfte mit nahe stehenden Personen mit einer Frist von 2 Jahren bei Benachteiligung.

§ 134 InsO: Unentgeltliche Leistung (S)

Anfechtbarkeit binnen einer Frist von 4 Jahren vor Antragstellung. Problem der Beurteilung einer teilweisen Unentgeltlichkeit und gesonderten Anfechtbarkeit.

§ 135 InsO: Gesellschafterdarlehen

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf die Rückgewähr eines Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO)

- Sicherung binnen der letzten 10 Jahre vor Stellung des Insolvenzantrages gewährt hat (also die Gesellschaft oder ein Dritter hierfür eine Sicherheit bestellt hat);
- Befriedigung gewährt hat binnen des letzten Jahres (also die Gesellschaft das Darlehen zurückgeführt hat).

Gleichgestellt mit der vorstehenden Befriedigung des Gesellschafterdarlehens ist eine Befriedigung eines Drittdarlehens mit Gesellschaftersicherheit (beachte Sonderfolge der Anfechtung, § 143 Abs. 3 InsO);

Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung (Abs. 3).

§ 110 InsO: Schuldner als Vermieter oder Verpächter

Abs. 1: „Hat der Schuldner als Vermieter oder Verpächter eines unbeweglichen Gegenstandes [...] vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Miet- oder Pachtforderungen für die spätere Zeit verfügt, so ist diese Verfügung nur wirksam, soweit sie sich auf die Miete oder Pacht für den zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Kalendermonat bezieht“

Schutzzweck: Insolvenzmasse soll bei Nutzung eines Gegenstands der Insolvenzmasse eine Gegenleistung zufließen. Erfasst ist jedes Rechtsgeschäft, das negativ auf die Pacht bzw. deren Zahlung einwirkt, etwa Abtretung, Verpfändung, Stundung, Erlass oder andere Zahlungsvereinbarung (s. Abs. 2).

Abs. 2: „Eine Verfügung im Sinne des Absatzes 1 ist insbesondere die Einziehung der Miete und Pacht.“

Vorauszahlungen für periodische Zeiträume sind Vorausverfügungen im Sinne von Abs. 2, nicht jedoch wohl vollständige Vorauszahlungen mit einem Einmalbetrag (s. BGH, Urt. v. 25.4.2007, VIII ZR 23406, NJW 2007, 2919 (zu § 1124 Abs. 2 BGB: „keine periodische Berechnung“, im Einzelnen **str.**)

§ 111 InsO: Veräußerung des Miet- oder Pachtobjekts

Abs. 1: „Veräußert der Insolvenzverwalter einen unbeweglichen Gegenstand [...] und tritt der Erwerber anstelle des Schuldners in das Miet- oder Pachtverhältnis ein, so kann der Erwerber das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen kündigen.“

Grundsatz: Fortbestand der Miet-/Pachtverträge, jedoch mit Bestehen eines Sonderkündigungsrechts für den Erwerber. Der Vertragspartner hat im Falle der Kündigung ggf. einen Schadensersatzanspruch gegen die Insolvenzmasse, jedoch nur als Insolvenzforderung

§ 142 InsO: Ausschluss der Anfechtung bei Bargeschäften (Ausnahme: § 133 Abs. 1 InsO)

- Eine Anfechtbarkeit ist (mit Ausnahme einer vorsätzlichen Benachteiligung) ausgeschlossen, wenn unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in die Insolvenzmasse fließt.
- Gleichwertigkeit bestimmt sich im Einzelfall nach wirtschaftlichen Kriterien (einschließlich Berücksichtigung der Marktsituation);
- Leistung und Gegenleistung müssen in einem engen Zeitzusammenhang stehen (Kreditierung schadet der Annahme);
- Bewertung ist abhängig vom Einzelfall. Zumeist Abwicklung von 2 Wochen bis zu 30 Tage maximal, abhängig vom Inhalt der Leistung und etwa Drittmithilfe (etwa Grundbuchamt bei Bestellung von Sicherheiten etc.).

§§ 143, 144 InsO: Rechtsfolgen der Anfechtung

- Rückgewähr des angefechteten Erworbenen zur Insolvenzmasse (§ 143 InsO);
- Wertersatz, soweit nicht mehr vorhanden (Anwendung des Bereicherungsrechts bei Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes) bzw. Direktleistung des Gesellschafters im Falle des § 135 Abs. 2 InsO;
- Gegenforderung (des Gläubigers) lebt ggf. wieder auf; Haftung der Masse nur soweit Gegenleistung noch unterscheidbar vorhanden oder Insolvenzmasse um Wert bereichert ist (Entreicherungseinrede ist möglich) – im Übrigen ist Anfechtungsgegner Insolvenzgläubiger, § 144 InsO).

§ 112 InsO: Kündigungssperre

- Keine Kündigung gegenüber dem Insolvenzschuldner als Mieter/Pächter nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Verzugs der Entrichtung der Miete/Pacht vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse
- Kündigung vor Antragstellung bleibt wirksam (maßgeblich: Zugang);
- Rückstände mit Mietzahlungen, die vor Antragstellung fällig waren, kann der Vermieter während des (vorläufigen) Insolvenzverfahrens nicht zur Begründung der Kündigung heranziehen;
- Keine entsprechende Anwendung auf andere Verträge (str. bei Leasing etc.).

§§ 115, 116, 117 InsO

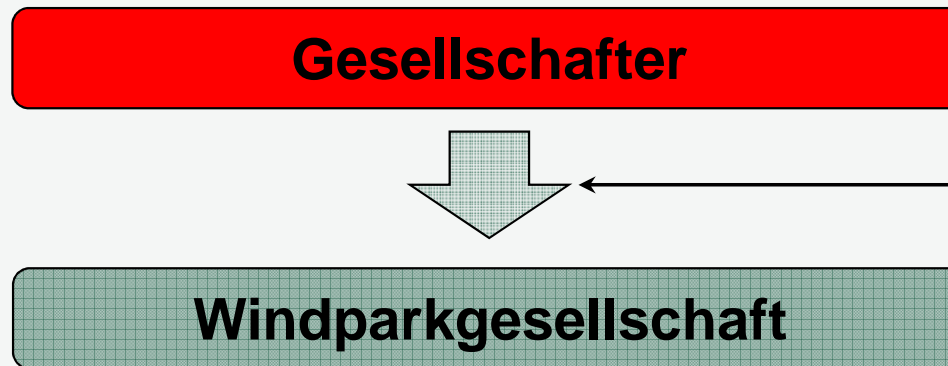
Erlöschen von unentgeltlichen Aufträgen (§ 115 InsO – Ausnahme: Gefahr im Verzug, § 115 Abs.2 InsO), Geschäftsbesorgungsverträgen (§ 116) und von (vom Schuldner an Dritte ausgestellte) Vollmachten (§ 117 InsO).

§ 119 InsO

„Vereinbarungen, durch die im voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 ausgeschlossen oder beschränkt werden, sind unwirksam.“

Str., zu beachten sind Folgewirkung dieser Regelung. Insbes. betreffend vertragliche Sonderkündigungsrechte für den Fall der Insolvenz des Vertragspartners (insbes. etwa Kündigungsrechte oder Bedingungen – s. BGH, Urt. v. 15.11.2012, IX ZR 169/11, NJW 2013, 1159 zu Energielieferverträgen und BGH, Urt. v. 22.10.2013, II ZR 394/12, NJW 2014, 698 zu Mietverträgen: „Unwirksam“).

Fall: Insolvenz des/eines Gesellschafters



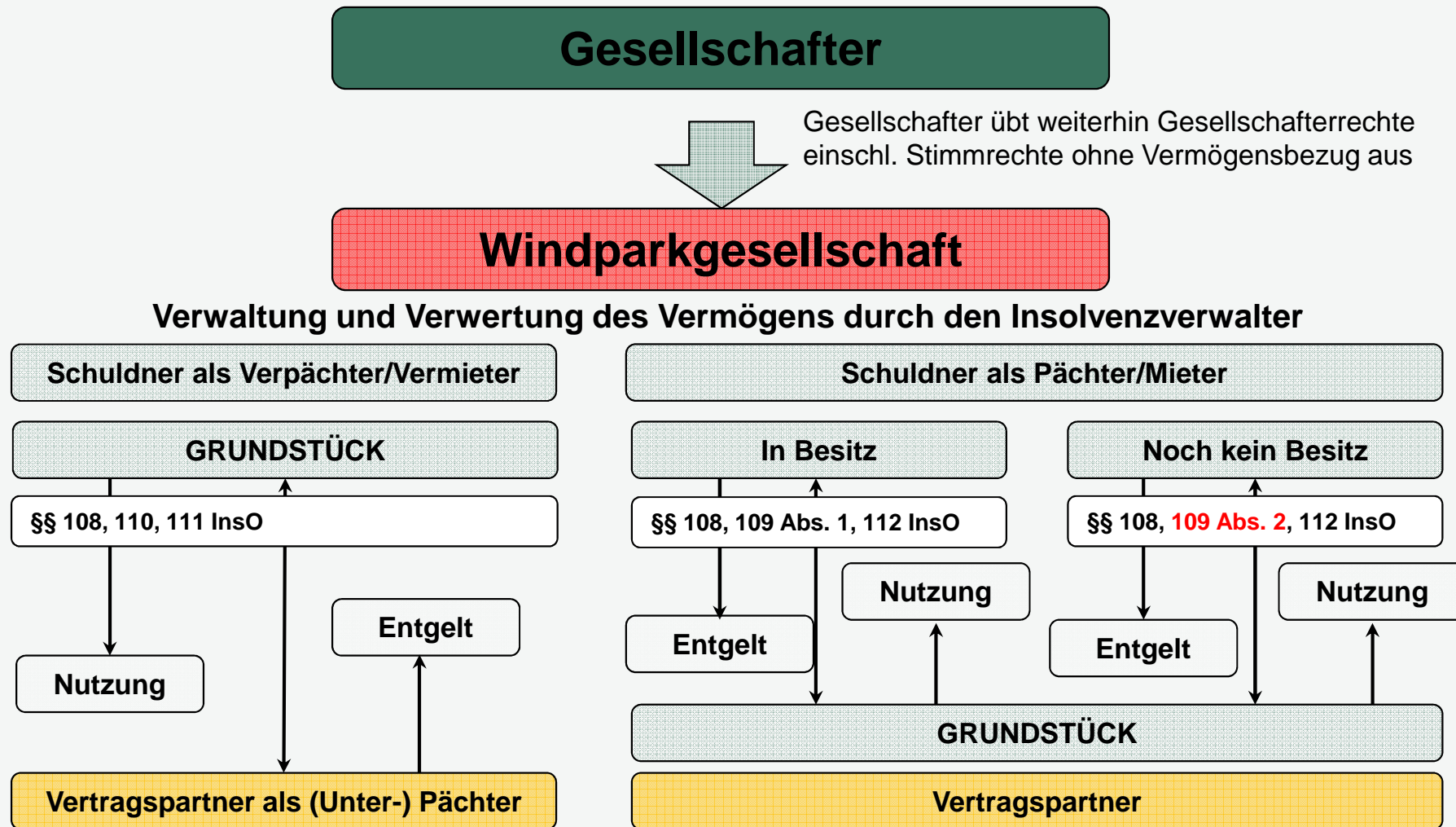
- Insolvenzverwalter übt Gesellschafterrechte einschl. Stimmrechte aus (s. OLG München, Beschl. v. 24.8.2010, 31 Wx 154/10, NZG 2010, 1314);
- Gesellschaftsvertrag kann Ruhen der Stimmrechte anordnen.

Verwertung der Beteiligung durch den Insolvenzverwalter

Beachte:

- Keine Bindung an Vinkulierung bei Verwertung bei Kapitalgesellschaften (entsprechend Pfändung, s. u.a. BGH, Urt. v. 12.10.1992, II ZR 286/91, DStR 1992, 1696, 1697);
- grds. anders bei Personen(handels)gesellschaften, wenn keine freie Verfügbarkeit vereinbart ist;
- grds. keine Folgewirkung auf Ebene der Projektgesellschaft;
- vertragliche Regelungen sind zu beachten (Besonderheit: Change-of-Control-Regelung bei Debt-to-Equity-Swap).

Fall: Insolvenz der Windparkgesellschaft (Pacht)



Besondere Aspekte der Risikobewertung in der Insolvenz

1. Insolvenz des Gesellschafters

- Prüfung der Beteiligung des Gesellschafters an der Projektgesellschaft (Verpfändung, Optionen etc.), aber auch Zwangsvollstreckung etc.;
- Beteiligung sonstiger Personen (unmittelbar oder mittelbar) an dem Unternehmen oder der Gesellschaft;
- Bei Mitgesellchaftern: Vorliegen von Gesellschafterbeschlüssen oder Einladungen zu Gesellschafterversammlungen (etwa zum Ausschluss des Insolvenzschuldners aus der Gesellschaft);
- Bei Kapitalgesellschaft: Bestehen einer Vinkulierung o.ä.? Bindung seitens des Insolvenzverwalters?;
- Prüfung der Werthaltigkeit des Unternehmensgegenstandes (Projekts) einschließlich Prüfung des Bestands, Inhalts und Umfangs der Projektrechte (s. auch nachfolgende Punkte unter Nr. 2);
- Besonderheit: Verkäufer (= Insolvenzverwalter) ist kein Fachmann des Unternehmens (selten branchenspezifische Kenntnisse) und sieht sich nicht im Lager des Insolvenzschuldners (gilt auch für Nr. 2).

2. Insolvenz der Projektgesellschaft

- Prüfung des Projekts einschließlich sämtlicher Projektrechte und Verträge und der Berechtigung hieran einschließlich Belastungen (wie außerhalb der Insolvenz); Möglichkeiten der Übertragung der Projektrechte (Change-of-Control?);
- Prüfung der Zahlungen seitens des Insolvenzschuldners vor Insolvenz (insbes. Verpächter, Lieferanten);
- Prüfung der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, die zum Erlöschen oder zur Beeinflussung von Vertragsbeziehungen oder Projektrechten führen können (Negativeffekte);
- Prüfung der Anwendbarkeit von Wahlrechten im Hinblick auf Pacht- und Nutzungsverträge, insbesondere der §§ 108 ff. InsO (Gestaltungsspielräume und Risiken);
- Prüfung, ob Verträge (etwa Geschäfts- oder Betriebsführungsverträge) ggf. durch Insolvenz automatisch erlöschen (§§ 115 ff. InsO: „*Ein vom Schuldner erteilter Auftrag [...] erlischt...*“).

Besonderheiten des Transaktionsgeschäfts

1. Erwerb in der Krise

bietet keine Sicherheit, denn Anfechtbarkeit droht im Insolvenzfall, zudem kann eine (Nach-) Haftung nach den § 25 HGB (Firmenfortführung), § 613a BGB (Betriebsübergang) bestehen.

2. Erwerb im Eröffnungsverfahren

bietet kaum eine höhere Sicherheit, denn Wahlrechte können aufleben und Anfechtbarkeit droht (s. BGH, Urt. v. 9.12.2004, IX ZR 108/04, NZI 2005, 218, grundlegend: BGH, Urt. v. 13.3.2003, IX ZR 64/02, NZI 2003, 315 – wohl nicht anwendbar, bei Handlungen eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters oder wenn dieser besonderes Vertrauen beansprucht (differenziert: u.a. *Römermann*, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 3. Aufl. 2014, § 23 Rn. 258). Haftung gem. § 25 HGB, § 613a BGB entspr. Nr. 1. Denkbar wäre eine Umsetzung als Bargeschäft mit einem starken vorläufigen Insolvenzverwalter als Verkäufer (aber Achtung u.a. wegen zwischenzeitlichem Fortfall von Projektrechten/Pachtverträgen (s. etwa §§ 109, 112 InsO)).

3. Erwerb aus dem Insolvenzverfahren

- bietet insoweit absolute Transaktionssicherheit im Hinblick auf die Vertragsdurchführung. Es bestehen dann u. a. keine Wahl- und Anfechtungsrechte mehr, soweit dies Gegenstand der Transaktion ist. Folgende Aspekte sind stets bei der Vertragsgestaltung zu beachten:
- Folgewirkungen von Wahl- oder Anfechtungsrechten auf die Projektrechte; keine/wenig Garantien durch den Insolvenzverwalter, insbesondere keine Projektgarantien; Haftungssummen fallen äußerst gering aus (ggf. mit Ausnahme von Garantien auf Eigentum);
- Insolvenzverwalter übernimmt gewöhnlich keine/kaum Nacharbeiten und keine Wissens-/Kenntnispositionen Dritter (auch nicht des Insolvenzschuldners, seiner Mitarbeiter oder Geschäftsleitung – nur Haftung für eigene Kenntnis);
- Sicherheiten werden für Ersatz-/Garantieansprüche nicht gewährt. Insolvenzverwalter sichert Haftungsansprüche gegen die Insolvenzmasse nicht marktüblich (etwa durch Bestellung einer Drittsicherheit), folglich: Risiko der Masseunzulänglichkeit während des Verfahrens trägt Erwerber;
- punktueller Übergang (Übertragung gegen Zahlung, keine verzögerte Übertragung über einen Zeitraum)¹⁵

Besondere Regelungsinhalte und Regelungsbedürfnisse

- Transaktionssicherheit: Erwerb nur vom Insolvenzverwalter/nach Verfahrenseröffnung?;
- Transaktionsdurchführung: Kein Asset-Deal mit „laufender/schleichender“ Übertragung der Projektrechte, sondern ggf. 2-Stufen-Erwerb (1. Stufe: Asset Deal zur Übertragung in Projektgesellschaft (nur Insolvenzverwalter), 2. Stufe: Erwerb der Beteiligung an der Projektgesellschaft), es sei denn, es werden nur limitierte Projektrechte erworben (etwa BlmschG-Genehmigung und WEA-Lieferungsvertrag) – stets Vornahme nach Verfahrenseröffnung;
- Nachhaftung: bei Erwerb aus der Insolvenzmasse ist regelmäßig eingeschränkt (§ 25 HGB nicht anwendbar; bzgl. § 613a BGB zumeist „Lösung über Auffanggesellschaft“);
- geringe Garantien durch den Insolvenzverwalter (Inhalte) müssen zu dezidierter Projektprüfung und Risikoübernahme führen (Aspekte: Due Diligence, Berücksichtigung bei Kaufpreisermittlung und Zahlungsmechanismus);
- stets einzufordern: Garantien zu Eigentum (unbelastet) und Status zu Anfechtungs- und Wahlrechten (Nichtausübung) einschließlich Zahlungsstatus für Pacht-, Liefer- und Leistungsverträge sowie – soweit möglich – Status zu wesentlichen Projektrechten (BlmschG, WEA-Standortgrundstücke), ggf. müssen weitere Projektrechte oder Nacharbeiten gegen Zahlung von Kaufpreis-Milestones eingefordert werden;
- Sicherung der Zahlungs-, Kaufpreisanpassungs- und/oder Gewährleistungsansprüche durch Vereinbarung von Milestone-Zahlungen und Treuhandkonto – keine Sicherheit durch Banken o.ä.;
- Gremienvorbehalte und Abwicklung – Frühzeitige Einbindung der Verfahrensbeteiligten auf Seiten des Insolvenzverwalters (insbes. Gläubigerausschuss); Verstoß führt nicht zur Unwirksamkeit, § 164 InsO (Ausnahme: insolvenzzweckwidrige Rechtshandlung, nicht aber Kenntnis des Vertragspartners).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!