

Die Grundlagen der Fortführung und Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz

Vorlesung
16. Juni 2010

RA Klaus Siemon

Gliederung

- I. Rechtliche Grundlagen
- II. Die Fortführung des Unternehmens in der Insolvenz
- III. Bedingungen der Fortführung in der 1. Phase
- IV. Bedingungen der Fortführung in der 2. Phase
- V. Bedingungen der Fortführung in der 3. Phase
- VI. Keine Vermögensminderung
- VII. Technische Absicherung der Fortführung
- VIII. Investorensuche
- IX. Sanierung

I. Rechtliche Grundlagen

1. § 1 Inso

„Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird.“

Ziele

- Erhalt des Unternehmens
- mittels Insolvenzplan
- durch übertragende Sanierung (nicht explizit geregelt!)
- Gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung

I. Rechtliche Grundlagen

2. § 21 Abs. 1 InsO

„Das Insolvenzgericht hat alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten.“

Themaspezifischer Inhalt

Nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners ist zu verhüten.

I. Rechtliche Grundlagen

3. § 22 Abs. 1 Z. 2 Inso

„In diesem Fall hat der vorläufige Insolvenzverwalter ein Unternehmen, das der Schuldner betreibt, bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen, soweit nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden.“

Themaspezifischer Inhalt

- Fortführung des Unternehmens (bis zur Entscheidung über die Eröffnung)
- Vermeidung erheblicher Vermögensminderungen

I. Rechtliche Grundlagen

4. § 156 I InSO

„Im Berichtstermin hat der Insolvenzverwalter über die wirtschaftliche Lage des Schuldners und ihre Ursachen zu berichten.

Er hat darzulegen, ob Aussichten bestehen, das Unternehmen des Schuldners im Ganzen oder in Teilen zu erhalten, welche Möglichkeiten für einen Insolvenzplan bestehen und welche Auswirkungen jeweils für die Befriedigung der Gläubiger eintreten würden.“

Themaspezifischer Inhalt

Erhaltung des Unternehmens im Ganzen oder in Teilen

I. Rechtliche Grundlagen

5. § 157 InsO

„Die Gläubigerversammlung beschließt im Berichtstermin, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll.“

Themaspezifischer Inhalt

Entscheidung der Gläubiger über Fortführung des Unternehmens
(oder Stilllegung)

I. Rechtliche Grundlagen

6. Inhalt und Ziele der InSO
- a) Inhalt der InSO zu den Grundlagen der Fortführung und Sanierung

In der gesamten InSO finden sich keine Regelungen dazu, wie der Insolvenzverwalter konkret fortzuführen und zu erhalten hat. Umfänglich ist der Insolvenzplan geregelt, der jedoch lediglich ein Schattendasein bei der Sanierung fristet.

Nicht geregelt ist zudem, was erhebliche Vermögensminderung bedeutet.

Der aktuellste Kommentar von Graf-Schlicker zur Insolvenzordnung, erschienen Anfang 2010, führt zum Inhalt der Fortführungsverpflichtung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu § 22 Rd.- Nr. 4 Folgendes aus:

„Zu diesem Zweck hat er alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen.“

I. Rechtliche Grundlagen

b) Ziele der Insolvenzordnung in Bezug auf Fortführung und Sanierung

Aus den zitierten gesetzlichen Regelungen lassen sich in Bezug auf die Fortführung und Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz drei Ziele ableiten:

- Fortführung des Unternehmens
- Erhaltung des Unternehmens
- Keine Vermögensminderung

II. Die Fortführung des Unternehmens in der Insolvenz

1. Grunderfordernisse

Die Erhaltung und die Sanierung eines schuldnerischen Unternehmens setzt zwingend eine nahezu ununterbrochene Fortführung des Geschäftsbetriebes durch den Insolvenzverwalter voraus.

Die Fortführung eines Unternehmens in der Insolvenz erfordert bzw. setzt voraus:

- die Finanzierung des Geschäftsbetriebes
- ein insolvenzfähiges Produkt

II. Die Fortführung des Unternehmens in der Insolvenz

2. Drei Phasen

Die Fortführung des Geschäftsbetriebes unterteilt sich grundsätzlich in drei Phasen:

1. Phase: Antragsverfahren (bis zur Insolvenzeröffnung, max. drei Monate)
2. Phase: Eröffnetes Verfahren bis zum Ende der Kündigungsfristen der Arbeitnehmer
(i. d. R. vier Monate beginnend mit Eröffnung)
3. Phase: Fortführungsphase ohne insolvenzspezifische Bedingungen
(i. d. R. ab dem 5. Monat nach Eröffnung)

II. Die Fortführung des Unternehmens in der Insolvenz

3. Unternehmerisches Risiko

Das unternehmerische Risiko des Insolvenzverwalters gestaltet sich in den drei Phasen höchst unterschiedlich und wird maßgeblich durch die Rechtsprechung des BGH (grundlegend BGH Urt. v. 06.05.2004 – IX ZR 48/03 -) zur Haftung des Insolvenzverwalters bestimmt.

- Haftung für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten, § 61 InsO
- Insolvenzverwalter hat zu beweisen, dass objektiv von einer zur Erfüllung der Verbindlichkeit voraussichtlich ausreichenden Masse auszugehen war oder dass für ihn nicht erkennbar war, dass dies nicht zutrifft. Der Beweis ist durch eine plausible Liquiditätsrechnung zu führen.
- Ersatz nur des negativen Interesses
- Haftung nur für Primäransprüche, nicht für Sekundäransprüche (BGH Beschl. v. 25.09.2008 – IX ZR 235/07 -)

III. Bedingungen der Fortführung in der 1. Phase

1. Die Finanzierung

➤ Insolvenzgeldvorfinanzierung

Die Insolvenzgeldvorfinanzierung stellt eine insolvenzspezifische Liquiditätsentlastung des Unternehmens in Bezug auf die Personalkosten dar.

Bei Fortführung des Geschäftsbetriebes und Erwirtschaftung von Umsatz entsteht dadurch regelmäßig ein Liquiditätsaufbau auf dem Anderkonto. Diese Liquidität wird in den späteren Phasen benötigt und dient dort als Finanzierungsinstrument.

➤ Lastschriftwiderruf, soweit insolvenzrechtlich möglich

Im Regelfall erfolgt dadurch ein Liquiditätsaufbau aufgrund der Rückgutschrift der Abbuchungen der Krankenkassen, Finanzämter, Leasinggesellschaften und sonstigen abbuchenden Institutionen.

➤ Umsatzsteuer

Insolvenzspezifisch wird die Umsatzsteuerzahllast bei der Sollversteuerung nicht abgeführt. Die Umsatzsteuerforderung wird Insolvenzforderung gem. § 38 InsO und ist damit zur Insolvenztabelle anzumelden. Bei Vereinnahmung des Debtors erfolgt ein zusätzlicher Liquiditätsaufbau in Höhe der Umsatzsteuer.

Die Regelung wird vom BFH inzwischen bei der IST-Versteuerung durch eine neue Rechtsprechung unterlaufen.

III. Bedingungen der Fortführung in der 1. Phase

1. Die Finanzierung

- Zahlungseingänge auf fremden Konten können trotz bestehender Globalzession zum Liquiditätsaufbau führen. Die Zahlungseingänge bei den Banken, die keine Globalzession des Schuldners besitzen, können vom Insolvenzverwalter zur Insolvenzmasse gezogen werden, soweit sie im Antragsverfahren eingehen.
- Verkürzung der Zahlungsziele
- Verhandlungen mit Leasinggebern
- Sicherstellung der Liquidität auf dem Anderkonto etwa durch die Anordnung gegenüber dem Schuldner, dass der Verwalter ohne ausreichende Liquidität auf dem Anderkonto keine Vermögensverfügungen genehmigt. Ziel ist mithin die vollständige Eigenfinanzierung.
- Kassenbestand und vorhandenes Bankguthaben
- Neudebitoren
Diese kann der Verwalter im Regelfall unproblematisch zur Masse ziehen und zur Finanzierung des Geschäftsbetriebes einsetzen.

III. Bedingungen der Fortführung in der 1. Phase

1. Die Finanzierung

- Massekredit
Banken gewähren diesen Massekredit in der Regel nicht, um den Geschäftsbetrieb zu erhalten, sondern um eigene Motive zu verfolgen und eine eigene Schadensminderung herbeizuführen. Massekredite werden häufig bei politischer Einflussnahme gewährt. Insolvenzspezifisch sind sie negativ, da falsche Signalwirkung für die Beteiligten. Hohes Haftungsrisiko des vorläufigen Insolvenzverwalters.
- Sonderfall Beteiligung einer Factoring-Bank
Im Regelfall ist die Factoring-Bank untersichert. Die Factoring-Bank strebt die Ausgleichung dieser Untersicherung durch den Insolvenzverwalter an, was bei der Insolvenzmasse bei Fortführung der Geschäftsbeziehungen zur Factoring-Bank regelmäßig zum Liquiditätsabfluss führt.

III. Bedingungen der Fortführung in der 1. Phase

2. Insolvenzfähiges Produkt

Grundsatz

Ein Produkt ist dann insolvenzfähig, wenn das Vertrauen in die Solvenz des Unternehmens die Marktfähigkeit nicht beeinträchtigt. Der Insolvenzverwalter muss eine Einschätzung vornehmen, welche Auswirkung die Insolvenz auf die Marktfähigkeit des Produkts hat.

Die Vertragssituation ändert sich durch den Beginn der Phase 1 nicht.

Beispiele

- Bankprodukte
- Brötchen beim Bäcker
- Schafe aus der Schafzucht
- Automobilindustrie
- Dienstleistung eines Bewachungsunternehmens

III. Bedingungen der Fortführung in der 1. Phase

3. Praxisbeispiel (Gießerei Erlau im Jahr 2001)

| | GUV (klassisch) in TEUR | Insolvenzspezifische Erfolgsrechnung in TEUR | Insolvenzspezifische Liquiditätsrechnung in TEUR | 3 Monatsbetrachtung (insolvenzspezifisch) in TEUR |
|------------------------|-------------------------------|----------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| Umsatzerlöse | 15.251 | 15.251 | 15.251 | 3.813 |
| Umsatzsteuer | 0 | 0 | 290 | 72 |
| Bestandsveränderungen | -55 | -55 | -55 | -14 |
| Gesamtleistung | 15.196 | 15.196 | 15.486 | 3.871 |
| Materialaufwand | -8.069 | -8.069 | -8.069 | 2.017 |
| Rohertrag | 7.127 | 7.127 | 7.417 | 1.854 |
| Sonst. Betr. Erträge | 346 | 346 | 346 | 86 |
| Rohergebnis | 7.473 | 7.473 | 7.763 | 1.940 |
| Personalaufwand | -4.813 | 0 | 0 | 0 |
| Abschreibungen | -1.008 | 0 | 0 | 0 |
| Sonst. Betr. Aufwand | -2.597 | -2.597 | -2.597 | -649 |
| Betriebsergebnis | -945 | 4.876 | 5.166 | 1.291 |
| Zinsergebnis | -489 | 0 | 0 | 0 |
| Gew. Geschäftsergebnis | -1.434 | 4.876 | 5.166 | 1.291 |
| Steuern | -9 | 0 | 0 | 0 |
| Aufwend. Gewinnabf. V. | -90 | 0 | 0 | 0 |
| Jahresergebnis | -1.533 | 4.876 | 5.166 | 1.291 |

IV. Bedingungen der Fortführung in der 2. Phase

1. Die Finanzierung

- Insolvenzspezifischer Überschuss aus Phase 1 ist 1. Finanzierungsinstrument für Phase 2
- Beteiligung des Auftraggebers an der Finanzierung
- Verkürzung der Zahlungsziele
- Verhandlungen mit den Leasinggebern
- Abbau des Warenbestandes
- Massekredit

IV. Bedingungen der Fortführung in der 2. Phase

2. Insolvenzfähiges Produkt

Grundsatz

Die Insolvenzfähigkeit beurteilt sich ebenso wie in Phase 1.

In der Phase 2 stellt sich die Vertragssituation aber anders dar als in der 1. Phase. Verträge können gem. § 103 ff InsO

- Erlöschen (Girovertrag)
- Fortbestehen (Mietvertrag)
- Von der Wahl des Verwalters abhängig sein
(i. d. R. der Rest)

IV. Bedingungen der Fortführung in der 2. Phase

(Negativ-)Beispiele

- Bankprodukte
- Brötchen beim Bäcker
- Schafe aus der Schafzucht
- Dienstleistung eines Bewachungsunternehmens
- Eintritt Insolvenzverwalter in mehrjährig laufenden Rahmenvertrag, z. B. Bewachungsdienst (regelmäßig schwierig, da die Vertragserfüllung nicht sichergestellt ist)
- Automobilindustrie problematisch wegen
 - Qualitätsverlust
 - i. d. R. langjährige Rahmenverträge
 - Gewährleistung
 - Mangelnde Weiterentwicklung des Produktes

IV. Bedingungen der Fortführung in der 2. Phase

3. Praxisbeispiel (Gießerei Erlau)

| | Ertragsrechnung (klassisch) | Insolvenzspezifische Erfolgsrechnung | Insolvenzspezifische Liquiditätsrechnung | 4 Monatsbetrachtung (insolvenzspezifisch) |
|-------------------------------|--------------------------------|-----------------------------------------|---------------------------------------------|----------------------------------------------|
| | in TEUR | in TEUR | in TEUR | in TEUR |
| Umsatzerlöse | 15.251 | 15.251 | 15.251 | 5.084 |
| Umsatzsteuer | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Bestandsveränderungen | -55 | -55 | -55 | -18 |
| Gesamtleistung | 15.196 | 15.196 | 15.196 | 5.066 |
| Materialaufwand | -8.069 | -8.069 | -8.069 | -2.690 |
| Rohertrag | 7.127 | 7.127 | 7.127 | 2.376 |
| Sonst. Betr. Erträge | 346 | 346 | 346 | 115 |
| Rohergebnis | 7.473 | 7.473 | 7.473 | 2.491 |
| Personalaufwand | -4.813 | -4.813 | -4.813 | -1.604 |
| Abschreibungen | -1.008 | 0 | 0 | 0 |
| Sonst. Betr. Aufwand | -2.597 | -2.597 | -2.597 | -866 |
| Betriebsergebnis | -945 | 63 | 63 | 21 |
| Zinsergebnis | -489 | 0 | 0 | 0 |
| Gew. Geschäftsergebnis | -1.434 | 63 | 66 | 21 |
| Steuern | -9 | 0 | 0 | 0 |
| Aufwend. Gewinnabf. V. | -90 | 0 | 0 | 0 |
| Jahresergebnis | -1.533 | 63 | 63 | 21 |

Anwaltskanzlei Siemon
Rechtsanwälte · Steuerberater

V. Bedingungen der Fortführung in der 3. Phase

1. Die Finanzierung

Grundsätzlich keine Besonderheiten mehr gegenüber einem nicht insolventen Unternehmen; allerdings mit der negativen Besonderheit, dass die Geschäftsbeziehungen i. d. R. durch das erhöhte Sicherheitsbedürfnis der Geschäftspartner beeinträchtigt sind (wichtig: Masseunzulänglichkeit).

V. Bedingungen der Fortführung in der 3. Phase

2. Insolvenzfähiges Produkt

Keine Besonderheiten mehr im Verhältnis zur Phase 2.

VI. Keine Vermögensminderung

1. 1. Phase

- Ein betriebswirtschaftlicher Verlust in der 1. Phase stellt keine Vermögensminderung dar.
 - 1. Phase = Prüfungsphase
- Insolvenzgeldvorfinanzierung allgemein anerkannt
- Abarbeitung laufender Aufträge vermindert Schadensersatzansprüche

2. 2. Phase

- Ein betriebswirtschaftlicher Verlust in der 2. Phase stellt insoweit keine Vermögensminderung dar, solange das Ergebnis mindestens einen Teil der „Sowieso-Kosten“ (z. B. Personalkosten) einspielt.
- Abschreibungen werden i. d. R. bei insolvenzspezifischer Betrachtung nicht ergebniswirksam, § 172 InsO.

VI. Keine Vermögensminderung

3. 3. Phase

- Betriebswirtschaftlicher Verlust = Vermögensminderung
- Auf welchen Zeitpunkt kommt es bei der Betrachtung an?
- Die Kostenstruktur ist durch Kündigung der Arbeitsverhältnisse in der Phase 2 zur Vorbereitung der Phase 3 zu flexibilisieren. In der Phase 3 erfolgt die Fortführung mittels befristeter Arbeitsverhältnisse, soweit möglich. Grund: Auslaufverbindlichkeiten im Arbeitnehmerbereich können zu empfindlichen Vermögensminderungen führen, wenn in Phase 3 fortgeführt wird ohne Flexibilisierung und der Geschäftsbetrieb eingestellt werden muss.

Es droht dann Masseunzulänglichkeit.

VII. Technische Absicherung der Fortführung

1. Grundsätze:

- **Genehmigungsverfahren;** jede Vermögensverfügung ist vom Schuldner dem Insolvenzverwalter zur Genehmigung vorzulegen.
- **Einzelkalkulationen** der Aufträge/Ausgaben
- Keine Verlustaufträge
- **GuV-Planung** durch den Schuldner
- **Liquiditätsplanung** durch den Schuldner
- Genehmigungen für Vermögensverfügungen werden nur erteilt:
 - wenn die Ausgabe sich innerhalb der GuV-Planung und Liquiditätsplanung hält;
 - wenn die Ausgabe durch Eigenmittel (= Guthaben auf dem Anderkonto) gedeckt ist.
 - Abweichung davon nur in begründeten Ausnahmefällen, wenn die Erfüllbarkeit der zu begründenden (Masse-) Verbindlichkeit in jedem Fall sichergestellt ist.

VII. Technische Absicherung der Fortführung

2. Ziele:

- Vollständige Eigenfinanzierung

3. In jeder Phase ist das „Know-How“ des Insolvenzschuldners zu nutzen.

VIII. Investorensuche

- Aktives Suchen nach potenziellen Übernehmern
- Beginn so früh wie möglich
- Durch Zeitablauf verringern sich die Fortführungsmöglichkeiten
- Das unternehmerische Risiko (BGH Rechtsprechung) steigt in jeder Phase

IX. Sanierung

- Übertragende Sanierung
- Insolvenzplan

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!