

# Unternehmen in der Krise

Vortragsveranstaltung  
bei der Steuerberaterkammer München am 29.10.2009

RA Dr. Paul Abel  
RA Dr. Oliver Behler  
RA/StB/FASStR Dr. Jochen Ettinger

WELLENSIEK RECHTSANWÄLTE  
- Partnerschaftsgesellschaft -

Behler Weimann Böttger  
Rechtsanwälte

DISSMANN ORTH

RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT STEUERBERATUNGSGESELLSCHAFT GMBH

# 1. Einleitung

## 1.1 Situationstypik

- Zustand eines Unternehmens, der dessen Existenz bedroht
  
- aber: Chance für positive Veränderung
  
- Wechselwirkung zwischen Unternehmen und Unternehmer: isolierte Betrachtung nur auf das Unternehmen bezogen i.d.R unzureichend
  - mittelbarer Zusammenhang mit den dahinterstehenden Unternehmern /Gesellschaftern relevant (Bsp.: inhabergeführte GmbH & Co KG)
  - ist die Unternehmensleitung geeignet, den Sanierungsprozess zu begleiten?

# 1. Einleitung (Forts.)

## 1.2 Stadien der Unternehmenskrise

- Strukturelle bzw. strategische Krise
  - Ursache: Unternehmerische Fehlentscheidungen
    - » „Falscher“ (schrumpfender) Markt / Standort
    - » Ressourcenprobleme: unkontrolliertes vs. unzureichendes Wachstum
  - Symptom: Underperformance im Vergleich zu Benchmark
  
- Ertragskrise
  - Ursache:
    - » Umsatzrückgang
    - » Margendruck
    - » Kostensteigerung
  - Symptome: rückläufiges Ergebnis; Verzehr Eigenkapital
  
- Liquiditätskrise
  - Ursache:
    - » Überziehung der Kreditlinien
    - » Ausreizen des Lieferantenziels
  - Symptome: Mahnbescheide; Lohnrückstände; Lieferung nur gg. Vorkasse

## 2. Die Pflicht zur Insolvenzantragstellung

### 2.1 Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht

- Reines Antragsverfahren
  - Schuldnerantrag vs. Gläubigerantrag
- Unterschiedlicher gesetzlicher Pflichten- und Haftungskreis je nach Rechtsform (GmbH vs. OHG)

#### 2.1.1 Zahlungsunfähigkeit (ZU)

- 1. Stufe: Liquiditätslücke größer oder gleich 10% = grds. ZU gegeben
  - Liquide Mittel abzgl. fälliger Verbindlichkeiten [Bsp.: 80 - 100 = -20]
    - » relevant sind sämtliche fällige Zahlungsverpflichtungen, nicht nur klageanhängige
    - » nicht genehmigte Überziehungen von Kontokorrent, auch bei Duldung der Bank, einzurechnen (BGH, IX ZR 31/05 = DB 2007, 570)
    - » nicht: gestundete Forderungen; aber Beweislast bei Schuldner!
- 2. Stufe: kann Lücke innerhalb von 3 Wochen geschlossen werden?
  - falls ja, nur „Zahlungsstockung“
    - » Kurzfristig verfügbare Finanzmittel, wie bspw. erwartete Kundenzahlungen, erst an dieser Stelle zu berücksichtigen!
  - andernfalls ZU; Ausnahme: Lücke wird demnächst mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geschlossen und Zuwarten der Gläubiger ist zumutbar

## 2. Die Pflicht zur Insolvenzantragstellung (Forts.)

### 2.1.2 Überschuldung

- Zweistufiger „alter“ Überschuldungsbegriff des Bundesgerichtshofs durch MoMiG reaktiviert
  - 1. Stufe: Fortbestehensprognose (FoBP)
  - 2. Stufe: bei negativer FoBP, Überschuldungsstatus zu Liquidationswerten
  
- Exkurs: nach bisherigem Recht entscheidet FoBP über Wertansätze für Vermögen und Schulden (Liquidationswerte vs. Fortführungswerte)
  
- Zeitliche Geltung der Neuregelung

## **2. Die Pflicht zur Insolvenzantragstellung (Forts.)**

### **2.2 Exkurs: Drohende Zahlungsunfähigkeit (relevant nur bei Eigenantrag!)**

- Recht, aber nicht Pflicht zur Antragsstellung

## **3. Risiken für das Management und die Gesellschafter**

### **3.1 Überblick über die rechtlichen Risiken für Management und Gesellschafter**

### **3.2 Weitreichende Eingriffe durch MoMiG**

- Strafrecht neben Zivilrecht und Steuerrecht
- Gratwanderung zwischen Gesellschafterinteressen und persönlicher Haftung
- § 15 a InsO: Antrag innerhalb 3 Wochen
- § 6 GmbHG: Tätigkeitsverbot
- Exkurs: Faktischer Geschäftsführer

# 3. Risiken für das Management und die Gesellschafter (Forts.)

## 3.3 Haftungstatbestände für den Geschäftsführer

### 3.3.1 Haftung gegenüber der Gesellschaft / Insolvenzverwalter

- § 43 Abs. 2 GmbHHG: Schadenersatz bei Verletzung der Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Geschäftsmanns
  
- § 43 Abs. 3 GmbHHG i.V.m § 30 GmbHHG: Ersatzpflicht für fehlendes Stammkapital
  - bilanzielle Betrachtungsweise
  - Behandlung eines stehengelassenen Darlehens
  - Cash-Management-Probleme
  - Sicherheitengestellung
  
- § 64 GmbHHG: Haftung für Zahlungen nach Insolvenzzreife
  - Ausnahme: als Modellgedanke „Zahlungen, die auch besonnener Insolvenzverwalter vorgenommen hätte“
  - § 64 S. 3 GmbHHG: Prognose bei Auszahlungen an Gesellschafter
  - Kein Verweis auf (verspätete) Beraterdaten möglich; höchstpersönliche Prüfungspflichten

## 3. Risiken für das Management und die Gesellschafter (Forts.)

### 3.3.2 Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten

- Vertrauenshaftung (c.i.c.) aus persönlicher Gewähr
  - Brief- und Email-Verkehr relevant!
  
- § 823 Abs. 2 BGB auf Schadenersatz wg.
  - § 15 a InsO (Insolvenzverschleppung)
    - » Beweislast bei GF für positive Fortführungsprognose
  - § 266a StGB (Beitragsvorenthaltung von Arbeitnehmeranteilen)
  - §§ 263, 266 StGB (Betrug und Untreue)
  - § 283 StGB Insolvenzstraftaten
  
- § 826 BGB (Existenzvernichtender Eingriff)

## 3. Risiken für das Management und die Gesellschafter (Forts.)

### 3.3.3 Haftung des Gesellschafters

- § 826 BGB (Existenzvernichtender Eingriff)
  
- Anfechtbarkeit der Rückführung von Gesellschafterdarlehen und artgleichen Kapitalhilfen, § 135 InsO
  - Anfechtbarkeit einer Darlehensrückführung bzw. gleichartiger Finanzierungshilfen im letzten Jahr vor Insolvenzantragstellung
  - bei eigenkapitalersetzender Nutzungsüberlassung kein Abzug des Gegenstands für max. 1 Jahr ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen Ausgleichszahlung, vgl. § 135 Abs. 3 InsO

## **4. Typische finanzwirtschaftliche und gesellschaftsrechtliche Sanierungsmaßnahmen**

### **4.1 Abgabe von Rangrücktrittserklärungen**

#### **4.1.1 Insolvenzrechtliches Ziel**

- Vermeidung der Überschuldung durch Einrede gegen Forderung des Gesellschafters
- Verbindlichkeit bleibt zwar bestehen, wird jedoch für den Überschuldungsstatus nicht als Fremdkapital eingestuft
- Explizite gesetzliche Regelung des Rangrücktritts in § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO i.d.F. des MoMiG

## 4.1.2 Zivilrechtliche Aspekte

- Ausreichend für Rangrücktrittserklärungen: „Erklärung des Nachrangs im Insolvenzverfahren hinter die in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen“
- Weiter formulierte Rangrücktrittserklärung entsprechend der bisherigen BGH-Rechtsprechung erscheint auch nach MoMiG aus Vorsichtsgründen ratsam. Bisher auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung erklärte Rangrücktrittserklärungen bleiben jedenfalls wirksam
- Effekt der Rangrücktrittserklärung: Nichtberücksichtigung der entsprechenden Forderungen im Überschuldungsstatus i.S.v. § 19 InsO, Forderung bleibt dagegen in der Handelsbilanz passiviert

### 4.1.3 Steuerliche Aspekte

- Rangrücktritt nach bisherigen Mustern (BGH-Rechtsprechung) hatte keine negativen Steuerwirkungen (BMF-Schreiben v. 8.9.2006, BStBl. I 2006, 497: Kein Fall von § 5 Abs. 2a EStG)
- Auch Rangrücktritt entsprechend den Vorgaben des MoMiG sollte ohne Steuerwirkungen bleiben (ganz herrschende Meinung), aus Vorsichtsgründen bietet sich jedoch nach wie vor Verwendung des Zusatzes: „Tilgung aus anderem, freien Vermögen“ an

## **4.2 Stundung und Zinslosstellen von Forderungen**

### **4.2.1 Insolvenzrechtliches Ziel**

- Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit
- wirkt nur im Paket, nicht gegen bereits vorliegende Überschuldung

### **4.2.2 Zivilrechtliche Aspekte**

- Einigung mit entsprechenden Gläubigern ist notwendig, diese sind regelmäßig nur zu einer befristeten Zinslosstellung oder, alternativ, einer Zinsreduzierung bereit
- Möglich für Gesellschafterdarlehen wie für Drittdarlehen

## 4.2.3 Steuerliche Aspekte

- Zinslosstellung einer Darlehensforderung mit einer Laufzeit von 12 Monaten und mehr führt zu einer Abzinsung mit einem Zinssatz von 5,5 % (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EStG)
- Bei der Gesellschaft, die Schuldnerin ist, kommt es zu einem steuerpflichtigen Ertrag (einmalig), während in der Folgezeit korrespondierender Aufwand bei der Gesellschaft entsteht, der über die Laufzeit des Darlehens verteilt wird
- Beispiel: Unverzinsliches Darlehen von EUR 1 Mio., endfällig, Laufzeit 10 Jahre, führt zu einem Abzinsungsbetrag i.H.v. EUR 382.000
- Abzinsungsregelung ist auch für Gesellschafterdarlehen anwendbar (BMF-Schreiben v. 16.5.2005, BStBl. I 2005, 699, Tz. 21)

- Steuerpflichtiger Einmalertrag bei der darlehensempfangenden Gesellschaft stellt Nutzung von dort ggf. vorhandenen Verlustvorträgen dar, die bei späteren ggf. notwendigen Umstrukturierungsmaßnahmen vom Untergang bedroht wären (§ 8c KStG)
- Soll steuerpflichtiger Einmalertrag dagegen vermieden werden, ist ein niedrigverzinsliches Darlehen eine taugliche Alternative, da insoweit auch bei geringer Verzinsung Abzinsung vermieden wird

## 4.2.4 Haftung bei Eintritt des Insolvenzfalles

- Indiz für Zahlungsunfähigkeit nach der BGH-Rechtsprechung
  - 3-Wochen-Rspr. (vgl. vorstehend)
- Wegfall der Zahlungsunfähigkeit nicht allein bei Stundungsabrede mit der Hausbank; allgemeine Zahlungsaufnahme an alle Gläubiger erforderlich

## **4.3 Exkurs: Bestellung von Gesellschaftersicherheiten für Drittkredite**

### **4.3.1 Insolvenzrechtliches Ziel**

- Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit durch Aufrechterhaltung bzw. Erweiterung der Kreditlinie

### **4.3.2 Zivilrechtliche Aspekte**

- Ausgangssituation: Vermögenslage der Gesellschaft zwingt Gesellschafter dazu, Dritten, wie insbesondere Banken, Sicherheiten aus dem Privatvermögen des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu gewähren

- Zur Überschuldungsvermeidung reicht bloße Rangrücktrittserklärung bzgl. des grundsätzlich nach Gesetz bestehenden Aufwendungsersatzanspruches gegen die Gesellschaft aus seiner etwaigen künftigen Inanspruchnahme nicht aus
  
- Weiter erforderlich ist vielmehr
  - (i) rechtsgeschäftlich vereinbarte Freistellungsverpflichtung des Gesellschafters zu Gunsten der Gesellschaft für die Dauer der Krise,
  - (ii) Vollwertigkeit des Anspruchs aus Sicht der Gesellschaft sowie
  - (iii) Rangrücktrittserklärung des Gesellschafters bzgl. seines Regressanspruches gegen die Gesellschaft

### 4.3.3 Steuerliche Aspekte

- Bestellung der Sicherheit als solche grundsätzlich ohne steuerliche Auswirkungen
- Verwertung der Sicherheit durch Drittgläubiger kann zu nachträglichen Anschaffungskosten beim Gesellschafter auf dessen Beteiligung führen

### 4.3.4 Haftung bei Eintritt des Insolvenzfalles

- § 44 a InsO regelt jetzt gesellschafterbesicherte Drittkredite (früher § 32a Abs. 2 GmbHG a.F.). Gesellschafter ist, sofern er eine Sicherheit für ein Darlehen der Gesellschaft bestellt, vorrangig in Anspruch zu nehmen
- Die für den Drittkredit gewährte Gesellschaftersicherheit soll zur Entlastung der Masse bestmöglich verwertet werden, was § 44 InsO gewährleisten soll. Da Insolvenzverwalter bzgl. derartiger Sicherheiten kein Verwertungsrecht zusteht, muss der Kreditgeber angehalten werden, die Sicherheit vollständig zu verwerten. Dies soll dadurch erreicht werden, dass ihm bis dahin die Teilnahme an der Verteilung der Masse verwehrt wird.
- Anfechtbarkeit der Rückführungsbeträge durch Gesellschaft (§ 135 Abs. 2 InsO)

## 4.4 Forderungsverzicht

### 4.4.1 Insolvenzrechtliches Ziel

- Reduzierung oder Verhinderung einer Überschuldung

### 4.4.2 Zivilrechtliche Aspekte

- Drittgläubiger oder auch Gesellschafter können dazu bereit sein, in der Krise zur Sanierung der Gesellschaft ganz oder teilweise auf Forderungen zu verzichten
- Zivilrechtlich ist ein Erlassvertrag i.S.v. § 397 BGB zwischen der Gesellschaft als Schuldnerin und dem einzelnen Gläubiger abzuschließen
- Insbesondere Drittgläubiger werden regelmäßig auf eine Besserungsvereinbarung („Besserungsschein“) drängen (Rechtsfolge: Forderung erlischt zwar mit Forderungsverzicht, lebt jedoch mit Eintritt der vereinbarten auflösenden Bedienung i.S.v. § 158 BGB wie z.B. Erzielung zukünftiger Gewinne, wieder auf)

### 4.4.3 Steuerliche Aspekte

- Forderungsverzicht durch **Nichtgesellschafter** führt in voller Höhe des Verzichts zu einem handelsrechtlichen wie steuerlichen Ertrag bei der Gesellschaft, da die bisher ausgewiesene Verbindlichkeit auszubuchen ist
- Bei der Gesellschaft entstehende Steuer kann – im Rahmen der Mindestbesteuerung – mit steuerlichen Verlustvorträgen verrechnet werden
- Darüber hinausgehende Verzichtsgewinne können nach dem Sanierungserlass (BMF-Schreiben v. 27.3.2003, BStBl. I 2003, 240) auf Antrag des Steuerpflichtigen nach § 163 AO abweichend festgesetzt und nach § 222 AO mit dem Ziel eines späteren Erlasses zunächst unter Widerrufsvorbehalt gestundet werden

- Selbstbindung der Verwaltung im Sanierungserlass, d.h. bei Vorliegen der Voraussetzungen grundsätzlich Ermessensreduzierung auf Null
- Bzgl. Stundung und Erlass der Gewerbesteuer ist die jeweilige Gemeinde, ggf. also mehrere Gemeinden, zuständig
- Voraussetzung für Anerkennung eines Sanierungsgewinns setzt Sanierungsbedürftigkeit, Sanierungsabsicht und Sanierungseignung voraus (Sanierungsplan führt zu erleichterter Darlegung durch den Steuerpflichtigen)
- Forderungsverzicht durch **Gesellschaftergläubiger** auf Gesellschafterdarlehen führt zu Verzichtsgewinn bei der Kapitalgesellschaft nur in Höhe des nichtwerthaltigen Teils der Forderung, dagegen liegt verdeckte Einlage des Gesellschafters in Höhe des Teilwerts der Forderung vor, wenn wie regelmäßig gesellschaftsrechtliche Veranlassung für den Verzicht gegeben ist

- Sanierungserlass ist für Sanierungsgewinne aus dem Verzicht auf Gesellschafterdarlehen nur dann anwendbar, wenn nicht gesellschaftsrechtliche, sondern betriebliche Veranlassung gegeben ist (nach BFH ist dann betriebliche Veranlassung gegeben, wenn z.B. im Rahmen eines Sanierungsplans Gesellschaftergläubiger in gleichem Umfang wie Fremdgäubiger Verzichte leisten)
  
- Ausmaß des Wertverlusts der Forderung ist zu schätzen, bei überschuldeter Kapitalgesellschaft nimmt der BFH regelmäßig Teilwert von EUR 0,00 an
  
- Steuerliche Folgen bei Besserungsabrede: Verzicht auf Darlehensforderung wird wie Darlehensverzicht ohne Besserungsschein behandelt. Unter den Voraussetzungen des Sanierungserlasses ist auf Sanierungsgewinn entfallende Steuer bis Ablauf der meist zeitlich befristeten Besserungsfrist zu stunden. Im Besserungsfall sind zu leistende Zahlungen entsprechend § 3c EStG dann nicht als Betriebsausgaben der Schuldnergesellschaft abzugsfähig, sondern mit dem begünstigten Sanierungsgewinn zu verrechnen (so BMF im Sanierungserlass).

- Verzicht auf Gesellschafterdarlehen bei **Personengesellschaften**:  
Darlehensforderung ist negatives Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters; Verzicht, der durch Gesellschafterstellung veranlasst ist, führt wirtschaftlich zur Übertragung des Wirtschaftsguts Forderung aus dem Sonderbetriebsvermögen in das Gesamthandvermögen (steuerneutral nach § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2, Satz 1 EStG unabhängig von der Werthaltigkeit der Forderung zu Buchwerten und damit steuerneutral)

## **4.5 Kapitalmaßnahmen**

### **4.5.1 Insolvenzrechtliches Ziel**

- Beseitigung buchmäßiger Verluste, die zur Überschuldung führen
- i.d.R zeitintensiv und daher in vielen Fällen wenig praktikabel!

### **4.5.2 Zivilrechtliche Aspekte**

- Denkbare Maßnahmen hängen von den finanziellen Reserven der Gesellschaft und deren Gesellschaftern ab

- Denkbar sind formale Kapitalerhöhung, Zuzahlung in die offenen Rücklagen sowie Kapitalherabsetzung
- Kapitalerhöhung durch **formelle Kapitalerhöhung**: Möglich als Barkapitalerhöhung oder als Sachkapitalerhöhung, bei Aktiengesellschaften und – Neufassung durch das MoMiG – GmbHs auch in Form einer Ausnutzung von vorhandenem bedingten Kapital (§§ 192 ff. AktG, § 55a GmbHG); bei Sachkapitalerhöhung grundsätzlich Wirtschaftsprüferbestätigung zur Werthaltigkeit zu erstellen

- **Zuzahlung in die offenen Rücklagen:** Formlose (d.h. kein Notar und keine Handelsregisteranmeldung nötig) und schnelle Möglichkeit, liquide Mittel der Gesellschaft zuzuführen, gesellschaftsrechtlich ist ein entsprechender Gesellschafterbeschluss zu fassen
- **Kapitalherabsetzung:** Rein formale, gesellschaftsrechtliche Maßnahme, die nicht zur Liquiditätsverbesserung führt. Kapitalherabsetzung kann vorhandene oder drohende Unterbilanz abwenden bzw. beseitigen, möglich als vereinfachte Kapitalherabsetzung nach § 229 ff. AktG bzw. §§ 58a ff. GmbHG, um eingetretene Verluste bilanziell zu verrechnen

### 4.5.3 Steuerliche Aspekte

- Die Barkapitalerhöhung sowie die Zuzahlung in die offenen Rücklagen sind ertragsteuerlich irrelevant (steuerneutral)
- Sachkapitalerhöhungen sind bei der aufnehmenden Gesellschaft grundsätzlich ebenfalls steuerneutral (Ausnahme: Einbringung teilwertgeminderter Forderungen im Rahmen eines Debt-Equity-Swap, siehe dazu unten unter 4.7)
- Kapitalherabsetzung ist steuerneutral möglich (keine verdeckte Gewinnausschüttung, da keine Leistung an die Gesellschafter erfolgt)

## 4.5.4 Insolvenzrechtliche Aspekte

- Sanierungsprivileg des § 32 a Abs. 3 Satz GmbHG a.F. wird durch das MoMiG nicht berührt, sondern jetzt nur in § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO geregelt. Lediglich der Begriff der Krise wird durch den Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit ersetzt
- Vorsicht vor Stimmbindung und Poolverträgen im Hinblick auf 10%-Beteiligungsgrenze von Altgesellschaftern, vgl. § 39 Abs. 5 InsO

## **4.6 Heben stiller Reserven (auf das Aktivvermögen bezogene Sanierungsmaßnahme)**

### **4.6.1 Insolvenzrechtliches Ziel**

- Beseitigung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung

### **4.6.2 Zivilrechtliche Aspekte**

- Stille Reserven können realisiert werden durch Veräußerung an Dritte, Veräußerungen an Gesellschafter, Veräußerungen innerhalb einer Unternehmensgruppe oder Übertragungen an Personen-Objekt-Gesellschaften nach § 6 Abs. 5 EStG sowie § 24 UmwStG unter handelsbilanzieller Aufdeckung stiller Reserven

- Daneben kommen Sale- and Lease-Back-Gestaltungen sowie Factoring-Gestaltungen (nicht nur mit Factoring-Unternehmen, im Einzelfall auch an Gesellschafter) in Betracht (Ergebnis neben ggf. erfolgreicher Realisierung stiller Reserven auch Eigenkapitalquotenerhöhung durch Bilanzverkürzung)
- Gesellschaftsrechtlich sind die Holz Müller- und Gelatine-Rechtsprechungsgrundsätze zu beachten (Mitwirkungsverpflichtung der Gesellschafterversammlung bei wesentlichen Strukturmaßnahmen, 80%-Schwelle)

### 4.6.3 Steuerliche Aspekte

- Soweit Verlustvorträge vorhanden sind und soweit im Rahmen der Mindestbesteuerung (§ 10d EStG) möglich, können durch die Realisierung stiller Reserven entstehende Steuerbelastungen kompensiert werden
- Dies bietet sich insbesondere im Vorfeld von Umstrukturierungsmaßnahmen, bei denen nach § 8c KStG Verlustvorträge ohnehin untergehen würden, an (Schaffung von AfA-Volumen)
- Ansonsten kann bei Anwendung des UmwStG aufgrund des Wegfalls der Maßgeblichkeit für die Handelsbilanz für die Steuerbilanz durch das SEStEG handelsbilanziell eine Übertragung zum Zeitwert erfolgen, während steuerlich Buchwertfortführung oder Zwischenwertansatz gewählt werden kann

- Soweit Grundstücke übertragen werden, entsteht grundsätzlich Grunderwerbsteuer (dagegen keine Grunderwerbsteuer bei Einbringung eines Grundstücks in Tochter-Personengesellschaft, § 5 Abs. 2 GrEStG, fünfjährige Behaltensfrist nach § 5 Abs. 3 GrEStG zu beachten)

## 4.7 Debt-Equity-Swap

### 4.7.1 Insolvenzrechtliches Ziel

- Der sog. „Debt-Equity-Swap“ meint die Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital. Diese Maßnahme kann sowohl seitens Fremdkapitalgeber wie auch seitens Gesellschafterdarlehensgeber in Betracht kommen
- Verminderung bzw. Beseitigung der Überschuldung
- Psychologisch positiver Effekt des Engagements der „neuen“ Gesellschafter im Hinblick auf Sanierungsfähigkeit

## 4.7.2 Zivilrechtliche Aspekte

- Gesellschaftsrechtlich erfolgt eine Sachkapitalerhöhung gegen Ausgabe neuer Anteile, wobei die Forderung des Gesellschafters oder des Drittgläubigers als Sacheinlage eingebracht wird (Erlassvertrag nach § 397 BGB oder Forderungsabtretung mit anschließendem Erlöschen durch Konfusion)
- Gesellschaftsrechtlich sind die Vorschriften über Sacheinlagen zu beachten (§ 183 AktG, § 56 GmbHG)

- Wirtschaftsprüferbewertung der eingebrachten Forderungen ist für Zwecke der Werthaltigkeitsbestätigung notwendig, Bewertungsmaßstab ist nach BGH die Solvenz des Schuldners (= Gesellschaft) aus Sicht eines objektiven Dritten im Zeitpunkt der Einbringung. Risiko: Differenzhaftung des Einlegers (verschuldensunabhängig und auf Barleistung gerichtet, vgl. z.B. § 9 GmbHG für die GmbH)
- Gesellschaftsrechtlich kann als Vorschaltmaßnahme eine (einfache) Kapitalherabsetzung (§§ 229 ff. AktG, §§ 58a ff. GmbHG) notwendig sein, um im Hinblick auf die auszugebenden neuen Aktien/Stammeinlagen den Wert der einzubringenden Forderung in die gewünschte Relation zu setzen
- Positive Folgen des Debt-Equity-Swap: Eigenkapitalquote verbessert sich, Verbindlichkeiten verringern sich, „Gesellschafter-Commitment“ von bisherigen Fremdkapitalgebern als Vertrauensbeweis, verringerte Zinsbelastung führt zu positiven GuV- und Liquiditätseffekten

### 4.7.3 Steuerliche Aspekte

- Das Erlöschen der vormaligen Forderung führt bei der Gesellschaft in voller Höhe zu einem entsprechend steuerpflichtigen Sanierungsgewinn (**Drittgläubiger**)
- Legen **Gesellschafter** Gesellschafterdarlehen ein, wird grundsätzlich eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung vermutet, mit der Folge, dass in Bezug auf den werthaltigen Teil der eingebrachten Forderung eine verdeckte Einlage anzunehmen ist (und nur im Übrigen, d.h. bzgl. des nicht werthaltigen Teils ein Sanierungsgewinn bei der Gesellschaft entsteht)

- Steuerlich maßgeblich ist der Teilwert i.S.v. § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG der eingebrachten Forderung
- Bewertungsgrundsätze für die Bestimmung des Teilwerts: Bilanzielle Überschuldung hat Indizwirkung, ist aber allein nicht ausschlaggebend, insbesondere dann, wenn entsprechende stille Reserven vorhanden sind, wobei die Feststellungslast bzgl. der Werthaltigkeit bei der Gesellschaft liegt
- Behandlung eines verbleibenden Sanierungsgewinnes siehe oben Ziffer 4.4.3

- Steuerfolgen beim einbringenden Gläubiger: Soweit der Gläubiger Gesellschafter war, erhöhen sich gemäß § 6 Abs. 6 Satz 2 EStG die Anschaffungskosten seiner Beteiligung nachträglich um den werthaltigen Teil der Darlehensforderung; im Übrigen entsteht ein steuerwirksamer Aufwand in der GuV des Gläubigers, soweit die Forderung im Betriebsvermögen gehalten wurde, wobei § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG bei Gläubigern, die bereits Gesellschafter waren, zu beachten ist (Abzugsbeschränkung für Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Darlehensforderungen, soweit Gesellschafter zu mehr als 25 % beteiligt ist, soweit nicht Drittvergleichsnachweis nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG gelingt)
- Weitere steuerliche Folgen des Debt-Equity-Swap: Verlustvorträge können nach § 8c KStG und § 10a GewStG untergehen (vollständig bei Erwerb von Eigenkapital durch den Gläubiger von mehr als 50 %, anteilig bei Erwerben zwischen 25 und 50 %); Ausnahme: Sanierungsprivileg des § 8c Abs. 1a KStG!
- Positive mögliche Nebenfolge eines Debt-Equity-Swap: Verringerung eines Zinssaldos und Verbesserung der Situation in Bezug auf die Freigrenze der Zinsschranke i.S.v. § 4h Abs. 2 Satz 1 lit. a EStG

- Exkurs: Anhebung der Freigrenze bei der Zinsschranke von EUR 1 Mio. auf EUR 3 Mio. für die VZ 2008 und 2009 durch das Bürgerentlastungsgesetz

## 4.7.4 Haftung im Insolvenzfall

- Im Hinblick auf Gläubigerschutz sehr riskant. Werden Gläubiger zu Gesellschaftern und bestehen „stehengelassene“ Darlehensbeziehungen, dürfen die bestehenden Darlehen in der Krise oder im Insolvenzverfahren nicht zurückbezahlt werden, bzw. nur im Nachrang geltend gemacht werden (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, § 135 InsO). Weiterhin sind Aufrechnungen und Tilgungen unwirksam und die Bestellung von Sicherheiten für Darlehen können angefochten werden, wenn die Sanierung scheitert. Gläubiger sind nach Durchführung des Debt-Equity-Swap teilweise schlechter gestellt als vorher.
  
- Sanierungsprivileg (§ 39 Abs. 4 InsO)
  - Nur für Anteilserwerb eines Neugeschafters!
  - Frühester Zeitpunkt ist materielle Insolvenz
  - Beweislast für Sanierungszweck und Sanierungsabsicht liegt beim Gesellschafter. Scheitern die Sanierungsmaßnahmen, stellt sich nämlich die Frage nach deren Eignung. Gläubiger muss ex post eine ex ante Situation beweisen.
  
- Zwerganteilsprinzip (§ 39 Abs. 5 InsO)
  - Vorsicht vor Stimmbindung, Poolverträgen

## 4.8 Exkurs: Debt-Mezzanine-Swap (1)

### 4.8.1 Zivilrechtliche Aspekte

- Alternative zum Debt-Equity-Swap (vgl. oben), um im Einzelfall nachteilige steuerliche Folgen eines Debt-Equity-Swap zu vermeiden
- Jedoch reduzierte Anwendungsrelevanz, da Externe selten in Sanierungskonzepte investieren
- Umwandlung der Darlehensansprüche durch Novation in z.B. Genussrechtskapital, das handelsbilanziell (nach HGB) als Eigenkapital ausgestaltet ist (Voraussetzungen: Erfolgsabhängigkeit der Vergütung, Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe, langfristige, d.h. mindestens fünfjährige Kapitalüberlassung sowie Nachrangigkeit im Insolvenz- oder Liquidationsfall)

## 4.8 Exkurs: Debt-Mezzanine-Swap (2)

- Nachrangdarlehen, welche sich von der typischen langfristigen Kreditfinanzierung dadurch unterscheiden, dass der Kapitalgeber im Falle der Unternehmensinsolvenz nachrangig bedient wird, so dass das zur Verfügung gestellte Fremdkapital eine ähnliche Rolle wie haftendes Eigenkapital spielt.
- Stille Beteiligung, welche sich dadurch auszeichnet, dass ein stiller Gesellschafter eine Vermögenseinlage erbringt, nach außen aber nicht in Erscheinung tritt. Kodifizierte Vergütung für den Gesellschafter ist eine Beteiligung am Gewinn, wobei der Gesellschafter bis zu Höhe seiner Einlage auch am potentiellen Verlust teilnimmt. Oft mit Equity Kicker ausgestaltet, so dass die Wandlung der stillen Beteiligung in originäres Eigenkapital möglich ist.

## 4.8.2 Steuerliche Aspekte

- Steuerlich ist zwischen beteiligungsähnlichen Genussrechten (steuerliches Eigenkapital) und obligationsartigen Genussrechten (steuerliches Fremdkapital) zu unterscheiden
- Genussrechte sind steuerlich Eigenkapital, wenn sie eine Beteiligung am Gewinn und – kumulativ – am Liquidationserlös des Unternehmens gewähren
- Genussrechte sind steuerlich Fremdkapital, wenn sie eine Beteiligung am Liquidationserlös ausschließen (Rechtsfolge dann: „Ausschüttungen“ auf diese Art von Genussrechten führt zu Betriebsausgaben für Zwecke der Körperschaft und Gewerbesteuer, wobei jedoch eine Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 lit. a GewStG erfolgt)

- Umwandlung der Verbindlichkeiten in Genussrechtskapital, das steuerlich Fremdkapital ist, führt zu keinen steuerlichen Auswirkungen (in der Steuerbilanz erfolgt ein reiner Passivtausch, das steuerliche Eigenkapital der Gesellschaft wird nicht berührt)
- Rechtsprechung und Äußerungen der Finanzverwaltung hierzu fehlen jedoch bisher (verbindliche Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO sollte vorab eingeholt werden)

### 4.8.3 Exkurs: Details in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht zu Genussrechten und stillen Beteiligungen

- Genussrechte sind regelmäßig Inhaberschuldverschreibungen, die dann funktionales Eigenkapital darstellen, wenn sie mit einer Nachrangabrede versehen sind, die Vergütung gewinnabhängig vereinbart wurde, die Laufzeit fünf Jahre nicht unterschreitet, wenn sie an Verlusten der Zielgesellschaft beteiligt sind und eine lange Kündigungsfrist Gegenstand der Genussscheinbedingung ist. Unter diesen Voraussetzungen sind sie auch als Eigenkapitalposition zu bilanzieren.
- Die stille Beteiligung (§§ 230 ff. HGB) ist ein Sanierungsinstrument, das in Gestalt der atypisch stillen Gesellschaft funktionales Eigenkapital darstellt. Der atypisch „Stille“ ist aufgrund getroffener schuldrechtlicher Abreden dem Gesellschafter ähnlich. Die zwingend mit der stillen Gesellschaft verbundene Gewinnbeteiligung (§ 231 Abs. 2, 2. HS HGB) bedeutet für die AG den Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrages, der als Unternehmensvertrag von der Hauptversammlung zu entscheiden und in das Handelsregister einzutragen ist (§§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 294 AktG). Dasselbe gilt für die GmbH, jedenfalls bei Vereinbarung einer atypisch stillen Beteiligung

## 4.9 Befreiung der Gesellschaft von Pensionsverpflichtungen

### 4.9.1 Zivilrechtliche Aspekte

- Im Rahmen anstehender Sanierungsmaßnahmen oder auch bei einer krisenbedingten (Not-)Veräußerung einer GmbH-Beteiligung oder auch bei der Aufnahme neuer Gesellschafter (Investoren) in eine GmbH ist es häufig gewünscht, eine Pensionsverpflichtung gegenüber dem Gesellschafter-Geschäftsführer zu beseitigen
- Dies kann auf folgende Arten erfolgen: Verzicht ohne Gegenleistung, Abfindung der Pensionszusage sowie Übertragung der Pensionszusage auf einen Pensions-Fonds

## 4.9.2 Steuerliche Aspekte

- **Verzicht ohne Abfindung:** Grundsätzlich ist von gesellschaftsrechtlicher Veranlassung davon auszugehen. Auf Ebene des Gesellschafters erfolgt ein fiktiver Zufluss von Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19 EStG) in Höhe des Teilwerts der Pensionszusage (= Höhe Einmal-Versicherungsprämie bei Wiederbeschaffung am Markt abzgl. Bonitätsabschlag je nach wirtschaftlicher Lage der Gesellschaft), auf den Zufluss ist die Fünftel-Regelung nach § 34 Abs. 1 EStG anwendbar (str.). In Höhe des fiktiven Arbeitslohnes erfolgt verdeckte Einlage in die GmbH, die sich im Rahmen einer späteren Veräußerung oder Liquidation hälftig (§ 3c Abs. 2 EStG) steuermindernd auswirkt. Auf Ebene der Gesellschaft entsteht einerseits Ertrag durch Wegfall der Pensionsrückstellung i.S.v. § 6a EStG sowie andererseits ein Abzug des Teilwerts der Pensionszusage als Einlage.

- **Abfindung der Pensionszusage:** Zu prüfen ist, ob betriebliche Veranlassung oder vGA gegeben (Regelung der Unverfallbarkeit in Pensionszusage maßgeblich). Offen ist dabei, ob ein beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer Abfindung der Pensionszusage generell als vGA zu qualifizieren ist. Sofern keine vGA anzunehmen ist, ist Abfindung als Einnahme i.S.v. § 19 EStG anzusehen und unterliegt der Fünftel-Regelung nach § 34 Abs. 1 EStG.
- **Übertragung auf Pensions-Fonds:** Pensionszusage wird gegen Zahlung eines Einmalbetrags auf einen Pensions-Fonds übertragen, Gesellschafter-Geschäftsführer erwirbt neuen Rechtsanspruch gegen neuen Schuldner, was grundsätzlich Zufluss von Arbeitslohn zur Folge hat, der jedoch unter den Voraussetzungen des § 3 Nr. 66 EStG i.V.m. § 4e Abs. 3 EStG steuerfrei ist

## 5. Der Ablauf eines Insolvenzverfahrens

1. Insolvenzantrag (durch Schuldner und/oder Gläubiger)
2. Auswahl und Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters durch Beschluss des Insolvenzgerichts, regelmäßig mit Anordnung von Sicherungsmaßnahmen (§ 22 InsO)
  1. Anfertigung eines (Eröffnungs-)Gutachtens durch den vorläufigen Insolvenzverwalter → Insolvenzgericht
  2. Entscheidung auf Basis des Gutachtens durch das Insolvenzgericht → Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 27 InsO) und Bestellung des Insolvenzverwalters (§ 56 InsO)
3. Durchführung Berichts- (§ 156 InsO) und Prüfungstermin (§ 176 InsO); max. 3 bzw. 5 Monate nach Beschluss über Verfahrenseröffnung (vgl. §§ 28, 29 InsO)
4. Abwicklung des Insolvenzverfahrens durch Verwalter, Verwertung des Schuldnervermögens, Berichterstattung an das Insolvenzgericht, Verfahrensabschluss (Verteilung der Insolvenzmasse, Schlusstermin)

## 5.1 Insolvenzantrag (durch Schuldner und/oder Gläubiger)

- Keine Verfahrenseinleitung von Amts wegen, sondern schriftlicher Insolvenzantrag durch den Schuldner oder die Gläubiger, § 13 InsO
  
- Bei Antragstellung durch einen Gläubiger: Prüfung der Zulässigkeit durch das Insolvenzgericht, § 14 Abs. 1 InsO
  - Voraussetzung: rechtliches Interesse an der Verfahrenseröffnung sowie Glaubhaftmachung der Forderung und des Eröffnungsgrundes
  
- Zustellung des zulässigen Gläubigerantrags an den Schuldner und Anhörung nach § 14 Abs. 2 InsO
  
- Begründetheitsprüfung:
  - Ist ein Eröffnungsgrund gegeben? (vgl. §§ 16 ff. InsO)
  - Ist verfahrenskostendeckende Masse vorhanden? (vgl. § 26 InsO)
  
- Sicherungsmaßnahmen des Insolvenzgerichts: Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (Normalfall)

## 5.2 Vorläufiges Insolvenzverfahren

- Vorläufiges Insolvenzverfahren: Zeitraum nach Stellung des Insolvenzantrags bis Eröffnung des Insolvenzverfahrens
  
- Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters:
  - Sicherung und Erhaltung des Schuldnervermögens
  - Prüfung der wirtschaftlichen und rechtlichen Situation des Unternehmens
  - Weichenstellung für weiteren Verfahrensverlauf durch Analyse der Gründe der Insolvenz, der Auftragslage und der Ertragskraft des Unternehmens
  - Vorbereitung / Umsetzung der Fortführung oder der Liquidation des schuldnerischen Unternehmens
  - Vermittelnde Einflussnahme zwischen sämtlichen Beteiligten
  - Gutachterliche Stellungnahme an das Insolvenzgericht, dient als Grundlage für Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

## 5.2 Vorläufiges Insolvenzverfahren (Forts.)

- Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters
  
- Sog. „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter, § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO
  - Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das schuldnerische Vermögen verbleibt beim Schuldner
  - ggf. (abhängig vom Gerichtsbeschluss) Zustimmung des Insolvenzverwalters für Verfügungen des Schuldners erforderlich, § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO
  - über die allgemeinen Pflichten hinausgehende, spezielle Pflichten des schwachen vorläufigen Verwalters sind durch gerichtlichen Beschluss festzulegen (vgl. § 22 Abs. 2 Satz 1 InsO)

## 5.2 Vorläufiges Insolvenzverfahren (Forts.)

- Sog. „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter, §§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1, 22 Abs. 1 InsO
  - Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht vollständig auf den Insolvenzverwalter über (§§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1, 22 Abs. 1 InsO), damit Rechtsposition vergleichbar der des Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren
  - Recht und Pflicht zur Erhaltung und Sicherung der zukünftigen Insolvenzmasse
  - Pflicht zur Unternehmensfortführung
  - Begründete Verbindlichkeiten werden mit Verfahrenseröffnung Masseverbindlichkeiten, vgl. § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO, Gefahr der persönlichen Haftung nach § 61 InsO

## 5.3 Eröffnetes Insolvenzverfahren

- Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse gemäß § 26 InsO
  - Vermögen nicht ausreichend, um die Verfahrenskosten zu decken
  - Kein Verfahrenskostenzuschuss
  - Kein Antrag auf Stundung der Verfahrenskosten nach § 4a InsO

## 5.3 Eröffnetes Insolvenzverfahren (Forts.)

- Insolvenzeröffnungsbeschluss (vgl. § 27 InsO) bei Begründetheit des Insolvenzantrags, Bekanntmachung des Beschlusses (vgl. § 30 InsO)
  - Bestellung des Insolvenzverwalters (§§ 27, 56 InsO)
    - » Beschlagnahme des Schuldnervermögens mit Insolvenzeröffnung, Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§§ 80 ff. InsO) auf den Insolvenzverwalter
    - » Besitzergreifung durch den Insolvenzverwalter (§ 148 InsO), Inventarisierung der Masse (§ 151 InsO)
  - Fristbestimmung für Forderungsanmeldung (§ 28 InsO), max. 3 Monate
  - Berichtstermin (§§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 157 InsO), max. 3 Monate
  - Prüfungstermin (§§ 29 Abs. 1 Nr. 2, 157 InsO), max. 3+2 Monate

## 5.4 Besonderheit Gläubigerautonomie

- Mitwirkung und Einflussnahme am Insolvenzverfahren zum Zwecke der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung, insbesondere hinsichtlich
  - Verfahrensablauf
  - Verwaltungs- und Verwertungsmaßnahmen
  
- Mitwirkungsrechte stehen den Gläubigern überwiegend gemeinschaftlich zu, d.h. in „organisatorischer Verbundenheit“
  
- Zur Wahrnehmung der Rechte Bildung zweier Organe:
  - **Gläubigerversammlung** (§ 74 Abs. 1 InsO), vollständige (obligatorische) Zusammensetzung der Gläubiger
  - **Gläubigerausschuss** (§§ 67 f InsO), repräsentative (fakultative) Zusammensetzung

## 5.4.1 Gläubigerversammlung

- Organ der insolvenzrechtlichen Selbstverwaltung
- Zwangsgemeinschaft der Insolvenzgläubiger und absonderungsberechtigten Gläubiger
- trifft wirtschaftlich bedeutsame Entscheidungen der Verfahrensgestaltung und -abwicklung
- wesentliches Instrument der Gläubiger zur Bestimmung des Gangs des Insolvenzverfahrens
- Mitglieder unterstehen keiner Aufsicht, müssen keine Rechenschaftsberichte ablegen
- entsteht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- Rechte enden mit der Aufhebung des Verfahrens

## 5.4.1 Gläubigerversammlung (Forts.)

### ➤ Kompetenzen und Aufgaben:

- Auswechseln des gerichtlich bestellten Insolvenzverwalters, § 57 InsO
- Einsetzung bzw. Beibehaltung eines Gläubigerausschusses, § 68 InsO
- Ab- und Neuwahl von Mitgliedern des Gläubigerausschusses, § 68 InsO
- Entscheidung über Stilllegung oder Fortführung des Unternehmens nach § 157 InsO
- Kontrolle des Insolvenzverwalters durch Auskunfts- und Berichtsrecht nach § 79 InsO
- Zustimmung zur Veräußerung des Unternehmens an „Insider“ oder Großgläubiger, § 162 InsO
- Zustimmung zu besonders bedeutsamen Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters nach § 160 Abs. 1 InsO, wenn ein Gläubigerausschuss nicht bestellt ist
- Ansichziehen von Zuständigkeiten des Gläubigerausschusses

## 5.4.1 Gläubigerversammlung (Forts.)

- Voraussetzungen der Abwahl des gerichtlich bestellten und Wahl eines neuen Insolvenzverwalters:
  - Korrektiv der richterlichen Verwalterbestellung
  - Ausfluss der Gläubigerautonomie, Begründung nicht erforderlich
  - Doppeltes Mehrheitserfordernis: Summen- und Kopfmehrheit, § 57 S. 2 InsO)
  - Bestellung des Gewählten kann durch das Insolvenzgericht nur versagt werden, wenn es sich um eine ungeeignete Person handelt, vgl. § 57 S. 3 i.V.m § 56 InsO
  - Zeitpunkt: auf die Bestellung des (ursprünglichen) Insolvenzverwalters folgende erste Gläubigerversammlung (Berichtstermin), vgl. § 57 S. 1 InsO,
    - » Terminierung: Bestimmung im Ermessen des Gerichts, 6 Wochen nach Verfahrenseröffnung („Soll“-Vorschrift, § 29 Abs. 1 Nr. 1 2. HS InsO), spätestens jedoch 3 Monate nach Verfahrenseröffnung

## 5.4.2 Gläubigerausschuss

- Eigenständiges Organ der insolvenzrechtlichen Selbstverwaltung
- Insbesondere beaufsichtigende und unterstützende Funktionen
- Besondere Entscheidungsfähigkeit aufgrund geringerer Mitgliederzahl
  - Absonderungsberechtigte Gläubiger, ungesicherte Großgläubiger und Kleingläubiger, § 67 Abs. 2 InsO
  - Ggf. Vertreter der Arbeitnehmer, § 67 Abs. 2 InsO
  - Qualifizierte und sachverständige Nichtgläubiger
- Dadurch Bündelung von Fachkompetenz, repräsentative Zusammensetzung
- Ausrichtung der Tätigkeiten an den Interessen der Gesamtgläubigerschaft

## 5.4.2 Gläubigerausschuss (Forts.)

### ➤ Kompetenzen und Aufgaben:

- Zustimmung zur Stilllegung des Unternehmens, falls diese bereits vor dem Berichtstermin erfolgen soll, § 158 Abs. 1 InsO
- Zustimmung zu besonders bedeutsamen Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters nach § 160 Abs. 1 InsO
- Zustimmung zu Masseverteilungen durch den Insolvenzverwalter, § 187 Abs. 3 S. 2 InsO
- Bestimmung der Quote für Abschlagsverteilung, § 195 Abs. 1 S. 1 InsO
- Mitwirkung an der Aufstellung eines Insolvenzplans
- Unterstützung und Überwachung des Insolvenzverwalters, § 69 InsO

## 5.5 Verwertung und Verteilung

- Von der „Ist-Masse“ zur „Soll-Masse“:
  - Aussonderung massefremder Gegenstände, § 47 InsO
  - Herausgabe unpfändbarer Gegenstände an den Schuldner, § 36 InsO
  - Forderungseinziehung durch den Insolvenzverwalter
  - Rückholung von Vermögenswerten durch Insolvenzanfechtung, §§ 129 ff. InsO
  
- Von der „Soll-Masse“ zur „Teilungs-Masse“:
  - durch Verwertung der vorhandenen Vermögenswerte, vgl. § 159 InsO
  - Freihändige Verwertung von gesichertem Eigentum an beweglichen Gegenständen nach § 168 InsO
  - Verwertung von Grundstücken setzt Einigung mit Grundpfandgläubigern voraus
  - Optimale Verwertung der Insolvenzmasse nach kaufmännischen Prinzipien, soweit Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen, vgl. § 159 InsO (Gläubigerautonomie)

## 5.5 Verwertung und Verteilung (Forts.)

- Berücksichtigung der verschiedenen Gläubigergruppen bei der Verteilung
  - Massegläubiger, § 53 InsO
  - Aussonderungsberechtigte Gläubiger, §§ 47 f. InsO
  - Absonderungsberechtigte Gläubiger, §§ 49 ff. InsO
  - Besonderheiten bei Absonderungsrechten
  - Einfache Insolvenzgläubiger, § 38 InsO
  - Nachrangige Insolvenzgläubiger, § 39 InsO
  - Feststellung von Insolvenzforderungen in ihrer Gesamtheit: „Passivmasse“
  - Schlusstermin, § 197 InsO
  - Schlussverteilung, § 196 InsO, d.h. Auszahlung der Quote
  - Ggf. Nachtragsverteilung, §§ 203 ff. InsO
  - Aufhebung des Insolvenzverfahrens, § 200 InsO

## 5.6 Rückwirkung der Insolvenzanfechtung auf die Zeit vor Insolvenzantrag

- Ziel: Schutz der Gläubigergleichbehandlung
- Weg: Rückgängigmachung von Vermögensverschiebungen, die im Vorfeld der Insolvenzeröffnung stattgefunden haben
- Grundstruktur des Anfechtungsrechts:
  - Rechtshandlung
    - » Jedes Tun oder Unterlassen, das eine rechtliche Wirkung auslöst
  - Gläubigerbenachteiligung
    - » Auszahlung, Aufgabe eines Vermögenswerts, Belastung eines Vermögenswerts, Begründung von Verbindlichkeiten
    - » Fehlt bei: gleichwertiger Gegenleistung, gleichwertigem Sicherheitentausch, Weggabe wertausschöpfend belasteter Gegenstände, Gläubigertausch

## 5.6 Rückwirkung der Insolvenzanfechtung auf die Zeit vor Insolvenzantrag (Forts.)

- Rechtsfolge einer Anfechtung:
  - Grundsätzlich Rückgewähr in Natur § 143 Abs. 1 S. 1 InsO, sonst Wertersatz, § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO
  - Ersatz von Nutzungen insbes. Zinsen § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO
  - Die durch angefochtene Befriedigung erloschene Forderung lebt samt Sicherheiten wieder auf, § 144 Abs. 1 InsO

## 5.6 Rückwirkung der Insolvenzanfechtung auf die Zeit vor Insolvenzantrag (Forts.)

- Wichtige Anfechtungstatbestände:
  - Zeitraum: 3 Monate vor Antragstellung:
    - » § 130 InsO: kongruente Deckung liegt vor, wenn die Rechtshandlung einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt hat, welche dieser in der gewährten Form und zu dem Zeitpunkt genauso beanspruchen durfte
    - » § 131 InsO: inkongruente Deckung liegt vor, wenn der Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung erhält, die er nach dem ursprünglichen Schuldverhältnis gar nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte

## 5.6 Rückwirkung der Insolvenzanfechtung auf die Zeit vor Insolvenzantrag (Forts.)

- Zeitraum: 1 Jahr vor Antragstellung:
  - » § 135 InsO: Kapitalersetzende Darlehen
- Zeitraum: 4 Jahre vor Antragstellung:
  - » § 134 InsO: unentgeltliche Leistungen (Bsp.: Schenkung an Familienmitglieder!)
- Zeitraum: 10 Jahre vor Antragstellung:
  - » § 133 Abs. 1 InsO: vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung durch den Schuldner

## 6. Unternehmenskauf aus der Insolvenz

### 6.1 Grundlegende Erfolgsfaktoren für den Käufer

- Die Situation des Insolvenzverwalters verstehen
  - Der Verwalter ist kein „normaler“ Verkäufer, er hat die Rechte und Interessen verschiedener Verfahrensbeteiligter zu beachten
  - Entscheidungskriterien: Kaufpreis, Transaktionssicherheit, ausgewogenes Personalrestrukturierungskonzept, Ausschluss bzw. Minimierung der Haftungsrisiken der Masse
  - Beauftragung insolvenzerfahrener M&A Anwälte
  
- Ausschöpfung des Restrukturierungspotenzials
  - Altverbindlichkeiten bleiben grundsätzlich beim Insolvenzverwalter
  - Personalrestrukturierung nach den Regeln der InsO
  - Parallele Vereinbarungen mit Kunden und Lieferanten
  - Fördermittel der Öffentlichen Hand

## 6.2 Tatsächliche Ausgangslage

- Tatsächliche Rahmenbedingungen
  - Arbeitnehmer befürchten Arbeitsplatzverlust
  - Gewerkschaften verfolgen übergreifende beschäftigungspolitische Interessen
  - Lieferanten verlangen Vorkasse, Sicherheiten, gesicherte Zahlung
  - Kunden sind nur für einen begrenzten Zeitraum zur Fortsetzung der Geschäftsbeziehung bereit
  - Banken fordern bestmögliche Verwertung ihrer Sicherheiten
  - Finanzielle Voraussetzungen der Betriebsfortführung und Haftungsrisiken für Verwalter bei Verlustfortführung
  - Insolvenzverwalter kennt das Unternehmen nur begrenzt

## 6.3 Praktische Konsequenzen

- Hoher Zeitdruck
- Verhandlungsverlauf mit Gewerkschaften über (Sanierungs-) Tarifvertrag mit Erwerber schwer voraussehbar
- Liquidationswert der Assets als Kaufpreisuntergrenze
- Zuordnung der Einzelkaufpreise unter Beachtung der Rechtstellung der gesicherten Gläubiger (Banken, Lieferanten)
- Due Diligence

## 6.4 Rechtlicher Rahmen

- Asset Deal als typische Verkaufsform der sog. übertragenden Sanierung
  
- Alternativ: Übertragung der Assets auf eine vom Verwalter gegründete NewCo und Anteilsübertragung
  
- Käufer übernimmt grds. keine Altverbindlichkeiten
  - § 25 HGB ist nicht anwendbar, d.h. keine Haftung aus Firmenfortführung
  - Keine Haftung aus § 75 Abs. 2 AO für Betriebssteuern des insolventen Unternehmens
  - Ausnahme: § 613a BGB, Übernahme der Arbeitsverhältnisse, aber: teleologische Reduktion: Übernahme von Verbindlichkeiten gegenüber Arbeitnehmern nur ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens
  - Aber: Haftungsrisiko für grundstücksbezogene Altlasten

## 6.4 Rechtlicher Rahmen (Forts.)

- Kauf vom Insolvenzverwalter
  - Insolvenzverwalter hat Verfügungsbefugnis, § 80 InsO
  - Zustimmung der Gläubigerversammlung bzw. des Gläubigerausschusses, §§ 160 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, 162 InsO als regelmäßige Closing-Bedingung; zwar nach der InsO keine Wirksamkeitsvoraussetzung, aber Haftungsrisiko für den Verwalter
  
- Kauf vom vorläufigen Insolvenzverwalter
  - In der Praxis unüblich, weitergehende Übernahme von Altverbindlichkeiten, da gesetzliche Haftungsausschlüsse nicht gelten, § 25 Abs.2 HGB, tel. Reduktion des § 613a BGB usw.
  - Abgabe von Kaufangeboten durch Käufer möglich

## 6.5 Due Diligence

- Grundlegende Voraussetzung für:
  - Festlegung der Kaufgegenstände
  - Bestimmung des Kaufpreises
  - Risikoeinschätzung (rglm. keine Gewährleistung durch Insolvenzverwalter möglich)
  - Einschätzung des Restrukturierungspotenzials
  
- Grenzen der Due Diligence durch:
  - Begrenzte Qualität und ggf. Unvollständigkeit der Unternehmensdaten
  - Begrenzte Ressourcen des insolventen Unternehmens (Management) für die Begleitung
  - Erheblicher Zeitdruck

## 6.6 Verkaufsprozess und Kaufvertragsverhandlungen

- In größeren Verfahren empfiehlt sich für beide Seiten die Beauftragung insolvenzerehrender M&A-Anwälte
- In größeren Verfahren häufig von Investmentbank geführtes Auktionsverfahren zur Ermittlung des besten Kaufangebots
- Exklusivität regelmäßig nicht möglich
- Vertragsdokumentation und Vertragsverhandlungen in deutscher Sprache, daher ggf. Abstimmungs- und Zeitaufwand für Übersetzung ins Englische einplanen

## 6.7 Zielsetzungen des Verwalters

- Ziel des Verwalters: Verkauf des Unternehmens als Ganzes
  - Verkauf aller Assets einschließlich eventueller Beteiligungen als Primärziel des Insolvenzverwalters
  
- Ausgewogene Gestaltung der Personalrestrukturierung
  - Arbeitnehmervertreter regelmäßig im Gläubigerausschuss
  - Sozialverträglichkeit als wesentliches Kriterium
  - Verwalter wird auch an der Anzahl der erhaltenen Arbeitsverhältnisse gemessen
  
- Transaktionssicherheit
  - Nachweis der der Finanzierung
  - Sicherung der Kaufpreiszahlung durch Zahlung auf Treuhandkonto bei Signing
  - Fusionskontrollrisiko

## 6.7 Zielsetzungen des Verwalters (Forts.)

### ➤ Kaufpreis

- Aus Sicht des Insolvenzverwalters ist Mindestkaufpreis die Summe der Liquidationswerte; andernfalls wegen § 1 InsO grundsätzlich keine Legitimation der übertragenden Sanierung gegenüber der Zerschlagung; ggf. Abweichungen hiervon mit Zustimmung der Sicherungsgläubiger
- Variable Kaufpreise nur für Vorräte und Forderungen, soweit letztere mitverkauft werden
- Zuordnung der Einzelkaufpreise auf verschiedene Asset-Gruppen hat sich an der Rechtsstellung der „dahinter“ liegenden Absonderungsberechtigten zu orientieren

### ➤ Gewährleistungs-, Haftungsausschluss bzw. -reduzierung

- Minimierung der Haftungsrisiken der Masse und des Verwalters

## 6.8 Regelungen zu Kaufgegenständen

### ➤ Anlagevermögen

- Sicherungsrechte an beweglichem Anlagevermögen führen nicht zu Zustimmungserfordernis, § 166 InsO, d.h. Verwalter kann diese stets wirksam übertragen; Löschungsbewilligungen für lastenfreie Grundstücksübertragungen regelmäßig erforderlich
- Ergänzende Regelungen erforderlich für Gegenstände, die im Volleigentum Dritter stehen, z.B. geleaste Maschinen
  - » Genaue Ermittlung in der Due Diligence
  - » Sicherstellung, dass keine Zahlungsrückstände bestehen, ggf. vorinsolvenzlich
  - » Soweit der Gegenstand zur Betriebsfortführung benötigt wird, Aufnahme der Verhandlungen mit dem Eigentümer und Übernahme der Vertragsbeziehung

## 6.8 Regelungen zu Kaufgegenständen (Forts.)

- Vorratsvermögen
  - sachgerechter Umgang mit Eigentumsvorbehaltsrechten erforderlich
  - Für Neubestände: Verpflichtung des Verwalters zur Zahlung der Lieferanten bis zum Stichtag erforderlich
  - Restrisiko: Altbestände aus der Zeit vor Antragstellung
  
- IP-Rechte
  - Sicherheitenfreigabe durch Absonderungsberechtigte auch an diesen Gegenständen als Closingbedingung empfehlenswert
  
- Vertragsbeziehungen
  - Ermittlung der zu übernehmenden Verträge in Due Diligence
  - Stichtagsbezogene Abgrenzung
  - Zustimmung der wesentlichen Vertragspartner vorbereiten

## 6.9 Arbeitsrechtliche Restrukturierung

- § 613a BGB anwendbar, d.h. Übergang der Arbeitsverhältnisse
  
- Personalabbau durch Insolvenzverwalter möglich nach Erwerberkonzept
  - Detailliertes und verbindliches Sanierungskonzept
  - Ausspruch der Kündigungen durch den Verwalter
  - Arbeitsverhältnisse gehen dann in gekündigtem Zustand über
  
- Alternativ: Ausgliederung in eine Transfergesellschaft
  - Dreiseitiger Vertrag erforderlich, der die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit dem Verwalter und Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses mit der Transfergesellschaft regelt
  - Finanzierung: z.T. Bundesagentur §§ 216a, 216b SGB III, Remanenzkosten Folge: § 613a BGB nicht anwendbar
  - Risiko: Anfechtbarkeit bei fehlerhafter Aufklärung der Arbeitnehmer

## 6.10 Closing-Bedingungen

- Risikominimierung durch Closing-Bedingungen
  
- Typische Closing-Bedingungen:
  - Zustimmung wesentlicher Vertragspartner, insbesondere Kunden
  - Sicherheitenfreigabe, soweit erforderlich für lastenfreie Übertragung
  - Erfolgreiche Umsetzung arbeitsrechtlicher (Sanierungs-) Maßnahmen
  - Verzicht von Behörden auf Rückforderung von Beihilfen
  - Erteilung öffentlich rechtlicher Genehmigungen
  - Kartellrechtliche Freigabe
  - Sicherstellung des Kaufpreises durch Zahlung an Treuhänder oder in anderer geeigneter Weise

## 6.11 Begrenzter Rahmen für Gewährleistungen

- Gewährleistungen nur sehr eingeschränkt möglich:
  - Verwalter verwendet Kaufpreis überwiegend zur Befriedigung der Masseschulden und der absonderungsberechtigten Gläubiger, so dass nur begrenzt Mittel zur Verfügung stehen, die zudem für Restabwicklung benötigt werden
  - Kalkulierbarer Verfahrensfortgang erschwert, Restabwicklung, Liquiditätsplanung
  - Due Diligence zur Einpreisung der Risiken nutzen
  
- Folgende Regelungen erscheinen denkbar:
  - Lastenfreie Übertragung wesentlicher Assets mit Rechtsfolge anteiliger Minderung des Kaufpreises
  - Abtretung bestehender Versicherungsansprüche durch Insolvenzverwalter
  - Einrichtung eines gesonderten Treuhandkontos z.B. zur Absicherung von Altlastenrisiken auf Grundstücken, soweit dies auch von dem absonderungsberechtigten Grundpfandgläubiger getragen wird

## 7. Das Beratungsmandat in der Krise

### Urteil des BGH vom 06.12.2007, IX ZR 113/06

Dienstleistungen eines Steuerberaters oder Rechtsanwalts können Bargeschäfte sein. Bei länger währenden Vertragsbeziehungen ist dafür zu verlangen, dass die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich oder gegenständlich teilbar und zeitnah - entweder in Teilen oder abschnittsweise - ausgetauscht werden. Wenn zwischen dem Beginn der anwaltlichen Tätigkeit und der Erbringung einer Gegenleistung mehr als 30 Tage liegen, ist ein Bargeschäft zu verneinen. Rechtsanwälte werden dadurch nicht unangemessen benachteiligt. Denn sie können jederzeit Vorschüsse verlangen. Allerdings sind die Voraussetzungen eines Bargeschäfts nicht erfüllt, wenn der Rechtsanwalt einen Vorschuss in einer Höhe geltend macht, der die wertäquivalente Vergütung für die nächsten 30 Tage überschreitet. Es ist einem Rechtsanwalt, der in den Genuss der anfechtungsrechtlichen Bargeschäftsausnahme kommen will, möglich und zumutbar, in regelmäßigen Abständen Vorschüsse einzufordern, die in etwa dem Wert seiner inzwischen entfalteteten oder der in den nächsten 30 Tagen noch zu erbringenden Tätigkeit entsprechen. Ferner kann vereinbart werden, Teilleistungen gegen entsprechende Vergütung zu erbringen (BGHZ 167, 190, 199 ff). An diesen Grundsätzen ist trotz einzelner kritischer Stimmen in der Literatur (vgl. de Bra LMK 2006, Heft 8, S. 36; Lwowski/Wunderlich, aaO S. 314 ff) auch nach nochmaliger Überprüfung festzuhalten.

## 7. Das Beratungsmandat in der Krise (Forts.)

### Urteil des BGH vom 06.12.2007, IX ZR 113/06

bezahlt. Grundlage eines Beratungsvertrags ist aber die Überzeugung der Vertragspartner, dass der Berater dem zu beratenden Auftraggeber an Wissen auf einem bestimmten Gebiet überlegen ist<sup>81</sup>. Eine pflichtgerechte Erfüllung der vertraglichen Beratungs- und Schadensverhütungspflicht durch den fachkundigen Berater kann die Entscheidung der GmbH über ihre Zukunft beeinflussen. Ein Steuerberater darf bei drohender oder bereits eingetretener Insolvenzreife seiner Mandantin, von deren Belehrungsbedürftigkeit er auszugehen hat, nicht gleichsam „sehenden Auges“ – möglicherweise mit Blick auf eine sonst mögliche Beendigung seines Vertrags (§§ 115, 116 InsO) – untätig hinnehmen, dass die von ihm betreute GmbH durch fortschreitende Verschuldung geschädigt wird.

vgl. Zugehör, Haftung des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden, NZI 2008, 652 ff., 657; weiter: Wagner, Der Steuerberater in der Zwickmühle – Die Wahl zwischen Mandatsniederlegung oder Beihilfe zur Insolvenzverschleppung, ZinsO 2009, 449 ff.

# Unternehmen in der Krise

Vortragsveranstaltung  
bei der Steuerberaterkammer München am 29.10.2009

Bei Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Paul Abel

WELLENSIEK RECHTSANWÄLTE –Partnerschaftsgesellschaft-  
Blumenstraße 17, 69115 Heidelberg

Tel: 06221/9118-0, E-Mail: Paul.Abel@wellensiek.de, www.wellensiek.de

Dr. Oliver Behler, LL.M.

Behler Weimann Böttger – Rechtsanwälte  
Platzl 1a, 80331 München

Tel: 089/25544892-0, E-Mail: behler@bwblaw.de, www.bwblaw.de

Dr. Jochen Ettinger

Dissmann Orth Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH  
Kardinal-Faulhaber-Straße 14, 80333 München

Tel: 089/290848-0, E-Mail: ettinger@dolaw.de, www.dolaw.de