

UNTERNEHMENSBERATER-  
HAFTUNG

IM ZUGE DER

„NEUEN

INSOLVENZORDNUNG“

## **Gliederung**

1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater
2. Verhaltensregeln bei der Annahme oder Feststellung von Insolvenzindizien in der Mandantenbuchhaltung / Jahresabschluss
3. Haftung des Unternehmensberaters bei verspäteter und / oder verschleppter Insolvenzanmeldung des Mandanten
4. Maßnahmen zum Schutz gegen die mögliche Haftung bei verspätetem und / oder verschlepptem Handeln der Mandanten bei Insolvenzanmeldung
5. Haftungssituation bei Zurückbehaltungsrecht der Mandantenbuchhaltung im Insolvenzfall
6. Maßnahmen und Kontrollen bei festgestellter oder vorliegender Insolvenzsituation
7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

**bisher:**

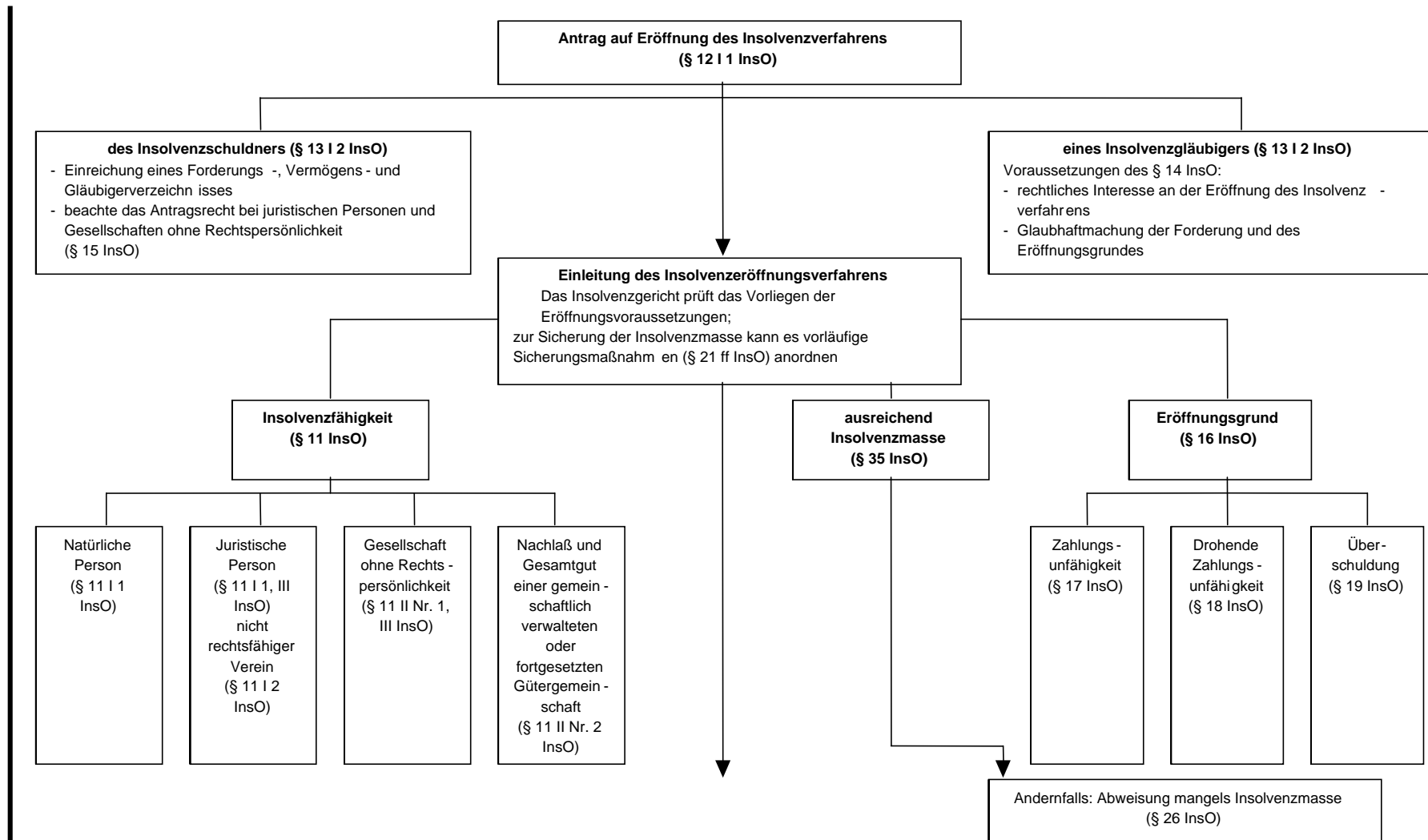
## **alte Konkursordnung (KO)**

Gründe, die zur Stellung eines Konkursantrages verpflichteten bzw. berechtigten:

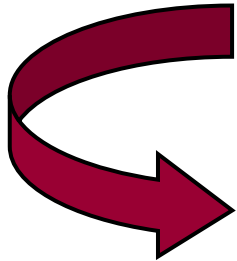
### **Zahlungsunfähigkeit** und die **klassische Überschuldung**

Die Zahlungsunfähigkeit war Konkursgrund bei natürlichen Personen (§102 KO), OHGs und KGs (203 KO und 109 VglO) sowie allen bekannten juristischen Personen. Das Hauptaugenmerk lag auf der Zahlungseinstellung sowie der bilanziellen Überschuldung oder der so genannten Unterbilanz bei GmbH und AG, indem Verluste größeren Umfangs das Eigenkapital aufzehrten und als Korrekturposten zum Kapital auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesen wurden.

# Der Ablauf des Regelinsolvenzverfahrens



# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater



- jetzt:** Gründe für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens laut *InsO*
- **Zahlungsunfähigkeit** (Eröffnungsgrund für alle Unternehmen, § 17 InsO)
  - **Überschuldung** (Eröffnungsgrund für jur. Personen / Personengesellschaften ohne natürliche Person unter Vollhaftern, § 19 InsO)
  - **drohende Zahlungsunfähigkeit** (Eröffnungsgrund für alle Unternehmen, § 18 InsO)

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Zahlungsunfähigkeit - Definition**

§ 17 Abs. 2 InsO:

Der Schuldner ist nicht in der Lage, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Zahlungsunfähigkeit – Merkmal der Dauer**

Die Zahlungsunfähigkeit ist von der (unbeachtlichen) Zahlungsstockung zu unterscheiden, die dann anzunehmen ist, wenn der Schuldner nur vorübergehend seine finanziellen Verpflichtungen nicht erfüllen kann etwa, weil eine fällige Kundenzahlung nicht eingegangen ist, die fehlenden Mittel aber kurzfristig beschafft werden können.

Der Unterschied zur Zahlungsunfähigkeit liegt mithin in der Dauer und der Überwindbarkeit des Liquiditätsengpasses:

**Bestehen keine oder nur geringe Aussichten, den Engpass innerhalb eines kurzen Zeitabschnittes beseitigen zu können, ist nicht mehr von einer bloßen Zahlungsstockung, sondern von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen.**

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Zahlungsunfähigkeit – Merkmal der Wesentlichkeit**

Auch wenn der Gesetzgeber geringfügige Liquiditätslücken nicht ausdrücklich von der Zahlungsunfähigkeit ausgenommen hat, ist mit dem bisherigen Schrifttum davon auszugehen, dass **in Bagatellfällen noch keine Insolvenzfolgen ausgelöst werden.**

Dies kann indes nicht dazu führen, eine Zahlungsunfähigkeit erst dann zu bejahen, wenn der Schuldner einen bestimmten Bruchteil seiner gesamten Verpflichtungen nicht mehr erfüllen kann.

Bei der Prüfung der Strafbarkeitsfolgen eines unterlassenen oder verspäteten Insolvenzantrags wird sich der Schuldner u. U. entgegenhalten lassen müssen, dass **das Unvermögen, kleinere Verbindlichkeiten zu regulieren, auf die Unfähigkeit zur Regulierung größerer Beträge schließen lasse.**

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Zahlungsunfähigkeit – Merkmal der ernsthaften Einforderung**

Das neue Insolvenzrecht stellt bei der Frage der Zahlungsunfähigkeit nicht mehr darauf ab, ob die Gläubiger ihre Forderungen ernsthaft eingefordert haben. In der Vergangenheit wurden oftmals nur solche Verbindlichkeiten in die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit einbezogen, bei denen der Gläubiger bereits durch Mahnung, Mahnbescheide und Zahlungsklage, u. a. die ernsthafte Einforderung, dokumentiert hat.

**In Zukunft kommt es lediglich darauf an, ob die Zahlung fällig ist, der Gläubiger mithin eine Zahlung verlangen kann. Eine zeitliche Verlagerung der Fälligkeit kann nur durch entsprechende Stundungsvereinbarungen mit dem Gläubiger erzielt werden.**

Nicht ausdrücklich vom Kreditinstitut genehmigte Überziehungen von Kontokorrentkrediten dürften somit auch dann als fällig zu beurteilen sein, wenn das Institut die Überziehung bisher stillschweigend geduldet hat. Bei sog. stillschweigenden Stundungen wird der Schuldner künftig erhöhte Anforderungen an deren Nachweis zu erfüllen haben.

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Abgrenzung von Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit**

**Die bisher höchst richterlich nicht geklärte Frage nach der Entscheidung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO hinsichtlich der bloßen Zahlungsstockung ist durch das Urteil des BGH vom 24.05.2005 – IX ZR 123/2004 entschieden worden.** Die Frage, ob Zahlungsunfähigkeit ja oder nein, war bislang bezogen auf den Eintritt umstritten. Bislang war noch unter Betrachtung der Konkursordnung zur Behebung einer Zahlungsstockung ein Zeitraum von etwa 1 Monat durch den Gesetzgeber zugebilligt worden. Hier war der Gesetzgeber der Meinung, dass ein noch kreditwürdiger Schuldner zur Beschaffung weiterer liquider Mittel etwa 2 – 3 Wochen benötige.

Dem steht nach heutiger Gesetzeslage auch nicht entgegen, dass in § 286 Abs. 3 BGB der Verzug ohne Mahnung erst nach 30 Tagen eintritt, da bereits jegliche fällige Verpflichtungen in die Betrachtung der Zahlungsunfähigkeit einzubeziehen sind.

**Hinsichtlich des Umfangs der Illiquidität ist nicht bereits jede Unterdeckung für die Annahme einer Zahlungsunfähigkeit ausreichend!**

## **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

**Vielmehr ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass auch grundsätzlich finanziell leistungsfähige Unternehmen häufig mit Liquiditätslücken im Geschäftsverkehr zu tun haben. Die Schwelle zur Unterdeckung der Liquidität wird vom BGH daher auf 10 % angesetzt, ab der eine widerlegbare Vermutung für die Zahlungsunfähigkeit eingreift.**

Nur die Benennung konkreter Umstände lässt diese Vermutung entkräften, aus denen sich mit Sicherheit die Behebung des Liquiditätsengpasses innerhalb der vorgenannten Frist folgern lässt.

Diese Darlegungslast steht in dem Verhältnis, wie nah die tatsächliche Unterdeckung sich dem Schwellenwert nähert.

Der Unternehmer, Geschäftsführer bzw. das Management ist nach dieser Auslegung in der Beweispflicht, dass zum Zeitpunkt der eintretenden Zahlungsstockung keine tatsächliche Illiquidität vorliegt und damit § 17 Abs. 2 InsO nicht anwendbar war. **Dieses Urteil wird dazu führen, dass Insolvenzverwalter bzw. auch die Staatsanwaltschaft konkreter den Tatbestand der Insolvenzverschleppung prüfen werden und sich daraus möglicherweise auch persönliche Haftungen von Geschäftsführern bei Missachtung des Gesetzes ergeben können.**

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Überschuldung - Definition**

**Überschuldung liegt wie bisher vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (§ 19 Abs. 2 InsO).**

Dieser auf Kapitalgesellschaften und vergleichbare Personengesellschaften beschränkte Insolvenzeröffnungsgrund soll im Interesse der Gläubiger eine zeitliche Vorverlagerung der Antragstellung bewirken, auch wenn das Schuldnerunternehmen (vorläufig) noch zahlungsunfähig ist.

Die Feststellung, ob eine Überschuldung vorliegt, kann nur aus der Gegenüberstellung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten getroffen werden. Dies setzt die Aufstellung einer Überschuldungsbilanz (eines Überschuldungsstatus) voraus. Da die Gläubigerinteressen indes nicht tangiert sind, wenn das Schuldnerunternehmen trotz bestehender Überschuldung bei planmäßiger Fortführung der Geschäftstätigkeit die Gläubigeransprüche fristgerecht erfüllen kann, tritt zur statischen Feststellung der Überschuldung ein prognostisches Element hinzu, die Fortführungsprognose, die über den Wertansatz der Vermögenswerte entscheidet. Die Überschuldungsprüfung ist daher zweistufig.

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Überschuldung - Fortführungsprognose**

Die Geschäftsführung des Schuldnerunternehmens hat eine Fortführungsprognose zu erstellen, in der zu **beurteilen ist, ob das bestehende oder künftige Unternehmenskonzept geeignet ist, das finanzielle Gleichgewicht des Unternehmens im Prognosezeitraum zu sichern.**

**Dies ist dann der Fall, wenn das Unternehmen unter Berücksichtigung der gegebenen finanziellen Rahmenbedingungen unter Einbezug möglicher Sanierungsmaßnahmen in der Lage ist, seinen finanziellen Verpflichtungen fristgerecht nachzukommen.**

Die Fortführungsprognose ist somit eine Zahlungsfähigkeitsprognose und erfordert einen Finanzplan. Als Prognosezeitraum werden Zeiträume von mindestens einem Jahr, bei innerjährigem Prognosezeitpunkt der Zeitraum bis zum Ende des folgenden Geschäftsjahres i. d. R. ausreichend sein. Das Ergebnis der Fortführungsprognose bestimmt die in der anschließend aufzustellenden Überschuldungsbilanz anzuwendenden Ansatz- und Bewertungsmethoden.

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Überschuldung – Bilanzierung und Bewertung**

**Ergibt die Fortführungsprognose mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, dass das finanzielle Gleichgewicht über den Planungszeitraum bedroht ist, sind die Vermögenswerte in der Überschuldungsbilanz mit Liquidationswerten zu bewerten.**

**Bei einer positiven Fortführungsprognose treten an die Stelle der Liquidationswerte die (i. d. R. deutlich höheren) Fortführungswerte.**

In Ermangelung gesetzlicher Ansatz- und Bewertungsbestimmungen zur Überschuldungsbilanz hat sich diese am Zweck der Überschuldungsprüfung auszurichten. Dies impliziert, dass für die handelsrechtlichen Grundsätze kein Raum ist. In der Überschuldungsbilanz sind alle im Falle einer Liquidation vorhandenen verwertbaren Vermögensgegenstände zu erfassen.

Über den Inhalt der Handelsbilanz hinaus kommt ggf. auch der Ansatz verwertbarer, aber nach handelsrechtlichen Grundsätzen nicht aktivierungsfähige Vermögenswerte in Betracht. Darüber hinaus sind auch die Abwicklung des derzeitigen Auftragsbestandes und die Veräußerung der Vorrätebestände einschließlich der unfertigen Erzeugnisse zu erfassen. Damit verbundene Aufwendungen und Gewinne bzw. Verlust sind zu berücksichtigen. Es besteht keine Bindung an die Anschaffungskosten, so dass stille Reserven zu erfassen sind.

Diesen Vermögenswerten sind die am Stichtag vorhandenen Verbindlichkeiten gegenüberzustellen. Dazu zählen auch Verbindlichkeiten, die im Insolvenzfall von Gläubigern nicht geltend gemacht werden könnten.

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Überschuldung – Überschuldungsfeststellung**

Ob eine Überschuldung anzunehmen ist, entscheidet das Ergebnis der Überschuldungsbilanz:

**Überwiegen die Vermögenswerte, liegt keine rechtliche Überschuldung vor. Ergibt sich ein Schuldenüberhang, ist eine rechtliche Überschuldung gegeben.**

Die Frist für die Stellung des Insolvenzantrags beginnt. Vor Inkrafttreten der Insolvenzrechtsreform wurde zunehmend die zuletzt auch vom Bundesgerichtshof (BGH vom 13.07.1992 - II ZR 269/91, BGHZ 119, 201, 214) übernommene Auffassung vertreten, wonach bereits eine positive Fortführungsprognose ausreicht, die Überschuldung zu verneinen, ohne dass es noch einer Überschuldungsbilanz bedarf. Die Vorschrift des §19 InsO stellt indes klar, dass stets eine Überschuldungsbilanz über die Überschuldungsfrage entscheidet, wobei der Ausgang der Fortführungsprognose die Wertansätze bestimmt. Eine Überschuldung kann somit auch dann eintreten, wenn die Fortführungsfähigkeit bejaht wird kann, die Schulden jedoch die Fortführungswerte überschreiten.

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

## Überschuldung – Überschuldungsbilanz

Aktiva	Passiva
<ul style="list-style-type: none"><li>• Ausstehende Einlagen</li><li>• Anlagevermögen<ul style="list-style-type: none"><li>- Sachanlagen</li><li>- Finanzanlagen</li><li>- immaterielle Wirtschaftsgüter</li></ul></li><li>• sonstige Forderungen</li><li>• Rechnungsabgrenzungsposten</li><li>• Firmenwert : KEIN ANSATZ</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Einlagen des stillen Gesellschafters unter Berücksichtigung des § 236 Abs. 1 HGB</li><li>• Kreditverbindlichkeiten</li><li>• sonstige Verbindlichkeiten</li><li>• Rückstellungen</li><li>• Bürgschaften</li><li>• Sozialplanansprüche</li><li>• Streitige Verbindlichkeiten nach dem Vorsichtsprinzip</li><li>• Rechnungsabgrenzungsposten</li><li>• eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen</li></ul>

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Überschuldung – indizielle Bedeutung der Überschuldung**

### **§§ 30, 31, 32a, 32b GmbHG**

1) Eine in der Jahresbilanz ausgewiesene Überschuldung hat bei der Prüfung der Insolvenzreife der Gesellschaft allenfalls indizielle Bedeutung und ist lediglich Ausgangspunkt für die weitere Ermittlung des wahren Wertes des Gesellschaftsvermögens.

2) Stille Reserven können nicht nur eine buchmäßige Überschuldung neutralisieren, sondern auch der Annahme der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft entgegenstehen, soweit ihr Vorhandensein von einem externen Gläubiger als hinreichende Kreditsicherheit angesehen wird.

BGH, Urteil vom 2. April 2001 – II. ZR 261/99.

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Drohende Zahlungsunfähigkeit – Wesen und Bedeutung**

**Drohende Zahlungsunfähigkeit besteht, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen (§18 Abs.2 InsO).**

Der Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit bietet dem Schuldner die Möglichkeit, die Unternehmenssanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens frühzeitig in Gang zu setzen.

Nach bisherigem Recht löste die drohende Zahlungsunfähigkeit weder die Konkurs- oder Vergleichsantragspflicht aus, noch berechtigte sie den Gläubiger zur Stellung eines Konkursantrags.

**Die drohende Zahlungsunfähigkeit eröffnet dem Schuldnerunternehmen die Möglichkeit, sich bereits zu einem Zeitpunkt in den Schutz des gerichtlichen Insolvenzverfahrens zu begeben, zu dem eine Sanierung noch erfolgversprechend erscheint.**

Durch das Institut der Einstellung der Vollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger im Eröffnungsverfahren wird ein Substanzverlust des Schuldnerunternehmens vermieden und die Chance der Unternehmenserhaltung erhöht.

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Drohende Zahlungsunfähigkeit – Feststellung**

**Da auf die zukünftige Liquiditätssituation abzustellen ist, bedarf es einer Prognoserechnung, bei der die künftig fällig werdenden Zahlungspflichten den künftig verfügbaren liquiden Mitteln gegenübergestellt werden.**

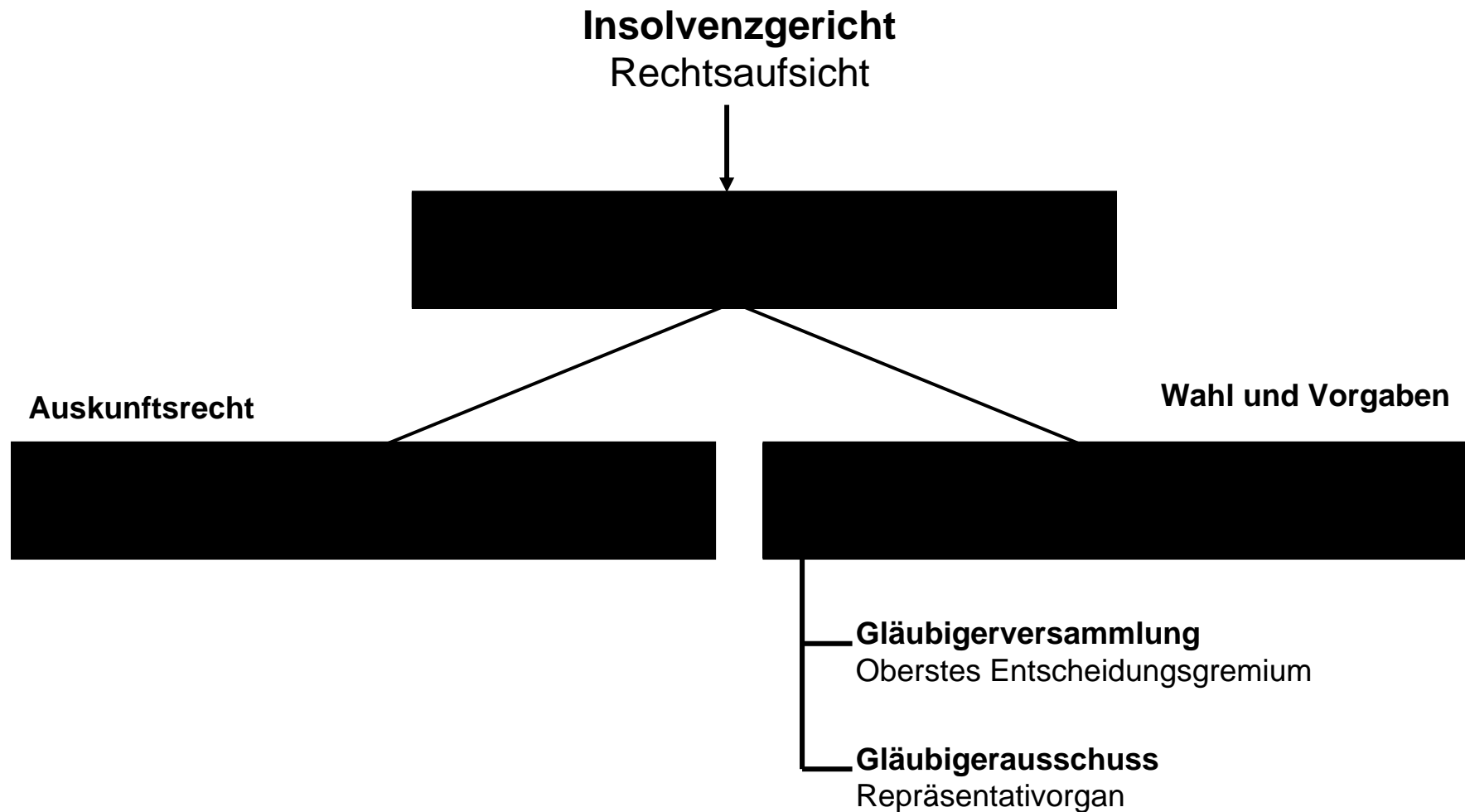
Dies erfordert einerseits einen Finanzstatus, der die zu Beginn des Planungszeitraums vorhandenen liquiden Mittel, die vorhandenen Finanzierungsreserven (nicht ausgeschöpfte Kreditlinien) und die Verbindlichkeiten umfasst. Darüber hinaus bedarf es der Aufstellung eines in Zukunft gerichteten Finanzplans, in dem - unterteilt nach Planungsperioden - die Einnahmen und Ausgaben aus der künftigen Geschäftstätigkeit gegenübergestellt werden.

Dabei können auch mögliche Maßnahmen zur Verbesserung der Liquidität, wie die Aufnahme weiterer Finanzmittel, die Liquidierung von Aktiva und die Umschichtung von kurz- in längerfristige Verbindlichkeiten, berücksichtigt werden, wenn die Maßnahmen hinreichend gesichert erscheinen. Eine Unterteilung des Prognosezeitraums nach Monaten, mindestens aber nach Quartalen erscheint zweckmäßig. Eine Zahlungsunfähigkeit droht, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass im Planungszeitraum ein nicht behebbares Liquiditätsdefizit droht.

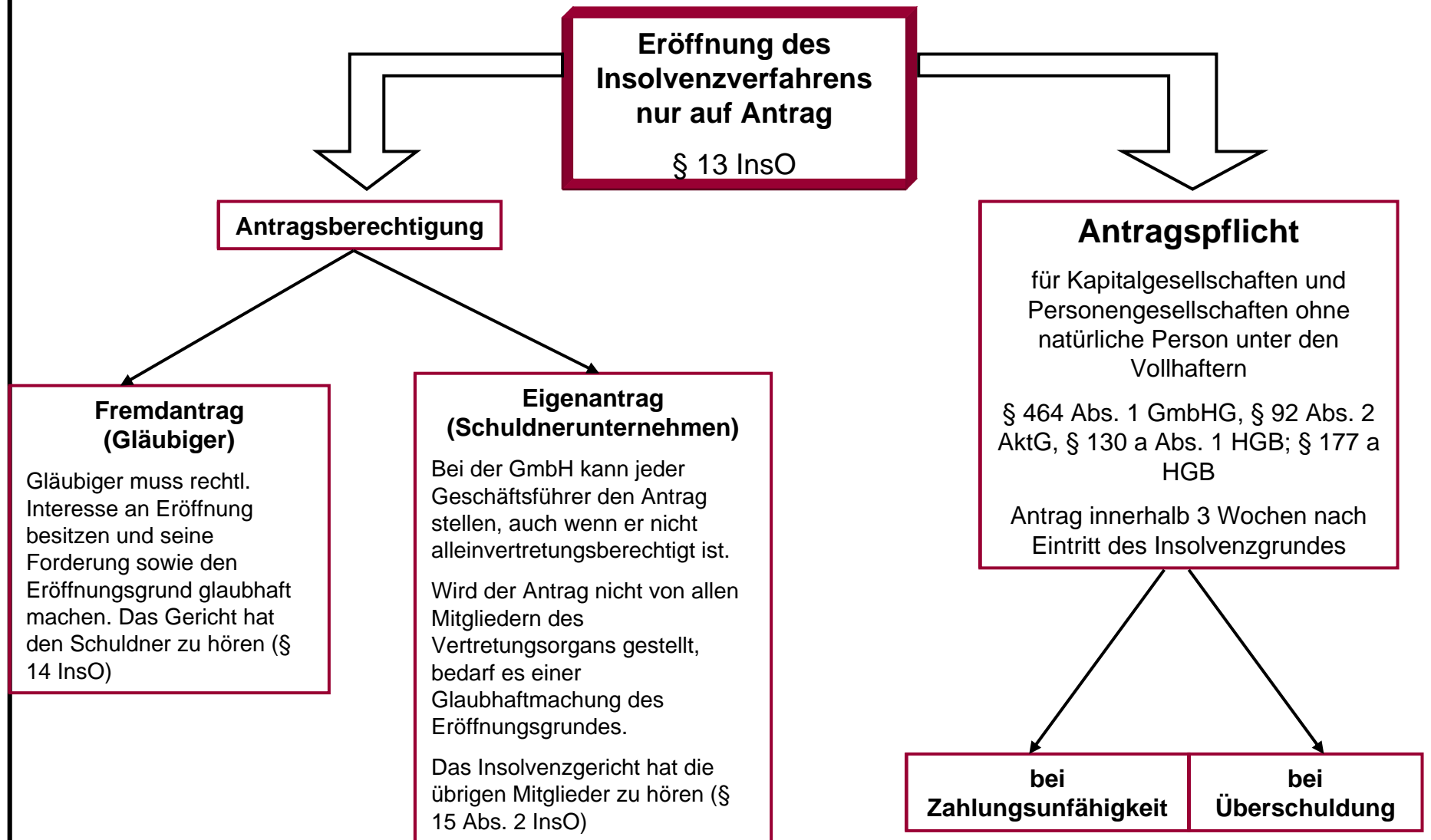
**Der Planungszeitraum wird grundsätzlich durch die letzte Fälligkeit der bestehenden Verbindlichkeiten bestimmt; er wird in der Praxis jedoch auf das laufende und auf das folgende Geschäftsjahr begrenzt werden können.**

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

## Beteiligte im Insolvenzverfahren



# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater



## **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

### **Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit:**

**Lediglich der Schuldner gem. § 18 Abs. 1 InsO ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, den Insolvenzantrag zu stellen.**

Bei mehrheitlichen Vertretungsorganen muss eine zur Vertretung der Gesellschaft ausreichende Anzahl von Mitgliedern den Antrag stellen (§ 18 Abs. 3 InsO).

Der Gläubiger darf den Antrag nicht stellen, damit der Schuldner nicht schon vor der Insolvenz unter Druck gesetzt wird.

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

## Zulässigkeit des Insolvenzantrages



Örtlich ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.



Bei Unternehmen ist der Sitz der **Hauptniederlassung** ausschlaggebend:

- Wo wird das Erwerbsgeschäft „ständig“ betrieben?
- Wo tritt man „regelmäßig“ nach außen in Erscheinung?
- Wo hat der Geschäftsführer seinen Sitz und wo werden die unternehmerischen Entscheidungen getroffen?

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

## Sicherungsmaßnahmen vor Eröffnung

um nachteiligen Vermögensänderungen entgegenzuwirken

(§ 21 InsO)



**Bestellung  
eines  
vorläufigen  
Insolvenzver-  
walters**

**Die Pflichten und Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters, für dessen Amt jede geeignete und von Gläubigern und Schuldner unabhängige, natürliche Person bestellt werden kann, hat das Gericht im Rahmen des §22 InsO festzulegen.** Die Befugnisse sind gegenüber dem bisherigen Sequester wesentlich erweitert worden. Legt das Gericht dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot gem. §21 Abs.2 Nr.2 InsO auf, geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über, so dass dessen Befugnisse denen des (endgültigen) Insolvenzverwalters entsprechen.

**Der vorläufige Insolvenzverwalter hat das Vermögen des Schuldners unter der Aufsicht des Gerichts zu sichern und zu erhalten sowie das Schuldnerunternehmen grundsätzlich bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen (§22 Abs.1 InsO).** Nur wenn bei Betriebsfortführung eine weitere Verschlechterung der Vermögenssituation droht, kann der vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Gerichts den Geschäftsbetrieb stilllegen (§22 Abs.1 Nr.2 InsO).

**Der vorläufige Insolvenzverwalter hat darüber hinaus zu prüfen, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird.** Daneben kann das Gericht den vorläufigen Insolvenzverwalter mit der Prüfung beauftragen, ob ein Eröffnungsgrund vorliegt und welche Aussichten für eine Fortführung des Schuldnerunternehmens bestehen (§22, Abs. 1 Nr. 3 InsO). Der vorläufige Insolvenzverwalter kann die Geschäftsräume des Schuldners betreten, die Geschäftsbücher einsehen und vom Schuldner Auskünfte verlangen (§22 Abs. 3 InsO).

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater



**Vorläufige  
Sicherungs-  
maß-  
nahmen**

**Das Gericht kann darüber hinaus Zwangsmaßnahmen von Gläubigern gegenüber dem Schuldner untersagen bzw. vorläufig einstellen (§21 Abs.2 Nr.3 InsO).**

Dadurch kann das im Vorfeld des Insolvenzverfahrens besonders gefährdete Schuldnervermögen vor Einzelzugriffen der Gläubiger und vor Verschiebungen durch den Schuldner geschützt werden.

```
graph TD; A[ ] --> B[Eröffnungsbeschluss  
(§ 27 I InsO)]; B --> C[Einleitung des Insolvenzverfahrens];
```

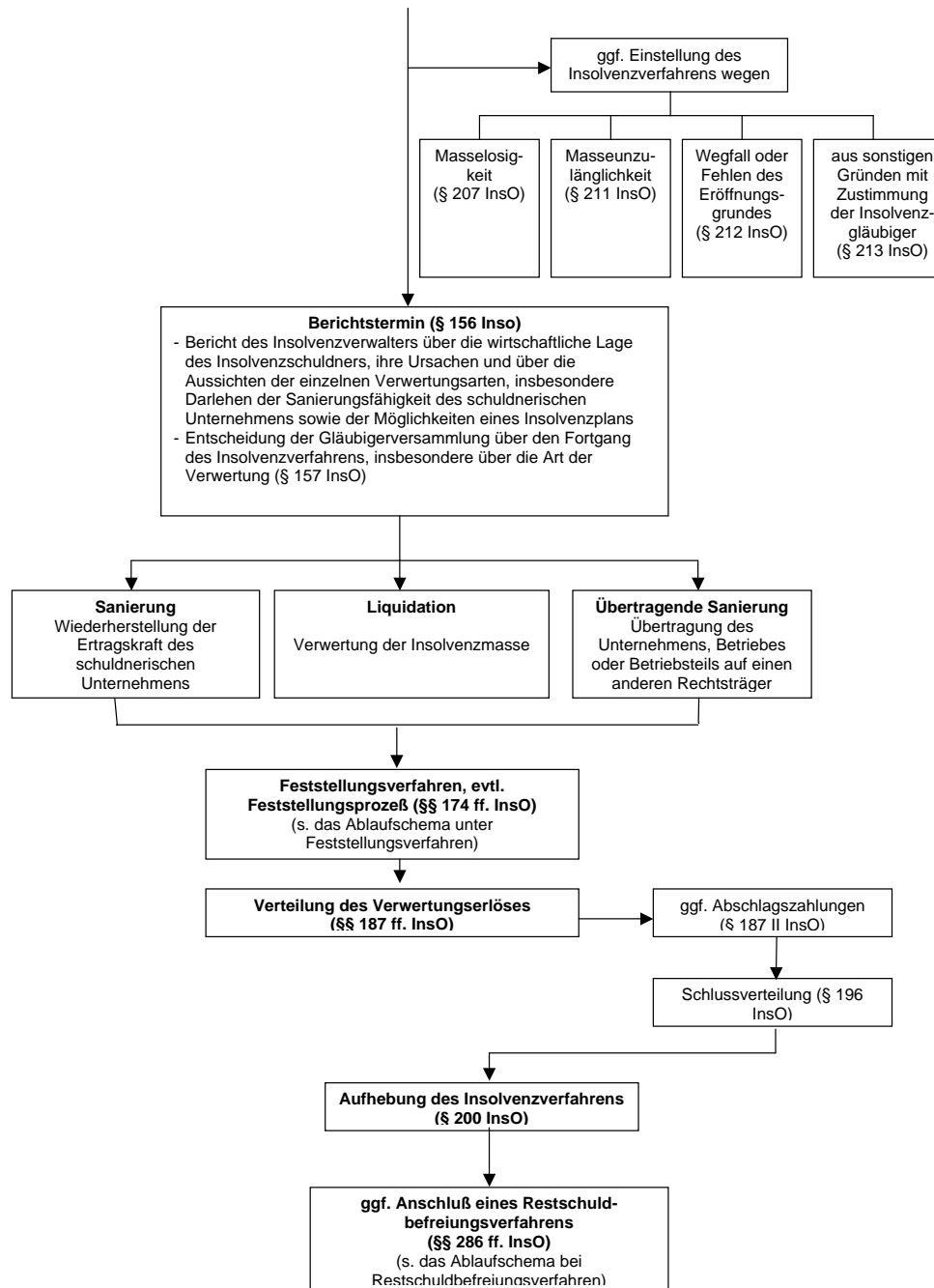
**Eröffnungsbeschluss**

(§ 27 I InsO)

**Einleitung des Insolvenzverfahrens**

der Eröffnungsbeschluss hat zum Inhalt:

- Bezeichnung von Insolvenzschuldner und Insolvenzverwalter sowie Angabe der Stunde der Verfahrenseröffnung (§ 27 II Nr. 1-3 InsO)
- Aufforderung der Gläubiger zur Forderungsanmeldung und Bestimmung der Anmeldefrist nach § 28 InsO
- Bestimmung des Berichts- und Prüfungstermins nach § 29 InsO
- Bestellung des Insolvenzverwalters gem. § 56 InsO
- evtl. Einsetzung eines Gläubigerausschusses nach § 67 InsO



# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

## Verfahrensregelungen

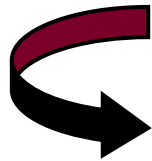
Das Hauptverfahren soll die **gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger gewährleisten**, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt wird.

Als weiteres, gleichrangiges Ziel sieht die neue Insolvenzordnung im Gegensatz zur bisherigen Konkursordnung künftig vor, dass **in einem Insolvenzplan abweichende Regelungen zum Zweck des Erhalts des Schuldnerunternehmens**, also zur Sanierung getroffen werden können (§1 InsO).

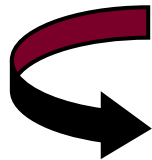
**Das Insolvenzverfahren soll prinzipiell nach den Verfahrensregelungen der InsO abgewickelt werden.** Diese Regelungen sind - im Gegensatz zum bisherigen Insolvenzrecht - indes insoweit dispositiv, als dass die Verfahrensbeteiligten in einem Insolvenzplan abweichende Bestimmungen schaffen können.

## 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

**Die Eröffnung des Verfahrens wird „mangels Masse“ abgewiesen.**



Die Kosten des Verfahrens können nicht gedeckt werden.

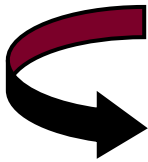


Die Kosten des Verfahrens sind (§ 54 Satz 1, 2 InsO):

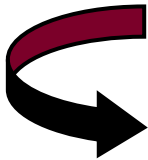
- Gerichtskosten
- Vergütung und die Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses

## **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

**Können die sonstigen Masseverbindlichkeiten i.S.d. § 55 InsO im eröffneten Insolvenzverfahren nicht mehr beglichen werden, führt dies zur Masseunzulänglichkeit.**



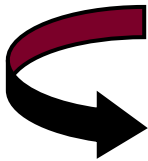
Im Falle einer Abweisung werden die GmbH, AG, KG a.A. mit Abweisungsbeschluss aufgelöst.



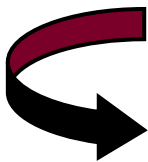
Ist der Schuldner eine natürliche Person, hat das Insolvenzgericht ihn in das Schuldnerverzeichnis gem. § 26 ZPO einzutragen.

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

## Leistung eines Massekostenvorschusses



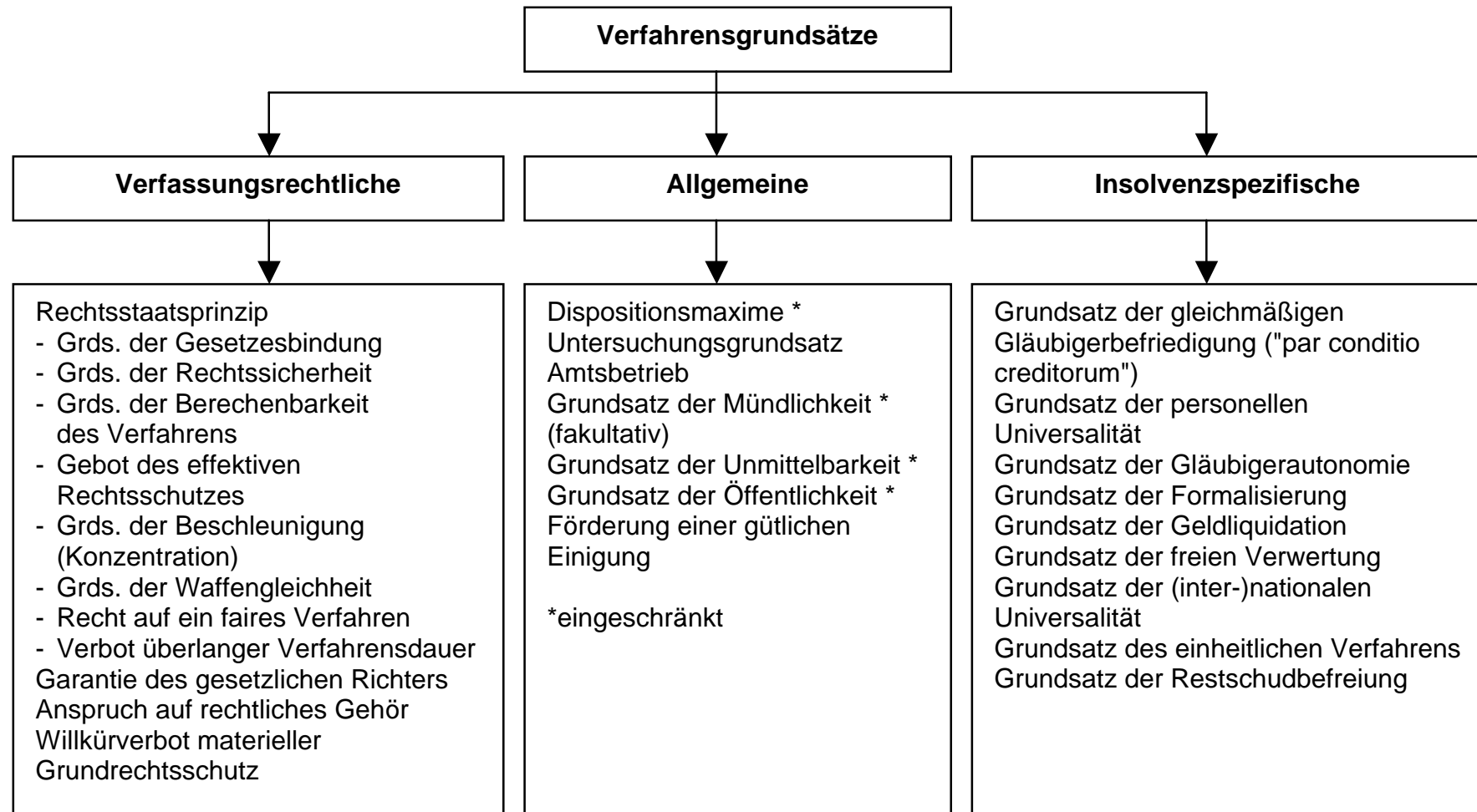
Die Abweisung mangels Masse unterbleibt, wenn ein zur Deckung der voraussichtlichen Kosten des Insolvenzverfahrens i.S.d. § 54 InsO ausreichender Kostenvorschuss geleistet wird. (der Kostenvorschuss liegt i.d.R. bei € 3.000,00)



Dies ist dann sachdienlich, wenn anzunehmen ist, das durch ein geordnetes Verfahren die Masse oder durch z.B. Anfechtungsprozesse oder Fortsetzung der Produktion „angereichert“ werden kann.

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

## Die Verfahrensgrundsätze



# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Schwacher Verwalter**

**I.d.R. bestimmt das Insolvenzgericht die konkreten Pflichten des vorläufigen schwachen Verwalters, da er ohne Verfügungsmacht nicht über das Vermögen des Schuldners verfügen kann.**

**Er hat in erster Linie die Aufgabe der Sicherung und Erhaltung der Masse sowie die Überwachung des Schuldners.**

**Er hat Kontrollbefugnisse.**

**Entscheidend ist hier, dass der Geschäftsführer auch Geschäftsführer bleibt, mit Verfügungsbefugnis und nur die Zustimmung des vorläufigen, schwachen Verwalters benötigt.**

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Starker Verwalter**

**Die Rechtsstellung des Sequesters (Konkursrecht) war damals sehr umstritten. Nach Ansicht höchstrichterlicher Rechtsprechungen sollten dem Sequester keine umfassenden Befugnisse zustehen, insbesondere für die Verwertungshandlungen nicht.**

**Da das Insolvenzrecht aber im Gegensatz zu der alten Konkursordnung das Ziel verfolgt, Sanierungen und Übertragungen von Betrieben oder Betriebsteilen schon während der vorläufigen Insolvenz zu ermöglichen, musste dem vorläufigen Insolvenzverwalter ein neuer und erweiterter Aufgabenkreis zugesprochen werden.**

**Der starke Verwalter haftet für alle Verbindlichkeiten in der vorläufigen Insolvenz außer für Verbindlichkeiten aus Arbeitnehmerverhältnissen.**

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

## Wirkung der Verfahrenseröffnung

- ⇒ Übergang der Verfügungs- und Vertretungsbefugnis auf den Verwalter (§ 80 InsO)
- ⇒ Unzulässigkeit von Einzelzwangsvollstreckungen (§ 82 InsO)
- ⇒ Erfüllungswahlrecht des Verwalters bei beidseitigen nicht vollständig erfüllten Geschäften (§ 103 ff InsO)
- ⇒ Sonderkündigungsrecht bei bestimmten Dauerschuldverhältnissen (u.a. Mieten)
- ⇒ Beschränkung der Aufrechnungsmöglichkeiten

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Wirkung der Verfahrenseröffnung gem. §§ 80 ff InsO**

**Die Verfügungs- und Verwaltungsrechte gehen kraft Gesetzes auf den Insolvenzverwalter über.**

**Verfügungen des Schuldners sind unwirksam.**

**Leistungen an den Gemeinschuldner erfolgen nur mit befreiender Wirkung, wenn der Leistende beweist, dass er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gekannt hat.**

**Während des Hauptverfahrens sind Maßnahmen der Zwangsvollstreckung einzelner Insolvenzgläubiger unzulässig.**

**Die bisherigen Geschäftsführer bleiben im Amt.** Sie haben Auskunfts- und Mitwirkungspflichten zu erfüllen (§97 InsO). Eine Abberufung oder Amtsniederlegung in der Krise befreit die Geschäftsführer von diesen Verpflichtungen nicht, soweit das Ausscheiden nicht länger als zwei Jahre vor dem Insolvenzantrag zurückliegt (§101 Abs.1 Satz 2 InsO).

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Anfechtung durch den Insolvenzverwalter**

**Nach § 129 der Insolvenzordnung können bestimmte Rechtshandlungen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen werden und die die Gläubiger benachteiligen, vom Insolvenzverwalter angefochten werden.**

Dazu zählen insbesondere:

**Rechtshandlungen des Schuldners, die in den letzten drei Monaten vor dem Insolvenzantrag vorgenommen worden sind, wenn der Schuldner zu diesem Zeitpunkt zahlungsunfähig war und der Vertragspartner die Zahlungsunfähigkeit kannte (§132 Abs.1 Nr.1 InsO).**

**Rechtshandlungen des Schuldners zur vorsätzlichen Benachteiligung von Gläubigern innerhalb von zehn Jahren vor dem Insolvenzantrag, wenn der andere Vertragsteil den Vorsatz des Schuldners kannte (§133 Abs.1 InsO), vom Schuldner mit einer nahestehenden Person oder Gesellschaft abgeschlossene entgeltliche Rechtsgeschäfte, durch die die Gläubiger vorsätzlich unmittelbar benachteiligt werden, der Vertrag innerhalb von zwei Jahren vor dem Insolvenzantrag abgeschlossen wurde und dem anderen Teil die Absicht der Gläubigerbenachteiligung bekannt war (§133 Abs.2 InsO). Zu den nahestehenden Personen zählen auch zu mehr als 25% beteiligte Gesellschafter.**

## **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

**AG Osnabrück,**

**Urt. vom 21.6.2001**

**42 C 49/01**

**Erhält ein Unternehmensberater von seinem Mandanten, dem späteren Gemeinschuldner, sein Beratungshonorar nur zwei Tage nachdem er ihm wegen eines geplatzten Wechsels zur Insolvenzantragsstellung geraten hatte, so ist bereits aufgrund dieser Umstände von seiner Kenntnis über die Zahlungsunfähigkeit seines Mandanten im Sinne des § 130 Abs. 2 InsO auszugehen.**

Jede andere Beurteilung wäre lebensfremd.

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **§ 142 InsO:**

### **Bargeschäft**

**Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben sind.**

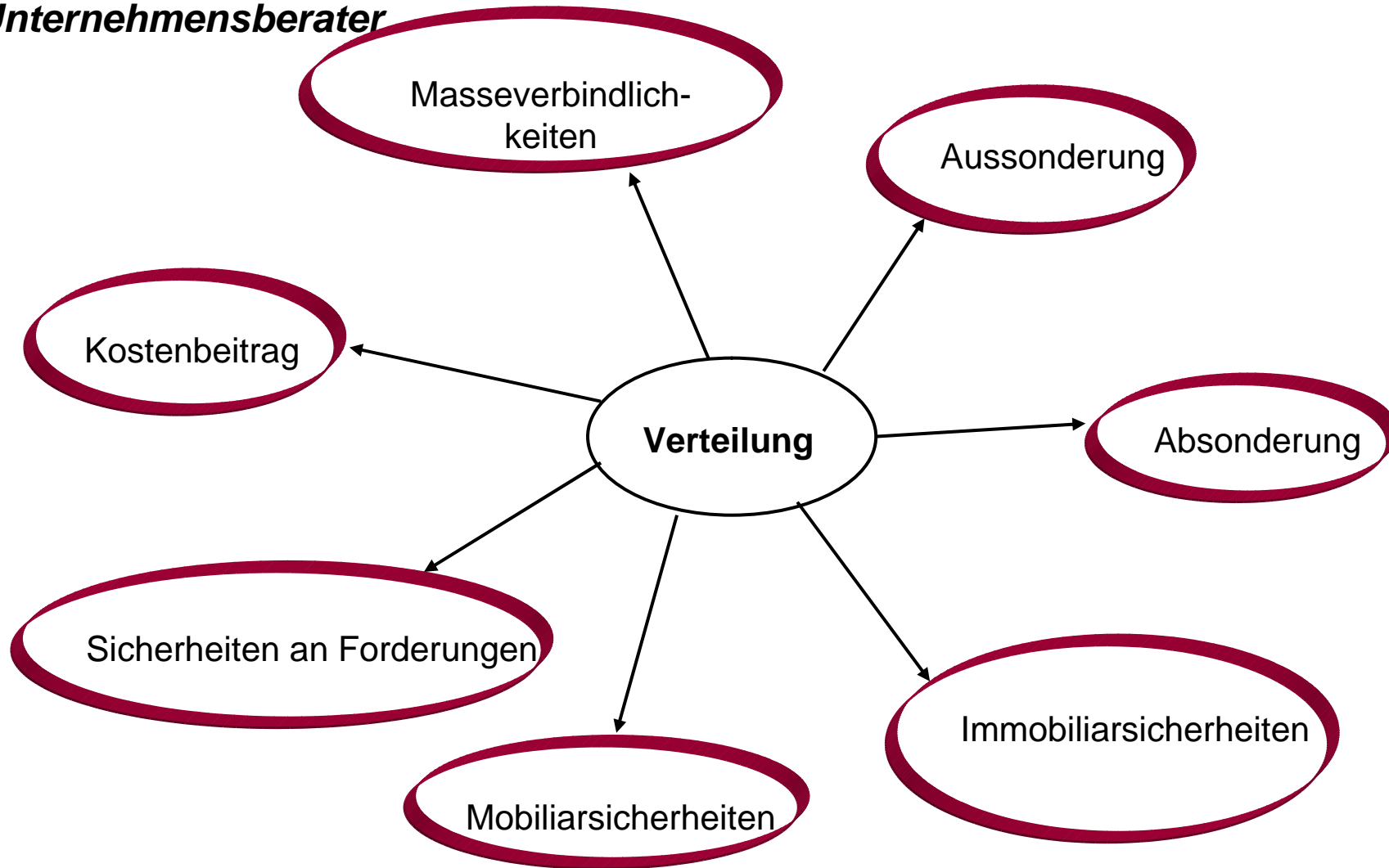
# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Rückschlagsperre des § 88 InsO**

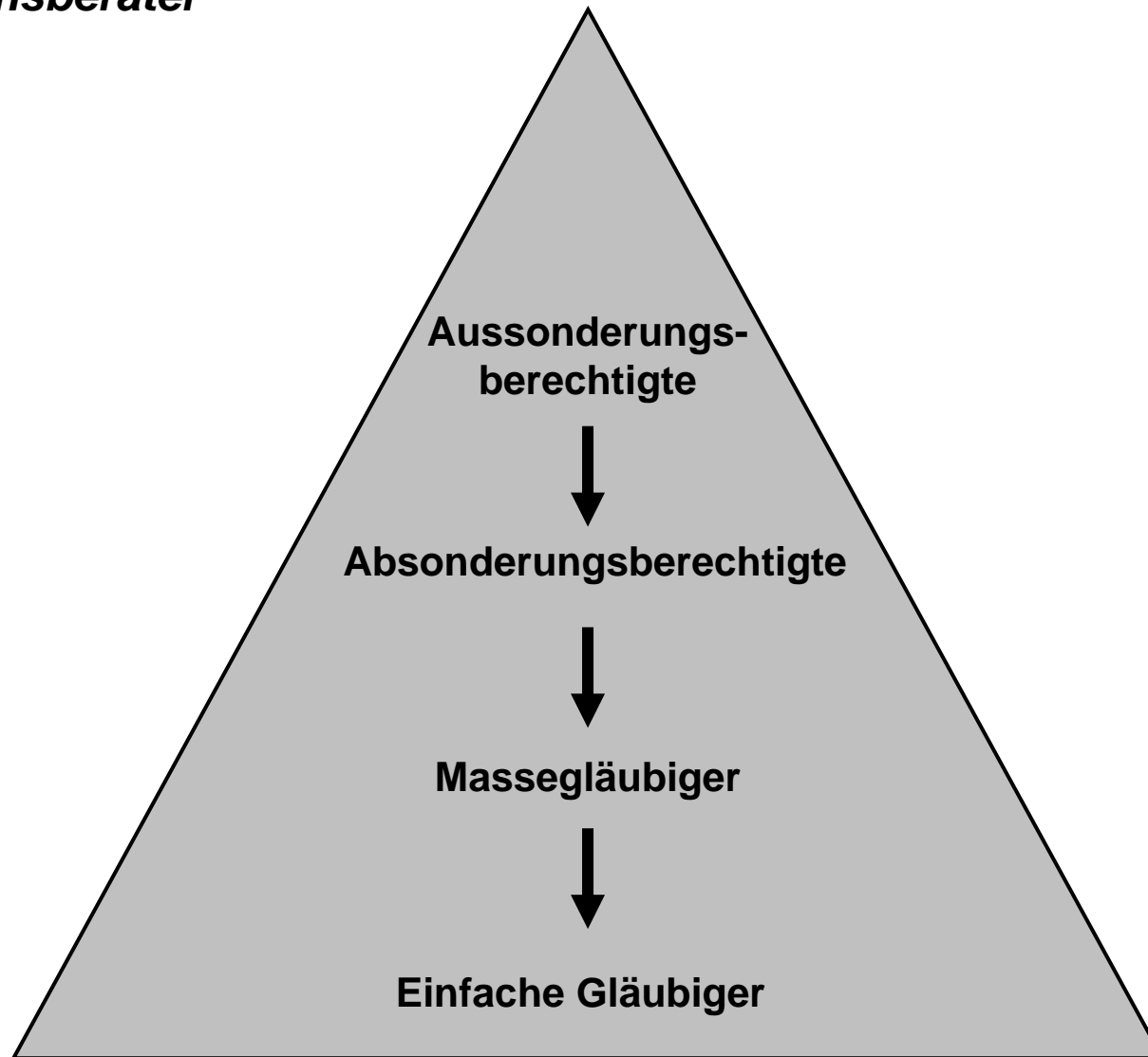
**Wenn ein Gläubiger im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag oder nach Antragstellung durch Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen eine Sicherung am Schuldnervermögen erlangt, wird diese Sicherung nach §88 InsO mit der Verfahrenseröffnung unwirksam.**

Die Rückschlagssperre verhindert im Interesse aller Beteiligten, dass durch Maßnahmen einzelner Gläubiger das Schuldnervermögen ausgezehrt und damit eine Sanierung unmöglich wird.

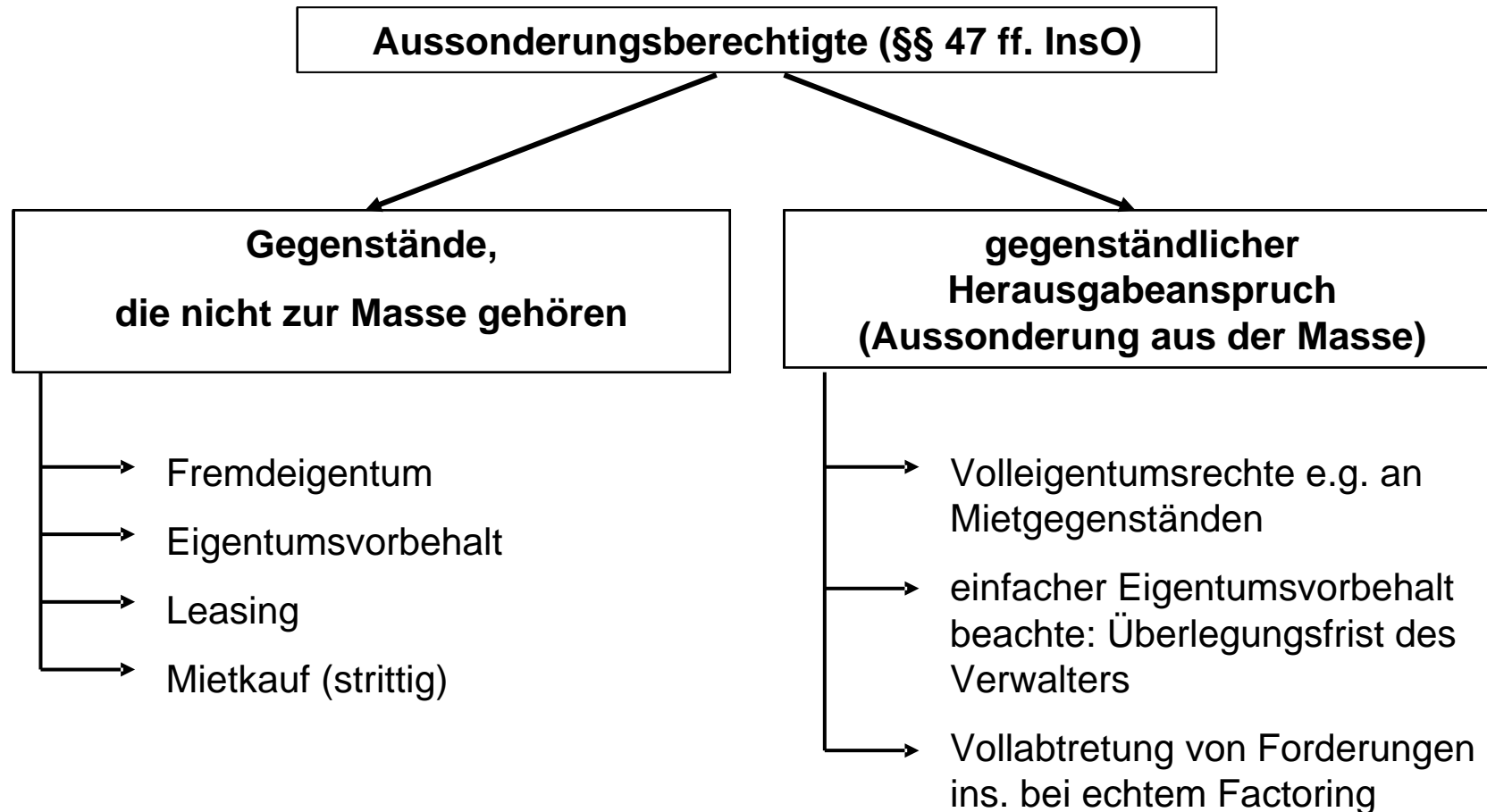
# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater



# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater



# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater



# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

**Absonderungsberechtigte (§§ 49 ff., §§ 165 ff. InsO)**

**Gegenstände, deren Vermögenswert  
vorrangig einem bestimmten  
Gläubiger zustehen**

**Vorrangige Befriedigung aus dem  
Verwertungserlös (vom Rest der Masse  
abzusenderer Verwertungserlös)**

- Erweiterter und verlängerter Eigentumsvorbehalt
- Sicherungsübereignung- und abretung
- Alle Pfandrechte an Mobilien und Immobilien
- Verwertungsrecht des Verwalters (§ 166 InsO)/ Vorschlagsrecht des Gläubigers (§167 InsO)

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

Art der Rechtsstellung	Einordnung in das System insolvenzrechtlicher Rechtsdurchsetzung	Verfahrenskostenbeitrag	Verwertungsbefugnis
Vorbehaltsverkäufer § 455 BGB	Aussonderungsrecht, § 47 InsO Uneigennütziges Verwaltungstreuhand Eigentum	./.	Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters bis unverzüglich nach dem Berichtstermin. § 107 Abs. 2 InsO
Grundpfandgläubiger, §§ 1113 ff., 1192 ff. BGB	Absonderungsrecht, § 49 InsO. Zwangsvollstreckung	Gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG: 4% wegen Feststellung des (beweglichen) Zubehörs	./.
Sicherungseigentümer, Vorbehaltsverkäufer bei verlängertem und erweitertem Eigentumsvorbehalt	Absonderungsrecht, § 51 Nr. 1 InsO Anspruch auf Auskehr des Verwertungserlöses: § 170 InsO, ferner §§ 169, 172 InsO	Gem. § 171 InsO	§ 166 Abs. 1 InsO Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters
Sicherungszession Auch wenn Zession angezeigt, nicht vor Eröffnung des Verfahrens	Absonderungsrecht, § 51 Nr. 1 InsO Anspruch auf Auskehr des Verwertungserlöses	Gem. § 171 InsO Keine Verfahrenskostenbeiträge bei Einziehung oder Vereinnahmung vor Eröffnung des Verfahrens	§ 166 Abs. 2 InsO Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters
Pfändungspfandgläubiger	Absonderungsrecht, § 50 Abs. 1 InsO Anspruch auf Auskehr des Verwertungserlöses: § 170 InsO, ferner: §§ 169, 172 InsO	Gem. § 171 InsO	Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters; ggf. § 766 ZPO

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater



## Massegläubiger

Aus der Insolvenzmasse sind die Kosten des Insolvenzverfahrens und die sonstigen Masseverbindlichkeiten vorweg zu befriedigen.

- Ansprüche, die aufgrund der Verfahrensdurchführung entstehen und bevorrechtigte (volle) Befriedigung aus der Masse



## Einfache Gläubiger

Die Insolvenzgläubiger können ihre Forderungen nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen.

- quotale Befriedigung aus der Restmasse

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater



## Nachrangige Insolvenzgläubiger

Die seit Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen, die Kosten, die dem einzelnen Gläubiger durch die Teilnahme am Verfahren erwachsen, Geldstrafen, Bußen, etc.

Forderungen des Gesellschafters.



## Begriff der Insolvenzmasse

Das Insolvenzverfahren umfasst das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung gehört hat und das er während des Verfahrens erlangt.

# 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

## Verfolgung der Sicherungsrechte



### **Verwertungsentscheidung**

- Bei Aussonderungsrechten (Eigentumsvorbehalt) Klärung, ob Vertragserfüllung oder Herausgabeverlangen
- bei Absonderungsrechten (verlängerter Eigentumsvorbehalt) Klärung eigener Verwertungsmöglichkeiten



**bei unklaren Verhältnissen „Pool“ mit anderen Sicherungsgläubigern**

**Anmeldung der Insolvenzforderung**  
- Schriftform (§ 174 I 1 InsO)  
- Angabe von Grund u. Betrag (§ 174 II InsO)  
- Abdruck von Urkunden (§ 174 I 2 InsO)

**Eintragung in die Forderungstabelle**  
- und Niederlegung zur Einsicht (§ 175 InsO)

**Prüfungstermin**  
- Prüfung der angemeldeten Insolvenzforderungen bzgl. Betrag u. evtl. Rang (§ 176 S. 1 InsO)  
- Erörterung der bestrittenen Insolvenzforderungen im einzelnen (§ 176 S 2 InsO)

**Widerspruch des Insolvenzschuldners**

- Vermerk des Widerspruchs in der Forderungstabelle (§ 178 II 2 InsO)

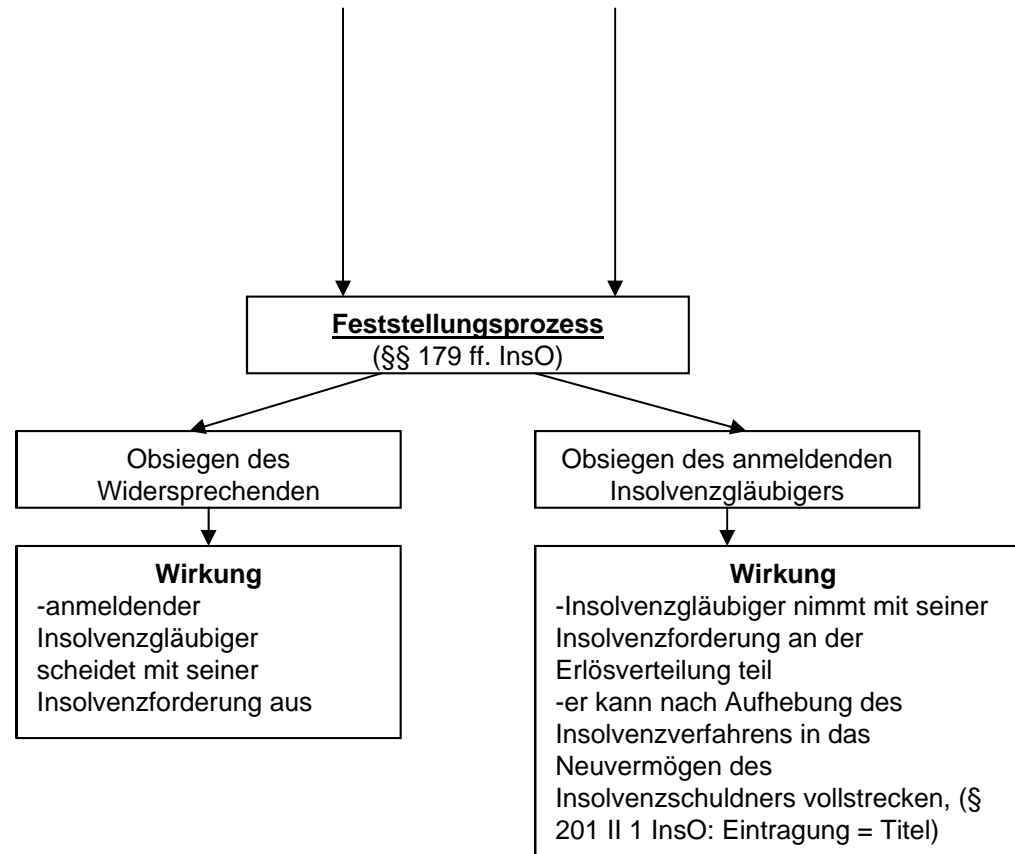
**Widerspruch des Insolvenzverwalters od. eines -gläubigers**

- Vermerk des Widerspruchs in der Forderungstabelle (§ 178 I 1 InsO)

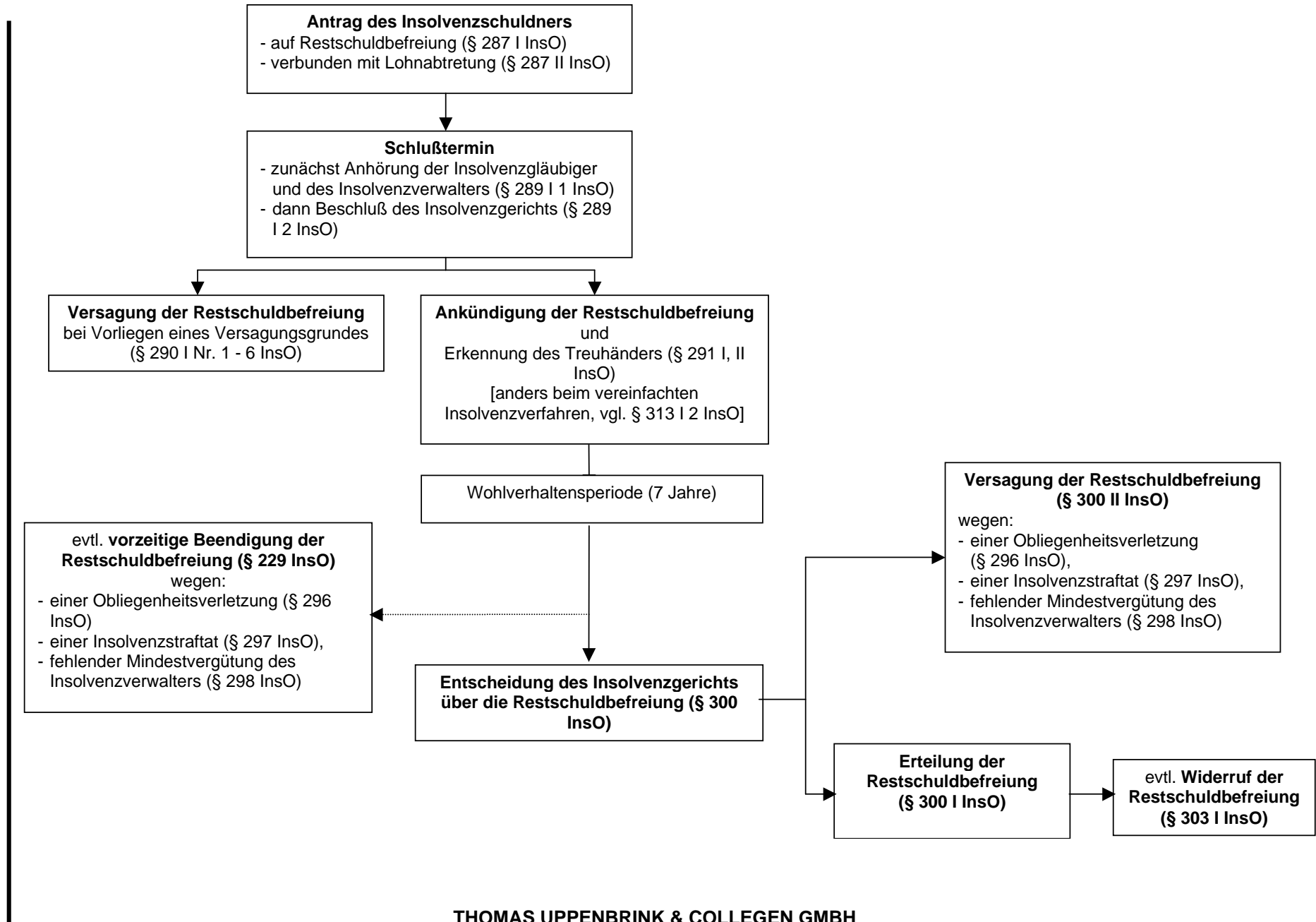
**Kein Widerspruch oder beseitigter Widerspruch**

- Forderung gilt als festgestellt (§ 178 I 1 InsO)  
- Tabelleneintrag entfaltet Rechtskraft (§ 178 II 1, III InsO)

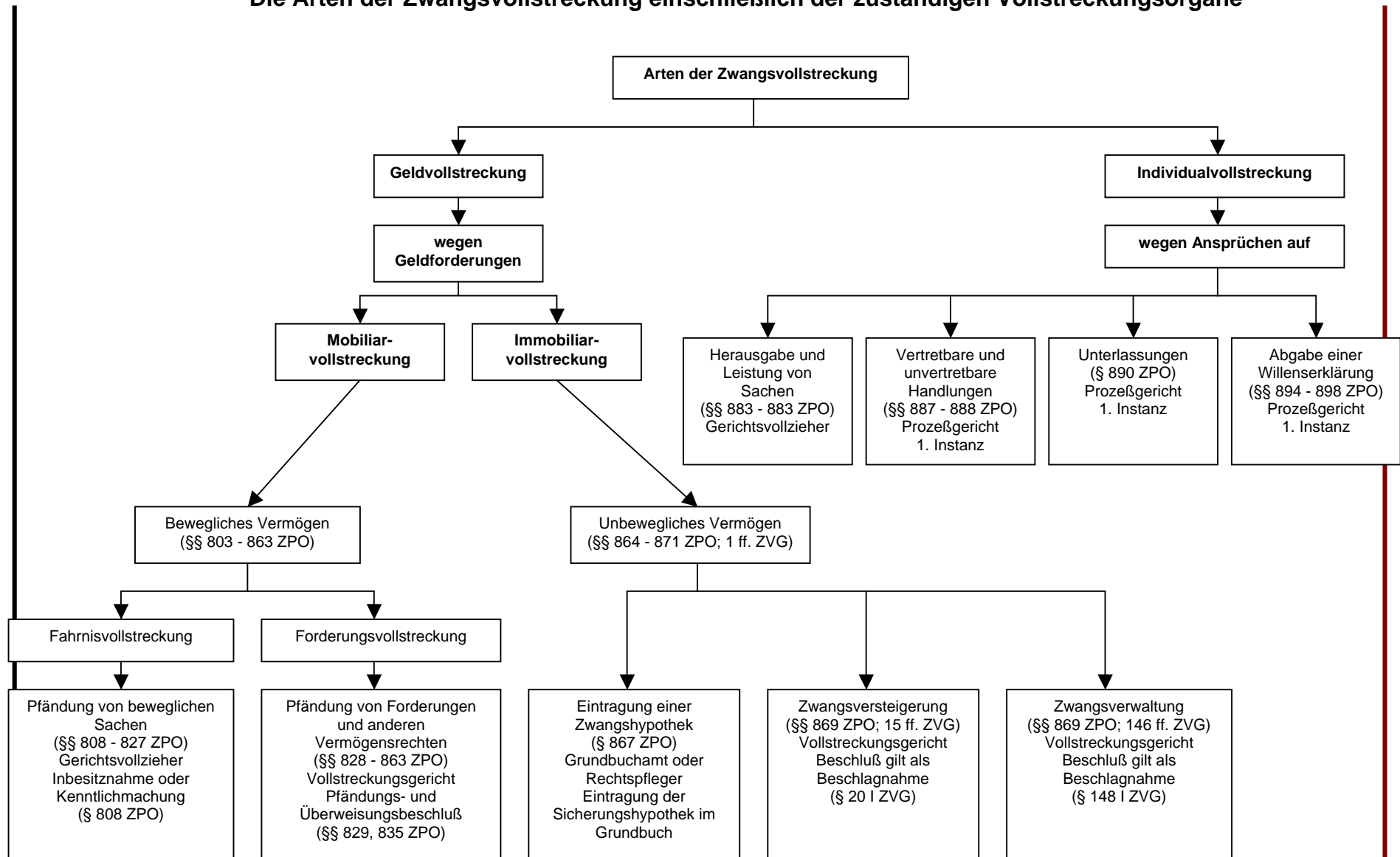
**Wirkung**  
- keine Bedeutung für die Insolvenzforderung (§ 178 I 2 InsO)  
- der Insolvenzgläubiger kann nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht in das Neuvermögen des Insolvenzschuldners vollstrecken, sondern muss Leistungsklage erheben.  
- er hat aber die Möglichkeit, den Widerspruch durch einen Feststellungsprozess zu beseitigen (vgl. § 184 InsO)



## Der Ablauf des Restschuldbefreiungsverfahrens



## Die Arten der Zwangsvollstreckung einschließlich der zuständigen Vollstreckungsorgane



# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Reformziele**

Ein bedeutsames Anliegen der Insolvenzrechtsreform besteht darin, kein bestimmtes Verfahrensziel zu bevorzugen:

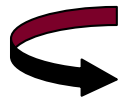
**Sämtliche Verwertungsarten – Liquidation und Sanierung des Schuldnerunternehmens bzw. übertragende Sanierung – sollten sich gleichrangig gegenüberstehen.**

**Die Entscheidung über das Verfahrensziel treffen allein die Gläubiger (Grundsatz der Gläubigerautonomie).** Damit wird die Erwartung verbunden, dass in weitaus größerem Maße als bisher eine Reorganisation des Schuldnerunternehmens gelingt.

Bereits im Berichtstermin hat der Insolvenzverwalter darzulegen, ob Aussichten bestehen, das Schuldnerunternehmen ganz oder teilweise zu erhalten und welchen Möglichkeiten für einen Insolvenzplan bestehen (§ 156 InsO). Über das Verfahrensziel entscheidet die Gläubigerversammlung (§ 157 InsO).

# **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

## **Beschränkter Auskunftsanspruch durch den Verwalter bei den FA**



Der Auskunftsanspruch des Insolvenzverwalters beschränkt sich auf Informationen, die dem Schuldner selbst noch nicht bekannt gegeben wurden und auf deren Mitteilung der Schuldner ohne Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Rechtsanspruch gehabt hätte.



Finanzämter befürchten Schlechterstellung und geben deshalb keine Informationen an Insolvenzverwalter / Unternehmensberater weiter.

## **1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater**

### **Folgende Auskünfte werden nicht mehr erteilt:**

- Mitteilung über die von einem Drittschuldner aufgrund einer Pfändung geleisteten Zahlung, wenn diese Mitteilung bereits an die Gesellschaft ergangen war.
- Auskünfte über vor Insolvenzeröffnung geleistete Zahlungen
- Mündliche oder fernmündliche Auskünfte
- Kontoauszüge des insolventen Unternehmens
- Sonstige Ausdrücke aus dem Kassenspeicher
- Mündliche und fernmündliche Auskünfte daraus
- Abrechnungsbescheide gem. § 218 AO
- Abrechnungsbescheide gem. § 218 AO nur bei begründeten Anfragen

## 1. Die „Neue Insolvenzordnung“ und ihre Folgen für den Unternehmensberater

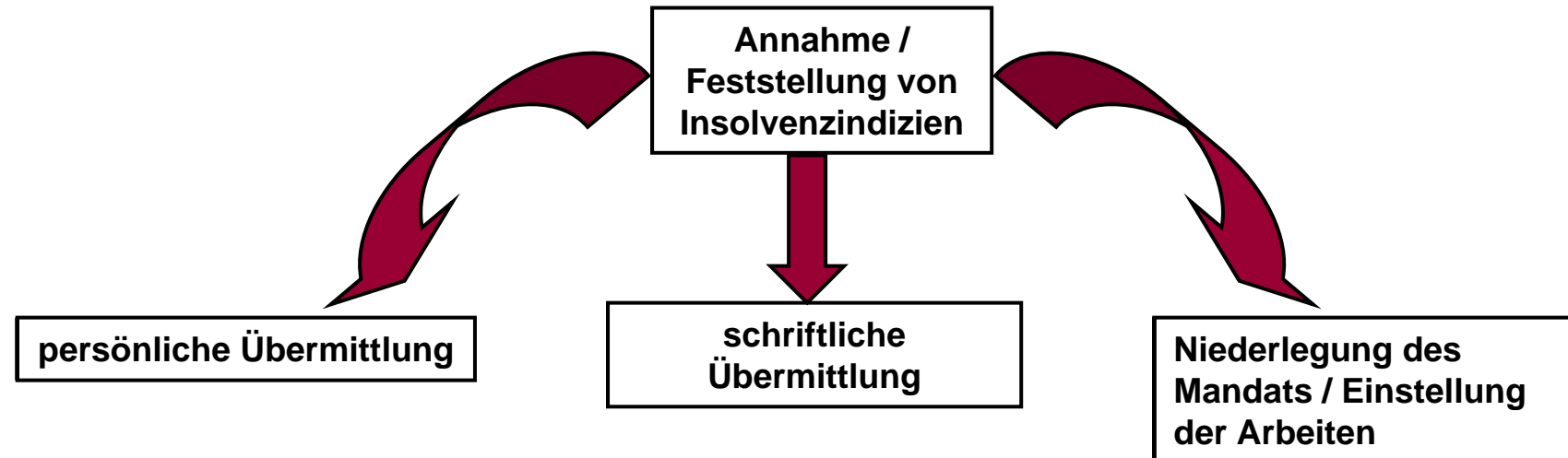


### Ablehnung von Anträgen / Auskunftersuchen mit folgender Begründung

*Der Insolvenzverwalter und seine Erfüllungsgehilfen haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung von Übersichten oder Aktenauszügen, aufgrund welcher Maßnahmen dem Finanzamt im Einzelnen welche Gelder zugeflossen sind, weil dieses nach den im Rahmen der Anfechtung geltenden zivilrechtlichen Beweisregeln eine unzulässige Ausforschung wäre.*

(vgl. Urteil des LG Dessau, Geschäftszeichen 4 O 1230/03 vom 23.01.2004)

## 2. Verhaltensregeln bei der Annahme oder Feststellung von Insolvenzindizien



### Wichtig:

Zur eigenen Entlastung unbedingt Schriftsatz mit Hinweisen zur Situation unterschreiben lassen!

### Wichtig:

Gleichermaßen Sachstand darlegen und damit verbundene Maßnahmen vorschlagen.  
Entweder unterschriebene Kenntnisnahme oder Zugangsnachweis!

### Wichtig:

Auslieferung der Unterlagen an das Unternehmen nur gegen Übernahmequittung!  
Bei erkennbarer Vermögensverschiebung oder Verzögerung der Insolvenzanmeldung durch Mandanten zwingend Arbeiten einstellen!

## **2. Verhaltensregeln bei der Annahme oder Feststellung von Insolvenzindizien**

### **Vorschlagswesen zur vorinsolvenzlichen oder insolvenzlichen Lösung:**

- ❖ Stilllegung unrentabler Betriebsteile
- ❖ Outsourcing
- ❖ Rationalisierungsmaßnahmen
- ❖ Produktionseinschränkung von Waren, deren Absatzmöglichkeiten zurückgehen
- ❖ Umstellung des Produktionssortiments
- ❖ Auflösung von längerfristigen bindenden unvorteilhaften Vertragsbeziehungen
- ❖ Einrichtung, Änderung und Straffung des Debitorenmanagements
- ❖ Änderung von Entnahmeklauseln im Gesellschaftervertrag
- ❖ Rangrücktrittserklärung zum Zwecke des Eigenkapitalersatzes
- ❖ Umschuldungsmaßnahmen
- ❖ Einleitung eines außergerichtlichen Vergleiches

### ***3. Haftung des Unternehmensberaters bei verspäteter / verschleppter Insolvenzanmeldung des Mandanten***

#### **Der Unternehmensberater als Erfüllungsgehilfe**

Der Unternehmensberater ist der **Überwachungsgarant des Mandanten**.

Der Überwachungsgarant hat eine Obhutspflicht gegenüber seinem Mandanten.

**Gemäß § 13 StGB kann diese Garantstellung zur  
Strafbarkeit führen!!**

### **3. Haftung des Unternehmensberaters bei verspäteter / verschleppter Insolvenzanmeldung**

#### **Kontroll- und Informationspflicht der Unternehmensberater**

**Die Unternehmensberater haben ausgehend vom Gesetz einen Dienstvertrag nach § 611 BGB und sind zur Erfüllung verpflichtet.**

**Zwar wird kein Erfolg geschuldet, aber durch die freiwillige Übernahme einer Beistandspflicht sind Sie gezwungen, gerade in Kenntnis der sich verschlechternden Vermögenssituation des Unternehmens, die Entscheider und Geschäftsführer über den Fortgang des betriebswirtschaftlichen Ergebnisses zu informieren.**

Es gehört auch zu den Pflichten eines Unternehmensberaters in Kenntnis der Sachlage selber und persönlich bei anhaltenden schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen die Monatsauswertung oder den Quartals- oder Jahresabschluss zu kontrollieren und ggf. Vorschläge zur Beseitigung zu machen. Dazu gehört auch die Empfehlung von Hinzuziehung weiterer Sachverständige, wie Steuerberater, Rechtsanwälte oder Fachberater der Kammern und Verbände.

### **3. Haftung des Unternehmensberaters bei verspäteter / verschleppter Insolvenzanmeldung**

#### **Mitwisser- und Mittäterschaft bei**

**Insolvenzverschleppung**

**Vermögensverschiebung**

**Untreue**

**Betrug**

**Bei nicht rechtzeitiger und nachweislich verschleppter Informationspflicht gegenüber seinen Mandanten hinsichtlich des Insolvenztatbestandes führt das Verhalten des Unternehmensberaters neben einem Unterlassungsdelikt auch zu einer Mittäterschaft in Bezug auf Untreue und Betrug, wenn er z. B. Kenntnis davon hat, dass der Mandant seinen Verpflichtungen bei der tatsächlichen Abführung der Arbeitnehmeranteile beim Finanzamt und der Sozialversicherung nicht nachkommt.**

**Ist nach Eintritt des Insolvenztatbestandes eine Vermögensverschiebung anhand der Buchhaltung des Mandanten zu erkennen, so hat der Unternehmensberater auch hier zu seiner Entlastung entsprechend schriftlich Mitteilung zu machen und umgehend das Mandat niederzulegen.**

### **3. Haftung des Unternehmensberaters bei verspäteter / verschleppter Insolvenzanmeldung**

#### **Mitwisser- und Mittäterschaft bei**

**Insolvenzverschleppung**

**Vermögensverschiebung**

**Untreue**

**Betrug**

Eine **Anstiftung des Mandanten zur Insolvenzverschleppung**

(§ 26 StGB, § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG, 184 Abs. 1 Nr. 2 GenG) kommt in Betracht,

**wenn der Unternehmensberater wegen aussichtsreicher Sanierungsverhandlungen den oder die Geschäftsführer eines Unternehmens dazu bewegt, die gesetzlichen Antragspflichten zu überschreiten.**

Die Gerichte neigen dazu, den Unternehmensberater in die Sachverständigenhaftung für Vermögensschäden gegenüber Drittgeschädigte zu nehmen.

## ***4 Maßnahmen zum Schutz gegen die mögliche Haftung bei verspätetem und / oder verschlepptem Handeln der Mandanten bei Insolvenzanmeldung***

### **Mandatsübernahme nur nach vertraglicher Vereinbarung**

Grundsätzlich sollte ein Vertrag zwischen Mandant und Unternehmensberater existieren, **worin neben den bekannten Sachverhalten auch die Sonderproblematik des neuen Insolvenzrechtes geregelt wird.**

Mit einer solchen Vereinbarung lässt sich auch entsprechend auf eintretende Situationen und damit auch auf ein außerordentliches Kündigungsrecht hin wirken.

#### ***4 Maßnahmen zum Schutz gegen die mögliche Haftung bei verspätetem und / oder verschlepptem Handeln der Mandanten bei Insolvenzanmeldung***

##### **Änderung bestehender, vertraglicher Vereinbarungen**

**Bestehende vertragliche Vereinbarungen sollten unter Benennung des neuen Insolvenzrechtes entsprechend durch einen Annex ergänzt werden.**

Da die neue InsO auch bei den Unternehmern noch nicht bekannt ist, wird der Bereitschaftsgrad der Akzeptanz sehr hoch sein.

Dies auch vor allem deshalb, wenn die Mithaftung des Unternehmensberaters einfach erklärt wird.

#### ***4 Maßnahmen zum Schutz gegen die mögliche Haftung bei verspätetem und / oder verschlepptem Handeln der Mandanten bei Insolvenzanmeldung***

##### **Ergänzung zu bestehenden, vertraglichen Vereinbarungen**

Durch den Jahreswechsel ist eine Umstellung aller Mandate auf ein neues Vertragsverhältnis sicher einfacher als sonst.

**Sollte der Unternehmensberatervertrag nur auf einer einseitigen Willenserklärung auf Basis des StbG beruhen, dann würde eine kurze Erklärung zur möglichen Verhaltensweise bei Erkennung der Insolvenz ausreichen, um den Mandaten zu informieren. (Anlage III.)**

## 5. Haftungssituation bei Zurückbehaltungsrecht der Mandantenbuchhaltung im Insolvenzfall



Das gesetzlich verankerte Zurückbehaltungsrecht hat **keinerlei Rechtswirkung auf den Insolvenztatbestand**. Es ist jedoch zu bedenken, dass ein persönlich in Haftung genommener Geschäftsführer, sei es zivilrechtlich oder strafrechtlich, immer erklären wird, dass er keinen Zugang zu den Unterlagen hatte und somit auch nicht aussagefähig war bezüglich seiner wirtschaftlichen Situation. Bezüglich der Zahlungsrückstände sei noch darauf hingewiesen, dass im Falle der Insolvenzeröffnung die Vergütungsansprüche nicht mehr realisiert werden können und damit als Forderung zur Tabelle angemeldet werden müssen.

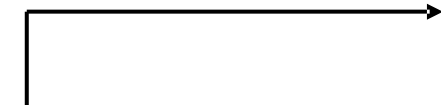
**Im Wege der einstweiligen Verfügung kann der Insolvenzverwalter von dem Unternehmensberater des oder der Gemeinschuldners/in die Herausgabe aller Buchhaltungsausdrucke verlangen** (§§ 675, 667 BGB):  
Besitz der Unternehmensberater gegenüber dem Gemeinschuldner noch Vergütungsansprüche, kann er diese nicht mit einem daraus resultierenden Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) durchsetzen, da ein persönliches Recht im Rahmen eines Insolvenzverfahrens nicht berücksichtigungsfähig ist. (OLG Hamm ZIP 1987, 1330, 1331).

Ein Unternehmensberater hat nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen seines Auftraggebers trotz bestehender Honorarrückstände an den von ihm im Rahmen der Finanzbuchhaltung erstellten Kontenblättern kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Insolvenzverwalter. (LG Cottbus, Urt. v. 2.5.2001)

## 6. Maßnahmen und Kontrollen bei festgestellter oder vorliegender Insolvenzsituation

### Mandatsniederlegung mit allen Konsequenzen

wenn innerhalb von 21 Tagen keine vorinsolvenzliche Lösung in der Umsetzungsphase ist



### Betreuung bei vorinsolvenzlichen Maßnahmen

- Hohe Risiken, wenn der Berater die maßgebliche Durchführung leitet!
- Außergerichtlicher Vergleich muss innerhalb der „3-Wochen-Frist“ abgeschlossen sein.

### Insolvenzplan



### Insolvenzantrag



### Wichtig:

In schwierigen Phasen der Unternehmenssanierungen regelmäßig Aufzeichnungen und Protokolle über den Fortlauf erstellen, um jedem Verdacht entgegenzuwirken!

## ***6. Maßnahmen und Kontrollen bei festgestellter oder vorliegender Insolvenzsituation***

### **Erstellung eines Insolvenzplans**

**Bei frühzeitiger Erkenntnis kann parallel zum Insolvenzantrag auch das Planverfahren unter der Leitung und /oder Mitarbeit des Unternehmensberaters vorgeschlagen werden.**

**Hierbei stellt sich die Frage: Wer zahlt mit rechtsbefreiender Wirkung die Kosten für die Aufstellung des Insolvenzplans? Wie verkräftet das Unternehmen die Steuerlast der dann erwirtschafteten Sanierungsgewinne (Wegfall des § 3 Nr. 66 EStG a.F.)?**

## ***6. Maßnahmen und Kontrollen bei festgestellter oder vorliegender Insolvenzsituation***

### **Abgrenzung von steuer- und betriebswirtschaftlicher Beratung**

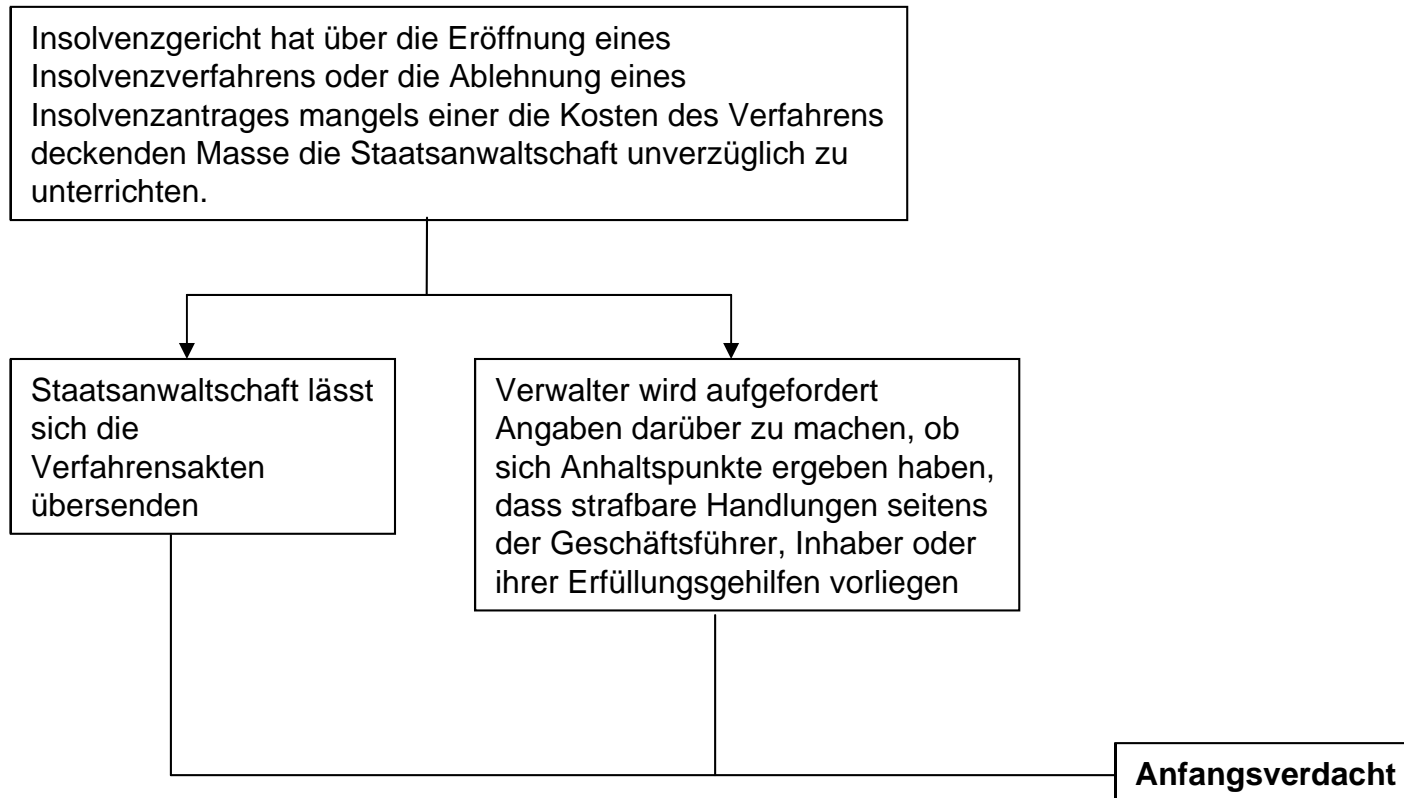
**Jede beratende Tätigkeit in der Krise ist für den Unternehmensberater ein erhebliches Risiko.**

**Die Strafbarkeit der Sanierungstätigkeit ist immer zum Greifen nahe.**

Dem Unternehmensberater als Sachverständigen wird ein höheres Maß an Kompetenz zugesprochen, als den Geschäftsführern in einer Krisensituation. Deshalb ist auch die Abgrenzung der steuer- und betriebswirtschaftlichen Lage zu der Rechtsberatung zwingend erforderlich. (Ausgenommen Tätigkeiten nach § 5 Nr. 2 Rechtsberatungsgesetz). Es ist auch wichtig, dass die Gläubiger über den Sachverhalt, die überlegten Maßnahmen und über die beteiligten Berater mit ihren Fachbereichen ausreichend in Kenntnis gesetzt werden.

## 6. Maßnahmen und Kontrollen bei festgestellter oder vorliegender Insolvenzsituation

### Praxis der Strafverfolgungsbehörden in Insolvenzsachen (§§ 283 f StGB)



## 6. Maßnahmen und Kontrollen bei festgestellter oder vorliegender Insolvenzsituation

### Anfangsverdacht



Staatsanwaltschaft ist nach § 152 Abs. 2 StPO verpflichtet, die Ermittlungen aufzunehmen.

Die Staatsanwaltschaften schreiben die Gerichtsvollzieher, das Vollstreckungsgericht, die Sozialversicherungsträger und Arbeitsämter an und fragen nach, ob gegen den oder die Schuldner Vollstreckungsaufträge vorliegen, oder ob Beitragsrückstände bei den Sozialversicherungsträgern bestehen.

Weiter setzt sich die Staatsanwaltschaft mit dem zuständigen Finanzamt in Verbindung und bittet um Mitteilung, ob und in welcher Höhe Steuerrückstände bestehen, ob Beitreibungsversuche unternommen wurden bzw. ob ein Steuerstrafverfahren eingeleitet worden ist. **Hier allein wird die entsprechende Behörde auch auf die Tätigkeiten der Unternehmensberater eingehen.**

Verdichten sich die Anhaltspunkte für strafrechtlich relevante Verhaltensweisen, so wird die Staatsanwaltschaft auch Nachforschungen bei den Kreditinstituten, mit denen der Schuldner eine Geschäftsverbindung unterhält, anstellen.

Banken können sich nicht auf das sogenannte Bankgeheimnis berufen. Die Banken werden darüber Auskunft geben, ob und inwieweit vorher schon Sanierungsbemühungen gelaufen sind.

Staatsanwaltschaft wird mögl. im Zuge der Ermittlung die Wohn- und Geschäftsräume des Schuldners sowie die Geschäftsräume der Erfüllungsgehilfen, dies können Unternehmensberater sowie Rechtsanwälte sein, bzw., wenn es sich bei den Schuldner um juristische Personen handelt, die Wohn- und Geschäftsräume des oder der Geschäftsführer durchsuchen lassen.

**Es ist deshalb für die Unternehmensberater notwendig, dass sie in den schwierigen Phasen der Unternehmenssanierungen regelmäßig Aufzeichnungen und Protokolle über den Fortlauf erstellen.**

## **7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen**



### **Festlegung von Aufgaben und Zielen**

- bei außergerichtlichem Vergleich ersetzt „modifizierter Gleichbehandlungsgrundsatz“ die gleichmäßige Befriedigung
- Unternehmensberater soll als Sachverwalter die Finanzierbarkeit des Vergleiches / sonst. Abreden mit dem Gläubiger gewährleisten



### **Rechtsberatungsproblematik bei vorinsolvenzlichen Sanierungsmaßnahmen**

- lt. § 5 Nr. 2 Rechtsberatungsgesetz darf der Unternehmensberater auch rechtl. Beratung übernehmen, wenn er mit den Angelegenheiten berufl. befasst ist.
- Entwicklung eines Sanierungskonzeptes und Vorlage eines Insolvenzplans sind zulässig im Rahmen von Wirtschaftsberatung

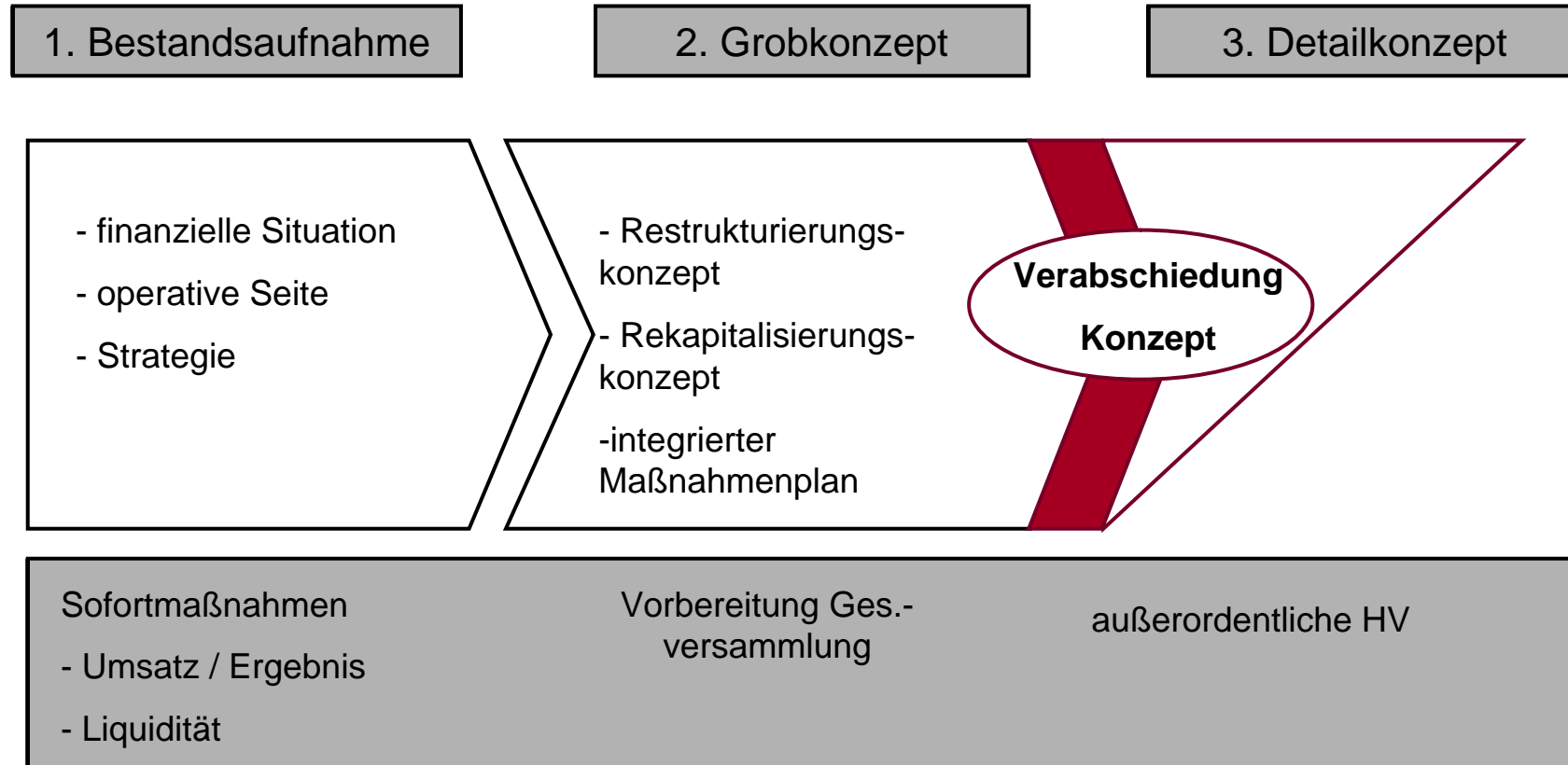


### **Trennung von Rechts-, Steuer- und Unternehmensberatung**

- Rechtsberatung bedeutet enorme Haftungserweiterung!
- Haftpflichtversicherung prüfen, ob Haftung bei Einsatz von Sanierungsberatung (§ 5 Nr. 2 RberG) mit abgedeckt ist!

## 7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen

### Klassischer Verlauf einer Sanierung



Vorraussetzung für eine erfolgreiche Sanierung ist ein tragfähiges Restrukturierungskonzept für den operativen und ein Rekapitalisierungskonzept für den finanzwirtschaftlichen Bereich.

## **7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen**

Ansatz und Bewertung bei positiver Fortführungsprognose

### Geschäfts- oder Firmenwert

- Nachweis einer Veräußerungsmöglichkeit für das Unternehmen als Ganzes oder für einen Teilbetrieb

### Aufwendungen für Ingangsetzung und Erweiterung des Geschäftsbetriebes

- nicht anzusetzen, da kein realisierbarer Wert

### Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte

- Gutachten eines Sachverständigen, i.d.R. angemessen

### Sachanlagen i.Ü.

- Grundsätzlich Wiederbeschaffungskosten abzgl. Abschreibungen

## **7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen**

Ansatz und Bewertung bei positiver Fortführungsprognose

### Vorräte

→ Ansatz realisierbarer Verkaufspreise abzgl. noch entstehender Kosten

### Forderungen

→ Vorsichtige Bewertung der Forderungen aus Lieferungen und Leistungen; Schuldner glauben häufige Notsituationen des Unternehmens ausnutzen zu können.

Zusätzlich:

- Ansprüche aus Patronatserklärungen
- Rückgewähransprüche nach § 31 GmbHG
- Ansprüche müssen durchsetzbar und werthaltig sein
- nicht jedoch Ansprüche, deren Voraussetzung die Insolvenz ist, bzw. Rückgriff oder Gegenforderungen nicht ausgeschlossen ist

## **7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen**

Ansatz und Bewertung bei positiver Fortführungsprognose

### Stille Gesellschaft und Genussscheine

- Wenn EK-Charakter, dann kein Ansatz
  - Verlustteilnahme bis zur vollen Höhe
  - Rangrücktritt, d.h. bei Insolvenz Befriedigung erst nach allen anderen Gläubigern
  - Laufzeit langfristig (mind. 5 Jahre)
- Eigenkapitalersetzende Darlehen
  - Unterschiedliche Auffassungen in der Literatur
- Rangrücktritt
  - Kein Ansatz im Vermögensstatus für die Verbindlichkeit, wenn die Verbindlichkeit zu tilgen ist, allen aus künftigen Gewinnen oder einem Liquidationsüberschuss oder nach Überwindung der Krise aus einem die sonstigen Schulden übersteigenden Vermögen

## **7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen**

Ansatz und Bewertung bei negativer Fortführungsprognose

### Geschäfts- oder Firmenwert

- Ansatz, wenn selbständig oder mit einem Teilbetrieb veräußerbar

### übrige Aktivposten

- zu Realisationswerten unter Berücksichtigung der wegen der Unternehmenskrise schlechteren Durchsetzbarkeit

### Schuldposten

- Wie bei Fortführung  
Hinzu kommen Verbindlichkeiten aus Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich

## **7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen**

### **die steuerliche Betrachtung von Sanierungsgewinnen**



Außergerichtlicher Vergleich als nachhaltige Möglichkeit einer Entschuldung



Gesetzgeber wollte den Verkauf von „Verlustvorträgen“ unterbinden



Seit 1998 sind Sanierungsgewinne nicht mehr steuerfrei!

- Darstellung des Schulderrlasses durch ertragswirksame Ausbuchung der Verbindlichkeit in der Steuerbilanz
- Verrechnung mit bestehenden Verlustvorträgen
- Betrachtung hoher Forderungsverzichte als AO-Ertrag



**Finanzamt als neuer Gläubiger!**

## **7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen**

### **die steuerliche Betrachtung von Sanierungsgewinnen**



Möglicher Sanierungsbeitrag durch die Finanzverwaltung



Allg. Voraussetzungen für Billigkeitsmaßnahmen nach § 227 AO

- sachlicher Billigkeitsgrund: der Gesetzgeber hätte die zu klärende Frage im Sinne der beabsichtigten Billigkeitsmaßnahmen entschieden.
- Juristen und Steuerberater sind der Meinung, dass die zur Zeit noch gültige Bevorrechtigung des Fiskus vor allen anderen Gläubigern einer Überprüfung durch den EUGH nicht standhalten würde.

## **7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen**

### **die steuerliche Betrachtung von Sanierungsgewinnen**



BMF-Schreiben vom 27.03.2003

Die Steuer auf Sanierungsgewinne ist gem. § 163 AO abweichend so festzusetzen, dass Verluste und negative Einkünfte unbeschadet von Ausgleichs- und Verrechnungsbeschränkungen bis zur Höhe des Sanierungsgewinns mit diesen verrechnet werden müssen. Verluste bzw. negative Einkünfte sind insoweit aufgebraucht und gehen nicht mehr in den nach § 10 d Abs. 4 EStG festzustellenden verbleibenden Verlustvortrag ein.

Dem Steuerpflichtigen wird sein Antrag nach § 222 AO auf Stundung der Steuern aus dem restlichen Sanierungsgewinn unter Widerrufsvorbehalt nur dann entsprochen, wenn er vorher nach § 163 AO der Verlustverrechnung zugestimmt hat.

## **7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen**

### **die steuerliche Betrachtung von Sanierungsgewinnen**

Nach § 272 AO sind nach abschließender Prüfung und nach Feststellung der endgültig auf den verbleibenden zu versteuernden Sanierungsgewinn entfallenen Steuern, die ggf. erhobenen Stundungszinsen zu erlassen.  
(Ermessensreduzierung auf null)

Unberührt von der vorgenannten Sonderregelung bleibt die Möglichkeit, die Steuern aus dem Sanierungsgewinn unter den allgemeinen Voraussetzungen zu stunden oder zu erlassen. Hierbei ist zu beachten, dass die Auswirkungen der steuerlichen Festsetzung in dem Sanierungskonzept bzw. dem Gutachten schon im Vorfeld als Szenario bezogen auf die Liquiditätssituation des Unternehmens darzustellen sind (sachlicher Billigkeitsgrund, Erlasswürdigkeit bzw. so genannte Erlassbedürftigkeit). Diese drei Punkte bleiben durch die vorgenannte Sonderregelung unberührt.

Ob und inwieweit Gewerbesteuer gestundet bzw. erlassen wird, ist nicht von den Finanzbehörden zu entscheiden, sondern liegt im Ermessensbereich der zuständigen Gemeinden.

## **7. Unternehmensberater als Sachverwalter bei vorinsolvenzlichen Sanierungen**

### **die steuerliche Betrachtung von Sanierungsgewinnen**



Praxishinweise



Einbeziehung der aktuellen Rechtsprechung, formaler Hinweise von BMF-Schreiben unter Quellennennung in Sanierungskonzepten und Gutachten.



Bei zögerlicher Bearbeitung: Hinweis an das FA, dass ggf. die OFD hinzugezogen werden sollte.