

# ***Unkelbach Treuhand GmbH***

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Steuerberatungsgesellschaft

Kaiser-Joseph-Straße 260

D-79098 Freiburg

Telefon 0761/38542- 0

Telefax 0761/38542-77

e-mail: [info@unkelbach-treuhand.de](mailto:info@unkelbach-treuhand.de)

[www.unkelbach-treuhand.de](http://www.unkelbach-treuhand.de)

HRB 3750 AG Freiburg i. Br.

USt.-Id.Nr.: DE142114604

Geschäftsführer:

Dipl.-Volkswirt Peter Unkelbach WP/StB

In Zusammenarbeit mit

Hansen Schnepfer

Rechtsanwälte

[www.hansen-schnepfer.de](http://www.hansen-schnepfer.de)

## **Unternehmenssanierung mit Auffanggesellschaften außerhalb des Insolvenzverfahrens**

**von WP/StB Dipl. Volkswirt Peter Unkelbach**

Von dem Wirtschaftsinformationsdienst Creditreform werden für 2003 für die Bundesrepublik rd. 40.000 Unternehmensinsolvenzen erwartet, was zu schätzungsweise rd. 600.000 Arbeitsplatzverlusten führt. Gemessen an der Beschäftigtenzahl entfallen rd. 70 % der Unternehmensinsolvenzen auf Unternehmen mit bis zu fünf Beschäftigten, häufig ist die Rechtsform der GmbH betroffen. Die Baubranche ist besonders insolvenzgefährdet.

Die betriebsinternen Insolvenzursachen werden teilweise gesamtwirtschaftlich verstärkt. So führt neben der Globalisierung die Erweiterung der europäischen Union zu einem Druck auf die Preise, da Wettbewerb um Kunden zu kostengünstigeren Produktionsverlagerungen führt. Die Gemeinschaftswährung Euro verhindert vorher mögliche Abwertungen der D-Mark zur Stabilisierung der Beschäftigung. Die Forderungsausfälle der Banken durch kleinere und mittelständische Unternehmen sowie die, durch das Unternehmensrating verstärkte, Transparenz der Unternehmen verschärfen ebenfalls das Insolvenzklima über eine vorsichtigeren Kreditvergabe der Institute.

Zahlungsunfähigkeit und Überschuldungen sind die Indikatoren der vorliegenden Insolvenz. Die betriebswirtschaftlichen Ursa-

chen, die zu dieser Situation geführt haben, liegen jedoch im Vorfeld und auf einer anderen Ebene. Empirische Untersuchungen der Krisentypen weisen auf wegbrechende Stützpfeiler des Unternehmens im Absatzbereich, Vernachlässigung der Forschung und Entwicklung, unvorbereitete Expansion und wenig flexible Unternehmensführung hin. Bei mittleren und kleineren Unternehmen liegt die Insolvenzursache meist in der zu starken Abhängigkeit auf der Absatz- oder Beschaffungsseite. Insgesamt lässt sich feststellen, dass der Insolvenz meist eine Liquiditätskrise, dieser eine Erfolgskrise, dieser eine Strategiekrise und dieser wiederum eine Führungskrise vorausgeht. An der Unternehmensspitze werden die falschen oder keine Entscheidungen getroffen.

Nun zum Thema: Eine übertragende Sanierung, also die Entkernung des gesunden Teils aus dem insolvenzgefährdeten Unternehmen durch Übertragung auf ein neues Unternehmen muss betriebswirtschaftlich fundiert sein, soll das neue Unternehmen, die sog. Auffanggesellschaft, nicht bald das gleiche Schicksal wie der bisherige Unternehmensträger erleiden.

Dient das Insolvenzverfahren vorrangig der Befriedigung der Gläubiger und verliert hierbei der Unternehmensführer seinen Einfluss weitgehend an den Insolvenzverwalter, kann bei der übertragenden Sanierung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens der bisherige Unternehmer weiterhin unternehmerisch aktiv bleiben, wenn Regeln beachtet werden und bestimmte Bedingungen erfüllt sind. Eine übertragende Sanierung innerhalb des Insolvenzverfahrens ist in der Insolvenzordnung vorgesehen und wird häufig praktiziert. Die übertragende Sanierung außerhalb des Insolvenzverfahrens steht deshalb in der Kritik, weil ihr die Legitimation denjenigen gegenüber abgesprochen wird, die die Sanierungsoffer bringen, also gegenüber den Gläubigern. Ihnen verbleibt der Zerschlagungswert des nicht mehr lebensfähigen Restunternehmens, während der werthaltige Ertragswert des sanierten Unternehmens auf einen neuen Rechtsträger übergeht. Offensichtlich ist die Kritik eine Frage des Blickwinkels, aus dem man die Sanierung betrachtet. Je-

denfalls eröffnet sie dem bisherigen Unternehmer neben der weiteren beruflichen Tätigkeit in Verbindung mit einer Restschuldbefreiung aus den meist übernommenen Bürgschaften oder betrieblich verursachten Verbindlichkeiten die Rettung seiner bürgerlichen Existenz. Das Modell bietet also Chancen, birgt aber auch Risiken. Zunächst zu den Chancen.

Mit einer entsprechenden sachgerechten Einbindung in das neue Unternehmen kann der bisherige Unternehmer weiterhin unternehmerisch tätig werden. Der Wirkungsbereich des Insolvenzverwalters wird auf das bisherige Unternehmen, aus dem die lebensfähigen Teile übertragen wurden, beschränkt.

Der Unternehmer ist grundsätzlich frei in der Auswahl der Unternehmensteile, die auf den neuen Rechtsträger übertragen werden.

Die Preisbildung für die übergehenden Wirtschaftsgüter wird ohne direkte Einflussnahme des Insolvenzverwalters vollzogen. Der Übertragungsvertrag wird von den Gläubigern nur bedingt beeinflusst und kann zeitlich schnell vollzogen werden.

Die Kundenbeziehungen bleiben weitgehend störungsfrei, da der Unternehmer identisch ist, der Marktauftritt bleibt einheitlich.

Die Risiken der übertragenden Sanierung im Vorfeld der Insolvenz des bisherigen Unternehmensträgers sind beachtlich, aber beherrschbar.

Werden die Insolvenzursachen des übertragenden Unternehmens nicht erkannt und nicht behoben, wird die Auffanggesellschaft in kurzer Zeit in der gleichen Situation wie das bisherige Unternehmen stecken und ein wiederholter Kapitalverlust wird eintreten.

Rechtlich ist insbesondere eine Haftung des Erwerbers (Auffanggesellschaft) aus einer Firmenfortführung zu vermeiden. Die Haftung greift bei Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Le-

benden und Fortführung dieses Handelsgeschäfts als wesentlichem Kern unter der bisherigen Firma (Kern und prägende Zusätze). Die Haftung aus der Firmenfortführung ist umfassend. Alle im bisherigen Betrieb begründeten Verbindlichkeiten gehen auf den neuen Rechtsträger über. Sind die Kundenbeziehungen personenbezogen, ist durch sachgerechte Firmenbildung diese Haftungsgrundlage ausschaltbar.

Hinsichtlich von Steuerverbindlichkeiten des alten Unternehmensträgers wird eine Haftung der Auffanggesellschaft nach der Abgabenordnung dann begründet, wenn wesentliche Betriebsgrundlagen auf den Erwerber übergehen. Eine Haftung kommt dann nicht in Betracht, wenn der frühere Betriebsinhaber eine wesentliche Betriebsgrundlage zurückbehält und erst später übereignet. Als wesentliche Betriebsgrundlagen kommen für das Unternehmen besonders wichtige Wirtschaftsgüter in Betracht, insbesondere Geschäftsgrundstücke, das Warenlager und Maschinen. Ein Haftungsübergang auf den neuen Rechtsträger ist bei hohen Steuerverbindlichkeiten also durch entsprechende Gestaltungen des Betriebsübergangs vermeidbar, insbesondere weil der zu übertragende gesunde Kern regelmäßig kleiner ist als das bisherige Unternehmen.

Eine Unternehmenskrise ist häufig durch einen Überbestand an Personal und rückständige Löhne und Gehälter gekennzeichnet. Ein vollständiger Übergang der Rechte und Pflichten aus Arbeitsverhältnissen bei Betriebsübergang macht daher Sanierungsbemühungen über Auffanggesellschaften schnell zunichte. Nun wird aber bei übertragenden Sanierungen in der Regel nicht das gesamte bisherige Unternehmen übernommen, sondern nur lebensfähige Teile. Auch findet ein Übergang der Arbeitsverhältnisse nicht statt, wenn der bisherige Betrieb stillgelegt wurde oder betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen wurden.

Da die Auffanggesellschaft regelmäßig Maschinen und Vorräte des Altunternehmens übernimmt und diese meist dem Unternehmen teilweise nicht gehören, so bei geleasteten Wirtschafts-

gütern, oder unter Eigentumsvorbehalt stehen, üblich bei gelieferten Waren, wird die Auffanggesellschaft bei fehlendem gutgläubigen Erwerb nicht Eigentümer. Die Auffanggesellschaften nehmen diese Klippe regelmäßig dadurch, dass in der Übertragungsphase der bisherige Unternehmer diese nicht vertritt und nicht als Gesellschafter auftritt.

Geht die Übertragungsgesellschaft in Insolvenz, ist davon auszugehen, dass der Verwalter die Vermögensübertragungen anfechtet. Dies wird regelmäßig dann geschehen, wenn die Gläubiger in ihrer Gesamtheit objektiv benachteiligt sind. Das ist der Fall, wenn durch das vorgenommene Übertragungsgeschäft die Haftungsmasse unmittelbar oder mittelbar verkürzt wurde. Die Beweislast hierfür liegt beim Verwalter. Die Auffanggesellschaft hat, um einer Anfechtung gegenüber treten zu können, insbesondere die für sie günstigen Preisstellungen der übernommenen Wirtschaftsgüter sachgerecht zu dokumentieren. Entgegen kommt ihr hierbei, dass im Vorfeld der Insolvenz regelmäßig die Absatzmärkte verstopft sind und Rückgaben an Lieferanten nur zu einem Bruchteil des Einstandspreises möglich sind.

Bei der Sanierung durch eine Auffanggesellschaft vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gilt es auch Insolvenzdelikte zu vermeiden. Genannt seien hier der Bankrott, also insbesondere Beseitigung von Wirtschaftsgütern des alten Unternehmens, die Verletzung der Buchführungspflicht, die Begünstigung von einzelnen Gläubigern oder Schuldnern. Die Person des Unternehmers ist bei der insolventen GmbH auch durch eine Insolvenzverschleppung, also die verspätete Beantragung des Insolvenzverfahrens gefährdet. Deliktische Bereiche liegen weiterhin bei möglichem Betrug und insbesondere beim Kreditbetrug sowie bei der Untreue gegenüber dem bisherigen Unternehmen.

Nach obigen Ausführungen ist für die Auffanggesellschaft die Rechtsform einer beschränkt haftenden Gesellschaft geeignet. Da das übertragende Unternehmen regelmäßig insolvenzgefährdet ist und Insolvenzanfechtungen wenig Angriffsfläche ge-

boten werden sollte, ist es zweckmäßig, wenn der bisherige Unternehmer an der Auffanggesellschaft nicht beteiligt ist und in der Anfangsphase diese Gesellschaft nicht als Geschäftsführer vertritt. Bei der Geschäftsführung können später Änderungen vorgenommen werden. Bei der Beteiligung des Ehepartners oder von Verwandten an der Auffanggesellschaft besteht die Gefahr der Anfechtung bei vorhergehenden Vermögensübertragungen auf diese Personen. Üblich ist daher die Kapitalausstattung der Auffanggesellschaft durch Dritte, beispielsweise Beteiligungsgesellschaften, die dem Unternehmer eine Kaufoption auf die Anteile einräumen.

Der bei der Auffanggesellschaft beschäftigte Unternehmer wird bei entsprechendem Sachverhalt regelmäßig eine Restschuldbefreiung beantragen, so dass er nach den sechs Jahren die Option auf die Anteile an der Auffanggesellschaft ausüben kann und damit der Sanierungsvorgang auf unternehmerischer und privater Ebene insgesamt als abgeschlossen betrachtet werden kann.

Quintessenz: Eine Sanierung des Unternehmens und des Unternehmers über eine Auffanggesellschaft vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt betriebswirtschaftlich regelmäßig zu spät, sie eröffnet dem Unternehmer jedoch die Möglichkeit, weiterhin unternehmerisch tätig zu bleiben und dem Insolvenzverwalter der Übertragungsgesellschaft eine, für diesen ungewohnte, Arbeitsteilung zuzuweisen. Er führt die Geschäfte des rentablen Unternehmensteils in der Auffanggesellschaft weiter, während der Insolvenzverwalter die geschmälerete Masse verwertet und verteilt. Tücken der Strategie liegen in der notwendigen Eliminierung der betriebswirtschaftlichen Insolvenzursachen sowie in der anfechtungsfreien Übertragung der Wirtschaftsgüter und dem Ausschluss sonstiger Haftungsübernahmen für die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft. Der Reiz des Modells liegt in der Rettung der unternehmerischen Selbständigkeit und der bürgerlichen Existenz des Unternehmers. Die moralische Legitimation der Durchsetzung der Strategie muss der Unternehmer selbst verantworten. Hilfe

hierbei wird ihm die Analyse seiner Insolvenzursachen geben. Waren die Rahmenbedingungen seines unternehmerischen Handels (Globalisierung, EU-Erweiterung, Euro-Einführung, Orientierung der Gewerkschaftsforderungen an der Stärkung der Kaufkraft über höhere Löhne, Kreditverknappung, Steuerquote, etc.) wirklich so gestellt, dass er seiner gesamtwirtschaftlichen Aufgabe mit der gleichen Chance nachkommen konnte wie die andere Hälfte der durch die Staatsquote halbierten Nation?