

MERKBLATT

Weiter selbstständig trotz Insolvenz

Kurz gesagt

Ist die Verschuldung zu groß, führt am Insolvenzverfahren kein Weg mehr vorbei. Viele Selbstständige würden jedoch am liebsten selbstständig bleiben. Dafür gibt es verschiedene Gründe: Entweder finden die Betroffenen aufgrund ihres Alters oder der Arbeitsmarktsituation keine andere Beschäftigung. Es ist aber auch denkbar, dass die Firma an sich in kleinem Rahmen nach einer Sanierung recht gut läuft, aber schlichtweg die Altschulden zu groß sind.

Die Insolvenzordnung (InsO) kann dem/der Unternehmer*in die Perspektive eröffnen, in der Selbstständigkeit zu verbleiben und dennoch nach drei Jahren eine „Restschuldbefreiung“ zu erlangen. Allerdings finden sich auf diesem Weg einige Hürden, über die man sich klar sein muss.

Letztlich kommt eine solche Lösung häufig nur für die in Betracht, die mit ihrer Selbstständigkeit sicher und nachhaltig in den nächsten drei Jahren ein Einkommen erzielen können, das ungefähr dem einer entsprechenden angestellten Tätigkeit entspricht.

Für Sie möglicherweise auch von Belang:

Merkblatt
„Überblick InsO“

Merkblatt
„Praxistipps Insolvenz“

Merkblatt
„Insolvenzstraftaten“

Die häufigsten Fragen

- ❓ **FRAGE 1:** *Ich will für mein Unternehmen Insolvenz beantragen, aber weiter selbstständig bleiben und eine Restschuldbefreiung erhalten. Ist das möglich und welche Risiken birgt das?* ⚠️ **Antwort 1**
- ❓ **FRAGE 2:** *Wieviel Geld muss ich als Selbständige*r eigentlich an den Treuhänder zahlen und wieviel bleibt für mich?* ⚠️ **Antwort 2**
- ❓ **FRAGE 3:** *Die Gewerbeaufsicht hat mir die weitere Ausübung meines Gewerbes untersagt. Kann ich trotzdem während der Restschuldbefreiung die Selbstständigkeit aufrechterhalten?* ⚠️ **Antwort 3**

⚠️ **ANTWORT 1 – Restschuldbefreiung trotz Selbstständigkeit**

Das Restschuldbefreiungsverfahren gilt für Verbraucher*innen und Unternehmer*innen gleichermaßen - trotz der missverständlichen allgemeinen Bezeichnung „Verbraucherinsolvenz“.

Aus § 295a InsO ergibt sich, dass der Schuldner auch im Restschuldbefreiungsverfahren selbstständig tätig sein kann, solange er „die Insolvenzgläubiger durch Zahlung an den Treuhänder so stellt, wie wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre“. Mit anderen Worten hat der Schuldner jedenfalls theoretisch ein Wahlrecht, ob er auf dem dreijährigen Weg zur Restschuldbefreiung einer selbstständigen oder nichtselbstständigen Tätigkeit nachgehen will. Auch ein Wechsel zwischen den Beschäftigungsformen ist möglich.

Leider bleiben bei diesem Verfahren einige Hürden zu überwinden. Das betrifft z.B. die Frage, wie während des ersten Verfahrensschrittes, also im Regelinsolvenzverfahren, das Geschäft fortgeführt werden kann. Eigentlich ist während dieser Phase nämlich der Insolvenzverwalter Herr des Vermögens. Damit wäre für ihn die Verpflichtung verbunden, im Betrieb des Schuldners auch für alle laufenden berufsbedingten Ausgaben einzustehen und schlimmstenfalls für betriebswirtschaftliche Fehlkalkulationen persönlich haften zu müssen. Bei unzureichenden Einnahmen können unrentable Betriebsfortführungen somit für den Verwalter sehr schnell zu einem wahren Alptraum werden. Es gibt aber auch gemäß § 35 II InsO die inzwischen in der Regel genutzte Möglichkeit für den Verwalter, die beruflich selbstständige Tätigkeit des Schuldners komplett zu dessen freier Verfügung zu überlassen (meist als „**Freigabeerklärung**“ bezeichnet). Die weitere selbstständige Tätigkeit fällt dann nicht ins Insolvenzverfahren, sondern der Selbstständige tritt weiter in Eigenregie auf.

Möchten Sie weiter selbstständig sein und sich nicht dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellen, müssen Sie mit Ihrer Selbstständigkeit normalerweise den Betrag erwirtschaften, den Sie auch als Angestellte*r verdienen würden (**s. Antwort 2**). Sie müssen also den Insolvenzverwalter davon überzeugen, dass sich ihre Selbstständigkeit für die Gläubiger lohnt und der Erfolg wahrscheinlich ist. Dafür spricht erst einmal nicht so viel. Immerhin haben Sie gerade mit der Selbstständigkeit eine Insolvenz „hingelegt“. Nur wenn sich der Insolvenzverwalter höhere oder sicherere Einnahmen aus der selbstständigen Tätigkeit verspricht, als Sie auf dem Arbeitsmarkt in angestellter Tätigkeit erzielen könnten (hängt vom Alter und der Ausbildung ab), wird er sich für die Idee erwärmen können, Sie weiter selbstständig tätig sein zu lassen.

Tipp: *Legen Sie dem Insolvenzverwalter einen regelrechten „Business-Plan“ für die Weiterführung Ihrer selbstständigen Tätigkeiten vor. Dieser muss nicht nur die üblichen Inhalte haben (warum Sie mit welchen Produkten oder Dienstleistungen Erfolg haben werden, wie die Finanzierungsplanung aussieht etc.). Wichtig ist es vor allem auch, überzeugend darstellen zu können, wo die bisherigen Probleme lagen und warum es diese in Zukunft nicht mehr geben wird.*

Der Schuldner, der während der Restschuldbefreiungsphase mit Einwilligung des Insolvenzverwalters/Insolvenzgerichts weiterhin selbstständig bleibt, wird im Übrigen auch die bisherigen Arbeitsmittel, also die Gegenstände, die er zur Ausübung seiner selbstständigen Tätigkeit braucht, trotz Insolvenzverfahren behalten können. Gegenstände, die zur Fortsetzung der persönlichen Erwerbstätigkeit dienen, sind nämlich nach § 811 I Nr. 5 ZPO unpfändbar. Und unpfändbare Gegenstände fallen gem. § 36 I InsO nicht in die Insolvenzmasse. Aber da das wieder nur gilt, wenn Sie weiter selbstständig sein können, müssen Sie in der Praxis auch über die Betriebsmittel mit dem Insolvenzverwalter verhandeln. Das alles gelingt nur mit einem überzeugenden Fortführungsplan. Dabei kann Sie die FIRMENHILFE gerne unterstützen.

ⓘ ANTWORT 2 – Höhe des eigenen Einkommens in der Insolvenz

Nicht ganz einfach zu beantworten ist die Frage, in welcher Höhe der Schuldner später im Restschuldbefreiungsverfahren an den Treuhänder sein Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit abführen muss.

Das Gesetz gibt zunächst folgenden Rahmen: Die Höhe der Zahlungen an den Treuhänder richtet sich nicht nach dem wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens während des Restschuldbefreiungsverfahrens. Allein ausschlaggebend für die Höhe der Zahlung ist der entsprechende (pfändbare) Betrag, den der Schuldner in einer seiner Qualifikation gemäßen Anstellung theoretisch hätte verdienen können! Wer also mit seiner Selbstständigkeit weniger verdient, als er mit seiner Ausbildung in angestellter Tätigkeit verdienen würde, würde am Ende die Restschuldbefreiung nicht schaffen können!

Beispiel: *Ein 55-jähriger Fliesenleger mit einem Kleinbetrieb möchte gerne weiter selbständig sein. Er würde angestellt geschätzt 2100,-€ netto verdienen. Hat er keine Unterhaltungspflichten wären entsprechend Stand 2021 645,- € pfändbar und an den Treuhänder abzuführen. Auch als Selbständiger müsste er nach dem Gesetz diese Summe im Monat aufbringen können, wird er aber dafür vielfach nicht genug verdienen.*

Weil nun gar nicht so selten mit der Selbstständigkeit weniger verdient wird, als mit einer (fiktiven) Anstellung bleibt nur eine Verhandlungslösung: Wenn Sie mit einem guten Geschäftsplan glaubhaft machen können, dass Sie voraussichtlich einen gewissen Betrag (vielleicht 200-300 Euro) pro Monat an den Treuhänder zahlen könnten und Sie auf der anderen Seite nachweislich keine gut bezahlte angestellte Tätigkeit finden könnten, wird sich ein Treuhänder evtl. im Interesse der Gläubiger mit dieser Idee anfreunden können.

Die Restschuldbefreiung ist aber z.B. gefährdet, wenn ein Gläubiger vor Gericht Erfolg mit seiner Klage hat, dass das zu Grunde gelegte Angestellteinkommen zu niedrig bemessen gewesen sei. Die Schätzung des fiktiven Angestellteingehaltes ist damit ein wichtiger ein Punkt, der dem Schuldner Probleme bereiten kann.

Tipp: *Um sicher zu gehen, räumt das Gesetz dem Schuldner seit 2021 die Möglichkeit ein, vom Gericht den Betrag festzulegen, der den (fiktiven) Bezügen entsprechen würde. Aber Achtung: Liegt der Betrag höher als der aus der selbständigen Tätigkeit zu erwartende Verdienst, hat der Schuldner ein Problem. Er kann dann noch versuchen in den erwähnten Verhandlungen mit Treuhänder und Gläubiger einen niedrigeren Betrag in seiner Abführungsvereinbarung festzuschreiben, wenn z.B. die Wahrscheinlichkeit aufgrund seines Alters etc. gering ist, dass er überhaupt bald eine angestellte Tätigkeit finden könnte. Auch für die Insolvenzgläubiger ist ja ein kleiner Betrag doch besser als die Situation, dass der Schuldner sich arbeitslos mit Sozialhilfeniveau melden muss und wenn überhaupt erst kurz vor Ende der Dreijahresfrist eine entsprechende Anstellung finden würde.*

Grundsätzlich besteht ein Restrisiko, dass trotz einer Einigung mit dem Treuhänder auf eine bestimmte Summe, ein Gläubiger im Nachhinein sagt, dass dies schlicht und ergreifend zu wenig im Vergleich zu einer angestellten Tätigkeit gewesen ist. Die korrekte Höhe festzulegen ist rechtlich nämlich nicht Sache des Treuhänders, sondern des Schuldners. Der trägt also das Risiko, dass ihm die Restschuldbefreiung versagt wird, wenn er nicht genug gezahlt hat. Wichtig ist deswegen eine gemeinsame Vereinbarung mit allen Gläubigern oder der Nachweis, dass man sich parallel auch ständig um eine lukrativere angestellte Tätigkeit bemüht hat. Wenn es nämlich nicht möglich war, eine besser bezahlte Anstellung zu finden, hätte man eben auch nicht mehr an den Treuhänder zahlen müssen und hat damit alles korrekt gemacht.

BGH, Beschl. v. 17. 1. 2013 – IX ZB
98/11

! ANTWORT 3 – Problemfall Gewerbeuntersagung

In manchen der Fälle, in denen der Weg der in diesem Merkblatt skizzierten „kleinen Sanierung“ im Rahmen des Restschuldbefreiungsverfahrens sinnvoll wäre, ergibt sich ein Sonderproblem, wenn gerade wegen der Überschuldung die weitere Ausübung des selbstständigen Gewerbes gem. § 35 GewO untersagt ist. Nach der Gewerbeordnung ist die Ausübung eines Gewerbes zu untersagen, wenn der Gewerbetreibende „unzuverlässig“ ist. Jedoch ist die Rolle der Schulden auch vom jeweiligen Gewerbe abhängig. Ein Beispiel, in dem es üblicherweise zur Gewerbeuntersagung kommt sind Makler. Letztendlich ist dies allein eine Frage des Rechts der Gewerbeaufsicht. Hier wird auf verwaltungsrechtlichem Weg zu überprüfen sein, ob die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu einer Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden führt oder ob diese z.B. durch erhebliche Steuerrückstände oder nicht abgeführte Sozialabgaben ausgelöst wurde. „Ungeordnete Vermögensverhältnisse“ können mit anderen Worten dafür ein wichtiges Indiz sein. Allein die Überschuldung, die das Insolvenzverfahren auslöst, ist aber noch kein ausreichender Grund, eben so wenig wie das Restschuldbefreiungsverfahren.

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss
vom 10. 4. 2001; AZ. 4 A 5159 / 00

VG Berlin, Urt. v. 1. 6. 2012 – VG 4 K
23/11

Tipp: Wenn das Gewerbeaufsichtsamt Ihnen also das Gewerbe untersagt, kann man versuchen, dagegen vorzugehen und zunächst einen Widerspruch einlegen. Auch hier hilft ein gut ausgearbeiteter Geschäftsplan, der die Vergangenheit ehrlich aufarbeitet und die Chancen für die Zukunft realistisch darstellt, enorm.

Wenn jedoch eine rechtskräftige Untersagung vorliegt, bleibt dem Schuldner die Möglichkeit einer weiteren entsprechenden Selbstständigkeit versperrt. Will er Restschuldbefreiung, muss er sich eine abhängige Beschäftigung suchen oder sich arbeitslos melden.

Impressum

Herausgeber FIRMENHILFE Beratungshotline für Selbstständige
Vertretungsberechtigt und inhaltlich verantwortlich:
EVEREST GmbH, Deichstraße 29, 20459 Hamburg
Geschäftsführer: Dr. Jan Evers
Amtsgericht Hamburg HRB 103357
Mo. – Fr. 9-13 Uhr, Tel.: 040 43216949

Redaktion Dieses Merkblatt wurde für die FIRMENHILFE erstellt von Dr. Ulrich Krüger, Hamburg.
Layout und Endredaktion: Marco Habschick

© 2021 Dieses Merkblatt ist ausschließlich zur persönlichen Information bestimmt. Unzulässig ist es, ohne Zustimmung der FIRMENHILFE Inhalte kommerziell zu nutzen, zu verändern oder zu veröffentlichen.

Stand April 2021

**Gefördert
durch:**



Hamburg

Das Projekt wird von der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH) finanziert.