

Buchalik Brömmekamp

NEWSLETTER

EDITORIAL

Sehr geehrte Geschäftsfreunde,

erfreulicherweise spiegelt das Zitat des vormaligen Berliner Bürgermeisters, Klaus Wowereit, „Berlin ist arm, aber sexy!“ nicht im Geringsten die Entwicklung des ersten Jahres unseres Berliner Standortes wider. Erfreulicherweise konnte das Berliner Team in den ersten elf Monaten bereits drei Unternehmen im Berliner Umland erfolgreich im Wege der Eigenverwaltung sanieren. Die Bearbeitung zweier weiterer, auch überregional bekannter und größerer Sanierungsmandate, läuft auf Hochtouren. Diese Entwicklung widerspricht dem Trend, wonach von den fünf größten Verfahren des ersten Quartals dieses Jahres lediglich ein einziges als Eigenverwaltungsverfahren geführt wird. Wir widmen uns mit großem Einsatz und Überzeugung der weiteren Verbreitung des „ESUG-Gedankens“ in der Sanierungsszene, die nach wie vor von Rückgängen der Anzahl der Unternehmensinsolvenzen geprägt ist. Diese scheinbar positiven Signale sollten nicht davon ablenken, dass die deutsche Wirtschaft trotz Wachstums mit substanziellen Risiken zu kämpfen hat. Diese sehen wir in der Kulturentwicklung Chinas, einem drohenden Brexit und nicht zuletzt der in nahezu sämtlichen Geschäftsmodellen Einzug haltenden Digitalisierung. Bisher schlägt sich die verhaltene Entwicklung des asiatischen Marktes in der stark exportorientierten deutschen Unternehmerlandschaft erstaunlicherweise nur bedingt nieder. Ganz anders die fortschreitende Digitalisierung, die z. B. die – ohnehin skandalgebeutelte – Automobilindustrie nebst sämtlicher diesbezüglicher Zulieferer vor neue Herausforderungen bei der Entwicklung alternativer Antriebe, mithin der Überprüfung der gesamten Produktpalette stellt. Ebenso

bewirkt diese Entwicklung größere Schwierigkeiten bei sämtlichen Filialbetrieben. Hinzukommen die „Spätfolgen“ des Mindestlohngesetzes, die sich aktuell in medienrächtigen Großinsolvenzen – beispielsweise von Bäckereiketten, Modebetrieben und nicht zuletzt Bewachungsunternehmen – niederschlagen. Inwieweit die von der EU-Kommission allen Mitgliedsstaaten gestellte Herausforderung der Einführung eines außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens (vgl. hierzu insbesondere die Seiten 2–5 dieses Newsletters) den oben geschilderten Trend der rückläufigen Unternehmensinsolvenzzahlen – trotz der umrissenen Schwierigkeiten/Risiken – entgegenzuwirken vermag, bleibt abzuwarten. Dieses neue Verfahren, in dessen Ausgestaltung wir uns natürlich aktiv einbringen, wird uns eine weitere Möglichkeit bieten, in wirtschaftliche Schieflage geratene Unternehmen schon sehr früh nachhaltig zu sanieren. Sobald greifbare Eckpunkte verabschiedet wurden, werden wir Sie selbstverständlich gesondert über die sich hieraus ergebenden neuen Chancen – aber auch über die Risiken – informieren.

Ich wünsche Ihnen eine abwechslungsreiche Lektüre und viel Vergnügen mit diesem Newsletter.

Ihr



Dr. Hubertus Bartelheimer



- 02 Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren ante portas!? (Teil 2)
- 06 Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren der Eigenverwaltung – Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 24.3.2016 – IX ZR 157/14
- 08 Eigenverwaltung für Freiberufler und Kleinunternehmer – Sanierungschancen optimal und Zulassung gesichert!
- 11 Einkauf in China – Chancen und Herausforderungen der Beschaffung im „Reich der Mitte“
- 14 Wie die digitale Welt den Kaufprozess beeinflusst
- 16 Gesellschafterdarlehen anfechtungsfest gestalten – Risiken in Millionenhöhe vermeiden
- 18 Penn Textile Solutions – dank Eigenverwaltung wieder auf Erfolgskurs
- 20 Die Zulässigkeit von Ausschlussklauseln im Insolvenzplan
- 22 Haftungsfalle „staatliche Beihilfen“
- 24 Aktuelles

Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren ante portas!?

(Teil 2)

Im letzten Newsletter berichtete ich über die Initiative der EU-Kommission, voraussichtlich im 4. Quartal dieses Jahres einen Legislativentwurf zur insolvenzvermeidenden Sanierung von Unternehmen und zur sogenannten „zweiten Chance“ zu präsentieren. Daraufhin fand am 18.02.2016 im Justizministerium in Berlin eine Gesprächsrunde unter Einbeziehung ausgewählter Insolvenz- und Sanierungsexperten sowie diverser Interessenverbände statt, in der die Umsetzung des erwarteten Legislativentwurfes ergebnisoffen diskutiert wurde. Die wesentlichen Inhalte eines solchen Verfahrens zeichnen sich bereits im Groben ab.

Selbstständiges Sanierungsgesetz

Das vor-, bzw. – präziser formuliert – das außerinsolvenzliche Verfahren wird sich vermutlich in einem selbstständigen Sanierungsgesetz wiederfinden, um jeglichen Bezug zu einem förmlichen Insolvenzverfahren zu vermeiden. Gleichwohl sollte sich das neue Gesetz durchaus in einigen Punkten an die Regelungen über die insolvenzrechtlichen Sanierungsinstrumente der §§ 270a, b InsO anlehnen, um diesbezüglich auf bereits Bewährtes und Erprobtes zurückzugreifen.

Die Kommissionsempfehlung soll nicht für Verbraucher gelten. Für diese bleibt es grundsätzlich bei den Regelungen der Insolvenzordnung, insbesondere dem Institut der Restschuldbefreiung. Allerdings regt die Kommission an auszuloten, ob einige Empfehlungsprinzipien auch auf Verbraucher anzuwenden seien.

Das Sanierungsverfahren soll nur ein Angebot für das in die Krise geratene Schuldnerunternehmen sein, sich schnell und still zu sanieren. Eine Verpflichtung, diesen Weg zu beschreiten, darf es nicht geben. Deswegen kann das Initiativrecht denknotwendig nur beim Schuldnerunternehmen liegen.

Ein Gerichtsverfahren „light“

Die Kommissionsempfehlung sieht zwar grundsätzlich eine gerichtliche Befassung vor, verlangt aber ausdrücklich nicht, dass für die Einleitung der Restrukturierung ein formales gerichtliches Verfahren eröffnet werden muss. Zu Gunsten eines möglichst geräuschlosen, schlanken und kostengünstigen Verfahrens sollte die Devise gelten: „So viel Gericht wie nötig und so wenig wie möglich“. Eine gerichtliche Befassung ist deshalb auf wenige Punkte (siehe dazu später) zu beschränken.

Drohende Zahlungsunfähigkeit

Intensiv wird derzeit noch diskutiert, welches Krisenstadium als „Einlassticket“ in das Verfahren vorliegen muss. Da es sich um ein strukturiertes Verfahren mit Eingriffen in Gläubigerrechte handelt, wird eine bereits ernstzunehmende Krise zu verlangen sein, ohne dass bereits eine Insolvenzantragspflicht besteht.

Es bleiben mithin die Fälle der drohenden Zahlungsunfähigkeit, bei der ein Insolvenzantragsrecht, aber keine Insolvenzantragspflicht besteht. Damit könnten einem drohend zahlungsunfähigen und sanierungswilligen Unternehmen künftig zwei Wege alternativ angeboten werden, nämlich entweder eine Insolvenzsanie rung in Eigenverwaltung („ESUG“) oder eine Außerinsolvenzsanierung unter dem Schutz des neuen Sanierungsgesetzes.

Ist der Schuldner nicht auf die besonderen liquiditätsschöpfenden „Segnungen“ einer insolvenzgerichtlichen Sanierung angewiesen, kann er im Rahmen des neuen Sanierungsgesetzes außerinsolvenzlich still sanieren. Beide Wege sollen das Unternehmen aus der drohenden Zahlungsunfähigkeit herausführen und dessen Bestand nachhaltig sichern.

Sanierungskonzept mit leistungswirtschaftlicher Sanierung

Die Empfehlung der EU-Kommission verhält sich recht kryptisch zu der Frage, ob das Verfahren primär der finanzwirtschaftlichen oder der leistungswirtschaftlichen Sanierung dienen soll. Das Verfahren ist nicht nur für Großunternehmen, sondern auch für klassische KMU gedacht. Diese plagen in aller Regel andere Sorgen als die Re- bzw. Umstrukturierung ihrer (Fremd)finanzierung. Deswegen sollte insbesondere auch die leistungswirtschaft-

lich-operative Sanierung gesetzlich im Mittelpunkt stehen. Das Schuldnerunternehmen sollte sich im Vorfeld Gedanken zur Sanierung gemacht und sein Konzept bzw. seinen Sanierungsplan mit Verfahrensbeginn erstellt haben. Wem dies zeitlich oder pekuniär nicht mehr möglich ist, dem steht der Weg einer Sanierung im Insolvenzverfahren offen. Was Art und Güte sowie Inhalt und Gestaltung des Plans anbetrifft, sollte auf den allseits anerkannten und gläubigerseits ohnehin meist verlangten IDW S6 – Standard zurückgegriffen werden.

Verständigung mit nur einzelnen Gläubigern

Der Plan muss einerseits die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens aufzeigen und den Weg dahin klar beschreiben, andererseits aber auch darlegen, welche Gläubiger in welcher Weise und mit welchen Beiträgen vom Plan betroffen sind.

Denn anders als im Insolvenzverfahren soll nach den Vorstellungen der EU-Kommission entsprechend den anglo-amerikanischen Vorbildern eine Verständigung mit nur einigen ausgesuchten Gläubigern oder Gläubigergruppen möglich sein, während die übrigen Gläubiger vom Verfahren gar nicht tangiert werden. Dies stellte in Deutschland einen gesetzlichen Paradigmenwechsel dar. Das hiesige Insolvenzrecht bezieht zwingend sämtliche Gläubiger ein und regelt grundsätzlich auch die Rechte derer, die sich gar nicht (aktiv) am Verfahren beteiligen.

Die Kommission spricht davon, dass Gläubiger mit unterschiedlichen Interessen auch in unterschiedlichen Klassen behandelt werden sollen und die mehrheitliche Zustimmung in jeder Klasse letztlich maßgeblich sein soll.

Dies erinnert sehr an die Struktur des Insolvenzplanverfahrens, und es spricht nichts dagegen, diese im Sanierungsverfahren grundsätzlich zu übernehmen. Wie im Insolvenzrecht wird auch im Sanierungsgesetz darauf zu achten sein, dass kein betroffener Gläubiger mit dem Sanierungsplan schlechter dastünde als im Falle einer Insolvenz. Minderheitenschutz und Obstruktionsverbot müssen auch hier gelten.

Sanierungsbescheinigung

Mit dem Plan sollte seitens des Schuldners eine Bescheinigung eines unbeteiligten Dritten vorgelegt werden, der bestätigt,

- dass der Schuldner einerseits drohend zahlungsunfähig, andererseits aber noch nicht insolvenzantragspflichtig ist,
- die Plansanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist,
- keine grobe Ungleichbehandlung oder Benachteiligung einzelner Gläubiger vorgesehen ist und
- es sich um einen redlichen, sanierungswürdigen Schuldner handelt.

Verfahrensablauf

Der Schuldner sollte das Verfahren formlos durch Übersendung/Präsentation des vollständigen Sanierungsplans sowie der Drittbescheinigung an die vom Plan betroffenen Gläubiger eröffnen. Er steuert vorzugsweise unter fachkundiger Mithilfe seiner Berater das Verfahren.

Dazu gehört auch die Koordination von Terminen sowie die Erörterung und Abstimmung mit den betroffenen Gläubigern. Fristgebunden ist dies grundsätzlich nicht. Der Schuldner wird ohnehin auf ein straffes Zeitmanagement achten.

Einer gerichtlichen Befassung bedarf es erstmals, wenn der Schuldner im Rahmen eines Moratoriums auf hoheitliche Maßnahmen angewiesen sein sollte. Entsprechend der Kommissionsempfehlung sollte auf Antrag des Schuldners vom Gericht ohne weitere Prüfung ein Moratorium gegenüber den vom Plan betroffenen Gläubigern ausgesprochen werden.

Die Kommission spricht nur (vermutlich beispielhaft) von der Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen, womit wohl hoheitliche Zwangsmaßnahmen gemeint sein dürften. Dies ist aus Gründen der Verfahrenseffizienz auf die Anordnung weiterer, das Schuldnerunternehmen schützende Maßnahmen auszuweiten, soweit und sofern sie dem Sanierungsziel dienen.

Um den Schuldner nicht gläubigerseits vom Sanierungsverfahren in die Insolvenz zwingen zu können, sollten beispielsweise auch Gestaltungsrechte wie Kündigungen vorübergehend suspendiert und Lösungsklauseln ausgesetzt sein. Allerdings ginge eine generelle Zahlungssperre für Altkreditoren zu weit und wäre auch kontraproduktiv.

Denn wenn der Schuldner – wie in der Insolvenz – sämtliche vor Antragstellung fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr zahle, wäre es mit einem stillen, smarten Sanierungsverfahren schnell vorbei. Aus diesem Grund dürfte conse-

quenterweise ein wie auch immer geartetes Moratorium nur die Plan-Gläubiger betreffen.

Nach der Kommissionsempfehlung soll auch die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt werden. Dem ist allerdings tunlich nicht zu folgen. Sollte während des Verfahrens ein Insolvenzeröffnungsgrund nach § 17 oder § 19 InsO eintreten, darf das Betreiben des Sanierungsverfahrens nicht von der Insolvenzantragspflicht entbinden.

Zwar sieht das Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) eine solche Suspendierung vor. Allerdings handelt es sich dabei bereits um ein formelles Insolvenzverfahren. Mit Eintritt der Insolvenzreife und einer entsprechenden Antragspflicht ist das Sanierungsverfahren beendet, weil eine außerinsolvenzliche Sanierung gescheitert ist. Die Kommission will zudem Insolvenzanträge durch Gläubiger suspendieren.

Das ist hinnehmbar, da ein Regulativ existiert, um bei Insolvenzreife auch wirklich ins Insolvenzverfahren zu wechseln. Wenn nämlich für den Schuldner weiterhin die Insolvenzantragspflichten gelten, wird er darauf achten, möglichst keinen Verschleppungstatbestand zu verwirklichen. Das sollte an Gläubigerschutz an dieser Stelle genug sein.

Der Schuldner soll nach der Kommissionsempfehlung die uneingeschränkte Verfügungsgewalt über sein Vermögen behalten und keinerlei besonderen Beschränkungen unterliegen. Dies entspricht im Grundsatz der Eigenverwaltung in der Insolvenz. Die Bestellung eines Mediators (zur Unterstützung) oder eines Beauftragten (zur Beaufsichtigung) durch das Gericht soll nach Ansicht der Kommission nicht verpflichtend sein, aber im Einzelfall vom Gericht angeordnet werden können.

Davon ist aus Gründen der Verfahrensökonomie restriktiv Gebrauch zu machen. Der Schuldner ist bereits durch den ihn in der Regel beratenden und begleitenden Planersteller sowie durch den Bescheiniger ausreichend fachkundig aufgestellt. Deshalb sollte die Einschaltung eines weiteren Verfahrensbeteiligten auf Fälle beschränkt bleiben, in denen Gläubiger in ihrem Interesse dem Schuldner mehrheitlich und aus darzulegenden plausiblen Gründen eine Person ihres Vertrauens zur Seite stellen wollen.

Nach der Kommissionsempfehlung soll das Gericht einen Sanierungsplan ablehnen können, wenn keine Aussicht auf Insolvenzvermeidung und Sanierung besteht. Diese Aufgabe sollte zur Entlastung des Gerichts dem Bescheiniger

zugewiesen werden, der bereits im Rahmen seiner Erstbescheinigung bei Verfahrenseintritt eine Überprüfung vorgenommen hat.

Die Kommunikation gegenüber Gläubigern und die Abstimmung über den Plan sollte der Schuldner selbst koordinieren. Der Erörterungs- und Abstimmungstermin muss auch nicht bei Gericht oder unter gerichtlicher Beteiligung stattfinden. Eine Protokollierung durch einen Notar kann völlig ausreichen. Nach der Kommissionsempfehlung soll der Plan jedenfalls dann gerichtlich bestätigt werden, wenn er von den zur Abstimmung aufgerufenen Gläubigern nicht einstimmig angenommen wird.

Zu präferieren ist es, den Plan stets obligatorisch gerichtlich bestätigen zu lassen. Denn auch bei Einstimmigkeit sollte ein Verfahren, das in Drittrechte eingreift, gegebenenfalls neue Vollstreckungstitel schafft und Rechtsmittelfristen auslöst, durch gerichtliche Bestätigung besonders legitimiert werden.

Da es in aller Regel mit einer reinen Bilanzsanierung nicht getan ist, weil die Gründe für die Schieflage zumeist im Operativen liegen, sollte im Sanierungsplan klar definiert werden, wie und unter welchen Voraussetzungen (z. B. Erreichen von Kennzahlen) die operative Sanierung als erfolgreich abgeschlossen gilt. Bis zu diesem Zeitpunkt sollte die Begleitung durch Planersteller/Berater verpflichtend sein. Der Überwachungsprozess ist zu definieren, z. B. durch Installieren eines Lenkungsausschusses.

Dem Geiste des ESUG folgend, sind Rechtsbehelfe auf ein Mindestmaß zu beschränken. Stets sollte die Darlegungs- und Beweislast beim Beschwerdeführer liegen und es sollte nur eine Rechtsmittelinstanz geben. Die einzige Rechtsbeschwerde sollte in Anlehnung an § 253 InsO in der Behauptung liegen, durch den Plan wirtschaftlich schlechter gestellt zu werden als ohne die Planlösung. Gegen Verfahrenshandlungen des Gerichts sollte es kein Rechtsmittel geben.

Die Kommission will Neufinanzierungen besonders schützen. Was darunter konkret zu verstehen ist, lässt sie offen. Man wird dies wohl so zu verstehen haben, dass sämtliche Finanzierungen – gleich welcher Art – gemeint sind, soweit sie (a) neu sind und (b) der Umsetzung des Plans und der Sanierung dienen.

Diese sind zwingend im Plan zu bezeichnen. Neue Finanzierungen bzw. Zins- und Tilgungsleistungen auf solche, sollten im Falle des Scheiterns des Verfahrens und einer

sich – innerhalb eines noch zu definierenden Zeitraums – anschließenden Insolvenz nicht anfechtbar sein. Noch offene Forderungen aus Neufinanzierungen sollten in Anlehnung an § 264 InsO in einer Insolvenz als bevorrechtigte Insolvenzforderungen im Range vor den einfachen Insolvenzgläubigern des § 38 InsO behandelt werden. Es würde sich anbieten, die Rechtsprechung des BGH zu Überbrückungs- und Sanierungskrediten bei der Gesetzesformulierung heranzuziehen, um dadurch die notwendige Rechtssicherheit zu schaffen.

Fazit

Ob es der EU-Kommission tatsächlich gelingt, noch in diesem Jahr einen Legislativentwurf einzubringen, bleibt offen. Sicher erscheint aber, dass eine entsprechende Initiative kommen wird und dass sich der deutsche Gesetzgeber der Einführung eines strukturierten Sanierungsinstrumentes – außerhalb eines förmlichen Insolvenzverfahrens – nicht wird entziehen können.

Es ist vorhersehbar, dass es sich dabei um ein stilles, schlankes und schnelles Verfahren unter reduzierter gerichtlicher Beteiligung handeln wird, das dem betroffenen Unternehmen die Chance bietet, sich weitgehend eigenständig und innerhalb eines flexiblen gesetzlichen Rahmens mittels eines Sanierungsplans mit seinen Gläubigern oder auch nur mit einigen von diesen auf Maßnahmen zum nachhaltigen Bestand des Unternehmens zu einigen.

Dr. Utz Brömmekamp

Rechtsanwalt
Partner, Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater

Schwerpunkte: Allgemeines Zivilrecht,
Insolvenzrecht, Handels- und
Gesellschaftsrecht, Bankrecht

Tel. 0211-82 89 77 214
utz.broemmekamp@buchalik-broemmekamp.de



Der (vorläufige) Gläubigerausschuss

Der Arbeitsleitfaden soll Mitgliedern eines (vorläufigen) Gläubigerausschusses einen Überblick geben, welche Rechte und Pflichten mit diesem Amt verbunden sind, aber zugleich auch auf ungeklärte Fragen hinweisen. Er soll zugleich Hilfestellung und Nachschlagewerk sein, sollten im Umgang mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter, (vorläufigen) Sachwalter, eigenverwaltenden Schuldner, dem Insolvenzgericht und den Gläubigern Problemstellungen auftreten.

4. vollständig überarbeitete Auflage. Zu bestellen unter:
presse@buchalik-broemmekamp.de

Robert Buchalik
Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater
Prof. Dr. Hans Haarmeyer
DIAI – Deutsches Institut für angewandtes Insolvenzrecht
4. Auflage, Februar 2016
ISBN 978-3-00-044181-3



Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren der Eigenverwaltung – Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 24.3.2016 – IX ZR 157/14

Es ist höchstrichterlich ungeklärt, ob und unter welchen Voraussetzungen im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO Masseverbindlichkeiten begründet werden. Der IX. Senat des BGH sah in seinem Beschluss vom 7.2.2013 (BGH, Beschl. v. 7.2.2013 - IX ZB 43/12, ZInsO 2013, 460) keine Möglichkeit dazu, eine Sachentscheidung zu treffen. Nach über drei Jahren ist am 24.3.2016 ein weiterer Beschluss des IX. Senats des BGH zu dieser Thematik ergangen, der nachfolgend näher beleuchtet wird.

I. Inhalt der Entscheidung

Der BGH hat in seinem Beschluss vom 24.3.2016, der im Rahmen einer Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO erging, entschieden, dass der Schuldner im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO nur dann Masseverbindlichkeiten begründen kann, wenn ihn das Insolvenzgericht auf seinen Antrag hin dazu ermächtigt. Vorgehend hatte das OLG Dresden (Urt. v. 18.6.2014 – 13 U 106/14, ZIP 2014, 1294; vorgehend LG Dresden, Urt. v. 16.12.2013 – 10 O 1289/13) der Berufung des Klägers, der als Sachwalter aufgrund einer im Insolvenzplan enthaltenen Ermächtigung Anfechtungsansprüche im Hinblick auf schuldnerische Zahlungen von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen gegenüber der Beklagten verfolgte, stattgegeben und die Beklagte antragsgemäß zur Rückgewähr der empfangenen Zahlungen verurteilt.

Weiterhin hat der BGH in diesem Beschluss im Kontext mit der Vorschrift § 259 Abs. 3 InsO ausgeführt, dass die anfechtungsrechtlichen Beschränkungen der Einwendungs- und Aufrechnungsmöglichkeiten des Anfechtungsgegners auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erhalten bleiben, wenn der ehemalige Insolvenzverwalter oder Sachwalter im Insolvenzverfahren mit Eigenverwaltung des Schuldners aufgrund einer Ermächtigung im Insolvenzplan einen Anfechtungsprozess fortführt.

Der BGH erwähnt in den Gründen des Beschlusses ferner die Masseverbindlichkeitenbegründungskompetenz des Schuldners im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO. Zu der vereinzelt Auffassung des AG Hannover (Beschl. v. 30.4.2015 – 909 IN 294/15, ZInsO 2015, 1112, 1113) und des AG Montabaur (Beschl. v. 27.12.2012 – 14 IN 282/12, ZInsO 2013, 397, 398), wonach der eigenverwaltende Schuldner schon originär nach dem Gesetz Masseverbindlichkeiten begründe, ohne dass es eines Antrags auf Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten

bedürfe, führt er aus, dass diese Ansicht von der weit überwiegend vertretenen Meinung (LG Duisburg, Beschl. v. 29.11.2012 – 7 T 185/12, ZInsO 2012, 2346, 2347; AG Köln, Beschl. v. 26.3.2012 – 73 IN 125/12, ZInsO 2012, 790; AG München, Beschl. v. 27.6.2012 – 1506 IN 1851/12, ZIP 2012, 1470; AG Hamburg, Beschl. v. 4.4.2012 – 67g IN 4/12, ZIP 2012, 787; HambKomm-InsO/Fiebig, 5. Aufl., § 270a Rn. 34; Ringstmeier, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzrecht, 2. Aufl., § 270a Rn. 8; HK-InsO/Landfermann, 7. Aufl., § 270a Rn. 18 ff.; Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl., § 270a Rn. 16 ff.; Schmidt/Undritz, InsO, 19. Aufl., § 270a Rn. 6; Pape, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2012, § 270a Rn. 19 f.; Münch-Komm-InsO/Kern, 3. Aufl., § 270a Rn. 41 ff. m.w.N.; Marotzke, DB 2013, 1283, 1288 f.; Undritz, BB 2012, 1551, 1552 f.; Pape, ZIP 2013, 2285, 2292; ders., ZInsO 2013, 2129, 2134; Klinck, ZIP 2013, 853, 855; ders., ZInsO 2014, 365, 366; Buchalik/Kraus, ZInsO 2012, 2330, 2331; dies., ZInsO 2013, 815, 816 f.) abweiche, nach welcher der Schuldner oder der vorläufige Sachwalter im Eröffnungsverfahren nach § 270a InsO nur dann Masseverbindlichkeiten begründet, wenn ihn das Insolvenzgericht auf einen entsprechenden Antrag dazu ermächtigt hat.

II. Bewertung und Konsequenzen für die Praxis

Die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den BGH ist im Ergebnis nicht überraschend, da die von der Beklagten für rechtsgrundsätzlich gehaltenen Fragen sich unstreitig aus § 270b Abs. 3 InsO und § 259 Abs. 3 InsO und den dazugehörigen Gesetzesbegründungen (vgl. BT-Drucks. 17/7511, S. 37 und BT-Drucks. 12/2443, S. 214) beantworten lassen, sodass die Revision vom BGH zu Recht nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsache zugelassen wurde.

Auffällig an dieser Entscheidung ist aber, dass der BGH in den Gründen des Zurückweisungsbeschlusses auch auf die Rechtslage zur Begründung von Masseverbindlichkeiten im

vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO eingeht und dazu nur die vereinzelt Auffassung des AG Hannover (Beschl. v. 30.4.2015 – 909 IN 294/15, ZInsO 2015, 1112, 1113) bzw. des AG Montabaur (Beschl. v. 27.12.2012 – 14 IN 282/12, ZInsO 2013, 397, 398) und die weit überwiegende Meinung (s.o.) in der Rechtsprechung und im Schrifttum nennt. Die weitere dazu vertretene Einzelansicht des AG Fulda (Beschl. v. 28.3.2012 – 91 IN 9/12, ZIP 2012, 1470 f.), wonach im Verfahren nach § 270a InsO die Begründung von Masseverbindlichkeiten aufgrund fehlender Rechtsgrundlage per se nicht möglich sei, erwähnt der BGH dagegen überhaupt nicht. Dies spricht dafür, dass der Senat der Meinung des AG Fulda keine Bedeutung beimisst und diese Ansicht ad acta zu legen ist.

Dadurch, dass der BGH in seiner Entscheidung zudem mehr als ein Dutzend (s.o.) an Einzelnachweisen für die h.M. in der Rechtsprechung und Literatur anführt, wonach im Verfahren nach § 270a InsO auf Antrag und Ermächtigung des Insolvenzgerichts hin Masseverbindlichkeiten begründet werden können, lässt erahnen, dass er die herrschende Ansicht im Vergleich zur Ansicht des AG Hannover bzw. des AG Montabaur für überzeugender hält. Als weiteres Indiz dafür spricht auch der Verweis des BGH an einer Stelle in den Gründen der Entscheidung auf den Hinweisbeschluss des OLG Köln v. 3.11.2014 (2 U 82/14, ZInsO 2015, 204 f., mit Verweis auf Klinck, ZIP 2013, 853). Denn das OLG Köln hat in diesem Hinweisbeschluss u.a. dezidiert ausgeführt, dass der Schuldner im Eröffnungsverfahren der Eigenverwaltung bloßes Privatrechtssubjekt bleibe und ihm damit ohne gerichtliche Ermächtigung keine Kompetenz zukommen könne, Masseverbindlichkeiten zulasten der späteren Insolvenzmasse zu begründen, auch wenn ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verbleibt.

Für die Sanierungspraxis wäre es aus Gründen der Rechtsunsicherheit wünschenswert gewesen, wenn der BGH in dieser Entscheidung ausdrücklich in einem obiter dictum zu erkennen gegeben hätte, welcher der beiden von ihm aufgezählten Auffassungen er letztendlich vertritt. Möglicherweise hat er deshalb davon abgesehen, um der im Jahr 2017 bevorstehenden Evaluierung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) durch das BMJV und sich dann ggf. anschließenden gesetzgeberischen Nachbesserungen nicht vorzugreifen. Für die Sanierungspraxis ist daher weiterhin zu empfehlen, bereits im Rahmen eines Gesprächs im Vorfeld des Insolvenzantrags mit dem zuständigen Insolvenzrichter die Thematik zur Einzelermächtigung in einem Verfahren nach § 270a InsO zu erörtern (zum Vorgespräch mit dem Gericht ausführlich Buchalik/Lojowski, ZInsO 2013, 1017 ff.). Dieses Vorgespräch mit dem Gericht findet

idealerweise ca. zwei bis drei Tage vor der eigentlichen Antragstellung zur Einleitung eines vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens statt. Dabei sollte das Gericht auf diese neue Entscheidung des BGH, aber auch auf das obergerichtliche Urteil des OLG Dresden v. 15.10.2014 (13 U 1605/13, ZInsO 2015, 2273 ff., m. Anm. Kraus, ZInsO 2015, 2522 f.), hingewiesen werden. Das OLG Dresden hat in diesem Berufungsurteil, bei dem der Ausgleich von Honorarforderungen wegen Beratungsleistungen im Zusammenhang mit einer insolvenzzweckwidrigen und damit unwirksamen Beauftragung des vorläufigen Sachwalters durch den Schuldner im Rahmen eines Schutzschirmverfahrens im Streit standen, entschieden, dass der Schuldner im Eröffnungsverfahren der Eigenverwaltung, mit oder ohne Schutzschirm, nur mit Ermächtigung des Insolvenzgerichts Masseverbindlichkeiten begründen könne. Um die gegenwärtig bestehende restliche Rechtsunsicherheit in der Sanierungspraxis im Zeitalter des neuen Insolvenzrechts vollständig zu beseitigen, ist der Gesetzgeber spätestens nach Abschluss der im Jahr 2017 zu erfolgenden Evaluierung des ESUG aufgefordert, die antragsweise Masseverbindlichkeitenbegründungskompetenz des Schuldners im Gesetz im Rahmen eines neu zu schaffenden § 270a Abs. 1 Satz 3 InsO oder eines neuen § 270a Abs. 3 InsO zu implementieren.

Robert Buchalik

Rechtsanwalt
Partner, Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater
Geschäftsführender Gesellschafter
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Insolvenzplan/Eigenverwaltung,
Restrukturierung, Kostenreduzierung,
Ertragssteigerung, Working Capital,
Finanzierung, M&A, Stakeholder Management,
Mediation, Interimsmanagement,
Pooladministration, Treuhandlösungen

Tel. 0211-82 89 77 110
robert.buchalik@buchalik-broemmekamp.de



Alfred Kraus

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenzrecht (insbesondere
Insolvenzplanverfahren und Eigenverwaltung),
Handels- und Gesellschaftsrecht

Tel. 0211-82 89 77 217
alfred.kraus@buchalik-broemmekamp.de



Eigenverwaltung für Freiberufler und Kleinunternehmer – Sanierungschancen optimal und Zulassung gesichert!

Insbesondere in Kleinbetrieben sind Erfolg und Misserfolg des Unternehmens sehr eng mit der Person des Unternehmers verbunden. Im Krisenfall können – aufgrund der prominenten und oft unentbehrlichen Stellung des Inhabers – die üblichen Sanierungsinstrumente oft nicht genutzt werden. Gerade in diesem Fall kann das Eigenverwaltungsverfahren nach der reformierten Insolvenzordnung (ESUG) ein attraktives Model zur Krisenbewältigung für Freiberufler und Unternehmer sein.

Ein Kleinbetrieb, eine Praxis oder eine Kanzlei eines Freiberuflers kann aus vielen Gründen in eine wirtschaftliche Schieflage geraten. Beispielsweise, wenn sich Betriebserweiterungen aufgrund unvorhergesehener Standortentwicklungen als Fehlinvestition herausstellen, das Unternehmen aber durch langfristige Mieten, Softwarelizenzen, Lohn- und Gehaltszahlungen binden, wodurch die negative Entwicklung des Cash-Flows jeden Monat unabänderlich voranschreitet.

Jeder Unternehmer wünscht sich in dieser Situation eine Rückkehr in das ruhigere Fahrwasser vor der verhängnisvollen Unternehmensexpansion. Auch als vermeintlich sichere Geldanlage getätigte Immobilieninvestitionen können die Liquidität erheblich belasten und die finanzielle Situation im Beruflichen und im Privaten massiv gefährden.

Regelinsolvenzverfahren scheitert am Berufsrecht

Ein Turnaround gestaltet sich jedoch schwierig, denn eine außergerichtliche Restrukturierung, eine Liquidation oder ein Regelinsolvenzverfahren scheitert zumeist an der Zustimmung der betroffenen Gläubiger sowie an den wirtschaftlichen wie verfahrensrechtlichen Möglichkeiten. Während beim Kleinunternehmer die Betriebsfortführung im Regelinsolvenzverfahren durch einen Insolvenzverwalter, der die komplette Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übernimmt, rein rechtlich noch denkbar ist, so scheitert diese Variante in der Insolvenz des Freiberuflers häufig an dem jeweiligen Berufsrecht. Der Insolvenzverwalter ist nämlich nicht in der Lage, die Position des Arztes, Rechtsanwalts, Steuerberaters oder Architekten zu übernehmen, da er nicht über die entsprechende Qualifikation verfügt. Zudem droht dem Freiberufler regelmäßig der Widerruf der Zulassung durch die zuständige Kammer wegen des durch die Insolvenz indizierten Vermögensverfalls. Bei folgenden Berufsgruppen ist dies kritisch:

- Rechtsanwälte: § 14 Abs. 2 BRAO (Widerruf der Rechtsanwaltszulassung)
- Steuerberater: § 46 Abs. 2 Nr. 4 StBerG (Widerruf der Bestellung)
- Wirtschaftsprüfer: § 20 Abs. 2 Nr. 5 WPO (Widerruf der Bestellung)
- Notare: § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO (Amtsenthebung des Notars)
- Apotheker: § 7 Satz 1 ApoG (persönliche Leitung der Apotheke in eigener Verantwortlichkeit)

Mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens geht nach § 80 InsO das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über dieses zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über, wird also obengenannten Berufsträgern entzogen.

Beispielsweise ist die Approbation eines Apothekers mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Umständen nach § 6 Abs. 2 BApoO zu widerrufen, wenn nachträglich eine der Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BApoO weggefallen ist. Gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 4 StBerG ist die Bestellung zum Steuerberater zu widerrufen, wenn der Steuerberater in Vermögensverfall geraten ist, d. h. ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Steuerberaters eröffnet worden ist.

Eine Liquidation der Praxis oder des Kleinbetriebs widerspricht aber regelmäßig nicht nur den Interessen des Schuldners an einer Fortführung seiner existentiellen Basis, sondern auch den Interessen der Geschäftspartner (Kunden, Lieferanten) an der Fortsetzung des Geschäftsmodells. Schließlich ist die Fortführung einer Praxis bzw. eines Betriebs aber auch den Interessen der Gläubiger geschuldet, die über ein Insolvenzplanverfahren regelmäßig aus den Erträgen der Unternehmensfortführung befriedigt werden. Über den Insolvenzplan muss insoweit gewährleistet sein, dass die Gläubiger keine schlechtere Befriedigungsaussicht als in der Liquidation des schuldnerischen Vermögens haben.

Eigenverwaltung mit erheblichem Sanierungspotenzial

Die Eigenverwaltung gem. §§ 270ff. InsO bietet für Freiberufler die Möglichkeit der persönlichen Fortführung des Unternehmens ohne den oben geschilderten Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf einen Insolvenzverwalter. Anstatt eines Insolvenzverwalters wird ein Sachwalter vom Insolvenzgericht eingesetzt, der bei einer Betriebsfortführung lediglich mit der (bloßen) Überwachung der schuldnerischen Geschäftsführung beauftragt wird.

Zudem gelangt die Information über die Eröffnung eines Eigenverwaltungsverfahrens nicht zwangsläufig an die Öffentlichkeit, da – anders als im Regelinsolvenzverfahren – keine Veröffentlichungspflicht gem. § 23 InsO besteht. Lediglich die von der Insolvenz direkt betroffenen Beteiligten (Banken, Kunden, Lieferanten) sollten von der Unternehmensleitung vertrauensbildend über das Verfahren informiert werden. Den Kreis der informierten Personen und Unternehmen bestimmt der eigenverwaltende Schuldner aber regelmäßig selbst.

Die Anordnung der Eigenverwaltung ermöglicht sodann über eine Vielzahl von Einzeleffekten einen Liquiditätsaufbau während des (vorläufigen) Verfahrens. Beispielsweise werden sämtliche Löhne und Gehälter der Angestellten für bis zu drei Monate vor Insolvenzeröffnung von der Bundesagentur für Arbeit gezahlt. Auch Arbeitnehmer(innen) mit sogenannten Schlüsselfunktionen, die nach der Beantragung des Insolvenzverfahrens eingestellt werden, haben grundsätzlich Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn die Einstellung zwingend notwendig war, um die unmittelbare Betriebsschließung zu verhindern.

Ferner tragen die Aussetzung der Kapitaldienste sowie die Nichtabführung der Umsatzsteuerzahllast bis zur Eröffnung des Verfahrens dazu bei, dass das Unternehmen/der Freiberufler im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nennenswert Liquidität generieren kann.

Auch kann sich der eigenverwaltende Schuldner gem. § 279 i.V.m. §§ 103 bis 128 InsO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens von etwaig vorliegenden langjährigen und unrentablen Verträgen trennen und sich insoweit völlig neu positionieren. Die eingangs beschriebenen Fehlinvestitionen lassen sich in der Eigenverwaltung selbständig beseitigen. Im Falle eines bekannten Radiologen aus Nordrhein-Westfalen ist es dem Verfasser dieses Artikels gelungen, unter Aufrechterhaltung der Praxisbetriebe die Immobilienver-

bindlichkeiten um ca. 90 Prozent zu reduzieren. Zu keinem Zeitpunkt gab es aufgrund des Verfahrens Einschränkungen im Praxisbetrieb. Vielmehr sind die erheblichen Belastungen aus den Fehlinvestitionen vollständig beseitigt worden, sodass das Engagement des Praxisinhabers wieder vollständig seinen Patienten zu Gute kommt.

Optimale Sanierungschancen über einen Insolvenzplan

Sofern dem Freiberufler/Unternehmen unter Berücksichtigung der aufgezeigten Maßnahmen eine positive Fortführungsprognose erteilt werden kann, können über einen Insolvenzplan die weiteren Sanierungsaspekte, wie z. B. Beendigung von Miet- oder Leasingverträgen, Zinsanpassung bei Kapitaldiensten auf Sanierungszinssatz etc., durchgesetzt werden. Einzige Voraussetzung für einen solchen Insolvenzplan ist, dass die Gläubiger nicht schlechter stehen, als dies ohne den Plan der Fall wäre.

Gerade bei Freiberuflern und Kleinunternehmen dürfte ein Liquidationsszenario für die meisten Gläubiger einen Totalausfall ihrer Forderungen bedeuten, da in solchen Unternehmenskonstellationen das Know-how bzw. der immaterielle Wert im Liquidationsszenario keine wesentliche Vermögensposition darstellt. So dürfte z. B. der dem Unternehmen/Betrieb einhergehende Geschäfts- bzw. Firmenwert bei Liquidation durch die enge Verbindung mit dem jeweiligen Freiberufler bzw. Kleinunternehmer gänzlich unverwertbar sein.

Darüber hinaus besteht bei einer Liquidation das Risiko einer Beschäftigungslosigkeit des Schuldners. Ob der Schuldner nämlich unmittelbar nach Beendigung seines Lebenswerkes bereit und in der Lage ist, eine abhängige Beschäftigung zu finden, um sodann von den Pfändungsfreibeträgen seinen Lebensunterhalt zu gestalten, ist für die Gläubiger mit Risiken verbunden.

Über einen Insolvenzplan kann die Befriedigung der Gläubiger aus der laufenden Geschäftstätigkeit erfolgen, sodass eine Besserstellung über einen Insolvenzplan kein „betriebswirtschaftliches Wunder“ darstellt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sämtliche im Vorfeld bei Planerstellung gebildeten Gläubigergruppen dem Insolvenzplan zustimmen, um weiteren Schaden von sich abzuwenden und auch zukünftig mit dem Unternehmer Geschäfte machen zu können. Sofern bereits mit Verfahrenseröffnung ein Insolvenzplan vorgelegt wird, kann das Gericht schon die erste Gläubigerversammlung mit dem Erörterungs- und Abstimmungstermin über den

Insolvenzplan verbinden und so eine schnelle Bestätigung ermöglichen. Damit wären die finanziellen Verhältnisse des Schuldners nicht mehr ungeordnet und ein Widerruf der Zulassung liefe ins Leere – die obengenannte Gefahr eines Zulassungsentzuges ist gebannt.

Professionelle Begleitung

Schon die bisher aufgezeigten Einzelpunkte verdeutlichen, dass ein Schuldner nur schwer in der Lage sein wird, ein Eigenverwaltungsverfahren aufgrund seiner rechtlichen Komplexität und des regelmäßig unerlässlichen professionellen Kommunikationskonzeptes selbst, d. h. ohne professionelle Unterstützung umzusetzen.

Die Unterstützung eines sanierungserfahrenen Beraters ist dringend zu empfehlen. Dieser kann bereits im Vorfeld der Insolvenzantragstellung Kontakt zu sämtlichen Beteiligten (Gläubigern, Gericht, Mitarbeitern etc.) aufnehmen, sie umfassend über das avisierte Verfahren unterrichten und von den Erfolgsaussichten überzeugen. Eventuell ist die Beantragung eines (vorläufigen) Gläubigerausschusses ratsam. Bei einer Unterstützung des Antrages durch den vorläufigen Gläubigerausschuss hat das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung anzuordnen (§ 270 InsO). Darüber hinaus kann der (vorläufige) Gläubigerausschuss weiteren erheblichen Einfluss auf das Verfahren nehmen, indem er einstimmig einen (vorläufigen) Sachwalter vorschlägt, den das Gericht bei Eignung zu bestellen hat (§ 56a InsO). Ein erfahrener Berater wird im Vorfeld bereits geeignete Sachwalter ermittelt haben, die regelmäßig vom jeweiligen Insolvenzgericht bestellt werden und die darüber hinaus grundsätzlich Sanierungen in Eigenverwaltung unterstützen.

Für natürliche Personen besteht zwar keine gesetzliche Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO, jedoch ist neben den aufgezeigten Chancen und konkreten Möglichkeiten eines solchen Sanierungsverfahrens unter Insolvenzschutz zu beachten, dass sich (Einzel-) Unternehmer in der kritischen Phase strafrechtlich permanent der Gefahr des Eingehungsbetrugs gem. § 263 StGB aussetzen.

Fazit

Während die Eigenverwaltung bis zur Insolvenzrechtsreform 2012 noch keine wirklich attraktive Möglichkeit der Krisenbewältigung von Kleinunternehmern und Freiberuflern darstellte, da verschiedene erst mit der Gesetzesnovelle eingeführte Mechanismen fehlten, ermöglichen

die Neuregelungen der Insolvenzordnung (ESUG) nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen eine uneingeschränkte Fortsetzung der Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Schuldners.

Die Vorteile der insolvenzspezifischen Sanierung können damit in kürzester Zeit optimal ausgeschöpft werden, ohne dass der Unternehmer die Leitungsmacht aus der Hand gibt oder sogar seine Zulassung verliert. Auch gegenüber seinen Geschäftspartnern (Mandanten, Patienten und Kunden) hat ein Eigenverwaltungsverfahren einen nicht zu unterschätzenden psychologischen Effekt: Der Unternehmer zeigt, dass er in der Lage ist, eine Krise rechtzeitig zu erkennen und sein Unternehmen selbstständig aus dieser herauszuführen. Mit dem Eigenverwaltungsverfahren bewahrt er sein Lebenswerk für sich und seine Familie und befreit das Unternehmen von unnötigem Ballast.

Dr. Hubertus Bartelheimer

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht
Partner, Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater
Leiter des Standortes Berlin

Schwerpunkte: Insolvenzrecht und Sanierung,
Restrukturierungs-/Sanierungsberatung,
Wirtschaftsrechtliche Beratung von Unternehmen in der Krise

Tel. 030-24 35 55 17 0
hubertus.bartelheimer@buchalik-broemmekamp.de



Dr. Michael Lojowsky

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater

Schwerpunkte: Restrukturierung,
Organhaftung, Prozessführung

Tel. 069-24 75 215 40
michael.lojowsky@buchalik-broemmekamp.de



Einkauf in China – Chancen und Herausforderungen der Beschaffung im „Reich der Mitte“

Der Handel mit China birgt viele Risiken wie Korruption, Lokalpatriotismus und die Verletzung geistigen Eigentums. Dennoch ist das Land aufgrund der immer noch vergleichsweise niedrigen Lohn- und Entwicklungskosten sowie der hohen Flexibilität für die Beschaffung mittelständischer Unternehmen gerade in den Bereichen Technologie, Maschinenbau und Werkzeugherstellung immer noch das attraktivste Marktumfeld. Wie identifiziert und bewertet man jedoch einen potenziellen Lieferanten in China? Wie baut man langfristige Handelsbeziehungen zu ihm auf? Wie pflegt man diese? Welche rechtlichen Aspekte sind dabei zu beachten?

Der Lieferantenauswahlprozess erfordert sorgfältige Planung und Durchführung. Dabei sind verschiedene kulturelle und rechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen, um langfristig erfolgreiche Geschäftsbeziehungen aufzubauen.

Vorab ist jedoch die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Beschaffung in China zu prüfen und zu beurteilen, ob die Gesamtkostenersparnis für das Unternehmen in Anbetracht des zeitlichen Aufwands und der Zusatzkosten für Geschäftsreisen, Dolmetscher, Qualitätskontrollen, Zoll, Transport etc. angemessen ist. Die reine Betrachtung der Einkaufspreise ist also zu kurz gedacht.

Denn es ist zu bedenken, dass die Beschaffung in China nicht von heute auf morgen im Unternehmen entwickelt und eingeführt werden kann. Sie ist aufgrund der Vorlaufkosten vielmehr eine Investition mit langfristigen Einsparungen. Zudem ist auch nicht jedes Beschaffungsobjekt für eine globale Beschaffung geeignet. Standardisierung, technische Komplexität und Änderungshäufigkeit des Beschaffungsobjekts haben wesentlichen Einfluss auf mögliche Preisvorteile sowie Qualitäts- und Versorgungsrisiken. Grundvoraussetzungen sind Produktbeschreibungen und -zeichnungen für Produktionsaufträge in englischer und ggf. in chinesischer Sprache.

Genügend Zeit für die Lieferantenauswahl einplanen

Sofern noch keine Handelsbeziehungen zu China bestehen, kann der erstmalige Beschaffungsprozess von der Lieferantenrecherche über die Vertragsverhandlungen bis hin zur Lieferung der Produkte ein halbes Jahr oder länger dauern. Daher sollte genügend Zeit für den Prozess eingeplant werden.

Im ersten Schritt sind die branchenspezifischen Produktionszentren zu identifizieren, bspw. über spezielle Datenbanken. Die Hauptwirtschaftszonen Chinas sind der Groß-

raum Peking, die Region um Shanghai (Yangtse-Delta), die Region um die Sonderwirtschaftszone Hongkong (Perlfuss-Delta) sowie die Republik Taiwan. Im Norden ist die Automobilindustrie, der Maschinenbau und die Schwerindustrie angesiedelt, wohingegen sich die traditionellen Produktionszentren für Technologie, Textilien, Spielwaren und pharmazeutische Produkte im Süden befinden.

Ist die Zielregion definiert, können im zweiten Schritt potenzielle Lieferanten über Fachmessen (in Deutschland oder in China), durch Empfehlungen, Handelsvertreter oder Internetrecherche identifiziert werden.

Die Außenhandelskammer (AHK) kann bei der Verifizierung der Informationen helfen. Beim Vergleich und der Bewertung von Lieferanten sind verschiedene Kriterien wie bspw. die Unternehmensgröße, der Standort (in Bezug auf den Wettbewerb und die logistischen Möglichkeiten), der Erfahrungsgrad mit ausländischen Geschäftspartnern, die technische Ausstattung und der Produktionsprozess zu beleuchten. Ein Besuch der in der engeren Auswahl stehenden Lieferanten und eine Besichtigung des Unternehmens vor Ort sind zwingende Voraussetzungen für die Verifizierung der gesammelten Informationen und zum Beginn des Beziehungsaufbaus.

Abbildung 1: Kriterien für den Vergleich und die Auswahl von Lieferanten

Lieferantenauswahl					
Qualitätskontrolle	Kultur	Finanzen	Geschäftsbeziehungen	Logistik	Produktion
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Standardisierte Kontrollprozesse ▪ Qualitätsbewusstsein der Mitarbeiter ▪ Anzahl der Mitarbeiter in der Qualitätskontrolle ▪ Automatisierung 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kulturelles Verständnis ▪ Sprachbarrieren ▪ Internationale Erfahrung 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Zahlungsbedingungen ▪ Eigentumsstrukturen 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Verhandlungsbereitschaft ▪ Strategische Verbindung ▪ Strategische Eignung 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Logistikkosten ▪ Lieferbedingungen ▪ Infrastruktur vor Ort ▪ Verkehrsanbindung ▪ Lagerung 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Maschinenpark ▪ Automatisierung ▪ Mitarbeiterqualifikation ▪ Standortrisiken

Beziehungsaufbau und Gesichtswahrung sichern den Erfolg

Bei den Gesprächen und Verhandlungen mit den Lieferanten sind die kulturellen Unterschiede zu berücksichtigen, da mangelndes Kulturverständnis ein häufiger Grund für das Scheitern deutsch-chinesischer Kooperationen ist. China ist im Gegensatz zu Deutschland traditionell eine Händlerkultur.

Das Verhandeln an sich und der Beziehungsaufbau zum Geschäftspartner fallen demnach mehr ins Gewicht als bspw. die Qualität des Produkts oder dessen Eigenschaften. Die Verhandlung wird nicht als „starres“ Geschäft, sondern als „Spiel“ zum Beziehungsaufbau und zur gegenseitigen Gesichtswahrung gesehen.

Die „Inkompetenz“, das „Chaos“ oder die „mangelnde Zielgerichtetheit“, welche den Chinesen von Ausländern oft vorgeworfen wird, spiegelt eben dieses mangelnde Kulturverständnis wider.

Der Aufbau eines weitläufigen Beziehungsnetzes hat enormen Einfluss auf die Geschäftstätigkeiten. Das in der chinesischen Kultur tief verwurzelte Prinzip des „Beziehungsgeflechts“ wird von Ausländern am häufigsten unterschätzt, durchzieht in China jedoch das gesamte Gesellschaftsgefüge. Beziehungen zu bestimmten einflussreichen Personen mögen dem deutschen Unternehmen primär zwar keinen Nutzen bringen, können in Verhandlungen oder Konfliktsituationen jedoch von entscheidender Bedeutung sein.

Da für Chinesen die persönliche Beziehung im Vordergrund steht und das Sozialdenken stark konfuzianisch (bspw. starkes Hierarchiedenken) geprägt ist, wird darauf geachtet, dem Geschäftspartner während der Verhandlungen „Gesicht zu geben“ bzw. dieses „zu wahren“ und gleichzeitig das eigene nicht zu verlieren. So ist es für ausländische Geschäftsleute wichtig zu wissen, wie bspw. negative Kritik geäußert werden kann, ohne den chinesischen Partner bloßzustellen.

Chinesische Geschäftspartner haben eine sehr durchdachte Verhandlungsstrategie und wissen ihre langjährige Erfahrung und bestimmte Tricks (z. B. Scheinpositionen) einzusetzen, um ihre strategischen Verhandlungsziele zu erreichen. Die im Allgemeinen eher indirekte Kommunikationsweise sowie das typisch chinesische Kommunikationsverhalten sind für Ausländer schwer zu interpretieren bzw. verunsichern diese oft und sollten daher durch interkulturelles Training vorbereitend studiert werden. Beispielweise

zeigen Chinesen in der Regel keine Mimik und nur sehr spärliche Gestik, sodass ihr Verhalten bei Ausländern als Desinteresse verstanden werden kann. Dieses Verhalten ist jedoch, wenn auch schwer nachvollziehbar, ein Zeichen von Aufmerksamkeit.

Qualitätsanforderungen müssen klar kommuniziert werden

Das Qualitätsbewusstsein ist in China traditionell geringer ausgeprägt als in Deutschland. So gilt es in China keineswegs als verwerflich, Verhaltensweisen oder Dinge zu kopieren, sondern dies gilt als Zeichen der Anerkennung und der Bewunderung. Der Fokus liegt vorrangig auf der Verhandlung und der Beziehung zum Geschäftspartner, nicht auf dem Produkt selbst.

Daher müssen die Erwartungen an die Qualität klar kommuniziert und dokumentiert werden und das Qualitätsbewusstsein des Geschäftspartners, auch bzgl. der europäischen Zertifizierungspflicht bestimmter Produkte, geprüft bzw. geweckt werden.

Während der ersten Gespräche mit dem Lieferanten ist es empfehlenswert, die Qualitätsanforderungen und die groben Konditionen in einem „Letter of Intent“ (LOI) schriftlich festzuhalten. Im Hinblick auf langfristige Geschäftsbeziehungen sollte ein Qualitätsprüfungsprozess mit regelmäßigen Kontrollen vor Ort eingeführt werden, um die konstante Qualität sicherzustellen. So sollte eine Checkliste für die Qualitätsprüfung sowie ein Notfallplan für den Fall der Nicht- oder Schlechtleistung erstellt werden.

Das Rechtssystem kennen und verstehen

Eine frühzeitige Beschäftigung mit dem chinesischen Wirtschafts-, Zivil- und Strafrecht ist hilfreich, um die Besonderheiten des chinesischen Rechtsdenkens und des Rechtssystems zu verstehen. Ferner ist es für Ausländer wichtig, im Falle von Konfliktsituationen ihre grundlegenden Rechte in China zu kennen. Hier sollte entsprechender Rat von Experten hinzugezogen werden, aber auch die AHK oder andere Organisationen mit China-Schwerpunkt können informieren.

Der Einkauf selbst kann durch verschiedene gesellschaftsrechtliche Formen organisiert werden. Neben der Beschaffung von Deutschland aus gibt es die Möglichkeit, einen Firmenpool zu gründen oder einen Handelsvertreter zu

beauftragen. Um in China vor Ort präsent zu sein, besteht die Möglichkeit, ein Tochterunternehmen bzw. Joint Venture zu gründen oder ein Repräsentanzbüro bzw. ein Office-in-Office zu eröffnen.

Welche Form zu wählen ist, ist abhängig von der eigenen Unternehmensgröße, dem jährlichen Einkaufsvolumen, der gewünschten Intensität der Präsenz auf dem chinesischen Markt und der angestrebten Dauer der Geschäftstätigkeit. Die Form sollte daher individuell geprüft werden, da die Kosten, der zeitliche Aufwand sowie Vor- und Nachteile der jeweiligen Einkaufs- bzw. Gesellschaftsform stark variieren.

Bei der Rechtswahl und der Rechtsformwahl ist es empfehlenswert, deutsches Recht mit Schiedsgerichtsbarkeit in China zu wählen, da die Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen in China in der Praxis so gut wie ausgeschlossen ist und das chinesische Rechtssystem zu viele Mängel, wie bspw. schwammige Formulierungen, Korruption, Lokalpatriotismus und Gewalteneinheit aufweist, um reale Aussichten auf Erfolg bei einem staatlichen Verfahren in China unter Anwendung chinesischen Rechts zu haben.

Das Verfahren über ein Schiedsgericht bietet beiden Parteien gleichwertige Voraussetzungen und ist schneller, leichter und kostengünstiger abzuwickeln als ein staatliches Gerichtsverfahren.

Abbildung 2: Übersicht des Beschaffungsprozesses

Lieferantensuche	<ul style="list-style-type: none"> Fachmessen, Datenbanken, (chinesischsprachiges) Internet, AHK, Handelsvertreter
Unternehmensauskunft	<ul style="list-style-type: none"> Bonitätsauskunft und Informationsverifizierung (Selbstauskunft der Lieferanten, AHK)
Lieferantenbewertung	<ul style="list-style-type: none"> Lieferantenbewertung und Prüfung der Lieferantenverflechtungen
Angebots-einholung	<ul style="list-style-type: none"> Prüfung der Sprache und Verständlichkeit des Angebots, technische Standards und Normen in der Anfrage, Anforderung von Kostenvorschlägen und Produktproben
Qualitätskontrolle	<ul style="list-style-type: none"> Produktions- und Qualitätskontrolle sowie Besichtigung des Unternehmens vor Ort
Abwicklungsparameter	<ul style="list-style-type: none"> Prüfung der Abwicklungsparameter (z. B. Verpackung, Labeling) und der Transportlogistik
Verhandlungen	<ul style="list-style-type: none"> Verhandlungsführung unter Berücksichtigung der kulturellen Besonderheiten
Vertragsgestaltung	<ul style="list-style-type: none"> Vertragsgestaltung unter Berücksichtigung der chinesischen Rechtskultur
Beziehungspflege	<ul style="list-style-type: none"> Beziehungspflege, Feedback und regelmäßige Qualitätskontrollen vor Ort

Nicht nur auf kurzfristige Einsparungen fokussieren

Eine Beschaffung in China sollte nicht auf kurzfristige Einsparungen ausgerichtet, sondern sorgfältig unter Berücksichtigung der kulturellen und rechtlichen Unterschiede geprüft, geplant und durchgeführt werden. Nur so sind nachhaltige Preisvorteile unter Berücksichtigung der Gesamtkostenersparnis realisierbar. Die anschließende Beziehungspflege zum Lieferanten durch regelmäßiges Feedback zum Produkt, zu Qualitätskontrollen, Informationen über die eigene Geschäftsentwicklung oder Gratulationen zum chinesischen Neujahr und zum Nationalfeiertag (1. Oktober) sowie kontinuierliches Qualitätsmanagement vor Ort sind zudem unumgänglich, um langfristige Geschäftsbeziehungen zu garantieren.

Haben Sie weitere Fragen zu diesem Thema? Wir beraten Sie gerne bei der Organisation der Beschaffung in China und coachen Sie im Umgang mit den kulturellen Besonderheiten.

Friederike Maaß

Dipl.-Wirtschaftsingenieurin (FH)
 Projektmanagerin
 Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung
 Schwerpunkte: Strategische und operative Einkaufsoptimierung, Working Capital Optimierung, Supply Chain Management
 Tel. 0211 – 82 89 77 165
 friederike.maass@buchalik-broemmekamp.de



Christine Hüske

Dipl.-Reg.-Wiss. Ostasien
 Consultant
 Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung
 Schwerpunkte: Vertrieb und Marketing, Strategie, Einkauf
 Tel. 0211 – 82 89 77 188
 christine.hueske@buchalik-broemmekamp.de



Wie die digitale Welt den Kaufprozess beeinflusst

Die klassischen Kommunikations- und Vertriebskanäle wurden in den letzten Jahren immer mehr durch digitale Kanäle verdrängt. Dabei spielt das Internet die zentrale Rolle. Neben einer ansprechenden Homepage gibt es durch Apps oder Einkaufsportale etc. immer neue und schnellere Möglichkeiten, die Bedürfnisse der Kunden anzusprechen. Um wichtige Wettbewerbsvorteile generieren zu können, ist es daher für Unternehmen wichtig zu wissen, wie digitale Berührungspunkte zwischen Kunde und Unternehmen (Customer Touchpoint) zustandekommen und wo diese liegen.

Das Internet als Vertriebskanal bietet eine Vielzahl an Tools (Werkzeugen/Möglichkeiten), die für die Vermarktung von Produkten genutzt werden können. Im privaten Bereich ist die Bestellung via Laptop, Tablet oder Smart Phone bereits gang und gäbe. Ein ansprechender Online-Shop oder eine „hippe“ App werden quasi erwartet. In der klassischen B2B-Welt gibt es hier – gerade im Mittelstand – Nachholbedarf. Bereits 90 Prozent der Einkäufer im B2B-Bereich, das ergab die Studie „Die digitale Zukunft des Vertriebs“ von Roland Berger und Google (2015), suchen neue Lieferanten oder Produktinformationen durch Schlagworte im Internet, 70 Prozent schauen Videos über Unternehmen und/oder Produkte.

Die fünf Phasen des Kaufprozesses

Nach Kotler gibt es aus Sicht des Kunden fünf Phasen in einem Kaufprozess:



Abbildung 1:
Eigene Darstellung in Anlehnung an die fünf Phasen des Kaufprozesses nach Kotler

1. Problemerkennung

Zu Beginn tritt ein Problem bzw. ein Bedürfnis auf. Bedürfnisse, also das Gefühl eines Mangels, können durch unterschiedliche Reize geweckt werden. So gibt es interne Stimuli z. B. Hunger und Durst oder externe Stimuli, die u. a. durch gezielte Werbemittel ausgelöst werden. Kann ein Bedürfnis mit der notwendigen Kaufkraft gestillt werden, entsteht ein Bedarf bzw. eine am Markt wirkende Nachfrage (vgl. Wirtschaftslexikon). Die digitale Welt öffnet den Unternehmen,

auch dem klassischen B2B-Unternehmen, neue Möglichkeiten. Wurden früher bspw. Artikel in Fachzeitschriften veröffentlicht, können heute verschiedene Websites für Produktveröffentlichungen genutzt werden. In Foren, Blogs oder auf firmeneigenen Social-Media-Websites ist es möglich, Beiträge zu veröffentlichen und direkt mit Experten und dem Kunden in Austausch zu treten.

2. Informationssuche

Ist ein Bedarf entstanden, geht es an die Informationssuche. Hier hat sich seit dem Einzug des Internets quasi alles geändert. Wurden früher die Vertriebler angerufen, Broschüren angefordert und Messen besucht, reichen heutzutage ein paar Klicks, um sich über Produkteigenschaften, Anbieter und Preise zu informieren. Sicherlich ist die Intensität abhängig vom jeweiligen Produkt, dennoch sollten Unternehmen diese neuen „Touchpoints“ kennen.

Wo und wie kommt ein potenzieller Kunde mit meinem Unternehmen in Kontakt? Wird hier das gewünschte Bild/Image des Unternehmens vermittelt? Wird mein Unternehmen überhaupt im Internet gefunden (Stichwort: Suchmaschinenoptimierung) und ist das Unternehmen auf entsprechenden Portalen z. B. Frachtbörsen oder Einkaufsportalen vertreten?

Vor dem Hintergrund des steigenden Anspruchs der Einkäufer an die digitale Sichtbarkeit der Unternehmen, sollte der eigene Internetauftritt kritisch hinterfragt werden.

Sicherlich ist jede Homepage so individuell wie die Unternehmen selbst, dennoch sollte folgendes berücksichtigt werden: der Mehrwert für den Kunden muss klar im Vordergrund stehen und Informationssuche und Einkauf müssen einfach gestaltet sein! Ebenso sollte das Internet nach weiteren Touchpoints durchsucht und diese verbessert werden. Wird in Foren positiv über Ihr Unternehmen berichtet? Empfehlen Experten die Verwendung Ihrer Produkte? Um den Überblick

in der digitalen und realen Welt nicht zu verlieren, empfiehlt es sich, eine digitale Strategie zu entwickeln und diese in die Unternehmenstrategie zu implementieren.

3. Bewertung von Alternativen

Auch bei der Bewertung von Alternativen hat das Internet neue Wege geebnet. Nehmen wir das Beispiel Ausschreibungen. Mussten früher noch seitenweise Formulare ausgefüllt, auf dem Postweg versandt und dann verglichen werden, gibt es heute Onlineportale, in die Ausschreibungen eingestellt und durch den Anbieter ausgefüllt werden können. Der Kunde hat sofort einen Überblick über alle abgegebenen Preise und Konditionen.

Genauso funktioniert es in der Logistikbranche. Dort ermöglichen Frachtbörsen einen direkten Vergleich der Preise, Leistungen und Termine. Im klassischen B2B-Geschäft ist hier zusätzlich der Vertriebler gefragt. Wurde der Kontakt durch den Kunden aufgenommen, sei es auf klassischem oder digitalem Weg, kann der Vertriebler die gewonnenen Informationen gezielt nutzen, um den Kunden vom Mehrwert des Produktes zu überzeugen. Ganz ohne eine persönliche Beziehung wird es trotz digitaler Welt nämlich auch zukünftig nicht gehen. Wichtig ist hierbei nur die richtige Informationsgewinnung und -aufbereitung.

4. Kaufentscheidung

Kommt es zur Kaufentscheidung kann diese noch durch verschiedene Faktoren beeinflusst werden. Früher war es der Erfahrungsaustausch mit Kollegen oder Kunden, heutzutage sind es Bewertungsportale wie z. B. Yelp.de, KennstDuEinen.de oder bewertet.de, die die Kaufentscheidung beeinflussen. Bewertungen und Erfahrungsberichte werden damit zu Werbemaßnahmen. Hinzu kommen Faktoren wie die Erreichbarkeit des Vertrieblers (on- und/oder offline), die Hürden einer Bestelleingabe sowie der vermittelte Gesamteindruck (ebenfalls on- und offline). Natürlich spielen auch eigene Erfahrungen aus der Vergangenheit eine große Rolle. War der Kunde stets zufrieden mit den erbrachten Leistungen? Haben wir Zugesagtes eingehalten? Ist der Kunde mit der Betreuung zufrieden? Wichtig ist hier, die verschiedenen Bewertungen im Internet über das eigene Unternehmen zu kennen, um ggf. gezielt entgegenzuwirken. Auch sollten Verbesserungsvorschläge z. B. zur Gestaltung des Online-Shops wahrgenommen und umgesetzt werden. In der heutigen schnelllebigen Zeit können sich Bewertungen schnell ändern, dies macht eine regelmäßige Internetanalyse notwendig.

5. After Sales

Nach dem Kauf ist vor dem Kauf. Gerade im B2B-Geschäft bietet der Bereich des After Sales echte Wettbewerbsvorteile. Dabei ist After Sales nicht mit Reklamationsmanagement gleichzusetzen. Nutzen Sie einen zufriedenen Kunden und verwandeln Sie diesen zu einem „Touchpoint“! Bitten Sie den Kunden bspw. eine gute Bewertung abzugeben oder um eine Referenz für die eigene Homepage. Informieren Sie ihn regelmäßig über Neuigkeiten via Newsletter. Schulen Sie den Kunden via Webseminar oder erinnern Sie ihn via E-Mail an anstehende Wartungsintervalle. Wichtig: Speichern Sie alle wesentlichen Informationen über den Kunden, sofern die Datenschutzregelungen dies zulassen, so ab, dass Sie sich dieser jederzeit wieder bedienen können. Nutzen Sie die digitalen Möglichkeiten, um dem Kunden den Nachkauf so einfach wie möglich zu gestalten.

Fazit

Die Digitalisierung verändert die Phasen des Kaufmodells nicht wesentlich, vielmehr ändert sich die Umwelt, in der diese Phasen durchlaufen werden. Um zukünftig Wettbewerbsvorteile aus der digitalen Welt nutzen zu können, muss ein Unternehmen seine Customer Touchpoints – sowohl on- wie auch offline – kennen und gezielt verkaufsfördernd einsetzen. Gerne helfen wir Ihnen bei der Identifizierung Ihrer Customer Touchpoints.

Katja Wirths

Bachelor of Arts (BA)
Senior Consultant
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung

Schwerpunkte: Leistungs- und finanzwirtschaftliche Analysen mit dem Fokus der Vertriebsoptimierung, operative Maßnahmenumsetzung und -controlling

Tel. 0211-82 89 77 133
katja.wirths@buchalik-broemmekamp.de



Gesellschafterdarlehen anfechtungsfest gestalten – Risiken in Millionenhöhe vermeiden

Gesellschafterdarlehen sind häufig eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit und Mittel steuerrechtlicher Gestaltung. Sie können sich in der Insolvenz der juristischen Person (z. B. GmbH oder AG) allerdings als existenzbedrohend für den darlehensgewährenden Gesellschafter erweisen. Übersehen wird, dass auch Mutter-, Tochter-, und Schwestergesellschaften (verbundene Unternehmen) in der Regel gleich einem Gesellschafter behandelt werden. Die Insolvenz einer Gesellschaft kann so schnell einen ganzen Konzern ruinieren. Werden wichtige Grundsätze nicht beachtet, droht dem darlehensgebenden Gesellschafter die Verpflichtung, sämtliche Darlehensrückzahlungen der darlehensnehmenden Gesellschaft in einem Zeitraum von einem Jahr vor Insolvenzantragstellung erstatten zu müssen, unabhängig davon, ob die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt schon in einer Krise war oder nicht.

Streitig und fraglich ist, ob der Gesellschafter verpflichtet ist, sämtliche Zahlungen der GmbH in einem Zeitraum von einem Jahr vor Antragstellung zu erstatten oder nur den Saldo zwischen Darlehensgewährung und Darlehensrückführung.

Die Insolvenzverwalter fordern die Erstattung jedweder Rückzahlung und zwar unabhängig davon, ob auf eine Erstattung des Darlehens eine erneute Valutierung erfolgt ist. Das kann einen erheblichen Unterschied machen, wenn – wie so häufig – der Darlehensgeber von der Gesellschaft Rückzahlungen erhält und das Darlehen zu einem späteren Zeitpunkt neue valutiert.

Ein Beispiel

Gesellschafter Müller ist Alleingesellschafter der A-GmbH und der B-GmbH. Die A-GmbH gewährt der B-GmbH drei Jahre vor dem Insolvenzantrag der B-GmbH ein Darlehen bis zu einer Obergrenze von zwei Mio. Euro. Die B-GmbH nimmt das Darlehen im Laufe der Jahre immer mal wieder und nur teilweise in Anspruch, führt das Darlehen aber auch teilweise zurück.

Die A-GmbH verhält sich offensichtlich wie eine Bank, die der B-GmbH einen Kontokorrentkredit gewährt. Im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrages führt die B-GmbH das Darlehen durch 36 Zahlungen (i.H.v. insgesamt 1,5 Mio. Euro) immer wieder zurück und nimmt das Darlehen durch 24 Zahlungen der A-GmbH (i.H.v. 1,4 Mio. Euro) wieder in Anspruch.

Der Saldo zwischen Inanspruchnahme und Rückzahlung beträgt also 100.000 Euro. Es ist nun sehr erheblich, ob

die A-GmbH an die Insolvenzmasse der B-GmbH 1,5 Mio. Euro, also jede einzelne Rückzahlung im Jahreszeitraum vor Antragstellung oder nur den Saldo, also 100.000 Euro, zurückführen muss. Die Frage ist unter Juristen trotz einiger grundlegender BGH-Entscheidungen nach wie vor sehr umstritten.

Klarstellung durch drei BGH-Entscheidungen

Der Bundesgerichtshof hat in drei wegweisenden Entscheidungen klargestellt, dass grundsätzlich nur der Saldo anfechtbar ist.

Für die Auslegung des § 135 InsO grundlegend ist das Urteil des BGH vom 07.03.2013 Az. IX ZR 7/12 in: ZInsO 2013, 717 ff. Vereinbaren Gesellschafter und Darlehensnehmer einen echten Kontokorrentkredit mit vereinbarter Kreditobergrenze, ist nur der Saldo zwischen Rückzahlung und Neukreditierung binnen Jahresfrist an die Insolvenzmasse zu erstatten.

Denn mehr als die ausgeschöpften Mittel der Kreditlinie war im Schuldnervermögen nie vorhanden und für die Gläubigerbefriedigung nicht einsetzbar. Ausreichend ist nach der Rechtsprechung des Senats (BGH aaO Rn. 17) auch, dass die gewährten Kredite nach Art eines Kontokorrents miteinander verbunden sind. Da der wirtschaftliche Vorgang vollständig und richtig zu erfassen ist, darf eine einheitlich angelegte Vermögenszuwendung nicht mangels formaler Führung einer laufenden Rechnung und einer dauernden Kreditlinie sinnwidrig in voneinander unabhängige Einzeldarlehen zerlegt werden. Sonst würde der an die Insolvenzgläubiger zu verteilenden Masse mehr zurückgewährt, als die Schuldnerin jemals hatte.

Insolvenzverwalter halten an Formalien fest – offene Restfragen

Gerade dieser Punkt wird von Insolvenzverwaltern aber häufig missachtet. Verlangt werden eine Kontokorrentabrede und die Führung einer laufenden Rechnung. In der Praxis ist zu beobachten, dass sich Insolvenzverwalter an Formalien festhalten. Die Kreditgewährung bedarf auch keines konkreten Zwecks. Zwar verhielt es sich im Streitfall so, allerdings macht der BGH dies aber gerade nicht zur Voraussetzung, wie einige Insolvenzverwalter meinen.

Die entscheidende Frage ist stets, ob die Überlassung des Darlehens „wirtschaftlich betrachtet der Eröffnung einer Kreditlinie“ entspricht (BGH, Urt. v. 07.03.2013 – IX ZR 7/12, ZInsO 2013, 717 ff. Rn. 20 a.E). Der Senat stellt damit ausdrücklich auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ab. Nach richtiger Ansicht (K.Schmidt/K.Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 135 Rn. 21 unter Hinweis auf HK/Kleindiek, InsO, § 135 Rn. 40) muss auch ein revolvingender Warenkredit wie ein Kontokorrentkredit behandelt werden. Durch höchstgerichtliche Rechtsprechung bestätigt ist dies bislang allerdings noch nicht, weshalb eine derartige Form der Finanzierung durch Gesellschafter weiterhin als kritisch eingestuft werden muss.

Offene Fragen und eine ablehnende Haltung der Insolvenzverwalter erfordern geschicktes Verhalten

Die Entscheidungen des BGH lassen Restfragen offen. Zudem neigen Insolvenzverwalter dazu, die von dem BGH aufgestellten Voraussetzungen für die Privilegierung als kontokorrentähnlicher Darlehensgewährung im konkreten Fall entweder völlig zu ignorieren oder an Voraussetzungen zu knüpfen, die weder mit den einschlägigen Vorschriften noch mit der Rechtsprechung des BGH in Einklang zu bringen sind.

Um Anfechtungsrisiken zu vermeiden, ist es für einen Gesellschafter, ein vertikal oder horizontal verbundenes Unternehmen (Mutter- oder Schwestergesellschaft) dringend geboten, bereits vor der Gewährung eines Darlehens die Weichen richtigzustellen.

Die sachgerechte Vereinbarung eines kontokorrentähnlichen Kredites kann den Gesellschafter vor Rückforderungsverlangen in Millionenhöhe schützen. Betroffen sind insbesondere Konzerne und Holdingstrukturen sowie Mittelständler, die über mehrere Gesellschaften verfügen. Die Rechtsprechung nimmt sehr schnell eine Gesellschafterstellung an,

indem sie an die Voraussetzungen keine hohen Anforderungen stellt. Oftmals treten gesellschaftsrechtliche Konstruktionen für den Unternehmer völlig überraschend zu Tage.

Bereits zu Beweiszwecken sollten entsprechende Kontokorrentabreden schriftlich fixiert werden. Vor einer schlichten Darlehensgewährung, die bspw. lediglich durch Buchungen auf Gesellschafterverrechnungskonten dargestellt wird, kann nur gewarnt werden.

Der Gesellschafter sollte mit der Gesellschaft vor der Darlehensgewährung klar verabreden und schriftlich fixieren, dass ein Kontokorrentkredit mit einer bestimmten Obergrenze gewährt wird. Beginn und Beendigungsmöglichkeiten der Darlehensgewährung sind festzuhalten. Auch die Vereinbarung eines zumindest geringen Zinssatzes ist geeignet, den kritischen Insolvenzverwalter zu überzeugen. Etwaige Lieferantenkredite größeren Umfangs sind zu vermeiden. Auch eine Stundungsabrede wird häufig missinterpretiert. Im Zweifel ist es sicherer, die Liquidität durch einen Kontokorrentkredit sicherzustellen.

Viele weitere Entscheidungen und Informationen zum Anfechtungsrecht finden Sie auch auf:

www.insolvenzanfechtung-buchalik.de

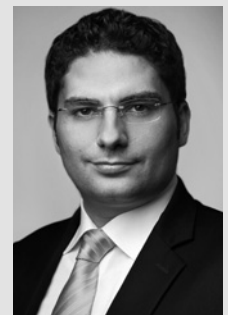
Dr. Olaf Hiebert

Rechtsanwalt
Spezialist für Insolvenzanfechtung
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenzanfechtung,
Geschäftsführerhaftung, Insolvenzstrafrecht

Tel. 0211-82 89 77 268

olaf.hiebert@buchalik-broemmekamp.de



Penn Textile Solutions – dank Eigenverwaltung wieder auf Erfolgskurs

Der florierende Onlinehandel und die neuen Billiganbieter wie Primark setzen die europäische Textilindustrie zunehmend unter Druck – allein in Deutschland ist der Umsatz seit der Jahrtausendwende um rund ein Viertel eingebrochen. Die Zahl der Herstellerbetriebe ist gar um die Hälfte geschrumpft. Die verbliebenen deutschen Textilunternehmen kämpfen derweil gegen asiatische Wettbewerber und die geringe Kauflaune. Die Penn Textile Solutions hat bereits frühzeitig mit weitreichenden Restrukturierungsmaßnahmen auf diesen Trend reagiert, doch erst eine Insolvenz in Eigenverwaltung konnte das Traditionsunternehmen aus Ostwestfalen wieder wettbewerbsfähig aufstellen.

Die Penn Textile Solutions GmbH ist ein mittelständisches Textilunternehmen mit rund 180 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von rund 20 Mio. Euro. Penn stellt bereits seit 1959 auf dem 2,3 Hektar großen Firmengelände in Paderborn elastische Textilien her. Der Schwerpunkt liegt in der Herstellung gewirkter und gestrickter Stoffe. Von der Entwicklung und dem Garnzukauf über die Veredelung bis hin zum fertigen Stoff deckt Penn sämtliche Schritte der Wertschöpfungskette ab. Die wesentlichen Kunden stammen aus der Wäsche- und Miederbranche. Daneben ist das Unternehmen im Bereich der technischen Textilien und der Sportbekleidung aktiv.

Insbesondere in 2012 und 2013 musste Penn auf dem stark umkämpften Textilmarkt in Deutschland erhebliche Umsatzeinbrüche im Kerngeschäft hinnehmen. Die daraufhin eingeleiteten Restrukturierungsmaßnahmen konnten die Krise allerdings nicht abwenden.

Als sich die Lage in 2015 weiter verschärfte und letztlich in einer Liquiditätskrise mündete, versuchte Penn mit den beteiligten Banken eine Lösung zu finden. Aufgrund der deutlich angespannten Liquiditätssituation und der sich bereits für Ende 2015 abzeichnenden Zahlungsunfähigkeit, kam jedoch dieser letzte Versuch zur Vermeidung einer Insolvenz zu spät. Aus diesem Grund entschied sich die Geschäftsführung von Penn nach eingehender Beratung durch Buchalik Brömmekamp Mitte September 2015 für die Fortsetzung der Sanierung in Eigenverwaltung. Mit Unterstützung von Buchalik Brömmekamp stellte die Geschäftsführung Ende September 2015 einen Antrag für ein Eigenverwaltungsverfahren.

Unterstützung durch Sanierungsgeschäftsführer

Da die Anforderungen an ein Eigenverwaltungsverfahren allerdings enorm hoch sind und die Steuerung eines solchen Verfahrens nicht durch den Schuldner alleine erfolgen kann, bekam die Unternehmensleitung weitere Unterstützung

durch Buchalik Brömmekamp. Rechtsanwalt Daniel Meintz ergänzte als Sanierungsgeschäftsführer (CRO) die Geschäftsführung und unterstützte das Management in allen insolvenzrechtlichen Belangen. Diese Maßnahme verstärkte das Vertrauen des Gerichtes und der Stakeholder in das Verfahren und in die Fortführung des Unternehmens.

Um Gerüchten im Markt schnell zu begegnen, verfolgte die Geschäftsführung eine offene Kommunikationsstrategie. Unmittelbar nach Antragstellung informierten die Geschäftsführer zunächst die wichtigsten Kunden und Lieferanten über den Antrag und die Eigenverwaltung. In einer Betriebsversammlung am Tag der Antragstellung wurde darüber hinaus die Belegschaft über das Eigenverwaltungsverfahren sowie über die Insolvenzgeldvorfinanzierung unterrichtet. Durch die bereits vor Antragstellung in die Wege geleitete Insolvenzgeldvorfinanzierung konnte sichergestellt werden, dass die Mitarbeiter pünktlich ihre Löhne und Gehälter zu Ende September 2015 erhielten. Aufgrund des bereits zu Beginn des Verfahrens erkennbar notwendigen Personalabbaus war es wichtig, den Betriebsrat mit dem Tag der Antragstellung eng in das Eigenverwaltungsverfahren einzubinden und wöchentlich über den Verlauf des Verfahrens zu informieren.

Offene Kommunikation mit allen Beteiligten

Einen weiteren Kommunikationsbaustein stellte die Schulung der Mitarbeiter dar, die im engen Kunden- und Lieferantenkontakt standen. Diese Mitarbeiter und die Penn-Führungskräfte erhielten durch die Sanierungsexperten der Buchalik Brömmekamp wertvolle Hinweise im Umgang mit besorgten Kunden und Lieferanten. Die offene Haltung gegenüber den Beteiligten sollte sich später auszahlen – Penn gelang es, alle Lieferanten und Kunden während des Verfahrens zu halten.

Zur Überwachung der Betriebsfortführung wurden entsprechende Controllinginstrumente eingeführt, die den Verfahrens-

beteiligten mittels eines Tagesreportings den aktuellen Verlauf und später die ersten Erfolge der Sanierung aufzeigten.

Parallel dazu begann die Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung mit der Erstellung des notwendigen Sanierungskonzeptes. Mittels einer sogenannten Ist-Analyse in sämtlichen Bereichen des Unternehmens wurden die wesentlichen Krisentreiber identifiziert und erste Gegenmaßnahmen entwickelt. Mit der Geschäftsführung und den Führungskräften erarbeiteten die Sanierungsexperten von Buchalik Brömmekamp anschließend auf Basis dieser Analyse ein rund 300 Seiten umfassendes Sanierungskonzept.

Sanierungskonzept sieht Produktivitätssteigerung und Kapazitätsanpassungen vor

Das Sanierungskonzept wurde noch vor Insolvenzeröffnung mit den wesentlichen Verfahrensbeteiligten, insbesondere dem vorläufigen Sachwalter, dem vorläufigen Gläubigerausschuss, den beteiligten Banken und dem Betriebsrat abgestimmt. Im Rahmen einer Mitarbeiterversammlung stellte die Geschäftsführung die wesentlichen Eckpunkte des abgestimmten Konzeptes der Belegschaft vor.

Das Sanierungskonzept umfasste im Wesentlichen die folgenden Maßnahmen:

- Steigerung der Produktivität durch Optimierung der Produktionsprozesse und Investitionen in die Produktionsanlagen,
- Anpassung der Produktionskapazitäten an die neue Unternehmensstruktur gemäß dem entwickelten Sanierungskonzept,
- Neustrukturierung der Vertriebsorganisation und deren Prozesse,
- Anpassung der Personalstärke an die neue Unternehmensstruktur sowie
- Reduzierung der Verbindlichkeiten/der Kapitaleinstellungen gegenüber den beteiligten Kreditinstituten durch Veräußerung eines aufgrund der neuen Unternehmensstruktur nicht mehr benötigten Teils der Immobilie sowie durch den Verkauf zukünftig nicht mehr benötigter Maschinen.

Unmittelbar nach Insolvenzeröffnung konnte der bereits im Vorfeld der Eröffnung mit dem Betriebsrat verhandelte Interessenausgleich und Sozialplan unterzeichnet werden. Um den Personalabbau so sozialverträglich wie möglich zu gestalten, richtete das Unternehmen eine Transfergesellschaft ein. Wesentliche Aufgabe der Transfergesellschaft ist es, die Mitarbeiter für den Arbeitsmarkt vorzubereiten bzw. weiterzuqualifizieren.

Einstimmigkeit für den Insolvenzplan

Auf Basis des Sanierungskonzeptes erstellte Buchalik Brömmekamp unmittelbar nach Insolvenzeröffnung den Insolvenzplan und stimmte diesen mit den Verfahrensbeteiligten wie dem Sachwalter und dem Gläubigerausschuss ab. Der Insolvenzplan sieht neben den Sanierungsmaßnahmen die Entschuldung des Unternehmens und die Quotenzahlungen an die Gläubiger vor. Durch den Insolvenzplan konnte sich Penn von Altlasten befreien und den Personalabbau durchführen. Beides wäre in einem außerinsolvenzlichen Sanierungsprozess aufgrund der hohen Restrukturierungskosten kaum durchführbar gewesen. Ferner ermöglichte erst die Eigenverwaltung die kurzfristige Beendigung unrentabler Vertragsverhältnisse und laufender Dauerschuldverhältnisse. Dadurch wurde die Liquidität geschont und das Ergebnis erheblich verbessert. Im nächsten Jahr soll die Eigenkapitalquote von Penn wieder auf 47 Prozent steigen.

Bereits Anfang März 2016 stimmten die Gläubiger im Rahmen des Erörterungs- und Abstimmungstermins vor dem Paderborner Amtsgericht über den Insolvenzplan ab. Der Plan wurde einstimmig von den Gläubigern angenommen. Dadurch konnte das Insolvenzverfahren bereits Ende März 2016 und damit knapp sechs Monate nach Antragstellung aufgehoben werden.

Durch das erfolgreich durchgeführte Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung ist es gelungen, Penn innerhalb kürzester Zeit bilanziell zu sanieren. Zudem konnten rund 130 Arbeitsplätze in Paderborn gerettet werden. Die operative Sanierung, die bereits nach der Verabschiedung des Sanierungskonzeptes startete, wird auf Wunsch von Penn durch Buchalik Brömmekamp – auch nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens – weiter begleitet.

Daniel Meintz

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenzrecht,
Sanierungsberatung

Tel. 0211-82 89 77 240

daniel.meintz@buchalik-broemmekamp.de



Die Zulässigkeit von Ausschlussklauseln im Insolvenzplan

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) im März 2012 hat das Insolvenzplanverfahren enorm an Bedeutung gewonnen. Gegenstand eines Insolvenzplans ist ein Vergleich zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern. Stimmen die Gläubiger dem Plan zu, ist das Unternehmen weitgehend entschuldet und das Eigenkapital wiederhergestellt. Das operativ sanierte Unternehmen bleibt erhalten.

In der Praxis ist ab und an zu beobachten, dass nicht alle Gläubiger, die Forderungen gegen den Schuldner haben, diese auch zur Tabelle anmelden, dies aber zu einem späteren Zeitpunkt nachholen oder Gläubiger ihre Forderung zwar anmelden, dann aber nach Bestreiten der Forderung nicht oder nicht rechtzeitig vor Beendigung des Insolvenzverfahrens eine Feststellungsklage erheben. Die daraus resultierende Unsicherheit über die Höhe der Insolvenzforderungen und die verteilbare Masse als Größen für die Berechnung der Planquote kann im schlimmsten Fall zum Scheitern der Sanierung führen, da die Mittel zur Zahlung der Planquote für die „Nachzügler“ fehlen. Aus diesem Grund enthalten Insolvenzpläne regelmäßig Ausschlussklauseln, die verhindern sollen, dass „Nachzügler“ ihre Forderungen nachträglich anmelden können.

I. Ausgangssituation

Gemäß § 254b InsO wirkt ein Insolvenzplan auch für Insolvenzgläubiger, die ihre Forderung nicht bis zum Erörterungs- und Abstimmungstermin über den Plan angemeldet haben oder dem Insolvenzplan widersprochen haben.

Dazu folgendes Beispiel (vgl. BGH v. 12.9.2013 – Az. 6 AZR 907/11): Ein Arbeitnehmer forderte von seinem insolventen Arbeitgeber nicht gezahlten Arbeitslohn. Der Arbeitgeber wurde mittels Insolvenzplan saniert. Im Prozess beruft sich der Arbeitgeber auf eine Ausschlussklausel und lehnt eine Zahlung wegen Fristablauf ab. Nach der Ausschlussklausel hätten Forderungen bis zum Wirksamwerden des Insolvenzplans angemeldet werden müssen. Danach gelten sie als erlassen.

II. Unzulässigkeit von anspruchsvernichtenden Klauseln

Ob Ausschlussklauseln im Insolvenzplan mit dem Schutz des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar sind, ist streitig. Der BGH und das BAG haben vor kurzem entschieden, dass bei der rechtlichen Bewertung und den praktischen Folgen

zwischen anspruchsvernichtenden und verteilungsausschließenden Klauseln differenziert werden muss:

Nach Ansicht des BGH (Beschl. v. 7.5.2015 – Az.: IX ZA 75/14) darf ein Insolvenzplan keine Klauseln vorsehen, welche Gläubiger, die sich am Verfahren nicht durch eine Forderungsanmeldung beteiligt haben, mit ihren Forderungen ausschließen und den Erlass der Forderung nach Ablauf einer Ausschlussfrist fingieren. In diesem Fall liege ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG vor, zu dessen Rechtfertigung es einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfe, die in der Insolvenzordnung derzeit fehle.

Wird zudem eine eigene Gruppe nur für „Nachzügler“ gebildet, verstoße die Gruppenbildung auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 226 Abs. 1 InsO, weil sie Insolvenzgläubiger in passive und aktive Gläubiger unterteile. Die Passivität der Gläubiger ändere weder die Rechtsstellung noch die wirtschaftlichen Interessen dieser Gläubiger. Folgerichtig verstoße eine entsprechende Gruppenbildung auch gegen § 222 Abs. 2 InsO.

Der BGH hat diese Entscheidung mit Beschluss vom 03.12.2015 – IX ZA 32/14 bestätigt. Er folgt damit der wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur, die – unter Verweis auf den abschließenden Charakter von §§ 259a, b InsO, welche besondere Regelungen für die Verjährung und den Vollstreckungsschutz im Planverfahren regeln – argumentiert, dass diese andernfalls leerlaufen würden, da der jeweilige Anwendungsbereich mangels Forderung nicht bzw. nur dann eröffnet wäre, wenn die Ausschlussklausel im Insolvenzplan unwirksam sei.

III. Zulässigkeit von verteilungsausschließenden Klauseln

Sieht der Insolvenzplan vor, dass Gläubiger bestrittener Forderungen, die nicht fristgerecht eine Feststellungsklage erheben, lediglich nicht mehr mit ihren Forderungen in die Tabelle aufgenommen werden und nicht bei der im Insol-

venzplan vorgesehenen Verteilung der Insolvenzmasse und sonstigen Planausschüttungen berücksichtigt werden, soll dagegen die Klausel als rein verteilungsausschließend zu qualifizieren sein und damit zulässig (BAG vom 19.11.2015 – 6 AZR 559/14). Grund dafür ist, dass diese Klauseln die Forderung nicht dauerhaft entwertet. Insbesondere bleibe es den betroffenen Gläubigern innerhalb der Jahresfrist des § 259b InsO unbenommen, die Zahlung der Planquote zu verlangen.

Einer vorherigen rechtskräftigen Feststellung der Forderung durch ein Gericht bedürfe es nicht, sofern diese Gläubiger lediglich die Zahlung der Planquote verlangen. Die betreffenden Gläubiger können daher vom Schuldner die Zahlung der Planquote verlangen, sobald der Insolvenzplan rechtskräftig ist und eine ggf. im Insolvenzplan vorgesehene Nachfrist fruchtlos geblieben ist.

IV. Tabelle muss nicht mit Kreditorenbuchhaltung übereinstimmen

Allerdings versagt die wohlformulierteste Ausschlussklausel im Plan, wenn schon bei der Erstellung des Sanierungskonzepts nicht mit der gebotenen Sorgfalt gearbeitet wird. Es ist daher dringend zu empfehlen, bei der Erstellung des Ertrags- und Finanzplans und der Liquidationsrechnung im Insolvenzplan nicht nur auf die Tabelle abzustellen, sondern auch die Kreditoren-Buchhaltung des schuldnerischen Unternehmens auf Gläubiger zu überprüfen, die keine Forderung angemeldet haben und ggf. nachträglich, d. h. nach dem Erörterungs- und Abstimmungstermin über den Insolvenzplan, die Zahlung der Planquote verlangen könnten.

V. Vollstreckungsschutz und Verjährung

Ferner sollte beachtet werden, dass § 259a InsO einen besonderen Vollstreckungsschutz gegen nachträgliche Forderungsanmeldungen gewährt und gemäß § 259b InsO eine Verjährung der Insolvenzforderung ein Jahr nach Fälligkeit der Forderung und dem rechtskräftigen Beschluss über die Bestätigung des Insolvenzplans eintritt.

Eine verteilungsausschließende Klausel im Insolvenzplan führt dazu, dass die Möglichkeit zur Aufnahme in die Tabelle und damit der vereinfachte Weg zur Erlangung eines Vollstreckungstitels (§ 257 Abs. 1 S. 1 InsO) gegen den Schuldner künftig versperrt ist. Der passive Gläubiger muss also auf normalem Weg einen Vollstreckungstitel erstreiten, wenn der Schuldner nicht freiwillig zahlt.

Darüber hinaus findet § 199 BGB keine Anwendung, d. h. die Verjährungsfrist beginnt nicht erst mit Schluss des Jahres, in dem die Verjährungsvoraussetzungen vorliegen. Auch § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB findet keine Anwendung; als speziellere Regelung gilt § 259b Abs. 1 InsO sogar für bereits titulierte Forderungen, für die ansonsten gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB die 30-jährige Verjährungsfrist gelten würde. Außerdem führt der Ausschluss von der Möglichkeit zur Aufnahme in die Tabelle nach Ablauf der im Insolvenzplan angegebenen Fristen dazu, dass keine Hemmung (§ 204 Abs. 1 Nr. 10, Alt. 1 BGB) eintritt.

VI. Fazit

Ausschlussklauseln im Insolvenzplan sind nicht per se unzulässig. Der Teufel steckt jedoch wie immer im Detail:

- Eine Ausschlussklausel darf nicht so formuliert sein, dass bei Versäumen einer bestimmten Frist die nachträglich angemeldete Forderung als erlassen bzw. ausgeschlossen gilt.
- Zulässig ist dagegen eine Klausel, die (gegebenenfalls in analoger Anwendung von § 189 Abs. 1 InsO) eine bestrittene Forderung, für die nicht rechtzeitig eine Feststellungsklage erhoben wird, von der Verteilung ausschließt.

Katrin Schröder

Rechtsanwältin, LL.M. corp. Restruc.
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwältin | Steuerberater

Schwerpunkte: Insolvenzrecht,
Restrukturierung/Sanierung,
Gesellschaftsrecht/ M&A

Tel. 0211- 82 89 77 0
katrin.schroeder@buchalik-broemmekamp.de



Haftungsfalle „staatliche Beihilfen“

Die Finanzierung kommunaler Unternehmen hängt in vielen Fällen von Zuschüssen, Darlehen oder sonstigen Unterstützungsleistungen ihrer Träger ab. Sollten sich diese Unterstützungsleistungen für Investitionen oder den allgemeinen Geschäftsbetrieb als rechtswidrig herausstellen, besteht die Gefahr, dass die Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Sowohl die Träger solcher Unternehmen als auch die finanzierenden Banken sollten daher überprüfen, ob solche Zuwendungen mit dem geltenden Recht, insbesondere mit dem EU-Recht vereinbar sind. Wie ein aktuell vom Bundesgerichtshof entschiedener Fall zeigt, halten die von den kommunalen Spitzenverbänden zur Verfügung gestellten Mustervereinbarungen nicht immer einer rechtlichen Überprüfung stand.

Das europäische Beihilferegime sorgt für Konflikte zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft. Die Träger der „öffentlichen Hand“ – im Wesentlichen Bund, Länder und Kommunen – sind versucht, in den Wirtschaftsablauf durch öffentliche Beihilfen einzugreifen, z. B. in Form von Beihilfen zur Rettung von Unternehmen (Bankenrettung), Investitionsbeihilfen (Ansiedlung neuer Unternehmen) oder der Subventionierung von Unternehmen, die sich ganz oder teilweise in der Trägerschaft der öffentlichen Hand befinden. Solche Beihilfen müssen grundsätzlich vor ihrer Gewährung nach § 108 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) bei der Europäischen Union (EU) notifiziert werden. Die EU prüft, ob die Beihilfe mit dem Europäischen Recht vereinbar ist und genehmigt oder untersagt die Beihilfe. Um diesen Prüfungsvorgang auf die wesentlichen Fälle zu beschränken, hat die EU ein umfangreiches Beihilferegime erlassen (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/index_en.html). Darin enthalten sind z. B. Regeln für bestimmte Industrien, für Rettungsbeihilfen, für Ausnahmen vom Anmeldeerfordernis wegen Geringfügigkeit und für die Zulässigkeit von Beihilfen zur regionalen Entwicklung. Das Beihilferegime gilt auch für Kommunen, die Dienstleistungen für ihre Bürger zur Verfügung stellen, z. B. Personennahverkehr, Müllabfuhr etc. Für diese Dienstleistungen hat sich der Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ entwickelt. Die EU hat einen Leitfaden veröffentlicht, in dem die Vereinbarkeit von Beihilfen für diesen Sektor mit dem EU-Recht beschrieben wird erlassen (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf).

I. Verband klagt gegen Beihilfe

Aktuell sind Beihilfen eines Landkreises für die von ihm (mit-)betriebenen Krankenhäuser in der Form einer gGmbH Gegenstand eines Rechtsstreits. Der Bundesverband deutscher Privatkliniken macht geltend, die Beihilfen würden einen Verstoß gegen EU-Recht darstellen, den Wettbewerb verzerren

und seien deshalb gemäß den Regeln in den §§ 8, 3 und 4 UWG zu unterlassen. LG und OLG wiesen die Klage ab. Der BGH (BGH I ZR 263/14 vom 24. März 2016; VKU Nachrichtendienst 04/2016, S. 10) hat das Urteil des OLG teilweise aufgehoben, und zwar mit der Begründung, der vom Landkreis gewährte Verlustausgleich würde nicht den Transparenzanforderungen entsprechen, die in der Freistellungsentscheidung der EU (Freistellungsentscheidung der EU-Kommission, 2005/842/EG) für solche Zahlungen enthalten sind.

Nicht jede Zahlung an oder jeder Vorteil für Unternehmen, die solche Dienstleistungen erbringen, stellt eine Beihilfe im Sinne des EU-Rechts dar. Seit der Altmark-Trans-Entscheidung (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:62000CJ0280>) des Europäischen Gerichtshofes wird zwischen Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, die diese Unternehmen zu erfüllen haben und staatlichen Beihilfen unterschieden. Solche Ausgleichsleistungen gelten nicht als staatliche Beihilfen, müssen deshalb nicht notifiziert werden und sind deshalb auch nach den bereits genannten UWG-Regeln akzeptabel. Allerdings müssen Zahlungen und Vorteile für die Unternehmen, sofern sie als Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen eingestuft werden sollen, folgende Voraussetzungen erfüllen:

1. Dienstleistung von allgemeinem Interesse

Es handelt sich um eine Dienstleistung, die von den Behörden der Mitgliedstaaten auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene als im allgemeinen Interesse liegend eingestuft wird und daher spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen unterliegt. Der Begriff deckt sowohl wirtschaftliche Tätigkeiten (vgl. nachstehende Definition von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) als auch nichtwirtschaftliche Leistungen ab (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf, Seite 20). Nichtwirtschaftliche Leistungen unterliegen nicht dem Wettbewerbsrecht der EU und bleiben außerhalb der Betrachtung.

2. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Es handelt sich um wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universellem Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf, Seite 20). Die Mitgliedsstaaten haben bei der Festlegung solcher Dienstleistungen einen weiten Ermessensspielraum, sodass es sein kann, dass eine bestimmte Dienstleistung in einem Staat als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen wird, in einem anderen Staat aber nicht. Angesichts der föderal gesplitteten Zuständigkeit in Deutschland haben die Länder jedenfalls in den Fällen, in denen sie für eine solche Dienstleistung allein zuständig sind, ebenfalls diesen Ermessensspielraum. Ob dieses Recht auch den Kommunen zusteht, die die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Zuständigkeit erledigen, ist aber fraglich, weil sie keine eigenen staatlichen Gebilde sind.

3. Betrauungsakt

Das begünstigte Unternehmen muss mit den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen enthalten, betraut sein (Beträuungsakt). Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen müssen klar definiert und von anderen Aufgaben abgrenzbar sein.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall genügte der Betrauungsakt, mit dem der Landkreis die Träger der Krankenhäuser mit Krankenhausdienstleistungen beauftragt und ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt hatte, nicht den Bestimmtheitsanforderungen, obwohl der Betrauungsakt einem Muster des Landkreistages entsprach.

4. Berechnung des Ausgleichs

Die Kriterien, nach denen der Ausgleich für die Auferlegung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erfolgt, müssen objektiv und transparent festgelegt werden, und zwar vor dem Zeitraum, für den der Ausgleich gewährt werden soll. Die Kriterien dürfen also nicht im Nachhinein angepasst werden, um z. B. höhere Ausgleichsleistungen zu rechtfertigen.

5. Begrenzung der Höhe

Die Höhe der Ausgleichsleistung muss begrenzt werden, und zwar in Bezug auf die Nachteile, die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen entstehen. Es ist nicht zulässig, in diesem Rahmen eine versteckte Subventionierung oder aber einen nicht angemessenen Gewinn zu finanzieren.

6. Begünstigtes Unternehmen

Sofern das begünstigte Unternehmen, das die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen soll und damit die Ausgleichsleistung erhält, nicht durch Ausschreibung ermittelt wird, muss durch ein Gutachten unterlegt werden, dass die Ausgleichsleistung nur in Höhe eines Betrages gezahlt wird, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen benötigt.

II. Empfehlungen für die Praxis

Wir empfehlen, dass Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, Zuschüsse für Investitionen oder Zuwendungen für die Herstellung der Kreditfähigkeit (z. B. in Form von Ausfallbürgschaften) vor ihrer Gewährung rechtlich geprüft werden. Es drohen nicht nur Unterlassungsklagen von Mitbewerbern, sondern gegebenenfalls auch eine Rückforderung der Beihilfen (BGH III ZB 3/12 vom 13. September 2012) und eventuell auch strafrechtliche Sanktionen (Koenig/Meyer-EU-Beihilfenkontrolle und nationales Strafrecht, NJW 2014, 3547) für die an der Beihilfengewährung beteiligten Personen. Der Bundesgerichtshof vertritt allerdings die Auffassung, dass allein ein Verstoß gegen die Beihilfenvorschriften der Art. 107 ff AUEV keine Strafbarkeit wegen Untreue zur Folge hat, weil die Normen den Schutz des Binnenmarktes vor Wettbewerbsverzerrungen bezwecken und nicht dem Schutz des Vermögens des Beihilfegebers dienen (BGH 3 StR 17/15 vom 26. November 2015, RdNr. 86, 87 Nürnbergring).

Horst Ahlers

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater
Niederlassung Frankfurt

Schwerpunkte: Beratung im Bankrecht,
Wirtschaftsstrafrecht und Öffentliches
Wirtschaftsrecht

Tel. 069-24 75 215 30
horst.ahlers@buchalik-broemmekamp.de



Aktuelles

Steuerberaterinstitut Sachsen –

Eigenverwaltung in der Insolvenz als Chance für den Steuerberater

Das ESUG eröffnet für Unternehmen und deren begleitenden Steuerberater völlig neue Möglichkeiten der Krisenbewältigung. Hier liegt die Chance für Steuerberater, ihre Mandanten in der Krise zu begleiten und so nicht nur das Unternehmen zu erhalten, sondern auch die Krisensituation aktiv mitzugestalten. Das neue Betätigungsfeld hält aber auch viele Stolpersteine bereit. RA Dr. Hubertus Bartelheimer referiert zu den Chancen und Risiken der Steuerberater in einer Insolvenz in Eigenverwaltung.

Veranstaltungstag:
23. Juni 2016

Veranstaltungsort:
Steuerberater Akademie, Dresden

Praktikerfrühstück Restrukturierung

Bozidar Radner, Friederike Maaß und Florian Edinger beschäftigen sich bei der zweiten Veranstaltung unserer Vortragsreihe „Praktikerfrühstück Restrukturierung“ mit dem Thema Einkauf. Der Einkauf hat immensen Einfluss auf Liquidität und Rendite des Unternehmens. Ein Euro Einsparung im Einkauf = ein Euro mehr Nettogewinn. Diese simple Formel drückt die ganze Macht eines schlagkräftigen Einkaufs aus. Anhand von Praxisbeispielen zeigen die Referenten, wie man Einsparpotenziale sichtbar macht, hebt und durch den Aufbau einer effizienten Einkaufsorganisation nachhaltig sichert.

Veranstaltungstag:
23. Juni 2016

Veranstaltungsort:
Buchalik Brömmekamp, Düsseldorf

nwb Akademie: „Sanieren statt Liquidieren“

Die Praxis zeigt, dass das neue Insolvenzrecht allmählich in der Wirtschaft ankommt. Trotzdem ist immer noch vielen Unternehmen nicht ausreichend bekannt, welche Möglichkeiten sie zur nachhaltigen Sanierung ihres Unternehmens unter Insolvenzschutz haben. In diesem Seminar erhalten Sie das notwendige Know-how zur Anwendung der Sanierung durch Insolvenz nach dem ESUG. RA Robert Buchalik erläutert typische Fallstricke und zeigt Wege auf, um ein solches Verfahren erfolgreich zu bewältigen.

Veranstaltungstag:
29. Juni 2016

Veranstaltungsort:
NH Hotel, Hamburg Altona

Praxisforum Restrukturierung

Im zweiten Teil unserer Vortragsreihe „Praxisforum Restrukturierung“ erläutern unsere Referenten Bozidar Radner, Friederike Maaß, Kurt Bühler und Katja Wirths den „Umsetzungsdreikampf“. Anhand von Praxisbeispielen verdeutlichen sie die drei Pflichtdisziplinen Einkauf, Produktion und Vertrieb und stellen dar, wie Sanierungsmaßnahmen im Krisenumfeld sinnvoll gestaltet, schnell umgesetzt und nachhaltig verankert werden, damit eine echte operative Sanierung gelingt und die Wettbewerbsfähigkeit langfristig wiederhergestellt wird.

Veranstaltungstag:
07. Juli 2016

Veranstaltungsort:
Buchalik Brömmekamp, Düsseldorf

nwb Akademie: Der Insolvenzplan

RA Robert Buchalik, RA Dr. Jasper Stahlschmidt und RA Philipp Künne zeigen die Inhalte eines erfolgreichen Insolvenzplanes. Sie referieren über die notwendigen Maßnahmen zur Vorbereitung des Plans sowie über die speziellen Umsetzungs- und Gestaltungsmöglichkeiten. Dabei gehen sie auf die im Verfahren auftretenden Hürden – sei es auf Gläubigerseite, durch das Gericht oder den Sachwalter – intensiv ein. Anhand vieler Fallbeispiele lernen Sie in diesem Seminar einzuschätzen, in welchen Fällen diese Sanierungsvariante erfolgversprechend ist und welche Fallstricke Sie vermeiden sollten.

Veranstaltungstag:
22. Juli 2016

Veranstaltungsort:
Novotel am Tiergarten, Berlin

Informationen zu allen Veranstaltungen unter:
www.buchalik-broemmekamp.de/aktuelles/veranstaltung/

Impressum

Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwälte | Steuerberater

Prinzenallee 15, 40549 Düsseldorf, Tel. 0211-82 89 77 200
Bernburger Straße 32, 10963 Berlin, Tel. 030-243 555 170
Bautzner Straße 145a, 01099 Dresden, Tel. 0351-402 88 653
Westendstraße 16 -22, 60325 Frankfurt/Main, Tel. 069-24 75 215 0
Industriestraße 4, 70565 Stuttgart, Tel. 0711-25 29 600

www.buchalik-broemmekamp.de

Haftungsausschluss

Die Beiträge wurden mit Sorgfalt recherchiert. Gleichwohl wird keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Inhalte übernommen. Der Newsletter stellt keine abschließenden Informationen bereit und ersetzt nicht eine Beratung im Einzelfall. Hierfür steht Ihnen auf Wunsch die Kanzlei Buchalik Brömmekamp gern zur Verfügung.

Redaktion

Bettina Fey, Markus Haase