

Buchalik Brömmekamp

## NEWSLETTER

## EDITORIAL

Sehr geehrte Geschäftsfreunde,

die Bundestagswahl führte zu signifikanten Veränderungen in der politischen Landschaft. Sobald der neue Bundestag seine Arbeit aufgenommen hat und die Regierungsbildung erfolgreich abgeschlossen ist, sind auch die Weichen für die zukünftige Wirtschaftspolitik gestellt. Wirtschaftspolitische Rahmenbedingungen sind wesentliche Einflussfaktoren für den Erfolg oder Misserfolg unternehmerischer Tätigkeit, wie die Themen EEG-Umlage, Mindestlohn, Vermögensabgaben etc. verdeutlichen. Großunternehmen können wirtschaftlich negative Auswirkungen nationaler Gesetzgebungen auf ihre Zahlungslast beispielsweise durch Verlagerung einer Holding in sogenannte „Offshore-Leaks“ kompensieren. So werden Gewinne aus „Intellectual Properties“, also aus geistigem Eigentum, in den Niederlanden nicht besteuert. Gut also, wenn die ausländische Holding aus einem „Strauß von Lizenzgebühren“ die Gewinne der in Deutschland agierenden Töchterunternehmen abschöpfen kann.

So müssen häufig mittelständische Unternehmen große politische Visionen auffangen und gleichzeitig knapp 80 Prozent der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten mit Lohn und Brot versorgen (in Betrieben < 501 Mitarbeitern).

Dem mittelständischen, regional verwurzelten Unternehmen bleibt häufig nichts anderes übrig, als zusätzliche Belastungen wie steigende Energiepreise oder Personalkosten durch weitere Optimierung der eigenen Wertschöpfungskette oder durch Verluste zu Lasten des Eigenkapitals zu kompensieren.



Wie tief die Verunsicherung – gerade der mittelständischen deutschen Industrie – in Zeiten der Euro Schuldenkrise ist, spiegelt sich erstaunlicherweise auch am gedämpften, aber kontinuierlichen Anstieg des deutschen Bruttoinlandsproduktes (BIP) wider. Dieser Anstieg stützt sich gerade nicht auf die Investitionen der Wirtschaft, sondern auf den privaten Konsum und den Wohnungsbau. Der mittelständische deutsche Unternehmer muss sich also weiterhin auf ein sehr ungemütliches (direktes und indirektes) Marktumfeld einstellen, bei denen Fragen der Wertschöpfungsoptimierung, Krisenprävention und Krisenbewältigung regelmäßig ein hohes Augenmerk haben sollten. In diesem Zusammenhang wollen wir Ihnen mit der „5 S-Methode“ und einem Beitrag zur Optimierung der Distributionslogistik einmal mehr Denkanstöße für eigene Optimierungsansätze geben. Dem Thema Schaffung einer kostenadäquaten Personalstruktur widmet sich ein Beitrag über den Personalabbau in der Insolvenz. Ferner finden Sie aus aktuellem Anlass einen Beitrag zur „Praktiker Insolvenz“ und zu Haftungsfragen von Beratern und Geschäftsführern. Schließlich wollen wir Ihnen interessante Gestaltungsmöglichkeiten für Freiberufler und Kleinunternehmer vorstellen.

Wir wünschen Ihnen viel Vergnügen bei der Lektüre.

Ihr

Prof. Dr. Jochen Vogel

- 02 Die Praktiker-Insolvenz oder wie man es nicht machen sollte
- 04 5S erhöht Produktivität und Produktqualität
- 06 Distributionslogistik: Im Spannungsfeld zwischen minimalen Kosten und maximaler Leistung
- 08 Der (steuerrechtlich) Selbstständige und der Sanierungsgewinn
- 10 Personalabbau in der Insolvenz – insbesondere Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur
- 12 Haftung des Beraters in der Insolvenz/Insolvenzanfechtungstatbestände bei gezahlten Honoraren des Mandanten
- 16 Zivilrechtliche Haftungsrisiken in der Krise am Beispiel des GmbH-Geschäftsführers
- 20 Aktuelles

# Die Praktiker-Insolvenz oder wie man es nicht machen sollte

**Mit dem ESUG (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen) hat der Gesetzgeber neue Möglichkeiten geschaffen, ein Unternehmen durch Insolvenz zu sanieren. Neben der Stärkung von Gläubigerrechten bietet das neue Insolvenzrecht dem Schuldner die Möglichkeit, eine Sanierung in (vorläufiger) Eigenverwaltung durchzuführen. Die Baumarktketten Praktiker und Max Bahr entschieden sich aber für die Regelinsolvenz und vergaben damit die Chance, alle Möglichkeiten zur Generierung von Liquidität im Antragsverfahren auszuschöpfen.**

Es ist verfrüht darüber zu spekulieren, wie hoch die Verfahrenskosten bei den Praktiker-/Max Bahr-Verfahren am Ende zusammen sein werden. Nimmt man die Karstadt Insolvenz als Maßstab, dürften es für beide Verfahren ca. 60 Mio. Euro sein.

Die bisherige Praxis in (vorläufigen) Eigenverwaltungsverfahren zeigt aber, dass sich die Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters durch Vergütungsvereinbarungen/-absprachen drastisch reduzieren lässt und auch die Gerichte bei der Vergütungsfestsetzung immer häufiger den Rotstift ansetzen. Abgesehen davon, dass ein Sachwalter nur 60 Prozent der Regelvergütung des Insolvenzverwalters bekommt, lassen die Gerichte beim eigentlichen Einfallstor für hohe Verwaltervergütungen, nämlich bei den Erhöhungstatbeständen, die oft ein Mehrfaches der Regelvergütung betragen, solche nur noch eingeschränkt, überwiegend aber gar nicht mehr zu.

Deshalb werden sich die Verwaltervergütungen – insbesondere bei größeren Verfahren – nur noch auf einen Bruchteil eines Regelverfahrens begrenzen lassen, wenn man als Verfahrensart die Eigenverwaltung wählt. Die Umsatzsteuer, jedenfalls soweit die Umsatzsteuerzahllast betroffen ist, wird im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) und in der vorläufigen Eigenverwaltung (§ 270a InsO) – anders als in der Regelinsolvenz – ebenfalls nicht abgeführt. Die daraus resultierenden Liquiditätseffekte betragen für Praktiker und Max Bahr zusammen ca. 40 Mio. Euro.

Gerne wird verwalterseitig dagegen vorgetragen, dass aber die (Berater-)Kosten der Eigenverwaltung dies überkompensieren. Klassische Sonderkosten wie Insolvenzbuchhaltung, Kassenprüfung, Bewertungskosten oder Insolvenzgeldvorfinanzierung sowie Kosten für die Erstellung von Sanierungsgutachten für externe Berater oder die für einen Sanierungsmanager werden üblicherweise aber auch vom Verwalter über die eigentlichen Verfahrenskosten in das Insolvenzverfahren abgerechnet. Was bleibt sind die

reinen Rechtsberatskosten einschließlich der Kosten für das Arbeitsrecht, die der Verwalter häufig selber trägt, die aber meist nur einen kleinen Teil der Verfahrenskosten ausmachen.

Die Gesamteinsparung bei Praktiker und Max Bahr dürfte sich, auch unter Berücksichtigung von eigenverwaltungsspezifischem Beratungsaufwand, auf 60–80 Mio. Euro belaufen. Warum ist man bei Praktiker und Max Bahr dann nicht den Weg über die (vorläufige) Eigenverwaltung gegangen?

Zunächst bleibt festzuhalten, dass eine (vorläufige) Eigenverwaltung gut vorbereitet sein muss, um erfolgreich zu sein. Bei DIY-Unternehmen wie Praktiker und Max Bahr dürfte eine angemessene Vorbereitungszeit bei mindestens sechs, besser acht Wochen, liegen. In dieser Zeit gilt es, zunächst ein tragfähiges Konzept zu erstellen, das den Stakeholdern zeigt, wie die Sanierung im Rahmen einer Planinsolvenz in Eigenverwaltung planerisch bewerkstelligt werden soll und mit welchem wirtschaftlichen Ergebnis sie aus dem Verfahren kommen werden.

Die wichtigste Rolle spielen dabei die Warenkreditversicherer (WKV) und weniger die werthaltig besicherten Banken. Mit einem belastbaren Konzept, das den WKV aufzeigt, wie sie unter optimalen Bedingungen verlustfrei durch das Verfahren kommen, besteht möglicherweise die Chance, Kündigungen der WKV Linien ganz oder zum Teil zu verhindern.

Ohne Limite erhält das Unternehmen Lieferungen nur noch gegen Vorkasse; bei einer Liquiditätsenge wie bei Praktiker, der Todesstoß. Die Baumarktkette hat, wie der Presse zu entnehmen ist, bis zuletzt versucht, weitere Finanzierungsmittel von Gläubigern zu erhalten.

Schon Tage vorher und in Anbetracht des sich abzeichnenden Ausgangs haben die WKV die Limite gestrichen. Spätestens das musste jede Chance auf erfolgreiche Finan-

zierungsverhandlungen zum Scheitern bringen. Deren Scheitern war deshalb eine logische Konsequenz. Wohl aus diesem Grunde hat man bereits am nächsten Tag, und somit ohne jede Vorbereitung, Insolvenzantrag für die operativen Gesellschaften und erst am darauffolgenden Tag für die AG gestellt, was die fehlende Vorbereitungszeit unterstreicht. Für eine vorläufige Eigenverwaltung oder gar ein Schutzschirmverfahren ist eine derartige Konstellation allerdings völlig ungeeignet und die Regelinsolvenz die logische Konsequenz.

### Chance vertan

Die Max Bahr Insolvenz, die wohl für die Beteiligten noch unverhoffter kam als die Praktiker Insolvenz, obwohl sie in gleicher Weise vorhersehbar war und von vielen Beteiligten vorhergesagt wurde, scheint noch schlechter vorbereitet worden zu sein.

Die Berater scheinen – mehr aus Furcht vor einem bekannten Hamburger Insolvenzrichter denn aus rechtlicher Notwendigkeit – einen Antrag zunächst in Hamburg gestellt zu haben und sind dann, nachdem er wohl bei dem „falschen“ Richter ankam, nach Saarbrücken gewechselt. Es darf bezweifelt werden, dass ein Verfahren dieser Größenordnung in einer Interdependenz zwischen zwei Gerichten (Hamburg und Saarbrücken) und drei Verwaltern (Seagon aus Heidelberg, Gröner aus Saarbrücken und Schröder aus Hamburg, der dann letztlich für Max Bahr bestellt wurde), sinnvoll und vor allem erfolgreich abgewickelt werden kann.

Nun wird ein großer Teil des Unternehmens zerschlagen und nur einzelne Teile werden von Wettbewerbern übernommen. Das belegen auch die Pressemitteilungen der letzten Wochen. Eine große Lösung wäre wohl nur im Rahmen einer Planinsolvenz in (vorläufiger) Eigenverwaltung möglich gewesen. Diese Chance hat man aufgrund des viel zu späten Handelns vertan, was um so weniger nachvollzogen werden kann, da beide Unternehmen schon seit Monaten betriebswirtschaftlich und insolvenzrechtlich hochkarätig beraten wurden und es Insolvenzgerüchte schon seit mehr als einem Jahr gibt.

### Mangelnde Vorbereitung / Durchführung

Die Praktiker und Max Bahr Insolvenzen schließen sich nahtlos an die Schlecker-Insolvenz an. Die beteiligten Stakeholder haben die Insolvenz immer noch nicht in ausreichendem Umfang als Chance für eine Fortentwicklung

des Unternehmens erkannt, sondern betrachten sie als Ultima Ratio. Während das bei Schlecker als reine Familiengesellschaft vielleicht noch verständlich ist, ist diese Vorgehensweise bei einem fremdgeführten Unternehmen kaum nachvollziehbar.

Das gilt auch oder gerade für die Warenkreditversicherer. Nur wenn sich die Bereitschaft entwickelt, sich Insolvenzlösungen frühzeitig zu öffnen und WKV-Linien von Beginn an zur Verfügung zu stellen und dabei auch die Eigenverwaltung zu akzeptieren, lässt sich der Ausfall bei den WKV minimieren oder vollständig vermeiden.

Die allermeisten Probleme hätten sich mit einem frühen Antrag unter frühzeitigem Einbezug der WKV und der Banken vor Eintritt der Illiquidität lösen lassen, denn anfängliche Vorkasse-Regelungen können in einem Schutzschirmverfahren bzw. in einer vorläufigen Eigenverwaltung frühzeitig wieder aufgehoben werden. So wie es im Falle der Schuhkette Leiser der Fall war, die später erfolgreich an einen Investor veräußert wurde.

Hier haben die WKV in vorbildlicher Weise rechtzeitig wieder Linien zur Verfügung gestellt. Eine gut vorbereitete Planinsolvenz in (vorläufiger) Eigenverwaltung wäre die richtige Plattform für das an sich überzeugende Sanierungskonzept bei Praktiker und Max Bahr gewesen, basierend auf der Umflaggung der profitableren Märkte in Max Bahr. Von der Idee, den Rest in einen Discounter umzuwandeln, hätte man sich problemlos verabschieden können. Es darf bezweifelt werden, dass ein Baumarktdiscount wirklich ein tragfähiges Konzept darstellt.

#### Robert Buchalik

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



# 5S erhöht Produktivität und Produktqualität

**Die 5S-Methode schafft einen ordentlichen, sauber organisierten, sicheren und leistungsfähigen Arbeitsplatz. Die fünfstufige Vorgehensweise ist ein Schlüsselsystem für die Reduzierung von Verschwendung und damit elementarer Teil der Restrukturierung. Die Methodik dient nicht als einmalige und oberflächliche Säuberungsaktion, vielmehr müssen die Prozesse von allen Mitarbeitern gelebt und durchgeführt werden.**

Gerade in der Produktion wird der Fokus meist zu wenig auf Ordnung und Sauberkeit (des Arbeitsplatzes) gerichtet. Aber besonders hier liegt sehr viel Potenzial, dass mit geringem Einsatz von finanziellen Mitteln einen spürbaren Erfolg – sowohl für den Ertrag – aber auch für jeden einzelnen Mitarbeiter bietet. Denn langwieriges Suchen führt zu Frust und Ärger. Wenn dagegen das Gesuchte schnell gefunden wird, steigen die Motivation und die Produktivität.

Nur an einem klar strukturierten, aufgeräumten Arbeitsplatz kann ein klarer Kopf und strukturiertes Denken vorherrschen.

## Die 5S-Methode als direkte Restrukturierungsmaßnahme

Oft wird das „kreative Chaos“ zu Rate gezogen, wenn alles drunter und drüber geht. Doch das Chaos ist selten kreativ. Stattdessen wird Minute um Minute mit dem Suchen verbracht. Letztendlich ist das Verschwendung von wertvoller Arbeitszeit und damit verlorenes Geld.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Mitarbeiter auf dem eigenen Schreibtisch sucht, im Archiv, im Lager oder im firmeneigenen Netzwerk. Die Zeit, die benötigt wird, um die gesuchten Materialien zu finden, könnte produktiver und damit ertragssteigernder eingesetzt werden. Diese Verschwendung kann durch die 5S-Methode eliminiert werden.

Die aus Japan stammende 5S-Methode ist ein Werkzeug des Toyota-Produktionssystems und dient dazu, die Struktur des Arbeitsplatzes und damit die Effizienz zu verbessern. Als Teil der Kaizen-Philosophie, die nach kontinuierlicher Verbesserung strebt, ist die Einführung der 5S-Methode keine einmalige, kosmetische Säuberungsaktion. Sie ist eine anhaltende und nachhaltige Veränderung im gesamten Unternehmen und im Arbeitsalltag eines jeden einzelnen Mitarbeiters.

Hinter den 5S stehen die fünf japanischen Begriffe: Seirii – Seiton – Seiso – Seiketsu – Shitsuke. Frei ins deutsche übersetzt, bedeuten sie: Sortieren – Sichtbare Ordnung – Sauberkeit – Standardisieren – Selbstdisziplin. Im Einzelnen steht dies für:

### Sortieren

Das erste „S“ fokussiert sich auf das Eliminieren von Gegenständen, die für den aktuellen Arbeitsvorgang nicht am Arbeitsplatz benötigt werden. Die effektivste Möglichkeit diese zu identifizieren, ist die „rote Karte-Methode“.

Hierbei wird alles im Arbeitsbereich bewertet und ein roter Zettel an die Dinge geklebt, die nicht wichtig für die derzeitige Arbeit sind, nicht am richtigen Platz oder nicht in der benötigten Anzahl vorhanden sind. Danach werden alle Gegenstände mit einem roten Zettel zu einer zentralen Sammelstelle gebracht und dann entweder entsorgt, wieder aufbereitet oder einem anderen Arbeitsplatz zugewiesen. Durch das Sortieren entstehen sehr schnell freie Stell- und Arbeitsflächen, da beschädigtes Werkzeug, Unrat oder überflüssiges Rohmaterial entfernt werden.

### Sichtbare Ordnung

Die „Sichtbare Ordnung“ definiert effiziente und effektive Ablagemethoden, um die benötigten Werkzeuge und Materialien schnell zur Hand zu haben. Durch Labels können diese schnell gefunden und wieder an den zugewiesenen Platz gebracht werden.

Dieser Schritt ist nur erfolgreich, wenn das Sortieren gewissenhaft umgesetzt wurde. Um definierte Lagerorte auszuweisen, werden Bodenmarkierungen, Klebeetiketten und Labels genutzt. Das Markieren der Arbeits- und Lagerbereiche sowie modular aufgebaute Regal- und Schranksysteme unterstützen die geschaffene Ordnung nachhaltig.

## Sauberkeit

Nachdem das Durcheinander beseitigt wurde, das den Arbeitsplatz „zugestopft“ hat und die verbliebenen Gegenstände organisiert sind, beginnt mit dem gründlichen Reinigen des Bereiches der nächste Schritt. Auch bei diesem Punkt gilt: Ein einmaliges Durchwischen ist nicht ausreichend. Vielmehr ist ein regelmäßiger Reinigungsplan notwendig, um den verbesserten Zustand zu erhalten. Denn nur an einem sauberen Arbeitsplatz ist es möglich, Fehlfunktionen des Equipments wie Leckage, Vibrationen oder Beschädigungen frühzeitig zu erkennen. Ist dies nicht der Fall, können diese Fehlfunktionen zum Ausfall des Equipments und damit zum Stillstand der Produktion führen.

## Standardisieren

Nachdem die ersten drei der 5S implementiert wurden, dient dieser Schritt dazu, die besten Vorgehensweisen im Arbeitsbereich zu standardisieren. Diese werden klar definiert, Verantwortlichkeiten werden verteilt und die 5S-Aufgaben in den täglichen Arbeitsablauf eingearbeitet. Auch das Prüfen des Fortschritts gehört zu diesen Aufgaben. Einige der Werkzeuge, die zur Standardisierung der 5S-Prozeduren benutzt werden, sind 5S-Zeitpläne, visuelle Hinweise (z. B. Zeichen, Plakate oder Anzeigetafeln), das tägliche Abhalten von „5S-fünf-Minuten“ und Checklisten.

Der zweite Teil des Standardisierens dient der Vorbeugung. Das erneute Ansammeln von unnötigen Gegenständen, die Nichteinhaltung der Vorgehensweisen und die Wiederverschmutzung von Arbeitsmaterial und -platz soll damit verhindert werden.

## Selbstdisziplin

Das Einhalten und Befolgen der erarbeiteten Arbeitsabläufe zur Gewohnheit werden zu lassen, ist oft der schwerste Schritt dieser Methode und am langwierigsten einzuführen. Eingefahrene Verhaltensweisen zu ändern, ist meist sehr schwierig, da die Tendenz groß ist, in die alte „Komfort-Zone“ zurückzukehren. Der Fokus richtet sich nun auf die Definition des neuen Status Quo und der damit verbundenen Arbeitsplatzorganisation. Nur durch anhaltende Selbstdisziplin können die erreichten Erfolge im Unternehmen von Dauer sein. Werkzeuge in diesem Bereich sind Zeichen und Poster, Newsletter, Anleitungen im Taschenformat, Leistungsüberprüfungen und regelmäßige Begehungen der Arbeitsbereiche. Um die Veränderung im gesamten Unternehmen zu veran-

kern, ist es gerade zu Beginn am effektivsten, den 5S-Gedanken in der Belegschaft klar zu kommunizieren. Nur ein Verinnerlichen der 5S-Methode führt zu einer dauerhaften und stetigen Veränderung.

## Ergebnisse der 5S-Methode

Durch die unternehmensweite Umsetzung der 5S-Methodik lässt sich die Haltung der Mitarbeiter nachhaltig zum Positiven verändern. Ineffizienz sowie Unordnung und Chaos werden schneller erkannt und können beseitigt werden. Zeitverschwendung wird durch wertschöpfende Tätigkeiten ersetzt, wodurch Überstunden minimiert und die Produktivität gesteigert wird.

## Schlüsselfaktoren für eine erfolgreiche Einführung

Der wichtigste Grundsatz ist für die Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung, die 5S-Methode fest in der Unternehmenskultur zu verankern. Nur wenn die Methodik vom Management gelebt und eingesetzt wird, wird sie auch von den Mitarbeitern dauerhaft angenommen. Nur so kann 5S erfolgreich in den Arbeitsalltag integriert und zu einer dauerhaften Aufgabe werden, die wenig Zeit und Ressourcen kostet, aber viel Wirkung zeigt. Sobald die Kaizen-Philosophie und die 5S-Methode Teil der Unternehmenskultur geworden sind, werden auch die langfristigen Erfolge durch den kontinuierlichen Verbesserungsprozess sichtbar.

### Kurt Bühler

Dipl.-Ingenieur  
Senior Consultant  
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung  
Schwerpunkte: Produktionsoptimierung,  
Projektmanagement, Kapazitäts- und  
Logistikplanung

Tel. 0211 - 82 89 77 151  
kurt.buehler@buchalik-broemmekamp.de



# Distributionslogistik: Im Spannungsfeld zwischen minimalen Kosten und maximaler Leistung

**Jeder Kunde möchte seine Kosten senken, verlangt dabei aber eine gleichbleibend gute Leistung seines Lieferanten – das gilt auch im Bereich der Distributionslogistik. Schon deshalb sollte jeder Logistiker überprüfen, ob er die kundenseitigen Anforderungen erfüllen kann. Maßgeblich hierbei sind Kosten, Zeit und Qualität.**

Die Distributionslogistik ist ein Subsystem der Unternehmenslogistik. Sie gestaltet, steuert und kontrolliert alle Transportprozesse vom Unternehmen zum Kunden und stellt das Bindeglied zwischen der Produktion und dem Kunden dar. Zu den Aufgaben zählen unter anderem Transporte wie Lager- und Kundenbelieferungen, Ersatzteillieferungen, aber auch Umschlag, Kommissionierung und die Lagerhaltung. Die Ausgestaltung des Distributionssystems hinsichtlich der Lagerstandorte ist strategischer Natur und liegt somit in der Verantwortung des Managements.

## Erfüllung von Markt- und Kundenanforderungen

Häufig realisieren Kunden eine Kostensenkung durch eine Bestandsreduktion im Lager. Das hat einen hohen Einfluss auf die Distributionslogistik der Lieferanten. Die sich daraus ableitenden Anforderungen wie die flexible Lieferfähigkeit können je nach Region und Güterart variieren. Für die Kunden sind insbesondere der Lieferservice, die Lieferleistungen sowie zusätzliche Serviceleistungen maßgeblich.

Der Lieferservice umfasst:

- Lieferzeit,
- Lieferzuverlässigkeit,
- Lieferbereitschaft und
- Lieferflexibilität.

Zu den Lieferleistungen zählen:

- Just-in-Time-Anlieferungen,
- Komplettanlieferungen und
- Transparenz über den Auftragsstatus.

Serviceleistungen sind:

- Lieferung innerhalb fest definierter Zeitfenster,
- Express Belieferung,
- U. v. m.

Darüber hinaus kann eine angestrebte Markterweiterung das Distributionssystem erheblich beeinflussen. Mittlerweile werden durch die Kunden auch vermehrt ökologische Anforderungen an die Distributionslogistik gestellt. So wird die

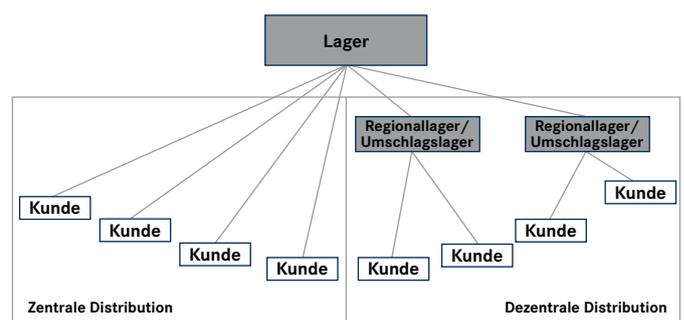
Verringerungen von Verpackungsmitteln, Straßentransporten und Leerfahrten vermehrt gefordert, die allerdings auch Kostensenkungspotenziale bieten. Zusätzlich wird der Aufbau von Entsorgungssystemen verlangt.

Aufgrund der zuvor beschriebenen und sich häufig ändernden Kundenanforderung ist eine regelmäßige Überprüfung der Distributionslogistik erforderlich.

## Ausgestaltung von Distributionssystemen

Die Gestaltung der Distributionslogistik beinhaltet die Festlegung der Lager und deren Standorte. Grundsätzlich sind zentrale und dezentrale Systeme zu unterscheiden. Die daraus resultierenden Warenströme beeinflussen die Logistikkosten und den Lieferservice.

Abb 1: Distributionssysteme



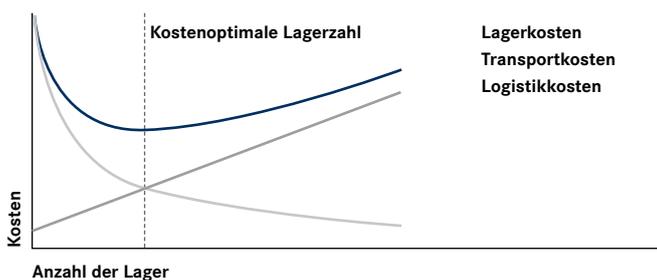
Bei der zentralen Distribution erfolgt die Belieferung aus einem einzigen Lager, welches das gesamte Sortiment umfasst. Hierdurch ist eine hohe Lieferbereitschaft gegeben. Aufgrund des hohen Umschlags ist ein hoher Automatisierungsgrad erforderlich, zudem sind Standardisierungen und artikelspezifische Lagerungen einfacher umzusetzen und der administrative Aufwand ist geringer. Nachteile der zentralen Distribution ergeben sich vor allem bei einem großen Liefergebiet durch längere Lieferzeiten und schwerfälligere Anpassungen an Absatzmarktverschiebungen sowie geringere Anpassungsmöglichkeiten an nationale Eigenheiten.

Generell sind die Lieferflexibilität und die Lagerkosten bei zentraler Lagerung geringer, wohingegen die Lieferzeit und die Transportkosten hoch sind.

Bei der dezentralen Distribution erfolgt die Belieferung über mehrere regional verteilte Lager. Im Zentrallager wird das gesamte Sortiment vorgehalten. Es beliefert die Regional- und Umschlagslager, welche nicht zwingend das gesamte Sortiment vorhalten. Eine dezentrale Distribution eignet sich insbesondere bei einer inhomogenen und weitverstreuten Kundenstruktur. Die Lieferzeiten sind geringer und nationale Eigenheiten sind besser darstellbar. Auf Verschiebungen der Absatzmärkte kann leichter reagiert werden. Die dezentrale Distribution erfordert allerdings einen höheren Personal-, Koordinations- und Organisationsaufwand. Generell sind die Transportkosten – ebenso wie die Lieferbereitschaft – geringer, da nur ein Teil des Sortiments vorgehalten wird. Die Lagerkosten sind aufgrund der Sicherheitsbestände hoch.

In der Praxis kann eine Mischung aus beiden Systemen sinnvoll sein. Dadurch können Artikel mit geringer Umschlagshäufigkeit zentral gelagert werden und Artikel mit hoher Umschlagshäufigkeit bei dezentraler Lagerung mit kurzen Lieferzeiten zum Kunden transportiert werden. Somit lassen sich die aus Lager- und Transportkosten bestehenden Logistikkosten optimieren.

Abb. 2: Kostenverlauf



### Ermittlung des optimalen Distributionssystems

Aufgrund des Widerspruchs der Kosten- und Leistungssicht ist die Ermittlung des optimalen Distributionssystems alles andere als trivial. Neben minimalen Kosten muss sichergestellt sein, dass der geforderte Lieferservice maximal abgedeckt werden kann (Minimax-Prinzip). In der Praxis werden auf Basis der derzeitigen Warenströme und der Planumsätze die voraussichtlichen, zukünftigen Warenströme ermittelt. Durch den Abgleich mit den Kundenanforderungen ergibt sich in der Regel eine Zuordnung der Artikel in zentral oder dezentral vorzuhaltende Warenkörbe.

Im Falle geographischer Erweiterungen der Distributionsstrukturen wird üblicherweise in einem ersten Schritt zu entscheiden sein, ob die geforderten Serviceniveaus auch unter Kostenaspekten aus eigener Kraft dargestellt (In-sourcing) oder an einen Dienstleister „outgesourct“ werden.

Gerade Letzteres bietet sich in vielen Fällen an. Insbesondere bei geringer Unternehmensgröße ist hier unter Fixkosten-, Risiko- und Kompetenzgesichtspunkten die Inanspruchnahme von Logistikdienstleistern eher die Regel denn die Ausnahme.

### Erfolgsfaktoren zur Ermittlung des optimalen Systems

Eine regelmäßige Überprüfung der Distributionslogistik ist aufgrund der sich ständig ändernden Rahmenbedingungen erforderlich. Außerdem ist ein Abgleich mit der Unternehmensstrategie unabdingbar, damit das Unternehmen erfolgreich am Markt agieren kann.

Neben den grundsätzlichen Erfolgsfaktoren ist insbesondere ein fundiertes Wissen über die Märkte und Kunden zur Ermittlung der geforderten Lieferserviceniveaus, ebenso wie eine gute Ist- und valide Plan-Datenlage erforderlich. Dazu gehört neben Kenntnissen über die Warenströme auch die differenzierte Kenntnis über die Logistikkosten pro Güterart und Kundengruppe. In jedem Fall unabdingbar ist ein Logistikcontrolling zur Messung der Lieferperformance. Es dient als Basis zur Steuerung und Ermittlung von Anpassungsbedarf aufgrund veränderter Anforderungen der Kundenseite. Zusammengefasst: Mithilfe der Optimierung der Distributionslogistik können Logistikkosten gespart werden, ohne die Kundenanforderungen zu unterschreiten. Damit kann die Distributionslogistik einen wesentlichen Beitrag zum Unternehmenserfolg leisten. Dies wird allerdings nur dann erfolgreich geschehen, wenn das Management das Thema zur „Chefsache“ macht.

#### Julia Dücker

Dipl. Wirt.-Ing. (FH)  
Junior Consultant  
im Competence Center Produktion,  
Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung  
Schwerpunkte: Produktion, Einkauf,  
Projektcontrolling

Tel. 0211 - 82 89 77 119  
julia.duecker@buchalik-broemmekamp.de



# Der (steuerrechtlich) Selbstständige und der Sanierungsgewinn

**Die Sanierung eines Selbstständigen in der Insolvenz ist zwangsläufig auch in der Gewinnermittlung/Rechnungslegung zu berücksichtigen und führt zu einem steuerlichen Gewinn, der die zukünftige Leistungsfähigkeit belastet. Zur Lösung dieses Problems existieren steuerliche Sonderregeln.**

Der Selbstständige des Steuerrechts wird in § 18 EStG definiert. Hierbei handelt es sich insbesondere um die so genannten Katalogberufe (Rechtsanwälte, Steuerberater, Ärzte usw.), aber auch um vergleichbare Berufe, die nicht dem Standesrecht unterliegen. Diese Selbstständigen im Steuerrecht sollen im Fokus der weiteren Ausführungen stehen.

Als einer der großen Vorteile der Selbstständigen Tätigkeit im Sinne von § 18 EStG wird die vereinfachte Verpflichtung zur Buchführung gesehen. Für Selbstständige besteht die Möglichkeit den Gewinn im Rahmen einer Einnahmen-Überschuss-Rechnung zu ermitteln (§ 4 Abs. 3 EStG), anstatt eine Bilanz zu erstellen (= Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich).

Während bei der Gewinnermittlung nach dem Betriebsvermögensvergleich das Verursachungsprinzip gilt, findet in der Einnahmen-Überschuss-Rechnung das Zu- und Abflussprinzip Anwendung. Danach ist für die Erfassung in der Buchführung grundsätzlich nicht der Entstehungszeitpunkt einer Forderung/Verbindlichkeit entscheidend, sondern vielmehr der Zeitpunkt, in dem es zu einem Geldfluss kommt.

Neben den rein monetären Geschäftsvorfällen werden aber auch in der Einnahmen-Überschuss-Rechnung nicht monetäre Aufwendungen wie Abschreibungen erfasst.

## **Auswirkung der Insolvenz auf die steuerliche Gewinnermittlung**

Auf die Gewinnermittlung ergibt sich aus der Insolvenz zunächst keine Auswirkung. Mit Eröffnung bzw. Aufhebung der Insolvenz beginnt zwar jeweils ein neues Wirtschaftsjahr, die Einkommensteuer bleibt jedoch weiterhin eine Jahressteuer nach § 2 Abs. 7 EStG und wird für das Kalenderjahr erklärt und festgesetzt.

Der insolvenzrechtlich bedingte Wechsel der Wirtschaftsjahre hat somit keinen Einfluss auf die Besteuerung. Auch bleibt der Selbstständige weiter Schuldner der Einkommensteuer.

Die Steuererklärungspflicht geht allerdings in einem Regelinsolvenzverfahren auf den Insolvenzverwalter in seiner Eigenschaft als Verwalter fremden Vermögens nach §§ 80 InsO, 34 Abs. 3 AO über. In der Insolvenz in Eigenverwaltung verbleibt die Steuererklärungspflicht beim eigenverwaltenden Schuldner und somit beim Selbstständigen. Hier ist der bisherige Steuerberater des Selbstständigen gefordert.

Da im Regelfall nicht davon auszugehen ist, dass jeder Steuerberater mit den Besonderheiten der Besteuerung in der Insolvenz vertraut ist, sollte der Selbstständige frühzeitig seinen Steuerberater in die insolvenzrechtlichen Überlegungen einbinden und gegebenenfalls die Einbeziehung eines Spezialisten veranlassen. Erfahrungsgemäß kann eine effiziente und erfolgreiche steuerliche Betreuung eines Selbstständigen in der Insolvenz (in Eigenverwaltung) nur in der Kombination aus insolvenz(steuere)rechtlichem Fachwissen und Mandatserfahrung gelingen.

## **Sanierungsgewinn**

Ziel einer Insolvenz ist nach der Insolvenzordnung die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger. Bei Selbstständigen, bei denen der Geschäftserfolg maßgeblich von den persönlichen Fähigkeiten abhängt, ist eine nennenswerte Befriedigung häufig nur im Rahmen der Unternehmensfortführung zu erzielen. Es bietet sich daher an, in diesen Verfahren den Selbstständigen über einen Insolvenzplan (in Eigenverwaltung) zu sanieren, damit die Gläubiger aus den zukünftig zu erwirtschaftenden Erträgen befriedigt werden. Bei den standesrechtlich organisierten Selbstständigen ist eine Insolvenz in der Regel mit dem Entzug der Zulassung verbunden, so dass hier nur die Unternehmensfortführung in Eigenverwaltung einen erfolgversprechenden Weg darstellt. Wesentlicher Teil eines Insolvenzplanes ist es, dass der Selbstständige entschuldet wird, indem den Gläubigern auf ihre Forderungen lediglich eine Quote angeboten wird. Auf Seiten des Selbstständigen entfallen dann im Zeitpunkt der Bestätigung des Insolvenzplanes in entsprechender Höhe Verbindlichkeiten.

Für den Selbstständigen, der seinen Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG mittels Einnahmen-Überschuss-Rechnung ermittelt, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen sich auf seine Gewinnermittlung ergeben, da er ja nicht Forderungen und Verbindlichkeiten erfasst, sondern Einnahmen und Ausgaben.

Unter strenger Anwendung des Zu- und Abflussprinzips dürfte sich aus den Forderungsverzichten somit keine steuerliche Auswirkung ergeben. Allerdings ist es so, dass die Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG über die Totalperiode zum gleichen Ergebnis führen muss, wie die Bilanzierung. Um dies zu gewährleisten, ist bei den Verbindlichkeiten zu unterscheiden, wodurch sie verursacht wurden.

#### **Verbindlichkeiten aus dem Erwerb von Anlagevermögen**

Der Erlass von Verbindlichkeiten aus dem Erwerb von Anlagevermögen ist im Moment der Planbestätigung durch das Gericht als Betriebseinnahme zu erfassen. Da sich das Schicksal von Wirtschaftsgut und Kaufpreisverbindlichkeit nach dem Erwerb trennen, verbleibt dem Selbstständigen auch nach der Planbestätigung die Abschreibung auf das Wirtschaftsgut. Da er jedoch aufgrund des Forderungsverzichts der Gläubiger die Verbindlichkeit nicht bedienen muss, ist zur Neutralisierung der Abschreibung der Forderungsverzicht als Betriebseinnahme zu erfassen.

#### **Verbindlichkeiten aus dem Erwerb von Umlaufvermögen oder laufenden Kosten**

Der Erlass von Verbindlichkeiten aus dem Erwerb von Umlaufvermögen oder laufenden Kosten hat keine direkte Auswirkung im Moment der Planbestätigung. Vielmehr ist es so, dass im Fall von Umlaufvermögen der Verkauf des Wirtschaftsgutes als Betriebseinnahme berücksichtigt wird, gegen die keine Betriebsausgabe steht. Der steuerliche Gewinn fällt entsprechend höher aus.

Letztlich ergibt sich für den Selbstständigen in der Gewinnermittlung ein deutlich höherer Gewinn, als dies im normalen Geschäftsverlauf der Fall gewesen wäre. Eine Verrechnung mit Verlusten aus der Vergangenheit ist aufgrund des § 10 d EStG nur begrenzt möglich, sodass als Folge des Insolvenzplans eine erhöhte steuerliche Belastung des Selbstständigen eintreten würde, die wiederum die nächste Krise auslösen kann.

Bis in den Veranlagungszeitraum 1997 wurden diese Gewinne unter bestimmten Umständen nach § 3 Nr. 66 EStG a. F. als Sanierungsgewinn steuerfrei gestellt. Seither ergibt sich aus dem Gesetz eine volle Steuerpflicht dieser Gewinne. Um der damit verbundenen Härte für den Steuerpflichtigen und der Sanierungsfeindlichkeit der Steuergesetzgebung zu begegnen, ist vom Bundesfinanzministerium am 27. März 2003 der sogenannte „Sanierungserlass“ ergangen. Auf Basis dieses Erlasses soll ein einheitliches Verwaltungshandeln sichergestellt werden.

Der Erlass definiert eine Sanierung als eine Maßnahme, die darauf gerichtet ist, ein Unternehmen oder einen Unternehmensträger (juristische oder natürliche Person) vor dem finanziellen Zusammenbruch zu bewahren und wieder ertragsfähig zu machen (=unternehmensbezogene Sanierung). Nach den Regelungen des Erlasses ist die Voraussetzung für das Vorliegen eines begünstigten Sanierungsgewinns die Sanierungsbedürftigkeit und die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens, die Sanierungseignung des Schuldverhältnisses und die Sanierungsabsicht der Gläubiger.

Bei Vorliegen eines Sanierungsplanes kann davon ausgegangen werden, dass diese Voraussetzungen bestehen. Bei Insolvenzplänen ist somit regelmäßig ein begünstigter Sanierungsgewinn gegeben. In der Folge ist der Sanierungsgewinn zunächst ohne Berücksichtigung der Verlustabzugsbeschränkungen mit Altverlusten zu verrechnen, die verbleibende Steuer auf Antrag nach § 163 AO abweichend festzusetzen und nach § 222 AO zu stunden, um sie später nach § 227 AO zu erlassen. Eine steuerliche Belastung tritt somit durch den Insolvenzplan nicht ein.

#### **Andreas Weißelberg**

Steuerberater  
 Manager Finance  
 im Competence Center Controlling,  
 Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung  
 Schwerpunkte: Insolvenzsteuerrecht,  
 Business-Planung, Rechnungslegung

Tel. 0211-82 89 77 166  
 andreas.weisselberg@buchalik-broemmekamp.de



# Personalabbau in der Insolvenz – insbesondere Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur

**Der gesunde, angemessene oder zweckmäßige Altersaufbau gilt nicht als Kündigungsgrund. Vielmehr muss die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen erfolgen. In der Insolvenz ist es aber erlaubt, im Rahmen eines Stellenabbaus nicht nur eine ausgewogene Personalstruktur zu „erhalten“, sondern sogar eine solche zu „schaffen“.**

## Insolvenzrechtliche Erleichterungen

Nicht jede Sanierung macht einen Personalabbau erforderlich. Manchmal wird der bisherige Personalstamm benötigt, damit beispielsweise Schichten weiterhin voll gefahren werden können und der Umsatz nicht geschmälert wird.

In den Fällen aber, in denen eine Personalreduzierung nach eingehender Prüfung für notwendig erachtet wird, hält das Insolvenzrecht Besonderheiten parat, die das Arbeitsrecht direkt betreffen.

Diese folgen dem Gedanken, die Sanierung des Unternehmens nicht nur zu beschleunigen und zu vereinfachen, sondern auch nachhaltig zu gestalten.

Beschleunigt wird ein Personalabbau zum Beispiel durch die Regelung des § 113 InsO, welche die Kündigung eines Dienstverhältnisses und damit auch eines Arbeitsverhältnisses mit einer Maximalkündigungsfrist von drei Monaten ermöglicht. Im Ergebnis bedeutet dies, dass jede arbeitsvertragliche oder tarifvertragliche Kündigungsfrist, die länger als drei Monate beträgt, auf drei Monate reduziert wird. Dies gilt sogar für tarifvertraglich unkündbare Arbeitnehmer, für die ebenfalls im Insolvenzfall die dreimonatige Frist Anwendung findet. Soweit für den einzelnen Arbeitnehmer eine Kündigungsfrist von unter drei Monaten gilt, verbleibt es bei der individuell kürzeren Frist.

Erleichtert wird die Stellenreduzierung durch § 125 InsO. Dieser reduziert den Prüfungsmaßstab des Arbeitsgerichts im Hinblick auf die Sozialauswahl auf „grobe Fehlerhaftigkeit“. Voraussetzung ist, dass infolge einer Betriebsänderung (z. B. Stellenabbau von zehn Prozent der Belegschaft oder mehr als 25 Arbeitnehmer in Betrieben zwischen 60 und 499 Arbeitnehmern, § 111 BetrVG i.V.m. § 17 Abs. 1 KSchG) zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ein Interessenausgleich mit Namensliste zustande gekommen ist.

Diese Bewertung erstreckt sich nicht nur auf die Abwägung der Sozialdaten, sondern auch auf die Feststellung der Ver-

gleichbarkeit der Arbeitnehmer und die Herausnahme der betriebswichtigen Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl (sog. „Leistungsträger“).

Die Sozialauswahl ist nur dann „grob fehlerhaft“, wenn sie jede Ausgewogenheit vermissen lässt und Fehler aufweist, die „gleich ins Auge springen“. Damit ist nicht jede „nicht ausreichende Sozialauswahl“ gleich „grob fehlerhaft“.

Der Wille des Gesetzgebers, die Sanierung nachhaltig zu gestalten, findet sich ebenfalls in § 125 InsO, der die Sozialauswahl auch dann nicht als grob fehlerhaft ansieht, wenn durch sie eine ausgewogene Personalstruktur „erhalten“ oder „geschaffen“ wird. Der Gesetzgeber verfolgt dabei das Ziel, dass dem Schuldner oder bei einem Unternehmensübergang dem Übernehmer ein funktions- und wettbewerbsfähiges Arbeitnehmerteam zur Verfügung stehen soll.

Dass sich hierdurch, für den Fall einer angestrebten Veränderung, der Wert des Unternehmens erhöht, ist nicht nur ein positiver Nebeneffekt, sondern nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte auch durchaus ein anerkannter Beweggrund für den Personalabbau.

In der Literatur wird der Begriff der „Personalstruktur“ neben dem Alter der Belegschaft (Altersstruktur) sogar um weitere beeinflussbare Merkmale erweitert. Hier ist Vorsicht geboten: Jede Weiterung um zusätzliche Parameter, die den Rahmen der Erhaltung oder Erschaffung der Altersstruktur überschreiten, erhöht die Gefahr, einer gerichtlichen Überprüfung letztlich nicht stand zu halten.

## Erhaltung und Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur

Unlängst hat das Bundesarbeitsgericht klargestellt, dass die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zwar grundsätzlich im Rahmen des Kündigungsschutzes anwendbar sind, jedoch bei der Sozialauswahl sowohl Sozialpunkte für das Alter des Arbeitneh-

mers vergeben als auch Altersgruppen gebildet werden dürfen, ohne dass hierin per se eine Altersdiskriminierung zu sehen wäre.

Dabei wird dem Umstand Sorge getragen, dass in den Fällen, in denen keine Altersgruppenbildung vorgenommen wird, mehrheitlich die jüngeren Arbeitnehmer von der Kündigung betroffen wären. Dies resultiert regelmäßig aus der Berücksichtigung des Alters bei der Punktberechnung im Rahmen der Sozialauswahl. Das würde zu einer ungewollten Erhöhung des Altersdurchschnittes im Unternehmen führen.

Tragische Folge wäre bei einem absehbaren, gleichzeitigen altersbedingten Ausscheidens älterer Arbeitnehmer, dass ein plötzlicher, erheblicher Bedarf an neuen Mitarbeitern entstehen würde. Deren Einstellung und Einarbeitung könnte durchaus zu Reibungsverlusten, Ablaufschwierigkeiten bis hin zu Umsatzeinbußen führen.

Aus diesem Grund ist eine langfristige Personal- und Nachwuchsplanung von besonderer Bedeutung.

Als Mindestziel im Rahmen der Sanierung sollte die bisherige Altersstruktur erhalten bleiben, im Bedarfsfalle (erstmal) eine gesunde geschaffen werden.

„Erhalten“ wird eine Altersstruktur, wenn die Personalreduzierung in allen Altersgruppen gleichmäßig erfolgt, zum Beispiel durchgängig um 30 Prozent.

Bei der Bildung der Altersgruppen existieren verschiedene Modelle, die mal eine Einteilung in drei bis fünf oder teilweise auch in mehr Altersgruppen vorsehen. Eine Fünfer-einteilung könnte so aussehen, dass innerhalb des jeweils auswahlrelevanten Personenkreises fünf Gruppen (bis 25 Jahre, von 26 bis 35 Jahren, von 36 bis 45 Jahren, von 46 bis 55 Jahren und über 55 Jahre) gebildet werden.

Das Gesetz schreibt keine bestimmte Staffelung vor. Um sich nicht dem Vorwurf des Missbrauchs auszusetzen, sollten zum einen die jeweiligen Spannen (Fünfjahres-, Zehnjahres- oder Fünfzehnjahresschritte) gleichmäßig und zum anderen die Zahl der Altersgruppen in einem ausgewogenen Verhältnis zur Zahl der in dem auswahlrelevanten Kreis beschäftigten Mitarbeiter sein. Letzteres bedeutet, eine Altersgruppenbildung setzt immer eine gewisse Anzahl vergleichbarer Arbeitnehmer voraus. Die Bildung von drei Altersgruppen bei vier vergleichbaren Arbeitnehmern würde sicher als unverhältnismäßig und letztlich missbräuchlich beurteilt.

Für jede Altersgruppe muss sodann ein Zielanteil vorgegeben werden, der im Groben einen geringeren Belegschaftsanteil in den jüngeren und den älteren Altersgruppen und den größten bei den mittleren Altersgruppen, gleich einer Kurve, vorsieht.

Beschäftigt das Unternehmen bislang 14 vergleichbare Mitarbeiter, benötigt es in der Zukunft jedoch nur noch zehn, ergeben sich gleich mehrere Alternativen:

Die Dreiereinteilung in der Staffelung 30%/40%/30% führt zur Verteilung der Arbeitnehmer im Verhältnis 3/4/3, die Vierereinteilung (20%/30%/30%/20%) zur Weiterbeschäftigung von 2/3/3/2 Arbeitnehmern und die Fünfer-einteilung in je 20%-Gruppen zu jeweils zwei zu erhaltenden Arbeitsplätzen.

Hier sind diverse Modelle möglich. Das Unternehmen wird regelmäßig zu prüfen haben, bei welcher Gruppeneinteilung die wichtigsten „Know-how-Träger“ weiterbeschäftigt werden können und dementsprechend handeln.

Die Gruppenbildung darf aber nicht dazu genutzt werden, einzelne Arbeitnehmer gezielt auf die Liste der zu kündigenden Arbeitnehmer zu hieven. Ein solcher Eindruck würde entstehen, wenn die Gruppen willkürlich in abstrusen Schrittfolgen, z. B. Siebenjahresschritten oder gar in wechselnden Schrittfolgen (erst Achtjahresgruppe, dann Zwölfjahresgruppe, dann Zehnjahresgruppe) aufgegliedert werden.

Insgesamt bietet das Insolvenzrecht diverse Möglichkeiten, eine Personalanpassung vorzunehmen. Wenn diese fallbezogen angewandt wird, lässt sich hierdurch nicht nur eine zahlenmäßige Verschlinkung, sondern auch oder vor allem eine strukturelle und qualitative Verbesserung der Belegschaft erzielen.

#### Michael Kothes

Rechtsanwalt  
 Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
 Fachanwalt für Sozialrecht,  
 Buchalik Brömmekamp  
 Rechtsanwälte | Steuerberater  
 Schwerpunkte: Arbeitsrecht,  
 (Individual-, Kollektiv- und  
 Insolvenzarbeitsrecht), Prozessführung

Tel. 0211 - 82 89 77 153  
 michael.kothes@buchalik-broemmekamp.de



# Haftung des Beraters in der Insolvenz/ Insolvenzanfechtungstatbestände bei gezahlten Honoraren des Mandanten

Neben der Geschäftsleitung können sich auch für Sanierungsberater – vorwiegend Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte – Haftungsrisiken in der Krise des zu beratenden Unternehmens ergeben. Die Insolvenzantragspflicht spielt dabei eine große Rolle. Kommt der Sanierungsberater zu der Erkenntnis, dass ein Insolvenzantragsgrund (Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung) vorliegt, sind die organschaftlichen Vertreter auf die gesetzliche Antragspflicht hinzuweisen. Im Zuge der Untersuchung der möglichen Haftung des Beraters sind auch in Betracht kommende Insolvenzanfechtungstatbestände gegen ihn wegen bereits vereinnahmter Honoraranprüche bzw. wegen weitergeleiteter Gelder an außenstehende Dritte zu beachten. Die Grundlagen und Grenzen der Haftung der Sanierungsberater anhand der neuen Rechtsprechung werden mit dem folgenden Beitrag dargestellt und erläutert.

## A. Beraterhaftung für Insolvenzverschleppungsfälle

### I. Vertragliche Haftung gegenüber dem Mandanten

#### 1. Haftungsgrundlage

Als vertragliche Grundlage eines Haftungsanspruchs gegen die Sanierungsberater wird in der Regel ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) mit werkvertraglichen und dienstvertraglichen Elementen dienen. Verletzt der Sanierungsberater eine Pflicht aus dem Beratervertrag, so kann der Mandant Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen (vgl. § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB). Als pflichtverletzende Handlung kann dem Sanierungsberater insbesondere vorgeworfen werden, dass er falsch beraten bzw. unbrauchbare und/oder wertlose Beratungsleistungen erbracht habe (vgl. OLG Celle, NJW 2003, S. 3638 ff.).

Bei der Erteilung eines Auftrages an den Berater mit der umfassenden Sanierungsberatung eines Krisenunternehmens besteht die vertragliche Pflicht des Beraters darin, den Mandanten über die alternativen Wege einer Zielerreichung und die damit verbundenen Vor- und Nachteile zu belehren. Es hat eine umfassende und möglichst erschöpfende rechtliche Beratung, bei der Zweifel und Bedenken sowie verbundene Risiken darzulegen sind, zu erfolgen. Sofern verschiedene Wege zu dem erstrebten Ziel in Betracht kommen, hat der Sanierungsberater den Weg vorzuschlagen, der am ehesten zu dem erstrebten Erfolg führt und die geringsten Gefahren aufweist (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 29.04.2003, NJW-RR 2003, S. 1212 ff.). Neben der Darlegung von möglichen Alternativen, hat der Sanierungsberater auch von einer Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten auszugehen.

Neben dem Weg einer außergerichtlichen Sanierung ist der Sanierungsberater auch dazu angehalten, den parallelen Weg einer möglichen Sanierung durch ein Insolvenzverfahren aufzuzeigen und die mögliche nutzbare Rechtslage zu erläutern (vgl. hierzu auch Ehlers, NZI 2008, S. 211, der sogar von einem „Kunstfehler“ spricht, wenn nicht die Kombination der betriebswirtschaftlichen Sanierung mit den Optionen der Insolvenz durch einen Insolvenzantrag im Wege der Reorganisation frühzeitig diskutiert wurde).

#### 2. Unterschiede in der Rechtsprechung je nach Beauftragung des Beraters

##### a) Belehrungspflicht von Rechtsanwälten über Insolvenzantragspflicht

In einem Urteil vom 26.10.2000, NJW 2001, S. 517 ff. hat der BGH im Wege eines Mandats einer Genossenschaft an einen Rechtsanwalt entschieden, dass der Rechtsanwalt gegenüber dem Vorstand einer erkennbar dauerhaft zahlungsunfähigen oder überschuldeten Genossenschaft die Belehrungspflicht habe, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen sowie das Verbot, Zahlungen zu leisten.

##### b) Belehrungspflicht im Steuerberater-Mandat

Im Gegensatz dazu bestehe bei einem steuerberatenden Dauermandat bei einer GmbH von üblichem Zuschnitt (fortlaufend die monatlichen betriebswirtschaftlichen Auswertungen, die Lohnabrechnungen der Mitarbeiter, die Meldungen an das Finanzamt und die Sozialversicherungsträger, die

Jahresabschlüsse und die Bilanzen zu fertigen) keine Verpflichtung des Steuerberaters bei Unterdeckung in der Handelsbilanz der GmbH, den Geschäftsführer darauf hinzuweisen, eine Überprüfung wegen einer Insolvenzreife in Auftrag zu geben. Dies gehöre auch nicht zu den vertraglichen Nebenpflichten des Steuerberaters. Eine solche Nebenpflicht könnte sich bei einem Steuerberater nur dann ergeben, wenn er das Mandat zu einer allgemeinen wirtschaftsrechtlichen Beratung, zu der auch die Prüfung des Vorliegens von Insolvenzgründen zählen, übernommen hätte und neben der Abschlussprüfung noch weitere Ausführungen zur Überschuldung der Gesellschaft macht (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 07.03.2013, NZI 2013, S. 438 ff.; s. auch BGH, Urteil vom 06.06.2013, WM 2013, S. 1323 ff.).

### 3. Haftungsbe gründende Kausalität

Die Haftung wegen der Verletzung einer Beratungspflicht des Beraters setzt natürlich die haftungsbe gründende Kausalität voraus, d. h. es muss ein adäquater Ursachenzusammenhang zwischen der Verletzung einer Vertragspflicht des Beraters und der eventuellen Beeinträchtigung des durch die verletzte Vertragspflicht geschützten Vermögens des Auftraggebers vorliegen.

Wegen einer Pflichtverletzung aus dem Beratervertrag muss dann bei dem Mandanten ein kausaler Schaden entstanden sein. Hat der Berater gegen seine Hinweispflicht an den Mandanten zur Prüfung des Vorliegens von Insolvenzgründen verstoßen, ist grundsätzlich zu vermuten, dass der jeweilige Mandant sich entsprechend diesen Hinweisen verhalten hätte. Der Einwand, dass eventuell der Geschäftsführer die Insolvenzreife und die Rechtsfolgen der Verletzung kennt und deshalb auch bei der ordnungsgemäßen Beratung den Insolvenzantrag unterlassen hätte, bedarf grundsätzlich des Beweises durch den Berater. Dieser Beweis dürfte nur im Ausnahmefall gelingen.

### 4. Schaden

In einem möglicherweise durch den Insolvenzverwalter geführten Schadensersatzprozess ist die Masse dann so zu stellen, als ob der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt worden wäre. Nachzuweisen ist daher, dass bei einem rechtzeitigen Insolvenzantrag mehr Aktiva für die Masse vorhanden gewesen wäre, die zur Insolvenz gezogen worden wäre, als bei einem späteren Insolvenzantrag. Handlungen, die einen bloßen Aktiv- oder Passivtausch darstellen, begründen daher nicht die Haftung des Beraters.

### 5. Mitverschulden

Allgemein gilt im Haftungsrecht auch der Grundsatz des Mitverschuldens des jeweiligen Mandanten bei Beratungsfehlern durch den Berater. Auf den Grundsatz des Mitverschuldens kann sich der jeweilige Berater jedoch nur sehr selten berufen, da er aufgrund seiner besseren Kenntnisse gerade dafür verantwortlich ist, die richtigen Hinweise zu geben.

Der Berater sollte zumindest schriftlich den Hinweis erteilt haben, dass er die Organe der Mandantin auf eine mögliche Prüfung von Insolvenzgründen hingewiesen habe.

### 6. Vertragliche Haftung gegenüber Dritten

Eine vertragliche Haftung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten setzt nach allgemeinen Grundsätzen voraus, dass der Dritte typischerweise mit der geschuldeten Leistung in Berührung kommt, der Vertragspartner in Gläubigernähe ein berechtigtes Interesse am Schutz des Dritten hat, dieser geschützte Personenkreis für den Vertragspartner (hier den Berater) erkennbar sein muss und der Dritte grundsätzlich schutzbedürftig ist (vgl. hierzu Münchener Kommentar BGB, Gottwald, § 328 Rn. 120–127).

Während der BGH noch im Urteil vom 18.02.1987, GmbHR 1987, S. 463 ff. aus einem Vertrag zwischen dem Steuerberater und seinem Mandanten wegen der Aufstellung des Jahresabschlusses eine Schutzwirkung zugunsten der Gläubiger des Mandanten abgelehnt hatte, hat er jetzt in einer neueren Entscheidung vom 14.06.2012, abgedruckt in NJW 2012, S. 3165 ff., die sogenannte drittschutzwirkende Haftung für Gesellschafter und Geschäftsführer aus einem Steuerberatervertrag mit einer GmbH hergeleitet.

Danach können der Gesellschafter und der Geschäftsführer in den Schutzbereich eines zwischen einer GmbH und einem Steuerberater geschlossenen Vertrages einbezogen sein, welcher die Prüfung einer möglichen Insolvenzreife der GmbH zum Gegenstand hatte.

### II. Deliktshaftung

Als mögliche eigentliche deliktische Verantwortlichkeiten kommen insbesondere Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 332 HGB, 263 StGB, 283 Abs. 1, Nr. 5 – 7, 283 b StGB sowie § 826 BGB in Betracht.

Ferner sind sogenannte Beihilfeleistungen zur einer unerlaubten Handlung der Geschäftsleitung aus § 823 Abs. 2 i. V. m. §§ 15a InsO, 331 HGB, § 82 Abs. 2, Nr. 2, § 84 GmbHG, §§ 263, 265 b, 283 ff., 288 StGB sowie § 826 BGB möglich.

Hinsichtlich der Inanspruchnahme aus deliktischer Haftung des Beraters als Gehilfe des Geschäftsführers ist jedoch eine hohe Hürde zu überwinden.

Der BGH hat für berufstypische Handlungen bei den Beratern entschieden, dass eine Beihilfestrafbarkeit lediglich dann vorliegt, wenn sich der Berater mit der Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers solidarisiert (vgl. BGH NJW 2000, S. 3010 ff.). Berufsrechtlich zulässige Leistungen darf der Berater auch daher gegenüber einem insolvenzreifen Unternehmen erbringen.

## **B. Insolvenzanfechtungstatbestände wegen geleisteter Honorare des Mandanten an die Berater**

Wegen der insolvenzrechtlichen Anfechtung bereits vereinnehmter Honorare durch den Berater sowie die auftragsgemäße Weiterleitung von treuhänderisch überlassenen Geldern an außenstehende Dritte ist insbesondere das Grundsatzurteil des BGH vom 26.04.2012, ZInsO 2012, S. 924 ff. zu beachten.

Im Zusammenhang mit der Anfechtung von Honoraransprüchen der Steuerberatersozietät ist insbesondere bei Anfechtung wegen inkongruenter Deckung i. S. d. § 131 InsO die Vorschrift des § 131 Abs. 2 i. V. m. § 138 Abs. 1, Nr. 3 InsO zu berücksichtigen, wonach eine Beweislastumkehr bei sogenannten „Insidern“ besteht. Insider i. S. d. § 138 Abs. 1, Nr. 3 InsO ist eine sogenannte nahestehende Person oder Gesellschaft, die aufgrund einer dienstvertraglichen Verbindung zum Schuldner die Möglichkeit hat, sich über dessen wirtschaftliche Verhältnisse zu unterrichten.

Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 15.11.2012, ZIP 2012, S. 2449 ff. ist eine Steuerberatersozietät als sogenannte nahestehende Person i. S. d. § 138 Abs. 1, Nr. 3 InsO einzustufen, da sie aufgrund ihres Auftragsverhältnisses und als freiberuflicher oder gewerblicher Dienstleister über die wirtschaftliche Lage des Mandanten/Auftraggebers im Bilde war, sodass sie über den gleichen Wissensvorsprung verfügte, den sonst nur ein mit der Aufgabe befasster leitender Angestellter des Schuldnerunternehmens hatte. Danach muss also der Berater über alle die wirtschaftliche Lage des Auftraggebers erheblichen Daten verfügen und nicht nur ausnahmsweise für einen ganz speziellen Fall, sondern re-

gelmäßig im Rahmen eines Dauermandats. Die Beweislast hinsichtlich der Kenntnis und der Insider-Stellung gemäß § 138 Abs. 2, Nr. 2 InsO trägt grundsätzlich der Insolvenzverwalter. Die sogenannte Insider-Stellung i. S. d. § 138 InsO endet mit Kündigung des Mandats und drei Monate nach tatsächlichem Abreißen des Informationsflusses durch die Mandantin. Die Beweislast wegen eines Nichtvorliegens der Insider-Stellung trifft grundsätzlich den Berater.

Die auf die Steuerberater ergangene Rechtsprechung ist auch auf Krisen- und Sanierungsberater anwendbar, da diese insbesondere aktuelle Kenntnis, auch über die Liquiditätssituation des jeweils beauftragenden Unternehmens, haben.

## **I. Ausnahmeregelung**

### **Bargeschäft i. S. d. § 142 InsO**

Eine Deckungsanfechtung – insbesondere hinsichtlich des bereits vereinnahmten Honorars durch den Berater – ist nicht mehr möglich, soweit die Voraussetzungen eines Bargeschäftes i. S. d. § 142 InsO vorliegen. Dies setzt voraus, dass aufgrund der Leistung des Schuldners für diesen unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt ist. Ferner muss das sogenannte Unmittelbarkeitsprinzip vorliegen. Es erfordert einen Leistungsaustausch im engen zeitlichen Zusammenhang.

Diese sogenannte Unmittelbarkeit fehlt bei Dienstleistungen eines Anwalts (oder eines anderen Beraters), wenn zwischen Beginn der Tätigkeit und Erbringung der Gegenleistung mehr als 30 Tage liegen (Argument aus § 286 Abs. 3 BGB). Irgendwelche vereinbarten Fälligkeitstermine sind dabei unerheblich.

Dabei gilt die 30-Tage-Grenze auch für einen vom Berater eingeforderten Vorschuss, da auch bei einer Vorschussleistung ein unmittelbarer Austausch von Leistung/Gegenleistung gefordert wird.

Wird die sogenannte wertäquivalente Vergütung des Vorschusses und die 30-Tage-Grenze überschritten, kann nicht mehr von einem Bargeschäft die Rede sein. Hierzu führt der BGH aus, dass auch einem Berater, der in den Genuss des Bargeschäftsprivileges kommen will, es möglich und zumutbar ist, in regelmäßigen Abständen Vorschüsse (§ 9 RVG, § 8 StBGebV) einzufordern, die in etwa dem Wert seiner inzwischen entfalteten oder in den nächsten 30 Tagen noch zu erbringenden Tätigkeit entsprechen. Bei einem zu hohen Vorschuss entfällt die Gleichwertigkeit und damit das Bargeschäftsprivileg.

## II. Vorsatzanfechtung gegen Leistungsmittler

Ebenso hat der BGH in seinem Urteil vom 26.04.2012 die Anfechtung des Insolvenzverwalters der von der Steuerberatungsgesellschaft weitergeleiteten € 50.000,00 wegen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gemäß § 133 Abs. 1 InsO bejaht. Eine Vorsatzanfechtung läge insbesondere deshalb vor, weil sich der Leistungsmittler (hier Steuerberatersozietät) trotz der Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers in die bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger habe einbinden lassen. Aufgrund dieses Umstandes habe die Steuerberatersozietät den Benachteiligungsvorsatz des Auftraggebers erkannt. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, dass der sogenannte Leistungsmittler durch die Transaktion „keinen eigenen Vorteil“ erlangt habe.

Trotz der Weiterleitung an die außenstehenden Dritten konnte sich der Steuerberater als Leistungsmittler nicht auf sogenannte Entreicherung berufen. Der Leistungsmittler sei nach § 143 Abs. 1, Satz 2 InsO i. V. m. §§ 819, Abs. 1, 818, Abs. 4, 292, 989 BGB zum Wertersatz verpflichtet. Der BGH hat hier die Einrede der Entreicherung versagt, da der Steuerberater nicht schutzwürdig sei und schuldhaft handelt, wenn er den Vorsatz des Schuldners zur Gläubigerbenachteiligung kenne und mittels der Verwaltungstreuhand gezielt versuche, andere Gläubiger zu befriedigen und aus diesem Grunde den Auftrag ausführe.

## C. Hinweise und Konsequenzen für die Berater in Bezug auf die Honoraransprüche

Vor der Krise des Mandanten:

- eine unmissverständliche Vereinbarung des Honorars (Höhe/Abrechnungsmaßstäbe, Fälligkeitstermine, Vorschuss) und Dokumentation der erbrachten Leistungen vornehmen, um der Einstufung als inkongruent zu begegnen.
- Fälligkeitstermine in kurzen Intervallen (höchstens 30 Tage) vereinbaren, um Bargeschäftsausnahme zu ermöglichen.
- bei Konzernen: die Zahlstelle (Mutter-/Schwestergesellschaft) als Primärschuldnerin vereinbaren, um Anfechtung wegen Unentgeltlichkeit zu vermeiden, falls die anderen Konzerngesellschaften ebenfalls insolvent werden.

In der Krise des Mandanten:

- Bargeschäfte liegen nur bei Zahlung eines Vorschusses für den voraussichtlichen Arbeitsaufwand des Folgemoats vor.

- bei Vornahme der Zahlungen auf Kongruenz der jeweiligen Zahlungen achten.
- bei der unbedingt erforderlichen Stellung von Sicherheiten diese eher von Dritten als vom Schuldner hereinnehmen.

## D. Gesamtergebnis

Die durch den Sanierungsberater vorzunehmenden Beratungsleistungen sind mit dem Mandanten schriftlich im Rahmen eines Beratervertrages zu vereinbaren. Aus diesem Vertrag sollten sich genau die zu erbringenden Leistungen des Beraters für den Mandanten ergeben. Die mögliche Sanierung ist nach den betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Standards zu prüfen und ggf. umzusetzen.

Zur Haftungsprävention ist es weiterhin sinnvoll die Beratungsziele, den Beratungsverlauf und die durch den Berater gegebenen Belehrungen aus Beweisgründen schriftlich zu dokumentieren. In Fällen der Sanierungsberatung im Stadium einer drohenden oder schon vorliegenden Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ist die jeweilige Geschäftsleitung des Unternehmens auf die möglichen Insolvenzgründe und die einzuhaltenden Fristen für die Stellung eines Insolvenzantrages oder auf die Möglichkeiten einer Abwendung der Insolvenz hinzuweisen.

Aufgrund der Honorarvereinbarungen mit den Mandanten sollten die Berater ebenfalls auf schriftliche und eindeutige Vereinbarungen achten. Im Übrigen ist zur Vermeidung von Nachteilen bei den angeforderten und eventuell schon geleisteten Honorarforderungen durch den Mandanten auf die bereits unter C. erteilten Hinweise zu achten.

### Ralf Schreiber

Rechtsanwalt  
Buchalik Brömmekamp  
Rechtsanwälte | Steuerberater  
Schwerpunkte: Bank- und Kapitalmarktrecht

Tel. 0211 - 82 89 77 244  
ralf.schreiber@buchalik-broemmekamp.de



# Zivilrechtliche Haftungsrisiken in der Krise am Beispiel des GmbH-Geschäftsführers

**Handlungen des Geschäftsführers im Rahmen des üblichen Geschäftsverkehrs außerhalb der Insolvenz können in der Insolvenz seine persönliche Haftung gegenüber den Gesellschaftern bzw. Gläubigern der Gesellschaft auslösen. Dabei erhöhen sich die Haftungsrisiken in Abhängigkeit von der Nähe zwischen Handlung und Insolvenzantragspflicht. Das deutsche Recht verfügt über keine einheitliche Systematik bezüglich der Haftung von Geschäftsführern. Vielmehr finden sich die potenziellen Haftungsregelungen in einer Vielzahl von Gesetzen, was es den Betroffenen schwer macht, das Risiko, welchem sie bei ihrer täglichen Arbeit ausgesetzt sind, zu überschauen.**

Dabei lassen sich die zivilrechtlichen Haftungsregelungen in zwei grundlegende Bereiche, nämlich die Innenhaftung – also Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer – und die Außenhaftung, in Form von Ansprüchen Dritter gegen den Geschäftsführer unterteilen. Daneben steht die strafrechtliche Haftung.

## Teil I. „Innenhaftung“

Bei der Innenhaftung handelt es sich um Ansprüche der Gesellschafter gegen den Geschäftsführer als handelndes Organ. Handlungen die außerhalb der Insolvenz, insbesondere bei Gesellschafter geführten GmbHs ohne Folge bleiben, sind in der Insolvenz mitunter anders zu beurteilen. Jetzt prüft anstatt des Gesellschafters der Insolvenzverwalter oder der Sachwalter mögliche Haftungsansprüche gegen den Geschäftsführer, mit dem Ziel, die Masse entsprechend anzureichern.

### 1. Unsorgfältige Geschäftsführung gemäß § 43 GmbHG

Nach § 43 Abs. 1 GmbHG hat der Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Verletzt er diese Verpflichtung, haftet er gegenüber der Gesellschaft im Interesse des Gesellschafters, da dieser durch den Schaden der Gesellschaft einen Schaden in seiner Beteiligung, d. h. einen Wertverlust hinnehmen muss, vor dem er geschützt werden soll. Bei dem dieser Haftungsnorm zu Grunde liegenden Verhalten handelt es sich üblicherweise um schlichte Fehler im Rahmen der Ausübung der Geschäftsführung, d. h. um zum Beispiel kaufmännisch fehlerhaft kalkulierte Preise oder Bezahlung von ungerechtfertigten Rechnungen.

Die Haftung ist in zwei Fällen ausgeschlossen. Zum einen bei Einschlägigkeit der „Business Judgement Rule“, zum anderen

im Falle eines Gesellschafterbeschlusses, auf dem die schädigende Handlung fußt (also immer bei Personenidentität zwischen Geschäftsführer und Alleingesellschafter).

Die „Business Judgement Rule“ ist im Aktienrecht (§ 93 Ans. 1 Satz 2 AktG) geregelt und findet nach der Rechtsprechung des BGH auch auf den Geschäftsführer einer GmbH Anwendung, wobei er dieser entspricht, wenn die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:

- Unternehmerische Entscheidung
- Handeln zum Wohle der Gesellschaft
- Kein Interessenkonflikt
- Handeln auf der Grundlage angemessener Informationen
- Keine übergroßen Risiken

Die Beweislast ob des Vorliegens dieser Tatbestandsmerkmale trägt der Geschäftsführer, der für sich den Haftungsausschluss in Anspruch nimmt.

### 2. Liquiditätsschutz nach § 64 GmbHG

Der § 64 GmbHG ist neben dem später noch darzustellenden § 15 a InsO (früher § 64 Abs. 1 GmbHG) die für den Geschäftsführer wohl gefährlichste Haftungsnorm, da sein Anwendungsbereich nicht klar umrissen ist. Der Wortlaut der Norm wird durch die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale auf Fälle erstreckt, die sich ohne genaue Kenntnis des Meinungsstandes in Rechtsprechung und Literatur nicht ohne Weiteres erschließen.

#### a. Zahlung an Gläubiger nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)

Nach dem Wortlaut des § 64 Satz 1 GmbHG dürfen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Feststellung der Überschuldung (§ 19 Abs. 2 InsO) keine Zahlungen durch den Schuldner geleistet werden. Zahlungsunfähigkeit nach

§ 17 Abs. 2 InsO liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen, wobei sie in der Regel anzunehmen ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt. Eine Forderung ist in der Regel dann im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt. Forderungen, deren Gläubiger sich für eine Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen.

Dagegen ist Überschuldung nach § 19 Abs. 2 InsO gegeben, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.

Üblicherweise wird dieser Anspruch nach Insolvenzeröffnung durch den Sachwalter bzw. Insolvenzverwalter geltend gemacht. Dabei ist der Zahlungsbegriff weit auszulegen. Dieser erstreckt sich auch auf den Fall, dass der Schuldner auf sein im Soll befindliches Konto zahlt, also eine Zahlung auf eine Verbindlichkeit gegenüber seiner Bank vornimmt. Allerdings kann die haftungsbegründende Handlung auch schon weit vor der Krise erfolgt sein, die haftungsauslösende Zahlung sich aber als Automatismus einer vertraglichen Vereinbarung erst nach Antragsstellung vollziehen. Nach aktueller Rechtsprechung (OLG München Urt. v. 13.02.2013) wird die Begründung eines Pfandrechts (Cross-Pledge-Vereinbarung), welches mehrere Jahre (vor Insolvenzantragstellung) vereinbart wurde und welches zu einer Verrechnung im Falle der Verwertung mit einem anderen Konto (in diesem Fall des Gesellschafters) führt, als Zahlung und somit als Verstoß gegen § 64 Satz 1 GmbHG gewertet. Zwar kann dem geschäftsführenden Gesellschafter in diesem Fall vorgeworfen werden, er habe die Sphären zwischen Gesellschaft und Privatvermögen nicht ausreichend getrennt. Nichtsdestotrotz erscheint das scharfe Schwert des § 64 GmbH, der auch ohne einen Schaden zu einer Haftung des Geschäftsführers führt, als überzogene Sanktion. Ob im beschriebenen Fall dem Geschäftsführer wirklich ein Verschulden, wie für den subjektiven Tatbestand des § 64 Satz erforderlich, in Form von Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, erscheint zumindest fraglich, wurde aber vom OLG bejaht. Es bleibt nur zu hoffen, dass der BGH diese Auswüchse eindämmt, um das Haftungsrisiko von Geschäftsführern nicht unkalkulierbar werden zu lassen.

Von der Haftung nach Satz 1 im Fall des § 64 Satz 2 ausgenommen ist die Zahlung, die trotz Insolvenzreife mit der

Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar ist. Dies wird man dann annehmen, wenn – aus ex-ante-Sicht – die Zahlung mehr Vor- als Nachteile für die Gläubigersamtheit verspricht. Ob diese dann letztendlich eintreten, ist unerheblich. Als Beispiele wären hierfür zu nennen ein Aktivtausch ohne Masseschmälerung (unmittelbare Gegenleistung); Weiterleitung von Geldern, die treuhänderisch zur Weiterleitung erhalten wurden; Zahlung an ab- bzw. aussonderungsberechtigte Gläubiger; u. U. Zahlungen, die zur Fortführung des Geschäftsbetriebes in der Insolvenz wesentlich sind (Strom, Wasser etc.). Außerdem dürfen nach Meinung der Rechtsprechung Zahlungen geleistet werden, die im Falle der Nichtzahlung zu einer strafrechtlichen Verfolgung des Geschäftsführers führen würden (§ 266 a StGB „Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelten“ und § 370 AO bzw. § 26 b UStG i.V.m. §§ 69, 34 AO „Steuerhinterziehung bzw. Schädigung des Umsatzsteueraufkommens“).

#### **b. Zahlung an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit führen (§ 64 Satz 3 GmbHG)**

Auch der § 64 Satz 3 GmbHG erscheint vom Wortlaut her klar umrissen. Nach diesem dürfen keine Zahlungen an Gesellschafter geleistet werden, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen. Bisher war mangels wegweisender Entscheidungen innerhalb der Literatur umstritten, ob der Anwendungsbereich des § 64 Satz 3 GmbHG eng oder weit zu fassen ist.

Die überwiegende Auffassung ging bisher von einem weiten Anwendungsbereich aus. Nach manchen Stimmen in der Literatur ist zum Beispiel in der Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten eines Gesellschafters im Falle der Verwertung dieser Sicherheit darin eine Zahlung zu sehen, die, wenn sie zur Zahlungsunfähigkeit des Schuldners führen würde, die Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers auslösen könne. Da aufsteigende Sicherheiten insbesondere im Bereich der Konzern- und Akquisitionsfinanzierungen üblich sind, ist dieses Thema bei Vertragsverhandlungen immer wieder heiß diskutiert, insbesondere wenn die Geschäftsführer der die Sicherheit stellenden Gruppengesellschaften anwaltlich vertreten sind.

Eine aktuelle Entscheidung des BGH (Urt. v. 9.10.2012 – II ZR 298/11) bringt nun in Teilbereichen Klarheit. Der Anwendungsbereich ist mit der Mindermeinung in der Literatur auf die Fälle beschränkt worden, in denen auf eine Forderung, die nicht in einer Liquiditätsbilanz zu berücksichtigen ist, geleistet wird (zum Beispiel, da diese nicht fällig ist). Das Risiko aus dieser Norm ist mithin wesentlich verringert, auch dadurch, dass der BGH klargestellt hat, dass sich aus § 64 Satz 3 GmbHG eine Einrede gegen eine nach dieser Norm unzu-

lässige Zahlungsaufforderung zu Gunsten der Gesellschaft/ des Geschäftsführers ergibt, da diese(r) nicht unter Inkaufnahme der persönlichen Haftung Leistungen bewirken muss.

Dies bedeutet, dass insbesondere in den Fällen, in denen der Insolvenzgrund schon deshalb gegeben ist, weil eine in der Liquiditätsbilanz eingestellte Forderung zu einer Zahlungsunfähigkeit führt, ein Verstoß gegen § 64 Satz 3 GmbHG nicht mehr durch nachgelagerte Handlungen, zum Beispiel eine nachfolgende Sicherheitenverwertung, ausgelöst werden kann. Insbesondere bei Gruppenfinanzierungen über einen Konsortialkredit liegt bei Kündigung und Fälligstellung des Kredits (inkl. Betriebsmittellinien) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Insolvenzgrund in Form der Zahlungsunfähigkeit aller Gruppengesellschaften vor.

Mithin kann durch eine nachgelagerte Sicherheitenverwertung kein Verstoß gegen § 64 Satz 3 InsO mehr ausgelöst werden. Davon zu unterscheiden sind Akquisitionsfinanzierungen und aufsteigende Sicherheiten außerhalb einer Konzernfinanzierung, da in diesen Fällen bei Kündigung des Darlehens nicht zwangsläufig die Insolvenz der Sicherheiten gewährenden Tochter- oder Schwestergesellschaft mit ausgelöst wird.

Es ist zu erwarten, dass sich vor dem Hintergrund dieser Entscheidung die Bedeutung des § 64 Satz 3 GmbHG als Haftungsnorm und die bisher in der Literatur diskutierten Anwendungsbereiche deutlich reduzieren werden. Im Rahmen der Ursächlichkeitsprüfung wird bei § 64 Satz 3 GmbHG ein enger Zusammenhang zwischen Zahlungsunfähigkeit und Zahlung verlangt, d. h. Zahlungen sollen verboten sein, die ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen.

Als Exculpationsmöglichkeit gilt auch für § 64 Satz 3 GmbHG Satz 2 und schließt die Erstattungspflicht für den Fall aus, dass die (zwingende) Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit auch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht erkennbar ist.

### 3. Existenzvernichtung § 826 BGB

Der existenzvernichtende Eingriff, eine besondere Fallgruppe der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB, richtet sich an den Gesellschafter. Insbesondere der geschäftsführende Gesellschafter und der Geschäftsführer einer Gruppen-Holding können in den Anwendungsbereich dieser Rechtsfigur kommen. In der Krise eines Unternehmens bzw. einer Unternehmensgruppe werden in der Praxis

häufig Maßnahmen veranlasst, welche die Substanz und mithin die Existenz einer Gesellschaft gefährden (diese also „ausgeplündert“ wird). Als Beispiel wären der Entzug von Liquidität im Cash-Pool ohne Berücksichtigung der Interessen der Tochtergesellschaft, die Übernahme der Aktiva gegen Übernahme nur eines kleinen Teils der Verbindlichkeiten oder die Verlagerung von Geschäftschancen/Ressourcen auf eine andere Gesellschaft zu nennen. Auf den ersten Blick kommerziell sinnvolle Entscheidungen, die allerdings, wenn sie für die Insolvenz der Beteiligung ursächlich sind und zumindest mit bedingtem Vorsatz erfolgen, in eine Schadensersatzpflicht münden können. Dabei ist das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit nicht erforderlich.

### 4. Haftung auf Rückzahlung auf Grund eines Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften nach §§ 30, 31 GmbHG

Die Kapitalerhaltungsvorschriften sind das klassische Beispiel für eine Haftungsfolge, die erst in der Insolvenz des Schuldnerunternehmens greift, begründet durch eine Handlung der Geschäftsführung, die aus Sicht eines „durchschnittlichen“ Geschäftsführers nicht unbedingt als Haftungsrisiko voraussehbar ist. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang z. B. die Gewährung von Sicherheiten für Darlehen eines Gesellschafters oder die Vereinbarung eines Cash-Pools im Konzern. Da die Geschäftsführung nach Meinung der Rechtsprechung verpflichtet ist, während der Dauer einer solchen vertraglichen Beziehung die Bonität der Muttergesellschaft, von der die Rückzahlungsfähigkeit der Darlehensverbindlichkeit an den Dritten (Bank) bzw. beim Cash-Pool an die Schuldnerin selbst abhängt, fortlaufend zu überwachen, liegt ein potenzielles Haftungsrisiko auf der Hand. Selbst wenn die Schuldnerin die Bonität und mithin die Vollwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs prüft, bedarf es, um handlungsfähig zu sein, geeigneter vertraglicher Regelungen, die bei Gefahr in Verzug die Kündigung der vertraglichen Beziehungen ermöglicht oder aber zum Beispiel die Verwertung Dritten gewährter Sicherheiten beschränkt (Limitation Language). Diese Art vertraglicher Sicherungsmechanismen findet man in den wenigsten der beispielhaft genannten Vereinbarungen, außer die betroffenen Unternehmen wurden bei Abschluss solcher Finanzierungsverträge durch spezialisierte Anwaltskanzleien beraten.

### Teil II „Außenhaftung“

Die Außenhaftung bietet Gläubigern der insolventen Gesellschaft den direkten Zugriff auf die aus ihrer Sicht häufig –

zumindest für einen Teil ihres Ausfalls – verantwortlichen Geschäftsführer. Es kommen vertragliche (z. B. Garantie, Bürgschaft, Mithaft), vertragsähnliche (z. B. Vertrauenshaftung (c.i.c.) ebenso wie deliktische Ansprüche (§§ 823 Abs. 1 und 826 BGB) in Betracht. Dabei ist das Deliktsrecht in der Form der Verletzung eines Schutzgesetzes, insbesondere § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO, von wohl wichtigster Bedeutung.

### 1. Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB)

Im Vordergrund der Betrachtung stehen die Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, deren Tatbestand üblicherweise im Vorfeld einer Insolvenz verwirklicht wird. Im Folgenden sollen die in der Insolvenz wichtigsten Schutzgesetze, auf Grund derer sich ein Haftungsanspruch ergeben kann, dargestellt werden.

#### (i) Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266 a StGB)

In der Praxis sehr bedeutsam ist die Vorenthaltung von Beiträgen des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung. Sollte in der Krise die Bezahlung dieser Beiträge ausbleiben, kann es zur persönlichen Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Sozialversicherung kommen.

In jedem Fall müssen diese Beiträge abgeführt werden, wenn Liquidität vorhanden ist, unabhängig davon, ob andere Verbindlichkeiten durch die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlt werden können. Eine Strafbarkeit wird selbst dann angenommen, wenn die Gesellschaft im Fälligkeitszeitpunkt nicht leistungsfähig war, es aber bei Anzeichen von Liquiditätsproblemen unterlassen hat, Sicherungsvorkehrungen für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zu treffen und dabei billigend in Kauf genommen hat, dass diese später nicht mehr erbracht werden können.

#### (ii) Haftung wegen Insolvenzverschleppung (§ 15 a Abs. 1 Satz 1 InsO)

Eine der wichtigsten Haftungsnormen für den Geschäftsführer einer GmbH gegenüber Gläubigern ergibt sich aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 15 a InsO. Die Verletzung des § 15 a InsO als Schutzgesetz ist gegeben, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig (§17 InsO) oder überschuldet (§ 19 InsO) ist und der Geschäftsführer nicht innerhalb von drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung den Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellt. Ist die Sanierung der Gesellschaft ohne Chance, darf er die Frist nicht voll ausschöpfen, sondern muss unverzüglich den Antrag auf Insolvenzeröffnung stel-

len. Die Frist beginnt für den Geschäftsführer bei Erkennbarkeit der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Im Rahmen des Verschuldens reicht auf Seiten des Geschäftsführers fahrlässiges Handeln (vgl. § 15 a Abs. 4 InsO), d. h. die Erkennbarkeit der Insolvenzreife.

#### (iii) Weitere Schutzgesetze

Daneben wären die folgenden Schutzgesetze, die in der Praxis von eher untergeordneter Bedeutung sind, zu nennen:

- Betrug (§ 263 StGB)
- Kreditbetrug (§ 265 b StGB)
- Untreue (§ 266 StGB);
- Insolvenzstraftaten (§§ 283 bis 283 d StGB)

### 2. Exkurs: Steuerrechtliche Haftung auf Grund der Nichtabführung von Steuern (§§ 69, 34 AO)

Die vorsätzliche oder grob fahrlässige Nichtabführung von Steuern (unabhängig welcher Art) führt zu einer persönlichen Haftung eines jeden Geschäftsführers auf Schadensersatz gegenüber den Finanzbehörden.

#### Fazit

Die persönlichen Haftungsrisiken eines GmbH Geschäftsführers sind vielfältig. Sind Haftungsrisiken in der Krise für den Geschäftsführer noch mit eigenüblicher Sorgfalt erkennbar, bzw. hat er bereits selbstständig auf Grund der Situation einen externen rechtlichen Berater hinzugezogen, so muss immer wieder festgestellt werden, dass insbesondere im Rahmen des Abschlusses von Finanzierungsverträgen außerhalb der Krise Risiken durch Geschäftsführer eingegangen werden, deren sich in der Insolvenz realisierendes Gefahrenpotenzial nicht beachtet oder aber mangels rechtlicher Kenntnisse nicht wahrgenommen wird.

#### Daniel Trowski

Rechtsanwalt  
Buchalik Brömmekamp  
Rechtsanwälte | Steuerberater  
Schwerpunkte: Bankrecht, Kredit- und  
Kreditsicherungsrecht, Kredittransfers

Tel. 0211 - 82 89 77 282  
daniel.trowski@buchalik-broemmekamp.de



# Aktuelles

## **Geprüfter ESUG-Berater – Fachlehrgang „Sanieren unter Insolvenzschutz“**

Mit der Reform des Insolvenzrechts durch das sogenannte ESUG eröffnen sich für Unternehmen in der Krise wie für begleitende Berater völlig neue Möglichkeiten der Überwindung von Krisen durch eine Sanierung unter dem Schutzschirm des Insolvenzrechts. Eigenverwaltung, Schutzschirm und vorläufige Gläubigerausschüsse sind inzwischen gängige Begriffe, aber für die Früherkennung wie für die professionelle Vorbereitung fehlt es an der notwendig flächendeckenden Beratungskompetenz. Das Team der Buchalik Brömmekamp macht Sie fit für eine qualifizierte Beratung von Unternehmen in der Krise und befähigt Sie zur (Vor)Prüfung der Möglichkeiten einer Sanierung unter Insolvenzschutz. Nach der Ausbildung können die Teilnehmer Unternehmen in Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung beraten und als Interimsmanager mit Unterstützung einer ESUG-erfahrenen Rechtsberatung begleiten.

**Veranstaltungstag:****Modul I: 06.–09. Nov. 2013****Modul II: 20.–23. Nov. 2013****Veranstaltungsort:****Rheinhotel Dreesen GmbH, Bonn**

## **International Interim Management Meeting 2013**

Das ESUG ermöglicht eine neue Dimension der Unternehmenssanierung. Neben operativen, können nun auch bilanzielle Maßnahmen im Rahmen einer Planinsolvenz in Eigenverwaltung rechtsicher den Turnaround herbeiführen. Hierbei spielt der sogenannte CRO – der Manager auf Zeit – eine entscheidende Rolle. RA Robert Buchalik berichtet, wie die Tätigkeit des CRO in Zukunft von den neuen rechtlichen Gegebenheiten bei der Unternehmenssanierung in der Krise beeinflusst werden wird.

**Veranstaltungstag:****22.–23. November 2013****Veranstaltungsort:****Dorint Pallas-Hotel, Wiesbaden**

## **Bankrechtsfrühstück**

Der Massekreditvertrag – insbesondere in Form des „unechten“ Massekredites zur Fortführung des Geschäftsbetriebs der Insolvenzschuldnerin im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung – ist für die Banken, Lieferanten und die Insolvenzschuldnerin von wesentlicher Bedeutung. Nach Einführung der vorläufigen Eigenverwaltung im Rahmen des ESUG liegen nunmehr die ersten gerichtlichen Entscheidungen und Literaturmeinungen zu rechtlichen Einzelthemen vor.

**Veranstaltungstag:****14. November 2013****Veranstaltungsort:****Buchalik Brömmekamp, Düsseldorf**

## **Management Circle: Der zertifizierte Restrukturierungsmanager**

Dieses Seminar bietet kompaktes Know-how zum Thema Restrukturierung. Bozidar Radner stellt das Restrukturierungskonzept aus Unternehmer und Beratersicht dar. Er erläutert u. a. Krisenursachen, operative Restrukturierungsmaßnahmen und Maßnahmenumsetzung und zeigt den Weg zu einem erfolgreichen Turnaround.

**Veranstaltungstag:****25.–27. November 2013****Veranstaltungsort:****Radisson Blu Hotel,  
Frankfurt am Main**

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen finden Sie unter:  
[www.buchalik-broemmekamp.de/aktuelles/veranstaltung/](http://www.buchalik-broemmekamp.de/aktuelles/veranstaltung/)



Der Newsletter auf Ihrem Smartphone

### **Impressum**

Buchalik Brömmekamp  
Rechtsanwälte | Steuerberater  
Prinzenallee 15  
40549 Düsseldorf  
Tel. 0211 – 82 89 77 200  
[www.buchalik-broemmekamp.de](http://www.buchalik-broemmekamp.de)

Westendstraße 16–22  
60325 Frankfurt/Main  
Tel. 069 – 24 75 215 0

### **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