

### In dieser Ausgabe:

#### • ZInsO-Aufsätze

**Gläubigerinteresse versus Kundeninteresse bei Fortführungsvereinbarungen in Insolvenzverfahren von Automobilzulieferern (S. 1513)**

*von Rechtsanwalt/vereidigter Buchprüfer/Fachanwalt für Insolvenzrecht/  
Insolvenzverwalter Dr. jur. Norbert Hill, Stuttgart*

**Ermittlung von Insolvenzanfechtungsansprüchen (S. 1522)**

*von Rechtsanwalt/Dipl.-Kfm. Dirk KIRSTEIN, EMBA, Berlin*

**Fortbestand einer Gesellschaftervereinbarung trotz Formwechsels durch Insolvenzplan (S. 1541)**

*von Rechtsanwalt Dr. Philipp FÖLSING, Hamburg*

**Anfechtung der Ausschüttung von Gewinnvorträgen und freien Rücklagen (S. 1544)**

*von Rechtsanwalt Dr. Rainer FREUDENBERG, Frankfurt/M.*

#### • ZInsO-Dokumentation

**Tagungsbericht zum 10. Mannheimer Insolvenzrechtstag v. 11.7.2014 (S. 1549)**

*von Rechtsanwalt Dr. Klaus PRIEBE, Berlin*

#### • ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

#### • ZInsO-Rechtsprechungsreport

Insolvenzrecht

Verfahrensrecht

### Herausgeber:

Ernst-Dieter Berscheid,  
Vors. Richter am LAG a.D., Hamm

Rechtsanwalt Dr. Karsten Förster,  
Frankfurt/Oder

Frank Frind,  
Richter am AG, Hamburg

Professor Dr. Hugo Grote, Köln

Professor Udo Hintzen, Berlin

Professor Dr. Heribert Hirte,  
LL.M. (Berkeley), Hamburg

Professor Dr. Michael Huber,  
Präsident des LG, Passau

Dr. Gerhart Kreft,  
Vors. Richter am BGH a.D.,  
Karlsruhe

Professor Dr. Wolfgang Marotzke,  
Tübingen

Rechtsanwalt  
Dr. Manfred Obermüller, Frankfurt/M.

Dr. Gerhard Pape,  
Richter am BGH, Karlsruhe

Rechtsanwalt Stephan Ries,  
Wuppertal

Rechtsanwalt Professor  
Dr. Dr. Thomas B. Schmidt, Trier

Professor Dr. Lutz Strohn,  
Richter am BGH, Karlsruhe

Gerhard Vill,  
Richter am BGH, Karlsruhe

Rechtsanwalt Wolfgang Wutzke,  
Bremen

### Schriftleiter:

Rechtsanwalt  
Professor Dr. Hans Haarmeyer,  
Bonn

# Inhaltsverzeichnis

## ZInsO-Aktuell

### ZInsO-Beihefter: Insolvenzreport 31/32/2014

## ZInsO-Aufsätze

<b>Gläubigerinteresse versus Kundeninteresse bei Fortführungsvereinbarungen in Insolvenzverfahren von Automobilzulieferern</b> .....	1513
<i>von Rechtsanwalt/vereidigter Buchprüfer/Fachanwalt für Insolvenzrecht/Insolvenzverwalter Dr. jur. Norbert Hill, Stuttgart</i>	
<b>Ermittlung von Insolvenzanfechtungsansprüchen</b> .....	1522
<i>von Rechtsanwalt/Dipl.-Kfm. Dirk Kirstein, EMBA, Berlin</i>	
<b>Fortbestand einer Gesellschaftervereinbarung trotz Formwechsels durch Insolvenzplan</b> .....	1541
<i>von Rechtsanwalt Dr. Philipp Fölsing, Hamburg</i>	
<b>Anfechtung der Ausschüttung von Gewinnvorträgen und freien Rücklagen</b> .....	1544
<i>von Rechtsanwalt Dr. Rainer Freudenberg, Frankfurt/M.</i>	

## ZInsO-Dokumentation

<b>Tagungsbericht zum 10. Mannheimer Insolvenzrechtstag v. 11.7.2014</b> .....	1549
<i>von Rechtsanwalt Dr. Klaus Priebe, Berlin</i>	

## ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

In dieser Rubrik geben wir eine Übersicht über die wichtigsten und interessantesten Veröffentlichungen aus dem Bereich des Insolvenzrechts .....	1550
Diese Ausgabe enthält eine Rezension zu folgendem Titel: <i>Marie Luise Graf-Schlicker, InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung</i>	

## ZInsO-Rechtsprechungsreport

### Entscheidungsreport

• <b>Insolvenzrecht</b>	
<b>Anforderungen an die Beschwerde gegen die Bestätigung eines Insolvenzplans; gesellschaftsrechtlicher Minderheitenschutz („Suhrkamp“)</b> .....	1552
<i>BGH, Beschl. v. 17. 7. 2014 – IX ZB 13/14</i>	
<b>Verpflichtung des Insolvenzverwalters zur zinsgünstigen Anlage nicht benötigter Massebestandteile</b> .....	1558
<i>BGH, Urt. v. 26. 6. 2014 – IX ZR 162/13</i>	
<b>Zu Umfang und Zeitpunkt der Rückführung einer Belastungsbuchung nach Lastschriftwiderruf alter Art.</b> .....	1561
<i>BGH, Beschl. v. 26. 6. 2014 – IX ZR 130/13</i>	
<b>Zur Abgrenzung einer entgeltlichen von einer unentgeltlichen Besicherung</b> .....	1562
<i>OLG Düsseldorf, Urt. v. 7. 11. 2013 – I-12 U 114/12</i>	
<b>Unzulässige Tilgungsbestimmung bei der Verwertungsabrechnung von Absonderungsrechten</b> .....	1564
<i>OLG Karlsruhe, Urt. v. 14. 3. 2014 – 14 U 180/12</i>	
<b>Fortbestand einer Gesellschaftervereinbarung trotz Formwechsels durch Insolvenzplan („Suhrkamp“)</b> .....	1565
<i>LG Berlin, Urt. v. 16. 6. 2014 – 95 O 52/13</i>	
• <b>Verfahrensrecht</b>	
<b>Sorgfaltspflichten bei der Erteilung einer Rechtsmitteleinlegung an einen BGH-Anwalt</b> .....	1570
<i>BGH, Beschl. v. 5. 6. 2014 – IX ZR 239/13</i>	
<b>Zur Geltendmachung von Anerkenntnishindernissen bei der Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile</b> .....	1572
<i>BGH, Beschl. v. 15. 5. 2014 – IX ZB 26/13</i>	
<b>Behandlung einer Auffassungsvormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren</b> .....	1573
<i>BGH, Beschl. v. 9. 5. 2014 – V ZB 123/13</i>	

## ZInsO-Aufsätze

### Gläubigerinteresse versus Kundeninteresse bei Fortführungsvereinbarungen in Insolvenzverfahren von Automobilzulieferern

#### Anmerkungen zur ZInsO-Dokumentation in ZInsO 2014, 642 ff. – Fortführungsvereinbarungen in einem Insolvenzverfahren aus der Automobilbranche

von Rechtsanwalt/vereidigter Buchprüfer/Fachanwalt für Insolvenzrecht/Insolvenzverwalter Dr. jur. Norbert Hill, Stuttgart

#### I. Vorbemerkung

Fortführungsvereinbarungen bei Unternehmensinsolvenzen von Automobilzulieferern waren in den letzten Jahren immer wieder Gegenstand insolvenzrechtlicher Analysen.<sup>1</sup> Dies verwundert angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung solcher Verfahren nicht, denn ersichtlich ist es das vorrangige Interesse der Automobilhersteller, Bandabrisse und daraus folgende Produktionsunterbrechungsschäden, die bei einem unerwarteten Ausfall eines Lieferanten in erheblichem Ausmaß drohen, zu verhindern oder wenigstens ihre wirtschaftlichen Auswirkungen nach Möglichkeit zu minimieren. Auch der BGH hatte sich im Jahr 2012 mit einer aus diesem Umfeld resultierenden verfahrensrechtlichen Frage zu befassen. Es ging um die Frage, ob ein Automobilhersteller, der sich in einer Fortführungsvereinbarung für den Fall (partieller) Masseunzulänglichkeit gegenüber der Masse verpflichtet hat, für die Kosten des Insolvenzverfahrens (anteilig) einzustehen, gegen die Festsetzung der Vergütung des (vorläufigen) Verwalters beschwerdeberechtigt ist. Er hat diese Frage bejaht.<sup>2</sup>

Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Verfahren ist die spezifische insolvenzrechtliche Problematik des Aufeinanderprallens von Gläubiger- und Kundeninteressen unter Einbeziehung rechtstatsächlichen Materials in diesem Beitrag vertiefend zu analysieren. Als solches sollen die als ZInsO-Dokumentation in ZInsO 2014, 642 ff. veröffentlichte Fortführungsvereinbarung (nachfolgend FFV1) und ein Verfahren herangezogen werden, das der Verfasser dieses Beitrags zu Zeiten der KO als Konkursverwalter (nachfolgend FFV2) bearbeitet hat. Auch in letzterem Verfahren eines Zulieferbetriebs mit ca. 400 Beschäftigten und Zweigwerken im In- und Ausland waren bekannte deutsche und ein ausländischer Automobilhersteller Parteien einer Fortführungs- und Ausproduktionsvereinbarung.

Die beiden Verfahren werden zunächst in tatsächlicher Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung der jeweiligen Gewichtung der Interessen der Automobilhersteller als Kunden einerseits und der Interessen des insolventen Zulieferbetriebs und seiner Gläubiger andererseits dargestellt.

Schließlich soll der bei der Konzeption und Detaillierung von Fortführungs- und Ausproduktionsvereinbarungen zu beachtende normative Maßstab herausgearbeitet und auf die vorliegenden Fortführungs- und Ausproduktionsvereinbarungen angewandt werden, und zwar in Bezug auf die nicht auszahlungswirksamen Ausgaben, i.e. Abschreibungen, die verlustmindernde Berücksichtigung

des Insolvenzausfallgeldes, die Kostenübernahmegarantien und die Einschaltung eines Treuhänders. Hier sind in einigen Punkten kritische Anmerkungen zu der FFV1 angebracht.

#### II. Wesentliche Bestimmungen der ZInsO-Dokumentation (FFV1)

##### 1. Ausgangslage nach Darstellung in der Vorbemerkung der FFV1

Die beiden deutschen Automobilhersteller haben nach Nr. 4 der Vorbemerkung mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters am 15.5.2013 und 21.5.2013 zwei Vereinbarungen über die Bereitstellung von Vorkassen auf künftige Lieferungen und Leistungen i.H.v. insgesamt netto ... abgeschlossen und den v.g. Betrag auf das Treuhandkonto des vorläufigen Insolvenzverwalters bezahlt.

Die Kunden bestätigen, dass ihnen bewusst sei, dass bei einer Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im eröffneten Verfahren Fortführungsverluste entstehen werden, die der Insolvenzverwalter aus insolvenzrechtlichen Gründen nur in geringem Umfang eingehen darf, weshalb für die Kunden die Notwendigkeit bestehe, mögliche Verluste, die durch die operative Fortführung des Unternehmens entstehen, im Verhältnis ihrer Umsatzanteile am Fortführungsverlust auszugleichen. Sie seien zugleich daran interessiert, dass die von ihnen bereitgestellten Mittel nicht mit der allgemeinen Insolvenzmasse vermischt werden. Zusammenfassend wird ausgeführt, die nachfolgende Vereinbarung diene dem Zweck, die Fortführung des Geschäftsbetriebs von ... und dadurch die Produktion für die Kunden zu gewährleisten, die Masse gegen insolvenzrechtliche Fortführungsverluste abzusichern und dabei zugleich die dazu erforderlichen Liquiditätsunterstützungsleistungen der Kunden bestmöglich vor Beeinträchtigung durch andere Gläubiger zu schützen.

##### 2. Ausgleich der Verluste, die durch die Fortführung entstehen

In § 5 FFV1 werden die Fortführungsverluste definiert, die die Kunden zur Aufrechterhaltung des Produktionsbe-

<sup>1</sup> Speziell für Fortführungsvereinbarungen in Insolvenzverfahren von Automobilzulieferern *Schluck-Amend/Seibold*, ZIP 2010, 62 ff.; *Grub*, FS K. H. Görg, 2010, S. 202 ff.; *Schaaf/Mushardt*, BB 2013, 2056 ff.

<sup>2</sup> BGH v. 20.12.2012 – IX ZB 19/10, ZInsO 2013, 238.

triebs zu übernehmen bereit sind. Danach übernehmen die Kunden „einen durch die Fortführung der für sie bestimmten Produktion im Fortführungszeitraum möglicherweise entstehenden liquiditätswirksamen Verlust, verstanden als 96,55 %-Anteil (...) bzw. 2,43 %-Anteil (...) der Differenz zwischen den Fortführungsausgaben i.S.v. § 3 Abs. 7 und 8 und den gegenüberstehenden Fortführungseinnahmen.“ Der Fortführungszeitraum beginnt am 14.5.2013 und endet spätestens am 31.12.2013.

Der Insolvenzverwalter hat den im Fortführungszeitraum voraussichtlich entstehenden Verlust sowie den bei der Gesellschaft im Fortführungszeitraum jeweils anfallenden Liquiditätsbedarf vorläufig ermitteln lassen. Die Kunden decken die zur Aufrechterhaltung des jeweiligen Geschäftsbetriebs benötigte Liquidität für die Fortführungsausgaben bis zu einer (anteiligen) Gesamthöhe von ... € (Höchstgrenze) zzgl. USt, soweit anfallend, ab. Sie werden einen Teilbetrag i.H.v. ... € im Sinne einer Vorauszahlung auf den budgetierten, nach § 5 von den Kunden zu tragenden Fortführungsverlust entsprechend den Umsatzanteilen zur Verfügung stellen. Die Kunden sind keine Gesamtschuldner. Die Rückzahlung der restlichen noch offenen Vorkasse auf Lieferungen und Leistungen i.H.v. ... € erfolgt durch Verrechnung, beginnend ab dem 1.12.2013. Die Verrechnung ist wie folgt vorzunehmen: ...

In § 3 Nr. 4 FFV1 wird festgestellt, dass kundenseitig bereits Liquidität als Vorkasse auf Lieferung und Leistung i.H.v. ... € zur Verfügung gestellt worden ist und dieser Betrag bisher nicht verrechnet oder sonst zurückgeführt worden ist. Deshalb erfolge die Bereitstellung der erforderlichen Liquidität nach folgendem Zahlungsplan: Nach lit. a hat zunächst der Insolvenzverwalter binnen 3 Werktagen nach Unterzeichnung und Genehmigung des Vertrags durch den Gläubigerausschuss einen Teilbetrag der von ... geleisteten Vorkasse auf Lieferung und Leistung i.H.v. ... € zzgl. USt wie folgt (Beträge jeweils zzgl. USt) zurück zu überweisen: ... Nach lit. b zahlen die Kunden nach Eingang des unter lit. a genannten Betrags bei den genannten ... Gesellschaften und Rechnungsstellung durch den Insolvenzverwalter binnen 3 Werktagen die erste Tranche des Verlustausgleichs (d.h. 50 % des auf die Kunden entfallenen Verlustausgleichs, mithin insgesamt ... €) wie folgt an den Insolvenzverwalter (Beträge jeweils zzgl. USt): ...

Am 1.9.2013 hat der Insolvenzverwalter einen weiteren Teilbetrag der geleisteten Vorkasse auf Lieferung und Leistung i.H.v. ... € zzgl. USt wie näher definiert zurück zu überweisen. Nach Eingang des genannten Betrags bei der genannten Gesellschaft und Rechnungsstellung durch den Insolvenzverwalter zahlen die Kunden binnen 3 Werktagen die zweite Tranche des Verlustausgleichs.

Die Rückzahlung der restlichen noch offenen Vorkasse auf Lieferung und Leistung i.H.v. ... € erfolgt durch Verrechnung, beginnend ab dem 1.12.2013. Soweit eine Verrechnung bis zum Ablauf des Fortführungszeitraums am 31.12.2013 (§ 2 dieser Vereinbarung) nicht vollständig

stattgefunden hat, zahlt der Insolvenzverwalter den Restbetrag als Masseverbindlichkeit zurück. In § 3 Nr. 5 wird ausdrücklich festgehalten, dass sich die Parteien darüber einig seien, dass es sich bei dem Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Vorkasse i.H.v. bis zu ... € um eine Masseverbindlichkeit handele, soweit diese nicht bereits zuvor gem. § 3 Abs. 4 lit. a und lit. c diese Vereinbarung erfüllt worden ist.

Nach § 3 Nr. 6 FFV1 zahlen die Kunden die Anzahlungen auf den Verlustausgleich auf ein für diesen Zweck eingerichtetes Treuhandkonto als von der Masse getrenntes Sondervermögen der Kunden.

### 3. Ermittlung der Fortführungsausgaben

Nach § 3 Nr. 7 FFV1 sind Fortführungsausgaben im Sinne dieser Vereinbarung sämtliche ... entstehende Ausgaben, welche direkt oder indirekt im Zusammenhang mit der Fortführung des Geschäftsbetriebs und der Erhaltung der betrieblichen Strukturen, (so)weit zur Verhinderung eines Bandabbrisses der Kunden notwendig, stehen. Dazu gehören insbesondere, aber nicht ausschließlich, die allgemeinen Ausgaben zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Strukturen, bspw. für Materialeinkäufe, Mieten, Leasing, Energiebezug, sowie Löhne/Gehälter aller Arbeitnehmer unter Anrechnung des Insolvenzgeldes, die Ausgaben für Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der Betriebsfortführung sowie die Kosten der Wirtschaftsprüfung, soweit sie auf die Betriebsführung zurückzuführen sind. Zur Klarstellung wird in § 5 Nr. 3 nochmals wiederholt, dass das Insolvenzgeld verlustmindernd zu berücksichtigen ist.

Nicht zu den Fortführungsausgaben gehören nach § 3 Nr. 8 FFV1 insbesondere aber nicht ausschließlich die Kosten des Insolvenzverfahrens und die Ausgaben, die im Zusammenhang mit einer Veräußerung des Geschäftsbetriebs von ... anfallen, namentlich die Kosten des aufgesetzten M&A-Prozesses sowie Ausgaben für Restrukturierungsmaßnahmen, es sei denn, die Kunden haben dieser Maßnahme zugestimmt. Ferner sind ausgeklammert Rechtsberatungskosten und Kosten, die unabhängig von der betrieblichen Fortführung in dem Insolvenzverfahren anfallen, insbesondere Abwicklungskosten etc. (bekannt als Sowieso-Kosten).

Als nicht liquiditätswirksam oder für die Produktion der Kunden erforderlich gelten nach § 5 Nr. 3 FFV1 insbesondere, aber nicht abschließend die Abschreibungen für Abnutzung der Gegenstände des Anlagevermögens und die außerordentlichen Abschreibungen und Abwertungen.

### 4. Überschreiten des budgetierten Verlustbetrags

Nach § 14 FFV1 erklären die Kunden, dass sich die Fortführungsverluste gegenüber der Bedarfsplanung erhöhen können. In diesem Fall hat der Insolvenzverwalter, wenn

der neu prognostizierte Fortführungsverlust den budgetierten Wert überschreitet, die Kunden unverzüglich über die Höhe der Überschreitung zu informieren. Der Insolvenzverwalter kann mit gleichem Schreiben die Kunden auffordern, auch den erhöhten Verlust zu übernehmen. Wenn dem Insolvenzverwalter nicht binnen 14 Kalendertagen ab Zugang der Anzeige und Aufforderung zur weiteren Verlustübernahme eine verbindliche Erklärung der Kunden bzgl. der Übernahme des festgestellten Mehrbedarfes zugeht, kann der Insolvenzverwalter diese Vereinbarung dem Kunden gegenüber fristlos schriftlich kündigen. Die bis dahin angefallenen Verluste sind entsprechend § 14 FFV1 i.V.m. § 5 FFV1 abzurechnen.

### 5. Beendigung der Verlusttragungspflicht bei Ablehnung eines von den Kunden akzeptierten Investors

§ 20 Abs. 3 FFV1 regelt den Fall, dass sich herausstellt, dass der Geschäftsbetrieb von ... über den Endzeitpunkt der Vereinbarung hinaus vom Insolvenzverwalter fortgeführt werden muss, weil eine übertragende Sanierung bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist. Die Parteien verpflichten sich, rechtzeitig und einvernehmlich auf eine angemessene Verlängerung der Laufzeit hinzuwirken. Am 31.10.2013 werden sich die Parteien hierüber abstimmen. Allerdings endet die Verlusttragungspflicht des Kunden in dem Moment, zu dem folgende Voraussetzungen vorliegen:

1. ein von den Kunden akzeptierter Investor,
2. ein durch diesen Investor abgegebenes notariell beglaubigtes bindendes Angebot liegt vor,
3. der Investor bietet die garantierten gutachterlichen Werte für die jeweiligen Verkaufsgüter,
4. Vorlage eines belastbaren Finanzierungsnachweises,
5. Vorlage eines zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Investor endverhandelten Unternehmenskaufvertrags und
6. aufgrund der Ablehnung des Insolvenzverwalters oder des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung kommt es nicht zu einem signing.

Die Fortführung des Geschäftsbetriebs zur Fortsetzung eines Bieterprozesses muss dann durch andere Beteiligte getragen werden.

### 6. Vergütung des Insolvenzverwalters und des Treuhänders

Obwohl in § 3 Nr. 8 FFV1 schon geregelt ist, dass die Kosten des Insolvenzverfahrens nicht zu den Fortführungsausgaben gehören, verdeutlicht § 23 FFV1 ergänzend, dass der Insolvenzverwalter für seine Tätigkeit nach dieser Vereinbarung keinen gesonderten Vergütungsanspruch gegenüber den Kunden dieser Vereinbarung habe. Dies gelte auch für die Tätigkeit von ... als Treuhänder. Nach § 4 FFV1 hat der Treuhänder zum Schutz der kun-

denseitig zugeführten Liquidität gegen Zugriffe anderer Gläubiger diese Finanzmittel ausschließlich über ein externes Treuhandkonto zugunsten der Kunden außerhalb der Insolvenzmasse gem. § 3 Abs. 6 der Vereinbarung abzuwickeln.

## III. Fortführungs- und Ausproduktionsvereinbarung (FFV2)

### 1. Ausgangslage

Maßgeblicher Grundgedanke der Fortführungs- und Ausproduktionsvereinbarung war für den Verfasser dieses Beitrags die Überlegung, dass die Automobilhersteller, in deren Interesse der Betrieb des insolventen Zulieferunternehmens zur Vermeidung von bei den Automobilherstellern drohenden Produktionsunterbrechungsschäden zunächst fortgeführt werden soll, dem insolventen Unternehmen und deren Gläubigern die dadurch entstehenden (Quoten-)Verluste zu erstatten haben.

Auf seine Anregung hin fand deshalb wenige Tage nach dem Konkursantrag beim Konkursgericht eine langwierige, sich bis in die Nacht hinziehende Besprechung unter Beteiligung von Vertretern der Automobilunternehmen, der Geschäftsleitung, des Alleingesellschafters, des Betriebsrats, der Gewerkschaft und des Verfassers statt.

### 2. Fortführungs- und Ausproduktionsvereinbarung

Das Ergebnis dieser Besprechung wurde in einem gerichtlichen Protokoll niedergelegt; die Rahmenvereinbarungen wurden in den nächsten Tagen durch die Automobilunternehmen bestätigt und hatten folgenden Wortlaut:

1. Für den Fall der Konkurseröffnung der Gesellschaft verpflichten wir uns hiermit gesamtschuldnerisch, die Verluste der Gesellschaft zu übernehmen, die in der Ausproduktion gemäß unseren Lieferabrufen ab Konkurseröffnung bis zum ... entstehen.

Grundsatz ist hierbei, dass durch die Ausproduktion die Konkursmasse nicht geschmälert werden darf.

Bei der Ermittlung der Verluste werden insbesondere beim Aufwand sämtliche Personalkosten, Materialkosten, Raumkosten und sonstigen betrieblichen Nebenkosten zugrunde gelegt.

Ebenfalls übernehmen wir die Kosten der Konkursverwaltung für die Zeit der Ausproduktion.

2. Für die Ausproduktion werden wir gesamtschuldnerisch den Betriebsmittelkredit in notwendigem Umfang auf erste Anforderung des Konkursverwalters zur Verfügung stellen.

Die Zahlungseingänge aus dem bei Konkurseröffnung bestehenden Forderungsbestand werden zur Vorfinanzierung der Produktion nicht verwendet.

Die Vorräte per Konkurseröffnung sind als Konsignationslager zu betrachten.

### 3. Vereinbarung mit dem Alleingesellschafter

Der Alleingesellschafter bot für den Fall der Konkurseröffnung an:

1. Sämtliche in seinem Eigentum befindlichen Geschäftsanteile an den Konzernunternehmen ... anrechnungsfrei als Verfahrensbeitrag auf die Konkursverwaltung zu übertragen;
2. das Grundstück in ... in der notwendigen notariellen Form an die Konkursverwaltung zur Verwertung zu überlassen oder seine gegenüber der Gesellschaft bestehenden Verbindlichkeiten i.H.v. ... DM und angefallener Zinsen zurückzuführen sowie den Grundstückserlös zur Rückführung des Obligos zu verwenden;
3. auf Mietforderungen für das zweite Quartal des Jahres ... bzgl. ... und ... zu verzichten, ab dem ... mit einer angemessenen Lagergebühr einverstanden zu sein und auf etwaige Schadensersatzansprüche wegen Nichtwiederherstellung des ursprünglichen Zustands des Gebäudes bei Räumung wegen unterlassener Instandsetzung und Erneuerung zu verzichten.

### 4. Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat

Auf der Grundlage der protokollierten Vereinbarung haben die Geschäftsleitung und der Betriebsrat unter Beteiligung der Gewerkschaft am darauffolgenden Tag gemäß gegebener Zusage vereinbart:

1. Die Betriebe in ... und in ... werden aufgrund der beim AG ... am ... protokollierten Vereinbarung nach einer Ausproduktion bis zum ... stillgelegt.
2. Eine eventuelle Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer über den ... hinausgehend wird im Einvernehmen mit dem Betriebsrat erfolgen.
3. Die Arbeitsverhältnisse werden auf der Basis der bisherigen Arbeitsverträge in Vereinbarungen weitergeführt und die Kündigungsfristen nach den gesetzlichen und tariflichen Fristen beurteilt.
4. Die Aufstellung eines Sozialplans zugunsten der Arbeitnehmer für den Ausgleich oder die Milderung der Nachteile infolge der Betriebsstilllegung in den Grenzen des Sozialplangesetzes vorbehaltlich der Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung.
5. Die auf die einzelnen Arbeitnehmer entfallenden Quoten werden zu einem späteren Zeitpunkt in einer gesonderten Vereinbarung festgelegt.

### 5. Weiterer Verfahrensgang

Der Verfasser als in Aussicht genommener Konkursverwalter gab zu Protokoll, dass er vorbehaltlich des Zustandekommens eines Interessenausgleichs mit dem Betriebsrat sowie vorbehaltlich der Zustimmung des Gläubigerausschusses das Angebot der Automobilunternehmen und des Gesellschafters annehmen werde.

Es wurde ferner festgehalten, dass die Gegenleistung in der Aufrechterhaltung der Produktion bestehe, soweit der Personalstand dies zulasse.

Die Betriebsräte gaben zu Protokoll, dass sie bereit seien, mit der Geschäftsleitung am darauf folgenden Tag einen Interessenausgleich auf der Grundlage dieser Vorschläge zu vereinbaren.

Die Kundenfirma ... machte nachträglich geltend, dass für sie die maximale Kostenverantwortung unter allen Umständen ... DM nicht übersteigen dürfe. Auf ausdrückliche klarstellende Nachfrage des Verfassers bestätigten jedoch die anderen Automobilunternehmen mit Schreiben vom ... nochmals, dass sie auch in Kenntnis der von diesen Kundenunternehmen geltend gemachten Haftungsobergrenze die Verluste bei der Gesellschaft gesamtschuldnerisch übernehmen würden, die aus der Ausproduktion gemäß den Lieferabrufen ab Konkurseröffnung bis ... entstehen.

In der Besprechung beim Konkursgericht haben die Beteiligten den in der Ausproduktion voraussichtlich entstehenden und zu übernehmenden Verlust in einer Größenordnung von ... Mio. DM bis ... Mio. DM geschätzt.

Auf Anregung des Verfassers haben die Automobilunternehmen sog. Ansprechpartner benannt. Ihre Aufgabe bestand in der Kontrolle und Unterstützung der Ausproduktion in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht. Mit ihnen fanden regelmäßig Abstimmungsgespräche vor Ort im Zulieferbetrieb unter Einbeziehung der leitenden Mitarbeiter aus den technischen und kaufmännischen Bereichen statt.

### 6. Verfahrensergebnis

Es waren langjährige Bemühungen und schließlich die Einholung eines Wirtschaftsprüfungsgutachtens einer bekannten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erforderlich, um einen außergerichtlichen Vergleich über den Verlustausgleich zu erzielen, der sich auf ca. 2/3 der anfänglichen Schätzgröße belief. Mit diesem Aufwand auf der Grundlage der Fortführungs- und Ausproduktionsvereinbarung konnten die beteiligten Automobilhersteller in Relation zu dem drohenden wirtschaftlichen Schaden in Gestalt eines nicht nachholbaren und insoweit endgültigen Umsatz- und Ertragsausfalls sehr zufrieden sein. Nach dem Ergebnis eines weiteren Gutachtens dieser Wirtschaftsprüfungsgesellschaft betrug der Verlustausgleichsaufwand nur einen minimalen Bruchteil, nämlich ca. 0,5 % des abgewendeten wirtschaftlichen Schadens, wobei die Preisvorteile nicht berücksichtigt sind, die die Kunden in der Vergangenheit aufgrund ihrer Nachfragemacht als Allein- oder maßgeblicher Kunde erzielt haben. Aber auch die Gläubiger des insolventen Zulieferunternehmens konnten zufrieden sein: Nach Befriedigung sämtlicher Masseverbindlichkeiten konnten die Vorrechtsforderungen und die Sozialplanforderungen vollständig und die nicht bevorrechtigten Gläubiger der Rangklasse 6 mit einer Quote von nahezu 100 % befriedigt werden.

Maßgeblich für dieses Ergebnis war die Verlustübernahmeverpflichtung. Ohne diese Vereinbarung und ihre konsequente Durchsetzung hätte die Konkursmasse zunächst den während der Fortführungs- und Ausproduktionsphase im laufenden Betrieb anfallenden Verlust übernehmen müssen. Hinzugekommen wäre aber der nicht mehr kalkulierbare durch unproduktive Kosten verursachte zusätzliche Verlust aus Auftragsverlagerungen.

Es war anzunehmen, dass die Automobilunternehmen die Aufträge so schnell wie möglich auf andere Lieferanten verlagert hätten. Eine nur bei Vollausslastung möglichst kostendeckende Produktion wäre nicht mehr möglich gewesen. Die Belastungen der Konkursmasse hätten dazu geführt, dass verbleibende Konkursmasse allenfalls ausgereicht hätte, die Vorrechtsgläubiger und die Sozialplanansprüche zu bedienen.

#### IV. Insolvenzrechtliche Problematik

So einleuchtend die der Verlustübernahme zugrunde liegende Überlegung im Grundsatz ist, so anspruchsvoll ist ihre theoretische Grundlegung und praktische Realisierung. Kernthema ist die Definition des Fortführungsergebnisses bzw. des Fortführungsverlustes und seiner vertraglichen Ausgestaltung.

Die FFV2 beschränkt sich, wie aus Vorstehendem zu III.1. und 2. ersichtlich, insoweit auf die grundsätzliche Aussage, dass die Konkursmasse durch die Ausproduktion nicht geschmälert werden darf und die Kunden sich deshalb zu einer der Höhe nach nicht begrenzten Verlustübernahme unter Einbeziehung sämtlicher Kostenarten einschließlich der anteiligen Kosten der Konkursverwaltung verpflichten.

Demgegenüber enthält § 5 FFV1 hierüber ausführliche Bestimmungen. In § 5 Nr. 3 FFV1 letzter Satz werden die Ausgaben/Aufwendungen, i.e. Posten aufgelistet, die bei der Berechnung des liquiditätswirksamen Verlustes, abgeleitet aus der Gewinn- und Verlustrechnung, auszuklammern sind. Als nicht liquiditätswirksam oder für die Produktion der Kunden erforderlich gelten insbesondere, aber nicht abschließend u.a. die Abschreibungen für Abnutzung der Gegenstände des Anlagevermögens. Insbesondere diese Regelung soll hinterfragt werden, ebenso die Regelung in § 3 Nr. 7 FFV1, wonach bei den Löhnen und Gehältern das Insolvenzausfallgeld bei der Ermittlung der Fortführungsausgaben abzuziehen ist.

##### 1. Normativer Maßstab

Zu ermitteln ist der normative Maßstab, der bei der Konzeption und Detaillierung von Fortführungs- und Ausproduktionsvereinbarungen zu beachten ist. Zunächst gilt der in § 1 Abs. 1 InsO niedergelegte Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung und vice versa das strafrechtlich sanktionierte Verbot der Gläubigerbegünstigung. Erst jüngst hat der BGH in der Entscheidung v.

20.3.2014 – IX ZR 80/13<sup>3</sup> nochmals daran erinnert, dass Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters unwirksam sind, welche dem Insolvenzziel der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger „klar und eindeutig, also offensichtlich zuwiderlaufen“. Wirksam seien dagegen Verfügungen des Insolvenzverwalters, die nur unzumutbar oder sogar unrichtig sind. Hinzuzufügen ist lediglich zur Klarstellung, dass die Wirksamkeit einer solchen dem Gleichbehandlungsgebot zuwiderlaufenden Verfügung im Außenverhältnis freilich nichts an deren Haftungsrelevanz ändert.

Mit der Gleichbehandlung ist es indessen nicht getan. Der Insolvenzverwalter hat darüber hinaus nach § 60 Abs. 1 InsO die ihm nach der InsO gegenüber den Beteiligten obliegenden (Amts-)Pflichten zu erfüllen. Bei Verletzung dieser Pflichten ist er zum Schadensersatz verpflichtet. Maßstab dieser Pflichten ist nach § 60 Abs. 1 Satz 2 InsO die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters. Primäre (Amts-)Pflicht des Insolvenzverwalters ist es, die Masse bestmöglich zu verwerten;<sup>4</sup> anderenfalls entsteht durch Verminderung der Aktivmasse oder Erhöhung der Verbindlichkeiten des Schuldners ein Gesamtschaden der Insolvenzgläubiger in Gestalt eines Quoten-(Verschlechterungs-)schadens,<sup>5</sup> der nach § 92 InsO durch den Insolvenzverwalter, ggf. durch einen Sonderinsolvenzverwalter oder nach Entlassung des bisherigen Insolvenzverwalters durch einen neu zu bestellenden Insolvenzverwalter zu verfolgen ist. In der angeführten Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1973 wird die Aufgabe des Konkursverwalters noch statisch und gegenstandsbezogen gesehen: Der Konkursverwalter sei den Konkursgläubigern nach § 82 KO auch dann verantwortlich, wenn „der Konkursmasse durch sein Verschulden Werte entzogen werden und hierdurch die den Konkursgläubigern gemäß § 61 ff KO zustehende Konkursdividende verringert wird.“<sup>6</sup> Die wichtigste Aufgabe des Konkursverwalters sei es, „... die Konkursmasse zu sammeln und zu verwerten.“<sup>7</sup> Damit übereinstimmend umfasst nach § 1 Abs. 1 KO das Konkursverfahren das „gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse)“. Dies gilt zwar auch unter dem Regime der InsO. Aber schon der Wortlaut des § 1 Abs. 1 InsO und der darin zum Ausdruck kommende Verzicht auf eine ausdrückliche Bezugnahme auf das „gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse)“ deuten eine Erweiterung an: Nicht allein das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen – die Konkursmasse – ist somit Gegenstand der

<sup>3</sup> BGH v. 20.3.2014 – IX ZR 80/13, ZInsO 2014, 1009.

<sup>4</sup> *Kexel*, in: Graf-Schlicker (Hrsg.), Kommentar zur InsO, 2. Aufl. 2010, § 60 Rn. 9 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 22.2.1973 – VI ZR 165/71, NJW 1973, 1198.

<sup>5</sup> *Hofmann*, in: Graf-Schlicker (Hrsg.) (Fn. 4), § 92 Rn. 3.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 22.2.1973 – VI ZR 165/71, NJW 1973, 1198.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 22.2.1973 – VI ZR 165/71, NJW 1973, 1198.

Verwertungsverpflichtung des Insolvenzverwalters, sondern das „Vermögen“ des Schuldners, i.e. das nach den Gegebenheiten von Angebot und Nachfrage in den vorhandenen, der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögensgegenständen steckende Wertschöpfungspotenzial des schuldnerischen Unternehmens. Das „Vermögen“ ist in diesem Fall das aus dem Zusammenwirken der Produktionsfaktoren resultierende Produktionspotenzial bzw. die Produktionskapazität.

Auf die Insolvenz eines Automobilzulieferers übertragen bedeutet dies bei unzweifelhaft gegebener Nachfrage der Kunden, deren Dringlichkeit von den verschiedensten Faktoren wie einer quotalen oder vollständigen Bedarfsdeckung durch den insolventen Lieferanten und dem Zeitfaktor beim Ausweichen auf einen Ersatzlieferanten indiziert ist, dass der Insolvenzverwalter das gegebene Produktionspotenzial bzw. die Produktionskapazität im Grundsatz bestmöglich, jedenfalls kostendeckend und verlustfrei an den/die Kunden zu „verkaufen“ hat. Vorbehalten bleibt lediglich eine abweichende Regelung im Rahmen eines Insolvenzplans zum Erhalt des schuldnerischen Unternehmens. Bestmöglich zu verwerten ist demnach nicht nur das vorhandene greifbare Vermögen im Sinne von Vermögensgegenständen, sondern auch das nach den Gegebenheiten von Angebot und Nachfrage in dem vorhandenen Vermögen steckende Wertschöpfungspotenzial des schuldnerischen Unternehmens.

Die insolvenzspezifische Pflicht des Insolvenzverwalters zur bestmöglichen Verwertung des schuldnerischen „Vermögens“ besteht bei Einzeldispositionen und erst recht bei strategischen Maßnahmen, wie sie exemplarisch Fortführungs- und Ausproduktionsvereinbarungen darstellen. Hierbei sind die Vermögensinteressen der Masse im Blick auf zumindest offensichtlich negative Auswirkungen auf die Quotenausichten der Gläubiger umfassend und bestmöglich wahrzunehmen.

Die Verpflichtung zur bestmöglichen Verwertung besteht jedoch auch gegenüber dem Insolvenzschuldner.<sup>8</sup> Mit der Deckung der Forderungen der Masse- und Insolvenzgläubiger wird dieser Verpflichtung streng genommen nicht Genüge getan. Der Insolvenzverwalter hat demnach bei Ausübung seiner Verwertungspflicht mit der nach Sachlage gegebenen Verhandlungsmacht das Maximum „herauszuholen“, sodass ggf. auch der Insolvenzschuldner profitieren kann. Selbstverständlich darf der Bogen nicht überspannt und die Chance einer für die Gläubiger vorteilhaften Vereinbarung einer Verlustübernahme durch unrealistische Forderungen vertan werden.

## 2. Abschreibungen für Abnutzung der Gegenstände des Anlagevermögens

Die Beschränkung des Fortführungsaufwandes auf auszahlungswirksame Vorgänge ist betriebswirtschaftlich falsch. Bei den Abschreibungen für Abnutzung der Gegenstände des Anlagevermögens handelt es sich um

Kosten, die auf die Nutzungsdauer des Wirtschaftsgutes verteilt sind. Sie beziffern den zeitanteiligen Wertverzehr und stellen demnach eine Minderung der Masse dar, deren Ausgleich der Verwalter im Rahmen seiner Verwertungspflicht zu realisieren hat. Deutlich wird dies, wenn an den Grundpfandgläubiger im Wege der kalten Zwangsverwaltung eine Nutzungsvergütung zu bezahlen ist. Ebenso ist bei einer eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung nach § 135 Abs. 3 InsO der Miet- oder Nutzungswert zu berechnen, auch wenn bei bestehender Aussonderungssperre im Einzelfall ein Ausgleich für die Nutzung nicht zu bezahlen ist, denn zu der Masse gehört auch dieser Nutzungswert, den der Verwalter zu verwerten hat.

## 3. Anrechnung des Insolvenzausfallgeldes bei den Löhnen und Gehältern

Die Löhne und Gehälter sind im eröffneten Verfahren Kosten, die zunächst bei der Masse aufgrund ihrer Stellung als Arbeitgeber anfallen und dort zu einer Minderung der Masse führen. Das gilt unabhängig davon, dass diese Kosten im Preis (hoffentlich ausreichend) einkalkuliert sind und auf diesem Wege den Kunden in Rechnung gestellt werden. Hierüber besteht ersichtlich kein Zweifel, zumal es sich um auszahlungswirksame Vorgänge handelt.

Im Eröffnungsverfahren kommt das Insolvenzausfallgeld und seine Vorfinanzierung ins Spiel. Nach FVV1 ist bei den Fortführungsausgaben für Löhne und Gehälter das Insolvenzausfallgeld verlustmindernd anzurechnen. Das Ergebnis der vorstehend unter IV.1. dargelegten Herleitung des normativen Maßstabs für eine Detaillierung einer Fortführungsvereinbarung bestand indessen darin, dass der Insolvenzverwalter nicht nur das der Zwangsvollstreckung unterliegende gegenständliche Vermögen, sondern auch das nach Marktlage in den Vermögensgegenständen vorhandene Wertschöpfungspotenzial des schuldnerischen Unternehmens zu verwerten hat. Die Vereinbarung einer verlustmindernden Anrechnung des Insolvenzausfallgeldes beinhaltet somit bei der beschriebenen Marktlage eine objektive Verletzung dieser Verwertungsverpflichtung.

Das Insolvenzausfallgeld dient zudem der sozialen Absicherung der Arbeitnehmer und nicht den Interessen der Kunden an einem verbilligten Bezug von Produkten, deren Preisgestaltung durch einen weitestgehenden Wegfall der Personalkosten gekennzeichnet ist. Das Insolvenzausfallgeld ist keine Subvention im Interesse der Kunden.

Zu Recht hat i.Ü. *Grub*<sup>9</sup> darauf hingewiesen, dass eine strafbare Gläubigerbegünstigung vorliege, „wenn eine

<sup>8</sup> *Thole*, in: K. Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2013, § 60 Rn. 34, 35 unter Hinweis auf § 201 InsO.

<sup>9</sup> *Grub* (Fn. 1), S. 203 mit Hinweisen auf *Peters-Lange*, in: Gagel, SGB II 2007, § 188 Rn. 66; *Plagemann*, Sozialrecht, 2. Aufl., § 13 Insolvenzgeld Rn. 77 und *Bieneck*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., § 79 Rn. 16.



Wertschöpfung im Eröffnungsverfahren überwiegend einem Kunden zufließt, der bei Nichterfüllung des Auftrages Schadensersatzforderungen geltend machen könnte und damit in eine Gläubigerrolle käme“. Es ist ferner von einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Vorfinanzierung von Insolvenzgeld auszugehen, analog der Bewertung in dem vergleichbaren Fall, dass halb fertige sicherungsübereignete Waren von Gläubigern durch Weiterarbeit der Arbeitnehmer im Wert erhöht und damit diese Gläubiger begünstigt werden. Der wirtschaftliche Vorteil des Insolvenzausfallgeldes wird einseitig entweder dem Sicherungsgläubiger oder dem Kunden und nicht der Gesamtheit der Gläubiger zugewendet.

#### 4. Kostenübernahmen – Kostengarantien

Die Sinnhaftigkeit der Einschaltung eines Treuhänders zu beurteilen, dürfte maßgeblich eine Frage des Einzelfalls sein. Die legitimen Sicherungsinteressen der Kunden mögen hierfür ein besonderes Gewicht darstellen. Nach § 4 FFV1 hat der Treuhänder die Finanzmittel, die er von den Kunden erhält, zum Schutz gegen Zugriffe anderer Gläubiger ausschließlich über ein externes Treuhandkonto abzuwickeln, welches nach § 3 Nr. 6 FFV1 von der Masse getrenntes Sondervermögen der Kunden ist. Nach § 13 Nr. 4 FFV1 hat der Insolvenzverwalter/Treuhänder den Kunden die zur Verfügung gestellte und nicht benötigte Restsumme der Unterstützungszahlungen unmittelbar nach Ende des Fortführungszeitraums zurückzuzahlen. Der Treuhänder hat demnach die Interessen der Kunden vorrangig zu wahren, weshalb nicht nachvollziehbar ist, dass die Masse seine Kosten tragen soll. Letzteres ergibt sich mittelbar auch aus § 23 Nr. 3 FFV1, wonach dem Treuhänder wie dem Insolvenzverwalter für seine Tätigkeit nach dieser Vereinbarung kein gesonderter Vergütungsanspruch gegen die Kunden zusteht.

Die durch die Fortführung verursachten (anteiligen) Kosten des Insolvenzverfahrens trägt nach FFV1 somit die Masse, was ein vertretbares Ergebnis des Verhandlungsprozesses sein kann. Gleichwohl ist dieses Ergebnis nicht zwingend. Diese Kosten können näherungsweise durch eine Betriebsabrechnung ermittelt und in Bezug auf den Insolvenzverwalter durch Zuschläge im Vergütungsfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden. Eine gerichtliche Kontrolle ist damit gewährleistet.

Bei Wahrung von Unabhängigkeit und Transparenz dürfen auch keine Bedenken gegen die Verpflichtung zur anteiligen Übernahme der Insolvenzverfahrenskosten bestehen.

Bei anteiligen Kostengarantien bestehen solche Bedenken erst recht nicht, da die Masse primär haftet. Die Eintrittspflicht trifft die Kunden nur bei fehlender Massendeckung und das ist eine legitime Regelung, da das vom Verwalter auch im Interesse des Kunden übernommene Ausfallrisiko beträchtlich sein kann.

#### 5. Verhältnis von Eröffnungsverfahren zum eröffneten Verfahren

Ausweislich der Vorbemerkung zur FFV1 wurde in dem am 14.5.2013 angeordneten vorläufigen Insolvenzverfahren ein vorläufiger schwacher Insolvenzverwalter bestellt; in enger Abstimmung mit ihm, dem Management und den Kunden wurde der Geschäftsbetrieb seitdem fortgeführt. ... und ... haben am 15.5.2013 und 21.5.2013 mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters zwei Vereinbarungen über die Bereitstellung von Vorkassen auf künftige Lieferungen und Leistungen i.H.v. insgesamt netto ... abgeschlossen und den v.g. Betrag auf das Treuhandkonto des vorläufigen Insolvenzverwalters einbezahlt. Am 30.5.2013 wurde er zum vorläufigen starken Insolvenzverwalter ernannt. Weiter heißt es in der Vorbemerkung, dass das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft voraussichtlich am 1.8.2013 eröffnet werde. Die FFV1 wurde somit von dem Insolvenzverwalter als vorläufiger „starker“ abgeschlossen. Nach § 1 FFV1 verpflichtet er sich, in zeitlichem Zusammenhang mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, frühestens jedoch mit dem rechtswirksamen Abschluss dieser Vereinbarung die Erfüllung sämtlicher mit den Kunden bestehenden Verträge gem. § 103 Abs. 2 InsO abzulehnen und die „alten“ Verträge für den Fortführungszeitraum mit gewissen Modifikationen neu abzuschließen.

Die vom vorläufigen starken Insolvenzverwalter eingegangene Verpflichtung, nach Insolvenzeröffnung die Fortführungsvereinbarung und die „alten“ Lieferverträge erneut abzuschließen, ist als Masseschuld zu erfüllen. Die Umwidmung der Vorkassezahlungen v. 15.5.2013 und 21.5.2013 in pro rata Zahlungen auf künftige Lieferungen und Leistungen sind mangels Gläubigerbenachteiligung nicht angreifbar. Allenfalls die Verpflichtung zur Rückzahlung eines nicht als Lieferschuld oder Verlustausgleich zu verrechnenden Restbetrags als Masseschuld beinhaltet haftungsrechtliches Potenzial. Die Vorkassen sind vor Anordnung der vorläufigen starken Insolvenzverwaltung geleistet worden, sodass der Rückzahlungsanspruch als Insolvenzforderung zu qualifizieren ist, auch wenn er erst nach Verfahrenseröffnung abrechnungstechnisch bezifferbar wird. Entscheidend ist, dass er vor Anordnung der vorläufigen starken Insolvenzverwaltung dem Rechtsgrunde nach begründet worden ist. Seine vereinbarungsweise rückwirkende Umwandlung in eine Masseschuld ist demnach unzulässig.

Als alternative Vorgehensweise hätte der Weg der Einzelermächtigung des vorläufigen Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht nach § 22 Abs. 2 InsO erwogen werden können. Fraglich ist indessen, ob ein Ermächtigungsantrag zum Abschluss einer Fortführungsvereinbarung auch bei Vorlage des Vertragstextes nach der Rechtsprechung des BGH als ausreichend bestimmt zu qualifizieren wäre.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Befürwortend Grub (Fn. 1), S. 205.

Nach Leitsatz d der Entscheidung des BGH v. 18.7.2012<sup>11</sup> kann das Insolvenzgericht den vorläufigen Insolvenzverwalter ohne begleitendes allgemeines Verfügungsverbot (nur) ermächtigen, einzelne, im Voraus genau festgelegte Verpflichtungen zulasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen. Nach *Voß*<sup>12</sup> soll allerdings auch eine dem Beschluss beigefügte Liste der als Vertragspartner infrage kommenden Lieferanten und Dienstleister ausreichen; auch die Obergrenze eines aufzunehmenden Kredits könne angegeben werden.

Erlässt das Insolvenzgericht gleichwohl eine vom Diktum des BGH abweichende Ermächtigung zum Abschluss einer Fortführungsvereinbarung, so wirkt diese nach *Grub*<sup>13</sup> für den gesamten Zeitraum der Gültigkeit der Vereinbarung, auch soweit die Verpflichtungen vor dem Tag der gerichtlichen Ermächtigung entstanden sind. Zahlungen des späteren endgültigen Insolvenzverwalters würden die Masse nicht benachteiligen, da die erforderlichen Mittel ohnehin auf der Grundlage der Fortführungsvereinbarung von den Kunden stammen. Es liege ein einheitlicher Vertrag vor, der auch einheitlich gegenüber den Beteiligten zu erfüllen sei.

Die Bedürfnisse der Praxis werden in diesen Ausführungen erkennbar und an deren Einbeziehung in die Auslegung des § 22 Abs. 2 InsO dürfte jedenfalls bei Verlustübernahmevereinbarungen nichts auszusetzen sein, denn in diesen Fällen besteht definitionsgemäß das Risiko der Masseunzulänglichkeit im Regelfall nicht. Eine die Masse und deren Gläubiger gefährdende Masseunzulänglichkeit wird mit hinreichender Gewissheit vermieden und damit der wohl maßgeblichen Intention des BGH für eine restriktive Auslegung des § 22 Abs. 2 InsO Genüge getan.

## 6. Risiken

Verlustrückstellungen mindern im Regelfall für die Beteiligten die Risiken einer Masseunzulänglichkeit gem. § 208 InsO. Rückforderungen der Kunden aus Vorauszahlungen sind bei korrekter Berechnung des Verlustrückstellungsbetrags gedeckt. Bei Eingriffen in Fremdrechte im Zuge der Betriebsfortführung sind die Ersatzansprüche der Sicherungsgläubiger Fortführungsaufwand und damit über den Verlustrückstellungsanspruch ebenfalls gedeckt.

Der starke vorläufige Insolvenzverwalter kann die von ihm abgeschlossene Fortführungsvereinbarung ersichtlich gem. §§ 130, 131 InsO nicht anfechten. Die mit Zustimmung des vorläufigen schwachen Insolvenzverwalters zustande gekommene Fortführungsvereinbarung könnte der Insolvenzverwalter nach Eröffnung zwar anfechten, er müsste aber eine Gläubigerbenachteiligung darlegen und nachweisen, was angesichts der komplexen Gemengelage des betrieblichen Geschehens eine kaum zu nehmende Hürde ist, zumal der Insolvenzverwalter gerade in diesem Verfahrensabschnitt besonders stark in Anspruch genommen ist.

Die genannten Risiken sind somit eher theoretischer Natur und damit wohl zu vernachlässigen.

## 7. Abhängigkeit des Insolvenzverwalters von den Kunden

Nicht zu vernachlässigen sind dagegen die Risiken, die in § 14 FFV1 bei Überschreiten des budgetierten Verlustbetrags, vorstehend II.4., und in § 20 Abs. 3 FFV1 im Fall der Beendigung der Verlusttragungspflicht bei Ablehnung eines von den Kunden akzeptierten Investors, vorstehend II.5., schlummern. Die Kombination beider Bestimmungen birgt ersichtlich die Gefahr in sich, dass der Handlungs- und Gestaltungsspielraum des Insolvenzverwalters in Richtung Null tendiert. Er gerät in eine so starke Abhängigkeit von den Kunden und der von ihnen bevorzugten Investoren, dass er im Interesse der Gläubiger, insbesondere der nicht gesicherten Gläubiger und der Mitarbeiter, kaum noch Entscheidendes bewegen kann.

Er wird sich dem Votum der Kunden und der Investoren beugen, dies schon im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger, aber auch aus Gründen der Haftungsprävention, denn gegen eine Fortsetzung der Betriebsfortführung ohne Schutzschirm der Kunden spricht, dass voraussichtlich weitere – durch die Kunden jetzt nicht mehr gedeckte – Verluste auflaufen und die Masse mindern oder gar aufzehren können.

Auch die Gefahr einer Masseunzulänglichkeit kann sich u.a. durch taktische Zurückhaltung von Zahlungen sehr schnell aufbauen. Der Bieterprozess könnte zwar in dieser Zeit in der Erwartung eines besseren Gebots ebenfalls fortgesetzt werden. Allerdings ist völlig offen, ob die weiteren Verluste durch verbesserte Gebote wirtschaftlich ausgeglichen werden. Erst recht wird es die „anderen Beteiligten“ i.S.v. § 20 Abs. 3 letzter Satz FFV1 gar nicht geben, die bereit sein könnten, als Ersatzfinanziers die weiteren Verluste nach vorgegebenem Muster zu übernehmen. Wer wird schon ein verbessertes Gebot unterbreiten und auch noch diese Verluste übernehmen?

Die Interessen der Kunden sind zudem in jeder denkbaren Konstellation bestens berücksichtigt. Wird bei Beendigung der Fortführungsvereinbarung oder bei Ausübung eines Sonderkündigungsrechts eine Verlagerung von Aufträgen an andere Lieferanten erforderlich, verpflichtet sich der Insolvenzverwalter nach § 20 Nr. 5 FFV1, gegen Zahlung eines angemessenen Verkehrswerts die erforderlichen Lagerbestände aufzubauen, Zugang zu Werkzeugen, Anlagen und sonstigen Betriebsmitteln einschließlich deren Unterlagen zu gewähren und kundenspezifische Betriebsmittel zu übereignen. Ausdrücklich wird im Text festgehalten: „Bei der Bestimmung des Verkehrswertes

11 BGH, Urt. v. 18.7.2012 – IX ZR 195/01, ZInsO 2012, 819.

12 *Voß*, in: Graf-Schlicker (Hrsg.) (Fn. 4), § 22 Rn. 16.

13 *Grub* (Fn. 1), S. 205, 206.

darf die Drucksituation des/der Kunden nicht werterhöhend berücksichtigt werden.“ Bei Streitigkeiten über den Verkehrswert sollen der Kunde und der Insolvenzverwalter gemeinsam einen gerichtlich bestellten und vereidigten Sachverständigen mit der Bewertung beauftragen. Immerhin kann der Insolvenzverwalter in Bezug auf die Kosten beruhigt sein, denn der Text der Vereinbarung sieht vor: „Die Kosten hat der betroffene Kunde im vollen Umfang zu tragen.“

Der Insolvenzverwalter wird sich also nolens volens diesen Gegebenheiten fügen und auch darauf verweisen können, dass der Gläubigerausschuss und die Gläubigerversammlung der Fortführungsvereinbarung zugestimmt haben.

## V. Zusammenfassung

Die Fortführungsvereinbarung der ZInsO-Dokumentation stellt eine vorausschauende detaillierte Regelung für möglichst alle denkbaren Sachverhalte dar. Demgegenüber beschränkt sich die Fortführungs- und Ausproduktionsvereinbarung in dem Verfahren des Verfassers auf eher grundsätzliche Aussagen und Regelungen der zu entscheidenden Kernfragen wie auf das Verbot der Schmälerung der Konkursmasse, den nicht begrenzten Verlustausgleich, die Kriterien der Verlustermittlung und den Zeitrahmen. Die Zeit für Verhandlungen war zudem kurz bemessen und der Entscheidungsdruck war groß, da die Produktion des schuldnerischen Betriebs aus bekannten Gründen ohne nennenswerte Unterbrechung aufrechterhalten werden musste. Weitergehende Regelungen waren i.Ü. im Hinblick auf eine übertragende Sanierung nicht geboten, da die Gesellschaftsstruktur und Standortprobleme dem entgegenstanden.

Die Regelungen der ZInsO-Dokumentation sind inhaltlich wie folgt zu kritisieren:

- soweit das Insolvenzausfallgeld zur Verminderung des zu erstattenden Verlustes herangezogen wird. Es liegt ein Verstoß gegen das Verbot der Gläubigerbegünstigung vor. Es wird aber auch gegen die Verpflichtung zur Verwertung des Vermögens verstoßen, das wie dargelegt auch das nach Marktlage gegebene Wertschöpfungspotenzial des schuldnerischen Unternehmens umfasst;
- soweit die Abschreibungen für Abnutzung der Gegenstände des Anlagevermögens bei der Ermittlung des Fortführungsaufwandes weil nicht liquiditätswirksam ausgeklammert werden. Auch hier wird gegen die Verpflichtung zur Verwertung des Wertschöpfungspotenzials verstoßen;
- soweit eine mit Zustimmung des vorläufigen schwachen Insolvenzverwalters begründete Rückzahlungsverbindlichkeit aus Vorkassezahlungen nach Anordnung der vorläufigen starken Insolvenzverwaltung vereinbarungsweise rückwirkend in eine Masseschuld umgewandelt wird.

Die quantitative Relevanz dieser Kritik im Blick auf das Quotenergebnis für die Insolvenzgläubiger kann im konkre-

ten Fall nicht beurteilt werden. Dabei wäre insbesondere an die Gläubiger zu denken, die nicht „im Boot“ der Auffanggesellschaft sitzen.

Unabhängig von der insolvenzrechtlichen Detailkritik an einzelnen Regelungen der ZInsO-Dokumentation vermittelt sie den Eindruck einer von den Kunden maßgeblich dominierten Verfahrensabwicklung. Die Gläubigerautonomie wird durch die Kundeninteressen so stark überlagert, dass ein eigenverantwortliches Agieren des Insolvenzverwalters im Interesse der Gläubiger kaum noch möglich erscheint. Die marktwirtschaftlichen Gegebenheiten vor der Insolvenz, gekennzeichnet durch eine starke Abhängigkeit des Lieferunternehmens von seinen großen Kunden, setzen sich in der Insolvenz fort: Auch in dieser letzten Phase der Existenz des Lieferunternehmens bestimmen die marktmächtigen Kunden das Geschehen. An dieser Tatsache wird sich auch in Zukunft nichts ändern. Trotzdem wird auch in diesen Fällen das Verfahrensergebnis maßgeblich davon abhängen, ob der Insolvenzverwalter sich für die Interessen der Gläubiger engagiert, umsichtig und nachhaltig einsetzt oder angepasst agiert. Die Quote von nahezu 100 % in dem Verfahren des Verfassers spricht für sich. Zweifelhaft bleibt freilich, ob die Insolvenzgerichte die Verfahrensergebnisse bei ihren Entscheidungen auch hinreichend berücksichtigen.

Immerhin bietet das Verbot der Gläubigerbegünstigung und die insolvenzrechtliche Verwertungspflicht des Insolvenzverwalters, gerichtet auf eine Realisierung des Wertschöpfungspotenzials, diesem einen argumentativen Ansatz, in Vertragsverhandlungen sehr einseitigen Erwartungen wie der verlustmindernden Anrechnung des Insolvenzausfallgeldes und der Ausklammerung der Abschreibungen entgegenzutreten. Die denkbare Vermutung, es werde eine temporäre Abhängigkeit in unbilliger Weise ausgenutzt, kann damit zugleich ausgeräumt werden.

Es kann dann ein Vertrauensverhältnis bei Wahrung der Unabhängigkeit entstehen und auf Sicherungsmechanismen wie die Einschaltung eines Treuhänders verzichtet werden, der letztlich außer einer zusätzlichen Haftungsadresse keine weitergehende effektive Absicherung bieten kann. Kooperation statt Konfrontation ist angesagt. Diesen Rat geben sogar Beratungsunternehmen, die der Automobilindustrie nahe stehen.

Die Fortführungsvereinbarung der ZInsO-Dokumentation bietet ein eindrucksvolles Bild von dem Interessenwiderstreit, dessen Ausgleich eben auch unter Beachtung der durch die InsO gesetzten Rahmenbedingungen zu suchen ist. Sie ist ein interessantes Dokument über ein Verfahren aus einem wirtschaftspolitisch kritischen Umfeld, sicher aber kein in allen Teilen überzeugendes Vertragsmuster. Als solches war sie wohl auch nicht gedacht. Als Checkliste zur Aufarbeitung und Klärung wichtiger Fragestellungen bei anstehenden Verhandlungen kann sie zweifellos eine begrüßenswerte Hilfe sein.