

Adrian Lings

Die Fortführungsvereinbarung in der Insolvenz



Nomos

Schriften zur Restrukturierung

Herausgegeben von

Prof. Dr. Stephan Madaus

Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser

Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL. M.

RA Wolfgang Zenker

Band 23

Adrian Lings

Die Fortführungsvereinbarung in der Insolvenz



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-8487-7485-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-3276-5 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Juni 2022 berücksichtigt.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem hochverehrten Doktorvater Prof. Dr. *Christoph G. Paulus*, LL.M. (Berkeley). Meine Zeit an seinem Lehrstuhl – zunächst als studentischer und anschließend als wissenschaftlicher Mitarbeiter – hat mich sehr geprägt. Fachlich erschloss sich mir aufgrund der Lehrstuhlarbeit sowie der vielen Projekte und Diskussionen das mir bis dato weitgehend unbekanntes Gebiet des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts. Es hat mich derart fasziniert, dass diese Arbeit entstand. Viel wichtiger war es aber zu sehen, wie Professor *Paulus* es daneben wie kaum ein anderer verstand, ein internationales Netzwerk aufzubauen, zu pflegen und Menschen teilweise unterschiedlichster Interessensgruppen in ein Gespräch zu bringen. Denn sein Credo, trotz notwendiger Fokussierung auf einzelne Aspekte auch immer den Blick für das große Ganze zu behalten, ermöglicht auch immer den Blick über den eigenen Tellerrand.

Prof. Dr. *Andreas Fleckner*, LL.M. (Harvard), MPA (Harvard) danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen Anregungen. *Wolfgang Zenker* danke ich dafür, dass er immer ein offenes Ohr für juristische aber auch musikalische Diskussionen hatte. Ihm sowie dem Mitherausgeber Prof. Dr. *Stephan Madaus* und der Mitherausgeberin Prof. Mag. Dr. *Nunnen-Krautgasser* danke ich zudem für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Dr. *Sven Asmussen*, LL.M. (Chicago) gilt mein ganz persönlicher Dank. Über Jahre hinweg war es immer ein Vergnügen, Streitstände mit ihm zu erörtern und verschiedenste Positionen sowie deren Auswirkung auf die Arbeit zu diskutieren. Viele wirtschaftliche Zusammenhänge wurden mir erst aufgrund dieser Diskussionen klar. Seine Verbundenheit zu Wissenschaft und Lehre hat mich immer wieder darin bestärkt, diese Arbeit zu vollenden. Daneben möchte ich auch *Caterina, Dennis, Felix, Florian, Friedrich, Katharina, Nicholas, Paulina, Robin, Roman* und insbesondere *Stephan* danken, die die Zeit am Lehrstuhl zu einer unvergesslichen gemacht haben. Dr. *Sven Prüfer*, LL.M. (Cornell) bin ich für seiner Förderung zu Beginn meiner beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt äußerst dankbar.

Vorwort

Nur durch seine motivierende Art und die mir seinerseits eingeräumten Freiräume konnte ich diese Arbeit am Ende berufsbegleitend fertig stellen.

Zu tiefstem Dank verpflichtet bin ich aber meiner Familie. Allen voran meinen Eltern, Dr. *Hannelore Göbler-Lingens* und Dr. *Karl-Heinz Lingens*, die mich meine gesamte akademische Laufbahn hindurch uneingeschränkt unterstützt und ermutigt haben. Sie haben mir letztendlich alles ermöglicht und so ist ihnen diese Arbeit gewidmet. Meiner wunderbaren Frau *Moky* und meinen beiden Töchtern *Solveig* und *Sienna* danke ich für ihr großes Verständnis, dass ich mir die Zeit zur Vollendung der Arbeit nehmen konnte. Alle drei haben mich auf eine ganz besondere Weise motiviert.

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
A. Einführung in das Thema	21
B. Darstellung am Fall	22
C. Gang der Untersuchung	24
Kapitel 1: Ökonomische Hintergründe	27
A. Schlüsselfaktoren einer Fortführungsvereinbarung	28
I. Schlüsselfaktor: Produktionswirtschaftliche Abhängigkeit	29
II. Schlüsselfaktor: Zeit	50
B. Praktische Anwendungsfälle der Fortführungsvereinbarung	52
I. Unterteilung der Volkswirtschaft in Sektoren	53
II. Relevante Sektoren für die Fortführungsvereinbarung	56
C. Ergebnis	63
Kapitel 2: Juristische Untersuchung	65
A. Rechtstatsächliches	67
I. Zeitlicher Ablauf: von der ersten Anfrage bis zum Abruf des Produkts	67
II. Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung und Fortführungszeitraum	68
III. Mögliche Beteiligte einer Fortführungsvereinbarung	69
IV. Praktische Beispiele einer Fortführungsvereinbarung	73
B. Dogmatisches	79
I. Einführung: Spannungsverhältnis zwischen Recht und Ökonomie	79
II. Juristische Einordnung des Bestellprozesses	84
III. Kautelarjuristische Schwerpunkte der Fortführungsvereinbarung	86

Inhaltsübersicht

C. Praktisches	153
I. Mögliche Haftungs- und sonstige Risiken	154
II. Risiken der Gläubiger/Kunden	172
III. Besonderheiten im Eröffnungsverfahren	181
IV. Besondere Verfahrensarten	195
V. Kartellrechtliche Risiken und Besonderheiten	198
D. Alternative	203
E. Fazit	204
Kapitel 3: Schlussbetrachtung und Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	206
A. Ökonomische Hintergründe	207
B. Rechtstatsächliches	209
C. Dogmatisches	209
D. Praktisches	211
Literaturverzeichnis	213

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
A. Einführung in das Thema	21
B. Darstellung am Fall	22
C. Gang der Untersuchung	24
Kapitel 1: Ökonomische Hintergründe	27
A. Schlüsselfaktoren einer Fortführungsvereinbarung	28
I. Schlüsselfaktor: Produktionswirtschaftliche Abhängigkeit	29
1. Eigenfertigung versus Fremdbezug	31
a) Die volkswirtschaftliche Ebene	33
aa) Coase: Transaktionskosten	34
bb) Rezeption und Entwicklung	37
b) Die betriebswirtschaftliche Ebene	42
aa) Die SWOT Analyse	43
bb) Das Fünf Kräfte Modell	44
cc) Vertikale Integration	45
(1) Allgemeines	46
(2) Schwerpunkt: Differenzierung versus Konzentration	47
c) Zusammenfassung	49
2. Zwischenergebnis	50
II. Schlüsselfaktor: Zeit	50
B. Praktische Anwendungsfälle der Fortführungsvereinbarung	52
I. Unterteilung der Volkswirtschaft in Sektoren	53
1. Stufentheorie	53
2. Sektoretheorie	54
II. Relevante Sektoren für die Fortführungsvereinbarung	56
1. Fokussierung auf die Automobilindustrie	57
a) Die wirtschaftliche Relevanz der Automobilbranche und ihrer Zulieferer	57

b) Die produktionstechnische Entwicklung der Automobilindustrie	59
2. Das Produktionssystem Just in Time / Just in Sequence	61
C. Ergebnis	63
Kapitel 2: Juristische Untersuchung	65
A. Rechtstatsächliches	67
I. Zeitlicher Ablauf: von der ersten Anfrage bis zum Abruf des Produkts	67
II. Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung und Fortführungszeitraum	68
III. Mögliche Beteiligte einer Fortführungsvereinbarung	69
1. Parteien	70
2. Gläubigerausschuss	71
3. Insolvenzgericht	72
4. Treuhänder	73
IV. Praktische Beispiele einer Fortführungsvereinbarung	73
1. Schwerpunkte der Fortführungsvereinbarung aus ZInsO 2014, 642 ff.	74
2. Schwerpunkte der Fortführungsvereinbarung ZInsO 2014, 1513	76
3. Typische Regelungsinhalte der Fortführungsvereinbarungen	78
B. Dogmatisches	79
I. Einführung: Spannungsverhältnis zwischen Recht und Ökonomie	79
1. Das Unternehmen in der Krise	80
a) Betriebswirtschaftlicher Krisenbegriff	81
b) Insolvenzzrechtlicher Krisenbegriff	82
2. Zwischenergebnis und weitere Untersuchung	83
II. Juristische Einordnung des Bestellprozesses	84
III. Kautelarjuristische Schwerpunkte der Fortführungsvereinbarung	86
1. Konditionenanpassung	87
a) Verlustausgleich	89
aa) Fortführungsverluste	90
bb) Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz	91
(1) Historische Entwicklung	92
(2) Begriff der Gleichbehandlung	95

(3) Verfahrensziel bestmögliche Gläubigerbefriedigung?	97
(4) Zwischenergebnis	99
cc) Das Institut „Insolvenzgeld“	100
(1) Ursprung und Entwicklung des Insolvenzgeldanspruchs	103
(2) Voraussetzungen	103
(3) Die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes	104
(4) Europarechtliche Betrachtung: Das (vorfinanzierte) Insolvenzgeld als zulässiges Sanierungsinstrument?	106
dd) Darstellung der Diskussion im Schrifttum	107
(1) Volker Grub	108
(2) Klaus Siemon	109
(3) Norbert Hill	113
(4) Christoph G. Paulus	115
ee) Eigene Stellungnahme	117
(1) These: Die Verwendung des (vorfinanzierten) Insolvenzgeldes zur Fertigstellung halbfertiger Produkte einzelner Gläubiger stellt eine strafbare Gläubigerbegünstigung dar	118
(2) These: Das Abschöpfen des Sanierungserfolges durch einzelne Gläubiger ist insolvenzzweckwidrig, da es gegen die insolvenzspezifische Pflicht zur Tragung sämtlicher Fortführungsverluste im Rahmen der Fortführungsvereinbarung durch die Vertragspartner verstößt	120
(3) These: Das Tatbestandsmerkmal „keine erhebliche Vermögensminderung“ beinhaltet eine insolvenzspezifische Pflicht zur Restrukturierung	126
ff) Auswirkungen auf die Vertragsklauseln	128
(1) Insolvenzgeld	128
(2) Absetzungen für Abnutzungen	129
(3) Kosten für Berater und M&A Prozess	130
gg) Zwischenergebnis	130
b) Preisanpassung	131
aa) Wucher, § 138 Abs. 2 BGB	132
bb) Wucherähnliches Geschäft, § 138 Abs. 1 BGB	133

cc) Ausnutzen von Machtpositionen	134
2. Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters bei beiderseitigen Verträgen gem. § 103 Abs. 1 S. 1 InsO	136
a) Historische Entwicklung und Dogmatik	137
aa) Das Wahlrecht des Verwalters bis 1988	138
bb) Die sogenannte Erlöschens- und Neubegründungstheorie	139
cc) Die Theorie vom Verlust der Durchsetzbarkeit	140
b) Rechtsfolge und Telos des Wahlrechts	141
c) Auswirkung auf die Fortführungsvereinbarung	142
aa) Mögliche Vertragsnaturen der Fortführungsvereinbarung	143
bb) Analoge Anwendung für Preiserhöhung und Verlustausgleich	146
cc) Konsequenzen für die Praxis	148
dd) §§ 51 ff. RegE StaRUG	150
3. Bloße Ausproduktion	151
4. Gewährleistungsrechte des Kunden	152
5. Beiderseitige Informationsrechte	153
C. Praktisches	153
I. Mögliche Haftungs- und sonstige Risiken	154
1. Haftungsrisiken des Insolvenzverwalters	155
a) Unterscheidung § 60 und § 61 InsO	156
b) Sorgfaltsmaßstab für Prognoseentscheidungen	157
c) Haftung nach § 61 InsO	160
d) Haftung nach § 60 InsO	161
e) Haftung nach allgemeinen Vorschriften	163
f) Möglichkeit der Haftungsbegrenzung	164
aa) Haftungsfreistellung	164
bb) Versicherungen	165
2. Risiken für die Geschäftsleiter und die Masse	165
a) Haftung der früheren Geschäftsleiter nach § 826 BGB	166
b) Ausübung des Wahlrechts durch den Verwalter	167
c) Die vorzeitige Betriebsstilllegung	167
d) Weggang von Arbeitnehmer	168
e) Zulieferer	169
f) Verlustprognose	171

II. Risiken der Gläubiger/Kunden	172
1. Verwendung der bereitgestellten Ressourcen entgegen den Kundeninteressen	172
a) Lösungsmöglichkeit: Das Treuhandmodell	173
aa) Mögliche Treuhandmodelle	174
(1) Das offene Treuhandkonto in der Fortführungsvereinbarung	174
(2) Das Insolvenzsonderkonto	175
bb) Das offene Treuhandkonto in der Fortführungsvereinbarung	175
b) Lösungsmöglichkeit: Errichtung von Konsignationslagern	177
2. Erwerb von belastetem Eigentum	178
3. Spätere Masseunzulänglichkeit, § 208 InsO	180
4. Zwischenergebnis	180
III. Besonderheiten im Eröffnungsverfahren	181
1. Allgemeines	181
2. Sicherungsmaßnahmen	183
3. Spezielle Risiken der Kunden im Eröffnungsverfahren	185
a) Spätere Anfechtung durch Insolvenzverwalter	186
aa) § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO	187
bb) § 131 Abs. 1 InsO	187
cc) § 132 Abs. 1 InsO	188
dd) § 133 Abs. 1 InsO	188
ee) Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters	189
ff) Bargeschäftsprivileg, § 142 InsO	190
b) Geleistete Anzahlung später nur Insolvenzforderung	191
c) Überzahlung von Abschlägen und Vorschüssen	192
4. Treuhand im Eröffnungsverfahren	193
5. Zwischenergebnis	195
IV. Besondere Verfahrensarten	195
1. Allgemeines zur Eigenverwaltung	196
2. Auswirkungen auf die Fortführungsvereinbarung	197
V. Kartellrechtliche Risiken und Besonderheiten	198
1. Kartellverbot und Ausnahmen	199
2. Vorsitzendenschreiben des BKartA vom 9.6.2020	200
D. Alternative	203
E. Fazit	204

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 3: Schlussbetrachtung und Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	206
A. Ökonomische Hintergründe	207
B. Rechtstatsächliches	209
C. Dogmatisches	209
D. Praktisches	211
Literaturverzeichnis	213

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte(r) Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternativfall
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
B.A.	Bundesagentur für Arbeit
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BR-Drs	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BT-Drs	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CRO	Chief Restructuring Officer
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DJT	Deutsche Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ebd.	ebenda
engl.	englisch
EuG	Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht Europäische Zentralbank
f.	folgend
F.A.S.	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung

Abkürzungsverzeichnis

F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GRS	Grenzrate der Substitution
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
INDAT	Datenbanken und Informationen zum Insolvenzgeschehen
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JIS	Just in Sequence
JIT	Just in Time
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
Kaug	Konkursausfallgeld
KG	Kammergericht / Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KSI	Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
Mio.	Million
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Mrd.	Milliarde
mwN.	mit weiteren/ weiterführenden Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NIÖ	Neue Institutionenökonomik
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OEM	Original Equipment Manufacturer (Erstausrüster)
OLG	Oberlandesgericht
RegE	Regierungsentwurf

resp.	respektive
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rspr.	Rechtsprechung
SAG	Sanierungs- und Abwicklungsgesetz
SanInsFoG	Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts
sog.	sogenannte
StaRuG	Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen
StGB	Strafgesetzbuch
TPS	Toyota Production System
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
USP	Unique Selling Point oder Unique Selling Proposition
VDA	Verband der Automobilindustrie
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung
VuR	Verbraucher und Recht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zivilrecht

Einleitung

A. Einführung in das Thema

Die insolvenzrechtliche Fortführungsvereinbarung ist ein Produkt global eng vernetzter Lieferketten. Im Netz solcher *Global Supply Chains* kann es sich kaum ein Akteur leisten, ohne Rücksicht auf andere Teilnehmer zu agieren. Dieses engmaschige Liefernetz gestattet es den sogenannten Erstausrüstern oder engl. *Original Equipment Manufacturer (OEM)*, aufgrund einer bis ins kleinste Detail optimierten Produktions- und Lieferkette die Kosten auf ein Minimum zu reduzieren. Die Kehrseite der Medaille ist ein außerordentliches Kostenrisiko, falls die Lieferkette reißt, nicht innerhalb von kürzester Zeit reparabel ist und die eigene Produktion pausiert werden muss.

Hierfür bedarf es nicht unbedingt einer Krise im Ausmaß der COVID-19 Pandemie, welche Anfang 2020 die gesamte Weltwirtschaft kurzzeitig zum Erliegen brachte.¹ Wie *Paulus* bereits 2015 schrieb, können faktische Hindernisse wie ein havariertes Tankmotorschiff auf dem Rhein Grund für die Unterbrechung einer Lieferkette sein.² Aber auch rechtliche Hindernisse – wie die Insolvenz eines hochspezialisierten Zulieferers – können die Lieferkette unterbrechen, sollte der gerichtlich bestellte Insolvenzverwalter die weitere Belieferung mit Teilen verweigern, die für die Produktion unverzichtbar sind.

Übernimmt der Verwalter bei dem insolventen Zulieferer die Geschäfte, hat er die Zügel in der Hand. Und so beschreibt der von *Herwegh* geschriebene Satz „*alle Räder stehen still, wenn dein starker Arm es will*“³ die Situation sehr passend. Wollte *Herwegh* den Arbeitern verdeutlichen, welche zentrale Rolle sie im Produktionsprozess spielen, ist sich der Insolvenzverwalter hingegen seiner Rolle und Bedeutung für die Lieferkette durchaus bewusst.

Denn der Abschluss einer Fortführungsvereinbarung bietet den Beteiligten die Möglichkeit, die Unterbrechung der Lieferkette zu vermeiden, bis

1 Siehe zu den unmittelbaren Reaktionen des Gesetzgebers auf die Krise *Paulus/Undritz/Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2020, 699 (699).

2 *Paulus*, ZInsO 2015, 2160 (2161).

3 „*Bundeslied für den Allgemeinen Deutschen Arbeiterverein*“, 10. Strophe, Text des zugrundeliegenden Gedichts: Georg Herwegh (1863).

eine andere Lösung gefunden ist. Dass die Parteien überhaupt bereit sind, Verhandlungen über die Vereinbarung aufzunehmen zeigt, dass die Machtverhältnisse sich im Vergleich zum Zeitpunkt, als der ursprüngliche Rahmenvertrag zwischen Zulieferer und OEM geschlossen wurde, grundlegend geändert haben.

Die Arbeit untersucht die Notwendigkeit und die Anforderungen einer solchen Fortführungsvereinbarung und wird zeigen, dass trotz harter Verhandlungen der Abschluss für alle Beteiligten einen Gewinn darstellen kann.

B. Darstellung am Fall

Ein Tier-1⁴ Zuliefererunternehmen (*Zulieferer*) beliefert seit einigen Jahren einen Erstausrüster. Ursprünglich produzierte der Zulieferer noch für diverse Automobilhersteller. Später entschied das Management, den Geschäftskontakt zu lediglich diesem OEM zu intensivieren und andere Aufträge größtenteils auslaufen zu lassen. Zwar werden vereinzelt kleinere Kunden beliefert, der Hauptumsatz des Zulieferers wird nunmehr jedoch durch den geschäftlichen Kontakt mit dem OEM aus der Automobilbranche generiert.⁵

Dabei haben sich die Parteien im Zuge von Neuverhandlungen zunächst auf ein gemeinsames Forschungs- und Entwicklungsprojekt geeinigt, an welches sich der Abschluss eines Rahmenvertrages anschloss.⁶ Während der Verhandlung dieses Vertrages lag der Schwerpunkt auf dem Stückpreis der Produkte. Aufgrund der hohen Abnahmemenge durch den OEM war der verhandelte Stückpreis trotz niedriger Gewinnmarge für den Zulieferer zunächst profitabel.⁷ Dabei konnte der Zulieferer durch seine hohe fachliche Kompetenz überzeugen: Weltweit gibt es kein anderes Unternehmen, welches zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die technische Expertise

4 Engl. „*tier*“: Ebene oder Rang; bei den Tier-1 Lieferanten handelt es sich um sogenannte Systemintegratoren, die wiederum selbst nur eine eingeschränkte Fertigungstiefe haben. Sie beziehen ihre Produkte von Komponentenherstellern, die je nach Tiefe des Fertigungslevels mit Tier-2 bis Tier-n bezeichnet werden, vgl. *Proske*, in: *Thierhoff/Müller*, Unternehmensanierung, 2016, S. 735 ff.

5 Die meisten Zulieferer stellen ein einziges Produkt her bzw. sind in einem einzigen Geschäftszweig tätig, vgl. *Oliver Wyman*, FAST 2030, 2018, S. 25.

6 Siehe hierzu S. 84.

7 Häufig hat der OEM aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit, den Zulieferer vor die Wahl zu stellen: Entweder man einigt sich zu den durch den OEM vorgegebenen Konditionen, oder es wird kein Vertrag geschlossen.

verfügt, um das Produkt kurzfristig fertigen zu können. Dies liegt zum einen daran, dass es sich um ein hochspezielles Produkt handelt. Zum anderen sind die Anforderungen an die Qualität und deren Überwachung sehr hoch, die durch den Zulieferer sichergestellt werden müssen. Durch im Rahmenvertrag vereinbarte umfassende Reporting-Pflichten versucht der OEM zudem, sich gegen Risiken wie abnehmende Qualität oder Lieferverzögerungen abzusichern. Im Zuge dessen wird ebenfalls vereinbart, dass die Werke des Zulieferers seitens des OEM durch regelmäßige Begehungen überprüft werden sollen. Als Logistik- und Produktionskonzept wählen die Parteien die sogenannte Just in Sequence-Belieferung⁸. Dies verringert die Lagerkosten auf Seiten des OEM.

Aufgrund gestiegener Material- und Personalkosten⁹ gerät der Zulieferer nach einiger Zeit in wirtschaftliche Schieflage. Eine gewisse Zeit gelingt es dem Unternehmen, weiter am Markt zu bestehen, indem es bestehende finanzielle Reserven aufbraucht. Da die Kosten aber weiterhin höher als ursprünglich kalkuliert sind und über längere Zeit kein defizitärer Geschäftsbetrieb aufrechterhalten werden kann, ist die Geschäftsleitung des Zulieferers gezwungen, bei dem zuständigen Amtsgericht als Insolvenzgericht Insolvenz anzumelden.

Das Gericht bestellt im Eröffnungsverfahren einen vorläufigen Insolvenzverwalter und bestimmt, dass Verfügungen des Schuldners über Gegenstände seines Vermögens nur noch mit dessen Zustimmung wirksam sind. Der vorläufige Insolvenzverwalter prüft die bestehenden Verträge¹⁰ und stellt fest,¹¹ dass die Aufrechterhaltung der Produktion zu den beste-

8 Eine detailliertere Beschreibung der Produktionssysteme Just in Time und Just in Sequence erfolgt auf S. 61.

9 Diese Gründe einer Krise sind exemplarisch gewählt. So kann eine wirtschaftliche Krise völlig unverschuldet durch die Insolvenz eines Zulieferers in der Lieferkette verursacht werden. Aber auch ein Missmanagement des eigenen Betriebs ist durchaus üblich – die Gründe für die wirtschaftliche Krise, seien sie selbst- oder fremdverschuldet, sind mannigfaltig.

10 Dem Insolvenzverwalter wird in aller Regel eine Einarbeitungszeit zugebilligt, deren Dauer sich nach Art und Umfang des jeweiligen Insolvenzverfahrens richtet; vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2014 – IX ZR 162/13, NZI 2014, 757 (758).

11 Wie schnell sich der vorläufige Insolvenzverwalter einarbeiten kann, ist abhängig von der Komplexität des Unternehmens und wie hoch die Bereitschaft des Unternehmens und der Belegschaft ist, mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter zusammenzuarbeiten. Auch die Bücher sind häufig nicht ordnungsgemäß geführt. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass abgesehen von den Problemen, die sich unmittelbar aus der Insolvenz des Unternehmens ergeben, der Verwalter ein fremdes Unternehmen aus einem ihm möglicherweise weniger vertrauten Geschäftszweig übernimmt. Vgl. *Gehrlein*, NZG 2020, 801 (806; 809).