

# Aktuell

## Spezial-Firmeninformation für Franchiseunternehmen

### Inhalt

#### Editorial

Consultants House GmbH  
in der „Mauser“ 1

#### RA Prof. Dr. E. Flohr:

Bedeutung des Referenten-  
Entwurfes zur Umsetzung  
der EU-Verbrauchercredit-  
richtlinie für Franchise-Verträge 2

#### Andreas Langner:

Die Internationalisierung von  
Franchise-Systemen 5

#### Burkhardt Hopf:

Die GmbH in der Krise 8

#### Armin Ring:

Sonderkonditionen für die  
Franchise-Wirtschaft bei  
staatlich geförderter Vorsorge 13

Impressum 13

Rückantwortformular 14

### Editorial

#### Consultants House GmbH in der „Mauser“

Die Mauser (lat. mutare = ändern, tauschen) steht in der Biologie für die Erneuerung des Gefieders. Im übertragenden Sinne mausert sich die Consultants House GmbH, da zwar keine neuen Federn wachsen, aber neue Aufgaben das Unternehmen verändern.

Waren wir bisher ausschließlich als Bürodienstleister tätig, so erweitert sich momentan das Aufgabenfeld der Mitarbeiter maßgeblich. Eine Spezialisierung auf Vertriebsaufgaben für Franchise-Geber ist im Gange und zwar einfach aufgrund der steigenden Zahl nationaler und internationaler Franchise-Systeme, die Hilfe für den Markteintritt in Deutschland benötigen bzw. Vertriebsaktivitäten für ihre Franchise-Nehmer bei uns einkaufen.

So gehören zum einen primäre und sekundäre Markterhebungen zu unseren neuen Aufgaben aber auch die Akquise für Franchise-Nehmer und Marketingtätigkeiten für Franchise-Geber.

Für Firmen aus dem Ausland besteht der Vorteil darin, dass ein Unternehmen vor Ort

besser den Markt untersuchen kann und eine realistische Einschätzung der Chancen für den Markteintritt liefert, als es vom Ausland aus möglich ist. Des Weiteren bieten wir auch nach wie vor den Resident Service an, der ausländischen Firmen eine erste deutsche Adresse zur Verfügung stellt, und dies nebst Büroräumen und Sekretariatsdiensten. Aber auch deutsche Firmen nehmen unsere neuen Dienste gerne in Anspruch, um ihre Schritte vor einer neuen Geschäftserweiterungen oder Filialeröffnungen durch direkte Testangebote bei der zukünftigen Zielgruppe abzusichern.

Unsere Weiterentwicklung spiegelt die Internationalisierung auf dem gesamten Markt wider. Lesen Sie zum Thema der Internationalisierung auch den Artikel von Herrn Langner von der Eckhold & Klinger Unternehmensberatung GmbH auf der Seite 5.

**Ihr Franchise-Berater-Team**  
**Consultants House GmbH**  
[kontakt@consultants-house.de](mailto:kontakt@consultants-house.de)  
[www.consultants-house.de](http://www.consultants-house.de)

### Bedeutung des Referentenentwurfes zur Umsetzung der EU-Verbraucherkreditrichtlinie für Franchise-Verträge

(von RA Prof. Dr. Eckhard Flohr, TIGGES Rechtsanwälte, Kitzbühel)

#### I.

### Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufsrecht

#### 1. Umsetzung EU-Richtlinien in nationales Recht

Die Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinie 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG Zahlungsrichtlinie ist bis

zum 31. Oktober 2009 in deutsches Recht umzusetzen. Ferner ist die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rats vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkreditrichtlinie) binnen zwei Jahren nach ihrer Veröffentlichung in deutsches Recht umzusetzen.

Die Umsetzung dieser Europäischen Richtlinien hat die Bundesregierung zum Anlass genommen, zugleich eine **Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufsrecht** vorzunehmen und gleichzeitig **neue Musterwiderrufsbelehrungen** zu erstellen, die nunmehr nicht mehr wie bisher als Anlage 2 zu § 14 der BGB- Informationspflichtenverordnung veröffentlicht werden, sondern als Anlagen 1 und 2 zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch genommen werden sollen.

#### 2. Bedeutung des neuen Rechts

Der vorgelegte Referentenentwurf zur Umsetzung dieser EU-Richtlinien ist von einschneidender Bedeutung für das Widerrufsrecht bzw. für die Belehrung von Franchise-Nehmern über das diesen ggf. zustehende Widerrufsrecht.

##### a) Derzeitige gesetzliche Regelung des Widerrufsrechts

Derzeit ist das Widerrufsrecht in § 355 BGB geregelt. Die Widerrufsfrist beträgt 2 Wochen. Entspricht die Widerrufsbelehrung nicht dem Gesetz oder ist diese nicht erfolgt, so kann der Franchise-Nehmer seinen auf Abschluss des Franchise-Vertrages gerichtete Willenserklärung zeitlich unbefristet widerrufen, wobei unterstellt wird, dass sowohl eine Bezugsbindung vereinbart worden ist als auch die Widerrufswertgrenze von derzeit EUR 50.000,00 (§ 507 BGB) nicht überschritten wird.

Soweit bei der Widerrufsbelehrung auf das amtliche Muster (Anlage 2 zu § 14 der BGB- Informationspflichtenverordnung) abgestellt wurde, war und ist eine solche Widerrufsbelehrung unwirksam. Durch die Instanzgerichte ist nämlich insoweit festgestellt worden, dass dieses amtliche Muster zur Widerrufsbelehrung entsprechend Anlage 2 zu § 14 der BGB- Informationspflichtenverordnung im Hinblick auf die Berechnung des Beginns der Widerrufsfrist nicht mit § 187 BGB vereinbar ist. Insofern hatten zum Teil die Gerichte eine auf dem amtlichen Muster basierende Widerrufsbelehrung bei Franchise- Systemen als unwirksam verworfen. Diese Verwerfungskompetenz der Gerichte hat zu einer nicht unerheblichen Rechts-unsicherheit bei Franchise-Systemen geführt.

## b) Zukünftige gesetzliche Regelung

### aa) Amtliches Muster zur Widerrufsbelehrung

Dieses Problem wird nunmehr durch die beabsichtigte Gesetzesänderung gelöst. Dadurch, dass die amtlichen Muster als Anlage 1 und 2 zum Einführungsgesetz zum BGB genommen werden, erhalten diese Gesetzesrang. Insofern trägt das beabsichtigte Gesetz im Hinblick auf die Widerrufsbelehrung zur Rechtssicherheit bei.

### bb) Vorgaben an eine Widerrufsbelehrung

Das Gesetz wird zukünftig in § 360 BGB auch zwingende Vorgaben zur Widerrufsbelehrung eines Franchise-Nehmers enthalten. Es gilt weiterhin der Grundsatz, dass die Widerrufsbelehrung deutlich gestaltet und dem Franchise-Nehmer entsprechend den Erfordernissen des eingesetzten Kommunikationsmittels seine wesentlichen Rechte deutlich gemacht werden müssen. Insofern **muss die Widerrufsbelehrung** de lege ferenda folgende **gesetzlichen Vorgaben enthalten:**

- einen Hinweis auf das Recht zum Widerruf,

- einen Hinweis darauf, dass der Widerruf keiner Begründung bedarf und in Textform oder durch Rücksendung der Sache innerhalb der Widerrufsfrist erklärt werden kann,
- Name und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist (Postfach unzureichend) und
- ein Hinweis auf Dauer und Beginn der Widerrufsfrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung oder der Sache genügt

Diese gesetzlichen Vorgaben tragen nunmehr zur Klarheit bei.

### cc) Gesetzesrang des Musters zur Widerrufsbelehrung

Entscheidend ist aber auch, dass das neue Gesetz in § 360 III BGB eine von ihrer Bedeutung her nicht zu unterschätzende Vorschrift enthalten soll. Hier heißt es im Gesetzesentwurf (**abgestimmt auf Franchise-Verträge**):

„... Die dem Franchise-Nehmer gem. § 355 III 1 BGB mitzuteilende Widerrufsbelehrung genügt den Anforderungen von § 355 I BGB und § 360 I BGB, wenn das Muster der Anlage 1 zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Textform verwendet wird. ...“

Damit wird deutlich, dass das amtliche Muster zukünftig für die Gerichte verbindlich ist.

### dd) „Eigenformulierte“ Widerrufsbelehrung

Bislang sind auch einzelne Franchise-Systeme dazu übergegangen, ggf. die Widerrufsbelehrung abzuändern. Teilweise

hat dies zu der Frage geführt, ob die Abänderungen zu einer Unwirksamkeit der Widerrufsbelehrung mit der Konsequenz einer zeitlich unbefristeten Widerrufbarkeit gem. § 355 III BGB führen. Auch hier bringt der Gesetzesentwurf Klarheit, wenn es insoweit in § 360 III 3 BGB (**abgestimmt auf Franchise-Verträge**) heißt:

„... Der Franchise-Geber darf in Format und Schriftgröße von dem amtlichen Muster zur Widerrufsbelehrung abweichen und Zusätze wie die Firma oder ein Kennzeichen des Franchise-Systems anbringen. ...“

Damit wird deutlich, dass vom Text des Musters der Widerrufsbelehrung als solchem nicht abgewichen werden darf, d.h. der Text des amtlichen Musters in Anlage 1 verbindlich ist. Wird der Gesetzesentwurf in dieser Weise umgesetzt, so liegt darin eine Rechtssicherheit für die in Deutschland tätigen Franchise-Systeme.

#### ee) Zeitlich unbefristetes Widerrufsrecht

Bislang war ein Franchise-Nehmer berechtigt, zeitlich unbefristet den Widerruf seiner auf Abschluss des Franchise-Vertrages gerichteten Willenserklärung zu erklären, wenn dieser entweder gar nicht oder nicht in zutreffender Weise über sein Widerrufsrecht belehrt wurde.

Auch hier schafft der Gesetzesentwurf Rechtssicherheit. In der im Entwurf enthaltenen neu gefassten Vorschrift des § 355 IV BGB heißt es nunmehr (**bezogen auf Franchise-Systeme**):

„... Das Widerrufsrecht erlischt spätestens 6 Monate nach Abschluss des Franchise-Vertrages. Abweichend davon erlischt das Widerrufsrecht nicht, wenn der Franchise-Nehmer nicht entsprechend den

#### Anforderungen des § 360 I BGB über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist. ...“

Da § 360 BGB auf das amtliche Muster zur Widerrufsbelehrung in Anlage 1 zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch abstellt, ist dieser Gesetzestext für Franchise-Systeme wie folgt zu lesen:

„... Abweichend von § 355 IV 1 BGB erlischt das Widerrufsrecht nicht, wenn der Franchise-Geber den Franchise-Nehmer nicht über sein Widerrufsrecht entsprechend Anlage 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch belehrt hat. ...“

Auch damit wird wieder deutlich, dass zukünftig eine **Verwendung des amtlichen Musters** (Anlage 1 zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch) **zwingend** ist. Auch dies bringt die erwartete Rechtssicherheit für Franchise-Systeme.

#### ff) Widerrufswertgrenze

Auch wenn der Bundesgerichtshof mit seinem Beschluss vom 24. Februar 2005 (NJW 2005, 1273) festgestellt hat, dass Franchise-Nehmer mit der Unterzeichnung des Franchise-Vertrages Unternehmer i.S.v. § 14 BGB werden, bestand noch immer die Notwendigkeit, bei einer durch den Franchise-Vertrag begründeten Bezugsbindung diesen über sein Widerrufsrecht zu belehren, vorausgesetzt die auf der Grundlage des Franchise-Vertrages zu tätigen Investitionen überstiegen keinen Betrag von EUR 50.000,00 (sog. „Widerrufswertgrenze“ i.S.v. § 507 BGB).

Diese Wertgrenze wird nunmehr heraufgesetzt. Zukünftig beträgt die Widerrufswertgrenze EUR 75.000,00. Nach wie vor ist aber keine wirtschaftliche Betrachtung bei Ermittlung der Widerrufs-

wertgrenze zulässig, sondern es ist streng formal auf die Vorschriften des abzuschließenden Franchise-Vertrages zu achten. Ergeben sich aus diesem Vertrag und nicht aus nachfolgenden Kauf- oder Werkverträgen keine finanziellen Verpflichtungen des Franchise-Nehmers, die über EUR 75.000,00 hinaus gehen, so ist dieser Franchise-Nehmer über sein Widerrufsrecht zu belehren, auch wenn mit Unterzeichnung des Franchise-Vertrages dessen Unternehmereigenschaft i.S.v. § 14 BGB begründet wurde.

## II.

### **Vorvertragliche Aufklärung bei Franchise-Verträgen als zukünftige gesetzliche Regelung?**

Der Gesetzesentwurf enthält im Hinblick auf Verbraucherkreditverträge auch

- **gesetzliche Vorgaben zur vorvertraglichen Aufklärung und**
- **Informationen während der Vertragslaufzeit**

Sollten diese Regelungen auch auf Franchise-Verträge anzuwenden sein, so würde dies bedeuten, dass zum einen Teilbereiche der vorvertraglichen Aufklärung bei Franchise-Verträgen gesetzlich geregelt sind, zugleich aber auch der Franchise-Geber in der gesetzlichen Verpflichtung steht, fortlaufend über Entwicklungen des Systems, insbesondere aber über wirtschaftliche Schwierigkeiten innerhalb des Systems zu berichten.

Derzeit wird man dazu tendieren können, dass diese Vorschriften zu speziell auf Verbraucherkreditverträge zugeschnitten sind, als dass diese auch analog auf Franchise-Verträge anzuwenden sind. Hier wird aber das weitere Gesetzgebungsverfahren zu beachten sein. Auszuschließen ist allerdings nicht, dass

der Gesetzgeber die Chance nutzt, die vorvertragliche Aufklärung bei Franchise-Verträgen gesetzlich zu regeln, zumal seit Neufassung des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) auch die vorvertraglichen Aufklärungspflichten beim Abschluss von Versicherungsverträgen gesetzlich geregelt sind. Dies lässt die Tendenz des Gesetzgebers erkennen, vorvertragliche Aufklärungspflichten gesetzlich zu regeln, um so Rechtssicherheit zu schaffen.

## III.

### **Inkrafttreten**

Unklar ist auch noch, wann das Gesetz insgesamt in Kraft treten wird. Nach der EU-Richtlinie reicht es aus, wenn das Gesetz zum 31. Oktober 2009 in Kraft tritt, so dass noch genügend Zeit zu einer Vorbereitung besteht.

Es sind aber auch Pläne aus dem Bundesjustizministerium bekannt geworden, dass das Recht zur Neuordnung über die Vorschriften des Widerrufsrechts bereits zum 31. Oktober 2008 (!) in Kraft treten soll. Ob dies realistisch ist, muss bezweifelt werden. Dies würde nämlich dann bedeuten, dass der Gesetzesentwurf während der parlamentarischen Ferien beraten werden müsste. Dies ist zwar möglich, aber unwahrscheinlich.

### **RA Prof. Dr. Eckhard Flohr**

TIGGES Rechtsanwälte

Gasteig Kirchdorf / Österreich

Tel.: +43 (05352) 61753-21

Fax: +43 (05352) 61753-27

[fissl@tigges-info.de](mailto:fissl@tigges-info.de)

[www.tigges-info.de](http://www.tigges-info.de)

## Die Internationalisierung von Franchise-Systemen

(von Dipl.-Volkw. Andreas Langner, Eckhold & Klinger Unternehmensberatung GmbH (BDU))

Für ein Franchise-System stellt die Expansion eine der ertragreichsten Chancen der Unternehmensentwicklung dar. Wurde im Heimatland bereits ein hoher Verbreitungsgrad erreicht, wird der Franchise-Geber in gewisser Weise in die Lage versetzt, sich durch eine erfolgreiche Expansion von der Abhängigkeit vom Heimatmarkt zu lösen. Dies mindert die Abhängigkeit von konjunkturellen Einbrüchen im Stammland im Sinne einer Risikostreuung und führt natürlich zu neuen Ertragsquellen. Einigen unserer amerikanischen und britischen Mandanten ist dies mit einem weinenden und lachenden Auge bewusst geworden, als in Großbritannien und den USA die Konjunktur und der Immobilienmarkt zusammenbrach, in Deutschland hingegen noch eine relativ positive wirtschaftliche Entwicklung gegeben war.

Aber auch dem Franchise-Nehmer kann die Partnerschaft mit einem expandierenden System schmackhaft gemacht werden. Er kann auf eine bereits etablierte Geschäftsidee mit Markterfahrung und ggf. einen auch im Expansionsland bekannten Markennamen zurückgreifen. Die Tatsache, dass er die Geschäftsidee als einer der ersten Partner in einem neuen Land „testet“, wird seitens des Franchise-Gebers oft mit Sonderkonditionen und einer intensiven Betreuung „versüßt“, die später hinzustoßenden Partnern nicht mehr zuteil wird.

### *Die Voraussetzungen*

Nicht jedes Franchise-System kann und sollte sofort den Weg ins Ausland einschlagen. Eine tragfähige finanzielle Basis und personelle Ressourcen, die den Aufbau im Zielland unterstützen, sind eine absolute Grundvoraussetzung. Eine Analyse des Zielmarktes

ist dann der erste Schritt bei einer Expansion. Hierbei empfiehlt es sich, auf einen im Zielmarkt ansässigen Berater zurückzugreifen, der auf Franchising spezialisiert ist. Der Berater wird für das Zielland eine Machbarkeitsstudie erstellen, aus der hervorgeht, ob die im Heimatland erfolgreiche Geschäftsidee auch unter den kulturellen Bedingungen (Akzeptanz des Produktes) des Ziellandes und der dortigen Marktsituation (bspw. Wettbewerb) realisierbar ist. Der expansionswillige Franchise-Geber erhält so einen Überblick über das Marktpotential im Zielland und den Umfang der notwendigen Konzeptanpassung sowie einen groben Fahrplan, wie die Expansion im Zielland ablaufen wird.

Auf der folgenden Seite sind die sechs geläufigsten Expansionsstrategien wiedergegeben.

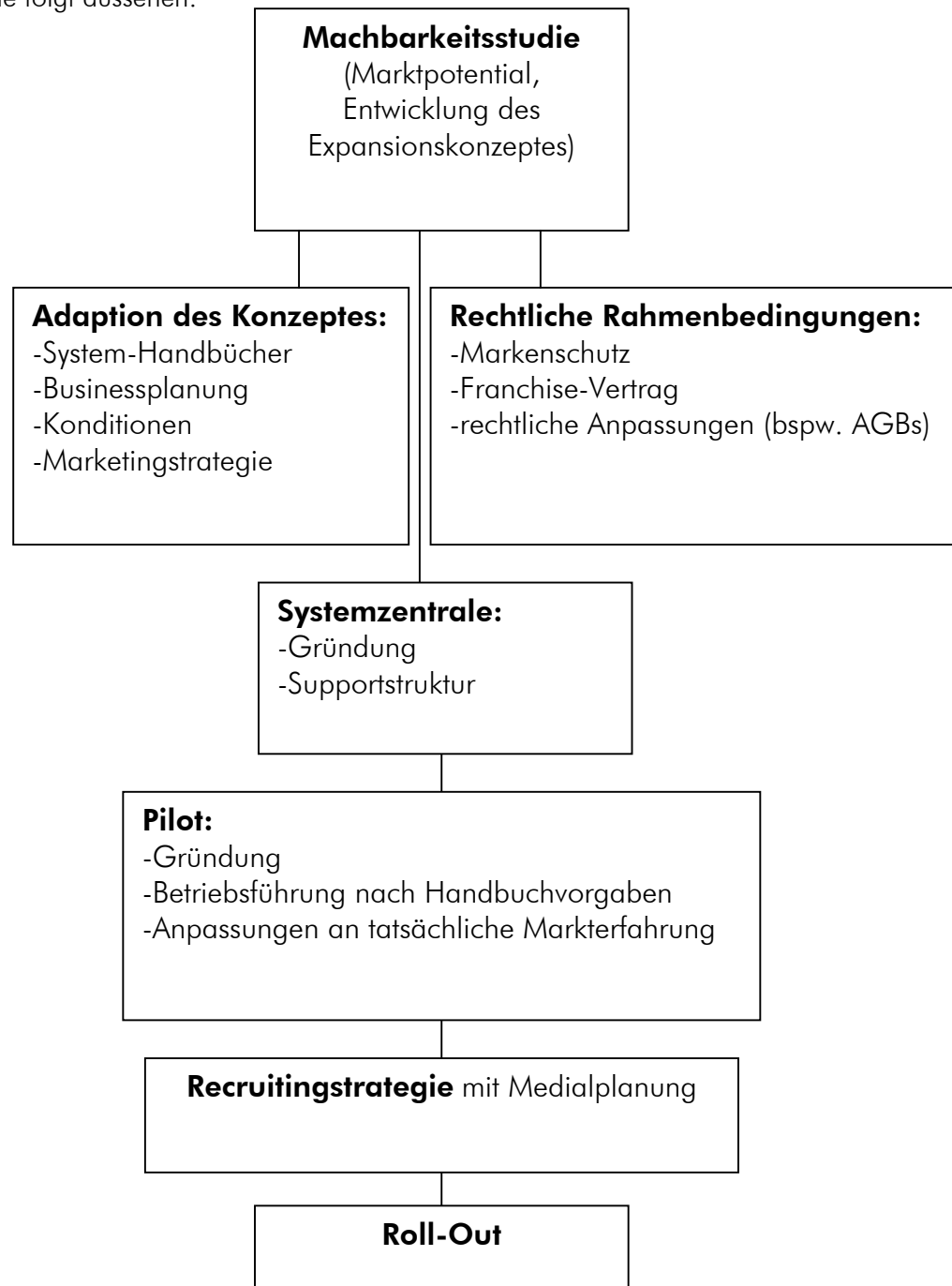
Für die Expansion selbst kommen prinzipiell 6 Möglichkeiten in Frage, die in der folgenden Übersicht wiedergegeben sind:

<b>Expansionsstrategie</b>	<b>Beschreibung</b>
Tochtergesellschaft als nationale Franchise-Zentrale	Eine Tochtergesellschaft ist Franchise-Geber für das Zielland und schließt Verträge mit den Franchise-Partnern ab; das System kann so am optimalsten gesteuert werden; aufgrund der Kostenintensität nur für Märkte mit viel Potential geeignet
Master-Franchisepartner	Das System Know-how wird an einen Master-Partner verkauft, der die Rolle des Franchise-Gebers im Zielland übernimmt und eigenständig Franchise-Verträge abschließt; die Investition aber auch die Kontrolle ist gering
Multi-Unit Franchise-Nehmer	Ein Franchise-Nehmer erwirbt die Franchiserechte für das gesamte Expansionsland, welches von ihm selbst im Rahmen eines Entwicklungsabkommens erschlossen wird; das Recht zur Vergabe von Sub-Franchising wird nicht gewährt; die Suche von Multi-Unit- Partnern ist aufgrund der hohen Investitionen für diesen schwer
Area Developer	Ein Area Developer entwickelt und betreut ein Teil-Gebiet im Expansionsland, ohne dass er Franchise-Verträge im eigenen Namen abschließt; hierbei verfügt er i.d.R. auch über einen eigenen Franchise-Betrieb; eine Area Developer Lösung funktioniert i.d.R. nicht ohne eine Systemzentrale im Zielland, diese kann jedoch schlanker gehalten werden
Direkt Franchising	Einzelne Franchise-Nehmer im Zielland werden wie Partner im Heimatland behandelt; das Management durch die Systemzentrale im Heimatland ist nur erschwert möglich (Sprachbarriere, räumliche Distanz, kein intensiver und schneller Support)
Joint Venture Partner	Eine vom Franchise-Geber und Joint Venture Partner gegründete Gesellschaft übernimmt die Franchise-Geber Funktion im Zielland; dies mindert das eigene Investitionsvolumen, schafft aber Abhängigkeit vom Joint Venture Partner

Aus Erfahrung empfiehlt es sich, eine Expansion mit einer 100%igen Tochter durchzuführen, die als Franchise-Geber im jeweiligen Zielland fungiert und den ersten Franchise-Betrieb (Pilot) selbst betreibt. Dies hat den Vorteil, dass das System im Zielland am besten gesteuert und exakt nach den Vorgaben des Systems geführt wird. Es ist

darüber hinaus die schnellste Variante, in ein Zielland zu expandieren – die Suche und Verhandlungen mit einem Master- oder Joint Venture Partner entfällt.

Das Vorgehen aus Sicht eines ausländischen Franchise-Systems, das sich auf dem deutschen Markt etablieren möchte, kann schematisch wie folgt aussehen:



Die obige Darstellung lässt sich auch auf die in der ersten Übersicht dargestellten Expansionsstrategien anwenden, jedoch sind die Zeitabläufe aufgrund der Partnersuche nicht im vorhinein bestimmbar und es müssen oft Zugeständnisse in den Verhandlungen mit

einem Partner gemacht werden, die die Abläufe verändern – u.U. zuungunsten einer optimalen Lösung.

Die Kostenintensität, die eine eigene Tochtergesellschaft mit sich bringt, kann durch eine schlanke Systemzentrale stark reduziert werden. In der kommenden



Ausgabe der „Broschüre Aktuell“ erfolgt eine Fortsetzung, die sich mit einem konkreten Beispiel einer Franchise-Systemexpansion in der Food-Branche befasst, welche auf einer schlanken Systemzentrale im Zielland basiert.

**Dipl.-Volksw. Andreas Langner  
Berater**

Eckhold & Klinger Unternehmensberatung  
GmbH (BDU)  
47918 Tönisvorst  
Tel.: 0 21 56 / 4 91 91-10  
Fax: 0 21 56 / 4 91 91-20  
[andreas.langner@eckhold-klinger.de](mailto:andreas.langner@eckhold-klinger.de)  
[www.eckhold-klinger.de](http://www.eckhold-klinger.de)

### Die GmbH in der Krise

(von STB Burkhardt Hopf, HoTax Steuerberatungsgesellschaft mbH)

Auch in der Franchisewirtschaft setzen mehr und mehr Franchise-Nehmer auf die Gesellschaftsform einer GmbH, die die persönlichen Nutzungsrechte des Franchise-Nehmers nutzen darf. Aufgrund des noch in diesem Jahr in Kraft tretenden Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und den damit verbundenen Erleichterungen zur Gründung und Ausgestaltung mit Eigenkapital (Unternehmergesellschaft ermöglicht Gründung mit einem Stammkapital von Euro 1,00) wird sich dieser Trend unseres Erachtens nach noch verstärken.

Unter diesem Aspekt gehen wir auf die Gefahren im Zusammenhang einer GmbH Gründung mit niedrigem Eigenkapital und der daraus ggf. resultierenden Problematik der Überschuldung respektive Zahlungsunfähigkeit, bzw. dem damit verbundenen verstärkten Fokus auf den Geschäftsführer (Gesellschafter-geschäftsführer) der GmbH ein.

Sofern der Fortbestand einer GmbH aufgrund Überschuldung respektive Zahlungsunfähigkeit nicht mehr uneingeschränkt angenommen werden kann,

ist es die Pflicht der Geschäftsführung sich mit dieser Thematik auseinander zu setzen. Dieser Beitrag geht diesbezüglich insbesondere auf folgende Gesichtspunkte ein:

- Gesellschaftsrechtliche Regeln zur Überschuldung und zum Kapitalersatz
- Insolvenzrechtliche Tatbestände
- Heilungsmöglichkeiten der Überschuldung
- Pflichten der Geschäftsführung

### **Allgemeine Kapitalerhaltungsvorschriften**

Nach § 30 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht ausgezahlt werden.

Sofern Zahlungen unter Verstoß gegen § 30 GmbHG geleistet wurden, sieht § 31 GmbHG folgende Regelungen vor:

- Die erhaltenen Zahlungen müssen an die Gesellschaft zurückerstattet werden (Abs. 1).
- Erfolgt die Zahlungen in gutem Glauben des Gesellschafters, können die Zahlungen nur zurückgefordert werden, wenn sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich sind (Abs. 2).
- Ist die Erstattung vom Empfänger nicht zu erlangen, haften die übrigen Gesellschafter, soweit der Betrag zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist, nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. Dies gilt auch, soweit hierbei von weiteren Gesellschaftern die entsprechenden Beträge nicht erhalten werden (Abs. 3).

### **Gesellschafterdarlehen in der Krise**

Hat ein Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft) statt dessen ein Darlehen gewährt, so kann er den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen (§ 32a Abs. 1 GmbHG). Sofern das Darlehen vor einer Krise gewährt, bei Eintritt der Krise aber stehen gelassen wurde, gilt es ebenfalls als in der Krise gewährt.

Hat ein Dritter in der Krise ein Darlehen gewährt und hat ein Gesellschafter dem Darlehensgeber eine Sicherung bestellt oder sich dafür verbürgt, kann der Darlehensgeber im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur für den Betrag Befriedigung verlangen, mit dem er bei Inanspruchnahme der Sicherung oder des Bürgen (Gesellschafter) ausgefallen ist (§ 32a Abs. 2 GmbHG).

Hat die Gesellschaft in diesem Fall das Darlehen im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag zurückgezahlt, hat nach § 32b GmbHG der Gesellschafter den zurückgezahlten Betrag zu erstatten.

Die gesetzlichen Regelungen zum Eigenkapitalersatz nach §§ 32a, 32b GmbHG gelten grundsätzlich nur im Insolvenzverfahren. Aufgrund der BGH-Rechtsprechung gelten die Eigenkapitalersatzregeln aber auch für Gesellschaften außerhalb der Insolvenz, sofern die Darlehen eine Unterbilanz oder Überschuldung abdecken.

### **Insolvenzrechtliche Tatbestände**

Insolvenzreife tritt ein bei Vorliegen von

- Zahlungsunfähigkeit und/oder
- drohender Zahlungsunfähigkeit
- Überschuldung

Wird die Gesellschaft zahlungsunfähig ist die Geschäftsführung ohne schuldhaftes Zögern verpflichtet, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Entsprechendes gilt für den Fall der Überschuldung, § 64 Abs. 1 GmbHG. In beiden Fällen sind auch Gläubiger berechtigt, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, sofern sie ein rechtliches Interesse haben, § 14 InsO.

Beim Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist nur der Schuldner berechtigt, Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, er ist hierzu nicht verpflichtet, § 18 InsO.

### **Zahlungsunfähigkeit**

Nach § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist i.d.R. anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

Zur Feststellung, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, sind die liquiden bzw. innerhalb der eines Zeitraums von etwa drei Wochen liquidierbaren Mittel den fälligen bzw. in diesem Zeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüberzustellen. Die Beurteilung, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt oder zukünftig droht, erfolgt auf der Basis eines Finanzstatus und eines hiervon ausgehend entwickelten Finanzplans. Beträgt die daraus ermittelte Liquiditätslücke mehr als 10 % der fälligen Verbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen.

Zahlungsunfähigkeit ist dann nur ausnahmsweise nicht anzunehmen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein weiteres Abwarten zumutbar ist.

Zahlungsunfähigkeit tritt i. d. R. bereits vor der Zahlungseinstellung ein. Der Tatbestand

der Zahlungsunfähigkeit berechtigt einen Gläubiger, Insolvenzantrag zu stellen. Die Geschäftsführung sollte daher in Zeiten von Zahlungsschwierigkeiten hinreichend Sorge tragen, dass keine Zahlungsunfähigkeit eintritt bzw. aufmerksam den etwaigen Übergang von der Zahlungsstockung zur Zahlungsunfähigkeit im Auge behalten.

### **Drohende Zahlungsunfähigkeit**

Nach § 16 Abs. 2 InsO droht der Schuldner zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Drohende Zahlungsunfähigkeit ist allein für den Schuldner, nicht jedoch für einen Gläubiger, ein Grund, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Es besteht keine Pflicht, Insolvenzantrag zu stellen.

### **Überschuldung**

Die Feststellung der insolvenzrechtlichen Überschuldung erfolgt nicht in der Handelsbilanz, sondern im sog. Überschuldungsstatus. Hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Folgen ist daher zwischen der (handels-) bilanziellen und der tatsächlichen Überschuldung (insolvenzrechtliche Überschuldung) zu unterscheiden.

Der Tatbestand der insolvenzrechtlichen Überschuldung verpflichtet die Geschäftsführung zur Stellung des Insolvenzantrags (§ 19 InsO, § 64 Abs. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG). Sinn dieser gesetzlichen Regelung ist der Gläubigerschutz durch Vorverlagerung des Insolvenzantrags vor den Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit.

### **Bilanzielle Überschuldung**

Ist das bilanzielle Eigenkapital aufgezehrt und ist auf der Aktivseite der Bilanz ein "nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag" gemäß § 268 Abs. 3 HGB auszuweisen, liegt eine bilanzielle Überschuldung vor. Die bilanzielle Überschuldung führt nicht zur

Insolvenzantragspflicht. Gleichwohl indiziert eine bilanzielle Überschuldung eine insolvenzrechtliche Überschuldung. Bei Vorliegen einer bilanziellen Überschuldung ist daher zu prüfen, ob auch insolvenzrechtlich eine Überschuldung vorliegt.

### **Insolvenzrechtliche Überschuldung**

Nach § 19 Abs. 2 InsO liegt Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Ist dies nicht der Fall, sind Liquidations- bzw. Zerschlagungswerte im Überschuldungsstatus anzusetzen.

Die Feststellung, ob insolvenzrechtlich eine Überschuldung vorliegt, ist im Rahmen einer zweistufigen Überschuldungsprüfung durchzuführen.

#### **Erste Stufe:**

Beurteilung der Überlebensfähigkeit des Unternehmens (Fortbestehensprognose).

#### **Zweite Stufe:**

Aufstellung eines Überschuldungsstatus auf der Basis der Einschätzung bei der Fortbestehensprognose.

Diesem Status sind je nach dem Ergebnis der Fortbestehensprognose entweder Zerschlagungswerte (Liquidationswerte) oder Fortführungswerte zugrunde zu legen.

### **Fortbestehensprognose**

Eine Fortbestehensprognose beinhaltet eine begründete Aussage darüber, ob das Unternehmen nachhaltig seine geschäftlichen Aktivitäten unter Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen fortführen kann. Es ist folglich die Überlebensfähigkeit des Unternehmens unter Berücksichtigung der Zahlungsfähigkeit zu beurteilen. Grundlage

hierfür ist die Aufstellung eines Finanzplans. Die Fortbestehensprognose ist regelmäßig für einen Zeitraum von 1 bis 2 Jahren aufzustellen.

- **Positive Fortbestehensprognose**

Diese setzt die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens voraus. Dies ist der Fall, wenn nach der Finanzplanung das finanzielle Gleichgewicht im Prognosezeitraum gegeben bleibt oder wieder erreicht wird. Gleichwohl ist die Überschuldungsprüfung auch bei einer positiven Fortbestehensprognose noch nicht beendet. Es ist nunmehr ein Überschuldungsstatus aufzustellen, da auch bei positiver Fortbestehensprognose eine insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegen kann.

- **Negative Fortbestehensprognose**

Ergibt sich bei der Fortbestehensprognose aus der Finanzplanung für den Prognosezeitraum eine finanzielle Unterdeckung, so ist die Fortbestehensprognose negativ. Ob Insolvenzantragspflicht besteht, wird aber nicht bereits jetzt, sondern auch erst nach Aufstellung des Überschuldungsstatus beurteilt.

### **Überschuldungsstatus nach dem Ergebnis der Fortbestehensprognose**

Die handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsvorschriften gelten für die Aufstellung des Überschuldungsstatus nicht. Das heißt, es sind grundsätzlich nicht die Buchwerte, sondern die Zeitwerte anzusetzen. Welche Wertansätze im Einzelnen maßgebend sind, bestimmt sich grundsätzlich danach, ob die Fortbestehensprognose positiv oder negativ ist.

- **Überschuldungsstatus bei negativer Fortbestehensprognose**

Das Vermögen und die Schulden sind grundsätzlich unter Liquidationsgesichtspunkten anzusetzen und zu bewerten, d. h. maßgeblich sind die Werte, die im Wege der kurzfristigen Veräußerung erzielt werden können. Wertbestimmender Faktor ist auch der zeitliche Horizont der Veräußerung der einzelnen Vermögenswerte. Falls überlebensfähige Unternehmensteile veräußert werden können, ist daher insoweit auch die Bewertung nach dem Going-Concern-Ansatz (siehe unten) denkbar. Unternehmensteile können dann überlebensfähig sein, wenn es sich um Geschäftssparten handelt, die organisatorisch verselbständigt werden können und eigenständig am Markt auftreten können.

- **Überschuldungsstatus bei positiver Fortbestehensprognose**

Ist die Fortbestehensprognose positiv, erfolgt der Wertansatz der Vermögenswerte und Schulden nach Zeitwerten und nach dem Going-Concern-Ansatz. Das bedeutet, dass bei der Bewertung von einer planmäßigen Nutzung und Behandlung der Vermögensgegenstände und Schulden im Rahmen der normalen Unternehmenstätigkeit auszugehen ist. Beispielsweise ist beim Anlagevermögen davon auszugehen, dass es nicht kurzfristig veräußert, sondern entsprechend der eigentlichen Zweckbestimmung für die Unternehmensabläufe über die vorgesehene Nutzungsdauer genutzt wird. Im Vorratsvermögen kommt bei langfristiger Fertigung

der Ansatz von noch nicht realisierten Gewinnen in Betracht.

### **Heilungsmöglichkeiten der Überschuldung**

Neben der Zuführung von Eigenkapital durch die Gesellschafter bieten sich insbesondere folgende Möglichkeiten zur Heilung einer Überschuldung an:

#### **Rangrücktrittserklärung**

Forderungen eines Gesellschafters an eine GmbH in der Krise sind in der Regel als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren, §§ 32a, 32b GmbHG. Diese Umqualifizierung in sog. funktionales Eigenkapital hat zur Folge, dass der Gesellschafter-Gläubiger während der Dauer der Krise seine Forderungen gegen die Gesellschaft nicht durchsetzen darf. Die Verbindlichkeiten dürfen mithin nicht getilgt werden. Zu beachten ist, dass Gesellschafterdarlehen mit dem Eintreten der Krise nicht erlöschen und nicht statutarisches Eigenkapital werden. D.h. Gesellschafterdarlehen bleiben trotz des Rückzahlungsverbots auch im Überschuldungsstatus passivierungspflichtig. Um im Überschuldungsstatus jedoch die Passivierung als Verbindlichkeit zu vermeiden, bietet sich die Abgabe einer Rangrücktrittserklärung an. Der Gläubiger kann Gesellschafter (Regelfall) oder Drittgläubiger sein.

Bei einer Rangrücktrittserklärung vereinbart der Gläubiger mit dem Schuldner, dass ersterer mit seinen Forderungen hinter sämtliche anderen Gläubiger zurücktritt, bis das Unternehmen wieder Überschüsse erzielt bzw. keine Überschuldung mehr gegeben ist. Dies bedeutet, dass das Unternehmen die betreffenden Schulden nur aus zukünftigen Gewinnen, aus einem Liquidationsüberschuss oder nach Überwindung der Krise aus einem sonstigen Vermögen, welches die Schulden übersteigt, begleichen kann. Die Rangrücktrittserklärung ist kein Forderungsverzicht. D. h., die zugrunde liegende Verbindlichkeit ist weiterhin in der

"normalen" Handelsbilanz und auch in der Steuerbilanz zu bilanzieren und zu bewerten. Da Gesellschafterdarlehen in der Krise regelmäßig als eigenkapitalersetzend anzusehen sind und daher einem gesellschaftsrechtlichen Rückzahlungsverbot unterliegen, sind Rangrücktrittsvereinbarungen bei Gesellschafterdarlehen ein probates Mittel.

#### **Forderungsverzicht ohne Besserungsabrede**

Bei einem Forderungsverzicht erklärt der Gläubiger den endgültigen Verzicht auf die Forderung (bei verzinslichen Forderungen inkl. Zinsen) an die Gesellschaft.

#### **Forderungsverzicht mit Besserungsabrede**

Bei einem Forderungsverzicht mit Besserungsabrede verzichtet der Gläubiger (Gesellschafter oder Dritter) auf seine Forderung unter der Voraussetzung, dass das Unternehmen bei besserem Geschäftsgang in späteren Jahren einen Teil seines Gewinns den Gläubigern zu Verfügung stellt, um damit die Verbindlichkeiten inkl. etwaiger Zinsen wieder aufleben zu lassen und zwar auch rückwirkend.

#### **Pflichten der Geschäftsführung bei Eintritt in die Insolvenz**

Nach § 64 Abs. 1 GmbH-Gesetz hat die Geschäftsführung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 3 Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, wenn Sanierungsbemühungen innerhalb dieser drei Wochen nicht zum Erfolg geführt haben. Dies gilt sinngemäß, wenn die Gesellschaft überschuldet ist. Sofern die Geschäftsführung von einer Bestandsgefährdung ausgehen muss, bzw. nicht ohne weiteres von der Fortführung des Unternehmens ausgehen kann, müssen die gesetzlichen Vertreter eine eingehende Fortführungsprognose zu erstellen.

Von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit kann ausgegangen werden, wenn

- das Unternehmen in den letzten Geschäftsjahren nachhaltige Gewinne erzielt hat
- die finanziellen Mittel nicht ausgeschöpft sind
- keine bilanzielle Überschuldung droht

Für den Tatbestand der Insolvenverschleppung genügt die Erkennbarkeit der Insolvenzreife für die Geschäftsführer, wobei ein entsprechendes Verschulden vermutet wird. Diese Vermutung kann die Geschäftsführung dadurch widerlegen, dass sie mit begründeten Anhaltspunkten eine positive Fortbestehensprognose überzeugend darlegt. Wenn unter Ansatz von Fortführungswerten keine Überschuldung besteht, darf das Unternehmen weiterbetrieben werden. In einem etwaigen Rechtsstreit wegen potentieller Insolvenverschleppung hat die Geschäftsführung die Darlegungslast einer positiven Fortbestehensprognose für den Beginn der Insolvenzantragspflicht. Die Geschäftsführung trägt ferner die Beweislast für die im Rahmen der Darlegung der positiven Fortbestehensprognose vorgetragenen Tatsachen ebenso wie für fehlende Erkennbarkeit eines Insolvenzgrundes.

### **Burkhardt Hopf**

(Diplom BW, Steuerberater)

HoTax Steuerberatungsgesellschaft mbH

47918 Tönisvorst

Tel.: 02156 4919191

Fax: 02156 4919190

[info@hotax.eu](mailto:info@hotax.eu)

[www.hotax.eu](http://www.hotax.eu)

## Gastbeitrag

**Aus aktuellem Anlass finden Sie hier einen Beitrag zu den neuen Sonderkonditionen der Allianz für Mitglieder des Deutschen Franchise Verband e.V.:**

### Sonderkonditionen für die Franchise-Wirtschaft bei staatlich geförderten Vorsorge

(von Armin Ring, Versicherungskaufmann)

Als Selbständige/r können Sie jährlich bis zu 20.000 Euro steuermindernd in die Basis-Rente einzahlen. Der Steuervorteil zieht auch bei beherrschenden Geschäftsführer-Gesellschaftern einer GmbH (GGF) und AG-Vorständen. Das angesammelte Kapital ist Hartz IV bzw. ALG II sicher und Insolvenzgeschützt. Schließlich sind Beiträge für Basis-Renten mit einem bis 2025 jährlich steigenden Anteil steuerlich abziehbar: Beim Start 2006 lag der Anteil bei 62%, im Jahr 2008 beträgt der abziehbare Anteil 66% des Beitrages. Bis 2025 erhöht er sich weiter um jeweils 2%-Punkte.

Der Deutschen Franchise Verband e.V. hat Sonderkonditionen für Verträge mit der Allianz AG vereinbart. Damit werden Ihnen Top-Konditionen und professionelle Beratung beim Marktführer angeboten. Die Allianz bietet Lösungen für die Bereiche Versicherung, Vorsorge und Vermögen. Die Sonderkonditionen gelten insbesondere für die betriebliche und private Altersvorsorge, für Berufsunfähigkeits-, Kranken- sowie die meisten Sachversicherungen.

Beispiel: Im Vergleich zu konventionellen Vertragsabschlüssen erhalten die Mitglieder des DFV, ihre Franchisepartner und deren Mitarbeiter eine Mehrleistung bei Ablauf von bis zu 7%. Das bedeutet z.B. bei 210,-Euro Monatsbeitrag und 30-jähriger Laufzeit eine um 11.000,- Euro höher ausfallende Kapitalzahlung bei Ablauf des Vertrages.

Bundesweiter Ansprechpartner für diese Sondervereinbarung ist ausschließlich die Allianz Generalvertretung Armin Ring. Das

vorrangige Ziel der Beratung ist zunächst eine Reduzierung der Kosten: So spart ein Franchise-Partner beispielsweise bei der Entgeltumwandlung Lohnnebenkosten. Oder die private Versorgung des Unternehmers erfolgt steuerbegünstigt.

**Armin Ring**

Versicherungskaufmann  
Allianz Generalvertreter

38442 Wolfsburg

Tel: 05362 64553

Fax: 05362 64594

[armin.ring@allianz.de](mailto:armin.ring@allianz.de)

[www.allianz-ring.de](http://www.allianz-ring.de)

Impressum

Herausgeber und Redaktion:

Consultants House® GmbH

Gut Groß-Lind

Kehner Weg 144

47918 Tönisvorst

Tel.: 02156-4 9191-0

Fax: 02156-4 9191-60

Alle Informationen wurden mit größter Sorgfalt aufbereitet, für Irrtümer und Unterlassungen kann jedoch keine Haftung übernommen werden. Ein Teil der verwendeten Namen sind geschützte Handelsnamen und/oder Warenzeichen der jeweiligen Hersteller.

## Antwortfax/E-Mail



Fax: 02156-4 91 91 60 oder Email [kontakt@consultants-house.de](mailto:kontakt@consultants-house.de)

Gut Groß-Lind  
Kehner Weg 144  
47918 Tönisvorst

### Wir bitten um Kontaktaufnahme im Zusammenhang mit:

- Referentenentwurf EU-Verbraucherkreditlinie f. Franchise-Verträge
- Die Internationalisierung von Franchise-Systemen
- Die GmbH in der Krise
- Sonderkonditionen für die Franchise-Wirtschaft bei staatl. geförderter Vorsorge

Firma:

Straße:

PLZ, Ort:

Tel.:

Fax:

Ansprechpartner:

Funktion: