

fen. Es würden letztlich die übrigen Gläubiger des Schuldners bevorteilt durch sein rechtswidriges und unwirksames Handeln.

Andererseits kann freilich immer argumentiert werden, der Gesetzgeber der InsO habe sehr wohl alle Gläubiger des Schuldners einbinden wollen, bspw. auch Unterhaltsgläubiger, die gewöhnliche Insolvenzgläubiger sind. Verwerfliches Verhalten des Schuldners sei nur durch die Privilegierung deliktischer Forderungen in der Restschuldbefreiung mit § 302 Nr. 1 InsO berücksichtigt.

#### IV. Schlussbemerkungen

Bei rechtswidrigen und gar kriminellen Handlungen des Schuldners im Vorfeld der Insolvenz ist die Rechtsstellung des Geschädigten unsicher und für diesen selbst – der verständlicherweise für insolvenzrechtliche „Haarspalterei“ wenig übrig hat –, nicht verständlich. Der Geschädigte ist mit seinen berechtigten Ansprüchen etwa auf Rückzahlung einer geleisteten Einlage Insolvenzgläubiger, hinsichtlich bereits ausgezahlter Scheingewinne bei Anlagegeschäften unterliegt er der Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO. Ob er auch hinsichtlich einer vor Insolvenzeröffnung erfolgten Rückzahlung seiner Einlage der Anfechtung unterliegt, ist noch nicht geklärt. Zu bejahen wäre es mit dem einfachen Argument, dass er voll geschäftsfähig und rechtswirksam diese an den Schuldner geleistet hatte und nun die Konsequenzen der Insolvenz tragen muss.

### Der Wert der Marke in der Insolvenzpraxis

von Dr. Anke Nestler, Frankfurt/M.\* und Professor Dr. Manfred Hunkemöller, Dortmund\*\*

*Über das Vermögen eines international bekannten Markenartikelunternehmens wird ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt. Die Rechte an der Handelsmarke sind als Sicherheit an ein Kreditinstitut abgetreten. Der Bank liegt aus alten Zeiten ein Markenwertgutachten vor. Dieses beziffert den Wert der Marke auf rd. 15 Mio. €. Dieses Absonderungsrecht allein scheint das Engagement abzusichern.*

*Trotz intensiver Bemühungen des vorläufigen Insolvenzverwalters findet sich für den Geschäftsbetrieb der Schuldnerin kein Erwerber. Eine Betriebsfortführung nach Verfahrenseröffnung ist im Interesse der Gläubiger nicht vertretbar. Lediglich für die Marke gibt es einen einzigen Interessenten.*

*Dieser bietet für das gewerbliche Schutzrecht 125.000 € und vertritt die Auffassung, ein sachgerechtes Angebot unterbreitet zu haben. Die Bankvertreter sind entriestet, der Verwalter irritiert. Soll er scheinbar unter Wert verschleudern oder eher zuwarten, bis sich ein besseres Angebot ergibt?*

#### I. Viele unterschiedliche Bewertungsverfahren

In der Literatur sowie in der Praxis existiert eine Vielzahl von unterschiedlichen Bewertungsmethoden. Regelmäßig veröffentlichte, sog. Markenrankings, gaukeln der Öffentlichkeit immer wieder riesige Markenwerte vor. Letztlich führt die Praxis nach wie vor eine Diskussion darüber, ob

Erfolgte aber die Leistung an den Schuldner seinerseits unwirksam und konnte wie im Beispielfall dargestellt der nachmalige Gläubiger als minderjähriges Kind das Handeln seines gesetzlichen Vertreters gar nicht beeinflussen, geschweige denn verhindern, stellt sich die Frage der Anfechtbarkeit einer vorinsolvenzlichen Rückzahlung.

Betrachtet man die rechtlich unwirksame Leistung aus dem Kindesvermögen als nicht vollwertig in das Schuldnervermögen übergegangen, fehlt es für eine Anfechtbarkeit an der notwendigen Gläubigerbenachteiligung. Die frühere Rechtsprechung des BGH gibt hierfür einige Anhaltspunkte. Auch das Anfechtungsrecht selbst, das vielfach eine „haftungsrechtliche“ Betrachtungsweise favorisiert, ohne die Einheitstheorie des frühen Konkursrechts aufnehmen zu wollen, lässt eine Gläubigerbenachteiligung fehlen, wenn das Geleistete nicht wirksam oder – im Fall der §§ 987, 989 BGB – nur auf juristischen Umwegen zum Schuldner gelangte.

Die Verneinung einer Insolvenzanfechtung wegen mangelnder Gläubigerbenachteiligung müsste folgerichtig aber auch dazu führen, dass der Insolvenzverwalter die Ansprüche etwa des minderjährigen Kindes gleich einer Masseverbindlichkeit voll befriedigen muss. Ob das auch bei geschädigten Anlegern in Betrugsfällen gilt, ist fraglich; immerhin haben sie aus freiem Willen – und nicht selten in der Erwartung unrealistisch hoher Renditen – ihr Geld gegeben.

eher verhaltensorientierte oder finanzorientierte Markenbewertungsmethoden zu einem richtigen Ergebnis führen. Teilweise gibt es auch intensive Bemühungen, diese beiden Ausrichtungen miteinander zu verbinden. Ein einheitlicher „Standard“ hat sich bislang nur für die rein finanzorientierten Bewertungsverfahren herausgebildet. Erhebliche Unterschiede in den Wertbandbreiten ergeben sich hier aller-

\* Dr. Anke Nestler, ö.b.u.v. Sachverständige für Unternehmensbewertung sowie für die Bewertung immaterieller Vermögenswerte (IHK Frankfurt/M.) ist geschäftsführende Gesellschafterin der VALNES Corporate Finance GmbH, eine auf Bewertungen spezialisierte Gesellschaft.

\*\* Prof. Dr. Manfred Hunkemöller ist Leiter des Fachbereichs Sanierungs- und Insolvenzmanagement an der ISM International School of Management, Geschäftsführender Gesellschafter der GIVA Gesellschaft für Industriebewertungen m.b.H. & Co. KG sowie ö.b.u.v. Versteigerer (IHK Dortmund).

dings bei den Prämissen, die den Bewertungen zugrunde liegen.

Für die Bewertung von Marken unter Insolvenzbedingungen gibt es bis heute weder Standards noch spezifische Bewertungsannahmen: Die Literatur hat dieses Thema bislang nicht einmal aufgegriffen. In der gutachterlichen Praxis ist zu beobachten, dass oftmals zu hohe Werte analytisch abgeleitet und durch fehlende Erfahrung der Gutachter über die Besonderheiten einer Insolvenz die Prämissen nicht realitätsnah austariert werden.

Generell ist festzustellen, dass sich der immaterielle Vermögensgegenstand „Marke“ auch nur schwer eindeutig von anderen immateriellen Vermögensgegenständen wie z.B. dem Mitarbeiter-Know-how sowie den übrigen Vermögensgegenständen abgrenzen lässt. Was schreibt der Insolvenzverwalter daher in das Masseverzeichnis unter der Rubrik Gewerbliche Schutzrechte? Erinnerungswert = 1 €. Andere Anhaltspunkte lassen sich intuitiv auch kaum ableiten, da selbst erstellte, immaterielle Vermögenswerte einem Aktivierungsverbot unterliegen.

Im Rahmen einer mehrjährigen, empirischen Studie der Verfasser wurden die tatsächlich erzielten Kaufpreise für Markenrechte in Insolvenzfällen untersucht. Teilweise lagen in diesen Verfahren sogar Wertgutachten zu den Markenrechten vor. Dabei wurden von den unter going-concern-Bedingungen ermittelten Werten in Liquidationsfällen Kaufpreise zwischen 5 % (worst case) und 25 % (best case) realisiert. So wird von den Bewertern oftmals nicht berücksichtigt, dass sich unter Insolvenzbedingungen der realisierbare Kaufpreis für eine Marke mit Zunahme der Verfahrensdauer quasi exponentiell verringert.

## II. Dilemma für die Insolvenzverwalter

Es ist zu beobachten, dass bekannte Marken einen nur eingeschränkten Wertverlust durch ein Insolvenzverfahren erfahren, sofern diese vor Antragstellung positiv von den Konsumenten wahrgenommen wurden und der Geschäftsbetrieb im Insolvenzverfahren fortgeführt werden kann. Dass die Gesellschaft hinter der Marke einmal pleite war, vergessen die Konsumenten offensichtlich dann doch nach kurzer Zeit. Beispiel Märklin: Solange die Fans kaufen können, ist es ihnen egal, ob die Firma einmal insolvent war. Und das Gleiche am Beispiel Knirps: Solange der Regenschirm klein in die Tasche passt und im Notfall vor schlechtem Wetter schützt, ist die Krise des ursprünglichen Unternehmens längst vergessen.

Kein Erwerber eines Geschäftsbetriebs legt dem Insolvenzverwalter im Rahmen einer übertragenden Sanierung seine betriebswirtschaftliche Planung der nächsten 3 Jahre auf den Tisch, damit dieser evtl. den Wert der Marke im Rahmen eines den Standards entsprechenden, kapitalwertorientierten Bewertungsverfahrens ermitteln lassen kann.

Die Interessenten wollen die Marke zwar unbedingt erwerben, jedoch nur sehr wenig bis nichts dafür bezahlen. Sie

betrachten häufig die Übertragung der Markenrechte als kostenlose Beigabe. „This is of no value for us“, um einen ausländischen Bieter im Rahmen von Verkaufsverhandlungen zu zitieren. Dabei ist die Marke aus objektiver Sicht ein wesentlicher Erfolgsfaktor für zukünftige Geschäftsaktivitäten.

In der Insolvenzpraxis wird häufig ein „Goodwill“ ausgehandelt. Dies ist ein undefinierter Mehrerlös über dem von der eingeschalteten Verwertungsgesellschaft ermittelten Liquidationswert der zu übertragenden Aktiva. Dieser „Goodwill“ beinhaltet (u.a.) grds. alle immateriellen Vermögensgegenstände – Kundenbeziehungen, gewerbliche Schutzrechte, etc. – und repräsentiert im Grunde den Verhandlungserfolg des Insolvenzverwalters. Aber kann man wirklich von einem Erfolg sprechen, wenn keinerlei Bewertungsgrundlage vorhanden ist, an der sich der Verwalter orientieren kann?

Eine besonders kritische Situation tritt ein, wenn der Geschäftsbetrieb nicht fortgeführt werden kann. Dann verliert die Marke als singuläres Verkaufsobjekt oftmals sehr schnell an Wert. Potenzielle Erwerber könnten auch darauf spekulieren, dass die Marke vom Markt verschwindet und daher der Markt zwischen den verbleibenden Wettbewerbern aufgeteilt werden kann. Hier ist dem Insolvenzverwalter anzuraten, so schnell wie möglich dieses Asset bestens zu bewerten, denn nicht mehr beworbene Marken verfügen über eine relativ geringe Halbwertszeit.

## III. Bewertungsmethoden in Insolvenzverfahren

Dem Erwerbsinteressenten eines insolventen Geschäftsbetriebes darf grds. eine nachhaltige Gewinnerzielungsabsicht unterstellt werden. Gleichwohl legt erfahrungsgemäß kein Erwerber seine subjektive Erwartungshaltung an zukünftige Erträge, die er mit der Marke zu erzielen glaubt, dem Verwalter gegenüber offen.

Bei Maschinen und Anlagen, der BGA und sowie den Vorräten argumentiert der Insolvenzverwalter in den Verkaufsverhandlungen auf Basis neutraler Sachverständigengutachten.

Bei den zum Verkauf stehenden Marken steht der Insolvenzverwalter argumentativ hingegen oft mit leeren Händen da. Das muss aber nicht sein. Denn auf Basis eines solide erstellten Markenwertgutachtens kann er seine Verhandlungsposition auch in diesem Bereich deutlich verbessern. Und die benannten Limitationen im Zusammenhang mit der Bewertung von Marken in Sondersituationen können von hierauf spezialisierten Experten kompensiert werden.

Zur Quantifizierung des kommerziellen Wertes einer Marke kann auf anerkannte, finanzorientierte Bewertungsmethoden, z.B. hilfsweise auf die langjährige, durchschnittliche Umsatzrendite der jeweiligen Branche, abgestellt werden.

Auch das angestrebte Umsatzvolumen lässt sich näherungsweise bestimmen, da der Erwerber mit seinem Konzept naturgemäß dem Verwalter gegenüber darlegt, mit welchen

sonstigen Aktiva und welcher Anzahl und Qualität von Mitarbeitern er den Geschäftsbetrieb fortführen will.

Diese sowie weitere Parameter können in eine „Distressed-Brand-Value-Bewertung“ einfließen. Diese gibt dem Insolvenzverwalter unter Berücksichtigung unterschiedlicher Szenarien für die Verkaufsverhandlungen eine realistische Markenbewertung an die Hand.

Ein guter Argumentationswert in solchen Verhandlungen ist die Kalkulation einer klassischen „make-or-buy-Situation“. Ein Erwerber kann sich oft sehr gut selbst ausrechnen, was ihn die „Reproduktion“ des Assets „Marke“ kosten würde. Und die Übertragung der Markenrechte ist oft eine notwendige Bedingung, um einen Geschäftsbetrieb weiterführen zu können.

Wird der Geschäftsbetrieb hingegen nicht fortgeführt, sollte die Marke schnellstmöglich im Wege einer öffentlichen Versteigerung oder eines schriftlichen Bieterverfahrens veräußert werden, damit überhaupt noch ein positiver Kaufpreis erzielt werden kann. Als Plattform eignen sich hier u.a. die einschlägigen Fachmagazine und Online-Auktionshäuser. Den Wert der Marke bestimmt dann das höchste Kaufangebot. Dabei kann erfahrungsgemäß nur in den seltensten Fäl-

len und bei besonders einprägsamen Marken ein signifikanter Verkaufserlös erzielt werden.

In der Insolvenzpraxis wird die aktive Vermarktung der gewerblichen Schutzrechte bisher oft stiefmütterlich behandelt. Dabei könnte hier mit geringem Aufwand eine Massemehrung erzielt werden.

#### IV. Das Ende der Geschichte

Zwei Jahre nach Verfahrenseröffnung wurden übrigens im oben dargestellten Beispiel die Markenrechte für 25.000 € veräußert. Selbstverständlich mit Zustimmung der Bank, die in der Zwischenzeit desillusioniert war.

Nach weiteren 5 Jahren werden inzwischen wieder Produkte unter dem ehemals bekannten Markennamen vertrieben. Der Konsument hat vergessen, dass die alte Firma einmal pleite war. Dieser kauft, weil er die Marke von früher noch kennt. Jetzt ist sie sicherlich wieder mehr wert. Allerdings hat der neue Investor hier auch signifikante Investitionen getätigt. Diesen Aufwand darf man bei neu belebten Marken aus der Insolvenz aus der Retrospektive nicht unberücksichtigt lassen.

## Rechtsanwaltskosten als Auslagen: Von der institutionellen Zwangsverwaltung zur Vertragsverwaltung

### Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 2.7.2009 – V ZB 122/08, ZInsO 2009, 1662

von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenzrecht/Zwangsverwalter Dr. Karsten Förster, Frankfurt/O.

Diese Entscheidung erschliesst sich schon durch den amtlichen Leitsatz:

*„Honorare eines vom Zwangsverwalter beauftragten Rechtsanwalts müssen im Vergütungsfestsetzungsverfahren wie Auslagen im Sinne von § 21 Abs. 2 Satz 1 ZwVwV abgerechnet werden. Daneben kann der Verwalter die Auslagenpauschale gemäß Satz 2 beanspruchen.“*

Aus der Begründung ist die Intention ersichtlich: Dem die jährliche Rechnungslegung prüfenden Rechtspfleger soll ein Instrument an die Hand gegeben werden, der Sache oder der Höhe nach „unberechtigte“ Anwaltsgebühren gegen die festzusetzende Vergütung des Zwangsverwalters zu verrechnen. Der Senat schlägt eine Brücke zur Insolvenzverwaltung und führt aus:

*„Der Insolvenzverwalter muss im Rahmen seines Vergütungsfestsetzungsantrages aufführen, für welche Fachleute er Entgelte aus der Masse entnommen hat, und das Insolvenzgericht ist berechtigt und verpflichtet zu überprüfen, ob deren Beauftragung gerechtfertigt war. Kommt es zu dem Ergebnis, dass die Einschaltung Externer nicht erforderlich war, kann es die festzusetzende Vergütung um den zu Unrecht aus der Masse entnommenen Betrag kürzen (BGH, Beschl. v. 11.11.2004 – IX ZB 48/04).“*

Letzteres mag dahinstehen – es dürfte wohl niemand auf die Idee kommen, im Rahmen der Vergütungsfestsetzung des Insolvenzverwalters dessen Advokaturkosten als dessen Auslagen festsetzen zu wollen. Es handelt sich im Insolvenzverfahren vielmehr um Masseverbindlichkeiten, die der Insolvenzverwalter regulär begründet und die im Rahmen der Schlussrechnung der Prüfung durch das Insolvenzgericht unterliegen.

In der Zwangsverwaltung sind die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung keine Masseverbindlichkeiten, sondern Ausgaben der Verwaltung. Wenn man die ohnehin gegebene Kontrollbefugnis des prüfenden Rechtspflegers in der Zwangsverwaltung unterstreichen will, dann kann man die insolvenzrechtliche Konstellation auf die Zwangsverwaltung übertragen: Im Rahmen der *Rechtmäßigkeitskontrolle* wird die Einschaltung von Anwälten im Nachhinein ohnehin überprüft.