

MAYER | BROWN

JULY 2023

UMGANG MIT LIEFERANTEN
IN DER KRISE

DEALING WITH SUPPLIERS
IN CRISIS



UMGANG MIT LIEFERANTEN IN DER KRISE

In vielen Branchen kann die Lieferkette eine Vielzahl von Unternehmen und Jurisdiktionen umfassen. Im derzeitigen Wirtschaftsklima ist es nicht ungewöhnlich, dass einzelne Lieferanten innerhalb dieser Lieferkette in finanzielle Schwierigkeiten geraten oder ein Insolvenzverfahren beantragen. Dies kann erhebliche Auswirkungen auf ein Unternehmen haben, wenn sein Geschäft von einem in Not geratenen Lieferanten abhängig ist und kein alternativer oder zusätzlicher Lieferant gefunden werden kann (und die Produktion nicht ins eigene Haus geholt werden kann) oder eine alternative Beschaffung aus anderen Gründen nicht möglich ist, wie z. B. aufgrund von Genehmigungsverfahren für Teile/Rohstoffe, Prüfungen, Zoll usw.

DEALING WITH SUPPLIERS IN CRISIS

In many industries, the supply chain can involve multiple suppliers and jurisdictions. In the current economic climate, it is not unusual for a supplier within the supply chain to encounter financial distress or even to enter into formal insolvency proceedings. This can have a significant impact on a company if its business depends on a distressed supplier and an alternative or additional supplier cannot be found (and production cannot be brought in house) or an alternative sourcing is not possible for other reasons, like part/raw material approval process, testing, customs etc.

Ist es dem von den Lieferungen abhängigen Unternehmen nicht möglich, den betreffenden Lieferanten umgehend durch einen anderen Lieferanten zu ersetzen, der die Produkte rechtzeitig in gleicher Quantität und Qualität liefern kann, kann dies dazu führen, dass das Unternehmen nicht in der Lage ist, die eigene Produktion aufrecht zu erhalten und die eigenen Kunden fristgerecht zu beliefern. Dies dürfte vor allem regelmäßig dann der Fall sein, wenn es sich bei den betreffenden Produkten nicht um „Massenprodukte“, sondern um kundenspezifische Produkte handelt. Bei kundenspezifischen Produkten, beispielsweise in der Automobilindustrie, kann die Überleitung der Produktion auf einen neuen Lieferanten nach unserer Erfahrung oft nur innerhalb eines Zeitraums von mindestens 6-12 Monaten erfolgen, weil unter anderem erneute Qualitätsprüfungen erfolgen müssen und Testchargen etc. produziert werden müssen, um sicherzustellen, dass die Produkte des neuen Lieferanten den geltenden Qualitätsanforderungen und Standards entsprechen. Gerade in Just-In-Time Branchen wie der Automobilindustrie kann ein Lieferausfall innerhalb kürzester Zeit verheerende Auswirkungen haben. Aber auch in anderen Branchen können die finanziellen Schwierigkeiten eines Lieferanten die eigene Geschäftstätigkeit erheblich stören und massive Schäden verursachen. Möglicherweise entstehen Schäden aufgrund von höheren Sicherheitsbeständen auch erst zeitversetzt.

If the company relying on deliveries cannot replace the distressed supplier with an alternative one that is able to supply the company in a timely manner with products of the same quality and quantity, this can cause an interruption of the company's ongoing production, as well as longer delivery lead times. This is more likely to be an issue when the relevant products are not commodities but rather customized products. By way of example, with respect to customized products in the automotive industry and based on our experiences, the transfer of production to a new supplier can oftentimes only be achieved within a period of at least 6-12 months because, among other things, it is necessary to carry out new quality tests and to produce test batches, etc., to ensure that the new supplier's products meet the applicable quality requirements and standards. Especially in just-in-time industries, such as the automotive industry, supply interruptions can dramatically affect business operations within a very short time. But also in other industries, financially distressed suppliers can significantly disrupt a company's business and cause massive damages. It is possible that damages may only appear time delayed due to higher safety stocks.

Kurzfristige Folgen einer verzögerten Lieferung können (i) die Auslösung von in den Kundenverträgen des Unternehmens vereinbarte Vertragsstrafen sowie (ii) signifikanten Schadensersatzforderungen der eigenen Kunden sein. Der wohl eindrucklichste Fall ist der Produktionsstillstand bei einem Automobilhersteller, der innerhalb eines Tages bereits einen hohen sechsstelligen Euro-Schadensbetrag erreichen kann.

Darüber hinaus kann das Erfordernis, die Belieferung auf andere Lieferanten umzustellen, zu höheren Beschaffungskosten führen, die möglicherweise nicht auf den Kunden umgelegt werden können und die oft ohnehin schon enge Marge schmälern. Der zusätzliche Aufwand, der mit jedem Lieferantenwechsel verbunden ist, wie Kosten der Ausschreibung und Verhandlung, Zertifizierungs- und Prüfungsprozesse, Anpassungen in der Lieferkette, Werkzeugkosten etc., ist ergänzend zu berücksichtigen. Langfristige Risiken können sowohl ein allgemeiner Reputationsverlust als auch der Verlust von Kunden sein. Soweit Letzteres vielleicht vermieden werden mag, drohen zumindest mögliche härtere vertraglichere Regelungen in zukünftigen Verträgen mit den Kunden.

Nachfolgend sollen verschiedene Möglichkeiten für einen gezielten und vorbereiteten Umgang mit Lieferanten in Krisensituationen aufgezeigt werden, mit denen die vorgenannten Risiken vermindert werden können.

Short-term consequences of supply delays may lead to the triggering of (i) contractual penalties in the company's customer contracts, as well as (ii) significant damage claims against the company by its customers. A notable example of this is the disruption of an automobile manufacturers' production, which, based on our experiences, can cause losses of six-figure euro amounts within one day.

In addition, the need to re-source production from another supplier may lead to higher procurement costs, which it may not be possible to pass onto customers (thus reducing the often already-tight margin). The additional expenditures, which are associated with each change of supplier, such as costs of tendering and negotiating, certification and testing processes, adjustments in the supply chain and tooling costs, are also to be taken into account. Long-term risks may be both, loss of reputation and loss of customers. To the extent that the latter can be avoided, at the very least there is the looming threat of potentially tougher contractual clauses in future agreements with the customers.

In the following, we highlight various ways to address situations where a supplier encounters financial distress, in order to minimize the aforementioned risks.

ANZEICHEN EINER (DROHENDEN) KRISE DES LIEFERANTEN

Grundsätzlich kann die finanzielle Krise eines Lieferanten in zwei Stadien unterteilt werden: (1) vorinsolvenzliches Stadium, (2) vorläufiges und formales Insolvenzverfahren. Die nachfolgende Übersicht beschränkt sich auf das vorinsolvenzliche Stadium.

Bereits vor einer möglichen oder tatsächlichen Insolvenz sind die Anzeichen drohender finanzieller Schwierigkeiten des Lieferanten oft in vielfältiger Hinsicht erkennbar. Zwar muss nicht jedes der nachfolgend beispielhaft aufgelisteten Anzeichen zwangsläufig einen Hinweis auf finanzielle Schwierigkeiten darstellen, jedoch lohnt sich ein näherer Blick auf den jeweiligen Lieferanten, wenn eines oder mehrere der nachfolgenden Ereignisse auftreten:

- Lieferant bittet um Vorauszahlungen oder um eine sonstige Anpassung der Vertragsbedingungen;
- Lieferant bittet darum, Zahlungen direkt an seine Unterlieferanten zu leisten;
- Häufige Wechsel im Management;
- Lieferant reagiert zögernd oder überhaupt nicht beim Auftreten von Schwierigkeiten;
- Verspätete Lieferungen;
- Qualitätsprobleme;
- Pressemitteilungen oder Gerüchte am Markt über eine finanzielle Notlage;
- Neue Sicherheiten/Refinanzierung; oder
- Verkauf von Unternehmensteilen/Schließung von Standorten.

Ein ständiger Dialog mit den Lieferanten ist von entscheidender Bedeutung.

INDICATIONS OF AN (IMPENDING) CRISIS OF THE SUPPLIER

In principle, the financial crisis of a supplier can be divided into two stages: (1) pre-insolvency stage, and (2) preliminary insolvency and final insolvency proceedings. The following overview is limited to the pre-insolvency stage.

There are often many ways to detect early warning signs of a supplier's impending financial difficulties, even before a potential or actual insolvency filing. Although the indicators listed below as examples do not necessarily indicate financial difficulties, the occurrence of one or more of these events may mean that it is worth investigating the relevant supplier:

- Supplier requests advance payments or any other kind of adjustment to the contractual terms;
- Supplier requests payments to be made directly to its subcontractors;
- Frequent changes in management;
- Supplier is stalling or does not react upon the occurrence of difficulties;
- Delayed deliveries;
- Product quality issues;
- Press or market rumors of financial distress;
- New security/refinancing; or
- Selling off parts of business/closing sites.

Maintaining an ongoing dialogue with suppliers is critical.

RISIKOMANAGEMENT KRISENPLANUNG

In jedem Fall sollten sich Unternehmen, deren eigene Geschäftstätigkeit von einem oder mehreren Lieferanten wesentlich abhängig ist, auf mögliche Krisenszenarien vorbereiten. Hierzu gehört, jeden Lieferanten und die mit diesem für das Unternehmen einhergehenden finanziellen und rechtlichen Risiken im Falle eines Ausfalls eingehend zu analysieren. Eine frühzeitige Untersuchung und Berücksichtigung dieser Fragen ist entscheidend.

Im Rahmen dieser rechtlichen und finanziellen Due-Diligence-Prüfung sollte das Unternehmen in Bezug auf jeden Lieferanten Folgendes berücksichtigen:

- Identifizierung des spezifischen Lieferantenunternehmens innerhalb der Lieferantengruppe.
- Erhält das Unternehmen Unterstützung von Dritten, etwa mittels einer Garantien (z. B. durch eine Muttergesellschaft) oder eine Leistungsbürgschaft?
- Beachtung der vertraglichen Verpflichtungen gegenüber Lieferanten (z. B. Mindestabnahmepflichten).
- Beachtung von Zahlungsbedingungen.
- Beachtung von Kündigungsrechten (und Sicherstellung, dass die für den Vertrag zuständigen Personen Nachweise über mögliche Verstöße des Lieferanten aufbewahren, die zu einem Kündigungsrecht führen könnten, und dass nicht auf Verstöße verzichtet wird).
- Wann geht das Eigentum an den Produkten vom Lieferanten auf das Unternehmen über?
- Feststellung, ob das Unternehmen Ansprüche aus früheren Lieferungen hat, die mit laufenden Zahlungen verrechnet werden könnten.

RISK MANAGEMENT CONTINGENCY PLANNING

In any event, a company which is heavily dependent upon one or more suppliers should carry out a contingency planning exercise. This will include a detailed examination of each supplier and the associated financial and legal consequences for the company of any default. Early investigation and consideration of these issues is key.

As part of this legal and financial due diligence, in respect of each supplier, the company should include the following:

- Identify the specific supplier company within the supplier group.
- Does the company have the benefit of third-party support, such as a guarantee (e.g. from a parent company) or a performance bond?
- Note the contractual commitments to the supplier (e.g. minimum purchase requirements).
- Note the payment terms.
- Note the termination rights (and ensure that those managing the contract retain evidence of any potential breaches by the supplier which might give rise to a right to terminate and that no breaches are waived).
- When does title in the products pass from the supplier to the company?
- Determine whether the Company has any claims arising from previous supplies which could be set off against current payments.

- Wer hat das Eigentum an Produktdesigns, Daten und Zertifikaten, und verfügt das Unternehmen über Kopien davon (im Wesentlichen hat das Unternehmen Zugang zu den Informationen, die es benötigt, um die bereits gelieferten Produkte weiter zu verwenden und gegebenenfalls einen Ersatzlieferanten zu beauftragen)?
- Welche vertraglichen Verpflichtungen hat das Unternehmen gegenüber seinen Kunden (und welche Vertragsstrafen sind gegebenenfalls vorgesehen)?

REAKTIONSMÖGLICHKEITEN AUF FINANZIELLE NOTLAGEN VON LIEFERANTEN

Neben den vorgenannten Schritten, die darauf abzielen, Frühwarnzeichen einer potenziellen finanziellen Notlage des Lieferanten zu erkennen, einen ständigen Dialog mit dem Lieferanten zu führen und eine finanzielle und rechtliche Überprüfung vorzunehmen, muss das Unternehmen Alternativen zu seinen bestehenden Liefervereinbarungen in Betracht ziehen. Hierzu gehört:

- Anpassung der Vertragsbedingungen;
- Kündigung des Liefervertrages; oder
- Unterstützung des Lieferanten.

Nachfolgend sollen die vorgenannten Möglichkeiten näher erläutert werden.

Sowohl nach englischem, als auch nach deutschem Recht ist in jedem Fall zu prüfen, ob Gründe vorliegen, nach denen ein später für den Lieferanten bestellter Insolvenzverwalter die avisierten Maßnahmen anfechten könnte.

- Who has title to product designs, data and certificates and does the company have copies of these (in essence, does the company have access to the information which it would need to continue to use the products which have already been delivered and, if necessary, to retain a replacement supplier)?
- What are the company's contractual commitments to its customers (and any relevant penalties)?

REACTING TO SUPPLIER FINANCIAL DISTRESS

In addition to the above steps aimed at detecting the early warning signs of potential supplier financial distress, maintaining an ongoing dialogue with the supplier and carrying out a financial and legal review, the company will need to consider alternatives to its existing supply arrangements, such as:

- Adjustment of the contractual terms;
- Termination of the supply agreement; or
- Support of the supplier.

These options are explained below in greater detail.

In each case, as a matter of English and German law, consideration needs to be given to the grounds upon which any step may be susceptible to challenge by any insolvency officeholder which is subsequently appointed in respect of the supplier.

ANPASSUNG DER VERTRAGSBEDINGUNGEN

In aller erster Linie bietet sich die Möglichkeit, die Anpassung von Zahlungszielen zu vereinbaren. So wäre zum Beispiel denkbar, ein Zahlungsziel von bisher z. B. 60 Tagen auf 14 Tage oder in Ausnahmefällen sogar auf 0 Tage umzustellen. Hierdurch kann dem Lieferanten früher Liquidität zugeführt und der Leistungsaustausch in der Regel in ein sogenanntes „Bargeschäft“ umgewandelt werden. Nach deutschem Recht ist ein solches Bargeschäft im Falle einer späteren Insolvenz des Lieferanten durch den Insolvenzverwalter schwieriger anfechtbar. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass, soweit die einzelnen Lieferungen durch den Lieferanten unter einem Rahmenliefervertrag stattfinden, eine Anpassung der Liefer- und Zahlungsbedingungen durch einen späteren Insolvenzverwalter anfechtbar sein können. (Weitere Einzelheiten zu den Anfechtungsrechten siehe: zu [Deutsches Insolvenzrecht](#))

Sofern sich die Parteien auf eine Verkürzung des Zahlungsziels einigen, besteht die Möglichkeit im Gegenzug (zusätzliche) Sicherheiten seitens des Lieferanten zu verlangen. Nach englischem und deutschem Recht ist auch hier zu beachten, dass die Gewährung einer solchen zusätzlichen Sicherheit im Falle einer späteren Insolvenz durch den Insolvenzverwalter anfechtbar sein kann. Nach deutschem Recht gilt gleiches, zwar nicht generell, aber unter bestimmten Voraussetzungen auch für Zahlungen oder gewährte Sicherheiten durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter. Daher ist gerade für den Fall, dass im Stadium eines vorläufigen Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Lieferanten weiterhin ein Leistungsaustausch stattfindet, Vorsicht geboten.

ADJUSTMENT OF CONTRACTUAL TERMS

First and foremost, the payment terms of the supply agreement can be adjusted. Thus, it might be conceivable, for example, to convert a 60-day payment term to a 14-day payment term or in some exceptional cases even to a 0-day payment term. This would provide the supplier with earlier liquidity and could generally transform the exchange of services into a so-called “cash transaction”. As a matter of German law, such a cash transaction is more difficult to be challenged by the insolvency administrator in case of a subsequent insolvency of the supplier. Nonetheless, it should be noted that when deliveries of a supplier are made under a framework agreement, an adjustment of delivery and payment terms may still be challenged by a future insolvency administrator. (For further details on challenge rights, see [German Insolvency Law](#))

If the parties mutually agree to shorten the payment term, there is a possibility to request (additional) security from the supplier in return. As a matter of English and German law, it should also be noted here that such additional security may be challenged by the insolvency officeholder in case of a subsequent insolvency. As a matter of German law, the same applies, perhaps not generally but under certain conditions, in the case of payments or collateral granted by a preliminary insolvency administrator. Therefore, even during the stage of preliminary insolvency proceedings over the assets of the supplier, the contractual relationship should only be continued with caution.

Nach deutschem Recht hat ein Unternehmen, welches seine Bereitschaft zur Vorleistung signalisiert, ein Leistungsverweigerungsrecht, gemäß § 321 BGB (sog. Unsicherheitseinrede), wenn nach Abschluss des Vertrages erkennbar wird, dass ein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Dieses Leistungsverweigerungsrecht entfällt jedoch, wenn die Gegenleistung bewirkt oder eine Sicherheit für sie geleistet wird. Die Unsicherheitseinrede ist üblicherweise eine Einrede, die von dem vorleistungspflichtigen Lieferanten gegenüber dem Zahlungsschuldner geltend gemacht wird. In Einzelfällen kann sie gleichwohl in der Lieferantensituation von Nutzen sein.

KÜNDIGUNG DES LIEFERVERTRAGES

Hinsichtlich der Kündigungsmöglichkeiten kommt es auf den konkreten Vertragsinhalt an. Eine vorzeitige Kündigung gegenüber dem Lieferanten kann je nach Vertragsinhalt Schadensersatzansprüche gegenüber dem Unternehmen auslösen, vor allem wenn Mindestabnahmen oder eine bestimmte Mindestlaufzeit des Vertrages vereinbart sind.

Regelmäßig sind in Verträgen außerordentliche Kündigungsmöglichkeiten oder Verzugstatbestände vorgesehen, die zu einem Kündigungsrecht führen. Bei deren Gestaltung und Ausübung ist allerdings Vorsicht geboten.

As a matter of German law, if a company indicates its willingness to pay the supplier in advance, it has the right to refuse performance (the so-called uncertainty defence) in accordance with Sec. 321 German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch "BGB") if it becomes apparent after the conclusion of the contract that the claim for consideration is at risk due to the inability to perform on the part of the supplier. This right to refuse payment is, however, not applicable where the consideration is effected or a security granted. The uncertainty defence is usually a plea which is made by the supplier being obliged to perform in advance vis-à-vis its debtor. In individual cases, it can nevertheless be beneficial for the debtor in the supplier situation.

TERMINATION OF THE SUPPLY AGREEMENT

As regards termination rights, these depend on the specific context of the agreement. Subject to the terms agreed upon, an early termination may entitle the supplier to claim damages against the company, especially in cases where the contract provides for a minimum quantity or a minimum term.

Usually, agreements provide for exceptional termination rights or events of default giving rise to a right to terminate. Such terms should be drafted and exercised with care.

Nach deutschem Recht und in Einklang mit der BGH-Rechtsprechung sind Vertragsklauseln, die ein außerordentliches Kündigungsrecht aufgrund der Stellung eines Insolvenzantrages oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gewähren, unwirksam. Anknüpfungspunkte für eine Kündigung sollten daher unabhängig von einem Insolvenzscenario sein. Hier kämen beispielsweise der Verzug mit der Leistung, die Verschlechterung der Vermögenswerte des Lieferanten oder die Verletzung sonstiger wesentlicher Vertragspflichten oder aber die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen über das Vermögen des Lieferanten in Betracht.

Nach englischem Recht gibt es kein entsprechendes Verbot, da sich das Verbot nur auf die Kündigung durch den Lieferanten und nicht durch den Kunden bezieht.

UNTERSTÜTZUNG DES LIEFERANTEN

Das Unternehmen kann auch verschiedene Formen der finanziellen und/oder betrieblichen Unterstützung des Lieferanten in Betracht ziehen. Die Strukturierung einer solchen Unterstützung ist oftmals umstandsbezogen, die folgenden Formen werden jedoch häufig verwendet:

FINANZIELLE UNTERSTÜTZUNG

Eine finanzielle Unterstützung kann sein:

- Abnahmezusicherungen oder kurzfristige Lagerauffüllungen;

As a matter of German law, according to the case law of the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof), contractual clauses that provide for an exceptional right to terminate the contract in the event of the filing of an insolvency petition, or the commencement of insolvency proceedings, are void. Thus, termination rights should not be related to an insolvency scenario. Instead, the termination should be linked to other causes, such as delayed performance, deterioration in the assets of the supplier or the violation of other material contractual obligations, or the initiation of enforcement measures against a supplier.

Under English law, there is no equivalent prohibition, as the prohibition relates only to termination by a supplier and not by a customer.

SUPPORTING THE SUPPLIER

The company may also wish to consider different forms of financial and/or operational support for the supplier. Whilst the structuring of such support is fact specific, the following are often used:

FINANCIAL SUPPORT

Financial support may be:

- Off-take assurances or short-term stock replenishments;

- Änderungen der Zahlungsbedingungen, beispielsweise in Form von zeitlich begrenzten Preiserhöhungen, der Vornahme von Vorauszahlungen oder von Voll- statt Teilzahlungen. Ebenso, wie bereits ausgeführt, wäre eine Verkürzung der Zahlungsziele denkbar. Ein derartiges Entgegenkommen kann sich das Unterstützung leistende Unternehmen durch Garantien, die Übertragung von Eigentum oder durch andere Sicherheiten, wie beispielsweise Anzahlungs-, Erfüllungs- oder Gewährleistungsbürgschaften, bzw., im Rahmen des englischen Rechts, durch die treuhänderische Verwaltung von Vorschüssen (soweit sie nicht vom Lieferanten im Rahmen seines täglichen Cashflows benötigt werden) absichern lassen. Häufig ist in solchen Fällen der Lieferant jedoch nicht in der Lage, Schutz zu gewähren bzw., soweit er dazu in der Lage ist, kommt jedenfalls eine spätere Anfechtung durch den Insolvenzverwalter in Betracht;
- Bereitstellung von Produktionsmaterial oder direkter Einkauf von Rohstoffen für den Lieferanten. Zu denken wäre hier beispielsweise an das zur Verfügung stellen eigener Werkzeuge oder Maschinen oder den direkten Einkauf (und die Bezahlung) von Produktionsmaterialien, welche der Lieferant für die Produktion benötigt. In solchen Fällen sollte sichergestellt sein, dass die entsprechend bereitgestellten Materialien (und zur Verfügung gestellte Werkzeuge und Maschinen) separat gelagert und eindeutig als Eigentum des unterstützenden Unternehmens markiert sind, entsprechende schriftliche Abreden einschließlich Lagerplänen und Inventarlisten vorhanden sind und die Verträge entsprechende Verarbeitungsklauseln enthalten;
- Modifying payment terms, providing, for instance, for temporary price increases, advance payments or full instead of partial payments. Similarly, as noted above, reducing the payment terms may also be considered. In such cases, it may be possible for the company to obtain protection through the provision by the supplier of security, third-party guarantees, transfer of ownership or other collateral, pre-payment or performance bonds or warranty guarantees or, in an English law context, the holding of any advances on trust (to the extent that they are not required by the supplier as part of its day-to-day cash flow). In many cases, however, the supplier is unable to provide protection and, to the extent that it is able to do so, it may be susceptible to challenge by an insolvency officeholder;
- Providing production materials or direct purchasing of raw materials for the supplier. For instance, this could take place by providing the supplier with the company's own tools or machinery or direct purchasing (and paying for) of production materials that are necessary for the supplier's production. In such cases, it should be ensured that the materials so provided (and tools and machinery made available) are stored separately and clearly labelled as the property of the supporting company. Additionally, appropriate written agreements, including storage plans and inventories, should be in place and the agreements should include relevant processing clauses;

- Übernahme von Verbindlichkeiten des Lieferanten, beispielsweise durch unmittelbare Zahlung von Verbindlichkeiten des Lieferanten gegenüber dessen Unterlieferanten in Erfüllung der eigenen Verbindlichkeiten dem Lieferanten gegenüber. Dies mag zwar attraktiv sein (insbesondere wenn das Eigentum an den Materialien jedenfalls bis sie vom Lieferanten im Rahmen des Produktionsprozesses benötigt werden, auf das Unternehmen übergeht), ist aber nach deutschem Recht i. d. R. anfechtbar. In diesem Zusammenhang hat der BGH in einer bedeutsamen Entscheidung die Möglichkeit einer insolvenzfesten Ausgestaltung mittels einer Dreiparteienvereinbarung zwischen Abnehmer, Lieferanten und dessen Unterlieferanten eröffnet. Diese Vereinbarung muss vor dem Leistungsaustausch und sogar vor Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der entsprechenden Ansprüche getroffen worden sein;
- Gewährung von Darlehen oder Vereinbarung von Stillhalteabkommen in Bezug auf bestehende Forderungen gegen den Lieferanten. Die Darlehen sollten dabei, sofern möglich, durch Garantien, Eigentumsübertragung oder sonstige Sicherheiten gesichert sein, auch wenn diese ggf. durch einen Insolvenzverwalter anfechtbar sind;
- Erklärung eines Verzichts auf eine Aufrechnung gegenüber dem Lieferanten mit eigenen Forderungen, beispielsweise aus gewährten Rabatten oder Boni; und/oder
- Zahlung an den Lieferanten zur Unternehmensfortführung und teilweiser Übernahme der Verluste des Lieferanten.
- Assumption of supplier's liabilities, for example, by paying supplier's subcontractors directly. This approach of paying the supplier's subcontractor in fulfilment of one's own obligations vis-à-vis the supplier may be attractive (particularly if title to the materials passes to the company at least until such time as they are required by the supplier as part of the production process). However, as a matter of German law, it is usually subject to avoidance rights. In this context, the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) has, in an important decision, set out possible exceptions to the usual insolvency avoidance rights if the direct payment is documented through a tripartite agreement between the customer, the supplier and the supplier's subcontractor. This tripartite agreement must be concluded prior to the exchange of services and even prior to the due date and enforceability of the respective claims;
- Granting of loans or conclusion of standstill agreements with respect to existing claims against the supplier. In this regard, loans should, where possible, be secured by guarantees, transfer of ownership or other collateral, even if these are possibly subject to avoidance rights of an insolvency administrator;
- Granting of a waiver of the right to set off against its own existing claims, such as claims based on discounts and rebates; and/or
- Payment to the supplier for continuation of the business and partial assumption of the supplier's losses.

OPERATIVE UNTERSTÜTZUNG

In operativer Hinsicht kann eine Unterstützung vor allem darin bestehen, dem Lieferanten bei seiner Geschäftstätigkeit zur Seite zu stehen. In Betracht kommen hier insbesondere:

- Eine Unterstützung des Lieferanten bei Verhandlungen mit anderen Gläubigern und/oder Endkunden, wobei jedoch darauf geachtet werden sollte, dass nicht nach außen der Eindruck erweckt wird, dass das Unternehmen den kriselnden Lieferanten vertritt oder gar über ihn bestimmt, da ansonsten eine Haftung aus faktischer Geschäftsführung droht;
- Die Unterstützung bei der Suche nach Investoren;
- Der Abschluss von Verträgen zur Unternehmensführung (z. B. durch Betriebsführungsvereinbarungen); oder
- Der Erwerb von Anteilen an der Gesellschaft.

GRENZEN EINER UNTERSTÜTZUNG DES LIEFERANTEN

Bei der Überlegung, ob dem Lieferanten finanzielle oder operative Unterstützung gewährt werden soll, sind folgende Punkte zu beachten:

- Zunächst muss sich das unterstützende Unternehmen darüber bewusst sein, dass es bei entsprechender Unterstützung zu einem Gläubiger des Lieferanten wird und derartige Forderungen im Fall eines Insolvenzverfahrens größtenteils verloren sein können, soweit keine Sicherheiten bestehen oder diese durch den Insolvenzverwalter angefochten werden;

OPERATIONAL SUPPORT

In terms of operational support, this could mainly consist of assisting and supporting the supplier's business activities. More specifically:

- Supporting the supplier in negotiations with other creditors and/or end customers (whilst being clear that the company does not represent or control the supplier, as this may lead to liability based on de facto management);
- Assisting in the search for investors;
- Concluding agreements on corporate governance (e.g., management agreements); or
- Acquisition of shares in the company.

LIMITS TO SUPPORTING THE SUPPLIER

When considering whether to provide financial or operational support to the supplier, it is important to have regard to the following points:

- Firstly, the supporting company must be aware that, by providing respective support to the supplier, it becomes a creditor of the supplier and that such claims may be largely lost in the event of insolvency proceedings if there is no collateral or if the support is challenged by the insolvency administrator;

- Des Weiteren muss nach deutschem Recht sichergestellt werden, dass die Unterstützungshandlungen nicht die Grenze zur Beihilfe zur Insolvenzverschleppung oder Anstiftung zur Gläubigerbegünstigung überschreiten, oder dass die Übernahme von Tätigkeiten für den Lieferanten nicht in einer faktische Geschäftsführung des Lieferanten mündet. Denn in diesen Fällen droht den handelnden Personen eine persönliche, zivrechtliche und strafrechtliche Haftung;
- Nach englischem Recht kann jede Beteiligung an der Geschäftsführung des Lieferanten zu einer potenziellen Haftung als „Shadow Director“ führen;
- Im Falle eines späteren Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Lieferanten kann der Insolvenzverwalter sowohl nach deutschem als auch nach englischem Recht zur Anfechtung von Erklärungen, Handlungen und Vermögensverschiebungen berechtigt sein, soweit diese für die Insolvenzmasse nachteilig waren. Insbesondere die nachträgliche Einräumung von Sicherheiten unterliegt regelmäßig der Insolvenzanfechtung;
- Hinsichtlich finanzieller Unterstützungsleistungen an den Lieferanten muss nach deutschem Recht vermieden werden, dass diese als eigennütziger Sanierungskredit angesehen werden. Ein solcher Sanierungskredit liegt vor, wenn einem Lieferanten mit erheblichen finanziellen Schwierigkeiten ein Darlehen gegen Leistung von Sicherheiten gewährt wird und dadurch dritte Personen über die finanzielle Lage des Lieferanten getäuscht werden;
- Furthermore, as a matter of German law, it must be ensured that the acts of support do not exceed the limit of aiding and abetting insolvency or inciting the favoring of creditors, or that the assumption of activities for the supplier does not result in a de facto management of the supplier. Otherwise, the acting individuals may be held personally liable under civil and criminal law;
- As a matter of English law, any involvement in the management of the supplier may lead to potential liability as a shadow director;
- As a matter of English and German law, in the event of subsequent insolvency proceedings of the supplier, the insolvency administrator may be entitled to challenge declarations, legal actions and asset transfers to the extent they are considered detrimental to the insolvency estate. In particular, the subsequent provision of collateral is usually subject to insolvency avoidance rights;
- As a matter of German law, with respect to financial support provided to the supplier, the risk that such support can be characterized as a self-interested restructuring loan must be avoided. This would be the case where a supplier with significant financial difficulties is provided a loan in return for the granting of collateral, thereby misleading third parties about the financial abilities of the supplier;

- Nach englischem Recht können Transaktionen zu einem zu niedrigen Preis und gegen Vorzüge angefochten werden, wenn der Lieferant ein förmliches Insolvenzverfahren einleitet; und
- Zu guter Letzt ist zu vermeiden, dass für den Fall, dass das Unternehmen Teile der Produktionstätigkeit des Lieferanten übernimmt oder unterstützt, Arbeitnehmer des Lieferanten hieraus Ansprüche auf eine arbeitsrechtliche Zugehörigkeit zum Unternehmen ableiten können.

Alle oben genannten Risiken können weitgehend vermieden werden, wenn die Vorgehensweise im Vorfeld richtig abgestimmt ist.

- As a matter of English law, transactions at an undervalue and preferences may be susceptible to challenge if the supplier enters into formal insolvency proceedings; and
- Finally, in case the company assumes or supports parts of the production activities of the supplier, the risk that employees of the supplier are entitled to demand to be considered employees of the company must be avoided.

All of the above risks can be prevented to a great extent if the approach taken is properly tailored in advance.

CHECKLISTE

- Einrichtung von Lieferanten-Monitoring und Durchführung rechtlicher und finanzieller Due-Diligence-Prüfungen;
- Regelmäßiger Dialog mit dem Lieferanten; und
- Vorausschauende Vertragsgestaltung:
 - Vereinbarung von Sicherheiten;
 - Kündigungsmöglichkeiten für die Krise ohne Anknüpfung an Insolvenztatbestände;
 - Ausnahmen von der Vertraulichkeit für den Krisenfall;
 - Nutzung von Treuhandkonstruktionen, z. B. bei Software-/Source-Code Hinterlegung;
 - Ausschluss eines (konkludenten) Vertrages auch bei Mehrfachbestellungen; und
 - Beachtung der BGH-Rechtsprechung, z. B. bei Direktzahlung in der Lieferkette.
- In der Krise:
 - Sorgfältige Analyse mit entsprechender Strukturierung, etwa eingebettet in ein Sanierungskonzept unter Einbeziehung aller Kunden; und
 - Beachtung von Verhaltensregeln:
 - Kein Auftreten nach außen für das kriselnde Unternehmen; und
 - Unsicherheiten-Einrede geltend machen.

CHECKLIST

- Implement supplier monitoring and carry out legal and financial due diligence;
- Maintain a regular dialogue with the supplier; and
- Anticipatory contract drafting:
 - Taking of security;
 - Grounds for termination in case of crisis scenarios without being directly tied to insolvency itself;
 - Exemptions from confidentiality in case of crisis scenarios;
 - Use of trust arrangements; for instance, in case of the deposit of software/source code;
 - Exclusion of an (implied) agreement even in case of multiple orders; and
 - Pay attention to the case law of the Federal Court of Justice, e.g. in case of direct payment in the supply chain.
- In the crisis:
 - Diligent analysis and appropriate structuring, e.g. embedded in a restructuring concept with the involvement of all customers; and
 - Meet certain rules of conduct:
 - No external representation of the company in crisis; and
 - Claim uncertainty defense.

IHRE ANSPRECHPARTNER \ YOUR CONTACTS



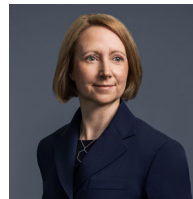
PARTNER
DR. MARCO WILHELM
FRANKFURT +49 69 7941 2731
MWILHELM@MAYERBROWN.COM



COUNSEL
TINA HOFFMANN
FRANKFURT +49 69 7941 1281
THOFFMANN@MAYERBROWN.COM



PARTNER
AMY JACKS
LONDON +44 20 3130 3756
+44 7971 142420
AJACKS@MAYERBROWN.COM



COUNSEL
ALEXANDRA WOOD
LONDON +44 20 3130 3717
+44 7850 322172
AWOOD@MAYERBROWN.COM



PARTNER
SHEENA FRAZER
LONDON +44 20 3130 3377
+44 7957 761088
SFRAZER@MAYERBROWN.COM



COUNSEL
DR. MALTE RICHTER, LL.M.
FRANKFURT +49 69 7941 2533
MRICHTER@MAYERBROWN.COM



PARTNER
DEVI SHAH
LONDON +44 20 3130 3669
+44 7507 857514
DSHAH@MAYERBROWN.COM



COUNSEL
STEFANIE SKORUPPA, LL.M.
FRANKFURT +49 69 7941 1017
SSKORUPPA@MAYERBROWN.COM



ASSOCIATE
INGA RUPP
FRANKFURT +49 69 7941 1063
IRUPP@MAYERBROWN.COM



ABOUT MAYER BROWN

Mayer Brown is a leading international law firm positioned to represent the world's major corporations, funds, and financial institutions in their most important and complex transactions and disputes.

Please visit [mayerbrown.com](https://www.mayerbrown.com) for comprehensive contact information for all our offices.

Mayer Brown is a global services provider comprising associated legal practices that are separate entities, including Mayer Brown LLP (Illinois, USA), Mayer Brown International LLP (England & Wales), Mayer Brown (a Hong Kong partnership) and Tauil & Chequer Advogados (a Brazilian law partnership) and non-legal service providers, which provide consultancy services (collectively, the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are established in various jurisdictions and may be a legal person or a partnership. PK Wong & Nair LLC ("PKWN") is the constituent Singapore law practice of our licensed joint law venture in Singapore, Mayer Brown PK Wong & Nair Pte. Ltd. Details of the individual Mayer Brown Practices and PKWN can be found in the Legal Notices section of our website. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of Mayer Brown.

© 2024 Mayer Brown. All rights reserved.

Attorney Advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.

MAYER | BROWN

mayerbrown.com

Americas | Asia | EMEA