

Newsletter 11 | 2021

Sanierungs- und Restrukturierungs- beratung – Ihre Experten von BBR

Neue Perspektiven für Ihr Unternehmen



Inhaltsverzeichnis

VORWORT	S. 03
THEMEN DES MONATS	
StaRUG-Praxis: Erstes Verfahren in Rheinland-Pfalz erfolgreich abgeschlossen – Interview mit den beteiligten Akteuren	S. 04
Corona-Soforthilfen – Strafbarkeit wegen Subventionsbetrugs?	S. 08
Des einen Freud ist des anderen Leid: BGH erweitert die Möglichkeiten, die Insolvenzmasse zu mehren	S. 10
KONTAKT	S. 12

Haftungsausschluss

Der Newsletter wurde mit großer Sorgfalt recherchiert. Gleichwohl wird keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Inhalte übernommen. Der Newsletter stellt keine abschließenden Informationen bereit und ersetzt nicht eine Beratung im Einzelfall. Hierfür steht Ihnen auf Wunsch die Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH gern zur Verfügung.



Rechtsanwalt Dr. Jasper Stahlschmidt

Vorwort

Liebe Geschäftsfreunde,

in unserem November-Newsletter haben wir erneut spannende Themen für Sie aufbereitet:

- **Aus der StaRUG-Praxis: Erstes Verfahren in Rheinland-Pfalz erfolgreich abgeschlossen – Ein Interview mit den beteiligten Akteuren.** Rechtsanwalt sowie Fachanwalt für Insolvenzrecht Alfred Kraus und die Verfahrensbeteiligten berichten über ihre neuen Erfahrungen.
- **Corona-Soforthilfen – Strafbarkeit wegen Subventionsbetrugs?** Staatliche Stellen gewährten deutschen Unternehmern finanzielle Unterstützung zur Abmilderung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie. Es musste oft schnell gehen, und die Regelungen waren kompliziert. Falsche Angaben werden jetzt zum Risiko für Unternehmer. Rechtsanwalt und Strafverteidiger Dr. Olaf Hiebert klärt auf.
- **Des einen Freud ist des anderen Leid: BGH erweitert die Möglichkeiten, die Insolvenzmasse zu mehren.** Rechtsanwältin Viktoria Schabel beleuchtet am Beispiel einer aktuellen BGH-Entscheidung, wie sogenannte darlehensgleiche Forderungen einzuordnen sind.

Haben Sie Fragen? Wenden Sie sich gern an uns – wir stehen Ihnen für ein kostenloses Erstgespräch gerne zur Verfügung!

Viel Freude beim Lesen wünscht Ihnen

Ihr Dr. Jasper Stahlschmidt

Das StaRUG ist in der Praxis angekommen – Erstes Verfahren in Rheinland-Pfalz mit einem Einzelunternehmer erfolgreich abgeschlossen

BBR Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte hat einen Einzelunternehmer erfolgreich im ersten Restrukturierungsverfahren nach den neuen StaRUG-Regelungen in Rheinland-Pfalz beraten und begleitet. Der vom Amtsgericht Koblenz als Restrukturierungsgericht eingesetzte Restrukturierungsbeauftragte, Herr Rechtsanwalt Jens Lieser, der den Restrukturierungsprozess im Gläubigerinteresse überwacht und unterstützt hat, ist mit dem in so kurzer Zeit für die betroffenen Restrukturierungsgläubiger und das schuldnerische Unternehmen erzielten Arbeitsergebnis hochzufrieden (siehe hierzu das Interview mit den Verfahrensbeteiligten nachfolgend unter Ziff. 4.).

1. Geeignet nicht nur für große Unternehmen, sondern auch für Einzelkaufleute und Selbständige

Im September 2021 wurde das binnen weniger Wochen erfolgreich durchlaufene StaRUG-Verfahren der eterna Mode Holding GmbH als eines der bisher größten StaRUG-Verfahren in Deutschland durch die Medien bekannt. Es zeigt, dass das erst zum 01.01.2021 in Kraft getretene Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG) in der Praxis angekommen ist und funktioniert, auch wenn dieses neue Gesetz bislang nur den wenigsten Unternehmen in Deutschland geläufig sein dürfte.

Ziel des StaRUG ist es, dass Unternehmer mittels eines sog. Restrukturierungsverfahrens oder einer sog. Sanierungsmoderation ihren Betrieb sanieren können, ohne ein Insolvenzverfahren durchlaufen zu müssen.

Ein solches Verfahren wird grundsätzlich nicht veröffentlicht und läuft somit dezent und still mit den beteiligten Gläubigern ab, wenn kein grenzüberschreitender Bezug vorhanden ist und der Unternehmer keine Veröffentlichung wünscht.

Dieses neue Restrukturierungsverfahren eignet sich bei einer überschaubaren Kostenstruktur für Gerichtskosten und der Vergütung des Restrukturierungsbeauftragten nicht nur für große und mittelständische Unternehmen. Es steht auch Einzelunternehmern und Freiberuflern zur Verfügung, bei denen die Zahlungsunfähigkeit droht, die aber noch nicht eingetreten sein darf.

Für natürliche Personen, die unternehmerisch tätig sind und in die Krise geraten, bietet das StaRUG-Verfahren somit eine realistische Chance zu einer schnellen Unternehmenssanierung binnen weniger Monate anstelle einer sonst nötigen Insolvenz mit sich anschließendem jahrelangen Restschuldbefreiungsverfahren.



Rechtsanwalt Alfred Kraus

2. Erste Entscheidungen der Restrukturierungsgerichte

Auch die ersten vorliegenden und veröffentlichten Gerichtsentscheidungen der Restrukturierungsgerichte zum StaRUG belegen die Funktionsweise des StaRUG und geben zugleich einen ersten Eindruck von den in der Praxis auftretenden Rechtsfragen:

- Das **Amtsgericht Köln** hat sich in seinem Beschluss vom 03.03.2021, Az. 83 RES 1/21, u. a. zu den Feststellungen der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG als Voraussetzung für die Bestätigung eines Restrukturierungsplans und dem Umfang der Gestaltbarkeit eines Konsortialkreditvertrags und einer Sanierungsvereinbarung im Restrukturierungsplan auseinandergesetzt.
- Das **Amtsgericht Düsseldorf** hat sich in seinem Hinweisbeschluss vom 05.03.2021 (Az. 601 SAN 1/21) mit den beizubringenden Unterlagen für den Antrag auf Bestellung eines Sanierungsmoderators nach § 94 StaRUG befasst.



- Verdeutlichende Ausführungen zur Vergleichsrechnung nach § 6 Abs. 2 StaRUG, der Auswahl der Planbetroffenen und Gruppenbildung sowie der gerichtlichen Bestätigung eines Restrukturierungsplans trotz fehlender Dreiviertel-Mehrheit einer Gläubigergruppe enthält der Beschluss des **Amtsgerichts Hamburg** vom 12.04.2021, Az. 61 a RES 1/21.

- Das **Amtsgericht Dresden** hat mit Beschluss vom 07.06.2021, Az. 574 RES 2/21, einen vom Schuldner vorgelegten Restrukturierungsplan bestätigt und dabei u. a. ausgeführt, dass für die Beurteilung der Schlechterstellung eines Planbetroffenen das nächstbeste Alternativszenario maßgeblich ist. Die Entscheidung des Amtsgerichts Dresden ist nach der vorgenannten Entscheidung des Amtsgerichts Hamburg bereits die zweite bekanntgewordene Planbestätigung, die eine gruppenübergreifende Mehrheitsentscheidung beinhaltet. Sie beschäftigt sich also mit der gerichtlichen Ersetzung der Zustimmung abweichender Gruppen, wenn die nach § 25 StaRUG zunächst erforderliche Zustimmung aller Gruppen mit der qualifizierten Summenmehrheit von 75 Prozent nicht erreicht wurde. Die zwischenzeitlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit steht nach dem Amtsgericht Dresden der Bestätigung des Plans nach § 63 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG nicht entgegen. Denn die Vorschrift des § 33 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG würde ins Leere laufen, wenn zwar der Erörterungs- und Abstimmungstermin durchgeführt werden könnte, jedoch die Bestätigung des Restrukturierungsplans zu versagen wäre. Eine eingelegte sofortige Beschwerde gegen die gerichtliche Bestätigung des Restrukturierungsplans wurde mit Beschluss des **Landgerichts Dresden** vom 01.07.2021, Az. 5 T 363/21, mangels Glaubhaftmachung der Beschwer des Beschwerdeführers aus dem Restrukturierungsplan als unzulässig verworfen.

3. Erster StaRUG-Fall beim Amtsgericht Koblenz mit einem Einzelunternehmer

Herr E. betreibt zwei Einzelunternehmen: Eine ist im Bereich der Sanierung von Altbauten tätig und eine weitere im Bereich der Autovermietung. Bei beiden Einzelunternehmen sind gestundete ungesicherte Verbindlichkeiten aus Darlehen und Dienstleistung vorhanden, resultierend u. a. aus coronabedingten Projektverzögerungen und Preissteigerungen auf dem Bau. Im engen wirtschaftlichen Zusammenhang mit diesen beiden Einzelunternehmen steht eine GbR, an der Herr E. zu 50 % beteiligt ist. Diese GbR hatte am 20.05.2021 einen Regelinsolvenzantrag wegen Zahlungsunfähigkeit gestellt.

Vor diesem Hintergrund hat Herr E. am 21.05.2021 beim Amtsgericht Koblenz, als zuständigem Restrukturierungsgericht, ein Restrukturierungsverfahren, bezogen auf seine gesamten unternehmerischen Tätigkeiten, angezeigt. Die drohende Zahlungsunfähigkeit wurde darauf gestützt, dass mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR, die am 08.06.2021 erfolgt ist, die Inanspruchnahme des Herrn E. als persönlich haftendem Gesellschafter durch den Insolvenzverwalter der GbR nach § 93 InsO für erhebliche Verbindlichkeiten der GbR zu erwarten war (der andere GbR-Gesellschafter ist mittellos).

Diese Inanspruchnahme des Herrn E. durch den Insolvenzverwalter der GbR ist mit Schreiben vom 16.06.2021 erfolgt, woraufhin der Schuldner noch am selben Tag beim Restrukturierungsgericht nach Maßgabe des § 32 Abs. 3 StaRUG den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit angezeigt hat. Von einer Aufhebung des Restrukturierungsverfahrens gemäß § 33 Abs. 2 StaRUG hat das Restrukturierungsgericht nach Anhörung des Restrukturierungsbeauftragten abgesehen, da der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit im Restrukturierungsplanentwurf abgebildet und die Erreichung des Restrukturierungsziels nach wie vor überwiegend wahrscheinlich war.

Am 28.10.2021 haben alle planbetroffenen Gläubiger (einschließlich des Insolvenzverwalters der GbR) beim gerichtlichen Erörterungs- und Abstimmungstermin dem Restrukturierungsplan, der den Erhalt der beiden Einzelunternehmen regelt und eine Planquote in Höhe von insgesamt 5 % vorsieht, einstimmig zugestimmt. Das Amtsgericht Koblenz hat sodann noch im Abstimmungstermin den Restrukturierungsplan bestätigt.

4. Interview mit den beteiligten Akteuren zum StaRUG-Fall in Koblenz

Herr E., ist Ihnen der Schritt in ein solches Restrukturierungsverfahren nach dem neuen StaRUG leichtgefallen, und wie haben die planbetroffenen Gläubiger hierauf reagiert?

Herr E. aus der Region Koblenz, Geschäftsleiter und Inhaber von zwei Einzelunternehmen: Die Situation in der GbR, an der ich beteiligt bin, wurde im Laufe des Jahres 2021 immer prekärer. Durch Recherchen im Internet erfuhr ich vom neuen Restrukturierungsgesetz (StaRUG), das am 01.01.2021 in Kraft getreten war. Ich habe mich daraufhin unverzüglich von einem ausgewählten

Sanierungsberater beraten und mir die Möglichkeiten aufzeigen lassen. Die Nichtveröffentlichung des StaRUG-Verfahrens war für mich ausschlaggebend, diese Sanierungschance zu nutzen, da so meine Kunden und Hauptauftraggeber von dem Verfahren nichts erfahren haben. Die planbetroffenen Gläubiger (Darlehensgeber und Dienstleister), mit denen ich langjährig beruflich zusammenarbeite, haben den eingeschlagenen Sanierungsweg positiv aufgenommen und erfreulicherweise unterstützt und damit zugleich die Basis für eine weitere Zusammenarbeit gelegt. Im Rahmen des Restrukturierungsverfahrens habe ich mich im Wesentlichen auf das operative Geschäft konzentriert. Durch die wöchentlichen Jour Fixes mit meinen Beratern und dem Restrukturierungsbeauftragten war ich über den aktuellen Stand des Verfahrens bestens informiert und eingebunden. Das hat mir zugleich die Sicherheit gegeben, dass ich mich auf meine beauftragten Berater verlassen kann.

Herr Kraus, Sie haben in den letzten Jahren viele Insolvenzpläne verfasst und zahlreiche Eigenverwaltungsverfahren erfolgreich begleitet. Welche wesentlichen Unterschiede sind Ihnen im Rahmen dieses begleiteten StaRUG-Verfahrens aufgefallen, und was erachten Sie als zentral für das Gelingen eines solchen Verfahrens?

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht Alfred Kraus, Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf, rechtlicher Sanierungsberater des Herrn E. und Ersteller des Restrukturierungsplans: Die Hauptarbeit als Berater bei einem solchen StaRUG-Verfahren wird bereits vor der Einleitung bzw. der Anzeige des Restrukturierungsverfahrens beim Restrukturierungsgericht geleistet. Denn mit der Anzeige gemäß § 31 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG muss bereits der Entwurf des Restrukturierungsplans und/oder ein Sanierungskonzept mit vorgelegt werden. In diesem Zusammenhang ist es sinnvoll, die wichtigsten Gläubiger, soweit sie planbetroffen sein sollten, frühzeitig bei der Erstellung des Restrukturierungsplanentwurfs und/oder des Sanierungskonzepts gesprächsweise einzubeziehen und sie dabei bereits von der Sanierungslösung zu überzeugen. Zwar bedarf auch ein Insolvenzantrag in Eigenverwaltung einer frühzeitigen und sorgfältigen Vorbereitung nebst der seit dem 01.01.2021 nach § 270a Abs. 1 InsO n. F. vorzulegenden Eigenverwaltungsplanung, aber der Insolvenzplan selbst wird in der Regel erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens er-

stellt. Wie bei der Einleitung eines beabsichtigten Eigenverwaltungsverfahrens ist auch bei einem StaRUG-Verfahren vor der förmlichen Anzeige des Verfahrens ein Vorgespräch mit dem zuständigen Restrukturierungsrichter, welches auch telefonisch erfolgen kann, sinnvoll. Elementar für das Gelingen des Restrukturierungsverfahrens ist zudem die frühzeitige Einbindung der Finanzverwaltung, um die Voraussetzungen für die Steuerfreiheit des Sanierungsgewinns, der durch die im Restrukturierungsplan geregelten Forderungsverzichte aus- gelöst wird, abzuklären.

Herr Kammerer, Sie haben sich insbesondere um die Finanzplanung im Rahmen des Restrukturierungsverfahrens gekümmert. Ist so ein StaRUG-Verfahren, gerade für kleine Unternehmen, nicht zu kostenintensiv?

Ulrich Kammerer (UKMC GmbH & Co. KG, Ettlingen), operativer Sanierungsberater des Herrn E.: Der vom Gericht bestellte Restrukturierungsbeauftragte wird - anders als ein Insolvenzverwalter, der nach dem Wert der Insolvenzmasse vergütet wird - stundenweise honoriert. § 81 StaRUG sieht dafür Stundensätze bis zu 350 EUR vor, wobei bei einer überschaubaren Gläubigerstruktur und mittleren Komplexität des Verfahrens Stundensätze von 250 bis 300 EUR für den Restrukturierungsbeauftragten angemessen erscheinen dürften. Für Planungssicherheit sorgt insoweit auch, dass mit der Anzeige des StaRUG-Verfahrens das Restrukturierungsgericht ein Stundenbudget bzw. einen Höchstbetrag für das Honorar des Restrukturierungsbeauftragten festlegt. Idealerweise sollte der Schuldner in seiner Anzeige des Restrukturierungsvorhabens beim Restrukturierungsgericht bereits einen Vorschlag für ein Stundenbudget unterbreiten und in der Finanzplanung berücksichtigen. Die Gerichtskosten bewegen sich je nach der Anzahl der in Anspruch genommenen Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens zwischen 1.500 EUR und 2.000 EUR, wenn in dem Verfahren ein Restrukturierungsbeauftragter bestellt wird.

Ins Gewicht fallen vor allem die Ausgaben für die eigenen rechtlichen und sanierungsspezifischen Berater. Gerade bei kleineren Unternehmen bietet es sich im Einzelfall auch aus Finanzplanungsgründen an, mit den Beratern statt einer stundenweisen Abrechnung eine monatliche Pauschale zur vereinbaren. Mit diesem Vorgehen haben wir im gegenständlichen Verfahren sehr gute Erfahrungen gemacht.

Herr Lieser, Sie sind üblicherweise als Insolvenzverwalter und/oder Sachwalter bei Unternehmensinsolvenzen tätig. Wie gestaltete sich aus Ihrer Sicht als Restrukturierungsbeauftragter die Zusammenarbeit zwischen allen Beteiligten?

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht Jens Lieser, LIESER Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Koblenz, Restrukturierungsbeauftragter: Ich war von der professionellen Vorbereitung des Verfahrens durch die Berater beeindruckt. Durch die fundierten Unterlagen nebst dem Insolvenzplanentwurf, die mit der Anzeige des Restrukturierungsverfahrens dem Restrukturierungsgericht vorgelegt wurden, war kein ausführliches Sachverständigengutachten für das Gericht mehr erforderlich, wie man es aus dem vorläufigen Insolvenzverfahren kennt. Die Zusammenarbeit mit allen Beteiligten, einschließlich des Restrukturierungsgerichts und der planbetroffenen Gläubiger, verlief transparent und vertrauensvoll. Mit dem für die betroffenen Restrukturierungsgläubiger und das schuldnerische Unternehmen in so kurzer Zeit erzielten Arbeitsergebnis bin ich hochzufrieden.

Corona-Soforthilfen – Strafbarkeit wegen Subventionsbetrugs?

Staatliche Stellen haben deutschen Unternehmern auf unterschiedlichem Weg finanzielle Unterstützung zur Abmilderung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie gewährt. Hierbei musste es oft schnell gehen, und die Regelungen waren kompliziert. Falsche Angaben werden jetzt zum Risiko für Unternehmer. Es drohen empfindliche Strafen für Selbständige und Geschäftsleiter juristischer Personen, wie etwa einer GmbH. Laut Insider werden bei deutschen Staatsanwaltschaften derzeit mehr als **10.000 Ermittlungsverfahren** im Zusammenhang mit Corona-Soforthilfen geführt.

Unter dem Label des Subventionsbetrugs, einer regelmäßig wenig beachteten Vorschrift im Strafgesetzbuch (§ 264 StGB), werden Geschäftsleiter angeklagt und empfindliche Bußgelder gegen Unternehmen verhängt. Dabei geht es nicht nur um die Fälle vorsätzlichen Handelns und organisierter Kriminalität. In der Krise war Eile geboten: Fehlerhafte Angaben, Auslassungen und Ungenauigkeiten werden zum Problem, wie erste Urteile zeigen. Das Gesetz stellt bereits leichtfertiges Handeln bei der Antragstellung unter Strafe. Erste Gerichte (Amtsgericht München, Urteil vom 11.08.2021, Az. 1111 Ls 319 Js 148306/20) werten das Ausnutzen der Pandemielage sogar als strafscharfend.

1. Wann besteht ein Strafbarkeitsrisiko?

Die Coronahilfen haben es bereits bis zum höchsten deutschen Gericht in Strafsachen, dem Bundesgerichtshof, geschafft. In seinem Grundsatzurteil vom 04.05.2021 (Az. 6 StR 137/21) stellte der BGH klar, dass es sich bei den beantragten Soforthilfen um Subventionen i. S. d. § 264 Abs. 1 Satz 1 StGB handelt, die als sogenannte verlorene Zuschüsse ohne eine marktmäßige Gegenleistung von den Ländern aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht Betrieben und Unternehmen gewährt werden und jedenfalls auch der Förderung der Wirtschaft dienen. In dem konkreten Fall ging es um Coronahilfen aus den Soforthilfeprogrammen des Bundes („Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020“). Es steht zu erwarten, dass der BGH sämtliche Spielarten der Coronahilfen als Subventionen wertet – mit weitreichenden Folgen.

2. Auch falsche Angaben auf Formularen begründen Strafbarkeit

§ 264 StGB Abs. 1 Nr. 1 StGB bestraft denjenigen, der über **subventionserhebliche Tatsachen** für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind. Fraglich war, ob Angaben und sogar lediglich Kreuze an Stellen in Formularen geeignet sind, über subventions-



Rechtsanwalt Dr. Olaf Hiebert

erhebliche Tatsachen zu täuschen und, ob solche auf den jeweiligen Formularen überhaupt hinreichend bestimmt und für den Unternehmer erkennbar vorhanden sind.

Bedenken bestanden – und bestehen weiterhin – weil die verschiedenen Formulare der Länder und des Bundes sowie der Kreise und Gemeinden sehr viel Kleingedrucktes enthalten und auf Vorschriften verweisen, die den Antragsformularen nicht beigelegt waren.

Der BGH scheint hier zum Nachteil der betroffenen Bürger einen großzügigen Maßstab anzulegen.

- Für in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg verwendete Formulare stellt das Gericht fest, dass die subventionserheblichen Tatsachen in der gebotenen Eindeutigkeit bezeichnet werden. Dabei soll es ausreichen, dass der Antragsteller durch ein zu setzendes Kreuz seine Kenntnis davon bestätigt, dass es sich bei den Angaben im Formular um subventionserhebliche Tatsachen handelt. Und weiter heißt es: **„Einer wirksamen Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen durch den Subventionsgeber steht auch nicht entgegen, dass diese ausschließlich in einer vom Subventionsempfänger anzukreuzenden Wissenserklärung aufgeführt werden. Dies führt nicht dazu, dass der Subventionsnehmer selbst über die Subventionserheblichkeit der Tatsache entscheidet... Vielmehr handelt es sich um eine nach Sinn und Zweck zulässige Gestaltungsmöglichkeit, welche die Kenntnisnahme des Subventionsnehmers nachweist.“**
- Anders als noch durch das Landgericht Hamburg (Urteil vom 18.01.2021, Az. 608 Qs 18/20) entschieden, soll es nach Ansicht des BGH auch ausreichen, wenn das Formular lediglich feststellt, dass **„alle in diesem Antrag (inklusive dieser Erklärung) anzugebenden**



Tatsachen subventionserheblich im Sinne von § 264 StGB sind. Der Hinweis, dass „**alle Angaben subventionserheblich**“ sind, sorgt nach Ansicht des BGH beim Subventionsnehmer für die nötige Klarheit über die subventionserheblichen Tatsachen. Sein Augenmerk werde hinreichend präzise auf die Bedeutung aller abgefragten Angaben gelenkt.

Dass dies mit der Lebenswirklichkeit der Unternehmer – vor allem vieler Solo-Selbständiger – nicht viel zu tun hat, liegt auf der Hand.

3. Kann ich meine Angaben nachträglich korrigieren?

Das deutsche Subventionsrecht verpflichtet den Antragsteller sogar zur Korrektur, wenn ihm im Nachhinein ein Fehler auffällt. Eine strafbewehrte Korrekturverpflichtung besteht häufig auch dann, wenn die Antragsvoraussetzungen nachträglich ganz oder teilweise entfallen sind. Die bloße Hoffnung, nicht entdeckt zu werden, scheint keine Alternative zu sein. Handeln ist gefragt! Die Fallzahlen lassen vermuten, dass sich die Staatsanwaltschaften und Behörden auf ein strenges Vorgehen verständigt haben.

4. Wie sollte ich auf ein Ermittlungsverfahren reagieren?

Immerhin soll es nicht ausreichen, dass in einem Antrag lediglich der Wortlaut des § 264 StGB oder des SubvG wiederholt wird. Auch die bloße Bezugnahme auf umfangreichen Anlagen, Gesprächsprotokolle, Finanzierungspläne und Bewilligungsbescheide soll nicht zu einer Strafbarkeit führen. Dies bietet auch Ansatzpunkte für eine Verteidigung. Über einen Rechtsanwalt kann im Ermittlungsverfahren Akteneinsicht beantragt werden. Dann gilt es zu prüfen, ob und welche Angaben unter welchen Bedingungen gemacht wurden. Zudem sind etwaige Fehler redlicher Unternehmer ins richtige Licht zu rücken. Mit einer versierten Argumentation im Ermittlungsverfahren kann eine Anklage vermieden werden.

Des einen Freud ist des anderen Leid: BGH erweitert Möglichkeiten, die Insolvenzmasse zu mehren

Die Insolvenzanfechtung dient dazu, abgeflossene Vermögenswerte aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens in das schuldnerische Vermögen zurückzuholen. Damit soll eine gleichmäßige Verteilung auf alle Insolvenzgläubiger erreicht werden.

Der BGH hat jüngst in seinem Urteil vom 22. Juli 2021 (Az. IX ZR 195/20) eine relevante Entscheidung zur Insolvenzanfechtung getroffen. Das Urteil beschäftigt sich mit der Frage, ob die Ausschüttung eines Gewinnvortrags an eine GmbH-Alleingeschafterin anfechtbar ist. Im Ergebnis hat der BGH dies bejaht und die Zahlung der Schuldnerin als Zahlung auf eine wirtschaftlich einem Darlehen entsprechende Forderung gemäß §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO (darlehensgleiche Forderung) bewertet.

Das Urteil des BGH wird künftig dazu führen, dass sich Insolvenzverwalter alle Auszahlungen an Gesellschafter im Vorfeld einer Insolvenz noch genauer ansehen werden.

1. Worum ging es im konkreten Fall?

Der Kläger war Verwalter über das Vermögen einer GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Das Insolvenzgericht eröffnete das Insolvenzverfahren am 01.06.2010 auf Antrag der Schuldnerin vom 31.03.2010. Die Beklagte war die alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Zahlung eines Betrags i. H. v. 200.000,00 EUR.

In der Gesellschafterversammlung der Schuldnerin am 28.09.2009 beschloss die Beklagte nach Feststellung des Jahresabschlusses zum 31.12.2008, den im Geschäftsjahr 2008 erwirtschafteten Jahresüberschuss i. H. v. ca. 240.000,00 Euro auf neue Rechnung vorzutragen. Mit weiterem Gesellschafterbeschluss vom 01.12.2009 beschloss die Beklagte für das Geschäftsjahr 2008 einen Gewinn i. H. v. 200.000,00 Euro auszuschütten. Am 09.12.2009 überwies die Schuldnerin der Beklagten einen Betrag von 200.000,00 Euro.

Der Klage wurde in der ersten und zweiten Instanz stattgegeben. Die Revision vor dem BGH hatte keinen Erfolg.

2. Die Begründung des BGH

Der BGH ist der Ansicht, dass es sich bei der Ausschüttung eines Gewinnvortrags an eine GmbH-Alleingeschafterin um eine darlehensgleiche Forderung des Gesellschafters handelt, so dass diese gemäß §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO anfecht-



Rechtsanwältin Viktoria Schabel

bar sei. Er begründet dies insbesondere damit, dass der Gesellschafter der Gesellschaft beim Vortrag des Gewinns auf neue Rechnung, wie bei einem Darlehen, vorübergehend Kapital überlasse und ihr damit zeitlich begrenzt Liquidität verschaffe.

In § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO heißt es:

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 oder für eine gleichgestellte Forderung (...),
2. Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist.

In § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO heißt es:

(1) Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt: (...)
5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise macht es nach Ansicht des BGH beim Alleingeschafter einer GmbH keinen Unterschied, ob ein von der Gesellschaft erwirtschafteter Gewinn zunächst an den Gesellschafter ausgeschüttet und anschließend wieder als Gesellschafterdarlehen zur Verfügung gestellt wird oder der Gewinn gem. § 29 Abs. 2 GmbHG auf neue Rechnung vorgetragen wird.

Erst recht mache es keinen Unterschied, ob der erwirtschaftete Gewinn nach Fassung eines Ausschüttungs-



beschlusses stehengelassen (vgl. hierzu BGH NZI 2021, 180 = ZIP 2021, 93 Rn. 13) oder erst auf neue Rechnung vorgetragen und ein Ausschüttungsbeschluss später gefasst werde. Denn die Liquidität stehe der Gesellschaft zum Wirtschaften oder zur Vornahme von Investitionen weiterhin zur Verfügung. Der Gesellschafter entscheide sich in allen diesen Fällen dafür, der Gesellschaft eine Finanzierungsquelle für die weitere Geschäftstätigkeit zu überlassen, die ihm mittelbar über seine Stellung als Gesellschafter zugutekommt (vgl. BGHZ 222, 283 = NZG 2019, 1026 Rn. 25).

Der BGH möchte mit seiner Entscheidung dafür sorgen, dass die Rechtsfolgen des §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (Generalklausel) **nicht durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Konstruktion unterlaufen werden** können. Durch die Vornahme eines Gewinnvortrags und dessen späterer Ausschüttung könnte der Alleingesellschafter anderenfalls das Risiko einer Insolvenzanfechtung wegen Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens umgehen. Denn der Alleingesellschafter einer GmbH kann jederzeit eine von ihm gewünschte Gewinnverteilung beschließen oder abändern.

3. Ähnliche BGH-Entscheidung

In diesem Zusammenhang ist auch ein weiteres Urteil des BGH vom 17.12.2020 (Az. IX ZR 122/19) zu beachten, in welchem der BGH eine Anfechtbarkeit gemäß §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bejahte.

Der BGH entschied darin, dass eine darlehensgleiche Forderung vorliege, wenn durch einen Gewinnverwendungsbeschluss ein Anspruch des Gesellschafters auf Ausschüttung des Gewinns der Gesellschaft begründet werde, es aber zu **keiner zeitnahen Ausschüttung** der Gewinnforderung komme. D. h., wenn die Gewinnforderung über einen **längeren Zeitraum** auf einem Kapitalkonto des Kommanditisten stehen gelassen wird. Der BGH begründete dies damit, dass ungeachtet des Entstehungsgrunds, alle aus sonstigem Rechtsgrund herrührenden Forderungen einem Darlehen entsprechen, die der Gesellschaft **rechtlich oder rein faktisch gestundet werden, weil eine Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirke**.

In dem entschiedenen Fall ließ der Kommanditist die Gewinnforderung für einen Zeitraum von **8 Monaten** auf seinem Kapitalkonto stehen, was nach Ansicht des BGH einem wirtschaftlichen Darlehen zu Gunsten der Schuldnerin i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO entspreche.

Wir sind deutschlandweit für Sie erreichbar.



Düsseldorf

Prinzenallee 15
40549 Düsseldorf
T 0211 828977200



Berlin

Lietzenburger Straße 75
10719 Berlin
T 030 814521960



Frankfurt

Westendstraße 16-22
60325 Frankfurt am Main
T 069 24752150

Mit drei Standorten in Düsseldorf, Berlin und Frankfurt am Main sind wir für unsere Mandanten national sehr gut erreichbar. Wir betreuen Sanierungsprojekte, Insolvenzverfahren oder wirtschaftsrechtliche Themen direkt, kompetent, verlässlich und engagiert – auch bei Ihnen vor Ort. Rufen Sie uns an!



Ihre Ansprechpartner

Sie haben Fragen und suchen einen kompetenten Ansprechpartner?
Sie möchten einen Erstberatungstermin vereinbaren? Wir sind gerne
für Sie da.



Robert Buchalik

Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt

T +49 211 828 977-140

E buchalik@bbr-law.de



Dr. Utz Brömmekamp

Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt

T +49 211 828 977-200

E broemmekamp@bbr-law.de



Dr. Jasper Stahlschmidt

**Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Insolvenzrecht**

T +49 211 828 977-200

E stahlschmidt@bbr-law.de



Jochen Rechtmann

**Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht**

T +49 69 247 5215-20

E rechtmann@bbr-law.de

**Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**

Prinzenallee 15
40549 Düsseldorf

T +49 211 828977200

E rechtsanwaelte@bbr-law.de