

Sanierungs- und Restrukturierungs- beratung – Ihre Experten von BBR

Neue Perspektiven für Ihr Unternehmen



Inhaltsverzeichnis

VORWORT	S. 03
THEMEN DES MONATS	
Eineinhalb Jahre StaRUG: Was kann das neue Gesetz und was nicht? Ein Fazit unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung.	S. 04
Insolvente Unternehmen: Die direkte Inanspruchnahme von Geschäftsleitern durch Gläubiger nach § 826 BGB	S. 08
Sanierungsberatung: Risiken der Anfechtung bei noch nicht entschiedener Rechtsfrage und Näheverhältnis zum Auftraggeber	S. 10
KONTAKT	S. 16

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 Rechtsanwalts-gesellschaft mbH gern zur Verfügung.



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht Dr. Jasper Stahlschmidt

Vorwort

Liebe Geschäftsfreunde,

neuer Monat, neuer BBR-Newsletter und wieder neue Trends und Veränderungen:

Es ist ja bekannt, dass sich das Insolvenzrecht immer mehr zum Sanierungsrecht entwickelt. Endlich kommt dies zum 1. Juni 2022 mit der nun möglichen Umbenennung des „Fachanwalts für Insolvenzrecht“ in den „Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht“ zum Ausdruck.

Auch das StaRUG schreitet voran. Die bisherigen Praxisfälle und die im Newsletter untersuchte „Salatbar“-Entscheidung zeigen, dass es (richtigerweise) auch für kleinere Unternehmen geeignet ist.

In unserer Juni-Ausgabe finden Sie deswegen folgende Beiträge:

• **Eineinhalb Jahre StaRUG: Was kann das neue Gesetz und was nicht?** Das 2021 in Kraft getretene StaRUG bietet Unternehmen ein diskretes, flexibles und vergleichsweise kostengünstiges Sanierungsinstrument, mit dem sich das Stigma einer Insolvenz vermeiden lässt. Zur Fortentwicklung des StaRUG trägt auch die Rechtsprechung bei. Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht Alfred Kraus zieht ein Fazit und gibt einen Ausblick unter Berücksichtigung von zwei neuen Entscheidungen aus 2022.

• **Insolvente Unternehmen: Die direkte Inanspruchnahme von Geschäftsleitern durch Gläubiger nach § 826 BGB.** Eine zivilrechtliche Inanspruchnahme des Geschäftsleiters kann für Gläubiger von finanziellem Vorteil sein. Hier bietet § 826 BGB gute Voraussetzungen. Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht Dr. Olaf Hiebert beleuchtet die Möglichkeiten der Rechtsverfolgung.

• **Sanierungsberatung: Risiken der Anfechtung bei noch nicht entschiedener Rechtsfrage und Näheverhältnis zum Auftraggeber.** Darf ein Schuldner auf fachlich versierte Berater vertrauen? Sind spätere Änderungen der Rechtslage zu beachten? Gilt ein Sanierungsberater als „nahestehende Person“, so dass Zahlungen an diesen anfechtbar sind? Rechtsanwalt Karsten Dumrath beantwortet relevante Fragen zu diesem Themenkreis im Kontext einer aktuellen BGH-Entscheidung.

Ich wünsche Ihnen eine gewinnbringende Lektüre.

Bei Fragen oder Gesprächsbedarf sind wir natürlich gerne für Sie da!

Ihr Dr. Jasper Stahlschmidt

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht

Eineinhalb Jahre StaRUG: Was kann das neue Gesetz und was nicht? Ein Fazit unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung.

I. StaRUG-Fallzahlen 2021

Am 01. Juli 2022 wird das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – kurz: StaRUG) eineinhalb Jahre alt. Zu diesem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren, das auf der EU-Richtlinie über die präventive Restrukturierung aus dem Jahr 2019 basiert, treten zudem am 17. Juli 2022 die §§ 84 - 88 StaRUG in Kraft, wonach es dem Schuldner auf Antrag möglich ist, dass einzelne Verfahrensschritte des Restrukturierungsverfahrens öffentlich bekannt gemacht werden. Die Veröffentlichung der Restrukturierungssache ist Voraussetzung für die Anerkennung des Restrukturierungsplans in anderen EU-Mitgliedsstaaten gemäß der europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO).

Gab es im Jahr 2021 laut einer Befragung der 24 deutschen Restrukturierungsgerichte insgesamt 22 angezeigte Restrukturierungsvorhaben und fünf Sanierungsmoderationen, dürfte sich die Anzahl der Verfahren mit dem Wegfall bzw. Auslaufen der staatlichen Corona-Hilfsprogramme deutlich erhöhen. Die amtliche Zählung hat nach dem Gesetz über die Insolvenz- und Restrukturierungsstatistik erst am 01.01.2022 begonnen (allerdings ohne Miterfassung der Sanierungsmoderationenfälle), sodass Anfang 2023 verlässliche Fallzahlen für 2022 vorliegen werden. Ähnlich wie das im Jahr 2012 in Kraft getretene Gesetz über die weitere Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) wird auch das StaRUG seine Zeit brauchen, um in der Praxis noch weiter bekannt zu werden und sich zu etablieren.

II. Aktuelle Rechtsprechung zum StaRUG aus dem Jahr 2022

Zur Fortentwicklung des StaRUG trägt auch die Rechtsprechung bei. Einen Überblick über die im Jahr 2021 ergangenen Gerichtsentscheidungen zum StaRUG finden Sie in unseren Newslettern vom 23. November 2021 und vom 16. Dezember 2021. Das bisher größte bekannt gewordene und erfolgreich abgeschlossene Restrukturierungsverfahren ist bislang immer noch das Verfahren um das Modeunternehmen eterna, bei dem das Unternehmen aufgrund eines coronabedingten deutlichen Umsatzrückgangs seine Rückzahlungsverpflichtung aus einer Unternehmensanleihe nicht einhalten konnte (s. hierzu AG München, Beschl. v. 21.10.2021, Az. 1542 RES 2180/21 sowie ausführlich Bernsau/Beyer, ZInsO 2021, 2533 ff.).



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht
Alfred Kraus

Mittlerweile liegen zwei weitere Entscheidungen des Amtsgerichts Hamburg vom 17.01.2022 und vom 18.01.2022 vor, die nachfolgend näher beleuchtet werden.

1. AG Hamburg, Hinweisbeschluss v. 17.1.2022, Az. 61 c RES 1/21

In diesem Restrukturierungsverfahren hatte der unternehmerisch tätige Schuldner, der eine Salatbar betreibt, am 10.12.2021 die Restrukturierungssache gemäß § 31 StaRUG beim Restrukturierungsgericht in Hamburg angezeigt. Der dabei vorgelegte Restrukturierungsplanentwurf enthält vier Plangruppen: Gruppe 1 (institutionelle (teilweise besicherte) Gläubiger/Geldgeber), Gruppe 2 (Gläubiger aus Lieferung und Leistung), Gruppe 3 (institutionelle (unbesicherte) Geldgeber/Gläubiger) und Gruppe 4 (Sicherungsgeber bestehend aus einer Bürgschaftsgemeinschaft).

Analoge Anwendung von § 44 InsO im Restrukturierungsverfahren

Die konkreten Planregelungen im gestaltenden Teil des Restrukturierungsplanentwurfs zu Gruppe 1 und Gruppe 4 waren in sich nicht stimmig, sodass es zu einer doppelten Berücksichtigung wirtschaftlich identischer Forderungen kam, die § 44 InsO nicht zulässt. Nach § 44 InsO können der Gesamtschuldner und Bürge die Forderung, die sie durch eine Befriedigung des Gläubigers künftig gegen den Schuldner erwerben könnten, im Insolvenzverfahren nur dann geltend machen, wenn der Gläubiger seine Forderung nicht geltend macht.

§ 44 InsO ist nach Ansicht des AG Hamburg im Restrukturierungsverfahren analog anwendbar. Das in



§ 44 InsO statuierte sogenannte Verbot der Doppelanmeldung beruht auf dem Gedanken, dass die Rückgriffsforderung des Bürgen und die Forderung des Gläubigers jedenfalls bei wirtschaftlicher Betrachtung identisch sind und deshalb nicht nebeneinander geltend gemacht werden dürfen. Dieser Gedanke greift auch im Rahmen eines Restrukturierungsverfahrens. Dafür sprechen auch die wortgleichen Regelungen der § 67 Abs. 3 StaRUG und des § 254 Abs. 2 InsO. Durch einen Restrukturierungsplan werden – wie auch durch einen Insolvenzplan – die Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen nicht berührt. Der Schuldner wird jedoch durch den Plan gegenüber dem Bürgen in gleicher Weise befreit wie gegenüber dem Gläubiger.

Verfahrensleitung durch den Restrukturierungsrichter und analoge Anwendung von § 10a InsO im Restrukturierungsverfahren

Das AG Hamburg hatte den Hinweis auf die analoge Anwendung des § 44a InsO bereits vor der eigentlichen förmlichen Anzeige des Restrukturierungsverfahrens erteilt und zwar im Rahmen eines Vorgesprächs mit dem Restrukturierungsgericht. Daher weist das Gericht in seinem Hinweisbeschluss auf folgende für die Sanierungspraxis bedeutsamen Aspekte hin:

Das Restrukturierungsgericht kann dem Schuldner im Rahmen der ihm nach § 38 S. 1 StaRUG, § 139 Abs. 1 ZPO obliegenden Verfahrensleitung Hinweise erteilen. Das Gericht muss den Schuldner dabei auf Gesichtspunkte hinweisen, die der Schuldner erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat. Ein solcher Hinweis ist insbesondere immer dann angezeigt, wenn es um rechtliche Fragen geht, die sinnvoll zwischen Gericht und Schuldner und ohne Einbeziehung der Gläubiger geklärt werden können. Demgegenüber ist die gerichtliche Vorprüfung, die gemäß § 46 Abs. 3 StaRUG auch von Amts wegen erfolgen kann, in erster Linie dafür vorgesehen, Fragen zu erörtern, die sinnvoll nur unter Einbeziehung der planbetroffenen Gläubiger geklärt werden können; dies zeigt § 48 Abs. 1 StaRUG, der vorsieht, dass die von der Vorprüfungsfrage planbetroffenen Gläubiger anzuhören sind.

Nach diesen Maßstäben kann das Gericht im Rahmen der §§ 38 S. 1 StaRUG, 139 Abs. 1 ZPO insbesondere auf Mängel bei der Auswahl der Planbetroffenen und der Gruppenbildung hinweisen, die im Rahmen des vom Schuldner eingereichten Entwurfs des Restrukturierungsplans oder eines gemäß § 10a InsO analog durchgeführten Vorgesprächs ersichtlich werden und zu einer amtswegigen Versagung der Bestätigung nach § 63 Abs. 1 Nr. 2 StaRUG führen können.

2. AG Hamburg, Beschl. v. 18.1.2022, Az. 61 c RES 1/21

Interessant für die Sanierungspraxis sind auch die Ausführungen des AG Hamburg in dem um einen Tag nachgelagerten Beschluss zu dem vorgenannten Fall. Der Schuldner hatte mit der Anzeige seines Restrukturierungsverfahrens bei Vorlage eines sechsmonatigen Finanzplans zugleich beantragt, sämtlichen Gläubigern Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG für die Dauer von drei Monaten zu untersagen.

Erlass einer Stabilisierungsanordnung auch bei Mängeln im Restrukturierungsplan

Das AG Hamburg hat in richtiger Konsequenz auch die Stabilisierungsanordnung erlassen, allerdings zeitlich verkürzt:

Eine Restrukturierungsplanung, die Mängel bei der Begründung der Auswahlentscheidung der Planbetroffenen nach § 8 S. 1 StaRUG aufweist, steht dem Erlass einer Stabilisierungsanordnung nicht entgegen.

Die Stabilisierungsanordnung ist in einem solchen Fall gemäß § 51 Abs. 1 S. 3 StaRUG – vorläufig – auf einen Zeitraum von 20 Tagen zu beschränken; diese Frist beginnt – in Parallele zur einstweiligen Einstellung der Vollstreckung gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO – am Tag des Erlasses des Beschlusses um 12.00 Uhr und endet mit Ablauf des 20. Tages nach dem Erlass. Gleichzeitig hat das Gericht dem Schuldner aufgegeben, die Mängel bei der Gruppenbildung und Begründung der Auswahlentscheidung zu beheben.

Keine Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten

In diesem Fall hat das AG Hamburg keinen Restrukturierungsbeauftragten bestellt. Denn bei Überschaubarkeit der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse kann das Gericht davon absehen, einen Restrukturierungsbeauftragten zu bestellen (§ 73 Abs. 1 S. 2 StaRUG). Bei der Ausübung des gerichtlichen Ermessens ist auch und insbesondere die im Rahmen eines Vorgesprächs gemäß § 10a InsO analog geäußerte Einschätzung des Schuldners zu berücksichtigen.

Es ist anzunehmen, dass bei der Entscheidungsfindung des Gerichts der Kostenfaktor eines Restrukturierungsbeauftragten eine Rolle gespielt hat, was im Rahmen des Vorgesprächs mit dem Restrukturierungsgericht mitbesprochen worden sein dürfte.

3. Fazit und Ausblick

Das StaRUG bietet Unternehmen ein diskretes, flexibles und vergleichsweise kostengünstiges Sanierungsinstrument, mit dem sich das Stigma einer Insolvenz vermeiden lässt. Voraussetzung für eine solche Sanierung ist, dass das Unternehmen nur drohend zahlungsunfähig ist. Es ist zu erwarten, dass es künftig mehr StaRUG-Verfahren geben wird. Die beiden Entscheidungen des Amtsgerichts Hamburg, die bei der Auslegung des neuen Sanierungsrechts helfen, sind überzeugend und zeigen auf, wie wichtig es ist, im Rahmen eines Restrukturierungsverfahrens nach dem StaRUG einen fachlich versierten Rechtsberater an der Seite zu haben, der die entsprechende praktische Sanierungserfahrung mitbringt, auch in Bezug auf die Erstellung von Insolvenz- und Restrukturierungsplänen.



Jetzt mehr über unsere Leistungen erfahren!

Laden Sie kostenlos unseren Unternehmensflyer herunter.

www.buchalik-broemmekamp.de/ueber-uns/

Insolvente Unternehmen: Die direkte Inanspruchnahme von Geschäftsleitern durch Gläubiger nach § 826 BGB

Wenn der Insolvenzverwalter seinen Job nicht macht, machen Sie es eben selbst!

Gläubiger verlieren viel Geld, wenn ihr Vertragspartner die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragt. Dies gilt in der Regelinsolvenz noch mehr als in der Eigenverwaltung und bei der Umsetzung eines Insolvenzplans. Je länger der Geschäftsleiter in der Krise des Unternehmens mit der Ergreifung qualifizierter Maßnahmen wartet, desto größer wird der Schaden.

Frühzeitiges Handeln für Geschäftsleiter möglich und geboten

Das deutsche Insolvenz- und Sanierungsrecht bietet **spätestens seit dem 1. Januar 2021 mit den neuen Instrumenten des Restrukturierungsplans und der Sanierungsmoderation** für jeden Geschäftsleiter hervorragende Möglichkeiten, im Fall der Krise **rechtzeitig tätig zu werden** und einen **Schaden für die Gläubiger abzuwenden**. Das Gesetz verpflichtet jeden Geschäftsleiter zur tagesaktuellen Überwachung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens. Selbst wenn die Phase der Krise und sogar der drohenden Zahlungsunfähigkeit verlassen wird, sieht das Gesetz noch Sanierungsoptionen vor. Geschäftsleiter sind verpflichtet einen Insolvenzantrag zu stellen (§ 15a Insolvenzordnung). Insolvenz heißt aber nicht zwingend Abwicklung. Die Insolvenz in Eigenverwaltung ermöglicht – vor allem bei Umsetzung eines Insolvenzplans – den Erhalt des Unternehmens und eine hohe Quote für die Gläubiger. Lassen Geschäftsleiter auch diese Chance ungenutzt, bleibt leider allzu oft nur die Abwicklung in der Regelinsolvenz.

Haftung des Geschäftsleiters in der Regelinsolvenz

Im Fall der Regelinsolvenz wird meist – bei Abweisung des Insolvenzverfahrens mangels Masse denknotwendig – immer die **Pflicht zur rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrages verletzt**. Dies führt zur Haftung des Geschäftsleiters nach § 15b InsO (früher: § 64 GmbHG, u. a.). Ansprüche nach dieser Vorschrift kann allein der Insolvenzverwalter durchsetzen. Die Gläubiger müssen darauf vertrauen, dass er dies auch sachgerecht erledigt. Nicht selten werden hier fragwürdige Deals vereinbart und Geschäftsführer kommen „zu billig“ davon. Dies gilt vor allem dann, wenn der Geschäftsführer vermeintlich nicht leistungsfähig ist.



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht Dr. Olaf Hiebert

Gläubiger können selbst aktiv werden

In den Fällen einer **vorsätzlichen Insolvenzverschleppung** gibt es aber für Gläubiger die Möglichkeit, unmittelbar gegen Geschäftsleiter vorzugehen. Sie sind nicht auf den Insolvenzverwalter oder Sachwalter angewiesen. Eine vorsätzliche Insolvenzverschleppung liegt insbesondere dann vor, wenn der Geschäftsleiter den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung („Insolvenzreife“) nicht nur **fahrlässig übersehen** hat, sondern in Kenntnis einer eingetretenen Insolvenzreife den Insolvenzantrag **bewusst verzögert**. Aus der Strafbarkeit des Geschäftsleiters kann der Gläubiger nichts für sich herleiten. Eine Bestrafung des Geschäftsleiters verringert nicht den Schaden.

Zivilrechtliche Inanspruchnahme nach § 826 BGB

Von finanziellem Vorteil für den Gläubiger kann aber eine zivilrechtliche Inanspruchnahme des Geschäftsleiters sein. Hier bietet § 826 BGB die besten Voraussetzungen. Denn diese Norm kann der Gläubiger unabhängig von einem Insolvenzverwalter oder Sachwalter geltend machen und ein nach § 826 BGB titulierter Anspruch wird auch nicht von der Restschuldbefreiung in einem der Unternehmensinsolvenz folgenden Privatinsolvenzverfahren des Geschäftsleiters erfasst. Mit anderen Worten: Der Gläubiger kann den Geschäftsleiter **persönlich in die Verantwortung nehmen** und bis an sein Lebensende verfolgen.



Wann liegt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB vor?

Gläubiger nehmen selten Geschäftsleiter nach dieser Vorschrift in Anspruch. Ein erfolgreiches Beispiel ist Gegenstand der Entscheidung des BGH-Urteils vom 27.07.2021 (Az. II ZR 164/20). Das höchste deutsche Gericht in Zivilsachen stellt klar:

Die vorsätzliche Insolvenzverschleppung in der Absicht, das als unabwendbar erkannte Ende eines Unternehmens so lange wie möglich hinauszuzögern, erfüllt den Tatbestand einer sittenwidrigen Schädigung i. S. d. § 826 BGB, wenn dabei die **Schädigung der Unternehmensgläubiger billigend in Kauf genommen** wird. Weiß der Geschäftsleiter also, dass ein Insolvenzverfahren über kurz oder lang unvermeidbar ist, reicht es für eine Haftung gegenüber dem Gläubiger aus, wenn er dessen Schädigung für möglich gehalten und diese billigend in Kauf genommen hat. Die Geltendmachung des Schadenersatzes wird für Gläubiger dadurch wesentlich vereinfacht, dass nach Ansicht des BGH der Geschäftsleiter nicht wissen muss, welche oder wie viele Personen konkret durch sein Verhalten geschädigt werden.

Erleichterte Rechtsverfolgung für die Gläubiger

Der BGH erleichtert die Rechtsverfolgung für Gläubiger erheblich. Die **Sittenwidrigkeit** der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung soll regelmäßig bereits aus dem **vorsätzlichen Verstoß des Antragspflichtigen** gegen

seine Pflicht folgen. Wenn der Geschäftsleiter die Insolvenzzreife der Gesellschaft erkennt und das Unternehmen dennoch weiterführt, lässt das darauf schließen, dass er das unabwendbare Ende des Unternehmens zum Nachteil der Gläubiger nur hinauszögern will. Für Umstände, nach denen ein Verstoß gegen die guten Sitten ausnahmsweise ausscheidet, ist der beklagte Geschäftsführer darlegungsbelastet. Die Sittenwidrigkeit kann etwa dann **entfallen**, wenn der Geschäftsführer den Antrag unterlassen hat, weil er die **Krise den Umständen nach als überwindbar** und darum **Bemühungen um ihre Behebung durch einen Sanierungsversuch als lohnend und berechtigt ansehen** durfte. Kann der Geschäftsführer keinen oder nur einen untauglichen Sanierungsversuch vorweisen, bleibt es bei der persönlichen Haftung.

Was sind klassische Schadensfälle?

Gläubiger erleiden vor allem dann einen Schaden i. S. d. §§ 826, 249 BGB, wenn sie ein **kostenauslösendes Verhalten** im Fall des rechtzeitigen Insolvenzantrages **unterlassen haben**. Der Anwalt wäre nicht beauftragt worden, eine Klage nicht erhoben und auch ein Gutachter wäre nicht bestellt worden, wenn der Gläubiger von einem Insolvenzantrag des Vertragspartners gewusst hätte. Rechtzeitige Insolvenzanträge verhindern schlicht, dass Gläubiger gutes Geld schlechtem Geld hinterherwerfen. Geschäftsleiter, die hier bewusst zögern, haften zurecht persönlich.

Sanierungsberatung: Risiken der Anfechtung bei noch nicht entschiedener Rechtsfrage und Näheverhältnis zum Auftraggeber

I. Einführung

Sanierungsberater müssen auf dem Weg zur nachhaltigen Sanierung ihres Auftraggebers häufig rechtliche Entscheidungen treffen, die auf neuen oder geänderten Gesetzen basieren. So ist die Insolvenzordnung seit ihrem Bestehen häufig reformiert worden. Hinzugekommen sind gänzlich neue Gesetze, wie etwa das Unternehmensstabilisierungs- und restrukturierungsgesetz, kurz StaRUG.

Eine ausdifferenzierte Rechtsprechung oder eine ausreichende Anzahl von Veröffentlichungen in Fachzeitschriften gibt es als Leitplanke in solchen Fällen häufig noch nicht. Beurteilt ein Gericht eine entscheidende Rechtsfrage anders als der Berater, scheitert die angestrebte Sanierung. Der Sanierungsberater sieht sich wegen seiner Vergütung dann häufig Anfechtungen des späteren Insolvenzverwalters wegen seiner gesamten Vergütung ausgesetzt. Meist wird nach § 133 Abs. 1 InsO angefochten, weil hiervon Zahlungen der letzten vier Jahre betroffen sein können.

Dreh- und Angelpunkt einer solchen Anfechtung ist der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Sanierungsberaters davon. Häufig wird aus dem späteren Scheitern des Konzepts pauschal darauf geschlossen, dieses sei von Anfang an untauglich gewesen. Alle Zahlungen an den Berater seien deswegen mit dem Vorsatz erfolgt, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen. Der Sanierungsberater selbst habe die Untauglichkeit seines Konzeptes und damit einen solchen Vorsatz selbstverständlich ebenfalls erkannt.

Mitunter wird die Rechtslage erst später durch höchstgerichtliche Entscheidungen klarer. Das kann sich zugunsten des Sanierungskonzepts auswirken. Es kann aber auch das genaue Gegenteil eintreten. Dann kommt die Frage auf, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtslage gilt.

Wegen der Bedeutung in Sanierungsfällen wird auch die mögliche Anfechtbarkeit wegen eines besonderen Näheverhältnisses kurz besprochen.

II. Der konkrete Fall

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat zur Anfechtbarkeit in solchen Fällen am 03.03.2022 unter dem Aktenzeichen IX ZR 78/20 ein Urteil gesprochen. Hier muss sich zwar die untere Instanz mit der Sache neu befassen. Aber der BGH hat wichtige Leitsätze formuliert, die hier in aller



Rechtsanwalt Karsten Dumrath

Kürze besprochen werden sollen. Auch zu einem besonderen Näheverhältnis der Beraterin zur Schuldnerin und den Folgen für die Anfechtung hat der BGH Stellung genommen.

Die niederländische Tochter der Schuldnerin (von nun an: Emittentin) hatte im Jahr 2009 Wandelschuldverschreibungen (WSV) begeben. Für die Rückzahlung übernahm die Schuldnerin Garantien. Die WSV wurden Ende Februar 2012 zur Auszahlung oder Umwandlung fällig.

Jedoch schon 2011 gerieten die Schuldnerin und mit ihr die Emittentin in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Es war absehbar, dass im Februar 2012 die Gläubiger der WSV nicht befriedigt würden. Die Schuldnerin beauftragte eine Beraterin mit der Entwicklung eines Sanierungskonzepts. Die Beraterin sollte in Zwei-Wochen-Schritten Rechnungen stellen. Die Rechnungen wurden von der Schuldnerin bis Anfang April 2012 bezahlt.

Für die Sanierung schlug die Beraterin vor, die Bedingungen der WSV zu ändern. Die Gläubiger sollten nur noch die Umwandlung in Eigenkapital verlangen können und keine Zahlung mehr.

Als ausländische Emittentin unterfiel die Tochtergesellschaft nicht dem damaligen Schuldverschreibungsgesetz von 1899. Es konnte daher keine Mehrheitsentscheidung über die Änderung der Bedingungen geben. Eine Änderung der Anleihebedingungen setzte Einstimmigkeit voraus. Diese war aber nicht zu erlangen. Im Jahr 2009 trat ein neues Schuldverschreibungsgesetz (SchVG) in Kraft. Das galt zwar nicht direkt für die WSV der Tochtergesellschaft. Denn die WSV war vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes begeben worden. Das neue Gesetz sah aber eine Möglichkeit vor, dass



Schuldverschreibungen durch Mehrheitsbeschluss der Gläubiger unter das neue Gesetz fallen konnten. Eine Unsicherheit bestand damals noch: Galt diese Möglichkeit auch für Anleihen, die dem alten Gesetz von 1899 nicht unterfielen? Die Regelungen waren neu, Rechtsprechung zu der Frage gab es noch nicht.

Die Beraterin entschied sich, die Sanierung nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz anzugehen. Es wurde im Dezember 2011 eine Gläubigerversammlung durchgeführt. Diese beschloss folgendes: Erstens wurde die Fälligkeit der WSV um zwei Monate hinausgeschoben. Zweitens sollte die WSV dem neuen Gesetz unterfallen. Drittens sollten die Anleihebedingungen geändert werden.

Mehrere Gläubiger der WSV erhoben aber Klage gegen den Beschluss, die Anleihebedingungen zu ändern. Die Klage wurde bei dem einzigen Gericht erhoben, das nach dem neuen SchVG in Deutschland für Klagen gegen Emittenten ausländischer WSV zuständig war: dem LG Frankfurt am Main. Mit der Klage war die Umsetzung des Mehrheitsbeschlusses gehemmt.

Das SchVG ermöglicht es dem Gericht, die Umsetzung des angefochtenen Beschlusses trotz der anhängigen Klage anzuordnen (sog. Freigabeverfahren). Einen solchen Antrag stellte die Emittentin beim LG; der Antrag wurde aber am 23.01.2012 abgewiesen. Die Emittentin legte Beschwerde beim OLG Frankfurt am Main ein, um die Freigabe zu erlangen. Das Verfahren ruhte dann wegen Verhandlungen.

Denselben Sanierungsansatz (Umwandlung der WSV einer ausländischen Tochtergesellschaft) verfolgte die Beraterin bei einem anderen Mandanten. Der Schuldnerin war dies bekannt. Ihr war auch bekannt, dass das OLG Frankfurt dort über eine Freigabe entscheiden musste. Derselbe Senat in derselben Besetzung war auch für das Verfahren der Emittentin zuständig.

Das OLG Frankfurt wies am 27.03.2012 den Freigabeantrag im Parallelverfahren ab. Es verneinte die Anwendbarkeit des neuen SchVG auf Anleihen, die nicht zuvor dem alten Gesetz unterlegen hatten.

Es gab keinen Alternativplan der Beraterin, der in der kurzen Zeit bis zur Fälligkeit der Anleihe Ende April 2012 umsetzbar war. Die Schuldnerin stellte am 03.04.2012 den Insolvenzantrag.

Der Insolvenzverwalter focht alle Zahlungen der Schuldnerin an die Beraterin (über 4 Mio. Euro) an. Das LG Frankfurt gab der Klage in voller Höhe, das OLG nur für die Zahlungen an die Beraterin ab dem 27.03.2012, statt. Schuldnerin und Verwalterin legten Revision ein. Der BGH verwies an das OLG zurück.

Bittere Ironie: Im Jahr 2014 entschied der BGH in einem anderen Verfahren, dass Anleihen wie die vorliegende WSV doch dem neuen Schuldverschreibungsgesetz unterfallen können.

III. Die Auswirkungen des Urteils im Einzelnen

1. Die ungewisse Rechtslage

Der BGH verlangt für einen erfolgversprechenden Sanierungsversuch keinen rechtlich risikolosen Weg. Der Schuldner müsse jedoch vorausschauend eine Einschätzung der Rechtslage treffen. Auf einen damaligen Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung dürfe er vertrauen. Gibt es keine solche Rechtsprechung, entscheidet der Stand der veröffentlichten Literatur. Wenn diese die Rechtsfrage zum Nachteil des Schuldners kommentiert, darf die Sanierung nicht auf dem vorgeschlagenen Weg erfolgen. Das gilt jedenfalls dann, wenn nicht genügend Zeit für eine verbindliche Klärung der Rechtsfrage bleibt.

Bei einer völlig neuen Rechtslage ohne Leitplanken in Rechtsprechung und Literatur muss der Schuldner prüfen, ob der Sanierungsversuch nicht aus Rechtsgründen scheitern werde. Wegen der Unsicherheit sei dies in einem solchen Fall nach einem großzügigen Maßstab zu beurteilen. Auf den Rat eines fachlich einschlägig ausgewiesenen Beraters darf er sich verlassen.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt am 27.03.2012 gegen den gewählten Weg machte den Sanierungsversuch vor diesem Stichtag daher nicht zwingend untauglich. Zahlungen konnten daher bis dahin noch ohne Benachteiligungsvorsatz erfolgen.

Ein solcher Vorsatz konnte aber durchaus schon vorher bestehen; die Zurückweisung der Freigabe durch das LG wies in diese Richtung. Dazu musste das Berufungsgericht aber noch eigene Feststellungen treffen.

2. Benachteiligungsvorsatz spätestens ab der nachteiligen Entscheidung

Jedoch spätestens ab dem 27.03.2012 hat der BGH den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin wegen Zahlungen an die Beraterin für möglich gehalten. Ein Vertrauen auf einen aussichtsreichen Sanierungsversuch gab es nach der Entscheidung des OLG im Parallelverfahren nicht mehr. Denn in fünf Wochen wurde die WSV zur Rückzahlung fällig. Es verblieb auch nicht mehr genug Zeit, um das Hauptsacheverfahren wegen der Widersprüche einzelner Gläubiger durchzufechten. Ohne die Freigabeentscheidung war der Beschluss zur Umwandlung der WSV nicht umsetzbar.

Alle Zahlungen an die Beraterin ab der Entscheidung des OLG Frankfurt konnten daher den Gläubigern keinen Nutzen mehr bringen. Es wurde einseitig ein Gläubiger zu Lasten der anderen befriedigt. Der Insolvenzantrag stand unmittelbar bevor.

Es nützt der Schuldnerin nichts, dass der BGH zwei Jahre später zu ihren Gunsten entschied: Es kam nach Ansicht des BGH auf die Rechtslage im Jahr 2012 an. Damals gab es zu der vorliegenden Rechtsfrage nur den Beschluss des OLG Frankfurt.

3. Zahlungen bei noch nicht ansatzweise umgesetztem Sanierungskonzept

Die Beraterin hat von der Schuldnerin bereits für die Ausarbeitung des Sanierungskonzeptes Zahlungen erhalten. Zu diesem Zeitpunkt war die Sanierung noch nicht einmal – mitnichten in Ansätzen – in die Tat umgesetzt. So war die Gläubigerversammlung erst im Dezember 2011 zusammengetreten.

Der BGH hatte bislang (so z.B. 2014 in NZI 2014, 650) einen Benachteiligungsvorsatz bei Zahlungen bei lediglich beabsichtigter Sanierung angenommen.

Insoweit hat der BGH seine Rechtsprechung ausdrücklich geändert.

4. Die gefährliche Nähe nach § 138 InsO

Der BGH entschied in einem Punkt zuungunsten der Beraterin. Er sah nämlich die Möglichkeit, dass ein Sanierungsberater eine nahestehende Person im Sinne des § 138 InsO sein konnte. Die Vorgerichte hatten das von vornherein verneint.

Eine solche Nähe kann nach Ansicht des BGH gegeben sein, wenn der Berater denselben Einblick in die Situation der Mandantin hat wie ein leitender Angestellter.

Folge dieser Nähebeziehung ist die Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 4 InsO. Danach sind Rechtshandlungen anfechtbar, die durch Vertrag mit dieser nahestehenden Person begründet wurden. Dieser Vertrag muss die Gläubiger unmittelbar benachteiligen. „Vertrag“ in diesem Sinne können auch einvernehmliche Zahlungen sein. Zahlungen, welche die Liquidität mindern, benachteiligen die Gläubiger häufig unmittelbar: Der Kontostand ist geringer oder der Negativsaldo höher als vor der Zahlung.

Eine solche unmittelbare Benachteiligung scheidet jedoch aus, wenn der Schuldner durch die Beratung eine Gegenleistung erhält, die „ihr Geld wert“ ist.

Bei einem aussichtsreichen Sanierungskonzept wird das regelmäßig der Fall sein.

Spätestens dann, wenn die Sanierung gescheitert ist, erlangt die Schuldnerin keinen Gegenwert mehr durch weitere Zahlungen an den Berater. Gleiches gilt von Beginn der Sanierung an bei überhöhten Beraterhonoraren.

In diesen beiden Fällen wird dann vermutet, dass der Sanierungsberater den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners kennt. Die Widerlegung einer Kenntnis ist erfahrungsgemäß sehr schwer.

IV. Zusammenfassung:

1. Ein Schuldner darf auch einen rechtlich riskanten Weg bei der Sanierung gehen. Er hat dabei einen weiten Spielraum. Auf fachlich versierte Berater darf er dabei vertrauen.
2. Entscheidend ist die Rechtslage, die zum Zeitpunkt des Sanierungskonzepts gilt. Spätere Änderungen der Rechtslage sind unbeachtlich.
3. Zahlungen an einen Sanierungsberater können auch bei einem nur beabsichtigten tauglichen Sanierungskonzept ohne Benachteiligungsvorsatz erfolgen.
4. Ein Sanierungsberater kann als nahestehende Person gelten. Zahlungen an ihn können nach § 133 Abs. 4 InsO erleichtert anfechtbar sein, insbesondere bei untauglichen Konzepten.

KÜNDIGUNGSSCHUTZ

Ihre Rechte einfach erklärt

E-Book für Arbeitnehmer | 2. Auflage 2022



Laden Sie kostenlos unser E-Book herunter.

www.buchalik-broemmekamp.de/rechtsberatung/arbeitsrecht/arbeitnehmerrecht/kuendigungsschutz/

Aktuelle Veröffentlichungen

Wir veröffentlichen regelmäßig Publikationen zu relevanten Fach- und Branchenthemen. Profitieren Sie von unserer Expertise und der hohen Praxisrelevanz unserer Printmedien, die wir Ihnen ggf. auch als PDF bereitstellen. Senden Sie uns gerne eine E-Mail an Frau Stefanie Rippin unter: rippin@bbr-law.de



The new restructuring law from an investors point of view

The restructuring options of self-administration in insolvency (ESUG procedure) are now being used by many companies that are in crisis.

1. Auflage 2022

Herausgeber: Robert Buchalik und Dr. Jasper Stahlschmidt
E-Book



Kündigungsschutz | Ihre Rechte einfach erklärt

Rechtsanwalt Philipp Wolters LL.M. beantwortet in seinem E-Book die häufigsten Fragen rund um den Kündigungsschutz.

2. Auflage 2022

Autor: Philipp Wolters LL. M.
E-Book



Privatinsolvenz | So gelingt der wirtschaftliche Neuanfang

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht Dr. Olaf Hiebert gibt konkrete Antworten auf die wichtigsten Fragen rund um die Privatinsolvenz in leicht verständlicher Sprache.

3. Auflage 2022

Autor: Dr. Olaf Hiebert
ISBN 978-3-406-77418-8



Das Restrukturierungsgericht im StaRUG

Das aufgrund der EU-Richtlinie 2019/1023 am 01.01.2021 in Kraft getretene StaRUG stellt an alle Verfahrensbeteiligten neue Herausforderungen – ein Überblick.

1. Auflage 2021

Herausgeber: Dr. Utz Brömmekamp
ISBN 978-3-947456-12-3



Das neue Sanierungsrecht aus Investorensicht

Die Sanierungsmöglichkeiten der Eigenverwaltung in der Insolvenz (ESUG-Verfahren) werden zwischenzeitlich von vielen Unternehmen, die sich in der Krise befinden, genutzt.

1. Auflage 2021

Herausgeber: Robert Buchalik und Dr. Jasper Stahlschmidt
ISBN 978-3-947456-11-6



Sanieren unter Insolvenzschutz statt Liquidieren durch Insolvenz

Immer mehr Unternehmen entscheiden sich in der Krise für die Insolvenz in Eigenverwaltung und nutzen so die erleichterten Möglichkeiten der Sanierung.

4. Auflage 2021

Herausgeber: Robert Buchalik und Dr. Jasper Stahlschmidt
ISBN 978-3-947456-09-3



Insolvenzanfechtung – Risiken vermeiden, Ansprüche abwehren

Das E-Book vermittelt einen Überblick zum Rechtsgebiet der Insolvenzanfechtung und gibt grundlegende Hinweise für Betroffene sowie Nicht-Betroffene.

2. Auflage 2019

Herausgeber: Robert Buchalik und Dr. Olaf Hiebert
E-Book



Aufrechnung in der Insolvenz – leicht gemacht

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht Dr. Olaf Hiebert liefert kompakt und verständlich die wichtigsten Informationen zum Thema Aufrechnung in der Insolvenz.

1. Auflage 2019

Autor: Dr. Olaf Hiebert
E-Book

Zur Übersicht



Kommende Veranstaltungen

Mit Präsenz-, Online- und Hybrid-Seminaren halten Sie sich auf dem Laufenden! Wir unterstützen unsere Mandantschaft, unsere Netzwerkpartner:innen sowie Kammern und Verbände kontinuierlich dabei, die Rechtslage im Überblick zu behalten. Profitieren Sie sowohl fachlich als auch praktisch von unserem hochqualifizierten Vortragsangebot. Unsere Referentinnen und Referenten verfügen ausnahmslos über langjährige Erfahrung und hohe Expertise.

Online-Seminar IHK Halle-Dessau – Das neue Kaufrecht

Zum 1. Januar 2022 ist die Reform des Kaufrechts in Kraft getreten. Beim Verkauf von Waren an Verbraucher treffen Verkäufer zahlreiche neue Pflichten. Im Zentrum steht unter anderem eine Update-Verpflichtung für Verkäufer bei Waren mit digitalen Elementen wie etwa Smart-Watches, aber auch ein verschärftes Gewährleistungsrecht.

29.06.2022

[Mehr erfahren](#)



10. Turnaroundkongress 2022: Raus aus der Krise – Wie Unternehmen über Zukunftsthemen und Innovationen erfolgreiche Geschäftsmodelle ankurbeln

Wie generiere ich heute mit neuen Ideen profitables Geschäft, das meine Firma oder meinen Betrieb zukunftsfähig auch für morgen aufstellt? Der 10. Turnaroundkongress am 5. und 6. September 2022 im Steigenberger Grandhotel auf dem Petersberg in Königswinter bei Bonn ist vor allem dieser Frage gewidmet. Praktiker geben Antworten und vermitteln nutzbringendes Wissen, welches Teilnehmerinnen und Teilnehmer für ihre Organisationen mitnehmen und in eigener Gestaltung umsetzen können. Rechtsanwalt Robert Buchalik, Vorstandsvorsitzender der BV ESUG e. V. referiert zum Thema „Sanierung ohne Insolvenz – eine gesetzgeberische Innovation?“.

05 - 06.09.2022

[Mehr erfahren](#)



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 Insolvenz- und Sanierungsrecht**

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