

Der Sanierungs Berater

www.sanierungsberater.de

Betriebs-Berater für Interimsmanagement und Restrukturierung

SanB

Herausgegeben von
Prof. Dr. Daniel Graewe
Dr. Martin Heidrich
Rüdiger Weiß

Beirat
Martin Hammer
ORR Dr. Michael Hippeli
Béla Knof
Prof. Dr. Rolf-Dieter Mönning
VRiLG Dr. Martin Pellens
Prof. Dr. Jens M. Schmittmann
Dr. Johan Schneider

Schriftleitung
Dr. Anke Gößmann

1/2020

S. 1–38

1. Jahrgang

- | | | |
|---|--|----|
| ■ | RA Béla Knof
„Flattening the curve“ der Insolvenzen | 1 |
| ■ | Dr. Martin Heidrich, LL.M./Titus Michel/Saskia Steinicke
Corona: Reine Symptombekämpfung mittels staatlichen „Hilfspaketes“ | 2 |
| ■ | Prof. Dr. Daniel Graewe
Drei Wellen in drei Jahren – schon im Jahr 2012 sah man eine Corona-Pandemie kommen | 7 |
| ■ | Dr. Hendrik Boss/Maik Luttmann/Dr. Christian Saueressig
Erwägungen zu einem restrukturierungs-spezifischen Haftungskonzept des zukünftigen Restrukturierungsbeauftragten | 9 |
| ■ | Martin Hammer
Der präventive Restrukturierungsrahmen aus der Sicht eines leistungswirtschaftlichen Beraters | 13 |
| ■ | Dr. Martin Heidrich, LL.M./Saskia Steinicke
Die Idee des sogenannten qualifizierten Rangrücktritts und die Fallstricke in der Praxis | 16 |
| ■ | Frank Günther/Asmus Ohle/Marvin Armbruster/Daniel Walther
Schönwetterinstrument Schuldschein: Lösungsansätze für die Restrukturierung | 21 |
| ■ | Prof. Dr. Daniel Graewe
Case Study: Pacific Gas & Electric – ein ewiger Sanierungsfall? – | 25 |
| ■ | Dr. Christoph Klaiber
Ein Blick über den (deutschen) Tellerrand: Das Präventionssystem im französischen Recht der Kollektiverfahren – ein Plädoyer für die Fragmentierung insolvenz-vermeidender Instrumentarien | 29 |
| ■ | RA Rüdiger Weiß
Anmerkungen zu BGH IX ZR 223/18 vom 21.11.2019 „Keine Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung durch nachträgliche Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens“ | 35 |
| ■ | Dr. Johan Schneider
Anmerkungen zu BGH IX ZR 328/18 vom 12.12.2019 „Zweifelsregelung zu § 339 InsO und Reichweite des (alten) Eigenkapitalersatzes“ | 36 |
| ■ | Dr. Leonard Szabó
Anmerkungen zu BGH IX 170/18 „Voraussetzungen und Nachweis der Wissenszurechnung bei Beauftragung des Hauptzollamtes“ | 38 |

RA Rüdiger Weiß, Dresden, Hamburg, Düsseldorf*

Anmerkungen zu BGH, 21.11.2019 – IX ZR 223/18

„Keine Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung durch nachträgliche Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens“

Der IX. Zivilsenat hatte sich am 21.11.2019 erneut mit der Thematik der nachträglichen Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung auseinandersetzen. Vorangegangen war diesem Urteil die Entscheidung des OLG München vom 3.7.2018 (5 U 2701/17), welches seinerseits über das erstinstanzliche Urteil des LG München I vom 7.7.2017 (6 O 14982/15) zu befinden hatte.

Sachverhalt

Der Kläger ist Verwalter in dem auf den Eigenantrag vom 5.3.2014 über das Vermögen der A. GmbH & Co. KG (Schuldnerin) am 26.5.2014 eröffneten Insolvenzverfahren.

Die Beklagten sind alleinige Kommanditisten der Schuldnerin und Alleingesellschafter der A. Verwaltungs GmbH, der Komplementär-GmbH der Schuldnerin, über deren Vermögen ebenfalls ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die Beklagten sind zudem Alleingesellschafter der S. GmbH, welche an der SV GmbH beteiligt ist. Weitere Gesellschafterin der SV GmbH ist die SH GmbH. Die SH GmbH gewährte der S. GmbH am 29.9.2009 ein Darlehen über 20 Mio. EUR. Diese Mittel nutzt die S. GmbH, um am 20.12.2012 einen Darlehensvertrag mit den Beklagten über einen Betrag in Höhe von zunächst 10,6 Mio. EUR, der später auf 16 Mio. EUR erhöht wurde, zu schließen. Die Beklagten wiederum überließen diesen Betrag ebenfalls als Darlehen aufgrund mündlicher Vereinbarungen der Schuldnerin.

Die Schuldnerin erstattete den Beklagten am 14.8.2013 einen Darlehensbetrag von 3,5 Mio. EUR, indem sie eine Direktzahlung an die SH GmbH veranlasste. Die Beklagten stellten der Schuldnerin mittels einer Zahlung der SH GmbH am 16.12.2013 (weitere) Darlehensmittel über 4,5 Mio. EUR zur Verfügung.

Der Kläger hat die Darlehensrückführung vom 14.8.2013 gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 134 Abs. 1, § 133 InsO angefochten. Das OLG hat die erstinstanzlich erfolgreiche Klage unter Verweis auf die nachträgliche Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung abgewiesen. Die vom Senat zugelassene Revision führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Rückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Wesentlicher Inhalt der Entscheidung

Der BGH stellte zunächst fest, dass die Darlehensrückgewähr vom 14.8.2013 der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterliege (Rn. 11 – 13).

Hinsichtlich der nachträglichen Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung (Rn. 14–19) hält der BGH an seiner bisherigen Linie fest (vgl. BGH, 4.7.2013 – IX ZR 229/12; BGH, 25.1.2018 – IX ZR 299/16; BGH, 2.5.2019, IX ZR 67/18). Er verweist darauf, dass die nachträgliche Beseitigung nur in Betracht komme, wenn der ursprüngliche vermögensrechtliche Zustand wiederhergestellt werde und die Rückführung eindeutig zu dem Zweck erfolge, die Verkürzung der Haftungsmasse ungesche-

hen zu machen. Dies sei nach hiesigen Gegebenheiten aber gerade nicht der Fall, da der Schuldnerin nach übereinstimmender Auffassung beider Parteien ein Anspruch auf Bereitstellung weiterer Darlehensmittel in Höhe von 4,5 Mio. EUR zugestanden habe. Somit habe die Zahlung der 4,5 Mio. EUR der Erfüllung der neuen Darlehensforderung und nicht der Vorwegbefriedigung des Anfechtungsanspruches gedient.

Daran anknüpfend (Rn. 20–22) macht der BGH deutlich, dass es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht darauf ankomme, ob der Darlehensanspruch, der anstelle des Anfechtungsanspruches getilgt wurde, aufgrund des Kündigungsrechts der Beklagten aus § 490 BGB wirtschaftlich betrachtet wertlos sei. Die hypothetische Erwägung, ob der Darlehensanspruch auch nach Verfahrenseröffnung noch bestanden hätte, sei unbeachtlich, da dieser jedenfalls vor Verfahrenseröffnung erfüllt wurde, und die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung aufgrund des realen Geschehens und nicht anhand von hypothetischen Betrachtungen zu beurteilen sei.

In seiner Segelanweisung (Rn. 24) widmet sich der IX. Zivilsenat der Problematik der Anfechtbarkeit von Kontokorrentdarlehen und weist darauf hin, dass diese nur bis zu ihrer eingeräumten Kreditobergrenze anfechtbar seien. Sofern also eine Darlehensobergrenze von 16 Mio. EUR vereinbart und erreicht sei, sei auch eine Neubewertung des Sachverhalts, insbesondere zum Vorliegen eines Kontokorrentverhältnisses oder Staffelfredits, geboten.

Anmerkung

Die Entscheidung zeigt auf, dass der BGH weiter an seiner durchaus strengen Rechtsprechungslinie in Bezug auf die Anfechtbarkeit von rückgeführten Gesellschafterdarlehen festhält. Diese mag bei rein wirtschaftlicher Betrachtung nicht jedem gerecht erscheinen. Aus dogmatischer Sicht verdient diese Rechtsprechung jedoch Zustimmung, da der BGH die einzelnen Leistungsbeziehungen scharf voneinander abgrenzt und die Voraussetzungen der nachträglichen Beseitigung der Benachteiligung stringent prüft. Allein die erneute Zurverfügungstellung zunächst zurückgewährter Mittel reicht nicht aus, die eingetretene Gläubigerbenachteiligung zu beseitigen, sofern der Schuldnerin ohnehin ein Anspruch auf die Überlassung weiterer Kreditmittel zustand.

Die Ausführungen zur Anfechtbarkeit von kontokorrentartigen Darlehensverhältnissen reihen sich in diese stringente Vorgehensweise ein. Der IX. Zivilsenat zeigt auf, dass eine Gläubigerbenachteiligung dann ausscheidet, wenn durch die Darlehensrückzahlung ein neuer Anspruch auf weitere Kreditmittelgewährung begründet und diese in mindestens gleicher Höhe in Anspruch genommen wurde. Beweisbelastet für das Bestehen eines Kontokorrentverhältnisses oder eines Staffelfredits und damit für den Wegfall der Gläubigerbenachteiligung ist nach ständiger Rechtsprechung der Beklagte, so dass Zweifelsfälle zu seinen Lasten gehen. Wie weit der BGH im Einzelfall Auslegungsspielräume zulässt, ist anhand der Entscheidung vom 7.3.2013 (IX ZR 7/12) nachzuvollziehen. In dieser hat der BGH ein Kontokorrentverhältnis trotz monatli-

* Fachanwalt für Insolvenzrecht, Gründungsgesellschafter der auf Unternehmenssanierung spezialisierten bundesweit tätigen Unternehmensgruppe WallnerWeiß

cher Beschlussfassung eines Gemeinderates über die Darlehensgewährung bejaht.

Für Gesellschafterdarlehen, die über einen längeren Zeitraum gewährt werden und die während ihres Verlaufes oft Hin- und Herbzahlungen beinhalten, empfiehlt es sich daher, eine klare – bestenfalls schriftliche – Vereinbarung zu treffen, die sich zur

genauen Ausgestaltung des Darlehensverhältnisses äußert und eine möglicherweise vereinbarte Obergrenze beziffert. Erst eine solche Vereinbarung kann in Zeiten der Krise hinreichenden Aufschluss darüber gewähren, welche Zahlungen geeignet sind, die Gläubiger zu benachteiligen oder umgekehrt, eine Gläubigerbenachteiligung zu beseitigen.

RA Dr. Johan Schneider, Hamburg*

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.12.2019 – IX ZR 328/18

1. Der für das Insolvenzrecht zuständige IX. Zivilsenat des BGH setzt mit seiner Entscheidung vom 12.12.2019 seine verwalterfreundliche Rechtsprechung auch in internationalen Anfechtungssachverhalten fort und stärkt die Anwendung des nationalen Insolvenzanfechtungs-, Gesellschafts- und Deliktsrechts in deutschen Insolvenzverfahren.

2. Das Urteil behandelt eine durchaus typische Fallkonstellation bei der grenzüberschreitenden Geltendmachung insolvenzspezifischer Ansprüche. Die insolvente Schuldnerin ist eine in Deutschland ansässige GmbH. Ihre Alleingesellschafterin ist eine Schweizer AG, deren Aktien wiederum nahezu vollständig von einer weiteren Schweizer AG gehalten werden. Hieran ist der in der Schweiz lebende Beklagte mit mindestens 22% beteiligt, der zugleich CEO der Muttergesellschaft der Schuldnerin ist. Der Beklagte reichte in den Jahren 2007 bis 2009 umfangreiche Darlehen an die Schuldnerin aus, die teilweise grundpfandrechtl. besichert wurden. In den Darlehensverträgen ist die Geltung schweizerischen Rechts vereinbart worden. Außerhalb der Jahresfrist vor dem Insolvenzantrag zahlte die Schuldnerin wesentliche Teile des Darlehens im Jahre 2008 zurück. In dem am 01.01.2010 eröffneten Insolvenzverfahren fordert der klagende Insolvenzverwalter mit einer Teilklage vor dem Landgericht Dresden und – nach Klagabweisung – vor dem Oberlandesgericht Dresden die Erstattung der Darlehensrückzahlungen, die er vorrangig auf § 133 InsO stützt. Daneben macht er Ansprüche aus Eigenkapitalersatzrecht und – ausdrücklich erstmals im Berufungsrechtszug – aus unerlaubter Handlung geltend. Das Oberlandesgericht hat die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil zurückgewiesen und die Auffassung vertreten, nach dem gemäß § 339 InsO maßgeblichen schweizerischen Recht sei die Rückzahlung des Darlehens in keiner Weise anfechtbar. Wegen der Übergangsvorschrift nach Art. 103d EGIInsO seien zudem Ansprüche aus Eigenkapitalersatzrecht nicht mehr anwendbar. Die deliktischen Ansprüche seien nach § 533 ZPO bei der Entscheidung nicht zu berücksichtigen.

3. Der BGH teilt diese Feststellungen nicht. Dabei lässt der BGH zum anwendbaren Insolvenzrecht zunächst noch offen, ob § 339 InsO im Verhältnis zur Schweiz überhaupt anwendbar ist oder – wozu er mit einer im Schrifttum weit verbreiteten Ansicht offen tendiert – wegen des Anwendungsvorrangs europäischer Verordnungen und der Rechtsprechung des EuGH zur Anknüpfung an nur einen Mitgliedstaat (EuGH, NJW 2014, 610 Rz. 20) die Geltung von Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1364/2000 des Rates vom 29.05.2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO 2000) annimmt. Allerdings prüft der BGH nicht abschließend, ob insbesondere nach Art. 13 EuInsVO

2000 tatsächlich deutsches Anfechtungsrecht zur Anwendung kommt, so dass er die Frage der anwendbaren Norm streng genommen nicht offen lassen durfte. Dass der BGH auch nach Art. 13 EuInsVO 2000 zu demselben Ergebnis kommen würde, folgt indes daraus, dass er bei der Prüfung des § 339 InsO auf die Auslegungsgrundsätze zu Art. 13 EuInsVO 2000 bzw. Art. 16 EuInsVO 2015 verweist (Rn. 16).

4. Die kollisionsrechtliche Prüfung des anwendbaren Insolvenzrechts nach den §§ 335, 339 InsO ist auch in der Begründung des BGH nicht zu beanstanden. Grundsätzlich wird nach § 335 InsO an das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung angeknüpft („lex fori concursus“). Eine alternative Anknüpfung an das Recht des Staates der Rechtshandlung („lex causae“) erfolgt zweistufig: auf die Rechtshandlung ist das ausländische materielle Recht anwendbar und die Rechtshandlung ist nach diesem Recht „in keiner Weise angreifbar“. In Fortschreibung seiner bisherigen Rechtsprechung zur engen Auslegung von § 339 InsO (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 8.2.2018 – IX ZR 103/17, BGHZ 217, 300 Rn. 43 f.) bejaht der BGH vorliegend die Anwendung des deutschen Insolvenzanfechtungsrechts (§§ 129 ff. InsO). Dabei stellt der BGH zunächst noch einmal klar, dass sich die fehlende Angreifbarkeit der Rechtshandlung nicht nur auf Gründe der Insolvenzanfechtung, sondern auch auf sämtliche Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe bezieht. Weitergehend hält der BGH die Rechtshandlung auch dann für angreifbar, wenn sie Rückgewähr- oder Schadenersatzansprüche auslöst, wenn also die Rechtshandlung nicht zwingend unwirksam oder nichtig ist. Daneben überbürdet der BGH dem Anfechtungsgegner die volle Darlegungs- und Beweislast für die fehlende Angreifbarkeit und legt nach allgemeinen Beweislastregeln schon die ungeklärte Rechtslage zum Nachteil des Anfechtungsgegners aus. Dabei leitet der BGH die ungeklärte Rechtslage aus fehlender „verbreiteter instanzgerichtlicher Rechtsprechung“ bzw. „höchstrichterlicher Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts“ ab, das die streitige Frage (hier Vereinbarung eines konkludenten Rangrücktritts bei Darlehensgewährung in der Krise) sogar „ausdrücklich“ offen gelassen hat. Die Verteilung dieser (prozessualen) Risiken ist auch vor dem Hintergrund der Ausgestaltung des § 339 InsO als Ausnahmeregelung, die restriktiv zu handhaben ist, interessengerecht.

5. Ohne große praktische Relevanz sind die Feststellungen des BGH zur Anwendbarkeit der Rechtsprechungsregeln zum alten Eigenkapitalersatzrecht (§§ 30, 31 GmbHG a.F.) auch für die nach dem 01.11.2008 eröffneten Verfahren. Der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH hatte unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 01.11.2008 mit Entscheidung vom 26.01.2009 (II ZR 260/07 „Gut Buschow“, BGHZ 179, 249, Rz. 15 ff.) bereits erkennen lassen, dass er sich vom Gesetzgeber durch eine

* Der Autor ist Managing Partner der überörtlichen Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung von Rechtsanwälten und Steuerberatern.