

Aktuelle Gesetzgebung

**BGH konkretisiert Finanzierungsberatungs-
pflichten**

BGH lockert Bürgenhaftung

**Keine Bugwellentheorie bei der Zahlungs-
unfähigkeitsprüfung**

**BGH beschränkt Einwendungen von Komman-
ditisten**

Ping-Pong zwischen BFH und Finanzministerium

Aktuelle Gesetzgebung

Der Koalitionsvertrag der neuen Regierung zeigt erste Programmansätze für zukünftige Gesetzgebungsvorhaben. So finden sich Hinweise zur Digitalisierung im Insolvenzverfahren, zu Regelungen der Gründungsförderung, zur insolvenzfesten Altersvorsorge für Selbstständige, zu Bauträgerinsolvenzen sowie zum Schutz des Lizenznehmers im Insolvenzfall. Es bleibt abzuwarten, wann diese Programmansätze weitere Konturen annehmen. Das bereits beschlossene Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen ist am 21. April 2018 in Kraft getreten. Das europäische Vorhaben zum vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren ist bisher noch nicht über die Beratungsphase hinaus fortgeschritten. Zum Richtlinienentwurf (wir berichteten) liegen zwischenzeitlich auch eine Stellungnahme und Änderungsvorschläge des Verbands Insolvenzverwalter Deutschlands (VID) sowie weitere Stellungnahmen auf EU-Ebene vor. Aus den insgesamt 382 Änderungsanträgen wird sich voraussichtlich noch in diesem Jahr ein neuer Richtlinienvorschlag formen, dessen Einzelheiten jedoch noch nicht abgesehen werden können. Wir werden berichten.

BGH konkretisiert Finanzierungsberatungs- pflichten

Zu den Aufklärungspflichten der Bank aufgrund eines Finanzierungsberatungsvertrages bei Empfehlung eines im Hinblick auf die Verzinsung wechselkursbasierter Darlehensvertrags.

BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 – XI ZR 152/17

In einem jüngst vom BGH zur Bankenhaftung entschiedenen Fall wollte eine Kommune ihr bereits vorhandenes

Liebe Leserin, lieber Leser,

bewährte Tradition in neuem Gewand! Als Thierhoff Müller & Partner bringen wir mit unserem Newsletter seit Jahren kompakte, von uns als wichtig und interessant befundene Informationen aus den Bereichen Sanierung und Insolvenz. Das bleibt Ihnen auch unter unserem neuen Dach Andersen Tax & Legal erhalten, mit welchem wir uns seit dem 1. Januar 2018 zusammengeschlossen haben. Für tieferegehende Informationen oder ein Gespräch stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Viel Freude beim Lesen!

Renate Müller

Leipzig/Frankfurt am Main im Mai 2018

Darlehensportfolio bei einer Bank umstrukturieren. Die Bank schlug der Kommune anhand mehrerer Präsentationen unterschiedliche Varianten vor, unter anderem die Fortsetzung des Darlehens zu einem wechselkursbasierten variablen Zinssatz abhängig von der Kursentwicklung des Schweizer Franken. Im Rahmen der Präsentationen hob die Bank hervor, dass es sich bei dem Euro um eine sehr starke Währung handelt und die Zinspolitik der Schweizer Notenbank das Ziel verfolge, den Wechselkurs des Schweizer Franken gegenüber dem Euro stabil zu halten. Im Darlehensvertrag findet sich der Hinweis, dass die tatsächliche Zinsbelastung letztendlich von der Entwicklung des Wechselkurses EUR/CHF abhängt. In der Folgezeit entwickelte sich der Wechselkurs des Schweizer Franken zum Euro für die Kommune negativ, wodurch die Kommune zuletzt im Jahr 2013 einen wechselkursbasierten Zinssatz von 18,99 % p.a. hätte zahlen müssen. Die Kommune erhob daraufhin Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Aufklärungspflicht, die vom BGH wegen Verletzung der Aufklärungspflichten bejaht wurden. Im Rahmen des stillschweigend geschlossenen Finanzierungsberatungsvertrages hätte die Bank über die spezifischen Nachteile und Risiken sowie die vertragspezifischen Besonderheiten des wechselkursbasierten Zinssatzes aufklären müssen. Konkret hätte die Bank die Abhängigkeit der Zinshöhe von der Entwicklung des Wechselkurses und das Fehlen einer Zinsobergrenze deutlicher herausstellen müssen. Durch die Präsentation der Bank ist aus Sicht des BGH der Eindruck entstanden, dass die Gefahr eines unbegrenzten Zinsrisikos eher fernliegend und allenfalls theoretischer Natur ist. Dies stellt eine Verletzung der Aufklärungspflicht aus dem vor Abschluss des Darlehensvertrages stillschweigend abgeschlossenen Finanzierungsberatungsvertrag dar.

Anmerkung: Nachdem sich der BGH nach langer Zeit wieder mit der Haftung aus einem Finanzierungsberatungsvertrag beschäftigt hat, sollten Banken dies zum Anlass nehmen, insbesondere bei der künftigen Vergabe wechselkursbasierter Darlehen den Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten genau zu beachten. Unabhängig von den finanzwirtschaftlichen Grundkenntnissen sollte der Kunde über die spezifischen Risiken und Besonderheiten der Finanzierungsform aufgeklärt werden.

BGH lockert Bürgenhaftung

Der Bürge kann sich nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auf ein Leistungsverweigerungsrecht des Hauptschuldners aus einem zwischen diesem und dem Gläubiger geschlossenen Stillhalteabkommen auch dann berufen, wenn sich der Gläubiger in dem Stillhalteabkommen die Geltendmachung der Ansprüche aus der Bürgschaft ausdrücklich vorbehalten hat.

BGH, Urteil vom 28. November 2017 – XI 211/16

In einem aktuellen vom BGH entschiedenen Fall hatte sich die beklagte Bürgin für die Ansprüche aus einem Darlehensvertrag zwischen der Hauptschuldnerin und der Klägerin verbürgt. Als sich die wirtschaftliche Situation der Hauptschuldnerin verschlechterte, kündigte die Klägerin den Darlehensvertrag und machte ihren Rückzahlungsanspruch zunächst gegenüber der Hauptschuldnerin geltend. Die Klägerin und die in Insolvenz geratene Hauptschuldnerin schlossen anschließend einen außergerichtlichen Vergleich mit einem Stillhalteabkommen, wonach die Hauptschuldnerin nicht mehr in Anspruch genommen werden konnte. Es stellte sich die Frage, ob sich die auf Zahlung der Bürgschaftssumme in Anspruch genommene Beklagte auf dieses Stillhalteabkommen im Wege der Bürgeneinrede nach § 768 BGB auch dann berufen kann, wenn die Inanspruchnahme der Bürgin im Stillhalteabkommen ausdrücklich vorbehalten wurde. Hierzu wurde vereinzelt die Auffassung vertreten, dass dem Bürgen diese Einrede nicht zusteht, wenn die Parteien des Stillhalteabkommens dies vereinbart haben. Die überwiegende und nach Ansicht des BGH zutreffende Meinung gesteht jedoch dem Bürgen auch in diesem Fall die Einrede nach § 768 BGB zu. Nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages kann ohne Mitwirkung des Bürgen die Einrede nach § 768 BGB nicht durch eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ausgeschlossen werden.

Anmerkung: Sollte der Bürge nicht bereits im Bürgschaftsvertrag auf Einreden nach § 768 BGB verzichtet haben (was in AGB-Klauseln regelmäßig nicht zulässig ist), können Stillhaltevereinbarungen mit dem Hauptschuldner weitreichende Folgen für den Gläubiger hinsichtlich etwai-

ger Personalsicherheiten nach sich ziehen. Dies ist bei der Gestaltung der Stillhaltevereinbarung zu berücksichtigen.

Keine Bugwellentheorie bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung

Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO anhand einer Liquiditätsbilanz sind auch die innerhalb von 3 Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzubeziehen.

BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 – II ZR 88/16

Der für das Gesellschaftsrecht und damit auch für die Geschäftsführerhaftung nach § 64 GmbHG zuständige II. Senat des BGH hat einen langen Streit im Zusammenhang mit der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit beendet. Die Zahlungs(-un)fähigkeit i.S.d. § 17 InsO ist durch die Aufstellung eines Liquiditätsstatus (Liquiditätsbilanz) zu ermitteln. Hierbei sind die kurzfristig liquiden Mittel den fälligen Verbindlichkeiten gegenüberzustellen. Im entschiedenen Fall ging es im Hinblick auf die Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit um die Frage, ob bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit sog. Passiva II einzubeziehen sind. Passiva II sind Verbindlichkeiten, die innerhalb von 3 Wochen nach dem Prüfungsstichtag fällig und eingefordert werden. Die bisherige Rechtsprechung des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Senats des BGH hatte hierzu keine eindeutige Aussage getroffen, sodass vereinzelt angenommen wurde, dass die Passiva II bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung nicht einzubeziehen sind (sog. Bugwellentheorie). Dieser Ansicht hat nun der II. Senat des BGH eine klare Absage erteilt. Eine systematische und teleologische Auslegung des § 17 InsO ergibt nach Auffassung des BGH, dass der Begriff der Zahlungsunfähigkeit nicht rein stichtagsbezogen zu verstehen ist, sondern auch die zeitliche Dauer einer etwaigen Liquiditätslücke zu berücksichtigen ist, um die Zahlungsunfähigkeit von einer nur vorübergehenden Zahlungsstockung abzugrenzen. Sofern nicht gegenteilige Anhaltspunkte vorliegen, muss dabei aus Vorsichtsgründen davon ausgegangen werden, dass fällige Forderungen auch

ernsthaft eingefordert werden. Damit liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn innerhalb von 3 Wochen die zur Begleichung der fälligen Forderungen benötigten Mittel nicht beschafft werden können um die Liquiditätslücke unter 10 % zurückzuführen. Hierbei sind neben den innerhalb von 3 Wochen flüssig zu machenden Mittel (Aktiva II) auch die innerhalb von 3 Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II) einzubeziehen.

Anmerkung: Auch wenn in der Beratungspraxis die Passiva II aus Vorsichtsgründen schon vor der Entscheidung des BGH berücksichtigt wurden, ist die verbindliche Aussage des BGH zu begrüßen. Es ist zu erwarten, dass sich auch der IX. Senat des BGH der Entscheidung anschließen wird.

BGH beschränkt Einwendungen von Kommanditisten

Zur substantiierten Darlegung einer Forderung gegen den Kommanditisten nach §§ 171 Abs. 2, 172 Abs. 4 HGB genügt es für den Insolvenzverwalter der KG, wenn er die Insolvenztabelle mit festgestellten Forderungen vorlegt, welche nicht aus der Insolvenzmasse befriedigt werden können. Unwidersprochen zur Insolvenztabelle festgestellte Forderungen haben auch Rechtskraftwirkung gegenüber dem Kommanditisten.

BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – II ZR 272/16

Der Gesellschaftsrechtssenat des BGH hatte sich mit den Anforderungen an die Geltendmachung der Kommanditistenhaftung nach §§ 171, 172 HGB durch den Insolvenzverwalter der KG auseinander zu setzen. Nach § 171 Abs. 1 HGB haftet der Kommanditist außerhalb des Insolvenzverfahrens den Gläubigern in Höhe seiner nicht geleisteten (oder zurückgezahlten) Einlage. Im Insolvenzverfahren kann nur der Insolvenzverwalter diese Haftung geltend machen. Im entschiedenen Fall nahm der Insolvenzverwalter einen Kommanditisten wegen Einlagenrückgewähr nach §§ 171 Abs. 2, 172 Abs. 4 HGB in Anspruch. Hierzu legte er die Insolvenztabelle mit unwidersprochen festgestellten Gläubigerforderungen vor, welche nicht aus der Insolvenzmasse befriedigt

werden konnten. Der Kommanditist bestritt die Forderungen und vertrat die Auffassung, die Feststellung der Forderungen zur Insolvenztabelle habe ihm gegenüber keine Rechtswirkung. Nach § 201 Abs. 2 InsO können die Insolvenzgläubiger nach Verfahrensaufhebung aus der Insolvenztabelle gegen den Schuldner wie aus einem Urteil vollstrecken. Nach Auffassung des BGH ergibt sich hieraus, dass im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer KG eine unwidersprochene Forderungsfeststellung auch gegen den Kommanditisten Rechtskraft entfaltet, sodass dem Kommanditisten Einwendungen gegen die Forderung abgeschnitten sind. Der BGH erkennt zwar, dass im Rahmen der Forderungsfeststellung dem Kommanditisten kein eigenes Widerspruchsrecht zusteht, verweist diesen aber darauf, dass er auf den Komplementär entsprechend einwirken müsse.

Anmerkung: Die Erweiterung der mittelbaren Rechtskraftwirkung von Forderungsfeststellungen im Insolvenzverfahren auf den Kommanditisten ist nur schwer nachzuvollziehen und schneidet dem Kommanditisten faktisch Einwendungen gegen den Bestand und die Höhe von Forderungen ab.

Ping-Pong zwischen BFH und Finanzministerium

Ein BMF-Schreiben vom 29. März 2018 gibt uns erneut Gelegenheit, zum Thema Sanierungsgewinne zu berichten. Nachdem dem am 2. Juni 2017 verabschiedeten Gesetz, welches die umfassende steuerliche Freistellung von Sanierungsgewinnen regelt (vgl. Newsletter 2/2017), noch immer die erforderliche beihilferechtliche Genehmigung durch die Europäische Kommission fehlt, hält der Schwebezustand zu der Frage der Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen weiter an. Wie wir berichtet hatten, hatte

das Bundesministerium der Finanzen parallel zum Gesetzgebungsverfahren per Runderlass die Finanzverwaltung angewiesen, für sämtliche Altfälle nach den bisherigen Vorgaben vorzugehen, sodass die Finanzverwaltung faktisch Vertrauensschutz zu gewähren hatte. Mit zwei weiteren Urteilen vom 27. August 2017 hatte der BFH diesen Vertrauensschutz in Einzelfällen verneint. Das Bundesministerium der Finanzen hat nunmehr mit dem oben genannten Schreiben vom 29. März 2018 die Finanzverwaltung angewiesen, dass die Grundsätze dieser BFH-Urteile nicht über die entschiedenen Einzelfälle hinaus anzuwenden sind und weiterhin Vertrauensschutz zu gewähren ist. Das Ministerium sieht sich zu dieser Handhabung durch den Willen des Gesetzgebers veranlasst.

Fazit:

Der deutsche Gesetzgeber und die Verwaltung bekennen sich klar zur grundsätzlichen Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen. Dennoch ist zu wünschen, dass die Europäische Kommission nunmehr bald die Neuregelungen freigibt, um dem Bundesfinanzhof in München nicht erneut Gelegenheit zu geben, sich in seiner Rolle als kleines gallisches Dorf präsentieren zu können. Für Berater und Steuerpflichtige ist die derzeitige Situation mit ihren Unwägbarkeiten als Dauerzustand nicht akzeptabel.

.....
Dieser Newsletter ist allgemein gehalten und kann deshalb eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Weiterführende Fragen beantworten wir Ihnen gern in einem persönlichen Gespräch.

Verantwortlich für den Inhalt: Rechtsanwältin Renate Müller.