



01/2022

ANDERSEN®

Aktuelles

**Long Covid
Potenzielle Neben- und Nachwirkungen der
Bazooka**

**Neues zur Anfechtung einer Gesellschafter-
sicherheit**

**Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei der
Gewährung von Nachbesicherungen**

Aktuelles

Üblicherweise trägt dieser kurze Abschnitt unseres Newsletters die Überschrift „Aktuelle Gesetzgebung“. In unserem letzten Newsletter aus Dezember 2021 hatten wir Sie über den Ende November 2021 verabschiedeten Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung informiert, der voraussichtlich keine tiefgreifenden Veränderungen im Insolvenz- und Sanierungsrecht erwarten lässt. Es ist daher aktuell noch sehr ruhig an der Gesetzgebungsfrent, so dass wir die Überschrift unseres kleinen Beitrags geringfügig modifiziert haben.

Noch relativ neu, nämlich zum 1. Januar 2021, sind die Vorschriften des StaRUG (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz) und die Neufassung der Insolvenzantragspflichten sowie deren Sanktionen bei Verletzung dieser Pflichten in den §§ 15a ff. InsO. Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat die neuen gesetzlichen Vorschriften sowie mittlerweile ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Anlass genommen, den Standard „Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11)“ Anfang Januar 2022 in einer Neufassung zu veröffentlichen. Die letzte Überarbeitung erfolgte im Jahr 2016. Primär handelt es sich bei derartigen Standards um Arbeitshilfen für Wirtschaftsprüfer, die von diesen verpflichtend anzuwenden sind. Sie entfalten daher keine gesetzliche Bindungswirkung für andere Bereiche. Diese Standards haben sich jedoch in der Praxis als Best-Practice-Regeln etabliert, wenn es z. B. um die Frage der Finanzierung eines Unternehmens in der Krise

Liebe Leserin, lieber Leser,

wir freuen uns, Ihnen die von uns als wichtig und interessant befundenen Informationen aus den Bereichen Sanierung und Insolvenz zu präsentieren. Für tiefer gehende Informationen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Viel Freude beim Lesen!

Ihr Andersen Corporate Recovery Team
Leipzig/Frankfurt am Main im März 2022

geht. Der neu gefasste Standard entfaltet daher eine breite praktische Wirkung.

Inhaltlich greift die Überarbeitung des IDW S 11 die Neufassung der Prognosezeiträume bei der Prüfung von drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO: jetzt 24 Monate, davor existierte keine gesetzliche Regelung) und Überschuldung (§ 19 InsO: jetzt 12 Monate, davor wurde überwiegend das laufende und das kommende Geschäftsjahr herangezogen) auf. Schließlich wurde auch die neue Höchstfrist von 6 Wochen zur Stellung eines Insolvenzantrages im Fall der Überschuldung (§ 15a Abs. 1 S. 2 InsO) in den Standard aufgenommen und konkretisiert. Auch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Zahlungseinstellung und deren Vermutungswirkung für das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit wurde in dem Standard berücksichtigt. Schließlich konkretisiert der Standard auch die Verantwortung der gesetzlichen Vertreter zur Beurteilung von Insolvenzeröffnungsgründen anhand der neuen Vorschrift des § 1 Abs. 1 StaRUG.

Es bleibt zu hoffen, dass sich der etwas in die Jahre gekommene „IDW S 11“ in der Praxis durch die Neufassung weiter etablieren kann – wir werden Sie über die Entwicklung auf dem Laufenden halten!

Long Covid

Potenzielle Neben- und Nachwirkungen der Bazooka

Seit nunmehr 24 Monaten lebt und leidet die Republik mit der Pandemie. Die Situation traf Bevölkerung, Unternehmen und Politik unvorbereitet und ohne jegliche Erfahrungen im Umgang mit derartigen Katastrophen. Auch wenn ein Ende nicht in Sicht ist, so wächst die Hoffnung darauf.

Die Reaktion des Staates, um die gravierenden Folgen der diversen Lockdowns, Quarantänemaßnahmen sowie vielfältigen Einschränkungen für Unternehmen und Unternehmer zu mindern und zu kompensieren, sind ebenfalls ohne Beispiel im Hinblick auf den Umfang und die Art und Weise der Ausreichung. Wer die mühseligen und langwierigen Antragsverfahren staatlicher Beihilfen kennt, rieb sich die Augen, als in atemberaubender Geschwindigkeit, Ausnahmen bestätigen die Regel, Hilfgelder in ungeahntem Volumen nach einer lediglich cursorischen Prüfung ausgezahlt wurden. Das war hilfreich und notwendig. Wie bei einer Bazooka, waren nicht alle (Zu-)Schüsse Treffer. Aber, beruhigend für die Steuerzahler, sind alle diese Zahlungen unter

dem Vorbehalt der Nachprüfung erfolgt. Genau an dieser Stelle werden sich absehbar Probleme ergeben. Wo liegen die Probleme? So hastig, wie Bewilligung und Auszahlung erfolgten, wurde in vielen Fällen auch bei der Antragstellung verfahren. Völlig neue Konzepte, vielfältige Förderungen und variierende Voraussetzungen für die Ansprüche sowie den Kreis der Berechtigten haben die Betroffenen und ihre Berater gefordert und überfordert. Die verfügbaren FAQ-Seiten im Netz und (die oft nicht verfügbaren) Ansprechpartner bei den bewilligenden Stellen waren nicht ausreichend, um dies auszugleichen.

Stolpersteine für die Antragsteller sind derer zahlreich. So waren die Überbrückungshilfen I und II lediglich für kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) zugänglich. Wobei für den Begriff Unternehmen auf die beihilferechtliche Definition der Europäischen Union (EU) abzustellen ist. Dieser fasst für die KMU-Grenzwerte grundsätzlich sämtliche verbundenen Unternehmen und auch so genannte Partnerunternehmen zusammen. Unerschrockene Forscher finden die komplex gefassten Definitionen dazu im Anhang einer EU-Verordnung aus dem Jahre 2014, die Insider als Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, kurz AGVO, bezeichnen. Dabei liegen die Latten mit EUR 50 Mio. Jahresumsatz, EUR 43 Mio. Bilanzsumme und 250 Beschäftigten, von denen nur 2 überschritten werden müssen, in auch schon für Mittelständler durchaus greifbaren Höhen. Erst für die weiteren Hilfen gilt eine Umsatzobergrenze von EUR 750 Mio. In allen Fällen aber sind die Anträge immer, für alle Unternehmen einer Gruppe, von der im Inland ansässigen Obergesellschaft zu stellen. Die weiteren Hilfen unterliegen daneben noch gänzlich anderen Beschränkungen. So mussten für die November- und Dezemberhilfen 80 % des Umsatzes der Gruppe von pandemiebedingten Maßnahmen betroffen sein, während die Überbrückungshilfen III und folgende einen Umsatzrückgang von mindestens 30 % voraussetzen. Weitere Probleme ergeben sich im Detail.

Es ist vorhersehbar, dass die demnächst anlaufenden, nachträglichen Überprüfungen sich über Jahre hinziehen werden. Dabei ist aber davon auszugehen, dass sie erfolgen werden. Ganz anders bei den Soforthilfen. Dort haben die Prüfungen bereits begonnen. Dazu berichtet das Bundeswirtschaftsministerium, dass dort (Stand 30. September 2021) von den gewährten EUR 13,5 Mrd. an Soforthilfen bereits EUR 1,1 Mrd. freiwillig zurückgeführt wurden und weitere EUR 0,5 Mrd. zurückgefordert wurden, insgesamt also EUR 1,6 Mrd. Mehr als 10 % der ursprünglich ausgereichten Summe. Beachtlich auch, dass jede fünfte

Rückforderung zu einer Strafanzeige führte. Bei der Vorgehensweise im Hinblick auf Stundungszeiträume, Ratenzahlungen und Verzinsung der eingeforderten Rückzahlungen zeigt sich föderale Vielfalt. So werden beispielsweise Zinsen (von bis zu 5 %) nicht von allen Bundesländern und nicht in allen Fällen verlangt.

Unsere Empfehlung: Im Sinne eines proaktiven Umgangs mit dem potenziellen Problem erscheint uns eine angemessene sorgfältige selbstkritische Überprüfung der eigenen Anträge auf Überbrückungshilfen angeraten. Im Zweifel sollte dies ein unbefangener sachverständiger Dritter tun. Derzeit wird es noch in vielen Fällen möglich sein, Anträge umzustellen oder die zutreffenden Hilfen zutreffend zu beantragen. 5 % Zinsen und die unerfreuliche Diskussion, welchen Grad des Verschuldens der unzutreffende Antrag erfüllt, sollten als Anreiz ausreichen. Abwarten und Tee trinken ist keine Lösung.

Neues zur Anfechtung einer Gesellschaftersicherheit

Hat der Gesellschafter für eine Forderung eines Dritten auf Rückgewähr eines Darlehens eine Sicherheit bestellt oder eine Bürgschaft übernommen, benachteiligt die Befriedigung des Dritten aus der Verwertung einer Gesellschaftersicherheit die Gläubiger auch dann, wenn der Dritte zum Zeitpunkt der Befriedigung seiner Forderung den Gesellschafter nicht mehr aus der Gesellschaftersicherheit hätte in Anspruch nehmen können. Dies gilt ebenso, wenn der Anspruch aus der Bürgschaft bereits verjährt gewesen ist.

BGH, Urteil vom 09.12.2021 – IX ZR 201/20

Zur Absicherung von Bankdarlehen hat die spätere Insolvenzschuldnerin im Wege der Globalzession Ansprüche aus Warenlieferungen und Leistungen an die finanzierende Bank abgetreten. Zusätzlich übernahm der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin gegenüber der Bank eine Höchstbetragsbürgschaft, die Ende 2017 verjäherte. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Jahr 2012 nahm der Insolvenzverwalter erst im Jahr 2018 die Abrechnung der Zahlungen vor, die die Insolvenzmasse bereits im Jahr 2012 auf die abgetretenen Forderungen erhalten hatte und leitete den sich aus der Abrechnung ergebenden Betrag an die Bank weiter. Diesen Betrag macht der Insolvenzverwalter gegenüber dem Gesellschafter im Wege der Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO geltend.

Gemäß § 135 Abs. 2 InsO liegt eine anfechtbare Rechtshandlung vor, wenn die Forderung eines Dritten (hier der Bank), die sowohl über eine Gesellschaftersicherheit (Bürgschaft) als auch über eine Gesellschaftssicherheit (Globalzession) besichert ist, im letzten Jahr vor der Insolvenzantragstellung oder danach durch Verwertung der Gesellschaftssicherheit befriedigt wird. Die für die Insolvenzanfechtung erforderliche Gläubigerbenachteiligung fällt im vorliegenden Fall nicht deswegen weg, weil die Befriedigung aus der Gesellschaftssicherheit erst zu einem Zeitpunkt erfolgte, als sich die Bank aufgrund des Eintritts der Verjährung nicht mehr aus der Bürgschaft hätte befriedigen können. Der Gläubiger hat grundsätzlich das Wahlrecht, ob er sich aus der Gesellschaftssicherheit oder aus der Gesellschaftersicherheit befriedigt. Wenn die Befriedigung aus der Gesellschaftssicherheit erfolgt, ist es für die Gläubigerbenachteiligung unerheblich, ob sich der Gläubiger zu diesem Zeitpunkt auch noch aus der Gesellschaftersicherheit hätte befriedigen können. Die Insolvenzanfechtung kann in dieser Konstellation nicht dadurch aufgehoben werden, dass der Gesellschafter und der Gläubiger durch Vereinbarung auf die Gesellschaftersicherheit verzichten oder der Gläubiger die Gesellschaftersicherheit verjähren lässt.

Der Insolvenzanfechtungsanspruch selbst war nach Auffassung des BGH nicht verjährt, obwohl der Insolvenzverwalter die Klage erst im Jahr 2018, also mehr als 3 Jahre nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erhoben hatte. Denn die anfechtbare Rechtshandlung in Form der Befreiung des Gesellschafters von seiner Verbindlichkeit durch die Verwertung und Auskehr des Erlöses an die Bank erfolgten erst im Jahr 2018, sodass der Anfechtungsanspruch nach Auffassung des BGH erst ab diesem Zeitpunkt entstanden ist.

Anmerkung: Der eine Sicherheit stellende Gesellschafter muss sich darüber im Klaren sein, dass eine Inanspruchnahme im Wege der Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter regelmäßig erfolgt, wenn der Insolvenzverwalter eine ebenfalls für die Forderung des Dritten gegenüber der Bank dienende Gesellschaftssicherheit verwertet und den Erlös an den Dritten auskehrt. Dies kann der Gesellschafter auch nicht durch eine Vereinbarung mit dem Dritten, dass eine Inanspruchnahme aus der Gesellschaftersicherheit nicht mehr erfolgen wird, verhindern. Problematisch halten wir die Auffassung des BGH, dass die Verjährung des Insolvenzanfechtungsanspruchs erst zu laufen beginnt, wenn der Insolvenzverwalter den Verwertungserlös an den Gläubiger ausgekehrt hat. Damit erlangt der Gesellschafter – im

Gegensatz zu anderen Gläubigern - auch drei Jahre nach Insolvenzeröffnung keine Rechtssicherheit.

Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei der Gewährung von Nachbesicherungen

Bei einer Nachbesicherung des Anfechtungsgegners im Stadium drohender Zahlungsunfähigkeit muss der Insolvenzverwalter auch im Falle der Inkongruenz der Nachbesicherung weiter darlegen und beweisen, dass die Insolvenzschuldnerin dabei in der sicheren Erwartung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit handelte oder dass gleichwertige Indizien für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sprechen.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 08.12.2021 – 4 U 12/21

Die spätere Insolvenzschuldnerin verhandelte mit ihren finanzierenden Banken über eine Verlängerung der Kreditlinien. Ein in diesem Zusammenhang in Auftrag gegebenes Sanierungsgutachten kam zu dem Ergebnis, dass die Insolvenzschuldnerin sanierungsfähig sei. Die Banken stundeten ihre Forderungen zunächst, sahen anschließend von einer Einforderung der Rückzahlung der Kredite ab und prolongierten schließlich die Kredite. Die Prolongationen erfolgten gegen die Stellung zusätzlicher Sicherheiten im Wege der Nachbesicherung. Der Insolvenzverwalter hat diese Nachbesicherungen wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung angefochten.

Das OLG Frankfurt bestätigt zunächst die neue Rechtsprechung des BGH, dass die im vorliegenden Fall gegebene drohende Zahlungsunfähigkeit nicht für das Vorliegen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes ausreicht. Der BGH hatte in seiner Entscheidung vom 6. Mai 2021 festgestellt, dass die Vorsatzanfechtung nicht allein auf die Zahlungsunfähigkeit gestützt werden kann, sondern der Schuldner zumindest billigend die nicht vollständige künftige Befriedigung seiner Gläubiger in Kauf genommen hat (siehe Newsletter 03/2021). Das OLG Frankfurt führt nun aus, dass auch die aufgrund der Nachbesicherung angenommene Inkongruenz neben der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht ausreicht, um den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners nachzuweisen. Hierbei geht das Gericht auch konkret auf das Verlangen der Nachbesicherung als Gegenleistung für die Prolongation des Darlehens ein. Die Nachbesicherung

stellt – wenn überhaupt – nur eine geringfügige Form der inkongruenten Handlung dar. Anschaulich stellt das Gericht fest, dass die Inkongruenz dem Fall nicht „auf die Stirn geschrieben“ ist, da keine gezielte Befriedigung womöglich nahestehender Altgläubiger gewollt war. Daher muss auch in diesem Fall das vom BGH entwickelte Kriterium, dass die Schuldnerin in der sicheren Erwartung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit handelte, Berücksichtigung finden. Die Darlegungslast hierfür obliegt dem Insolvenzverwalter. Die sichere Erwartung der Zahlungsunfähigkeit hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Sanierungsbemühungen und das schlüssige Sanierungskonzept verneint. Aufgrund des Sanierungsplans habe die Schuldnerin das verbliebene Vermögen nicht verschleudert, sondern zielgerichtet – wenn auch im Wege der Inkongruenz – zum dauerhaften Erhalt der Zahlungsfähigkeit eingesetzt und im Vertrauen auf das Sanierungsgutachten gerade nicht den sicheren Eintritt der Zahlungsunfähigkeit erwartet.

Darüber hinaus hat das OLG Frankfurt auch die Kenntnis der Banken von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz abgelehnt. Weder die schrittweise erfolgten Stundungen bzw. Prolongationen noch die geforderten Nachbesicherungen sprechen aus Sicht des OLG Frankfurt gegen das Vertrauen der Banken in das vorgelegte Sanierungskonzept. Auch die im Rahmen der Prolongation erfolgte Zinserhöhung gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Banken von einer fehlenden Sanierungsfähigkeit ausgegangen wären.

Anmerkung: *Die Entscheidung gibt insbesondere finanzierenden Banken in Krisensituationen ihres Darlehensnehmers Hilfestellung. Auf der Grundlage eines plausiblen Sanierungsgutachtens kann die Bank den Sanierungsversuch ihres Darlehensnehmers unterstützen. In diesem Zusammenhang ist es unschädlich, wenn die Bank zunächst die fälligen Kredite mehrfach stundet bzw. prolongiert. Auch die Forderung zusätzlicher Sicherheiten für den Fall der Prolongation kann bei Vorliegen einer positiven Sanierungsprognose unter Umständen anfechtungsfest vereinbart werden.*

.....
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