

# Der Sanierungs Berater

www.sanierungsberater.de

Betriebs-Berater für Interimsmanagement und Restrukturierung

SanB

3/2021

Seiten 67-118

2. Jahrgang

- **Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.**  
Von Nutzenmaximierung und Trauerphasen – und deren Kombination in der Unternehmenskrise 67
- **Béla Knof**  
Zu welchem „Preis“ dürfen die Gesellschafter ihre Anteile in einer Sanierung nach dem StaRUG behalten? 68
- **Nils Krause, Dr. Christian Ulrich Wolf und Torsten Cülter**  
Zuständigkeitssphären des Insolvenzverwalters und der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der Aktiengesellschaft 77
- **Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.**  
Geschäftsleiter und Kontrollorgane in der Unternehmenskrise: ein Überblick 82
- **Rüdiger Weiß und Birgit Haase**  
Fallstricke der D&O-Versicherung aus Geschäftsführersicht 84
- **Dr. Lukas Herbert, MBA (Edinburgh)**  
Überlegungen zu Sanierungsmoderation und Mediation 91
- **Dr. Björn Hürten, Annabel Lehnen, Philipp Reeb und Anne Wittmann**  
Distressed M&A im Spannungsfeld zwischen digitalem, ökologischem und urbanem Wandel und Corona-Krise 93
- **Maximilian Dressler und Alexander Müller**  
Liquidität und Fortbestehensprognose in der Praxis 96
- **Jörg Heus**  
Wir sind zahlungsfähig! Oder vielleicht doch nicht? 102
- **Mark Sethe und Christina Sontheim-Leven, LL.M.**  
7 Bausteine einer erfolgreichen Sanierung – eine case study am Beispiel eines mittelständischen Ingenieurbüros 108
- **Matthias Kühne**  
Aktuelles Urteil des BGH zur Vorsatzanfechtung: Allein die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit reicht für die Anfechtung nicht aus. 114
- **Dr. Rembert T. Graf Kerssenbrock, LL.M.**  
Besprechung des Beschlusses vom 7.6.2021 – 574 RES 2/21 des Amtsgerichts Dresden 116

## 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

Die 7 Bausteine lassen sich abschließend in folgende 7 Leitsätze für ähnlich gelagerte Krisen- oder Change-Situationen überführen:

1. Nur auf Basis klarer Fakten können gute strategische Pläne aufgesetzt werden. Nimm Dir die Zeit, Dir den Durchblick zu verschaffen, es hilft Dir später im Prozess, die Geschwindigkeit zu halten!
2. Sei Dir bewusst, was Du nicht kannst oder nicht weißt und nutze die Chance, mit einem interdisziplinär zusammengesetzten Team alle Baustellen in der bestmöglichen Qualität aufräumen zu können!
3. Sei Dir stets klar über Deine Priorisierung, ohne die Beweglichkeit im Geist für Anpassungen zu verlieren!
4. Aktiviere alle von der Situation Betroffenen durch eine offene und authentische Kommunikation und vergiss nicht, dass auch die besten Pläne nur durch die Umsetzung engagierter Mitstreiter aufgehen können!
5. Kenne die Abläufe Deines Unternehmens und nutze die Möglichkeiten der Digitalisierung als Beschleuniger einer Transformation!
6. Wage es, auch ungewöhnliche Wege zu gehen und kämpfe dafür, solche besonderen Chancen (wie hier das spezielle insolvenzrechtliche Sanierungsinstrument der Eigenverwaltung) für Dein Unternehmen zu kreieren!
7. Es gibt in einer solchen Situation niemand, dessen Unterstützung man nicht für den Turnaround nutzen kann!

# Kommentare

Matthias Kühne, Offenburg\*

## Aktuelles Urteil des BGH zur Vorsatzanfechtung: Allein die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit reicht für die Anfechtung nicht aus.

*Der BGH hat in seinem Urteil vom 6.5.2021 (IX ZR 72/20) die Anforderungen an die Vorsatzanfechtung neu ausgerichtet. Das Urteil betrifft die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO in der Fassung bis zum 4.4.2017. Die Kenntnis der eingetretenen oder drohenden Zahlungsunfähigkeit reichen für die Annahme der Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes allein nicht aus. Vielmehr müssen noch weitere Umstände hinzutreten.*

### Grundsätzliche Voraussetzungen der Anfechtung nach § 133 InsO (a.F)

Gemäß § 133 Abs. 1 InsO in der bis zum 4.4.2017 geltenden Fassung des Gesetzes vom 5.10. ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Die Kenntnis des anderen Teils wird vermutet, wenn dieser wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte (§ 133 Abs. 1 S. 2 InsO aF).

### Nachweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Der für die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung darlegungs- und beweisbelastete Insolvenzverwalter hat demnach zwei Möglichkeiten, die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners nachzuweisen. Er kann den Vollbeweis führen oder sich mit der Darlegung und dem Nachweis des Vermutungstatbestands des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO aF begnügen. Greift lediglich

die gesetzliche Vermutung, steht dem Anfechtungsgegner der Beweis des Gegenteils offen (§ 292 ZPO).

### Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit als Beweisanzeichen

Die Kenntnis als innere Tatsache ist dem Beweis nur schwer zugänglich. Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung können daher in aller Regel nur mittelbar aus objektiven (Hilfs-)Tatsachen hergeleitet werden. Zu den Beweisanzeichen, die für die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung sprechen, zählt die erkannte Zahlungsunfähigkeit. Ein Schuldner, der zahlungsunfähig ist und seine Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Regel mit Benachteiligungsvorsatz. Dementsprechend hat der Senat bisher entschieden, dass der Anfechtungsgegner regelmäßig den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners erkennt, wenn er um dessen Zahlungsunfähigkeit weiß.

### Zahlungseinstellung als Vermutung für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit

Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 InsO ist die Aufstellung einer Liquiditätsbilanz entbehrlich, wenn eine Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründet. Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 InsO ist die Aufstellung einer Liquiditätsbilanz entbehrlich, wenn eine Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründet.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. III.

## Kennntnis von eingetretener Zahlungsunfähigkeit allein nicht ausreichend

Der BGH rückt in der seiner aktuellen Entscheidung davon ab, dass allein die Kenntnis der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit auch auf die Kenntnis des Benachteiligungsvorsatz schließen lasse<sup>1</sup>. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Schuldner aus der maßgeblichen Sicht ex ante trotz eingetretener Zahlungsunfähigkeit berechtigterweise davon ausgehen durfte, noch alle seine Gläubiger befriedigen zu können. Entscheidend für die Beurteilung des Benachteiligungsvorsatzes ist nach der Argumentation des BGH vielmehr, dass er weiß oder jedenfalls billigend in Kauf nimmt, dass er auch künftig nicht dazu in der Lage sein wird. Danach ist der Bezugspunkt für die Beurteilung des Vorsatzes die Liquiditätslage im Moment der Rechtshandlung. Das ist keine hinreichend sichere Beurteilungsgrundlage. Das Wissen des Schuldners um seine gegenwärtige Zahlungsunfähigkeit ist damit nur ein Aspekt. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz kann nicht allein daraus abgeleitet werden, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Rechtshandlung nicht in der Lage ist, sämtliche Gläubiger zu befriedigen. Von entscheidender Bedeutung für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist vielmehr, dass der Schuldner weiß oder jedenfalls billigend in Kauf nimmt, dass er seine (übrigen) Gläubiger auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht vollständig befriedigen können wird. Dies kann aus der im Moment der Rechtshandlung gegebenen Liquiditätslage nicht in jedem Fall mit hinreichender Gewissheit abgeleitet werden.

## Umfang der Liquiditätslücke

Die gegenwärtige Zahlungsunfähigkeit allein spricht für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz im hier verwendeten Sinne, wenn sie ein Ausmaß angenommen hat, das eine vollständige Befriedigung der übrigen Gläubiger auch in Zukunft nicht erwarten lässt, etwa deshalb, weil ein Insolvenzverfahren unausweichlich erscheint, so der BGH in seinem aktuellen Urteil. In den Urteilsgründen führt der BGH zwar aus, dass dies in einer überwiegenden Zahl der nach Maßgabe des § 133 Abs. 1 InsO zu beurteilenden Fälle anzunehmen sein wird. Es bleibt aber eine nicht zu vernachlässigende Anzahl von Fallgestaltungen, in denen die Krise noch nicht so weit fortgeschritten ist oder aus anderen Gründen berechtigte Hoffnung auf Besserung besteht.

## Kennntnis von drohender Zahlungsunfähigkeit allein nicht ausreichend

Der Benachteiligungsvorsatz im Rahmen des § 133 a. F. InsO wurde regelmäßig dann angenommen, wenn der Schuldner um seine (drohende) Zahlungsunfähigkeit weiß<sup>2</sup>. Der BGH tritt dieser bislang herrschenden Meinung mit folgender Argumentation entgegen:

Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist gemäß § 18 Abs. 1 InsO nur dann Eröffnungsgrund, wenn der Schuldner den Insolvenzantrag stellt. Gegen seinen Willen kann also kein Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet werden, wenn er nur drohend zahlungsunfähig ist. Diese gesetzgeberische Wertung wird beeinträchtigt, wenn die drohende Zahlungsunfähigkeit der bereits eingetretenen vorsatzanfechtungsrechtlich gleichgestellt wird. Müssen Gläubiger des nur drohend zahlungsunfähigen Schuldners die Vorsatzanfechtung fürchten, können sie geneigt sein, von Geschäftsbeziehungen mit ihm abzusehen oder bestehende Beziehungen zu beenden. Auch

dies kann die ansonsten vermeidbare Zahlungsunfähigkeit überhaupt erst herbeiführen und auf diesem Wege letztlich in der Insolvenz münden. Der Senat schließt nicht aus, dass auch im Stadium der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit vorgenommene Deckungshandlungen nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar sein können. Dann müssen jedoch weitere Umstände hinzutreten. Zur Vorsatzanfechtung kann es etwa führen, wenn im Zustand der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit und in der sicheren Erwartung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit mit den noch vorhandenen Mitteln gezielt bestimmte (womöglich nahestehende) Altgläubiger außerhalb des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs befriedigt werden.

## Beispiele für zusätzliche Umstände

Die zusätzlich erforderlichen Umstände können darin zu sehen sein, dass der Schuldner Forderungen solcher Gläubiger nicht begleicht, auf deren (weitere) Leistungserbringung er zur Aufrechterhaltung seines Geschäftsbetriebs angewiesen ist (vgl. BGH, Urteil vom 9.6.2016 – IX ZR 174/15, WM 2016, 1238 Rn. 24). Ferner kann der Mahn- und/oder Vollstreckungsdruck des Gläubigers der Zahlungsverzögerung ein größeres Gewicht verleihen (vgl. BGH, Urteil vom 21.1.2016 – IX ZR 32/14, NZI 2016, 222 Rn. 15). Ein schematisches Vorgehen verbietet sich auch hier. Maßgebend ist, dass die zusätzlichen Umstände im konkreten Einzelfall ein Gewicht erreichen, das der Erklärung des Schuldners entspricht, aus Mangel an liquiden Mitteln nicht zahlen zu können.

## Zeitraum für nachhaltige Beseitigung der gegenwärtigen Zahlungsunfähigkeit

Besteht – abhängig vom Ausmaß der bestehenden Deckungslücke und der aus objektiver Sicht erwartbaren und vom Schuldner erkannten Entwicklung – Aussicht auf nachhaltige Beseitigung der gegenwärtigen Zahlungsunfähigkeit, rückt der hierfür erforderliche Zeitraum in den Mittelpunkt der Betrachtung. Der Schuldner muss davon ausgehen dürfen, dass ihm dieser Zeitraum verbleibt. Das hängt vom Verhalten der (übrigen) Gläubiger ab. Sieht sich der Schuldner im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung erheblichem Mahn- und oder Vollstreckungsdruck ausgesetzt, begrenzt dies den für eine Beseitigung der vorhandenen Deckungslücke zur Verfügung stehenden Zeitraum. Der Schuldner handelt mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn er einen Zeitraum in seine Überlegungen einbezieht, der ihm unter Berücksichtigung des Verhaltens seiner übrigen Gläubiger ersichtlich nicht zur Verfügung steht.

Offen lässt der BGH an dieser Stelle die Frage, ob eine bestehende Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO den Zeitraum des Schuldners, unabhängig vom Verhalten seiner Gläubiger, auf maximal 3 Wochen nach Eintritt der Insolvenzreife beschränkt. Aus Sicht des Autors muss der Schuldner die Frage der Insolvenzantragspflicht bei der Bemessung des zur Verfügung stehenden Zeitraumes berücksichtigen.

## Folgen für die Praxis

Die Anforderungen an Anfechtungen nach § 133 InsO werden sich aus Sicht des Autors für die Verwalter in Zukunft deutlich verschärfen. In der Praxis werden Anfechtungsansprüche nach § 133 InsO in den meisten Fällen auf Indizien gestützt, die auf eine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung nach § 17 InsO hindeuten. Bei Vorliegen der Indizien begründete dies nach der bisherigen Rechtsprechung auch den für § 133 InsO erforderlichen Benachteiligungsvorsatz. Eine gutachterliche Prüfung einer stichtagsbezogenen Liquiditätsbilanz oder einer

1 Zur bisherigen Auffassung, wonach die Kenntnis einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit für den Benachteiligungsvorsatz ausreicht: *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO, 15. Aufl. 2020, § 133, Rn. 67.  
2 *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO, 15. Aufl. 2020, § 133, Rn. 37.

retrograden Prüfung der Liquiditätsverläufe innerhalb des geltend gemachten Anfechtungszeitraumes unterblieb in der Regel. Dieses Vorgehen wird aber nach dem Urteil des BGH vom 6.5.2021 nicht mehr ausreichend sein. Vielmehr wird die Prüfung der Liquiditätslücke innerhalb des Anfechtungszeitraumes zentraler Prüfungspunkt, der im Prozess auch vom Insolvenzverwalter darzulegen und ggf. zu beweisen ist.

## Fazit

Der BGH hat durch das aktuelle Urteil die Anforderungen an die Vorsatzanfechtung verschärft. Allein die Kenntnis des

Anfechtungsgegners von einer drohenden oder einer bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit reichen für die Anfechtung nach § 133 a.F. InsO aus. Maßgeblich ist vielmehr die – berechnete – Erwartung des Schuldners, trotz eingetretener Zahlungsunfähigkeit die Gläubiger bedienen zu können. Hier spielt das Ausmaß der Liquiditätslücke eine Rolle. Maßgebend ist auch die berechnete Annahme der nachhaltigen Beseitigung der bestehenden Deckungslücke. Wie der BGH in den Anmerkungen ausgeführt hat, wird in der Praxis die berechnete Annahme in vielen Fällen nicht bestehen. Allerdings sind die Umstände des Einzelfalles maßgeblich. Hier liegt die Beweislast grundsätzlich auf Seiten des Insolvenzverwalters.

Dr. Rembert T. Graf Kerssenbrock, LL.M., Hamburg\*

# Besprechung des Beschlusses vom 7.6.2021 – 574 RES 2/21 des Amtsgerichts Dresden

## I. Einleitung

Seitdem das StaRUG am 1. Januar dieses Jahres in Kraft getreten ist, beobachten Restrukturierungsexperten seinen Effekt auf den Markt genau. Von ihm verspricht man sich, die Insolvenzordnung dahingehend zu komplementieren, straukelnde Firmen früher einer Restrukturierung zuführen zu können. Der Sinn und Zweck dahinter ist klar: Mehr sanierungsbedürftige und vor allem –würdige Firmen in ihrer Substanz bewahren und weniger „abwickeln“. Denn natürlich ist es immer noch so, dass ein Insolvenzverfahren auch im Falle einer gelungenen Strukturierung mit erheblichen Vermögensverlusten (Abgänge von Know-How-Trägern, Verkauf von Vermögenswerten, Reputations- und Vertrauensverlust) verbunden ist. Die zusätzlich geschaffenen Möglichkeiten durch die Eigenverwaltung und das Schutzschirmverfahren haben erheblich dazu beigetragen, diese Verluste zu mindern. Nichtsdestotrotz wird nun versucht, Möglichkeiten zu bieten, noch früher insolvenzspezifische Mittel zur Lösung einer Unternehmenskrise anzubieten. Ob der Markt, verzerrt durch pandemiebedingte Vermögensverluste und staatliche Hilfspakete, diese Möglichkeiten annimmt und wie letztlich Gerichte sie handhaben, ist daher für die Praxis von ganz besonderer Bedeutung. Hierbei wird den (Restrukturierungs-)Gerichten die wiederum wichtige Aufgabe zuteilwerden, die Regelungslücken und möglichen –widersprüche des Gesetzgebers zu identifizieren und zu füllen. Vor diesem Hintergrund soll exemplarisch ein Beschluss des Amtsgerichts Dresden untersucht werden, der viele interessante Aspekte aufzeigt und wegweisend für das weitere Verständnis des StaRUG und der hier in Rede stehenden Vorschriften sein könnte:

Gegenstand des Beschlusses ist die sog. Planbestätigung des Restrukturierungsplanes, die gem. § 60 Abs. 1 StaRUG durch den Schuldner beantragt werden kann.

## II. Notnagel – StaRUG als alternative Sanierung

Spannend ist bereits die „Einleitung“ des Beschlusses, der zufolge das gegenständliche Restrukturierungsvorhaben gem. § 31 StaRUG erst nach dem Scheitern eines bereits unternommenen Sanierungsversuches angezeigt und rechtshängig ge-

worden ist. Möchte man meinen, dass eine Schuldnerin nach dem Scheitern eines Sanierungsversuches nur noch (falls keine Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO oder Überschuldung gem. § 19 InsO) vor der Wahl einer Liquidation oder einer Insolvenz stünde, so kann nunmehr ein sog. StaRUG-Verfahren ein valider „Notnagel“ für die Schuldnerin sein, vorausgesetzt das Unternehmen ist „erst“ drohend zahlungsunfähig. Diese Erweiterung der Handlungsoptionen in der Restrukturierung darf nicht unterschätzt werden.

## III. Zeitlicher Ablauf und der Vorprüfungstermin

Interessant für den Praktiker sind auch die zeitlichen Abläufe, die der Beschluss transparent macht. Konnte man vor gut einem halben Jahr nur mutmaßen, wie lange eine Planbestätigung wohl in Anspruch nehmen würde, so kann man nun auf erste Erfahrungswerte zurückblicken. So beantragte die Schuldnerin in diesem Fall am 1.3.2021 unter Beifügung eines Entwurfs des Restrukturierungsplanes ein Planabstimmungsverfahren gem. §§ 29, 31 StaRUG.

Am 19.4.2021 fand der Vorprüfungstermin gem. § 46 StaRUG statt, den die Schuldnerin beantragen kann, um etwaige Fragen zum Plan noch einmal klären zu können. Es hat das Restrukturierungsgericht also 6–7 Wochen Zeit gekostet, das Restrukturierungskonzept zu prüfen und diesbezüglich gesprächsfähig zu werden, lässt man mal Verzögerungen aufgrund von Urlauben und Terminkollisionen an dieser Stelle außer Betracht. Augenscheinlich handelte es sich bei dieser Vorprüfung auch nicht um eine reine Formsache, da nur einen Tag später ein Hinweisbeschluss erging und daraufhin der Restrukturierungsplan eine Woche später am 27.4.2021 in abgewandelter Form nochmals eingereicht wurde. Der Beschluss erging, wie bereits erwähnt, am 7.6.2021 und damit ca. drei Monate nach Einreichung des Antrages. Angesichts der für das Restrukturierungsgericht sicherlich in dem Fall noch notwendigen Einarbeitungszeit und der weiteren Komplikationen, die im Folgenden thematisiert werden, ist die Planbestätigung innerhalb eines Zeitraumes von ca. drei Monaten eine noch verhältnismäßig kurze Bearbeitung und eine wichtige Richtlinie für die Beratung zum StaRUG, die sich hoffentlich mit neuen Beschlüssen gem. § 60 StaRUG in den folgenden Monaten und Jahren nicht weiter „nach hinten“ verschieben wird.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S.III.