Hogan Lovells

Die erfolgreiche Anfechtungsklage

Christine Borries, LL.M. (Sydney)

16. NIVD Jahrestagung - 13. September 2024

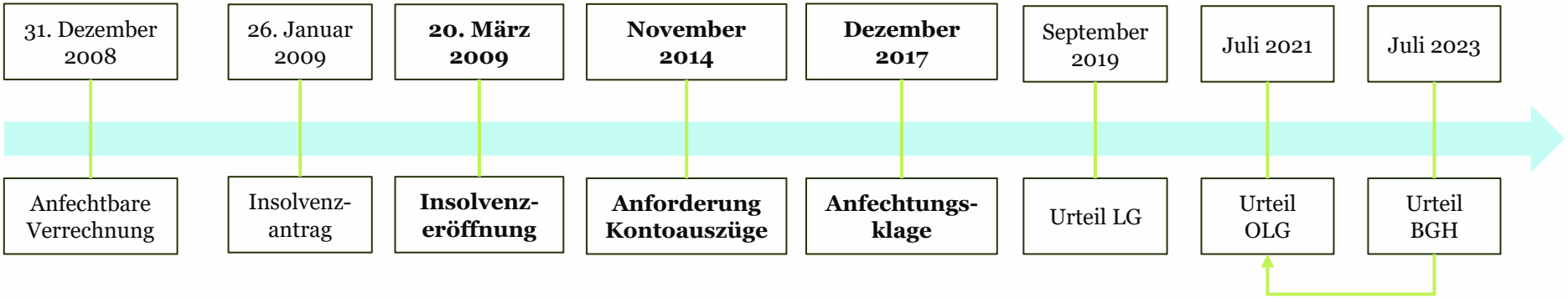
Die erfolgreiche Anfechtungsklage

Gliederung

I. Ermittlungspflicht des Insolvenzverwalters
II. **Nachweis Zahlungsunfähigkeit und deren Kenntnis**
III. Prozessrechtliche Einzelfragen aus der aktuellen Rechtsprechung

Ermittlungspflicht des Insolvenzverwalters

8 Jahre bis zur Klage … 15 Jahre bis zum BGH?



BGH 27. Juli 2023 IX ZR 138/21

War der Anfechtungsanspruch verjährt?

- Anfechtungsansprüche unterliegen Regelverjährung § 195 BGB
- Beginn:
  - Frühestens: Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 BGB) = Jahr der Insolvenzeröffnung
  - Erst mit Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen

- Unstreitig: InsV hatte bis November 2014 keine Kenntnis von Zahlung der Investitionszulage und der vorgenommenen Verrechnung
- **Lag grob fahrlässige Unkenntnis vor?**

BGH 27. Juli 2023 IX ZR 138/21; BGH 13.6.2024 IX ZR 100/23

Ermittlungspflicht des Insolvenzverwalters

Verletzung der Ermittlungspflicht

- Ermittlungspflicht betreffend Anfechtungsansprüche
- Hohe, berufsbezogene Standards
- Typischerweise anfechtungsrelevante Sachverhalte
- Kontoauszüge / Forderungsanmeldungen / Verhalten des Schuldners

Grad des Verschuldens

- Verletzung der Ermittlungspflicht in besonderem Maße
- Unterlassen weiterer Ermittlungen trotz konkreter Verdachtsmomente, die zwingend Anlass gaben, weiter zu ermitteln
- Anfechtbarkeit musste sich aufdrängen
- Hätte jeder sorgfältig arbeitende Verwalter den Vorgang überprüft?

Überprüfung der Kontoauszüge für den Drei-Monats-Zeitraum jedenfalls betreffend die Hausbank zwingend!

BGH 27. Juli 2023 IX ZR 138/21; BGH 13.6.2024 IX ZR 100/23

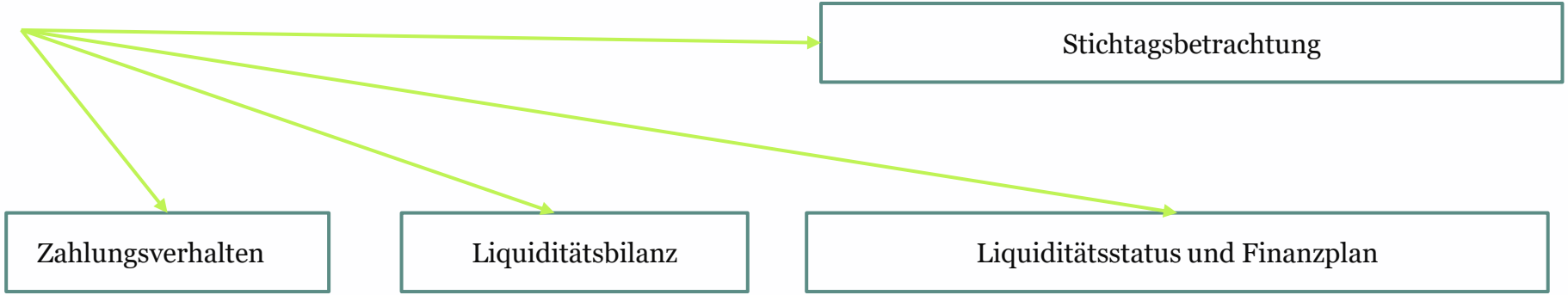
Zeitlicher Rahmen der Ermittlungspflicht = i.d.R. innerhalb von **3 Jahren nach Eröffnung**

- Keine festen Höchstfristen
- Abhängig vom konkreten Fall, können auch schnellere Ermittlungen geboten sein
- Entsprechendes Personal ist vorzuhalten / Dienstleister zu beauftragen
- Priorisierung von Aufgaben:
  - Operative Maßnahmen
  - Ein-Monatsfrist / Drei-Monatsfrist / sonstige Ansprüche / Zeiträume
  - Institutionelle / sonstige Gläubiger
  - Höhe der Zahlungen
- Besonders unübersichtliche Verhältnisse und Verschleierungsmaßnahmen, können grob fahrlässige Unkenntnis ausschließen

BGH 27. Juli 2023 IX ZR 138/21; BGH 13.6.2024 IX ZR 100/23

Nachweis der Zahlungsunfähigkeit (und deren Kenntnis)

Möglichkeiten zum Nachweis der ZU



Nachweis durch Zahlungsverhalten

Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

Zentral: Gesamtwürdigung der Umstände

Maßstab: (Konkludente) Erklärung des Schuldners zahlungsunfähig zu sein

Nichtzahlen von Verbindlichkeiten

Teilzahlungen

Erhebliche Zahlungsverzögerungen

(insb. bei Sozialversicherungsbeiträgen und anderen betriebsnotwendigen Zahlungen)

Druckzahlungen

BGH 6.5.2021 IX ZR 72/20 Tz 24;
BGH 10.2.2022 IX ZR 148/19 Tz 22;
BGH 22.2.2024 IX ZR 226/20 Tz 25;
BGH 28.4.2022 IX ZR 48/21 Tz 26 ff.

Beweislast

Nachweis der Zahlungseinstellung und der Kenntnis des Gläubigers davon durch den Insolvenzverwalter

- Entkräftung Fortdauervermutung durch Beweis eines Umstands, der eine Wiederaufnahme der Zahlungen im Allgemeinen als möglich erscheinen lässt
- Sekundäre Darlegungslast zu Lasten des InsV für Fortdauer

- Erstellung einer **Liquiditätsbilanz** durch Sachverständigen auf Antrag des Gläubigers
- Anknüpfungstatsachen nicht oder nur spiegelbildlich zum Vortrag des Insolvenzverwalters erforderlich

Liquiditätsbilanz

Aktiva I	Passiva I	Unterdeckung von mehr als 10%?
+ Aktiva II	+ Passiva II	
= Aktiva I + II	= Passiva I + II	Unterdeckung von mehr als 10%?

BGH 19.12.2017 II ZR 88/16 Tz 33; BGH 28.6.2022 II ZR 112/21 Tz 14

Liquiditätsstatus zum Stichtag *plus*

Finanzplan	(weitere) Stichtagsbetrachtungen
Gegenüberstellung der tagesgenauen Ein- und Auszahlungen für die nach dem Stichtag folgenden 3 Wochen	Mehrere taggenaue Liquiditätsstatus in aussagekräftiger Anzahl

BGH 28.4.2022 IX ZR 48/21 Tz 18; BGH 28.6.2022 II ZR 112/21 Tz 14

Bestreiten der Liquiditätsrechnung

Geschäftsführer / Insider

- Kein pauschales Bestreiten unter Berufung auf eine (pauschal) unrichtige Buchhaltung
- Darlegung und Substantiierung im Einzelfall welche Buchungen falsch sein sollen
- GF hat Recht auf Akteneinsicht

Beweisvereitelung, wenn Einsicht nicht gewährt wird und/oder Unterlagen vernichtet werden

Außenstehende Dritte

- Für GF entwickelte Grundsätze gelten nicht
- Umfang des Bestreitens richtet sich nach Umfang des Vortrags

Professionelle Aufbereitung erforderlich, einschl. Bereitschaft zur Vorlage von Belegen, Kontoauszügen, etc.

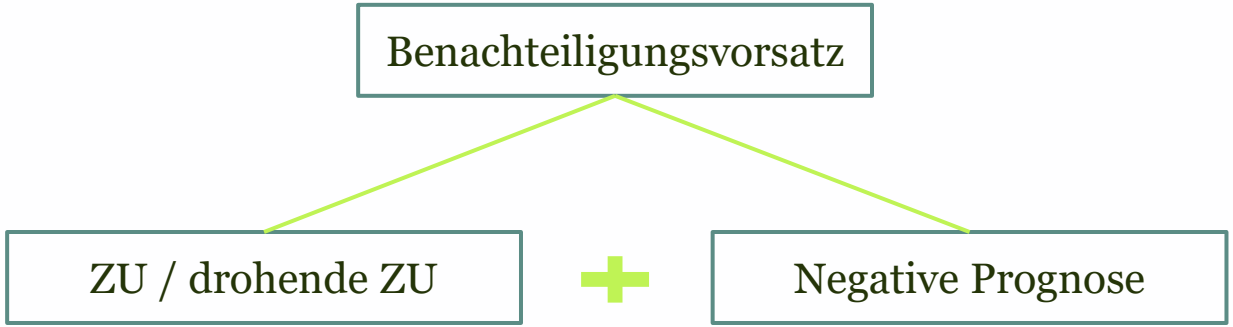
BGH 19.12.2017 II ZR 88/16; BGH 28.4.2022 IX ZR 48/21 Tz 20 ff; BGH 18.4.2024 IX ZR 129/22 Tz 20 ff.; OLG Düsseldorf 275.2024 12 U 3/21

Welche Vorgehensweise nutzen Sie in Ihrer Praxis zum

Nachweis der Zahlungsunfähigkeit bzw.

wogegen verteidigen Sie am häufigsten?

Kombination aus Zahlungsverhalten und Liquiditätsstatus mit Finanzplan für § 133 InsO bei kongruenten Deckungen faktisch erforderlich?



BGH 6.5.2021 IX ZR 72/20 Tz 36; BGH 18.4.2024 IX ZR 239/22

Negative Prognose erfordert nachträglichen Finanzplan

- Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (GBV) kann nur in Ausnahmefällen mit den die Zahlungseinstellung tragenden Verbindlichkeiten begründet werden
  - Evidenzmaßstab: Die die Zahlungseinstellung begründenden Umstände müssen so gravierend sein, dass der GBV auf der Hand liegt
- Regelmäßig erforderlich: Finanzstatus/Finanzplan („Liquiditätsbilanz“) mit
  - Gegenüberstellung liquider Mittel und fälliger Verbindlichkeiten und
  - Erwartbare Entwicklung der Vermögenslage bei optimistischer Betrachtung

  Tz 24: *„Dabei ist zu berücksichtigen, dass insbesondere Gläubiger hoher Forderungen nicht selten zu Zugeständnissen (Stundungen, Ratenzahlungsvereinbarungen, Teilerlasse) bereit sind, um jedenfalls eine teilweise Realisierung ihrer Forderungen außerhalb des Insolvenzverfahrens zu erreichen.“*
- Darlegungs- und Beweislast liegt beim Insolvenzverwalter

BGH 18.4.2024 IX ZR 239/22 Tz 17 ff

- *Ex post* muss eine *ex ante* Betrachtung erstellt werden

- Zeitraum
  - Antragsfrist keine Begrenzung
  - Zeit, die dem Schuldner für die Befriedigung der Gläubiger verbleibt

- Maßstab: „optimistische Betrachtung“
  - Was ist Bezugspunkt des Optimismus?

    = Objektiv gerechtfertigte Annahme basierend auf konkreter Tatsachengrundlage
  - Gleichzusetzen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit?

BGH 26.10.2023 IX ZR 112/22 Tz 15 NZI 2024, 177 m. Anm. Borries / Mundt; BGH 18.4.2024 IX ZR 239/22 Tz 17 ff NZI 2024, 537 m. Anm. Straubmeier / Parzinger

Rückgewähranspruch

Anfechtung von Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft

- Anfechtbares Verpflichtungsgeschäft = Rückabwicklung nach allgemeinen Vorschriften und damit nach §§ 812 ff BGB
  - Nutzungsersatz nach § 812 BGB bei Kaufvertrag: Schätzung der zeitanteiligen linearen Wertminderung zwischen tatsächlichem Gebrauch & voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer; nicht nach fiktiver Miete
  - unentgeltliche Leistung = Wertminderung am objektiven Wert der Sache Erfüllungsgeschäft = Rückabwicklung nach § 143 InsO
- Anfechtung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft:
  - Rückübertragungsverlangen ist (ggf.) einheitliches Klagebegehren
  - Zwei prozessuale Ansprüche = kumulative Klagehäufung
  - Auf Grund unterschiedlicher Rechtsfolgen muss InsV Prüfungsreihenfolge vorgeben

BGH 26.10.2023 IX ZR 250/22 Tz 23 ff.; BGH 22.2.2024 IX ZR 226/20 Tz 48 ff.

Durchsetzung des Anfechtungsanspruches

Der Anfechtungsanspruch im Mahnverfahren

- **Verjährungsfrist**: Der Anfechtungsanspruch unterliegt einer dreijährigen Verjährung (§ 146 InsO i.V.m. § 195 BGB), die mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entsteht.
- **Rückgewähranspruch**: Der Rückgewähranspruch nach Insolvenzanfechtung ist nicht von einer Gegenleistung abhängig (§ 144 Abs. 1 InsO).
- **Verjährungshemmung durch Mahnantrag**: Der Rückgewähranspruch kann durch einen Mahnantrag zur Hemmung der Verjährung geltend gemacht werden (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB).
- **Wiederaufleben der Forderung**: Das Wiederaufleben der Forderung wird erst durch die tatsächliche Rückgewähr des Empfangenen ausgelöst.
- **Kein Zurückbehaltungsrecht**: Der Anfechtungsgegner kann im Anfechtungsprozess kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

BGH 22.02.2024 IX ZR 106/21 Tz. 17.ff

Verteidigung des Anfechtungsanspruch durch Einrede und im einstweiligen Rechtsschutz

- **Einredeweise Geltendmachung des Anfechtungsanspruch (§ 146 Abs. 2 InsO)**
  - Anfechtungsanspruch kann einredeweise geltend gemacht werden

    = Herausgabeansprüche betreffend bewegliche oder unbewegliche Gegenstände können zurückgewiesen werden
  - (P) Dauer der Durchsetzung des Rückübertragungsanspruches
- **Einstweilige Verfügung (§§ 935 ff ZPO) zur Absicherung des Anspruchs auf Rückgewähr**
  - Bewegliche Gegenstände: Verfügungsgrund indiziert bei direktem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz?
  - Unbewegliche Gegenstände: Eintragung einer Vormerkung zur Absicherung des Anspruchs
- **Arrest (§§ 916 ff ZPO) bei Anspruch auf Zahlung von Geld**

Einstweiliger Rechtsschutz

Besonderheit bei Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung statt Eigentumsübertragung

Sicherung eines anfechtungsrechtlichen Anspruchs auf Duldung der Zwangsvollstreckung im einstweiligen Rechtsschutz

- Der anfechtungsrechtliche Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in ein weggegebenes Grundstück kann im Grundbuch nicht vorgemerkt werden.
- Stattdessen: Anfechtungsrechtlicher Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in ein weggegebenes Grundstück durch richterliches Verfügungsverbot gemäß § 938 II ZPO sicherbar.
- Gilt auch bei Übertragung eines Miteigentumsanteils.
- Verfügungsverbot wird im einstweiligen Rechtsschutz zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs in das Grundbuch eingetragen.

BGH 14.6.2007 IX ZR 219/05; OLG Düsseldorf 11.4.2024 12 U 10/24, NZI 2024, 586

Prozesskostenhilfe

Prozesskostenhilfe in Insolvenzverfahren

- **Beantragung von Prozesskostenhilfe (PKH):** Insolvenzverwalter können Prozesskostenhilfe beantragen, wenn die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um Ansprüche gerichtlich geltend zu machen.
- **Voraussetzungen für PKH:** Bedürftigkeit der Insolvenzmasse und hinreichende Erfolgsaussichten der Klage müssen dargelegt werden.
- **Keine Mutwilligkeit der Klage:** PKH wird nicht gewährt, wenn die Klage mutwillig ist oder die Beteiligten die Kosten selbst tragen können.
- **Maßgeblichkeit der wirtschaftlichen Zumutbarkeit:** Selbst bei angezeigter Masseunzulänglichkeit ist die Kostenaufbringung für Massegläubiger zumutbar, wenn ihre Gewinnchance das Verlustrisiko deutlich übersteigt:
  - *Das ist der Fall, wenn die Chancen (Quotengewinn) mindestens doppelt so groß sind wie das Risiko (Quotenverlust)*
- **Klageabweisung bei Massekostenarmut:** Wenn selbst ein voller Klageerfolg nicht zur Deckung der Verfahrenskosten führt, gilt die Klage als mutwillig und wird abgewiesen.

BGH 28.1.2022 IX ZR 145/21

Internationale Zuständigkeit

Staatenimmunität vor internationaler Zuständigkeit

- **Internationale Zuständigkeit:**

Gerichte desjenigen EU-Mitgliedstaats, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, auch wenn der Anfechtungsgegner seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat oder in einem Staat, der nicht Mitglied der Europäischen Union ist

- **Aber: Staatenimmunität vorrangig**
  - Anfechtungsanspruch betreffend Rückgewähr einer ausländischen Steuerschuld betrifft hoheitliches Handeln des Anfechtungsgegners.
  - Eine rechtliche Überprüfung des hoheitlichen Handelns eines anderen Staates durch deutsche Gerichte berührt die völkerrechtliche Immunität des ausländischen Anfechtungsgegners, sodass die deutsche Gerichtsbarkeit nach dem völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz der Staatenimmunität nicht eröffnet ist, § 20 II GVG, Art. 25 GG.
  - Die Zustimmung eines Staates zur EuInsVO führt nicht zu einer Verdrängung des völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatzes der Staatenimmunität.

OLG Karlsruhe 15.4.2024 3 U 43/23 (Revision zugelassen); Anm. Thole in ZRI 2024, 380 ff.

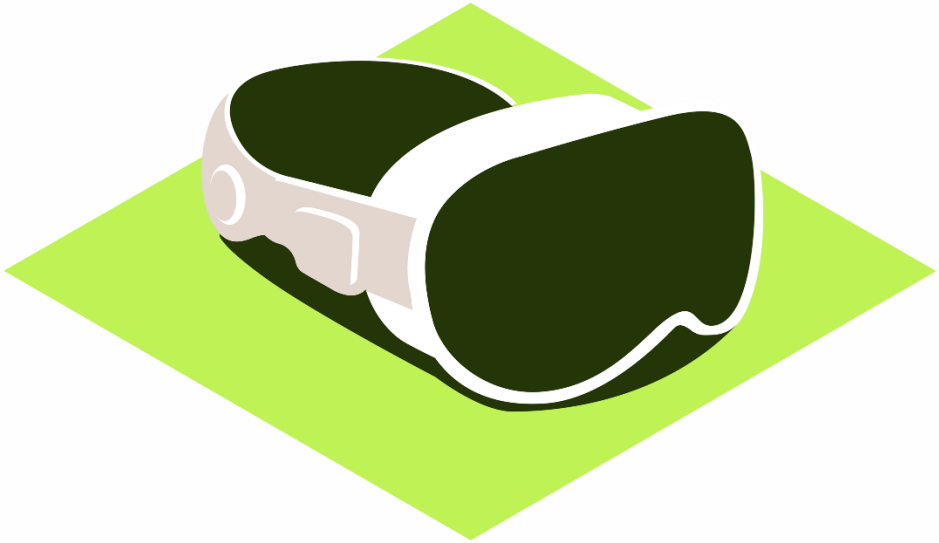
Zuständigkeit fürs Ferienhaus

Deutscher Notarvertrag betreffend die Übertragung eines französischen Ferienhauses – was gilt?

- Art 11 EuInsVO betrifft nicht die Insolvenzanfechtung
- Maßgeblich: Art. 7 II Satz 2 m EuInsVO
- Art 16 EuInsVO?
  - Art 3 Rom I VO
  - Art 4 I c) Rom I Vo
  - ABER: Art 4 III Rom I VO

OLG Köln 8.11.2023 2 U 13/23

Fragen?



Christine Borries, LL.M. (Sydney)

Counsel, Restrukturierungs- und Insolvenzrecht, München

Christine Borries berät im deutschen und internationalen Insolvenzrecht sowie an den Schnittstellen zum Gesellschaftsrecht. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt in der Beratung in Krisensituationen, insbesondere bei Unternehmensrestrukturierungen und der Absicherung von Lieferketten sowie der Durchführung von Schutzschirm- und Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung. Sie begleitet nationale und internationale (distressed) M&A-Transaktionen und berät insbesondere in Fragen des Insolvenzanfechtungsrechts. Sie unterstützt ihre Mandanten zudem bei Finanzierungsfragen und allgemein bei der Vertragsgestaltung.

Christine Borries ist Autorin im Uhlenbruck, einem der führenden Kommentare zum deutschen Insolvenzrecht, und kommentiert dort (gem. mit Prof. Dr. Heribert Hirte) das Insolvenzanfechtungsrecht.

Ausgewählte Beratungsmandate:

- **Restrukturierungs- und Insolvenzberatung** verschiedener mittelständischer Unternehmen im Bereich retail und Automotive
- **Distressed M&A (Asset und Share Deal) im Bereich Retail und Logistik**, dabei Beratung des **Insolvenzverwalters** im Verkaufsprozess
- **Bundesrepublik Deutschland – Finanzagentur GmbH** bei den Stabilisierungsmaßnahmen durch den Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WSF) für die Deutsche Lufthansa AG und Galeria Karstadt Kaufhof nach dem deutschen Wirtschaftsstabilisierungsgesetz
- Beratung der **HR Group** beim Erwerb der Success Hotel Group aus der Insolvenz im Wege eines Insolvenzplans
- **Finanzierende Bank** in einem großen Retail Insolvenzverfahren
- Eine **österreichische Bank** bei verschiedenen Umschuldungen, insbesondere Beratung bei der Insolvenzplanumstrukturierung mit Debt-Equity-Swap und anschließendem Verkauf des Unternehmens
- **F.LIST GmbH** zum Insolvenzplanverfahren einer Schuldnerin, sowie Beratung der Mandantin im Zusammenhang mit dem Erwerb des Geschäftsbetriebs der Schuldnerin aus der Insolvenz im Wege eines Asset Deals
- **Saurer Netherlands** bei der Beendigung des vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens und dem Verkauf der Geschäftsbereiche Accotex, Temco und Wickler

T +49 89 290 12 535

christine.borries@hoganlovells.com

Awards & Rankings

Christine Borries wird unter den 40 under 40 `10 Runners up für Restrukturierung und Insolvenz´geführt. ***Global Restructuring Review 2022***

Christine Borries wird als „empfohlene Anwältin für Insolvenz und Restrukturierung“ ausgezeichnet. ***Kanzleimonitor 2018/2019 & 2019/2020***

Christine Borries wurde von ***Best Lawyers ™ in Germany 2024 und 2025*** für Restrukturierung und Insolvenzrecht ausgezeichnet.

Christine Borries wird als „besonders empfohlene Anwältin für Restrukturierung“ ausgezeichnet. ***Wirtschaftswoche 2024, 2022***

Hogan Lovells

hoganlovells.com

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.

© Hogan Lovells 2024. All rights reserved.