



Christian Erdell

Kongruenzvereinbarungen zur Vermeidung von Insolvenzanfechtungen unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtung gegenüber Beratern

von Thomas Uppenbrink, Hagen
www.uppenbrink.de



Thomas Uppenbrink

Scheitern Sanierungen sind die beauftragten Berater in der Regel immer der Anfechtung des Insolvenzverwalters ausgesetzt.

Was sagt der Gesetzgeber?

§ 130 Kongruente Deckung

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat,

1. wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, wenn zur Zeit der Handlung der Schuldner zahlungsunfähig war und wenn der Gläubiger zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte oder

2. wenn sie nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.

Dies gilt nicht, soweit die Rechtshandlung auf einer Sicherungsvereinbarung beruht, die die Verpflichtung enthält, eine Finanzsicherheit, eine andere oder eine zusätzliche Finanzsicherheit im Sinne des § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes zu bestellen, um das in der Sicherungsvereinbarung festgelegte Verhältnis zwischen dem Wert der gesicherten Verbindlichkeiten und dem Wert der geleisteten Sicherheiten wiederherzustellen (Margensicherheit).

(2) Der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags steht die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen.

(3) Gegenüber einer Person, die dem Schuldner zur Zeit der Handlung nahestand (§ 138), wird vermutet, dass sie die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.

§ 133 Vorsätzliche Benachteiligung

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. ²Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

(2) Anfechtbar ist ein vom Schuldner mit einer nahestehenden Person (§ 138) geschlossener entgeltlicher Vertrag, durch den die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt werden. ²Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Vertrag früher als zwei Jahre vor dem Eröffnungsantrag geschlossen worden ist oder wenn dem anderen Teil zur Zeit des Vertragsschlusses ein Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war.

Rechtsauffassung von Richtern und Insolvenzverwaltern zur Anfechtung gegenüber Sanierungsberatern:

Kayser, Vorsatzanfechtung im Spannungsverhältnis von Gläubigergleichbehandlung und Sanierungschancen, NJW 2014, 422 ff.

Trotz des vorstehend skizzierten Rechtsprechungsstands tun sich für den Gläubiger als Empfänger von Leistungen auf der Basis eines alltäglichen Leistungsaustauschs oder nach einem ins Werk gesetzten Sanierungsversuch mit dem Schuldner unangenehme Perspektiven auf. Ist der Sanierungsbedarf des Unternehmens und damit meist auch die zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit erst einmal erkannt, besteht für den mit Leistungen bedachten Gläubiger das hohe Risiko, das an ihn Zugewendete an eine spätere Masse zurückgewähren zu müssen. Hierbei erscheint für Manchen der Zeithorizont des § 133 InsO für ihn – anders als bei Anfechtungen nach §§ 130 bis 132 InsO – nur schwer überschaubar zu sein.

a) Dieses Risiko kann den Zahlungsempfängern, mag dies von Industrie, Handwerk und Energieversorgern auch beklagt werden, grundsätzlich nicht abgenommen werden. Dies hängt mit dem Variantenreichtum der Anfechtungsfälle zusammen, die es verbietet, die neuen gesetzgeberischen Akzente des ESUG mit einer „Beschneidung“ der Vorsatzanfechtung zu begleiten. Die Rechtsprechung macht nicht selten mit Fallgestaltungen Bekanntschaft, in denen die Akteure – getarnt als Sanierung – von vornherein nur ihre eigenen Interessen durchzusetzen versuchen oder aber – in einer für sie ausweglos erscheinenden Situation – noch umschalten, um das Beste für sich selbst herauszuholen. Gerade in größeren Insolvenzfällen mit entsprechendem Beratungs- und Finanzhintergrund stößt man auf solche Praktiken, wobei die Weichen hierfür sehr früh gestellt sein können. Mitunter kann man sich im Nachhinein des Eindrucks nicht erwehren, dass die Plünderung des Unternehmens erst so richtig auf Touren kam, nachdem die Berater ins Haus geholt worden waren.

b) Seriöse Beratung zu angemessenen Honoraren muss allerdings möglich sein und ist nicht per se verdachtauslösend. Gleiches gilt für den Abschluss eines seriösen Sanierungsvergleichs mit Gläubigern, die dann auf gesicherter Grundlage Leistungen erhalten sollen, die nicht der Vorsatzanfechtung unterliegen, weil die Beteiligten mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit rechnen durften. Der anfechtende Insolvenzverwalter ist deshalb darauf zu verweisen, dass vorhandenes „Insiderwissen“ nach gesicherter höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht gleichsam automatisch die Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners nach sich zieht, wenn die Leistung im Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft erbracht worden ist oder ein ernsthafter Sanierungsversuch letztlich doch scheitert.

RA De Bra Fachdienst InsR 2015, 370406, Urteilsanmerkung zu LG Frankfurt 07.05.2015 Az. 2-32 O 102/13

Das Urteil ist für die Sanierungspraxis von angeschlagenen Unternehmen von großer Bedeutung. Denn der BGH fordert dazu einen verbleibenden praktischen Nutzen der Sanierungsleistungen für das schuldnerische Unternehmen, durch den sich die Möglichkeiten der Gläubigerbefriedigung so verbessern, dass dadurch das abgeflossene Honorar – jedenfalls teilweise – wertgleich in das Schuldnervermögen zurückgelangt (BGH aaO Rz 24). Diese Fallkonstellationen werden in der Zukunft durch den BGH noch zu präzisieren sein, um eine Sanierungsberatung angeschlagener Unternehmen überhaupt zu ermöglichen. Bis dahin bleibt die Tätigkeit des in der Krise beauftragten Sanierungsberaters auch unter Honorarsicherungsgesichtspunkten gefährlich.

Ganter „Sanierungsberaters Kunst – oft umsonst“, ZIP 2015,1413 ff.

Stellt sich die Zahlung der Vergütung als kongruente Rechtshandlung dar, kann das Bargeschäftsprivileg in Betracht kommen. Dann scheidet meist auch eine Vorsatzanfechtung aus.

Liegt vorerst auf Seiten des Auftraggebers (Schuldners) nur eine drohende Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Sanierungsberater um die Erarbeitung eines Sanierungs- bzw. Restrukturierungskonzepts angegangen wird, gestattet richtiger Ansicht nach die Kenntnis des Schuldners von seiner wirtschaftlichen Lage noch nicht den Schluss, dass er den Sanierungsberater mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bezahlt.

Unabhängig davon fehlt der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn an einen Sanierungsberater die Vergütung für die Erarbeitung und Begleitung eines Sanierungs-/Restrukturierungskonzepts gezahlt wird, das den Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe erkennen lässt, in sich schlüssig ist, die Bereinigung sämtlicher Verbindlichkeiten des Schuldners (nicht notwendig auf die gleiche Art und Weise und in dem gleichen Umfang) und seine dauerhafte wirtschaftliche Stabilisierung innerhalb eines überschaubaren Zeitraums zum Ziele hat und nicht offensichtlich undurchführbar ist.

Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz fehlt sogar dann, wenn das Sanierungsvorhaben objektiv aussichtslos war, ihm indes von seriöser und sachkundiger Seite eine positive Prognose gestellt worden war, der Schuldner es für erfolgversprechend gehalten und ernsthaft betrieben hat. Dann hat er subjektiv redlich gehandelt, weil er – wenngleich mit untauglichen Mitteln – den Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung gerade hat vermeiden wollen, sie also nicht in Kauf genommen hat.

Je komplexer die Sanierung, desto wahrscheinlicher die Anfechtung durch den Verwalter – selbst bei vermeintlicher Rechtssicherheit!**1. Beteiligte**

- a. Beklagte: Hengeler Mueller
- b. Kläger: Insolvenzverwalter Henning Schorisch
- c. Insolvenzsuldnerin: Q-Cells

2. Sachverhalt LG Frankfurt, Urteil vom 07.05.2015, Az. 2-32 O 102/13 (vereinfacht)

Der Insolvenzverwalter fordert rund 4,5 Millionen Euro. Gegenstand der Anfechtungsklage sind die erhaltenen Beraterhonorare im Zeitraum 15.11.2011 bis 02.04.2012. Der zur Eröffnung des Verfahrens führende Antrag stammt vom 03.04.2012.

Im letzten Quartal 2011 zeichnete sich unstrittig ab, dass die Insolvenzsuldnerin im Februar 2012 Forderungen aus Wandelschuldverschreibungen nicht bedienen kann.

Daher beauftragte die damalige Geschäftsleitung mehrere Restrukturierungsberater, unter anderem die Beklagte. Diese erarbeitete ein Restrukturierungskonzept, das letztlich in der Stundung der Forderungen bis 28.02.2012 und der anschließenden Umwandlung von Drittforderungen in Eigenkapital mündete.

Die Durchführbarkeit des Konzeptes hing entscheidend von der Anwendbarkeit bestimmter gesetzlicher Regelungen ab, die weder das LG Frankfurt, noch das OLG Frankfurt als gegeben ansah. Diese Auffassungen kassierte der BGH mit Entscheidung vom 01.07.2014. Der BGH folgte damit der Rechtauffassung von Hengeler Müller im Restrukturierungskonzept.

Gleichwohl hat das Landgericht Frankfurt der Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters über § 133 InsO stattgegeben.

3. Tragende Erwägungen des LG Frankfurt

- a. Kennt der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit oder seine drohende Zahlungsunfähigkeit, kann daraus nach ständiger Rechtsprechung auf einen Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden. Dieses Merkmal war unstrittig gegeben.
- b. Die Indizwirkung der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz war aufgrund der Sanierungsbemühungen nicht (!) ausgeschlossen.
- c. Die bloße Hoffnung des Schuldners auf eine Sanierung räumt den Benachteiligungsvorsatz nicht aus, wenn die dazu erforderlichen Bemühungen über die Entwicklung von Plänen und Erörterungen nicht hinausgekommen sind. Erforderlich ist, dass zur Zeit der angefochtenen Rechtshandlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegt, das beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt und mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist, d.h. dass der Schuldner zum jeweiligen Zeitpunkt der Rechtshandlung die sichere Erwartung haben dürfte, dass die Restrukturierung in Bälde erfolgreich abgeschlossen wäre. Nach Auffassung des LG Frankfurt konnte diesen Anforderungen nicht genügt werden, weil das LG Frankfurt die strittige Rechtsfrage – im Nachhinein falsch – zu Lasten der Insolvenzsuldnerin entschied.

4. Kritik

Die Entscheidung kann keinen Bestand haben. Sie macht eine Sanierungsberatung faktisch unmöglich.

Die Angemessenheit des Honorars stand nicht im Streit. Die Kollegen von Hengeler Mueller hatten von Anfang an ein tragfähiges Konzept. Der BGH hat die Entscheidungen der Vorinstanzen (um die Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelung) verworfen. Dennoch meint das LG, die Honorarzahlung sei nach § 133 InsO anfechtbar. Legt man die Auffassung des ehemaligen und derzeitigen Vorsitzenden des Insolvenzsensats zu Grunde, unterlag das Honorar weder der Anfechtung nach § 130 InsO, noch nach § 133 InsO.

Idee der Kongruenzvereinbarung

Durch einen angemessenen Austausch von Leistung und Gegenleistung soll die Zahlung insolvenzfest sein. Die Anfechtung nach § 130 InsO soll dabei ebenso verhindert werden, wie die Anfechtung nach § 133 InsO.

Details in Gräwe, Lauscher Kongruenzvereinbarungen – ein Instrument zur Vermeidung der Insolvenzanfechtung, Anmerkung zu BGH Urteil vom 17.12.2015, Az. IX ZR 287/14 NWB 2016, 1984 ff. (Werkvertrag)

Kurzfassung:

1. Leistungserfolg darf noch nicht eingetreten sein
2. Zahlung darf noch nicht erfolgt sein
3. Ausgestaltung als Bargeschäft § 142 InsO
4. Kein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz
5. Abzustellen ist auf den jeweiligen Vertragstyp

Die Idee der Kongruenzvereinbarung ist nicht neu. Eine mögliche Handlungsanweisung für Berater findet sich in der Entscheidung BGH Urteil vom 06.12.2007 Az. IX ZR 113/06 und BGH Urteil vom 13.04.2006 Az. IX ZR 158/05 (Geschäftsbesorgung).

Grundaussagen der beiden Urteile (im Übrigen auch auf Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie Unternehmensberater anwendbar):

1. Ist eine Angelegenheit beendet, sind die dafür verdienten Anwaltsgebühren fällig, selbst wenn der Auftrag - der auch noch andere Angelegenheiten umfasst - insgesamt noch nicht erledigt ist. Ein Vorschussanspruch besteht insoweit nicht mehr.
2. Soweit an einen Rechtsanwalt Vorschusszahlungen in einer abgeschlossenen Angelegenheit erfolgen, für die bereits der Vergütungsanspruch fällig geworden, jedoch nicht geltend gemacht ist, sind die Leistungen inkongruent.
3. Erbringt ein Rechtsanwalt Vorleistungen, die der inzwischen in der Krise befindliche Mandant mehr als 30 Tage später vergütet, handelt es sich nicht mehr um ein anfechtungsrechtlich privilegiertes Bargeschäft.
4. Hat der insolvente Mandant durch die Gewährung von Vorschüssen vorgeleistet, gilt für das Vorliegen eines Bargeschäfts derselbe Maßstab wie bei einer Vorleistung des Rechtsanwalts.
5. Als Bargeschäft werden Leistungen des Schuldners privilegiert, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt ist. Insbesondere können auch Dienstleistungen eines Steuerberaters oder Rechtsanwalts Bargeschäfte sein. Bei länger währenden Vertragsbeziehungen ist dafür zu verlangen, dass die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich oder gegenständlich teilbar und zeitnah – entweder in Teilen oder abschnittsweise – ausgetauscht werden. Wenn zwischen dem Beginn der anwaltlichen Tätigkeit und der Erbringung einer Gegenleistung mehr als 30 Tage liegen, ist ein Bargeschäft zu verneinen. Rechtsanwälte werden dadurch nicht unangemessen benachteiligt. Denn sie können jederzeit Vorschüsse verlangen. Allerdings sind die Voraussetzungen eines Bargeschäfts nicht erfüllt, wenn der Rechtsanwalt einen Vorschuss in einer Höhe geltend macht, der die wertäquivalente Vergütung für die nächsten 30 Tage überschreitet. Es ist einem Rechtsanwalt, der in den Genuss der anfechtungsrechtlichen Bargeschäftsausnahme kommen will, möglich und zumutbar, in regelmäßigen Abständen Vorschüsse einzufordern, die in etwa dem Wert seiner inzwischen entfalteten oder der in den nächsten 30 Tagen noch zu erbringenden Tätigkeit entsprechen. Ferner kann vereinbart werden, Teilleistungen gegen entsprechende Vergütung zu erbringen.
6. Bei einer anwaltlichen Dienstleistung ist das Vorliegen eines Bargeschäfts zu verneinen, wenn zwischen Beginn der Tätigkeit und Erbringung der Gegenleistung mehr als 30 Tage liegen. Auch stellt das bloße Versprechen, eine Leistung zu erbringen, noch keine unmittelbare Gegenleistung i.S. von § 142 InsO dar.

Problem 1: Herstellung und Einhaltung der Kongruenz

Soweit der Vertragspartner sich nicht an Absprachen hält, wird jede Kongruenzvereinbarung vernichtet.

Lösung: Kann nur Druck sein

Problem 2: Angemessenheit, insbesondere Stundensätze

Beispiele aus der Rechtsprechung:

1. OLG Koblenz, Beschluss vom 26.04.2010 5 U 1409/09 hält einen Stundensatz in Höhe von 250,00 € netto für einen anwaltlichen Mitarbeiter in Strafsachen für angemessen.
2. OLG Hamm Urteil vom 07.07.2015 28 U 189/13 hat zuletzt in einer anwaltlichen Honorarklage einen Stundensatz in Höhe von 275 € nicht moniert.

Dabei muss man berücksichtigen, dass die Gerichte die Angemessenheit des Honorars nach der Qualifikation des Leistenden zu Grunde legen.

Lösung: Angemessener Stundensatz dürfte jedenfalls bei 200 € liegen, ggfs. höher.

Problem 3: Angemessenheit, Leistungserbringung

Beispiel ist hier BGH 06.12.2007:

Der Anwalt vereinnahmte hier 100.000,00 € netto für die insolvenzrechtliche Beratung und Begleitung als Pauschalvergütung. Zwei Tage später stellte der Anwalt den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens. Anfechtung nach §§ 130, 133 InsO.

Die vertragliche Konstruktion, wonach die spätere Insolvenzschuldnerin zur Vorleistung verpflichtet ist, trägt nicht.

Der BGH geht von der Unangemessenheit des Honorars aus.

Lösung: Abrechnung analog RVG / StbVV oder auf Basis konkreter Stunden

Problem 4: BGH vs. Sanierungsberater

Honorare von Sanierungsberatern sind faktisch nur im Erfolgsfall sicher. Damit wird die Nähe zum Werksvertrag hergestellt. Dies erreicht der BGH über folgende Formulierung:

1. Schlüssiges an den Gegebenheiten orientiertes Sanierungskonzept

Wie soll man dies bei Beginn der Angelegenheit haben? Wann ist ein Konzept schlüssig, ist beispielsweise zu berücksichtigen, dass der Geschäftsleiter den Berater anlügt? Welche Punkte in welcher Tiefe muss das Konzept aufweisen? Ex Post Betrachtung verzerrt den Blick auf die Leistungshandlungen. Reicht der IDW Standard aus?

2. In den Anfängen bereits in die Tat umgesetzt

Offene Terminologie eröffnet dem Tatrichter weiten Ermessensspielraum, der beim OLG oder BGH nur auf Verstoß gegen Denkgesetze überprüft werden kann.

Haben von 20 Gläubigern 15 zugestimmt und am Ende lehnen 5 ab; soll dies ausreichen um vom Beginn der Tätigkeit auszugehen? Oder mangelt es dann schon am schlüssigen Konzept?

3. Sichere Erwartung/ Aussicht auf Erfolg

Konnte der Schuldner dem Konzept Erfolgsaussichten beimessen?

Kommt es auf dessen Sicht an oder auf die eines verständigen Dritten?

Lösung: Keine, allenfalls Dokumentation und Erfolg.

Problem 5: Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Sicherlich das größte Problem. Über den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners wird auf Seiten des Verwalters argumentiert, um die Kongruenzvereinbarung zu vernichten. Denn der Nachweis, dass die Rechtshandlung, die zur Verminderung der Aktivmasse führte im Interesse der Gläubigergesamtheit liegt ist nicht in vielen Fällen gegeben. Bei Werk- oder Kaufvertrag mag das noch einleuchtend sein. Bei Beraterverträgen ist dies nur im Erfolgsfall nachweisbar.

Ein Beispiel: Der Schuldner zahlt rückständige Mieten oder Strom, um die Kündigung der Gewerbeimmobilie zu verhindern. Die Gewinne aus der Fortführung des Betriebes werden bei der Anfechtung gegenüber dem Vermieter oder Stromversorgern **nicht** angerechnet, BGH Urteil vom 13.03.2003, Az. IX ZR 64/02

Die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners wird man bei Sanierungsberatern und Steuerberatern in der Regel annehmen können. Auch die Hausbank könnte generell in den Anwendungsbereich fallen, hat aber als Zahlstelle Privilegien.

Lösung: Gibt es unter der derzeitigen Rechtslage für Berater nur im Erfolgsfall. Ansonsten bestehen genug Stellschrauben auf Seiten der Verwalter

Alternativen zur Kongruenzvereinbarung:

Die Kongruenzvereinbarung ist in der Regel der letzte Strohalm. Alternativen gibt es kaum. Diskussionswürdig sind jedenfalls Zahlungen von Dritter Seite und in der vorläufigen Insolvenz, die Zustimmung des vorläufigen Verwalters.

Jedes Scheitern einer außergerichtlichen Sanierung führt höchst wahrscheinlich zu einer Anfechtung durch den Insolvenzverwalter.

Die Kongruenzvereinbarung scheint nur auf dem Papier ein sicheres Mittel zur Anfechtungsvermeidung zu sein. Eine Abweichung in tatsächlicher Hinsicht führt schnell zur Inkongruenz. Die Gesamtbetrachtung ist nur eingeschränkt möglich, weil bestimmte Vorteile, die durch die angefochtene Rechtshandlung entstehen, keine Berücksichtigung finden.

Daneben führt die Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes in der Regel zur Anfechtung. Oft vergessen wird, dass der Bargeschäftseinwand im Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung nicht greift, vgl. Kayser a.a.O dort Seite 427. Hier ist lediglich, die bargeschäftsähnliche Lage für die Entkräftung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes möglich. Details sind unklar.

Mit der Anfechtung von Sanierungsberaterhonoraren ist bei Scheitern des Sanierungskonzeptes also immer zu rechnen.