

*RiBGH a.D. Prof. Dr. Markus Gehrlein*

**Anfechtungsgefahren bei Sanierungs-  
finanzierungen nach der Neuausrichtung  
der Vorsatzanfechtung**

Mannheim, 24. Juni 2022

**I. Sanierungsgedanke im Rahmen von  
§ 39 Abs. 4 Satz 2 InsO**

- Kein Nachrang eines Gesellschafterdarlehens, wenn Gläubiger bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Anteile zum Zwecke der Sanierung erwirbt (§ 39 Abs. 4 Satz 2 InsO)
- Gesellschafter muss die Geschäftsanteile zum Zweck der Überwindung der Krise erwerben
- Sanierungszweck ist dabei - soll das Privileg überhaupt einen vernünftigen Sinn haben - vorrangig objektiv zu bestimmen
- Neben dem im Regelfall als selbstverständlich zu vermutenden Sanierungswillen muss die Gesellschaft nach der pflichtgemäßen Einschätzung eines objektiven Dritten im Augenblick des Anteilserwerbs die Gesellschaft (objektiv) sanierungsfähig sein
- Die für ihre Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet sein, die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren
- Regelmäßig kann die vorzunehmende "ex ante"-Prognose nur auf der Grundlage eines dokumentierten Sanierungskonzepts relevant sein
- Privilegierung der Sanierungsleistungen hängt nicht von dem tatsächlichen Eintritt des Sanierungserfolges ab

(BGH, Urteil vom 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106 = ZInsO 2006, 148 Rn. 14)

## II. Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) und Sanierungsbemühungen nach bisheriger Rechtsprechung

## 1. Beweisanzeichen der Inkongruenz

- Zunächst wurde der ernsthafte, aber gescheiterte Sanierungsversuch als Gegenindiz des Beweisanzeichens der Inkongruenz angewendet.
- Die bloße Hoffnung des Schuldners auf eine Sanierung räumt seinen Benachteiligungsvorsatz nicht aus, wenn die dazu erforderlichen Bemühungen über die Entwicklung von Plänen und die Erörterung von Hilfsmöglichkeiten nicht hinausgekommen sind.
- Es muss vielmehr zu der Zeit der angefochtenen Handlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegen, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt.

(BGH, Urteil vom 8.12.2011 – IX ZR 156/09, ZInsO 2012, 171 Rn. 11)

## 2. Beweisanzeichen der Zahlungsunfähigkeit

- Der Bundesgerichtshof hat das Gegenindiz des ernsthaften, aber gescheiterten Sanierungsversuchs auch für das Beweisanzeichen der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit nutzbar gemacht.

(BGH, Urteil vom 21.1.2016 – IX ZR 84/13, WM 2016, 366 Rn. 17)

### a) Schuldnerseite

- Voraussetzung ist, dass zu der Zeit der angefochtenen Handlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegt, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt.
- Die bloße Hoffnung des Schuldners sollte nicht genügen.
- Ein Sanierungsversuch kann auch aussichtsreich sein, wenn sich die beabsichtigten Maßnahmen nur auf einen Teil der Gläubiger erstrecken, etwa wenn umfangreiche Forderungsverzichte der Hauptgläubiger dem Schuldner neue Liquidität verschaffen, mittels der er in die Lage versetzt wird, seine übrigen Gläubiger vollständig zu befriedigen.

(BGH, Urteil vom 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 = ZInsO 2016, 1251 Rn. 15, 16)

- Sowohl für die Frage der Erkennbarkeit der Ausgangslage als auch für die Prognose der Durchführbarkeit ist auf die Beurteilung eines unvoreingenommenen branchenkundigen Fachmanns abzustellen, dem die vorgeschriebenen oder üblichen Buchhaltungsunterlagen zeitnah vorliegen.
- Erforderlich ist eine Analyse der Verluste und der Möglichkeit deren künftiger Vermeidung, eine Beurteilung der Erfolgsaussichten und der Rentabilität des Unternehmens in der Zukunft und Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung der (drohenden) Insolvenzreife. Bei einem Sanierungsvergleich muss zumindest festgestellt werden die Art und Höhe der Verbindlichkeiten, die Art und Zahl der Gläubiger und die zur Sanierung erforderlichen Quote des Erlasses der Forderungen.

(BGH, Urteil vom 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 = ZInsO 2016, 1251 Rn. 18)

- Der Sanierungsplan muss nicht bestimmten formalen Erfordernissen entsprechen, wie sie etwa das Institut für Wirtschaftsprüfer e.V. in dem IDW Standard S 6 (IDW S 6) oder das Institut für die Standardisierung von Unternehmenssanierungen (ISU).

(BGH, Urteil vom 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 = ZInsO 2016, 1251 Rn. 19)

## b) Gläubigerseite

- Der Gläubiger ist hinsichtlich eines ernsthaften Sanierungsversuchs in der Regel auf die Informationen angewiesen, die ihm der Schuldner zur Verfügung stellt. Auf die Erteilung der erforderlichen Informationen muss der Gläubiger im Vorfeld einer Sanierungsvereinbarung im eigenen Interesse bestehen. Verzichtet er hierauf, handelt er mit Anfechtungsrisiko.

(BGH, Urteil vom 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 = ZInsO 2016, 1251 Rn. 26)

- Von einem erfolgversprechenden Sanierungsplan kann Gläubiger nicht ausgehen, wenn er keine Kenntnis von den Ursachen der drohenden Insolvenz sowie den Gründen für eine positive Fortführungsprognose hat.
- Das Sanierungskonzept des Schuldners muss der Gläubiger allerdings nicht selbst fachmännisch überprüfen oder durch Sachverständige überprüfen lassen. Er darf sich grundsätzlich auf schlüssige Angaben des Schuldners verlassen.
- Sind die den Gläubigern mitgeteilten Angaben falsch, mag das die Strafbarkeit oder Schadensersatzpflicht des Schuldners oder seines Bevollmächtigten zur Folge haben. Die Kenntnis des Gläubigers von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners begründet das grundsätzlich nicht.

(BGH, Urteil vom 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 = ZInsO 2016, 1251 Rn. 26)

## aa) Sanierung durch Forderungsverzicht

- Beschränkt sich ein Sanierungsversuch allein darauf, dass alle oder ein Teil der Gläubiger quotal auf ihre Forderungen verzichten, ist dies nur dann erfolgsversprechend, wenn der Insolvenzgrund allein auf einem Finanzierungsproblem beruht, etwa dem Ausfall berechtigter Forderungen des Schuldners, das Schuldnerunternehmen aber grundsätzlich profitabel arbeitet.
- Kann in diesem Fall durch einen Schuldenschnitt die Zahlungsfähigkeit dauerhaft wiederhergestellt und die Überschuldung beseitigt werden, werden hierdurch andere, auch künftige Gläubiger nicht benachteiligt.

(BGH, Urteil vom 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 = ZInsO 2016, 1251 Rn. 32 f.)

## bb) Sanierung durch Restrukturierung

- Beruht die Insolvenz des Schuldners nicht lediglich auf dem Ausfall berechtigter Forderungen, sondern - wie im Regelfall - vor allem auf dem dauerhaft unwirtschaftlichen Betrieb des Unternehmens, kann ein Gläubiger von einem erfolgsversprechenden Sanierungskonzept nur ausgehen, wenn vom Schuldner oder dessen Beratern zumindest die Grundlagen einer weitergehenden Sanierung schlüssig dargelegt wurden.
- Erforderlich ist die Darlegung der Ursache der drohenden Insolvenz, insbesondere ob diese lediglich aus Problemen auf der Finanzierungsseite resultiert, oder ob der Betrieb unwirtschaftlich, insbesondere nicht kostendeckend oder sonst mit Verlusten arbeitet.
- Dem Gläubiger muss bekannt sein, in welcher Weise mit dem Sanierungsplan der Insolvenzgrund beseitigt werden soll.
- Aus den Informationen, die dem Gläubiger danach mitgeteilt worden sind, muss sich aus seiner Sicht das Sanierungskonzept als schlüssig darstellen und erfolgsversprechend erscheinen. Sicher muss der Erfolg nicht sein.

(BGH, Urteil vom 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249= ZInsO 2016, 1251 Rn. 38)

### cc) Darlegungs- und Beweislast

- Den über die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners unterrichteten Anfechtungsgegner trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, spätere Zahlungen des Schuldners auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzepts erlangt zu haben.

### dd) Würdigung im Einzelfall

- Weder lag in einer vom BGH entschiedenen Sache das Sanierungskonzept zum Zeitpunkt der angefochtenen Handlungen bereits vor noch war mit seiner Umsetzung begonnen worden, und im Hinblick auf die erforderliche, aber sehr fragliche Mitwirkung der Gesellschafter bot das Konzept auch keine ausreichende Erfolgsaussicht. Es war völlig offen, ob es zu der in dem Konzept vorausgesetzten Kapitalzufuhr durch Nachzahlungen der Gesellschafter kommen würde.

(BGH, Urteil vom 21.1.2016 – IX ZR 84/13, WM 2016, 366 Rn. 17)

- In einem Fall diene ein Rundschreiben erst dazu, die Grundlagen für die Entwicklung eines Sanierungskonzepts zu schaffen. Bei dieser Sachlage war allenfalls das Planungsstadium einer Sanierung erreicht.

(BGH, Urteil vom 3.4.2014 – IX ZR 201/13, ZInsO 2014, 1004 Rn. 41)

- In einer weiteren Sache diene ein an die Gläubiger gerichtetes Rundschreiben der Schuldnerin erst dazu, die Grundlagen für die Entwicklung eines Sanierungskonzepts zu schaffen.
- Ein schlüssiges Sanierungskonzept konnte erst auf der Grundlage der Stellungnahmen der Gläubiger ausgearbeitet werden.
- Anhaltspunkte zum wesentlichen Inhalt eines im Anschluss erstellten Sanierungskonzepts ließen sich dem Parteivortrag nicht entnehmen.

(BGH, Urteil vom 17.12.2015 – IX ZR 61/14, WM 2016, 172 Rn. 34)

- Schließlich hatte der Gläubiger in einem Verfahren nicht einmal Kenntnis davon, was nach Auffassung des Schuldners und seiner Berater für die gebotene Sanierung entscheidend war. Dann konnte und durfte er nicht von einem erfolgversprechenden Sanierungskonzept ausgehen.
- Das Schreiben einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft enthielt keinerlei Hinweise auf die Ursachen der Krise und dazu, wie diese Ursachen dauerhaft beseitigt werden könnten. Es befasste sich ausschließlich mit der aktuellen Liquiditätslage des Schuldners und der Frage, wie diese kurzfristig verbessert werden konnte. Das allein war für eine Sanierung offensichtlich kein brauchbarer Ansatz.

(BGH, Urteil vom 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 = ZInsO 2016, 1251 Rn. 43)

### III. Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) und Sanierungsbemühungen nach neuerer Rechtsprechung

#### 1. Indizielle Bedeutung gegenwärtiger Zahlungsunfähigkeit nebst fehlender künftiger Schuldendeckungsfähigkeit

- Es kommt es darauf an, ob der Schuldner zudem erkannt oder billigend in Kauf genommen hat, seine übrigen Gläubiger auch zukünftig nicht vollständig befriedigen zu können. Darlegungs- und beweisbelastet für die tatsächlichen Umstände, die über die erkannte (drohende) Zahlungsunfähigkeit hinaus für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz erforderlich sind, ist der Insolvenzverwalter.
- Für den Schluss auf einen Benachteiligungsvorsatz ist maßgeblich, dass für den Schuldner keine begründete Aussicht bestand, seine übrigen Gläubiger zukünftig vollständig befriedigen zu können. Dies hängt vor allem davon ab, welcher Art die Krise ist und welche Umstände die Krise ausgelöst haben, ob der Schuldner diese Umstände erkannt hat und ob eine begründete Aussicht aus der Sicht ex ante bestand, dass die Krise überwunden werden würde, sei es auch nur bei optimistischer Betrachtung. Dies ist jedoch nicht zwingend erforderlich.

(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 75)

## 2. Gegenindiz des ernsthaften, aber gescheiterten Sanierungsversuchs

### a) Bewertungsspielraum des Schuldners

- Vertraut der Schuldner auf den Erfolg eines Sanierungsversuchs, spricht dies gegen den Benachteiligungsvorsatz, wenn eine begründete Aussicht auf Beseitigung der Deckungslücke bestand. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn aus der Sicht ex ante das Sanierungskonzept objektiv die Ausgangslage des Schuldners zutreffend erfasste und dem Schuldner eine tragfähige Prognose eines unvoreingenommenen branchenkundigen Fachmanns vorlag, die bei objektiver Betrachtung die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigte.  
(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 75)
- Sofern das Sanierungskonzept bei objektiver Betrachtung aus der Sicht ex ante nicht (weiter) erfolgversprechend war, kommt es darauf an, ob der Schuldner dies erkannt oder billigend in Kauf genommen hat. Nimmt der Schuldner die Beratung eines unvoreingenommenen, fachlich ausgewiesenen Experten in Anspruch, darf er auf ihre Richtigkeit grundsätzlich vertrauen, sofern nicht hinreichende Anhaltspunkte bestehen, dass maßgeblichen Anforderungen nicht genügt war.  
(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 77)

### b) Keine Notwendigkeit des Beginns einer Umsetzung des Sanierungskonzepts

- Ob der Schuldner aufgrund eines Sanierungsversuchs eine begründete Aussicht hatte, seine Gläubiger zukünftig befriedigen zu können, hängt nicht ausnahmslos davon ab, in welchem Umfang die einzelnen Sanierungsschritte bereits in die Tat umgesetzt worden sind.
- Ist der Sanierungsversuch nicht von vornherein aussichtslos und handelt der Schuldner mit der Vorstellung, dass eine Vergütung dieser Beratungsleistungen erforderlich ist, um die Erfolgsaussichten einer Sanierung prüfen oder eine Sanierung beginnen zu können, spricht dies gegen einen Benachteiligungsvorsatz.  
(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 79, 80)

### c) Inhaltliche Anforderungen: Beseitigung finanzieller Schieflage und Rückkehr zur rentablen Arbeitsweise

- Ein taugliches Sanierungskonzept darf sich nicht auf die finanzwirtschaftliche Seite beschränken, sondern muss auch die Ursachen einbeziehen, die zur Zahlungsunfähigkeit geführt haben.
- Das Sanierungskonzept muss berücksichtigen, ob zur Sanierung ein Forderungsverzicht der Gläubiger ausreichend ist oder ob Umstrukturierungsmaßnahmen erforderlich sind.
- Die Beseitigung der Ursachen der Krise ist die Grundlage jeder erfolgversprechenden Sanierung, sofern die Krise nicht ausnahmsweise lediglich auf einem Zahlungsausfall beruht.

(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 83)

### d) Beseitigung finanzieller Schieflage

- Strebt der Schuldner zur Sanierung eine Umwandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapital an, muss er einen erfolgversprechenden Weg verfolgen. Es ist nicht erforderlich, dass dieser Weg rechtlich risikolos ist.
- Auf den Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung darf er hinsichtlich der Erfolgsaussichten des Sanierungsversuchs vertrauen. Fehlt es an einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, muss der Schuldner prüfen, ob der vorgesehene Weg nach dem Meinungsstand in veröffentlichter Literatur und Rechtsprechung Aussicht auf Erfolg hat.
- Erfordert das Sanierungskonzept in rechtlicher Hinsicht die Zustimmung der Anleihegläubiger und der Aktionäre, muss es eine taugliche Prognose darüber enthalten, ob sich die Zustimmung im erforderlichen Maß erreichen lässt.
- Ein Sanierungskonzept bietet keine ausreichende Erfolgsaussicht, wenn die erforderliche Mitwirkung der Anleihegläubiger und der Gesellschafter oder Anteilseigner von vornherein sehr fraglich ist oder gar nicht erreicht werden kann.

(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 87)

### e) Einwirken auf Lobbyisten

- Der Versuch der Schuldnerin, eine Änderung des Schuldverschreibungsgesetzes mit Hilfe eines Lobbyisten herbeizuführen, kann nicht als ein Indiz für einen erfolgversprechenden Sanierungsversuch anerkannt werden, wenn nicht ausnahmsweise eine begründete Aussicht auf Erfolg bestand.

(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 94)

### f) Beobachtungspflicht

- Schließlich ist die Prüfung, welche Aussichten ein Sanierungsversuch hat, laufend an die Veränderung der Umstände anzupassen. Dies gilt insbesondere für die tatsächlichen und rechtlichen Risiken. Der Schuldner muss beobachten und bewerten, wie sich die rechtlichen Risiken während des Sanierungsversuchs entwickeln.
- Dabei muss der Schuldner stets das für den Sanierungsversuch zur Verfügung stehende Zeitfenster beachten. Wesentlicher Gesichtspunkt für das Zeitfenster ist die fortbestehende Zahlungsfähigkeit des Schuldners und die Frage, welche Aussichten bestehen, eine Zahlungsunfähigkeit durch den Sanierungsversuch abzuwenden oder zu beseitigen.

(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 95)

## 3. Gescheiterter Sanierungsversuch

- Ein Sanierungsversuch ist gescheitert, wenn eine weitere Fortsetzung der Sanierungsbemühungen aus der Perspektive ex ante innerhalb der noch zur Verfügung stehenden Zeit keinen Erfolg mehr verspricht.
- Dies ist der Fall, wenn ein Gericht die rechtlichen Fragen zu Lasten des Schuldners entscheidet und keine ernsthafte Möglichkeit besteht, eine dem Schuldner günstige Beurteilung der Rechtsfragen herbeizuführen.
- Der Sanierungsversuch beruhte in der vom BGH entschiedenen Sache entscheidend darauf, dass eine Umwandlung der Ansprüche aus den Wandel-schuldverschreibungen in Eigenkapital gelang. Hierzu war eine Änderung der Anleihebedingungen durch Mehrheitsbeschluss nach § 24 Abs. 2 SchVG erforderlich. Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht diesen Weg als gescheitert angesehen hat, als das im Falle der Schuldnerin zuständige Oberlandesgericht in vergleichbaren Fällen entschied, dass das Schuldverschreibungsgesetz auf Schuldverschreibungen der ausgegebenen Art unanwendbar sei.

(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 36 ff.)

#### 4. Zahlung von Beraterhonorar

- Bei der Bezahlung von Beratungsleistungen kann es ein zusätzliches Indiz für einen Benachteiligungsvorsatz darstellen, wenn die Beratungsleistung zu einem erkennbar untauglichen Sanierungsversuch erfolgt und der Schuldner dies billigend in Kauf nimmt.
- Gleiches gilt für Leistungen eines Sanierungsberaters, die dieser erbringt, nachdem der ursprünglich aussichtsreiche Sanierungsversuch erkennbar gescheitert ist.

(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 105)

#### 5. Darlegungs- und Beweislast

- Darlegungs- und beweisbelastet für die tatsächlichen Umstände, die über die erkannte (drohende) Zahlungsunfähigkeit hinaus für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz erforderlich sind, ist der Insolvenzverwalter. Dies gilt auch, soweit es sich - wie etwa bei dem Umstand, dass keine begründete Aussicht auf Beseitigung der Illiquidität bestand - um negative Tatsachen handelt.
- Unternimmt der Schuldner einen Sanierungsversuch, hat der Insolvenzverwalter mithin darzulegen und zu beweisen, dass dieser Sanierungsversuch untauglich war und der Schuldner dies erkannt oder billigend in Kauf genommen hat. Gleiches gilt, soweit der ursprünglich erfolgversprechende Sanierungsversuch gescheitert oder seine Fortführung nachträglich aussichtslos geworden ist.
- Es muss den objektiven Umständen nach feststehen, dass aus der Sicht ex ante ein Vertrauen auf die zukünftige Befriedigung der Gläubiger nicht gerechtfertigt war.

(BGH, Urteil vom 3. März 2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 78)

© 2022

Prof. Dr. Markus Gehrlein

Honorarprofessor an der Universität Mannheim



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)  
[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)