

KÜBLER

Rechtsanwälte
Insolvenzverwalter
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater

KÜBLER Postfach 10 04 61 D - 01074 Dresden

DV 07 0,70 Deutsche Post 

BÜRO DRESDEN

Nieritzstraße 14
D - 01097 Dresden
Postfach 10 04 61
D - 01074 Dresden
Tel. 03 51 / 31 50 5-0
Fax: 03 51 / 31 50 5-555
dresden@kueblerlaw.com
www.kueblerlaw.com

RA Dr. Bruno M. Kübler

31.07.2017

**Insolvenzverfahren über das Vermögen der Future Business KGaA,
Lene-Glatzer-Straße 23, 01309 Dresden
Amtsgericht Dresden, Az. 532/554 IN 2257/13**

Hier: Rückzahlung Scheingewinnausschüttungen auf Genussrechte

Sehr geehrte,

über das Vermögen der Future Business KG a.A. (nachfolgend auch: die Schuldnerin) wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Dresden - Insolvenzgericht - vom 01.04.2014 ein Insolvenzverfahren eröffnet. Zugleich wurde ich zum Insolvenzverwalter bestellt.

Als Insolvenzverwalter obliegt es mir zu prüfen, ob vor Verfahrenseröffnung Insolvenzanfechtungstatbestände gemäß §§ 129 ff. InsO verwirklicht wurden. Hierzu ist Folgendes festzuhalten:

I. Sachverhalt:

1.

Die Schuldnerin betrieb nach den Erkenntnissen der Staatsanwaltschaft Dresden seit Jahren ein sogenanntes Schneeballsystem. Die über Orderschuldverschreibungen, Genussrechte und später auch Nachrangdarlehen eingeworbenen Einlagen von Neukunden verwendete sie auch und insbesondere für Aus- und Rückzahlungen an Altkunden, um deren Forderungen auf Auszahlung des eingelegten Kapitals nebst vertraglich zugesagter bzw. in Aussicht gestellter Zinsen zu begleichen. Tatsächlich investierte die Schuldnerin die eingeworbenen Gelder also entgegen der in ihren Emissionsprospekten enthaltenen Darstellung nicht dauerhaft in nachhaltige, zu ausreichenden Erträgen führende Kapitalanlagen. Derartige Erträge wurden vielmehr nur mit Hilfe komplexer bilanzieller Erfassungen von Wertansätzen im Sachanlagevermögen einerseits und mit Hilfe von Provisionserträgen innerhalb des Konzerns andererseits, also lediglich „auf dem Papier“, generiert. Die auf diese Weise erstellten Jahresabschlüsse wurden wiederum in den Emissionsprospekten der Schuldnerin explizit zur Darstellung (vermeintlich) jährlichen Wachstums abgebildet.

Meinerseits habe ich hinsichtlich aller Jahresabschlüsse ab dem 31.12.2009 Nichtigkeitsklage nach § 256 AktG erhoben. Das Landgericht Leipzig hat meinen gegen die Jahresabschlüsse zum 31.12.2009 und 31.12.2010 gerichteten Klagen nunmehr stattgegeben und beide Jahresabschlüsse für nichtig erklärt. Die gegen den Jahresabschluss zum 31.12.2011 erhobene Nichtigkeitsklage wurde abgewiesen. Alle 3 Rechtsstreite befinden sich in der Berufungsinstanz beim Oberlandesgericht Dresden. Über die - später eingereichte - Klage gegen den Jahresabschluss 2012 ist vom LG Leipzig noch nicht entschieden worden.

2.

Für sämtliche Jahresabschlüsse hat sich aber bereits unabhängig von der letztendlichen Entscheidung über die Begründetheit der Nichtigkeitsklagen ein immenser Korrekturbedarf herausgestellt. Ich habe daher mit der Neuaufstellung aller Jahresabschlüsse die PwC Price Waterhouse Coopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft beauftragt. Die erstellten Abschlüsse stehen zur Einsicht auf der Homepage der Schuldnerin [www.fubus.de/Aktuelles] bereit.

Der vormalige Ausweis von Lebensversicherungen und Edelmetallsparplänen im Anlagevermögen muss in den neu erstellten Abschlüssen im Wege der Umqualifizierung dieser Bilanzposten ins Umlaufvermögen korrigiert werden. Im Ergebnis führt dies aufgrund des mit der Umqualifizierung einhergehenden Wegfalls von sog. Anschaffungsnebenkosten dazu, dass die Schuldnerin seit (spätestens) 2009 keine Jahresüberschüsse mehr generiert hat. Vielmehr ist das Jahresergebnis der Schuldnerin in diesen Geschäftsjahren nach korrekter Bilanzierung um folgende **Jahresfehlbeträge** zu korrigieren:

2009:	€ 82.280.336,02
2010:	€ 72.219.587,57
2011:	€ 89.196.255,04
2012:	€ 108.817.147,81

Diese Jahresfehlbeträge führen zu folgenden, nicht durch Vermögenseinlagen gedeckten Fehlbeträgen:

2009:	€ 43.411.283,52
2010:	€ 112.465.312,06
2011:	€ 185.236.448,66
2012:	€ 286.302.386,19

Das buchmäßige Eigenkapital der Schuldnerin war folglich seit (spätestens) 31.12.2009 dauerhaft € 0,00.

3.

Die zwischen der Schuldnerin und den Anlegern vereinbarten Genussrechtsbedingungen sahen eine der Höhe nach individuell auf die Serie bezogene **Basisverzinsung** (Grundverzinsung) sowie eine ebenfalls individuell auf die Serie bezogene **Übergewinnverzinsung** vor.

§ 3 Abs. 2 der Genussrechtsbedingungen hält zur Basisverzinsung Folgendes fest:

„Durch die Grundverzinsung darf sich kein Jahresfehlbetrag ergeben. Reicht der Jahresüberschuss zur Zahlung nicht oder nicht vollständig aus oder muss er ganz oder teilweise gemäß § 4 Abs. 2 zur Wiederauffüllung des Genussrechtskapitals bzw. zur vorgeschriebenen satzungsmäßigen oder gesetzlichen Rücklagenzuführung verwendet werden, so vermindert sich der auf die jeweiligen Genussrechte entfallender Ausschüttungsbetrag entsprechend.“

Aus vorstehendem Satz 1 ergibt sich zwingend, dass die Grundverzinsung im Fall eines ausgewiesenen Jahresfehlbetrages insgesamt entfällt.

Auch der darüber hinaus in Aussicht gestellte Übergewinnzins setzt - wie schon aus dem Wort selbst ersichtlich - die Erwirtschaftung eines bestimmten Jahresüberschusses voraus. Entsprechend § 3 Abs. 1 der Genussrechtsbedingungen sollte dann auf der Basis der dort niedergelegten Formel die Ermittlung des an die Genussrechtsgläubiger auszukehrenden Übergewinnzinses erfolgen. Hat die Gesellschaft aber gar keinen Jahresüberschuss erwirtschaftet, besteht schon dem Grunde nach auch kein Übergewinnzinsanspruch des Genussrechtsgläubigers.

4.

Sie sind Genussrechtsgläubiger der Schuldnerin. Als Genussrechtsgläubiger der Schuldnerin haben Sie nach den hier vorliegenden Unterlagen auf die von Ihnen gezeichneten Genussrechte für die Jahre 2009, 2010, 2011 und 2012 folgende Zahlungen auf Basis- und Übergewinnzins erhalten:

<u>Forderungsgrund:</u>	<u>Betrag:</u>
Basiszins 2009	0.00 €
Übergewinnzins 2009	0.00 €
Basiszins 2010	0.00 €
Übergewinnzins 2010	0.00 €
Basiszins 2011	€
Übergewinnzins 2011	€
Basiszins 2012	€
Übergewinnzins 2012	€
Gesamtsumme:	€

II. Rechtslage:

1.

Sowohl die an Sie geleisteten Auszahlungen der Genussrechtszinsen für die Jahre 2009 bis 2012 als auch die den Auszahlungen zugrundeliegenden Beschlüsse der Hauptversammlungen über die Bilanzfeststellung und die dazugehörigen Gewinnfeststellungsbeschlüsse fechte ich nach allen in Frage kommenden Tatbeständen der §§ 129 ff InsO an.

Wie unter Ziffer I.2. dargelegt, hat die Schuldnerin in den Jahren 2009, 2010, 2011 und 2012 tatsächlich nur Verluste erwirtschaftet. Die in den Jahresabschlüssen ausgewiesenen Gewinne sind somit tatsächlich gar nicht entstanden. Ein Basiszins, geschweige denn ein Übergewinnzins hätte folglich für diese Jahre nicht an die Anleger ausgeschüttet werden dürfen.

2.

Vor dem Hintergrund der obigen Darlegungen bin ich in meiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter nunmehr gehalten, die Ausschüttungen der an Sie geleisteten Basis- und Übergewinnzinsen zurückzufordern. Die für die Jahre 2009, 2010, 2011 und 2012 geleisteten Basis- und Übergewinnzinsen sind aus den dargestellten Gründen vollständig zu erstatten.

Gemäß § 134 Abs. 1 InsO ist eine unentgeltliche Leistung eines Schuldners, die nicht früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist, anfechtbar.

Die Voraussetzungen des § 134 InsO sind vorliegend erfüllt. Die Ausschüttung nicht erwirtschafteter (Übergewinnzins) bzw. mit einem Auszahlungsverbot belegter (Basiszins) Zinsen stellt eine unentgeltliche und gläubigerbenachteiligende Schuldnerleistung dar.

Hierzu im Einzelnen:

Gläubigerbenachteiligung i.S. des § 129 InsO

Durch die Auszahlungen wurde das Aktivvermögen der Schuldnerin verringert und der Zugriff der übrigen Insolvenzgläubiger auf das haftende Vermögen verkürzt. Für das Merkmal der Gläubigerbenachteiligung genügt es, dass sich die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die angefochtene Rechtshandlung günstiger gestaltet hätten.

BGH, Urteil vom 11. November 1993 - IX ZR 257/92, ZIP 1994, 40.

Unentgeltliche Leistung des Schuldners

Die Erbringung einer nicht geschuldeten Leistung ebenso wie die Auszahlung von in „Schneeballsystemen“ erzielten Scheingewinnen stellt nach ständiger Rechtsprechung eine objektiv unentgeltliche Leistung dar, die nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar ist.

BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 - IX ZR 195/07, ZIP 2009, 185; BGH, Urteil vom 9. Dezember 2010 - IX ZR 60/10, ZIP 2011, 390; BGH, Urteil vom 22. April 2010 - IX ZR 225/09, ZIP 2010, 1455; BGH, Urteil vom 22. April 2010 - IX ZR 163/09, ZIP 2010, 1253; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - IX ZR 18/10, ZIP 2011, 674; BGH, Urteil vom 29. März 2012 - IX ZR 207/10, ZIP 2012, 931; BGH vom 18.07.2013 - IX ZR 198/10, ZIP 2013, 1533.

Auch im vorliegenden Fall wurden die angefochtenen Auszahlungen nicht etwa durch tatsächlich erwirtschaftete Erträge, sondern durch unzutreffende Bilanzansätze und die damit verschleierte Nutzung der Einlagen von Neukunden zur Bedienung der Forderungen der Altanleger ermöglicht. Ob der einzelne Anleger irrtümlich von der Generierung von Erträgen und/oder stetigem positivem Wachstum ausgegangen ist, kann dahinstehen.

Der Vorstellung des Leistungsempfängers über die Entgeltlichkeit der Leistung kommt auch dann keine Bedeutung zu, wenn der Irrtum durch den Insolvenzschuldner hervorgerufen wird.

BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 - IX ZR 195/07, ZIP 2009, 185

Zeitraum

Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde am 13. November 2013 gestellt, sodass der relevante Anfechtungszeitraum gemäß § 139 InsO bis zum 13. November 2009 zurückreicht. Sämtliche hier angefochtenen Auszahlungen fanden in diesem Zeitraum statt.

Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen einer anfechtbaren Rechtshandlung bestimmt § 143 InsO. Hiernach ist das durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners Weggegebene zur Insolvenzmasse zurück zu gewähren. Es ergibt sich mithin Ihnen gegenüber ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von insgesamt 1,623.33

Der Rückforderungsbetrag beinhaltet neben den (Netto-)Auszahlungsbeträgen auch die bereits abgeführten Steuern und Abgaben in Form von Kapitalertragsteuer, Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag. Es obliegt Ihnen, die entsprechenden Korrekturen bei dem für Sie zuständigen Finanzamt vornehmen zu lassen.

3.

Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass dem nach § 134 InsO in Anspruch genommenen Anfechtungsgegner der Einwand der Entreicherung gemäß § 143 Abs. 2 InsO i.V. mit § 818 Abs. 3 BGB zusteht. Die Beweislast für die eingetretene Entreicherung obliegt dabei vollumfänglich dem jeweiligen Anfechtungsgegner, also Ihnen. Sollten die an Sie ausgeschütteten Beträge daher vorinsolvenzlich in einer nach § 818 Abs. 3 BGB relevanten Art und Weise (vgl. jüngst BGH v. 27.10.2016 - IX ZR 160/14, ZIP 2016, 2326) ganz oder teilweise verbraucht worden sein, besteht für Sie die Möglichkeit, mir diesen Verbrauch durch aussagefähige Unterlagen und/oder Belege darzulegen und nachzuweisen.

4.

Sollte eine Entreicherung hingegen von Ihnen nicht nachgewiesen werden, besteht insoweit der vorstehend bezifferte Erstattungsanspruch zu Gunsten der hiesigen Insolvenzmasse.

In diesem Fall muss ich Sie bitten, den vorstehend genannten Gesamtbetrag in Höhe von zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz in der Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01.04.2014 (BGH vom 01.02.2007 - IX ZR 96/04 - ZIP 2007, 488) bis zum 04.04.2017 (Art. 103j Abs. 2 des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz) auf das von mir eingerichtete Verfahrenskonto

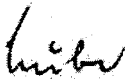
RA Dr. Kübler / Future Business KG a.A.
IBAN: DE71850503000225709775
BIC: OSDDDE81XXX
Ostsächsische Sparkasse Dresden

zu erstatten. Für den Zahlungseingang, hilfsweise den Nachweis der Entreicherung, erlaube ich mir eine Frist auf den

31.08.2017

zu setzen. Schon jetzt weise ich darauf hin, dass ich aufgrund der erheblichen Zahl der von mir angeschriebenen Anfechtungsschuldner keine individuellen Fristverlängerungen zur Stellungnahme einräumen kann. Ich bitte daher höflich um Ihren abschließenden Rücklauf innerhalb des vorgesehenen Zeitraums.

Mit freundlichen Grüßen


Dr. Kübler

Rechtsanwalt
als Insolvenzverwalter
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Fachanwalt für Steuerrecht