

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 12. februar 2013 af Østre Landsrets 5. afdeling
(landsdommerne Mogens Kroman, Lone Kerrn-Jespersen og Mette Frimodt Hansen (kst.)).

5. afd. nr. B-898-12:

Phoenix Kapitaldienst GmbH u/k

v/kurator Rechtsanwalt Frank Schmitt

(advokat Bo Vadt Christensen)

mod

Sagsøgte

(advokat Søren Zinck ved Frederik André Bork)

Indledning og parternes påstande

Denne sag, der er anlagt ved Gladsaxe Ret den 30. juni 2006, er ved Glostrup Rets kendelse af 12. marts 2012 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 254, stk. 2.

Det tyske selskab, Phoenix Kapitaldienst GmbH ("Phoenix" i det følgende), blev den 1. juli 2005 taget under konkursbehandling ved et dekret afsagt af skifteretten i Frankfurt am Main med fristdag den 11. marts 2005. Selskabet havde fra 1992 og frem til konkursen udbudt et investeringsprogram kaldet "Phoenix Managed Account" (forkortet "PMA"), som indebar, at investorenes indskud blev lagt sammen i en fælles pulje, som selskabet

handlede i eget navn, men for investorernes regning. I realiteten var der i alle de år, hvor ordningen blev drevet, bortset fra et enkelt, tab på investeringerne. For at dække herover iværksatte ejeren af selskabet, **Person 1**, og den ansatte direktør, **Person 2**, et bedrageri bestående i et såkaldt "sneboldsystem", som indebar, at nye investors indskud blev anvendt til at udbetale fiktive udbytter til de eksisterende investorer, som blev givet det indtryk, at der var tale om reelle udbytter.

Phoenix Kapitaldienst GmbH under konkurs ved kurator Rechtsanwalt Frank Schmitt ("konkursboet" i det følgende) har i en periode fra 2006 anlagt 172 retssager i Danmark mod danske investorer i selskabet om omstødelse af udbetalinger, som de pågældende har modtaget fra Phoenix i de sidste 4 år forud for konkursen. Kravene om omstødelse støttes principalt på den tyske konkurslov, Insolvenzordnung ("InsO" i det følgende) § 134, som vedrører omstødelse af såkaldte "vederlagsfrie ydelser". Subsidiært støtter konkursboet omstødelleskravet på den danske konkurslovs omstødellesbestemmelser. Østre Landsret afsagde dom i otte prøvesager den 22. juni 2011. En lang række sager er forliget, og der verserer på nuværende tidspunkt 5 – 6 sager ved de danske domstole. Også i Tyskland er der anlagt en række omstødelssager. Flere af de sager, som er afgjort, har været forelagt for Bundesgerichtshof.

Sagsøgeren, Phoenix Kapitaldienst GmbH under konkurs, har nedlagt endelig påstand om, at **Sagsøgte**, tilpligtes at betale 87.745,66 EUR til sagsøger med tillæg af rente beregnet med den til enhver tid af Den Europæiske Centralbank fastsatte basisrente med tillæg af 5 procent fra den 1. juli 2005.

Sagsøgte, har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

De omtvistede hovedspørgsmål

Parterne er uenige om, efter hvilket lands konkurslov det skal afgøres, om der kan omstødes. Konkursboet gør gældende, at tysk konkursret finder anvendelse, hvorimod **Sagsøgte** gør gældende, at dansk ret finder anvendelse.

Hvis tysk ret finder anvendelse, er parterne navnlig uenige om, hvorvidt og i hvilket omfang der er grundlag for omstødelse efter InsO § 134, jf. § 143.

Hvis landsretten finder grundlag for at omstøde efter InsO § 134, jf. § 143, skal der tages stilling til, om og i givet fald i hvilket omfang **Sagsøgte** er blevet "afriget" (har "mistet" den berigelse, han har fået ved de vederlagsfri udbetalinger), hvilket indebærer, at konkursboets krav formindskes tilsvarende og i den forbindelse betydningen af de omposteringer ("umbuchung"), der er sket af **Sagsøgtes** indestående.

Hvis dansk ret finder anvendelse, er parterne uenige om, hvorvidt der kan ske omstødelse efter konkursloven.

Parterne er enige om den beløbsmæssige opgørelse af konkursboets krav, dog ikke om forretningen af et eventuelt krav. Konkursboet ændrede sin rentepåstand i replik af 24. april 2012. Konkursboet nedlagde ved sagens anlæg påstand om betaling af procesrente fra den 30. april 2006. I et processkrift af 28. februar 2008 ændrede boet rentepåstanden, således at boet krævede rente med den til enhver tid af Den Europæiske Centralbank fastsatte basisrente med tillæg af 8 procent fra sagens anlæg.

Sagsfremstilling

Generelt om Phoenix

I Østre Landsrets dom af 22. juni 2011 er Phoenix og dets investeringsprogram blandt andet beskrevet som følgende:

"Phoenix Kapitaldienst GmbH

Phoenix drev virksomhed som finansiel mægler fra 1977 med optionshandler via brokere ved køb og salg af call-putoptioner vedrørende navnlig råvarer og råstoffer. Selskabet fortsatte denne virksomhed under betegnelsen "Tradable Options" frem til udgangen af 2004, hvor den ophørte på grund af tvister og retssager med de kunder, der investerede.

Fra 1992 udbød Phoenix et nyt investeringsprodukt kaldet "Phoenix Managed Account" (forkortet "PMA"). I PMA blev investorenes indskud lagt sammen i en fælles kollektiv investeringspulje, som Phoenix anvendte til handler i eget navn, men for investorenes regning. Investorerne deltog således i PMA i relation til overskud og underskud. PMA-investeringskonceptet blev udbudt frem til Phoenix' konkurs i 2005. Handelen med optioner m.v. fandt fra 1998 sted via konti hos tre børsmæglerselskaber, Man Financial Ltd., REFCO og GNI. Overskud/underskud blev opgjort hver måned, og investorerne modtog måned-

ligt et kontoudtog med en opgørelse over beholdningen med angivelse af egen gevinst-/tabsandel.

...

I Danmark blev konceptet udbudt via et dansk selskab, Phoenix Fondsmægler-selskab A/S, som var det selskab, de danske investorer havde kontakt til. Phoenix ejede 95 procent af aktierne. De øvrige 5 procent var ejet af hustruen til **Person 3** som Phoenix havde købt sin ejerandel af i 1996. **Person 3** var indtil konkursen den 11. april 2005 direktør i det danske selskab. Selve kontrakterne er indgået mellem den enkelte investor og det tyske moderselskab, Phoenix Kapitaldienst GmbH.

Kontraktgrundlaget

Investorerne underskrev en indtrædelseserklæring og indskudskontrakt om investering i PMA med tilhørende "Almindelige forretningsbetingelser for Phoenix Managed Account". De modtog og underskrev i den forbindelse en "Kundeinformation" om oplysninger i henhold til den tyske lov om kreditvæsen ("KWG") (1 side) og en rådgiverprotokol, hvori de ved afkrydsning i et skema blandt andet skulle oplyse, om de ville være i stand til at bære et økonomisk tab ved investeringen. De modtog desuden en brochure "Managed Account" og et investeringsprospekt, som beskrev PMA.

Over tid skete der ændringer i udformningen af disse dokumenter. Blandt andet blev der efter nogle år forskel på visse af formuleringerne i kontrakt dokumenterne, afhængig af om kunden var erhvervsdrivende eller privat investor. I de senere kontrakter var en bestemmelse om valg af tysk ret i de almindelige forretningsbetingelser punkt 14.4 overstreget, når der var tale om private investorer. ...

"Snebold-systemet"

Af de månedlige opgørelser om PMA, som investorerne fik, fremgik i langt de fleste måneder, at der var overskud. Investorerne modtog endvidere oplysning om fordeling af handelsoverskuddet til deres konti. I virkeligheden var handelsresultaterne i PMA yderst ringe. Bortset fra et enkelt år har den efterfølgende efterforskning forestået af konkursboets tyske revisor, **Person 4**, fra Schultze & Braun GmbH, således vist, at der var konstant tab i perioden 1992 - 2005.

Investorerne fik ikke dette oplyst. I stedet iværksatte Phoenix' ejer, **Person 1** og direktøren i Phoenix, **Person 2**, et bedragerisk "sneboldsystem", hvor indskud fra nye investorer blev brugt til at finansiere betaling af udbytte, som der ikke var dækning for i reelt gennemførte handler ("fiktivt udbytte"), til de øvrige investorer. For at dække herover lod **Person 2** en række fiktive (overskudsgivende) handler fremgå af opgørelserne til investorerne.

Af Landgericht Frankfurt am Mains straffedom af 11. juli 2006 vedrørende **Person 2** og en anden ledende medarbejder, **Person 5** fremgår om de bedrageriske aktiviteter blandt andet (gengivet fra den danske oversættelse af dommen):

"I løbet af de første to år af sin ansættelse hos PHOENIX tilegnede **Person 2** sig - med bistand fra **Person 1** og **Person 3** som retsforfølges særskilt - den teoretiske og praktiske viden og kunnen vedrørende optionshandel. I forbindelse med den virksomhed, som PHOENIX drev - formidling af omsættelige optioner til privatkunder mod vederlag - så selskabet sig konfronteret med det problem, at investorerne næsten altid tabte hele deres investering og som følge heraf gik tabt som kunder. Dette førte også til utilfredshed hos salgsmedarbejderne, der ikke kunne opbygge en fast kundekreds, og til faldende provisionsindtægter for PHOENIX.

Person 1 og **Person 3** der i lighed med tiltalte **Person 2** var overbevist om, at der på langt sigt kunne opnås fortjenester på investeringer i omsættelige optioner, navnlig i form af covered call writing - fik derfor den idé at organisere sådanne optionsforretninger på samme måde som en fond i form af en investeringspulje, hvor terminsforretningerne blev forvaltet professionelt under ét. I denne plan spillede **Person 2** en central rolle, da han som matematiker skulle udvikle de relevante regnemodeller, der skulle gøre det yderst volatile optionsmarked forudsigeligt og gøre det muligt at identificere forretninger med gode afkastmuligheder.

Person 1 og **Person 3** havde forventninger om, at dette investeringsprodukt, som de kaldte PHOENIX MANAGED ACCOUNT (herefter PMA), ville give en kontinuerlig værdistigning og finde stor tilslutning hos investorerne. Juridisk set var PMA opbygget således, at kunden med sin indbetaling deltog i et kollektivt indskud, der bestod af flere kunders indbetalinger (finanspulje). Formålet med at lade PHOENIX forestå forretningerne var, at kundernes pengebeløb skulle investeres i terminsforretninger - futures og optioner - for fælles regning i spekulationsøjemed, primært i form af covered call writing, idet PHOENIX som formueforvalter skulle administrere finanspuljen som forvaltet særformue for investorerne som mandanter.

I begyndelsen af 1992 oprettede **Person 1** derefter en PMA-testkonto med sine egne og sine bekendtes penge. Den software, der skulle bruges til forvaltningen af PMA, udviklede tiltalte **Person 2**. I slutningen af 1992 efter testfasens afslutning blev PMA udbudt af PHOENIX, og de første andele blev solgt.

Fra starten havde **Person 1** planlagt udelukkende at distribuere PMA via eksterne samarbejdspartnere, og i tiden derefter lykkedes det også at finde sådanne samarbejdspartnere, bl.a. InnoFinanz GmbH, Alpha Kapital, Jelinek GmbH, Pro Index GmbH og Klötzner GmbH. Derudover begyndte PHOENIX' telefondealere imidlertid også at distribuere PMA til privatkunder, således at PHOENIX' oprindelige virksomhed - formidling af omsættelige optioner - fik mindre og mindre betydning.

På basis af denne tosporede - eksterne og interne - distributionskanal udviklede PMA sig fra begyndelsen udpræget lukrativt med hensyn til hvervningen af kunder. Der indgik fra begyndelsen store kundemidler til puljen. Mens der i 1992 kun blev foretaget kundeindbetalinger på ca. 100.000 EUR, beløb summen af sådanne indbetalinger sig alene i 1993 til ca. 4,6 millioner EUR. Summen af de årligt indkomne kundemidler steg derefter i årene 1994 til 1996 til beløb på mellem ca. 20,4 og 24,8 millioner EUR p.a. På handlen, som **Person 2** i begyndelsen afviklede via brokern Mocatta, en afdeling af Standard Chartered Bank (SCB) i London, samt via en såkaldt "introducing broker", firmaet Mastmann Wells Ltd., ligeledes med hjemsted i London, opstod der imidlertid fra start store tab. Mens PMA's han-

delstab i 1993/1994 lå på i alt ca. 3,2 millioner EUR, steg det årlige tab allerede i 1995 til omkring 21 millioner EUR. Året 1996 sluttede også med et tab på 17,1 millioner EUR. De handelsresultater, der blev opnået i PMA, var således hele vejen igennem meget utilfredsstillende. Idéen om at tjene penge på optionshandel med tilsyneladende sikre covered call writing-forretninger havde således vist sig ikke at holde stik.

Person 1 og **Person 2** forsøgte imidlertid i første omgang at rette op på de opståede tab, som de over for sig selv bortforklarede med ugunstige markedsforhold, ved at indskyde større pengebeløb. For at undgå at skulle oplyse om tabene, som de kun anså for forbigående, fik de allerede i midten af 1993, omkring et halvt år efter PMA's start, den idé ikke længere at værdisætte de forpligtelser hidrørende fra løbende optionsforretninger, som PHOENIX havde indgået, til den aktuelle markedsværdi - settlement-værdien, men derimod "optimistisk" til "nul", hvorved de pyntede på PMA's resultat, således at man på papiret kunne fremvise en kontinuerlig værditilvækst over for distributørerne og investorerne.

...

Da de positive handelsresultater for PMA, som **Person 1** og **Person 2** havde håbet på, imidlertid heller ikke kom i den efterfølgende tid, gik de i løbet af 1994 over til at "forlænge" optioner - dvs. at erstatte den forfaldne kontrakt med en ny kontrakt med senere forfaldsdato - og at generere nye likvide midler gennem indtjeningen af nye optionspræmier i forbindelse hermed, selvom de begge var klar over, at denne fremgangsmåde økonomisk set var meningsløs, da den kun kunne tjene til at vinde tid og den samlede gæld hidrørende fra optionshandlen i sidste ende steg. **Person 1** og **Person 2** - der gennemførte handlerne via brokieren - håbede imidlertid stadig på, at markederne fremover ville udvikle sig mere fordelagtigt, navnlig da salget samtidig var i kontinuerlig markant fremgang. **Person 2** og **Person 1** fortsatte derfor med denne strategi, indtil de indgæede forpligtelser og de lidte tab endelig i 1997 havde tæret så meget på den kundekapital, de havde anvendt hos brokieren, at den end ikke længere var tilstrækkelig til at opnå et præsentabelt resultat med "forlængelsen" til nye optioner og de derved modtagne optionspræmier. Ganske vist modtog PHOENIX fortsat løbende nye kundemidler til PMA af betydeligt omfang, men da **Person 1** for størstedelens vedkommende tilbageholdt disse på girokonti i Tyskland og ikke længere anvendte dem til handlen med optioner, skete det stadig hyppigere, at brokieren fremtvang en lukning af positioner, da der ikke længere stod tilstrækkelig kapital til rådighed på brokerkontoen som "margin" - den sikkerhed, som PHOENIX skulle stille til afdekning af risikoen på terminspositioner. Da situationen derfor spidsede mere og mere til, lavede **Person 2** en kasseopgørelse vedrørende PMA. Her regnede han ud, at den i årenes løb akkumulerede difference i PMA mellem den værdi, der blev angivet over for kunderne, og den realistiske markedsværdi efterhånden beløb sig til ca. 50 millioner US-dollar.

For at skjule dette tab for kunderne blev **Person 2** og **Person 1** på et møde enige om ganske enkelt at tilskrive PMA differencen på omkring 50 millioner US-dollar som cash-beløb i PHOENIX' interne bogholderi - som for PMA's vedkommende blev lavet af **Person 2** i et administrationsprogram, som han selv havde skrevet til dette formål. Denne fremgangsmåde kommenterede **Person 2** ved mødets afslutning i spøg med en bemærkning om, at "det vel var en slags overførsel af overskud", hvilket **Person 1** mødte med begejstring.

I den efterfølgende tid handlede **Person 2** fortsat uden afgørende succes med de pengebeløb, der endnu fandtes på brokerkontoen, i det omfang det var muligt. Samtidig fastsatte **Person 1** og **Person 2** nu måned for måned det - fiktive -

cash-beløb, hvormed differencen mellem PMA's reelle og fiktive beholdning blev udlignet, og tilskrev PMA dette beløb.

Samtidig frigav Person 1 fra 1997 stadig mindre beløb af de kundemidler, der fortsat indgik i betydeligt omfang, til PMA til den faktiske handel med optioner. Mens der i årene 1994-1996 årligt blev anvendt mellem 13,5 og 14,3 millioner EUR til handel, blev der i 1997, hvor kundeindbetalingerne androg 16,5 millioner EUR, kun indbetalt 3,8 millioner EUR til brokeren med henblik på handel. Langt den overvejende del af investorernes indskud blev fra 1997 rent faktisk ikke længere anvendt til børsforretninger. Fra dette tidspunkt blev investorernes midler i stedet ved hjælp af et "sneboldsystem" anvendt til alle udbetalinger til de gamle investorer og til betaling af PHOENIX' og selskabets distributionspartners løbende forretnings- og driftsomkostninger.

...

På grund af lovændringer, der blev gennemført med den tyske lov om værdipapirhandel, var PHOENIX pr. 31.12.1997 for første gang forpligtet til at fremlægge et årsregnskab, der var revideret af en revisor, for det tyske finanstilsyn.

Denne opgave blev overdraget til vidne og revisor Person 6 der var blevet anbefalet af vidne og advokat Person 7 - firmaet PHOENIX' advokat gennem mange år - og førstnævnte påbegyndte sit arbejde i slutningen af 1998 og mødte Person 2 for første gang i begyndelsen af 1999. I denne forbindelse stod Person 1 og Person 2 over for det problem, hvordan de over for revisoren kunne give en plausibel forklaring på de cash-beløb, der helt fiktivt var tilskrevet PMA. I starten af 1999 holdt de derfor et krisemøde, hvor de blev enige om, at få værdierne i PMA til at stemme på brokersiden, og at foretage en "opfedning" af den konto, der blev ført hos firmaet MOCATTA med nr. M 2539, med det opfundne cash-beløb. Da Person 6 i forbindelse med årsregnskabet for 1997 ville se udtogene vedrørende konto M 2539 pr. 31.12.1997, besluttede Person 2 og Person 1 i fællesskab at tilføje så mange fiktive beholdningspositioner på den sidste side af det originale kontoudtog fra MOCATTA vedrørende konto M 2539 pr. december 1997, at det afspejlede det manglende cash-beløb, der imidlertid var opfundet af dem - Person 1 og Person 2 - måned for måned. Samtidig gik de dermed over til på papiret, i modsætning til oplysningerne i tegningsprospektet, at foregive, at der i stedet for covered call writing blev købt optioner, hvilket i optionshandelssproget betegnes som at være "long" i stedet for "short", fordi denne type forretninger ikke krævede nogen margin, det vil sige ingen sikkerhed.

I praksis realiserede Person 1 og Person 2 dette, ved at Person 2 i en Word-fil først skrev den sidste side af kontoudtoget M 2539 pr. 31.12.1997 af og dernæst efter de - reelle - positioner tilføjede de fiktive og til sidst, efter han havde formateret font og fontstørrelse i overensstemmelse med de af MOCATTA anvendt fonts og tegn størrelser, printede den forfalskede sidste side af kontoudtoget på blankt papir fra MOCATTA, som han havde fået udleveret af Person 1 og satte det sammen med de foregående sider i det originale kontoudtog. Derefter gav han det manipulerede kontoudtog til Person 1 der udleverede dette direkte til Person 6 i forbindelse med revisionen af årsregnskabet. Person 2 og Person 1 anvendte samme fremgangsmåde i det efterfølgende år på kontoudtoget pr. 31.12.1998 vedrørende konto M 2539, der nu blev ført hos MAN.

Person 6 opdagede hverken på grundlag af udtogets form eller indhold, at der var tale om forfalskninger, og attesterede i årsregnskaberne på grundlag af disse kontoudtog, at den fingerede forvaltede formue rent faktisk forefandtes. Da Person 1 desuden forklarede ham, at materialet vedrørende PHOENIX var gået tabt hos brokerne i forbindelse med skiftet fra MOCATTA til MAN, undlod

Person 6 også at indhente saldobekræftelser direkte hos hhv. MOCCATA og MAN.

Da der fremover hvert år skulle laves årsregnskab med deraf følgende revision udført af en revisor, fik **Person 1** efterfølgende den tanke, at det ville være enklere at "udskille" de fiktive forretninger og lade dem fremgå af en fiktiv MAN-konto med det opfundne nummer M 2540 i stedet for hvert år eller i løbet af året at skulle manipulere de originale kontoudtog vedrørende M 2539 som beskrevet ovenfor, når **Person 6** ønskede at få forelagt sådanne udtog.

Person 2 var indforstået hermed og udarbejdede første gang pr. 31.12.1999 et rent fiktivt kontoudtog til månedens udgang vedrørende den ikke-eksisterende konto M 2540 hos MAN. I dette udtog angav tiltalte **Person 2** så fiktive køb af reelt eksisterende optionsserier inden for optioner på valutafutures og aktieindekser på børsen i Chicago, Chicago Mercantile Exchange (herefter: CME), idet han ved hjælp af Microsoft Office-programmet "Word" efterlignede kontoudtogets skrift og layout i bekræftelserne fra MAN vedrørende reelt eksisterende konti, så det til forveksling lignede det ægte. Den tilsyneladende handel, der var fremstillet i kontoudtoget, gengav optionsserier inden for køb af optioner på valutafutures og aktieindekser, der rent faktisk var blevet handlet på CME, i usædvanligt store kontraktstørrelser, der hver især omfattede flere hundrede lots.

...

Den 07.04.2004 styrtede **Person 1** ned med sit privatfly, som han selv fløj, i Schweiz og omkom - sammen med sin svigerdatter, sin kone og sine børnebørn.

B.

Person 2 der var chokeret over **Person 1's** død, havde efterfølgende ikke mod til at afsløre sig selv. Han havde ikke engang fortalt det til sin kone. Han besluttede sig for herefter at fortsætte som hidtil på egen hånd med den fiktive handel og fremstillingen af de forfalskede månedsudtog vedrørende den fiktive konto M 2540 og de på denne konto angivne ikke-eksisterende handler. Han havde ingen "exit"-strategi.

Det stadigt mere usandsynlige scenario, hvor PHOENIX måske alligevel begyndte at give overskud, var hans eneste håb.

På foranledning af **Person 7** og den befuldmægtigede arving til positionen som anpartshaver, **Person 1**, erklærede **Person 2** sig villig til at fungere som midlertidig direktør. Den 12.07.2004 blev **Person 2** sammen med medtiltalte **Person 5** indført i handelsregisteret som direktør for PHOENIX. **Person 2** fortsatte også sine handlinger som direktør og havde - som hidtil - på papiret fortsat gode afkast i PMA. Alene i 2004 blev der på grund af den store succes med distributionen endnu en gang indbetalt kundemidler på 146,7 millioner EUR, hvoraf ca. 12 millioner EUR på **Person 2's** foranledning rent faktisk blev placeret hos brokieren med henblik på handel, hvilket betød en stigning på 100%, men alligevel kun svarede til den velkendte dråbe i havet. Mindst 95% af PHOENIX' samlede anførte handelsvolumen var fortsat fiktiv.

...

Alene i perioden fra den 12.07.2004 til den 07.01.2005 - dvs. i det tidsrum, hvor **Person 2** var udnævnt til direktør - investerede 6940 investorer i alt € 123.438.385 i

PMA < anklageskriftets tilfælde 1. - 6940. >, idet en og samme investor til dels blev tildelt flere kundenumre. Der er oplyst i alt 7.020 kundenumre.”

I perioden den 3. marts – 10. marts 2005 blev bedrageriet opdaget, da en ny direktør, **Person 8**, som i januar 2005 var indsat af arvingen efter **Person 1** anmodede en ny medarbejder, **Person 9**, om at gennemgå enkelte positioner i PMA med henblik på at skaffe et overblik over firmaet. Herom fremgår det af dommen:

”Da **Person 9** ikke kunne klare denne opgave uden hjælp, ringede han den 03.03.2005 til **Person 10** - en medarbejder hos MAN - i London og indtalte på dennes telefonsvarer en anmodning om at være ham behjælpelig med værdisættelsen af beholdningerne på konto M 2540. Derefter ringede vidnet **Person 11**, der arbejdede for MAN **Anonymiseret** som consultant/tolk, på MAN **Anonymiseret** vegne tilbage til ham **Person 9** - og anmodede - da hun ikke kunne finde konto M 2540 - om at få tilsendt kontoudtoget for M 2540 pr. 31.12.2004 pr. telefaks, hvilket **Person 9** straks gjorde. Hos firmaet MAN blev det derefter konstateret, at man på intet tidspunkt havde ført en konto M 2540 i firmaets system.”

Om investorenes tab fremgår det endvidere:

”Med fradrag af beløb, der allerede er tilbagebetalt, resterer et udækket indskudsbeløb på ca. 600,8 millioner EUR, som mere end 30.000 investorer indbetalte til PMA i perioden fra 1992 til 2005. Denne sum skal fratrækkes de midler, det er lykkedes at sikre hos PHOENIX, og øvrige fordringer, der består af følgende poster:

Post	Værdi i millioner EUR
Indeståender hos banker og sparekasser i ind- og udland	228,058
Kapitalandele i PHOENIX' danske datterselskab	5,00
PHOENIX' insolvensretlige omstødeskrav over for investorer og andre tredjeparter	10,00
PHOENIX' krav på tilbagebetaling af skat	30,00
TOTAL	273,058

De samlede skader, som investorerne har lidt, når der tages højde for foretagne tilbage- og udbyttebetalinger, beløber sig dermed for hele perioden fra 1992 til PHOENIX' sammenbrud i marts 2005 til i alt 327,742 millioner EUR.

Af disse 327,742 millioner EUR, der er blevet brugt i forbindelse med et sneboldsystem, er hele 200,3 millioner EUR gået til provisionsomkostninger til distributørerne af PMA. Yderligere 48,2 millioner EUR hidrører fra handelstab hos MAN og 6,4 millioner EUR fra tab hos MOCATTA. Den resterende difference er hovedsageligt blevet anvendt til betaling af omkostninger til den løbende forretningsdrift samt til betaling af fiktive udbytter til **Person 1** og **Person 2**.”

Boets tyske revisor, **Person 4**, optrådte som vidne i straffesagen ved Landgericht Frankfurt am Main mod **Person 2**, hvor han redegjorde for troværdigheden af **Person 2**'s tilståelse. Af dommen fremgår om hans forklaring endvidere:

”Vidnet Person 4 har yderligere præciseret de tal, som Person 2 har aflagt tilståelse om, og har herunder troværdigt redegjort for, at det af PHOENIX’ bogholderi, som han har været ansvarlig for gennemgangen af, fremgår, at der på nuværende tidspunkt - efter saldering af de indskud, PMA’s kunder indbetalte i perioden 1992 til 2005, med de midler, der blev tilbagebetalt til investorerne af PMA - endnu henstår udækkede kundeindskud i PMA på ca. 600,8 millioner EUR, der kun modsvares af bankindeståender på 228,058 millioner EUR. MILDE har anerkendt og bekræftet disse oplysninger fra vidnet Person 4 som værende sagligt korrekte. Han - MILDE - har i denne sammenhæng desuden troværdigt oplyst, at han som led i genereringen af de fiktive overskud og administrationen af PMA ved hjælp af det databaseprogram, han havde skrevet, løbende var informeret om beløbsstørrelsen både af de af investorerne faktisk indbetalte indskud og af bankindeståenderne.

Vidnet Person 4 har endvidere forklaret, at det er lykkedes firmaet KROLL ONTRACK, som af bobestyreren havde fået til opgave at gendanne de slettede filer på MILDEs firmacomputer, at gendanne Word-filer, hvis indhold er identisk med de "Month End Statements", der vedrører konto M 2540, idet man dog ikke kunne finde MANs brevhoved i filer på Person 2s computer. Det er endvidere lykkedes firmaet KROLL ONTRACK at gendanne filer, der indholdsmæssigt er identiske med saldobekræftelserne af 22.05.2002, bekræftelsen pr. 31.12.2001 af 22.05.2002, saldobekræftelsen pr. 31.12.2001 af 22.05.2002 samt skrivelsen af 23.05.2003 til Person 6 og saldobekræftelsen pr. 31.12.2003 af 21.04.2004. Endelig har vidnet Person 4 troværdigt berettet, at den af bobestyreren bestilte undersøgelse af kontoudtog vedrørende konto M 2540 fra gerningsperioden med optoelektronisk, optomikroskopisk samt infrarød teknik viste, at deres top- og bundtekst er kopieret på, og at teksten i midten er påtrykt ved hjælp af en laserprinter. En sammenligning af udtogene vedrørende konto M 2450 med udtogene vedrørende konto M 2539 viste, at tegnenes trykbillede i teksten i midten ikke er identisk. Person 2s oplysninger om, hvordan kontoudtogene blev udfærdiget, blev derigennem bekræftet i fuldt omfang.”

Person 2 blev straffet med fængsel i 7 år og 4 måneder. Person 5, som blandt andet havde søgt at dække over bedragerierne, blev straffet med fængsel i 2 år og 3 måneder.

Om det forhold, der blev tillagt betydning ved fastsættelsen af straffen for Person 2 bemærkes i dommen blandt andet:

”Som formildende omstændighed måtte det også tages i betragtning, at der - selvom Person 2 i sin fremgangsmåde handlede professionelt og med betydelig kriminel energi og med en betydelig arbejdsindsats forfalskede en række saldobekræftelser og statements for at dække den fiktive handel - objektivt set alligevel forelå et kontrolsvigt fra de ansvarlige institutioners side. Hverken BaFin eller det revisionsfirma, ERNST & YOUNG, der havde fået til opgave at foretage en granskning, for slet ikke at tale om revisoren Person 6 der havde til opgave at revidere årsregnskaberne, opdagede forfalskningerne af kontoudtogene vedrørende konto M 2540 og det bedrageri af enorme dimensioner, der lå bag. Det fritager ikke BaFin og Person 6 for ansvar, at forfalskningerne var ekstremt professionelle, hvilket også understreges af, at det også tog noget tid, inden de nyindtrådte direktører i PHOENIX opdagede svindlen. Indholdsmæssigt kunne resultaterne nemlig ikke sandsynliggøres, og set i lyset af et lineært overskudsforløb var de egentlig umulige. Under alle omstændigheder burde resultaterne i det mindste have givet en professionel revisor med tilstrækkelig sagkundskab inden for optionshandel anledning til at rette en forespørgsel til MAN Financial, hvilket imidlertid ikke blev foranlediget af de institutioner og personer, der forestod revisionen.”

Konkursen

Den 11. marts 2005 begærede det tyske Finanstilsyn Phoenix taget under konkursbehandling. Af begæringen fremgår (i den danske oversættelse) blandt andet:

”I henhold til § 46b, stk. 1, 4. punktum jf. 3. punktum i den tyske lov om kreditvæsen (KWG) anmoder jeg om, at der indledes insolvenssag i boet Phoenix Kapitaldienst GmbH, Vibeler Strasse 29, 60313 Frankfurt/Main, reg. nr. 16418 Frankfurt.

...

Phoenix' direktion består af **Person 5** (fra 1998) samt de for nyligt tilkomne **Person 8** (november 2004) og **Person 12** (januar 2005). Eneanspartshaver er efter firmagrundlægger og direktør **Person 1's** død i april 2004 arvefællesskabet bestående af børnene **Person 13** og **Person 14**. Sidstnævnte har betroet broderen varetagelsen af sine interesser. Phoenix har et 95% datterselskab i Danmark, Phoenix fondsmæglerselskab A/S, København.

...

Insufficiensen skyldes, at en i forbindelse med udarbejdelsen af årsrapporten for 2004 af direktionen foretaget beholdningsafstemning med hovedmægleren, MAN Financial, London, viste, at Phoenix' hovedhandelskonto med en formodet værdi af ca. € 680 mio. (pr. ultimo december 2004) ikke eksisterer. Derimod må man gå ud fra, at Phoenix' dealere kun har foregivet handel og positiv værdiudvikling på denne konto og skjult bedrageriet med forfalskede månedlige kontoudtog.

Som bilag 2 fremsender jeg en kopi af den skrivelse, hvori det engelske institut MAN Financial benægter eksistensen af den afgørende hovedhandelskonto.”

Konkursdekret blev afsagt af Amtsgericht am Main den 22. juni 2006 med 11. marts 2005 som fristdag.

Der er ifølge konkursboet i dag anmeldt krav i boet på i alt ca. 900 mio. EUR fra de ca. 30.000 investorer. Den forventede dividende til almindelige kreditorer er på ca. 20-30 procent.”

Den korrekte dato for konkursdekretets afsigelse er den 1. juli 2005. Også i dag er det konkursboets forventning, at dividenden til almindelige kreditorer vil være på 20 – 30 procent.

Om **Sagsøgtes** sag

Sagsøgte indskød 68.417,91 EUR i PMA i 1998. I 1999 og 2001 forhøjede han sit indskud, sådan at han ved udgangen af 2001 havde indskudt cirka 230.000 EUR.

I 1998 oprettede også VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1**, som var og er 100 procent ejet af **Sagsøgte**, en konto i PMA. Ved udgangen af 2001 havde selskabet indskudt cirka 540.000 EUR.

I brev af 5. februar 2002 til Phoenix Fondsmæglerselskab A/S anmodede **Sagsøgte** om følgende udbetaling:

”Vedrørende udbetaling fra kontrakt p5399

Hermed anmodes om udbetaling af EURO 300000.- pr. 1 ste. april 2002
skriver: trehundrede tusinde euro
Beløbet bedes overført til **Kontonummer 1** Jyske
bank, Klampenborgvej 244. 2800 Kongens Lyngby.”

Brevet var påført en oversættelse af anmodningen til engelsk.

Ved brev af samme dato anmodede VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1** Phoenix om udbetaling af 730.000 EUR fra selskabets PMA konto pr. 1. april 2002.

Phoenix har registreret en udbetaling til **Sagsøgte** på 300.000 EUR pr. den 28. marts 2002. Af kontoudtog fra Phoenix til **Sagsøgte** dateret den 25. april 2002 fremgår således bl.a.:

”Kontostand zum 28.03.02: EUR 301281.01

Folgende Bewegungen Ihrer Einlage Nr. P5399 /MSto wurden mit Wirkung vom 28.03.02 registriert:

Auszahlung: EUR 300.000.00

neuer Kontostand zum 28.03.02: EUR 1281.01”

Boet har opgjort det fiktive udbytte af dette beløb til 73.209,92 EUR.

Sagsøgte har fremlagt en posteringsoversigt for sin konto i Jyske Bank. Det fremgår af oversigten, at der er indbetalt 299.665,41 EUR på kontoen den 22. april 2002 af Phoenix.

Af en telefax af 23. april 2002 fra Phoenix Fondsmæglerselskab A/S til Phoenix fremgår det, at udbetalingen på 300.000 EUR fra **Sagsøgtes** PMA-konto og udbetalingen på 730.000 EUR fra VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1's** PMA-konto ved en fejl er overført i kroner i stedet for i euro. I telefaxen (den danske oversættelse) er det blandt andet anført:

"Kunden har i går oplyst os, at Ffm har overført beløbene i kroner i stedet for i Euro. Hans tab i forbindelse med disse ikke korrekt udførte overførsels- og udbetalingsopdrag beløber sig til over 8.000 kr."

Sagsøgte fik efterfølgende udbetalt 1.076,19 EUR (svarende til 8.000 kr.) fra Phoenix til sin konto i Jyske Bank.

I brev af 24. april 2002 fra **Sagsøgte** til Jyske Bank hedder det:

"Fra **Sagsøgtes** eurokonto **Kontonummer 1** overføres **euro**.
299665,00 til **Kontonummer 2** mærket Managed Account kontrakt nr. P.
5399

Fra **Sagsøgtes** checkkonto **Kontonummer 3** overføres **kr**.
300000,00 til **Kontonummer 4** mærket Managed Account kontrakt nr. P.
5399

Fra **Virksomhed ApS 1's** eurokonto **Kontonummer 5** overføres **euro**.
729193,00 til **Kontonummer 2** mærket Managed Account kontrakt nr. P.
5398"

Af posteringsoversigten for **Sagsøgtes** eurokonto i Jyske Bank fremgår det, at der den 29. april 2002 er udbetalt 299.678,47 EUR.

Phoenix har registreret en indbetaling til **Sagsøgtes** PMA-konto på 340.020,13 EUR pr. den 30. april 2002. Af kontoudtog fra Phoenix til **Sagsøgte** dateret den 24. maj 2002 fremgår således følgende:

"Kontostand zum 30.04.02: EUR 1302.77

Folgende Bewegungen Ihrer Einlage Nr. P5399 /MSto wurden mit Wirkung vom 30.04.02 registriert:

Einzahlung: EUR 340020.13

Auszahlung:	EUR	0.00
neuer Kontostand zum 30.04.02:	EUR	341322.90"

I brev af 2. august 2002 fra **Sagsøgte** til Phoenix Fondsmæglerselskab A/S står der:

"Iht. aftale af dd. med Deres **Person 15**
Vedrørende overførsel fra:
Fra.: Kontrakt P 5399 tilhørende **Sagsøgte** cpr. nr. ...
Til.: Kontrakt P 5398 tilhørende **Virksomhed ApS 1**, se. nr. **Anonymiseret**
Overførslen der er på hele saldoen på kontrakt P 5399 pr. 1/9-2002, skal ske pr. 1/9-2002.
Overførslen laves således at det ikke giver anledning til tab af afkast og gebyr."

Phoenix har registreret en udbetaling fra **Sagsøgtes** PMA-konto pr. den 30. august 2002 af kontoens fulde indestående på 350.725,38 EUR. Pr. den samme dato er pengene registreret som en indbetaling på PMA-kontoen tilhørende VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1** **[redacted]**.

Boet har opgjort det fiktive udbytte i forbindelse med denne udbetaling til 9.424,24 EUR.

I brev af 28. november 2002 fra **Sagsøgte** til Phoenix, att. **Person 16**, hedder det:

"Hermed anmodes Du om at overfører hele mit indestående på min private konto p5399 til min firmakontrakt p55398"

Det fremgår af sagen, at indeståendet da var på 5.111,50 EUR, hvilket udgjorde fiktivt udbytte.

Konkursboet har fremlagt tre oversigter over forløbet af **Sagsøgtes** investeringer i PMA. Af to af oversigterne fremgår det, at der den 4. december 2002 er sket en "auszahlung" på 5.111,50 EUR. Af den tredje oversigt fremgår det, at der den 4. december 2002 er sket en "umbuchung auf Kto- P55398" på samme beløb. Af et posteringsbilag af 4. december 2002 vedrørende **Sagsøgtes** private konto fremgår det, at der er sket "umbuchung auf konto P 55398" af et beløb på 5.111,51 EUR.

Konkursboet har også fremlagt tre oversigter over forløbet af VVS-Installatørfirmaet [REDACTED] Virksomhed ApS 1's investeringer i PMA. Af alle oversigterne samt et posteringsbilag vedrørende kontoen fremgår det, at der er sket en indbetaling på kontoen på 5.111,51 EUR. Af den ene oversigt fremgår det, at der derudover er sket en "umbuchung von fremd" på 5.111,50 EUR.

I slutningen af 2004 – starten af 2005 overførte VVS-Installatørfirmaet Virksomhed ApS 1 [REDACTED] sit fulde indestående på selskabets PMA-konto til en ny konto tilhørende [REDACTED] Virksomhed ApS 2. Da Phoenix gik konkurs, havde dette selskab stadig et indestående på sin PMA-konto. [REDACTED] Virksomhed ApS 2 har anmeldt et krav i konkursboet på 1.797.341,91 EUR. Konkursboet har godkendt kravet for så vidt angår 1.770.961,04 EUR.

Konkursboet har opgjort kravet som følger:

Fiktivt udbytte i forbindelse med udbetaling af 300.000 EUR i foråret 2002:	73.209,92 EUR
Fiktivt udbytte i forbindelse med ompostering af det fulde indestående i august 2002:	9.424,24 EUR
Fiktivt udbytte i forbindelse med ompostering af 5.111,50 EUR:	<u>5.111,50 EUR</u>
I alt	87.745,66 EUR

Forklaringer

[REDACTED] Sagsøgte har blandt andet forklaret, at han er 64 år. Han blev gas- og vandmester i 1972 og har drevet virksomhed som sådan i Gladsaxe. Han blev syg i 1985 og har udviklet nyresvigt. Han har siden 2004 været i dialyse hver anden dag. Han skulle være gået på pension, men arbejder nu i et fleksjob. Pengene fra Phoenix var hans pensionsopsparring.

Han fik kendskab til Phoenix først i 1990'erne via sin bror. I 1998 henvendte han sig til Phoenix og fik kontakt til [REDACTED] Person 16. Han oprettede en konto for sit anpartsselskab og senere en privat konto. Der kom præcise kontoudtog hver eneste måned, og det hele virkede troværdigt. Arkastet var på 10 – 12 %, og han var inde og se Phoenix' kontor. Det hele virkede tilforladeligt.

I december 2001 havde han besøg af sin revisor. Revisoren mente, at afkastene fra investeringerne i Phoenix så lidt for lyserøde ud. Han fortalte revisoren det, som **Person 16** havde fortalt om Phoenix' investeringer, men revisoren var fortsat skeptisk. Han tog det alvorligt, at hans revisor gav udtryk for bekymring. Han besluttede derfor at trække sine penge ud. På den måde kunne han få sikkerhed for, at pengene rent faktisk var på kontoen. Samtidigt besluttede han, at han ville sætte pengene ind igen, lige så snart han havde fået dem udbetalt. Efterfølgende talte han med **Person 16** om, at han ville trække nogle penge ud. Han ville ikke hæve alle pengene, idet kontoen fortsat skulle bestå, sådan at han kunne sætte pengene ind igen.

Han flyttede hele indeståendet på sin personlige konto til anpartsselskabets konto, fordi Skat i forsommeren 2002 havde meddelt, at der skulle betales skat af det månedlige afkast. Det drøftede han med rådgiveren **Person 16**, der foreslog, at han flyttede pengene over til anpartsselskabet. Han lukkede den private konto, og han fik ikke længere konto-udtog. **Person 3** bekræftede ved brev af 5. september 2002, at kontoen var termineret pr. 1. september 2002.

Person 16 ringede senere i 2002 og fortalte, at de havde fundet nogle penge på en konto. **Person 16** sagde, at han skulle skrive et brev om, at pengene skulle overføres til anpartsselskabets konto. Derfor skrev han brevet af 28. november 2002 om overførsel.

Han ejer fortsat **Virksomhed ApS 2** 100 %. Holdingselskabet ejer datterselskabet VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1**. Han flyttede indeståendet på datterselskabets PMA-konto til holdingselskabets PMA-konto på revisors foranledning. Han ved faktisk ikke, hvad begrundelsen var herfor. Der blev oprettet en konto til holdingselskabet, og indeståendet fra datterselskabet blev overført hertil. Der har ikke været penge i datterselskabet siden 17. februar 2005, hvor der blev udbetalt udbytte. Han er ikke klar over, om holdingselskabet har værdipapirer for ca. 9 mio. kr.

Han husker ikke, hvordan han er kommet i besiddelse af posteringsoversigten fra 2002 for hans personlige eurokonto i Jyske Bank.

Retsgrundlaget

International privatret

Dansk ret

Efter konkurslovens 6, stk. 2, kan:

”Justitsministeren ... fastsætte bestemmelser om, under hvilke betingelser en fremmed stats lovgivning kommer til anvendelse ved bestemmelsen af retsvirkningerne af konkurs, rekonstruktionsbehandling og anden lignende insolvensbehandling, for så vidt anvendelsen ikke ville være åbenbart uforenelig med landets retsorden.”

Denne bemyndigelse er ikke udnyttet.

Konkursforordningen

Rådets forordning af 29. maj 2000 om konkurs (1346/2000/EU), som ikke gælder for Danmark, indeholder blandt andet følgende bestemmelser:

”Rådet for Den Europæiske Union har

...

ud fra følgende betragtninger:

...

9) Denne forordning bør finde anvendelse på alle insolvensbehandlinger, uanset om skyldneren er en fysisk person eller en juridisk person, en forretningsdrivende eller en privatperson. ... Insolvensbehandling af forsikrings-selskaber og kreditinstitutter, investerings-selskaber, som ligger inde med tredjemands kapital eller værdipapirer, samt investeringsinstitutter bør undtages fra denne forordnings anvendelsesområde. Sådanne selskaber og institutter bør ikke være omfattet af forordningen, da de er underlagt særlige ordninger, og da de nationale tilsynsmyndigheder i en vis grad har meget vidtgående udøvende beføjelser.

...

23) Denne forordning bør for de sagsområder, den dækker, fastlægge ensartede lovvalgsregler, som på deres anvendelsesområde træder i stedet for de nationale international-privatretlige regler. Medmindre andet er fastsat, bør lovgivningen i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen indledes (lex concursus), anvendes. Denne lovvalgsregel bør gælde både for hovedinsolvensbehandlingen og for territoriale insolvensbehandlinger. Lex concursus fastsætter

alle insolvensbehandlings virkninger, såvel de processuelle som de materielle, for de berørte personer og de berørte retsforhold. Den fastsætter alle betingelserne for en insolvensbehandlings indledning, afvikling og afslutning.

24) Den automatiske anerkendelse af en insolvensbehandling, som almindeligvis er underlagt lovgivningen i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen indledes, kan kolliderede med de regler, som gælder for transaktioner, der foretages i andre medlemsstater. Til beskyttelse af berettigede forventninger og omsætningsikkerheden i andre medlemsstater end den, hvor insolvensbehandlingen er indledt, bør der fastsættes bestemmelser om en række undtagelser fra denne hovedregel.

...

33) I medfør af artikel 1 og 2 i protokollen om Danmarks stilling, der er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, deltager Danmark ikke i vedtagelsen af denne forordning, som derfor ikke er bindende for og ikke finder anvendelse i Danmark -

udstedt følgende forordning:

Kap. I. Almindelige bestemmelser

Anvendelsesområde

Artikel 1. Stk. 1. Denne forordning finder anvendelse på kollektive bobehandlinger som følge af en skyldners insolvens, der medfører, at skyldneren helt eller delvis mister rådigheden over sine aktiver, og at der udpeges en kurator.

Stk. 2. Denne forordning finder ikke anvendelse på insolvensbehandling af forsikringselskaber og kreditinstitutter, investeringsselskaber, der præsterer tjenesteydelser, som indebærer, at de ligger inde med tredjemands kapital eller værdipapirer, samt investeringsinstitutter.

...

Den lovgivning, der finder anvendelse

Artikel 4. Stk. 1. Medmindre andet er fastsat i denne forordning, er det konkurslovgivningen i den medlemsstat, på hvis område insolvensbehandlingen indledes, der gælder for insolvensbehandlingen og dens virkninger.

Stk. 2. Lovgivningen i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen indledes, er bestemmende for betingelserne for insolvensbehandlings indledning og afslutning samt for dens forløb. Lovgivningen bestemmer navnlig:

- a) ...
- m) reglerne for, at retshandler, som er til skade for alle kreditorerne, er ugyldige i sig selv, kan omstødes eller kan anfægtes.

...

Skadelige handlinger

Artikel 13. Art. 4, stk. 2, litra m), finder ikke anvendelse, når den, der har nydt godt af en handling, som er til skade for alle kreditorerne, kan godtgøre:

- at nævnte handling er undergivet lovgivningen i en anden medlemsstat end den, hvor insolvensbehandlingen er indledt, og

- at denne lovgivning i det pågældende tilfælde ikke åbner nogen mulighed for at anfægte denne handling.”

Romkonventionen

Af Romkonventionen, konvention af 19. juni 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (80/934EØF), fremgår blandt andet:

”AFSNIT II. ENSARTEDE REGLER

Lovvalg ved aftale

Artikel 3. En aftale er underkastet den lov, som parterne har vedtaget. Lovvalget skal være udtrykkeligt eller fremgå med rimelig sikkerhed af kontraktens bestemmelser eller omstændigheder i øvrigt. Parternes lovvalg kan omfatte hele aftalen eller kun en del deraf.

...

Lovvalget i mangel af aftale herom

Artikel 4. I det omfang der ikke er foretaget et gyldigt lovvalg i henhold til artikel 3, er aftalen underkastet loven i det land, som den har sin nærmeste tilknytning til. Hvis en del af aftalen, som kan adskilles fra resten af aftalen, har nærmere tilknytning til et andet land, kan loven i dette land dog undtagelsesvis bringes i anvendelse på denne del af aftalen.

2. Med forbehold af stk. 5 er der formodning for, at aftalen har sin nærmeste tilknytning til det land, hvor den part, som skal præstere den for aftalen karakteristiske ydelse, på tidspunktet for aftalens indgåelse har sin bopæl eller, hvis det drejer sig om et selskab, en forening eller en anden juridisk person, sit hovedsæde. Indgås aftalen som led i denne parts erhvervsvirksomhed, gælder formodningen dog det land, hvor hovedforretningsstedet er beliggende, eller, hvis ydelsen efter aftalen skal erlægges fra et andet forretningssted end hovedforretningsstedet, det land, hvor dette andet forretningssted er beliggende.

...

5. Stk. 2 finder ikke anvendelse, hvis det ikke kan afgøres, hvad der er den for aftalen karakteristiske ydelse. Der skal ses bort fra formodningerne i stk. 2, 3 og 4, hvis det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land.”

Den nordiske konkurskonvention

Af artikel 1 i den nordiske konkursforordning, der er indgået mellem Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige, jf. bekendtgørelse nr. 249 af 1. september 1934, fremgår blandt andet:

”Konkurs, der er erklæret i en af de kontraherende Stater, skal også omfatte Skyldnerens Formue i de andre Stater.

Med hensyn til saadan Formue skal, forsaavidt ikke andet i de følgende Artikler er bestemt, anvendes de i førstnævnte Stat gældende Lovbestemmelser om de Indskrænkninger, Konkursen medfører i Skyldnerens Adgang til at raade over sin Formue, om hvad der hører til Boets Masse eller gennem Afkræftelse kan inddrages i Massen, om Skyldnerens Rettigheder og Pligter under Konkursen, om Bestyrelsen og Behandlingen af Boet, om Fordringshaveres og andre Rettighedshaveres Ret til Fyldestgørelse i Konkursen, om Udlodninger, om Akkord og anden Afslutning af Konkursen.”

Tysk lovgivning

Den tyske konkurslov

Den tyske konkurslov, Insolvenzordnung (InsO), som med ikrafttræden den 1. januar 1999 afløste den tidligere gældende Konkursordnung, indeholder blandt andet følgende bestemmelser (oversat fra tysk):

” § 96 Udelukkelse af modregning

(1) Modregning er ikke tilladt,

1. hvis en konkurskreditor først er kommet til at skyldte noget til boet efter indledningen af konkursen,
2. hvis en konkurskreditor først har erhvervet sit krav efter indledningen af konkursen fra en anden kreditor,
3. hvis en konkurskreditor har opnået muligheden for at modregne gennem en omstødelig retlig disposition,
4. hvis en kreditor, hvis krav skal opfyldes af skyldners frie formue, skylder konkursboet noget.

(2) ...

§ 129 Princip

(1) Retlige dispositioner, som er foretaget før indledningen af konkursen, og som stiller konkurskreditorerne ringere, kan kurator kræve omstødt iht. §§ 130-146.

(2) ...

§ 134 Vederlagsfri ydelse

(1) Skyldnerens vederlagsfrie ydelser er omstødelige, medmindre de er foretaget tidligere end fire år før konkursbegæring.

- (2) Hvis ydelsen vedrører en sædvanemæssig lejlighedsgave af ringe værdi, er den ikke omstødelig.

§ 143 Retsvirkninger

- (1) Det, der er solgt, givet bort eller afgivet fra skyldners bo som følge af den omstødelige disposition, skal leveres tilbage til konkursboet. Bestemmelserne om retsvirkningerne af uberettiget berigelse gælder også i de tilfælde, hvor modtager er bekendt med den manglende retlige grund.
- (2) Modtager af en vederlagsfri ydelse skal kun levere denne ydelse tilbage, såfremt modtager har opnået en berigelse ved ydelsen. Dette gælder ikke, så snart modtager ved eller under de pågældende omstændigheder burde vide, at kreditorerne vil blive stillet ringere som følge af den vederlagsfrie ydelse.
- (3) ...”

Den tyske lov om borgerlige retsforhold

Den tyske lov om borgerlige retsforhold, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), indeholder blandt andet følgende bestemmelser (oversat fra tysk):

”§ 195 Almindelig forældelsesfrist

Den almindelige forældelsesfrist udgør 3 år.

§ 199 Almindelig forældelsesfrists begyndelse og maksimale forældelsesfrister

- 1) Den almindelige forældelsesfrist begynder ved udløbet af det år, hvor
 1. kravet er opstået og
 2. kreditor får eller uden grov uagtsomhed ville have fået kendskab til de forhold, der ligger til grund for kravet, og skyldnerens person.
- (2) Erstatningskrav vedrørende skade på liv, legeme, helbred eller frihed forældes uden hensyntagen til deres opståen, kendskabet hertil eller det groft uagtsomt manglende kendskab hertil efter 30 år fra tidspunktet for handlingen eller pligtforsømmelsen eller den anden hændelse, som har udløst skaden.
- (3) Øvrige erstatningskrav forældes
 1. uden hensyntagen til kendskabet hertil eller det groft uagtsomt manglende kendskab hertil efter 10 år fra tidspunktet for deres opståen og
 2. uden hensyntagen til deres opståen og kendskabet eller det groft uagtsomt manglende kendskab hertil efter 30 år fra tidspunktet for handlingen eller pligtforsømmelsen eller den anden hændelse, som har udløst skaden. Den frist, der udløber tidligst, er afgørende.
- (4) Andre krav end erstatningskrav forældes uden hensyntagen til kendskabet eller det groft uagtsomt manglende kendskab hertil efter 10 år fra deres opståen.

§ 818 Omfang af berigelseskrav

- (1) Tilbageleveringspligten omfatter tillige det opnåede udbytte og det, som modtageren erhverver på grund af en opnået rettighed eller som erstatning for ødelæggelsen, beskadigelsen eller fratagelsen af den opnåede genstand.
- (2) Hvis tilbagelevering på grund af beskaffenheden af det opnåede ikke er mulig, eller hvis modtageren af anden grund ikke er i stand til at foretage tilbagelevering, skal modtageren erstatte værdien.
- (3) Forpligtelsen til at tilbagelevere eller erstatte værdien er udelukket, hvis modtageren ikke længere er beriget.
- (4) Modtageren hæfter i henhold til de almindelige bestemmelser fra det tidspunkt at regne, hvor en sag er anlagt.

§ 819 Skærpet hæftelse ved kendskab og ved overtrædelse af lov eller god forretningsskik

- (1) Hvis modtageren på modtagelsestidspunktet har kendskab til det manglende retsgrundlag, eller hvis han erfarer dette på et senere tidspunkt, er han fra modtagelsestidspunktet eller tidspunktet for opnåelsen af kendskab at regne forpligtet til tilbagelevering, som om kravet om tilbagelevering var blevet gjort retligt gældende fra dette tidspunkt.
- (2) Hvis modtageren ved accept af ydelsen overtræder et lovbestemt forbud eller god forretningsskik, er han fra tidspunktet for modtagelse af ydelsen at regne forpligtet på samme måde.”

Den tyske lov om civil retspleje

Den tyske lov om civil retspleje, Zivilprozessordnung (ZPO), indeholder blandt andet følgende bestemmelse:

”§ 291 Almindeligt kendte forhold

Forhold, som er almindeligt kendte af retten, kræver intet bevis.”

Tysk retspraksis

Der er i Tyskland afsagt en række domme i omstødelsessager anlagt af boet mod investorer. Dommene angår alle omstødelse efter InsO § 134. Dommene er – undtagen Bundesgerichtshofs dom af 29. marts 2012 i sagen IX ZR 207/10 – refereret i Østre Landsrets dom af 22. juni 2011. Nedenfor følger den gennemgang af dommene, som fremgår af Østre Landsrets dom af 22. juni 2011, samt en gennemgang af den nyeste dom fra 29. marts 2012.

Bundesgerichtshofs dom af 11. december 2008 i IX ZR 195/07(Phoenix I dommen):

Af dommens ”hoved” fremgår:

”§ 96, stk. 1, nr. 3, § 134, stk. 1 og § 143, stk. 1, i den tyske konkurslov, § 814 i den tyske civile lovbog BGB

Kurator kan også gøre tilbagebetalingskrav gældende, der er baseret på omstødelse af vederlagsfrie ydelser, hvis konkursboets berigelseskrav der eksisterer sideløbende hermed, alene strander som følge af skyldners kendskab til, at ydelsen ikke skyldes, og omstødellesmodparten kan gøre skadeserstatningskrav, ”der ligger forud for konkursen”, gældende over for skyldner.”

Investor i denne sag havde indbetalt et indskud på 10.225,84 EUR og betalt agio (en procentsats af nettoindskuddet, som investorerne skulle betale til Phoenix) med 715,81 EUR. Han modtog kun udbetalinger inden for 4-årsfristen med 5.000 EUR den 31. marts 2003 og 9.430,56 EUR den 29. oktober 2004. Boet påstod differencen mellem udbetalingerne og indskuddet på 4.204,72 EUR omstødt og fik medhold heri. Af dommens præmisser fremgår (oversat fra tysk):

”Præmisser:

Med undtagelse af en del af påstanden om rentekrav tages sagsøgers revisionsanke til følge og der afsiges for så vidt dom imod sagsøgte.

I.

Ankedomstolen har ment: Sagsøger havde et krav i henhold til InsOs § 134, stk. 1, § 143, stk. 1. Da skyldner kun havde foregivet at have opnået gevinster fra terminsforretninger, var gevinsterne for sagsøgte vedkommende objektivt blevet udbetalt uden modydelse fra sagsøgte. Sagsøgte ensidige antagelse om, at skyldner havde handlet i henhold til aftalen, kunne ikke begrunde, at der var tale om et gensidigt bebyrdende forhold. Kravet kunne heller ikke afvises ifølge BGBs § 814. Sagsøgte kunne imidlertid foretage modregning i tilbagebetalingskravet, eller skulle i det mindste stilles, som om han havde kunnet modregne. Ganske vist var modregning udelukket ifølge InsOs § 96, stk. 1, nr. 1, fordi det konkursretlige tilbagebetalingskrav først var opstået med afsigelse af konkursdekretet. Krav i henhold til InsOs § 143 kom imidlertid kun i betragtning af den grund, at sagsøgers berigelseskrav var udelukket i medfør af BGBs § 814. Uden denne bestemmelse ville sagsøgte kunne have foretaget modregning af sit skadeserstatningskrav ifølge BGBs § 823, stk. 2, jf. den tyske straffelov StGBs § 263, i boets berigelseskrav. Bestemmelsen i BGBs § 814, der alene har til hensigt at beskytte modtageren og ikke hele gruppen af kreditorer, var derfor til skade for modtageren. For at undgå en normkollision skulle omstødellesmodparten stilles, som om han havde kunnet modregne. Dette havde den tyske højesteret bestemt, da den gamle tyske konkurslov, Konkursordnung, var i kraft (BGHZ 113, 98, 105f). Denne retspraksis skulle overføres til den nye tyske konkurslov, Insolvenzordnung. Derfor skulle sagsøgte stilles, som om han kunne have modregnet skadeserstatningskravet i tilbagebetalingen af agioen (715,81 €) og tabt gevinst på grund af tabt mulighed

for anden investering af det beløb, der blev investeret hos skyldner. I henhold til BGBs § 252, pkt. 2, skulle der lægges en forrentning på 4 % (BGBs § 246) af det indbetalte beløb til grund, hvilket medførte tabte renter på 1.362,66 €. Sagsøgers tilbagebetalingskrav skulle således reduceres med (715,81 € + 1.362,66 €) = 2.078,47 €.

II.

Ved en juridisk gennemgang findes dette i et afgørende punkt ikke at kunne tiltrædes.

1. AnkeDOMstolen antog stadig korrekt, at kurator kunne kræve fiktive gevinster, der er opnået i et sneboldsystem og udbetalt af den senere konkursskyldner, omstødt som værende objektivt vederlagsfrie ydelser i henhold til InsOs § 134, stk. 1. Dette stemte allerede overens med retspraksis i forbindelse med den gamle konkurslov (konkurslov (BGHZ 113, 98, 101 ff; BGH, dom af 29. november 1990 – IX ZR 55/90, WM 1991, 331, 332 f), som domstolen har videreført også hvad angår den nuværende konkurslov (BGH, dom af 13. marts 2008 - IX ZR 117/07, ZIP 2008, 975 f, margin 6 ff). Dette har for så vidt også i overvejende grad fundet accept, idet en ydelsesmodtagers ensidige forestillinger om ydelsens gensidigt bebyrdende forhold i sig selv er uden betydning i henhold til denne lov selv i det tilfælde, hvor vildfarelsen er opstået på grund af skyldneren ((FK-InsO/Dauernheim, 4. opl., § 134, margin 10 f; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. opl., § 134, margin 27; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. opl., § 134, margin 24; HK-InsO/Kreft, 5. opl., § 134, margin 9; Smid/Zeuner, InsO, 2. opl., § 134, margin 22; Johlke EWIR 1989, 1015, 1016). Udbetalte fiktive gevinsters omstødelighed i henhold til InsOs § 134 drages generelt ikke i tvivl i revisionsindstævntes svarskrift. Heller ikke ankeDOMstolens vurdering, nemlig at de gevinster, der blev opnået på baggrund af de investeringer, som skyldner til at begynde med stadigvæk havde foretaget i ringe omfang, havde været ubetydelige og var blevet opbrugt af administrationsomkostningerne, således at udbetalingerne til investorerne var foretaget fuldt ud som led i ”sneboldsystemet”, afvises i revisionsankesagen.

2. AnkeDOMstolens antagelse om, at sagsøgte skal stilles, som om han kunne modregne sine skadeserstatningskrav over for skyldner i tilbagebetalingskravet, findes derimod at være helt igennem betænkelig. Også her har ankeDOMstolen lagt den retspraksis til grund, som var gældende under den gamle konkurslov (BGHZ 113, 98, 105 f), og betragtet den som værende anvendelig også efter den nye konkurslovs ikrafttræden (således også retten OLG Frankfurt am Main ZIP 2007, 2426, 2427 f; OLG Jena ZIP 2008, 1887, 1888; MünchKomm-InsO/Brandes, 2. opl., § 96 margin 10; HmbKomm-InsO/Rogge, 2. opl., § 134, margin 37; Biehl NJ 2008, 368, 369, 370). Denne betragtning kan revisionsankedomstolen ikke godkende.

a) Med indførelsen af den nye konkurslov er lovgrundlaget blevet ændret på det for nærværende sag afgørende punkt. I modsætning til den gamle konkurslov opstår der ikke længere en normkollision på grund af BGBs § 814. Selv hvis denne bestemmelse ikke eksisterede og skyldner allerede forud for konkursdekretets afsigelse havde et berigelseskrav over for sagsøgtes skadeserstat-

ningskrav, ville en gyldig modregning i henhold til InsOs § 96, stk. 1, nr. 3, ikke kunne komme i betragtning.

aa) Under den gamle konkurslov kunne modregning i det konkursretlige omstødelseskrav i henhold til KOs § 55, pkt. 1, nr. 1, ikke komme i betragtning, fordi tilbagebetalingskravet oprindeligt opstår samtidig med og derfor først "efter" afsigelse af konkursdekret (BGHZ 83, 102, 105 f; 113, 98, 105 med yderligere referencer). En modregningssituation, der forelå allerede forud for afsigelsen af konkursdekretet, var derimod beskyttet af KOs § 53. Uden bestemmelsen i BGBs § 814 ville en sådan situation allerede have eksisteret forud for konkursdekretets afsigelse. Havde denne bestemmelse ikke udelukket skyldners berigelseskrav, ville dette krav og det skadeserstatningskrav, der i medfør af BGBs § 823, stk. 2, jf. StGBs § 263, BGBs § 826 opstod ved investorens svigagtigt betingede beslutning om at foretage den formentlige investering, og som desuden er opstået på grund af culpa ved aftalens indgåelse, have stået over for hinanden allerede forud for afsigelsen af konkursdekretet som modregningsberettigede krav. Modregning af dette skadeserstatningskrav i det (hypotetiske) berigelseskrav var ikke strandet på KOs § 55, stk. 1, nr. 3, fordi anvendelsen af denne bestemmelse forudsatte, at fordringen over for den senere fallent var opstået først, og kravet over for ham opstået efterfølgende (se Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. opl., § 55, margin 16). Ganske vist var muligheden for konkursomstødelse endnu til stede, selvom bestemmelsen i KOs § 55, pkt. 1, nr. 3, ikke kunne anvendes. Men ifølge den daværende retspraksis kunne det samlede forhold med modregningssituationens indtræden og modregningen imidlertid kun omstødes, såfremt forudsætningerne i henhold til KOs § 30 eller KOs § 31 var til stede (BGHZ 58, 108, 113 f; se også BGH, dom af 12. november 1998 – IX ZR 199/97, ZIP 1998, 2165, 2166). Omstødelighed i henhold til disse bestemmelser kom ikke i betragtning ifølge de omstændigheder, der lå til grund for afgørelsen BGHZ 113, 98.

For så vidt investoren uden bestemmelsen i BGBs § 814 ifølge berigelsesreglerne ikke var forpligtet til at tilbagebetale de fiktive gevinster, der blev udloddet til ham, til boet, men i stedet kunne modregne dem i skadeserstatningskrav over for skyldner, skulle dette resultat ikke forpurres på grund af anvendelsen af BGBs § 814, der har til formål at beskytte skyldnerens berigelseskrav. For at undgå denne normkollision skulle investoren ifølge den tyske højesterets daværende retspraksis stilles således, som om han havde kunnet modregne i skadeserstatningskrav (BGHZ 113, 98, 105 f).

bb) Inden for den nye konkurslovs anvendelsesområde kan modtageren af en ikke skyldt, men også omstødelig ydelse fra en skyldner ikke gøre den indsigelse gældende, at han alene på grund af BGBs § 814 ikke kan modregne i det berigelseskrav, der eksisterer ud over InsOs § 143. Til hinder for en modregning er nu også InsOs § 96, stk. 1, nr. 3 (jf. FK-InsO/Dauernheim, op. cit. § 143 margin 44).

(1) Det er for denne bestemmelses vedkommende anerkendt, at den virkning, der er til skade for kreditor, og som opstår med modregningssituationens indtræden, kan kræves omstødt selvstændigt (BGH, dom af 2. juni 2005 - IX ZR 263/03, ZIP 2005, 1521, 1523; vedr. den gamle konkurslov og generalksekution se BGHZ 145, 245, 253, 255; 147, 233, 236 f; BGH, dom af 22. april 2004 – IX ZR 370/00, ZIP 2004, 1160). InsOs § 96, stk. 1, nr. 3, er desuden et ud-

tryk for, at kreditors tillid til, at der eksisterer en modregningssituation, der er opstået ved en omstødelig retshandling, ikke synes at være beskyttelsesværdig (BT-tryksag 12/2443, s. 141). Som retshandling gælder enhver forretning, der resulterer i den omstødelige erhvervelse af en kreditor- eller debitorposition (se HK-InsO/Kayser, op. cit., § 96, margin 32; Häsemeyer i Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. opl., s. 645, 656, margin 34). Samtlige omstødelsesforhold kommer i betragtning, også omstødelse af vederlagsfrie ydelser i henhold til InsOs § 134 (MünchKomm-InsO/Brandes, op. cit., § 96, margin 29; Lüke i Kübler/Prütting/Bork, InsO § 96, margin 48, Nerlich i Nerlich/Römermann, InsO Stand März 2003; § 129, margin 60; Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, 3. opl., § 45, margin 98, Häsemeyer, op. cit., margin 35). Opnåelse af modregningens mulighed som følge af en omstødelig retshandling bedømmes som om konkursagen allerede var påbegyndt på det tidspunkt, hvor kravet erhverves (BGHZ 169, 158, 162 f, margin 13). Kurator kan umiddelbart påberåbe sig modregningens ugyldighed i henhold til InsOs § 96, stk. 1, nr. 3 (BT-tryksag, 12/2443, op. cit., BGHZ 159, 388, 393; 169, 158, 161, margin 11). Til forskel fra KO § 55, 1. pkt., nr. 3, kommer det ved anvendelse af InsOs § 96, stk. 1, nr. 3, heller ikke længere an på, i hvilken tidsmæssig rækkefølge de gensidige krav er opstået (BT-tryksag, 12/2443, op. cit., BGHZ 159, 388, 393).

(2) Således ville sagsøgte modregning konkursretligt også være ugyldig, hvis skyldner havde haft et berigelseskrav, der ikke strandede på BGBs § 814. Sagsøgte ville have opnået mulighed for modregning ved, at han på grund af skyldners vederlagsfrie og således i henhold til InsOs § 134, stk. 1, omstødelige ydelse samtidig også var blevet skyldner for et berigelseskrav, efter at han forinden allerede var kreditor for et skadeserstatningskrav. Sagsøger kunne uafhængig af sagsøgte modkrav have gjort berigelseskrav gældende i henhold til InsOs § 96, stk. 1, nr. 3. En erklæring om modregning, som var blevet afgivet allerede inden afsigelse af konkursdekret, ville konkursretligt være blevet ugyldigt ved afsigelsen af konkursdekretet (se BGH, dom af 12. juli 2007 – IX ZR 120/04, ZIP 2007, 1467, 1468, margin 11).

b) En begrænsning af tilbagebetalingskravet i henhold til InsOs § 143, stk. 1, kan ikke retfærdiggøres af andre grunde end den fortolkningsmæssige modsætning, der er bortfaldet med den nye konkurslovgivning.

aa) Formålet med bestemmelsen i BGBs § 814 som sådan forlanger ingen indskrænkning. Bestemmelsen, der hviler på tanken om, at modstridende adfærd ikke skal være tilladt hos den, der leverer ydelsen, sigter på at være til ulempe for den, der leverer ydelsen, hvorimod modtageren skal kunne have tillid til at måtte beholde en ydelse, der bevidst er leveret til opfyldelse af en ikke eksisterende forpligtelse (jf. BGHZ 113, 98, 105 f). Disse indskrænkninger må kurator imidlertid acceptere, når han gør skyldners berigelseskrav gældende, som er undergivet hans administration (jf. Jaeger/Henkel, InsO § 134, margin 13, HK-InsO/Kayser, op. cit. § 96, margin 23; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. opl., § 134, margin 36; MünchKomm-InsO/Kirchhof, op. cit., § 134, margin 45; Smid/Zeuner, op. cit., § 134, margin 22; Staudinger/Lorenz, BGB Neubearbeitung 2007, § 814, margin 5, § 817, margin 16; MünchKomm-BGB/Lieb, 4. opl., § 814, margin 9; Palandt/Sprau, BGB, 68. opl., § 814, margin 1; Gerhardt ZIP 1991, 273, 282f; Pape EWiR 1990, 389, 390). I modsætning hertil giver konkursomstødelse kurator mulighed for at gøre tilbagebetalingskrav gældende, der ifølge materiel ret er nægtet den disponerende selv (Bork, Handbuch

des Insolvenzanfechtungsrechts (2006), s. 154; Gerhardt ZIP 1991, 273, 283). En begrænsning af dette oprindelige, lovmæssige krav (jf. BGHZ 15, 333, 337; 83, 102, 105 f; 113, 98, 105; BGH, dom af 18. maj 1995 – IX ZR 189/94, ZIP 1995, 1204, 1205 f; af 18. december 2003 – IX ZR 9/03, ZIP 2004, 324, 326) udelukkende på baggrund af hensigten med BGBs § 814 skal afvises (HK/InsO/Kayser, op. cit. § 96, margin 23; Münch-Komm-InsO/Kirchhof, op. cit., § 134, margin 22, 45 og § 143, margin 10; Gerhardt op. cit.; vedrørende den endelig konklusion også Jaeger/Henckel, op. cit. § 134, margin 13).

bb) Omstødelsesmodparten er tilstrækkeligt sikret ved InsOs § 143, stk. 2, eller – undtagelsesvis – ved BGBs § 242 (MünchKomm-InsO/Kirchhof, op. cit., § 134, margin 45). På sin vis ville den modsatte opfattelse, ifølge hvilken beskyttelseshensigten i BGBs § 814 er afgørende for modtageren af en vederlagsfri ydelse, indebære en normativ modsætning. For modtagerens tillid til en sådan ydelse er ifølge den nye tyske konkurslov netop ikke særlig beskyttelsesværdig. Endnu stærkere end den gamle konkurslov understreger den nye konkurslov den vederlagsfrie erhvervelses ringe uangribelighed. I lovmaterialet nævnes denne omstændighed som årsagen til udvidelsen af omstødelighedsperioden til fire år og den omvendte bevisbyrde vedrørende tidspunktet for rettig-hedserhvervelsen (BT-tryksag, 12/443, s. 161). Endelig taler også det konkursretlige princip om kreditorernes ligebehandling imod en anvendelse af fortolkningsgrundlaget for BGBs § 814. Konsekvensen heraf var, at de tidligere kreditorer i systemer med svigagtige investeringer, som – på samme måde som det af skyldneren anvendte – drives efter et "sneboldsystem", der – for at opret-holde systemet - modtager udbytte, stilles bedre end de investorer, som først indbetaler deres indskud senere og på grund af selskabets kollaps, der indtræ-der kort tid derefter, står tomhændede tilbage. Førstnævnte investorer ville kunne beholde det modtagne "udbytte" selv i det tilfælde, hvor udbetalingen er faldet inden for omstødelsesfristen som fastsat i InsOs § 134, med den konse-kvens, at skyldnerens formue, som alene står til rådighed til dækning af kredi-torernes krav, herunder samtlige krav, som sidstnævnte investorer har, reduce-res.

3. Heller ikke af andre grunde synes ankesagens afgørelse at være korrekt (den tyske retsplejelov ZPOs § 561).

a) Kravet strander ikke på berigelsens bortfald (InsOs § 143, stk. 2, pkt. 1). De instanser, hvor sagen har været realitetsbehandlet, har ikke konstateret, at for-udsætningerne for berigelsens bortfald var til stede og svarskriftet i revisions-ankesagen har ikke påvist, at sagsøgtes redegørelse for de faktiske omstændig-heder i den henseende er blevet ignoreret.

aa) Sagsøgte mener med urette ikke at være blevet beriget, fordi han havde krav på skadeserstatning over for skyldner svarende til påstandskravet. Udbe-talingerne er ikke sket på grund af sagsøgtes skadeserstatningskrav, men ifølge oplysningerne om sagens samlede indbyrdes omstændigheder på grund af de angiveligt opnåede gevinster og indskuddet. Skyldner har således henført beta-lingen til en bestemt (fiktivt) gældsforpligtelse (jf. BGHZ 113, 98, 104 f). Et andet synspunkt er udelukket især med henblik på formålet med betalingerne, som gik ud på at skjule skyldners lyssky aktiviteter (jf. BGHZ op. cit. s. 104).

bb) For så vidt sagsøgte mener at kunne fratække indskuddet som omkostning for erhvervelsen af rentekravet, overser han, at indskuddet allerede er indregnet i opgørelsen af påstandskravet og ikke må fratækkes dobbelt.

b) At gøre tilbagebetalingskrav gældende i medfør af InsOs § 143, stk. 1, 1. pkt., strider heller ikke imod god tro (BGBs § 242). Kun i ekstreme tilfælde hindrer BGBs § 242 opnåelse af sådan et krav (HK-InsO/Kayser op. cit., § 96, margin 23; MünchKomm-InsO/Kirchhof, op. cit., § 134, margin 45). Sådan et undtagelsestilfælde foreligger ikke i nærværende sag. Beskyttelsen af sagsøgte som en af de besvegne investorer påbyder ikke, at princippet om kreditorernes ligebehandling skal træde i baggrunden.”

Ved domme afsagt den 2. april 2009 i sagerne IX ZR 197/07 og IX ZR 221/07 traf Bundesgerichtshof afgørelse på samme måde i to tilsvarende sager.

Bundesgerichtshofs dom af 25. juni 2009 IX ZR 157/08:

Ved dom af 25. juni 2009 traf Bundesgerichtshof afgørelse i endnu en omstødsessag i Phoenix-komplekset. I denne sag var der sket udbetalinger både inden og uden for 4-årsfristen i InsO § 134. Investor havde indskudt 423.094,03 EUR, havde betalt agio med 14.060,53 EUR og havde fået udbetalt i alt 470.988,06 EUR, heraf 453.604,13 EUR inden for 4-årsfristen. Differencen mellem indskuddet og udbetalinger inden for 4-årsfristen udgjorde således 47.894,03 EUR. Boet nedlagde påstand om omstødelse vedrørende de 47.894,03 EUR, hvilket boet fik medhold i. Af Bundesgerichtshofs præmisser fremgår blandt andet (oversat fra tysk):

”I.

[4] AnkeDOMstolen mente, at sagsøgers tilbagebetalingskrav i henhold til tysk ret til at omstøde retshandler var bortfaldet som følge af modregning (tysk lov om insolvens (InsO) § 94; BGB §§ 389, 823, stk. 2, den tyske straffelov (StGB) § 263). Sagsøgtens modkrav på skadeserstatning bortfalder heller ikke iht. BGB § 814. Den retsnorm, der ligger til grund for denne bestemmelse, der skal sanktionere ulovligheder som følge af modstridende adfærd, gælder også for konkursret. Dette besluttede Bundesgerichtshof i henhold til den tyske konkurslov (KO) (tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 113, 98, 105 f). Denne retspraksis kan overføres til den foreliggende sag. Modregningskravet overstiger den nedlagte fordring og medfører dermed, at den bortfalder.

II.

[5] Dette holder ikke stand mod en prøvelse ved domstolene på et afgørende punkt.

[6] 1. Anke-domstolen har stadig korrekt antaget, at konkursboets kurator kunne søge fiktive udbytter, der er opnået i ”pyramidesystemer”, og som var udbetalt af den senere konkursskyldner, omstødt som værende en objektivt set vederlagsfri ydelse iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 134, stk. 1. Dette var allerede i overensstemmelse med retspraksis i henhold til den tyske konkurslov (KO) (tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 113, 98, 101 ff., Bundesgerichtshofs dom af 29. november 1990 - IX ZR 55/90, WM 1991, 331, 332 f.), som Bundesgerichtshof har fortsat i den tyske lov om insolvens’ (InsO) anvendelsesområde (Bundesgerichtshofs dom af 13. marts 2008 - IX ZR 117/07, ZIP 2008, 975 f. randnr. 6 ff., af 11. december 2008 - IX ZR 195/07, WM 2009, 178, 179 f., beregnet til offentliggørelse i tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ)). Replikken i ankesagen stiller hverken spørgsmålstegn ved omstødeligheden af udbetalte fiktive udbytter iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 134 eller ved den behandlende rets vurdering af, at skyldner i fuldt omfang havde foretaget udbetalingerne til investorerne i form af et ”pyramidesystem”.

[7] 2. Derimod er der fundamentale betænkeligheder over for anke-domstolens antagelse af, at sagsøgte under alle omstændigheder skal stilles sådan, som kunne sagsøgte modregne dennes begrundede skadeserstatningskrav over for skyldner i det tilbagebetalingskrav, der måtte følge af omstødelsen iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 1, 1. punktum. Den foregående instans støttede sig her på Bundesgerichtshofs domspraksis, der var dannet i henhold til den tidligere tyske konkurslov (KO) (tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 113, 98, 105 f.), der dog ikke kan fortsættes inden for tysk lov om insolvens’ (InsO) anvendelsesområde (se også Bundesgerichtshofs dom af 11. december 2008, aaO, s. 179, randnr. 7). Bundesgerichtshofs seneste dom vedrører en parallel sag til denne retssag: Der henvises til de der opstillede præmisser. I særdeleshed medfører det ikke længere modstrid mod normen iht. BGB § 814 i modsætning til, da den tyske konkurslov (KO) endnu var gældende. Selvom denne bestemmelse ikke fandtes, og et berigelseskrav fra skyldners side allerede stod over for sagsøgtes skadeserstatningskrav før konkursbegæringen, ville en gyldig modregning iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 96, stk. 1, nr. 3, ikke have været kommet i betragtning (se også Bundesgerichtshofs dom af 11. december 2008, aaO, s. 179, randnr. 8 ff.).

[8] Formålet med normen iht. BGB § 814 kræver af andre årsager end den vurderingskonflikt, der fjernes som følge af tysk lov om insolvens (InsO), heller ingen begrænsning af det tilbagebetalingskrav, der følger af tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 1. Der henvises også til redegørelserne i den parallelle sag i den forbindelse (Bundesgerichtshofs dom af 11. december 2008, aaO, s. 180 f., randnr. 14 ff.).

[9] 3. Anke-domstolens dom viser sig heller ikke at være – til dels – korrekt af andre årsager (tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 561).

[10] a) Sagsøgte vil fradrage summen af de betalinger, som sagsøgte har modtaget før omstødelsesperiodens start (17.383,93 €), fra de udbetalinger, der kræves tilbagebetalt. Et sådant fradrag er ikke berettiget. De pågældende betalinger er ikke omfattet af sagen. Ved omstødelsesperiodens start var sagsøgtes tilgodehavende 405.710,10 € ved anvendelse af saldoteorien, hvorfor skyldner i

den efterfølgende periode modtog betalinger på i alt 453.604,13 €. Den nedlagte fordring er således dækket af de ydelser, der blev erlagt i omstødelsesperioden.

[11] b) Sagsøgte er desuden af den opfattelse, at agio på (2.556,46 € + 11.504,07 € ⇒) 14.060,53 € er forblevet hos skyldner i overensstemmelse med formålet med denne ydelse. Debiteringerne på sagsøgtes konto, som skyldner førte, ville derfor ikke kunne udløse et krav fra sagsøgers side.

[12] Denne indsigelse kan heller ikke tages til følge. Som i de parallelle sager (se i særdeleshed Bundesgerichtshofs dom af 11. december 2008, aaO, s. 181, randnr. 19) er udbetalingerne af de angiveligt opnåede udbytter samt indskuddet på grundlag af den samlede sammenhæng mellem beregningerne. Således har skyldner henført betalingerne til et bestemt (fiktivt) obligationsretligt forhold. Sagsøger i form af konkursboets kurator begærer delvis tilbagebetaling af disse ydelser. Den omstændighed, at skyldner først havde debiteret agio på modregningskontoen, hvilket reducerede tilgodehavendet på denne konto, stiller ikke spørgsmålstegn ved den nedlagte fordring i betragtning af størrelsen af de ydelser, som skyldner har erlagt i omstødelsesperioden. Der foreligger for så vidt heller ikke et tilfælde af "afrigelse" (iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 2, 1. punktum).

[13] c) Tro og love (BGB § 242) står ikke hindrende i vejen for tilbagebetalingskravet. Der er ingen grund til at stille sagsøgte bedre end andre besvægne investorer (se i den forbindelse også Bundesgerichtshofs dom af 11. december 2008, aaO, randnr. 21)."

Den 22. april 2010 traf Bundesgerichtshof afgørelse i tre omstødelsessager i Phoenix-komplekset, IX ZR 160/09, IX ZR 163/09 og IX ZR 225/09.

IX ZR 160/09:

Dommen angik en sag, hvor investor havde indskudt 22.112,92 EUR og betalt agio med 1.547,90 EUR. Investor fik mellem august 2003 og september 2004 udbetalt udbytter på i alt 29.083,51 EUR. Udbetalingerne skete således alle inden for 4-årsfristen. Boet påstod oprindelig omstødelse for 6.970,59 EUR svarende til differencen mellem indskuddet og udbetalingerne. Investor blev frifundet i Landgericht. Boet forhøjede under anken påstanden til 9.997,84 EUR efter en ny beregning af investors "kontostand under hensyntagen til alle forretningsresultater". Af dommens hoved fremgår (oversat fra tysk):

"Hjemmel til at hæve søgsmålsbeløbet i ankeinstansen – investorens indskud i pyramidesystem

Tysk lov om insolvens (InsO) §§ 134, 143; BGB § 242; tysk lov om civil retspleje (ZPO) §§ 263, 264 nr. 2

1. Vedrørende processuel behandling af en udvidelse af søgsmålet i ankeinstansen støttet på anbringender fra første instans.
2. Da det ikke er at betragte som en ændring af søgsmålet iht. tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 533 at forhøje søgsmålsbeløbet iht. tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 264, nr. 2, er dette også tilladt i ankeinstansen.
3. Investorens indskud i et såkaldt pyramidesystem ndgør ikke en konterbar fradragspost iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 2, 1. punktum, som reducerer berigelsen som følge af udbetalte fiktive udbytter. ...”

Af dommens præmisser fremgår blandt andet (oversat fra tysk):

”[4] I. Ankeinstansen mente følgende:

Hvad angår det forhøjede beløb, skulle der ikke træffes en ny afgørelse, da det ikke var tilladt at udvide søgsmålet. Dette er under alle omstændigheder i strid med tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 531, stk. 2. Behandlingen af ”problemet med tilladelsen” afhænger i sidste ende af spørgsmålet om, hvorvidt udvidelsen af søgsmålet har til formål at fremføre nye kendsgerninger, der allerede kunne have været gjort gældende i første retsinstans, hvilket fejlagtigt ikke er sket (se tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 531, stk. 2, nr. 1 og 3). Svaret på dette spørgsmål er i dette tilfælde ja. Den nye beregning af det fiktive udbytte var trods forelæggelsen af den pågældende beregning ikke gjort til genstand for søgsmålet ved første retsinstans, hvilket allerede fulgte af, at det højere beløb, der fremgik heraf, ikke var blevet gjort gældende ad rettens vej i første instans. Den udvidelse af søgsmålet, der var taget forbehold for i stævningen, henviser ikke til ”den nye beregning”. Funktionen af denne beregning kunne ikke verificeres i den første retsinstans, i særdeleshed da sagsøger heller ikke støttede den nedlagte fordring subsidiært på denne. Den blev først introduceret i retssagen i ankeinstansen som en ”helt ny beregningsmetode” sammenlignet med den afregning, der blev anvendt i første instans. Denne beregning krævede som begrundet i sagsøgtens indlæg af 22.12.2006 nærmere forklaring, og hvorvidt den var korrekt, ville formentlig kun kunne vurderes efter at have indhentet en skriftlig erklæring fra en sagkyndig. Denne udvidelse af søgsmålet var følgelig ikke tilladt. Der må i givet fald træffes afgørelse om den fordring, der forfølges med det udvidede søgsmål.

[5] II. Denne begrundelse holder på flere punkter ikke stand mod en prøvelse ved domstolene.

[6] 1. Ankeinstansen anser med urette udvidelsen af søgsmålet med 3.027,25 € for at være utilladelig. Ved behandling iht. tysk lov om civil retspleje skulle domstolen have truffet en saglig afgørelse om denne del af den nedlagte fordring, idet forhøjelsen af søgsmålsbeløbet iht. tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 264, nr. 2 ikke er at anse som en ændring af søgsmålet. Der foreligger således ikke et tilfælde iht. tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 263. Tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 533 henviser kun til denne bestemmelse, der begrænser hjemmel til at ændre søgsmål i ankeinstansen (tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 158, 295 [305 f.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2004, 2152; BGH, tysk tidsskrift for byggeret (NZBau) 2006, 254 = tysk tidsskrift for forsikringsret (VersR) 2006, 1361 [1362 f.], randnr. 25, tysk

ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2007, 3127 = tysk fagtidsskrift for konkursret og -praksis (ZIP) 2007, 718 [721], randnr. 30). Ubegrænset hjemmel til også at ændre påstanden i ankeinstansen iht. tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 264, nr. 2 eller 3, stemmer overens med bestemmelsen, der har til formål at understøtte den procesøkonomiske og endelige afslutning af retssagen mellem parterne. Herimod fordrejer ankeinstansen det procesøkonomiske synspunkt, idet ankeinstansen henviser sagsøger til muligheden for et nyt søgsmål. Bundesgerichtshof har i sin principielle afgørelse redegjort udførligt for, at den tilsigtede betydning og det tilsigtede formål med tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 533 heller ikke kræver, at den finder anvendelse på tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 264 i ankesagen (tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 158, 295 [307] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2004, 2152). Bundesgerichtshof er ligeledes af denne opfattelse.

[7] Ankeinstansen måtte derfor ikke se bort fra en ny afgørelse om genstanden for det udvidede søgsmål.

[8] 2. Ankeinstansens dom viser sig heller ikke at være korrekt af andre årsager (jf. tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 561). Omstødelsen som følge af konkurs er tværtimod begrundet i fuldt omfang.

[9] ...

[10] ... Der foreligger ikke nye anbringender fra sagsøgers side for den betalingsfordring, der gøres yderligere gældende i ankeinstansen, som ikke allerede er omfattet af stævningen, og som forklares dér i forbindelse med de bilag, der blev forelagt med sagsanlægget. ...

[13] b) Bundesgerichtshof behøver ikke afgøre, hvorvidt den nedlagte fordring, sådan som sagsøger mener, allerede nu er begrundet i fuldt omfang på basis af den nye beregning af de fiktive udbytter, idet det pågældende anbringende var ubestridt i første instans og kun blev tydeliggjort og forklaret af sagsøger i anden instans (se Bundesgerichtshof, tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) RR 2008, 335 [337], randnr. 29), eller hvorvidt sagsøgers nye beregning af de fiktive udbytter var kontradiktorisk og ikke kan lægges til grund for afgørelsen uden bevisførelse. Omstødelseskravet iht. tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 134, stk. 1, er allerede begrundet, fordi sagsøgte iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 2, 1. punktum, ikke må modregne det erlagte indskud i de udbetalinger, der søges omstødt. Dette kan Bundesgerichtshof selv afgøre på grundlag af sagens konstaterede forhold (tysk lov om civil retspleje (ZPO) § 563, stk. 3).

[14] aa) Iht. Bundesgerichtshofs retspraksis tilkommer der kurator i konkursboet efter en skyldner, der i den omstødelserrelevante periode har foretaget udbetalinger af fiktive udbytter, der er opnået i "pyramidesystemer", omstødelserkrav iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 134, stk. 1 (tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 179, 137 [140 ff.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2009, 363 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2009, 104 randnr. 6 ff.; Bundesgerichtshofs dom af 25.6.2009 – IX ZR 157/08, BeckRS 2009, 19758, randnr. 6 f.). Kravet omfatter alle "udbetalte udbytter", som skyldner har udbetalt på grundlag af det erlagte "indskud" (se tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 179, 137 [145] =

tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2009, 363 = tysk fagtidskrift for insolvens og sanering (NZI) 2009, 104, randnr. 16). Følgelig skal samtlige udbetalinger, som skyldner har erlagt i omstødelsesperioden på grundlag af de formodede udbyttekrav og dermed har henført til det (fiktive) obligationsretlige forhold, betales tilbage som værende vederlagsfri ydelser (tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 2, 1. punktum) (se tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 113, 98 [104 f.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 1991, 560; BGHZ 179, 137 [145] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2009, 363 = tysk fagtidskrift for insolvens og sanering (NZI) 2009, 104, randnr. 19). I denne sag har skyldner i den pågældende periode udbetalt udbytte på 29.083,51 € til sagsøgte.

[15] bb) Da beskyttelsen af den besvægne investor ikke påbyder at begrænse tilbagebetalingskravet iht. BGB § 242 (se i den forbindelse tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 179, 137 [144 ff.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2009, 363 = tysk fagtidskrift for insolvens og sanering (NZI) 2009, 104 randnr. 16 f., 21), kan sagsøgte kun frifindes iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 2, 1. punktum. I henhold til denne bestemmelse skal modtager af en vederlagsfri ydelse (uden retlig grund) kun tilbagebetale denne, såfremt modtager har opnået en berigelse ved ydelsen.

[16] ...

[17] (2) I forbindelse med "afrigelsen" kommer det dog ikke kun an på den nye beregning, såfremt det tabte indskud som sådan iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 2, 1. punktum, ikke kan trækkes fra udbetalingerne som en fradragspost. Der har hidtil manglet en afgørelse fra Bundesgerichtshofs side på dette område. Som Bundesgerichtshof med moderne domme (IX ZR 163/09, BeckRS 2010, 14342) har præciseret, er investors indskud ikke en konterbar fradragspost, der reducerer berigelsen som følge af de udbetalte fiktive udbytter (se især tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 149, 326 [333 f.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2002, 1050 = tysk fagtidskrift for insolvens og sanering (NZI) 2002, 150; tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 150, 138 [146 ff.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2002, 2313 = tysk fagtidskrift for insolvens og sanering (NZI) 2002, 380; tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 161, 241 [253f.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2005, 884 = tysk fagtidskrift for insolvens og sanering (NZI) 2005, 157). Sagsøgte, der for så vidt er forpligtet til godtgørelse og bevisførelse (se Bundesgerichtshof, tysk fagtidskrift for insolvens og sanering (NZI) 2010, 295 = tysk fagtidskrift for konkursret og -praksis (ZIP) 2010, 531 [533], randnr. 17), har ikke gjort yderligere fradragsposter gældende, som under forudsætning af, at konkursskyldners ydelse in natura ikke længere eksisterer, kunne have stillet spørgsmålstegn ved den nedlagte fordring.

[18] Under disse omstændigheder er de i alt ca. 10.000 €, der kræves tilbagebetalt, omstødelige som vederlagsfrie udbetalte udbytter."

Dommen angik en sag, hvor investor havde betalt indskud med 15.338,76 EUR og agio med 997,02 EUR. Investor havde fået udbetalt i alt 19.316,77 EUR, med henholdsvis 14.316,77 EUR i december 2001 og 5.000 EUR den 31. oktober 2002. Udbetalingerne var således begge sket inden for 4-årsfristen i InsO § 134. Boet nedlagde oprindelig påstand om omstødelse vedrørende et beløb på 3.977,41 EUR (differencen mellem udbetalingerne og indskuddet med fradrag af agio) og fik medhold i dette beløb. På baggrund af en ny beregning af investors "reelle kontostand under hensyntagen til udbetalingerne" opgjorde boet et beregnet fiktivt udbytte på 13.100,40 EUR. For Bundesgerichtshof angik sagen et beløb på 9.122,99 EUR svarende til differencen i forhold til den oprindelige sag.

Af dommens hoved fremgår (oversat fra tysk):

"Ingen modregning af kurators tilbagebetalingskrav i investors indskud i pyramidesystem

Tysk lov om insolvens (InsO) §§ 134, stk.1, 143, stk. 2, 1. punktum, 144, stk. 2, 2. punktum; BGB § 818, stk. 3

1. Kurators tilbagebetalingskrav, der er et resultat af, at udbetalingen søges omstødt, kan ikke modregnes med de betalinger, som investor har erlagt som indskud ...

2. Såfremt omstødelsesmodparten som følge af udbetalingen af fiktive udbytter lider under blivende skattemæssige belastninger, kan omstødelsesmodparten for så vidt gøre indsigelse som følge af "afrigelsen"."

Af rettens præmisser fremgår blandt andet (oversat fra tysk):

"[7]2. Derimod er der fundamentale betænkeligheder over for ankedomstolens antagelse af, at sagsøgte kun har opnået en ugrundet berigelse som følge af udbetalingen af de fiktive udbytter, for så vidt at der efter at sagsøgtes indskud er fratrukket er et restbeløb tilbage, vedrørende hvilket der i det aktuelle tilfælde er anlagt en anden sag. Tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 2, 1. punktum, finder anvendelse på kurators tilbagebetalingskrav. Denne bestemmelse indeholder en henvisning til retsvirkningerne af ugrundet berigelse (BGB § 818). Modtager af en vederlagsfri ydelse skal kun tilbagebetale denne, såfremt modtageren har opnået en berigelse (Bundesgerichtshof, tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) RR 2006, 1555 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2006, 583 = tysk fagtidsskrift for konkursret og -praksis (ZIP) 2006, 1639 [1641], randnr. 15). De udbetalte, fiktive udbytter udgør ikke en modydelse for investorens indskud. De står heller ikke i et gensidigt forhold til indskuddet. I forbindelse med BGB § 818, stk. 3, er det omstridt, hvorvidt hver part skal gøre det krav, der tilkommer denne, gældende uafhængigt af, hvad der sker med modkravet (læren om to krav som følge af ugrundet berigelse), eller hvorvidt de gensidige krav skal modregnes (saldoteorien – se i den forbindelse Palandt/Sprau, BGB, 69. oplag, § 818, randnr. 46 ff.).

[8]a) Inden for konkursretten kan saldoteorien kun anvendes i begrænset omfang. En ugyldig kontrakt skal ikke have større effekt i tilfælde af medkontrahentens konkurs end en gyldig (tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 149, 326 [333f.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2002, 1050 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2002, 150; tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 150, 138 [146ff.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2002, 2313 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2002, 380; tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 161, 241 [253f.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2005, 884 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2005, 157). Saldoteorien giver ikke grundlag for at ophøje krav, der ville være konkurskrav uden mulighed for modregning, til massekrav. Ydelser, der ikke står i et gensidigt forhold, skal ikke ved modregning kunne sættes i et gensidigt forhold, som ville give den anden part flere rettigheder, end der tilstod denne iht. konkursretten. I overensstemmelse med denne grundtanke gælder der for forsøg på at få vederlagsfri ydelser i et trekantforhold omstødt, at den ydelse, som den senere skyldner har erlagt som betaling af et krav fra modtagers side over for tredje [part], der ikke holder sin værdi, ikke allerede er at anse som værende mod vederlag, fordi modtager for sit vedkommende har erlagt ydelser over for tredje (tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 162, 276 [281] = tysk tidsskrift for selskabsret (NZG) 2005, 510 = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2005, 1867 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2005, 323; Bundesgerichtshof, tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) RR 2006, 1136 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2006, 399 = tysk fagtidsskrift for konkursret og -praksis (ZIP) 2006, 957 [958], randnr. 11). En omstødelse iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 134 bortfalder kun, såfremt den tredje derefter erlægger den modydelse til udligning, som denne skylder (Bundesgerichtshof, tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) RR 2008, 1628 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2008, 556 = tysk fagtidsskrift for konkursret og -praksis (ZIP) 2008, 1385 [1386 f.], randnr. 12 ff.). Hvis man i disse tilfælde tillod omstødelser-modparten at foretage modregning i den ydelse, der tidligere var erlagt til tredje [part], ville omstødelsen i reglen være uden virkning, da den tredje part ville kunne påberåbe sig bortfald af berigelsen som følge af, at denne havde erlagt den pågældende ydelse på et tidligere tidspunkt.

[9]b) Disse grænser inden for saldoteorien skal også gælde, når det drejer sig om at tage hensyn til investors erlagte indskud ved krav om tilbagebetaling af udbetalte fiktive udbytter. Indbetalingen skal ganske vist være erlagt for – ved afvikling af forretningen i overensstemmelse med kontrakten – at opnå krav på udbetaling af udbytter. Der foreligger dog ikke et udvekslingsforhold mellem indskuds- og udbyttebetalinger. Indskuddet er en modydelse mod investors erhvervede investeringsret. Hvorvidt der overhovedet kan udbetales beløb, afhænger af, om der opnås udbytter. Såfremt hele investeringsmodellen – som i det foreliggende tilfælde – beror på vildledning af investorerne, kan der i særdeleshed ikke antages at være en indre sammenhæng mellem indbetaling af indskud og udbetaling af fiktive udbytter. Denne udbetaling sker ikke for at fyldestgøre investors udbyttekrav. Den har tværtimod til formål at holde systemet i gang og gøre det interessant for nye investorer at investere. En modregning er derfor udelukket, såfremt udbetalingerne er sket i forbindelse med fiktive udbytter, der er tildelt investor (se tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 179, 137 [145] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2009, 363 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2009, 103). In-

vestor skal iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 144, stk., 2. punktum, anmelde sit krav om tilbagebetaling af det indskud, der er en del af dennes skadeserstatningskrav, som fordring i boet (se også Kirchhof, i: MünchKomm-InsO, 2. oplag, § 144, randnr. 16).

[10] Indsigelsen om bortfald af berigelsen kan – ud over luksusomkostninger, som omstødellesmodparten muligvis kan påberåbe sig over for kreditor iht. tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk., 2. punktum, eller stk. 2, 1. punktum, og BGB § 818, stk. 3, – kun referere til omkostninger, der står i forbindelse udbetalingen af de fiktive udbytter. Det indskud, der er erlagt længe forinden, er ikke en del heraf.

[11]c) Det konkursretlige princip om ligebehandling af kreditorer taler også mod muligheden for at modregne. I bedrageriske investeringssystemer, der – som det system, skyldner drev – arbejder efter ”pyramidesystemet”, ville modregning medføre, at kreditorer med ældre krav, som modtager udbetaling af udbytter for at opretholde systemet, stilles bedre end de kreditorer, der først erlægges deres indskud senere og ikke modtager nogen udbytter som følge af det sammenbrud af selskabet, der sker kort tid herefter. De førstnævnte kreditorer måtte i så fald modregne det indskud, som de har erlagt, i de ”udbytter”, som de har modtaget, og på den måde beholde dem, selv hvis de var sket inden for omstødellesfristen. Dette ville medføre en reduktion af skyldners aktivmasse, som anvendes til fyldestgørelse af alle kreditorernes krav (se tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 179, 137 [145] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2009, 363 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2009, 103, randnr. 16). Med modregningen ville dette have til følge, at det også ville være til hinder for, at modregning af ”førkonkurskadeserstatningskrav” i det konkursretlige tilbagebetalingskrav kan udelukkes (tyske domme ved Bundesgerichtshof i civile sager (BGHZ) 179, 137 [140 ff.] = tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) 2009, 363 = tysk fagtidsskrift for insolvens og sanering (NZI) 2009, 103, randnr. 7 ff.). Gamle kreditorer ville alligevel kunne modarbejde tilbagebetalingskravet ved at modregne deres indskud i resultatet. Nye kreditorer, der ikke har modtaget udbetalinger af fiktive udbytter, ville ikke have denne mulighed.

[12]d) Det må dog tilstås over for ankeinstansen, at sagsøgers fiktive efterberegning ikke kan være af betydning. Den ugyldige kontrakt kan ikke efterfølgende behandles som en gyldig. Poster og ydelser, der de facto slet ikke er foretaget, skal ikke behandles som reelle hændelser, idet skyldner foretager en rekonstruktion ud fra kontraktbetingelserne. I sidste ende er dette dog ikke afgørende, idet sagsøger ikke gør en videregående ret til at omstøde retshandler gældende, som også omfatter den del af indskuddet, som sagsøgte ifølge sagsøgers efterberegning skylder sagsøger. Ifølge den behandlende rets vurderinger har sagsøgte samlet set kun modtaget udbetaling af fiktive udbytter. I henhold til tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 2, 1. punktum, og BGB § 818, stk. 3, skal sagsøgte tilbagebetale disse uden modregning af indskuddet.

[13]III. ...

[14] Efter tilbagesendelsen af sagen skal ankeinstansen undersøge, om sagsøgte kan påberåbe sig bortfald af berigelsen, såfremt denne skulle svare skat af de fiktive udbytter, som skyldner udbetalte. Inden for rammerne af tysk lov

om insolvens (InsO) § 818, stk. 3, skal der tages højde for en endelig skattemæssig merbelastning som følge af erhvervelsen af omstødsesgenstanden (Kirchhof, i: MünchKomm-InsO, § 143, randnr. 105; se Reichsgerichts domme i civile retssager (RGZ) 170, 65 [67 f.]; Bundesgerichtshof, tysk ugeskrift for retsvæsen (NJW) RR 1992, 558 [560]).”

IX ZR 225/09:

Ved denne dom traf Bundesgerichtshofs afgørelse i en sag, hvor en investor fik udbetalinger såvel før som inden for 4-årsfristen. Investor havde indskudt 22.496,83 EUR, agio udgjorde 1.472,53 EUR. Den 31. marts 2000 udbetalte Phoenix 20.451,68 EUR til investor. Efter opsigelsen af sit indskud fik investor den 8. juni 2001 udbetalt et beløb på 24.457,18 EUR, der var bogført i hans favør. Af dommen fremgår blandt andet (oversat fra tysk):

”[2] Gennem sit søgsmål, som støttes på omstødelse, påstår sagsøger i første omgang differencen mellem udbetalingerne til sagsøgte og de af denne erlagte indskud (22.412,03 €) samt udenretlige omkostninger på 1.004,71 €, begge med tillæg af renter. Landgericht [har] frifundet sagsøgte. Med støtte i en ”Ny beregning af indeståendet på sagsøgtes konto under hensyntagen til samtlige handelsresultater”, hvori sagsøger når frem til en saldo på 32.545,47 € i sagsøgtes disfavør, forøgede sagsøger påstanden i ankesagen med 2.045,15 € til det fulde beløb, der blev udbetalt den 8. juni 2001. Sagsøgers anke blev taget til følge for så vidt angår den påståede difference mellem udbetalingerne og de indbetalte beløb samt sine udenretlige omkostninger. Gennem den bevilgede revisionsanke viderefølger sagsøger det forhøjede beløb på 2.045,15 €, som blev gjort gældende i ankesagen.

Præmisser:

[3] Sagsøger får ikke medhold i revisionsanken.

[4] ...

[5] I. Ankesdomstolen er af den opfattelse, at kurator kan søge udbetalingerne i ”pyramidesystemet” omstødt som værende objektivet set vederlagsfri ydelser. Sagsøgers tilbagebetalingskrav er dog begrænset til differencen mellem udbetalingerne og de erlagte indskud uden modregning af agio. Ifølge saldoteorien skal indskuddet holdes op imod sagsøgers krav. Der skal ikke tages højde for et skadeserstatningskrav. Udbetalingerne skete ikke på baggrund af et sådant krav. Sagsøgte blev ikke ”afriget” som følge af geninvestering af de udbetalte beløb i tabsgivende aktiehandler. Noget sådant havde han ikke tilstrækkeligt begrundet. Beløbet på 2.045,15 €, der blev gjort gældende i det udvidede søgsmål, kan ikke kræves tilbagebetalt med henblik på modregning. Det afgørende er det oprindeligt erlagte indskud. Det kommer ikke an på indskuddets forringelse som følge af negative handelsresultater og anvendelsen af beholdningsprovisioner i henhold til sagsøgers nyberegning.

[6] II. For så vidt angår resultat[et] holder denne begrundelse stand over for en retlig prøvelse. I modsætning til ankedomstolens opfattelse kan sagsøgte ganske vist ikke modregne sit indskud i sagsøgers krav i henhold til § 134, stk. 1, § 129, stk. 1, § 143, stk. 1, 1. pkt. InsO. Men sagsøger kan alligevel ikke kræve tilbagebetaling af de 2.045,15 €, idet der for så vidt ikke er tale om en vederlagsfri ydelse.

[7] 1. Ankedomstolen går korrekt ud fra, at kurator kunne søge fiktive udbytter omstødt, der er opnået i "pyramidesystemer", og som var udbetalt af den senere konkursskyldner, som værende en objektivt set vederlagsfri ydelse iht. § 134, stk. 1. InsO. Dette svarede til domspraksis allerede mens KO (Konkursordning) endnu var gældende (BGHZ 113, 98, 101 ff. = ZIP 1991, 35, herom EWiR 1991, 75 (Ackmann); BGH, dom af 29.11.1990 - IX ZR 55/90, WM 1991, 331, 332 f.), som retten har videreført inden for InsO's anvendelsesområde (BGHZ 179, 137, 140 = ZIP 2009, 186 = ZVI 2009, 66, præmis 6, herom EWiR 2009, 419 (Runkel/M. Schmidt); BGH, dom af 13. 3.2008 - IX ZR 117/07, ZIP 2008, 975 = ZVI 2008, 259, præmis 6 ff.; BGH, dom af 25.6.2009 - IX ZR 157/08, præmis 6 ff.). For så vidt skyldners udbetalinger er sket som fiktive udbytter og ikke i forbindelse med sagsøgtes skadeserstatning eller et berigelseskrav, medfører de således ikke sagsøgtes "afrigelse". Modregning i skadeserstatningskrav i henhold til § 823, stk. 2 BGB i forb. med § 263 StGB er udelukket.

[8] 2. Derimod er ankedomstolens antagelse ikke korrekt, at sagsøgtes indskud ifølge saldoteorien skal holdes op mod sagsøgers krav, og at sagsøgers tilbagebetalingskrav er begrænset til differencen mellem udbetalingerne og de erlagte indskud uden modregning af agio. Retten har med sin dom af dags dato fastslået, at modregning af fiktivt udbytte i det af investor erlagte indskud ikke kan komme i betragtning – uanset, hvordan det fiktive udbytte beregnes (BGH, dom af 22.4.2010 - IX ZR 163/09, ZIP 2010, 1253). Retten har således ændret afgørelsen fra OLG München, som ankedomstolen citerer som støtte for sin opfattelse (ZIP 2009, 1918). Ankedomstolens beregning, i henhold til hvilken påstanden på 2.045,15 € ikke kan tages til følge, fordi indskuddet på 22.496,83 € skal modregnes i den første udbetaling på omregnet 20.451,68 den 31. marts 2000 €, mens restbeløbet på 2.045,15 € skal modregnes i udbetalingen på 24.457,18 € den 8. juni 2001, således at sagsøgte for så vidt skulle betale 22.412,03 € til konkursboet, stadfæstes ikke. Betalingen den 31. marts 2000 bestod udelukkende af fiktivt udbytte. Der kunne ikke foretages modregning i investors indskud. Ved rettidig omstødelse skulle udbetalingen have været tilbagebetalt til konkursboet i fuldt omfang.

[9] III. Imidlertid viser afgørelsen sig at være korrekt af andre årsager. Sagsøger har ikke krav på tilbagebetaling af de 2.045,15 €, idet der for så vidt ikke er tale om en vederlagsfri ydelse fra skyldners side.

[10] 1. Der foreligger en vederlagsfri disposition, når skyldner giver afkald på et aktiv til fordel for en anden person, uden at skyldner skal modtage en tilsvarende modydelse. En disposition er derimod mod vederlag, såfremt skyldner har modtaget noget for sin ydelse, som objektivt set udligner dennes ydelse, eller som i det mindste subjektivt ud fra parternes hensigt skulle have udlignet den (BGHZ 113, 98, 101 f. = ZIP 1991, 35; BGH dom af 18.3.2010 - IX ZR 57/09, ZIP 2010, 841 = ZVI 2010, 221 = ZInsO 2010, 807 f., præmis 9).

[11] aa) Denne fortolkning er ikke i strid med de kontraktlige aftaler. Disse begrænser sagsøgtes rettigheder ikke til et ensartet kontraktligt udbetalingskrav (anden opfattelse Bitter/Heim, ZIP 2010, 1569, 1572). Ganske vist skelner udbetalingskravet i henhold til nr. 13 i de aftalte Almindelige forretningsbetingelser (AFB) ikke mellem udbetaling af udbytte og udbetaling af indskuddet. Med hensyn til det dér regulerede tilfælde af hele aftalens ophør er en sådan skelnen imidlertid heller ikke nødvendig. Der er dermed ikke taget stilling til, hvad der er gældende ved deludbetalinger. Bestemmelsen i nr. 12.3 AFB, hvorefter investor ikke længere deltager i investeringsforretningernes resultat, såfremt værdien af hans andel er faldet til under 65 % af hans samlede indbetalinger, taler for, at der på trods af sammenlægningen af indbetalinger og forretningsresultater på en fælles konto skal skelnes mellem disse to. Dette svarer også til investeringskonceptet. Investor skulle indbetale et aftalt pengebeløb, som skulle anvendes til investeringsforretninger. Resultatet af disse investeringsforretninger blev tilskrevet indskudsbeløbet på en konto. Overskud forhøjede indståendet, tab formindskede det. Den posteringstekniske sammenlægning ændrede intet ved den forskellige retlige kvalitet af hhv. indskud og udbytte. Tilsvarende gik også skyldners skema, der var beregnet til udbetalingsordrer, ud fra en forskellig behandling. Skemaet indeholdt dels felter til hel eller delvis udbetaling af indskuddet og dels felter til periodisk eller engangs-udbetaling af det realiserede overskud.

[12] bb) Når investor kun forlangte udbetalingen af en del af sit tilgodehavende, var det principielt i overensstemmelse med investeringskonceptet og deltagerens interesser, nemlig om muligt at lade indskudsbeløbet blive stående med henblik på fortsat gennemførelse af investeringsforretninger og kun at udtage det hidtil realiserede udbytte. En udbetalingsordre skal derfor som udgangspunkt fortolkes således, at der primært skulle foretages en udbetaling af det opnåede udbytte, men[s] en udbetaling af indskuddet kun for så vidt det af udbyttet resulterende tilgodehavende ikke var tilstrækkeligt til den ønskede udbetaling.

[13] b) Tilbagebetalingen af det af sagsøgte erlagte indskud på 6.646,79 € skete således ved den i forbindelse med opløsningen af sagsøgtes konto foranledigede ompostering af beløbet på 4.354,38 € til hans samlevers konto og for så vidt angår et delbeløb på 2.292,41 € ved udbetalingen d. 31. juli 2003. Restbeløbet af denne udbetaling (2.707,59 €) og hele beløbet ved den første udbetaling d. 31. marts 2003 (2.400 €) vedrører fiktivt udbytte.

[14] Ganske [vist] har ankedomstolen i det konkrete tilfælde ikke taget stilling til, i hvilket omfang udbetalingen den 8. juni 2001 bestod af hhv. fiktivt udbytte og investors indskud. Men i sidste ende er en sådan præcis fastlæggelse uforholdsmæssig, da det stadig omtvistede beløb på 2.045,15 € under alle omstændigheder kun kan [være betaling] af sagsøgtes indskud. En betaling af fiktivt udbytte er udelukket. Ankedomstolen [dømte] sagsøgte retskraftigt til at betale til sagsøger 22.412,03 €. Ser man bort fra den omstødelige betaling af 31. marts 2000, som i henhold til bemærkningerne ad II 2 udelukkende bestod af fiktivt udbytte, og som ikke kan modregnes i sagsøgtes indskud, har retten – i det mindste hvad angår resultatet – behandlet udbetalingen af 8. juni 2001 op til det beløb, som sagsøgte blev idømt til, som fiktivt udbytte. Der resterer således kun et beløb på 2.045,15 €, der vedrører tilbagebetaling af indskuddet. At ud-

betalingen for så vidt vedrører sagsøgtets indskud og ikke fiktivt udbytte, der blev henført til ham, indrømmer sagsøger selv i sin nyberegning, der dog ikke er afgørende for afgørelsen af sagen (jf. ZIP 2010, 1253)."

Oberlandesgericht Bambergs dom af 25. maj 2010 (5 U 227/09):

Oberlandesgericht Bamberg har i en dom af 25. maj 2010 truffet afgørelse i en omstødelssag i Phoenix-komplekset. Af dommens præmisser fremgår blandt andet (oversat fra tysk):

"Sagsøger gør med den – forhøjede – påstand ikke længere kun den (simple) difference mellem udbetalingerne og de erlagte indskud gældende, men støttet på fremstillingen af "fordelingen af de reelle forretningsresultater og den nye beregning af gebyrerne for managed-account-konti" udarbejdet af revisor og skatteekspert Person 4 af 9.3.2007 ... gør tilbagebetaling af udbetalinger gældende, "såfremt de overstiger de ikke-opbrugte indskudsbetalinger" (s. 2 i ankereplikken, s. 189 i dette dokument). Denne beregning er lavet på grundlag af den antagelse, at alt, som overstiger det beløb, der kan beregnes som investorens krav på tilbagebetaling af indskud ved offentliggørelse og placering af de faktiske tab med udgangspunkt i kontraktbetingelserne for investeringen, skal betales tilbage, efter at de udbetalte fiktive udbytter er blevet omstødt. Således har sagsøger flyttet de ifølge dennes fremstilling de facto lidte forretningsmæssige tab i investeringssegmentet over på investorernes indskud og beregnet den kontraktmæssige balanceprovision på grundlag af den på denne måde beregnede "udlignede" saldo på kontoen og debiteret investorkontoen. Differencen mellem investorens krav på ud- og tilbagebetaling, der er beregnet på denne måde, og den/de de facto foretagne udbetaling/-er udgør ifølge sagsøgers opfattelse kravet om tilbagebetaling som følge af konkursomstødelse.

I Oberlandesgerichts retspraksis er der forskellige vurderinger af, hvorvidt den metode, som sagsøger anvender, også vil medføre den "korrekte" beregning i sammenligningssager. Mens den 6. afdeling for civile sager ved Oberlandesgerichts Bamberg i den tidligere citerede afgørelse ligesom også Oberlandesgericht Thüringen i sin afgørelse af 16.2.2009 (9 U 542/08, citeret iht. Juris, her randnr. 36-38) accepterer denne beregning som overbevisende og uanfægtet, anser Oberlandesgericht Frankfurt (dom af 29.7.2009, j.nr. 23 U 203/08, Juris) og Oberlandesgericht München (dom af 4.8.2009, j.nr. 5 U 2971/09 = tysk tidsskrift for selskabsret (NZG) 2009,1273) i særdeleshed hensyntagen til balanceprovisioner for – ifølge Oberlandesgericht München på omtalte sted – ikke at være berettiget, eftersom investorernes indtrædelseserklæringer var ugyldige som følge af det af skyldner anvendte pyramidesystem, og eftersom sagsøger ikke kunne udlede krav af disse.

Oberlandesgericht følger den første opfattelse i sin afgørelse. ...

Derudover er sagsøgers beregningsmetode også kun egnet til overhovedet at illustrere, at der foreligger fiktive udbytter, idet denne beregningsmetode sammenligner den faktiske tilstand, der er skabt af skyldner med dennes udbetalin-

ger for at vildlede investorerne, med den de facto berettigede, teoretiske tilstand, der ville have forelagt, hvis den faktiske formuesituation på investor-kontiene var blevet offentliggjort. I sidste ende drejer det sig om at illustrere, hvordan det oprindelige indskudsbeløb er blevet opbrugt og dermed synliggøre, at "de udbetalte udbytter" – i givet fald kun delvist – var vederlagsfri.

Endelig følger den valgte metode også den tankegang, der konsekvent er blevet fremhævet ved Bundesgerichtshofs retspraksis i de nyeste afgørelser, nemlig at alle konkurskreditorer skal behandles lige. Modtager af en vederlagsfri ydelse kræver iht. tysk lov om insolvens (InsO) ikke særlig beskyttelse. Der er taget tilstrækkeligt hensyn til modtagers interesser i medfør af tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 2, og i undtagelsestilfælde i medfør af BGB § 242. Netop i forbindelse med svigagtige investeringssystemer som det foreliggende må man ikke stille de kreditorer bedre, der er foretaget udbetaling af udbytter til for at opretholde systemet, end de kreditorer, der først erlægger deres indskud senere, og som efter selskabets kollaps ikke modtager nogen udbytter. En vidtgående ligebehandling af alle besvegne og forurettede investorer kræver et så omfattende krav om tilbagebetaling af "uberettigede" udbyttebetalinger som muligt fra boets side, således at disse midler efterfølgende kan fordeles ligeligt blandt alle forurettede. Den 6. afdeling for civile sager ved Oberlandesgericht Bamberg har derfor også konsekvent redegjort for (s. 22 i afgørelsen, s. 219 i dette dokument), at kravet om tilbagebetaling endog beløb sig til det samlede beløb af de modtagne udbytter. Sagsøger gør dog ikke (engang) det fulde beløb gældende."

Dommen omhandler også en særlig indsigelse om afrigelse ved, at udbetalte beløb skulle være brændt. Om bedømmelsen heraf fremgår det af dommen:

"Sagsøger ad 1 kan ikke påberåbe sig "afrigelse" (tysk lov om insolvens (InsO) § 143, stk. 2). For så vidt at Landgericht ikke har fæstet lid til sagsøgte ad 1's påstand om, at denne har brændt et hævet kontantbeløb på 350.000,- € fra de udbetalte udbytter, fastholdes dommen. Der henvises til de passende redegørelser i den ankede dom (Landgericht-dom 10, 11). De tilbagevises heller ikke af ankepåstandene. I særdeleshed var yderligere bevisførelse i form af en ekspertudtalelse ikke nødvendig. Landgericht er nemlig – som det fremgår tilstrækkeligt af - domspræmisserne – absolut gået ud fra sagsøgte ad 1's påståede tvangstanker og sådanne virkninger af indtagelse af medikamenter. Alligevel er det afgørende, at disse omstændigheder alene ikke er tilstrækkelige for at påvise, at han derfor de facto kom i tanke om at brænde pengene som en "overspringshandling". Uanset hvor sandsynligt dette i sidste ende var, er det stadig afgørende, hvorvidt sagsøgte ad 1 i dennes sindstilstand også virkelig udførte den konkrete handling. Der skulle føres bevis herfor, og det har Landgericht også gjort uden påanke ved personlig afhøring af de sagsøgte. Når Landgericht ikke blev overbevist om, at påstanden var sand, efter at have dannet sig det nødvendige personlige indtryk, kan der heraf heller ikke udledes retlige fejl eller fejl i bevisførelsen. Konklusionen, at dette ikke er dokumenteret, fastholdes derfor. I denne sammenhæng kan det forblive uafklaret, hvorvidt den ved anken hævdede opfattelse af, at der skal stilles "høje dokumentationskrav" til en indsigelse om "afrigelse", generelt er korrekt i denne sag – Bundesgerichtshof er under alle omstændigheder af samme opfattelse i den konkrete sag."

Bundesgerichtshofs dom af 9. december 2010 i sagen IX ZR 60/09, rettelig IX ZR 60/10:

I denne sag havde investor indskudt 76.262,59 EUR og havde modtaget en udbetaling den 15. august 2003 på 103.626,01 EUR. Hele udbetalingen var således sket inden for 4-årsperioden. Boet havde oprindeligt, da sagen blev behandlet i Landgericht, påstået omstødelse efter den simple saldometode for 27.363,42 EUR, men forhøjede på baggrund af en nyberegning under hensyntagen til de faktiske handelsresultater sin påstand til 39.686,04 EUR, da sagen blev behandlet i Oberlandesgericht. Oberlandesgericht gav kun boet medhold for beløbet på 27.363,42 EUR, og boet fik ikke medhold i sin revisionsanke til Bundesgerichtshof. Af dommens hoved fremgår (oversat fra tysk):

”Ingen nedsættelse af kravet på tilbagebetaling af indskud på grund af tab i forbindelse med gaveomstødelse ved udbetalinger i et ’pyramidesystem’ (’Phoenix’)”

Af rettens præmisser fremgår blandt andet (oversat fra tysk):

” [6] 1. Ved bedømmelsen af, i hvilket omfang sagsøger kan kræve skyldners ydelser tilbagebetalt som vederlagsfrie ydelser i henhold til § 134, stk. 1, § 143, stk. 1 InsO, har ankedomstolen valgt det rigtige udgangspunkt. Kurator kan kræve udbetalingen af fiktivt udbytte fra ”pyramidesystemer” gennem den senere konkursskyldner omstødt som objektivt vederlagsfrie ydelser i henhold til § 134, stk. 1 InsO (BGH, dom af 11. 12. 2008 - IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = ZIP 2009, 186 = ZVI 2009, 66, præmis 6, se herom EWIR 2009, 419 (Runkel/M. Schmidt); BGH, dom af 22.4.2010 - IX ZR 163/09, ZIP 2010, 1253 (med komm. Bitter/Heim, s. 1569), præmis 6, se herom EWIR 2010, 619 (Hofmann); alle med flere henvisninger). Derimod kan udbetalinger, som blev ydet som tilbagebetalinger af investors indskud – fx i forbindelse med opsigelsen af medlemskabet i investorfællesskabet – ikke [søges] omstødt som vederlagsfrie ydelser (BGH, dom af 22. 4. 2010 - IX ZR 225/09, ZIP 2010, 1455 (m. komm. Bitter/Heim s. 1569), præmis 11, se herom EWIR 2010, 753 (Rigol)).

[7] 2. I denne sag blev inden for omstødelsestidsrummet (4 år før konkursbegæringen, § 134, stk. 1 InsO) udbetalt det samlede kontoindestående til investor og hendes konto opløst. Indeståendet var sammensat af det erlagte indskud og de investor tilskrevne andele i det fiktive udbytte. Spørgsmålet i forbindelse med delvise udbetalinger, om og i hvilket omfang skyldner udbetalte fiktivt udbytte eller tilbagebetalte indskud, er i dette tilfælde ikke relevant.

[8] a) For så vidt beløbet overstiger indskuddet, er der tale om udbetaling af fiktivt udbytte, som kan kræves omstødt som vederlagsfri ydelse i henhold til § 134, stk. 1 InsO.

[9] b) For så vidt udbetalingen vedrørte det indskuddet uden [fradrag], foreligger betingelserne for gaveomstødelse ikke. Sagsøger kan ikke også påberåbe sig vederlagsfrihed for denne del af udbetalingen.

[10] Der foreligger en vederlagsfri disposition, når skyldner giver afkald på et aktiv til fordel for en anden person, uden at skyldner skal modtage en tilsvarende modydelse. En disposition er derimod mod vederlag, såfremt skyldner har modtaget noget for sin ydelse, som objektivt set udligner dennes ydelse, eller som i det mindste subjektivt ud fra parternes hensigt skulle have udlignet den (BGH, dom af 29.11.1990 - IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 101 f. = ZIP 1991, 35, herom EWiR 1991, 75 (Ackmannn); BGH, dom af 18.3.2010 - IX ZR 57/09, ZIP 2010, 841 (m. komm. Berger, s. 2078) = ZVI 2010, 221 = ZInsO 2010, 807, præmis 9, herom EWiR 2010, 655 (Junghans)). Leverer skyldner en vederlagsfri ydelse inden for rammerne af en gensidigt bebyrdende aftale, er skyldners ydelse mod vederlag, for så vidt der derigennem opfyldes en bestående forpligtelse. Modydelsen er i så fald skyldners fritagelse for hans skyld (MünchKomm-Kirchhof InsO, 2. opl., § 134 præmis 17a, 26; Kreft, i: HK-InsO, 5. opl., § 134 præmis 11). Tilbagebetalingen af sagsøgtes indskud var derfor som udgangspunkt kun mod vederlag i det omfang, som skyldner i henhold til aftalebestemmelserne var forpligtet til at tilbagebetale indskuddet til sagsøgte.

[11] bb) Aftalen mellem skyldner og sagsøgte var ikke ugyldig i henhold til 138 BGB. I strid med god forretningsskik var kun det af skyldner rent faktisk anvendte, men ikke det med sagsøgte aftalte investeringssystem (jf. BGH, dom af 21. 3. 2005 - II ZR 140/03, ZIP 2005, 753, 756; BGH, dom af 23. 11. 2010 - XI ZR 26/10, ZIP 2011, 269; Bitter/Heim, ZIP 2010, 1569, 1570). For så vidt retten i sin dom af 22. april 2010 (ZIP 2010, 1253, præmis 8, 12) antydede en anden vurdering, der dog ikke havde betydning for afgørelsen, opretholdes denne ikke.

[12] cc) Sagsøgte var fra starten af berettiget til at kræve det kontraktmæssigt indbetalte beløb tilbagebetalt (§ 675, stk. 1, § 667, sag 1 BGB). I henhold til skyldners Almindelige forretningsbetingelser (AFB), som var aftalt, skulle tab i forbindelse med investeringsforretningerne imidlertid modregnes i investors indskud (AFB nr. 1.2, 5.2, 5.3), og skyldner skulle modtage et månedligt vederlag på 0,5 % af det til enhver tid værende indestående (AFB nr. 10.2). Disse klausuler tages der hensyn til i sagsøgers bagefter udarbejdede "Fordeling af det faktiske handelsresultat og nyberegning af gebyrerne" i forbindelse med "Faktisk fordeling af overskud og tab", relateret til sagsøgtes konto, hvori sagsøger prøver at fremstille udviklingen af sagsøgtes konto - til forskel for de rent faktisk fremsendte kontoudtog - ved at indregne de i årene 2000 til 2003 realiserede tab og påløbne administrationsgebyrer.

[13] dd) I modsætning til revisionsankedomstolens opfattelse kan sagsøger ikke påberåbe sig denne nyberegning. Modregningen af pro-rata-tabene fra de i mindre omfang stadig gennemførte investeringsforrentninger og administrationsgebyret i sagsøgtes indskud er under de givne forhold i strid med princippet om god tro (§ 242 BGB).

[14] (1) Skyldner har mistet retten til administrationsgebyret. I henhold til gængs domspraksis kan et i og for sig velbegrunnet krav på vederlag i henhold

til § 654 BGBs retsfilosofi mistes, hvis et tjenesteforhold er særlig betroet og tjenesteyderen groft tilsidesætter sin loyalitetsforpligtelse og derved viser sig at være uværdig til at modtage sit vederlag. Dette er tilfældet, når loyalitetsforpligtelsen tilsidesættes forsætligt, endsige svigagtigt, eller i det mindste uagtsomt på en sådan måde, at det nærmer sig forsæt (BGH, kendelse af 6. 5. 2004 - IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 131 f. = ZIP 2004, 1214 = ZVI 2004, 367; BGH, dom af 19.5.2005 - III ZR 322/04, WM 2005, 1480, 1481; BGH, kendelse af 23. 9. 2009 - V ZB 90/09, NZI 2009, 820, præmis 8 f., 15; alle med flere henvisninger). Disse betingelser er i nærværende sag til stede: Det er ubestridt, at skyldner forsøgte at tilsløre de store tab, der indtrådte allerede inden sagsøgtes tiltrædelse, ved i første omgang at manipulere posteringer og senere ved at foregive fiktive overskudsgivende investeringsforretninger via en ikke eksisterende konto, idet investorernes indbetalinger i strid med aftalen langt overvejende ikke længere anvendtes til nye investeringer, men til udbetalinger til gamle kunder og dækning af de løbende udgifter.

[15] Skyldners skitserede fremgangsmåde, som svigagtigt hvervede nye kunder og efter en forudfattet plan groft tilsidesatte sine kontraktlige forpligtelser, er også til hinder for at fastholde sagsøgte på aftalen, således at hendes krav på tilbagebetaling af indskuddet skulle reduceres med tabene fra de få, stadig gennemførte investeringsforretninger.”

Bundesgerichtshofs dom af 10. februar 2011 i sagen IX ZR 18/10:

I denne sag havde investor indskudt 6.646,79 EUR og agio på 403,92 EUR. Investor havde fået udbetalt 2.400 EUR den 31. marts 2003 og 5.000 EUR den 31. juli 2003. Phoenix havde desuden efter investors anvisning omposteret et beløb på 4.354,38 EUR den 31. marts 2004 til investors samlede konto hos Phoenix. Såvel udbetalinger som ompostering var således sket inden for 4-årsfristen. Boet nedlagde først påstand om omstødelse vedrørende et beløb på 5.107,59 EUR svarende til udbetalingerne inklusive omposteringen med fradrag af indskuddet. På baggrund af en nyberegning af indeståendet på investors konto under hensyntagen til de faktiske handelsresultater påstod boet omstødelse for så vidt angår et beløb på 6.718,89 EUR. Af dommens præmisser fremgår blandt andet (oversat fra tysk):

” [6] I. Anke-domstolen [Oberlandesgericht Jena] udtaler, at sagsøgte principielt skal anerkende, at omposteringen af beløbet på 4.354,38 € svarer til en udbetaling. Alligevel var omstødelsen udelukket, fordi skyldners samlede beholdning af aktiva forblev uændret ved omposteringen, således at skyldners konkurskreditorer ikke blev stillet ringere. Skyldners udbetalinger (7.400 €) kunne kurator kræve omstødt, for så vidt angår differencen (753,21 €) i forhold til sagsøgtes oprindelige indskud (6.646,79 €) som objektivt vederlagsfri ydelse i henhold til § 134, stk. 1 InsO. Med hensyn til beløbets størrelse kom det i den forbindelse an på det rent faktisk erlagte indskud og ikke på indskuddets resterende beløb, som skyldner [sagsøger] bagefter har regnet sig frem til efter modregning af tabsandel og beholdningsprovision.

[7] **II.** Disse bemærkninger holder ikke i fuldt omfang stand over for den retlige prøvelse.

[8] **1.** Ved bedømmelsen af, i hvilket omfang sagsøger kan kræve skyldners udbetalinger tilbagebetalt som vederlagsfrie ydelser i henhold til § 134, stk. 1, § 143, stk. 1, har ankesdomstolen valgt det korrekte udgangspunkt. Kurator kan søge fiktivt udbytte, som er opnået i ”pyramidesystemer”, og som blev udbetalt af den senere konkursskyldner, omstødt som værende en objektivt vederlagsfri ydelse i henhold til § 134, stk. 1 InsO (BGH, dom af 11. 12. 2008 - IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = ZIP 2009, 186 = ZVI2009, 66, præmis 6, herom EWIR 2009, 419 (Runkel/Schmidt); BGH, dom af 22. 4. 2010 - IX ZR 163/09, ZIP 2010, 1253 (m. komm. Bitter/Heim, s. 1569), præmis 6 - Phoenix, herom EWIR 2010, 619 (Hofmann); alle med flere henvisninger). Derimod kan udbetalinger, som blev ydet som tilbagebetalinger af investors indskud – fx i forbindelse med opsigelsen af medlemskabet i investorfællesskabet – ikke [søges] omstødt som vederlagsfrie ydelser (BGH, dom af 22. 4. 2010 - IX ZR 225/09, ZIP 2010, 1455 (m. komm. Bitter/Heim, s.1569), præmis 11 - Phoenix, herom EWIR 2010, 753 (Rigol)).

[9] **2.** Der var tale om en omstødelig udbetaling af fiktivt udbytte i forbindelse med skyldners udbetaling d. 31. marts 2003 for så vidt angår hele beløbet på 2.400 € og ved udbetaling d. 31. juli 2003 for så vidt angår et delbeløb på 2.707,59 €. Summen på 5.107,59 € skal sagsøgte tilbagebetale i henhold til § 134, stk. 1, § 143, stk. 1 InsO.

[10] **a)** En skyldner kan henregne sin ydelse til et bestemt, herunder også et fiktivt skyldforhold (BGH, dom af 29. 11. 1990 - IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 101 og 104 = ZIP 1991, 35 herom EWIR 1991, 75 (Ackmann)). Skyldners udbetalinger vedrørte hver gang primært det angiveligt opnåede overskud og først efter dets udtømning sagsøgte indskud.

[11] **aa)** Denne fortolkning er ikke i strid med de kontraktlige aftaler. Disse begrænser sagsøgte rettigheder ikke til et ensartet kontraktligt udbetalingskrav (anden opfattelse Bitter/Heim, ZIP 2010, 1569, 1572). Ganske vist skelner udbetalingskravet i henhold til nr. 13 i de aftalte Almindelige forretningsbetingelser (AFB) ikke mellem udbetaling af udbytte og udbetaling af indskuddet. Med hensyn til det dér regulerede tilfælde af hele aftalens ophør er en sådan skelnen imidlertid heller ikke nødvendig. Der er dermed ikke taget stilling til, hvad der er gældende ved deludbetalinger. Bestemmelsen i nr. 12.3 AFB, hvorefter investor ikke længere deltager i investeringsforretningernes resultat, såfremt værdien af hans andel er faldet til under 65 % af hans samlede indbetalinger, taler for, at der på trods af sammenlægningen af indbetalinger og forretningsresultater på en fælles konto skal skelnes mellem disse to. Dette svarer også til investeringskonceptet. Investor skulle indbetale et aftalt pengebeløb, som skulle anvendes til investeringsforretninger. Resultatet af disse investeringsforretninger blev tilskrevet indkudsbeløbet på en konto. Overskud forhøjede indeståendet, tab formindskede det. Den posteringstekniske sammenlægning ændrede intet ved den forskellige retlige kvalitet af hhv. indskud og udbytte. Tilsvarende gik også skyldners skema, der var beregnet til udbetalingsordrer, ud fra en forskellig behandling. Skemaet indeholdt dels felter til hel eller delvis

udbetaling af indskuddet og dels felter til periodisk eller engangs-udbetaling af det realiserede overskud.

[12] **bb)** Når investor kun forlangte udbetalingen af en del af sit tilgodehavende, var det principielt i overensstemmelse med investeringskonceptet og deltagernes interesser, nemlig om muligt at lade indskudsbeløbet blive stående med henblik på fortsat gennemførelse af investeringsforretninger og kun at udtage det hidtil realiserede udbytte. En udbetalingsordre skal derfor som udgangspunkt fortolkes således, at der primært skulle foretages en udbetaling af det opnåede udbytte, [mens] en udbetaling af indskuddet kun for så vidt det af udbyttet resulterende tilgodehavende ikke var tilstrækkeligt til den ønskede udbetaling.

[13] **b)** Tilbagebetalingen af det af sagsøgte erlagte indskud på 6.646,79 € skete således ved den i forbindelse med opløsningen af sagsøgtes konto foranledigede ompostering af beløbet på 4.354,38 € til hans samlevers konto og for så vidt angår et delbeløb på 2.292,41 € ved udbetalingen d. 31. juli 2003. Restbeløbet af denne udbetaling (2.707,59 €) og hele beløbet ved den første udbetaling d. 31. marts 2003 (2.400 €) vedrører fiktivt udbytte.

[14] I modsætning til revisionsankedomstolens opfattelse skal ingen højere andel af udbetalingerne henregnes til det fiktive udbytte. Ved beregning af det vederlagsfrit udbetalte fiktive udbytte skal det oprindelige indskud fradrages – og ikke kun den efter sagsøgers opfattelse stadig resterende del af indskuddet. Sagsøger påberåber sig for så vidt forgæves på den af ham bagefter udarbejdede ”Fordeling af det faktiske handelsresultat og nyberegning af gebyrerne” i forbindelse med ”Faktisk fordeling af overskud og tab”, relateret til sagsøgtes konto, hvori sagsøger prøver at fremstille udviklingen af sagsøgtes konto - til forskel [fra] de rent faktisk fremsendte kontoudtog – ved at indregne de i årene 2000 til 2003 realiserede tab og påløbne administrationsgebyrer. Modregningen af pro-rata-tabene fra de i mindre omfang stadig gennemførte investeringsforretninger og administrationsgebyr i sagsøgtes indskud er under de givne omstændigheder i strid med princippet om god tro (BGH, dom af 9.12.2010 – IX ZR 60/10, ZIP 2011, 390 - *Phoenix*).

[15] **c)** Det kommer ikke an på det spørgsmål, som ankeinstansen diskuterer, om omposteringen af beløbet på 4.354,38 € til sagsøgtes samlevers konto p.g.a. at konkurskreditorerne ikke stilles ringere (§ 129, stk. 1 InsO) er undtaget fra konkursomstødelse.”

Bundesgerichtshofs dom af 29. marts 2012 i sagen IX ZR 207/10:

Dommen ophæver delvis Oberlandesgericht Frankfurt am Mains dom af 18. november 2010 (16 U 183/09), som er gennemgået i Østre Landsrets dom af 22. juni 2011. Dommen angår en arving og en arvelader, der begge havde en PMA-konto hos Phoenix. Arveladeren afgik ved døden den 2. februar 2003. Der blev udbetalt udbytte til arveladeren med i alt 6.000 EUR i februar og juli 2002. Efter afregning af arveladerens konto blev der den 21. marts 2003 efter arvingens instruks omposteret et beløb på 60.915,72 EUR til arvingens

PMA-konto. I alt oversteg udbetalingerne vedrørende arveladers konto inklusive omposteringsbeløbet arveladers indbetalinger med 15.786,52 EUR. Boet anmodede om omstødelse vedrørende dette beløb som værende et fiktivt udbytte for arvelader, som er opnået i omstødelsesperioden. I forlængelse af behandlingen i første instans udvidede boet søgsmålet til fiktive udbytter på 22.502,03 EUR beregnet under hensyntagen til de faktiske handelsresultater og provisioner af indestående. Arvingen afviste at betale med den begrundelse, at omposteringen fra en konto til en anden ikke udgør nogen omstødelig betaling.

Af dommens ”hoved” fremgår:

”Omposteringen af i ”sneboldsystemer opnåede fiktive udbytter til en anden investeringskonto ved samme investor stifter ikke noget omstødelsesretligt tilbagebetalingskrav.”

Af rettens præmisser fremgår blandt andet (oversat fra tysk):

”[11]2. Hovedfordringen, som er gjort gældende ud over beløbet på 6.000 EUR, består ikke. Modsat ankeinstansens opfattelse skal omposteringen af indeståendet på arveladers konto til egen konto ikke behandles, som om sagsøgte har modtaget en kontantudbetaling af samme størrelse.

[12]a) Såfremt indeståendet i en finansiel servicevirksomhed på grundlag af kontoindehavers ordre omposteres til tredjemands konto i samme finansinstitut, ligger heri tillige tilbagebetaling af indeståendet til den oprindelige fordringsindehaver (BGH, dom af 10. februar 2011 – IX ZR 18/10, WM 2011, 659, marginnr. 13). Af denne grundsætning kan imidlertid ikke udledes noget for sagen, fordi der her ikke foreligger et trepartsforhold. Fordringen på grundlag af arveladers konto blev ikke først tillagt sagsøgte ved ompostering af 21. marts 2003, men var ved arvefaldet allerede overgået til sagsøgte i henhold til loven (BGB § 1922, stk. 1). Omposteringen skete derfor i et topartsforhold mellem skyldneren og sagsøgte, i hvilken forbindelse sagsøgte var indehaver af konti.

[13]Såfremt en bankkredit i topartsforhold afløses af en anden kredit med en ny konto, foreligger der i tilfælde af tvivl ikke novation (BGB § 364, stk. 1), men kun en kontraktsændring (BGH, dom af 30. september 1999 – IX ZR 287/98, WM 1999, 2251 f; af 6. april 2000 – IX ZR 2/98, WM 2000, 1141, 1142; Nobbe i Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. udg., § 91, marginnr. 218). Denne grundsætning gælder tilsvarende for ompostering af et indestående i en finansiel servicevirksomhed. Den efter sagsøgtes ordre skete ompostering skal derfor udlægges således (BGB §§ 133, 157), at alene kontraktsforholdet på grundlag af arveladers konto er ført sammen med sagsøgtes hidtidige konto uden herved at stifte nye krav. I dette tilfælde er der ved omposteringen ikke erlagt en formuegenstand til sagsøgte.

[14]b) Betalingskravet, som er gjort gældende, er imidlertid heller ikke stiftet ud over beløbet på 6.000 EUR, såfremt der i henhold til ankedomstolens vurdering antages, at sagsøgtes fordring på grundlag af den ved arv erhvervede konto ved omposteringen er afdraget og tillige en ny indskudsfordring stiftet. I den forbindelse er det ikke afgørende, om stiftelsen af en ny fordring mod den senere insolvensskyldner, ved hvilken tillige en fordring af samme størrelse i stedet for opfyldelse afdrages (BGB § 364, stk. 1), altid indebærer en objektiv forskelsbehandling af kreditorer eller en masseneutral bytてhandel.

[15]Efter reglerne i den tyske insolvenslovs § 143, stk. 1, sigter omstødelseskravet på tilbagebetaling af, hvad der ved den omstødelige handling er bortgivet af skyldnerens formue. I den forbindelse ligestilles den omstødelige erhvervelse af en fordring mod skyldneren ikke med erhvervelsen af den genstand i skyldnerens formue, på hvis erlæggelse fordringen sigter. Såfremt en fordring mod skyldneren stiftes på omstødelig vis, har omstødeligheden snarere den følge, at fordringen bortfalder, og der heraf ikke kan udledes rettigheder mod insolvensmassen (BGH, dom af 19. april 2007 – IX ZR 59/06, WM 2007, 1218, marginnr. 30, 34; Jaeger/Henckel, InsO, § 143, marginnr. 37; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. udg., § 143, marginnr. 54; Uhlebruck/Hirte, InsO, 13. udg., § 143, marginnr. 7; HK-insO/Kreft, 6. udg., § 143, marginnr. 4). Omstødeligheden stifter ikke noget betalingskrav for kurator.

[16]Sondringen mellem den omstødelige erhvervelse af en fordring og erhvervelsen af selve ydelsesgenstanden kommer også til udtryk i den retsfølge, som følger af omstødeligheden af en fordringsoverdragelse i skyldnerens formue. Omstødelseskravet sigter i dette tilfælde på tilbageoverdragelse af fordringen og omdannes kun i henhold til værdierstatningspligten (den tyske insolvenslovs § 143, stk. 1, 2. pkt., BGB § 819, stk. 1, § 818, stk. 4, § 292, stk. 1, § 989) til en pengefordring, såfremt cessionaren har inddrevet den omstødeligt erhvervede fordring (BGH, dom af 21. juni 2006 – IX ZR 235/04, ZIP 2006, 2176, marginnr. 14 ff, 20; af 12. juli 2007 – IX ZR 235/03, WM 2007, 2071, marginnr. 23).

[17]3. De krav, som subsidiært er gjort gældende, kan heller ikke tages til følge.

[18]a) For så vidt sagsøger kræver overdragelsen af den fordring, som sagsøgte har opnået mod skyldneren ved den omtvistede ompostering, afvises den subsidiære påstand på grund af manglende behov for retsbeskyttelse.

[19]Ved deltagelse i den af skyldneren praktiserede investeringsmodel har investorerne heller ikke opnået krav på udbetaling af fiktive udbytter, såfremt disse er posteret til fordel for investorerne på de af skyldneren udarbejdede kontoudtog (BGH, dom af 23. november 2010 – XR ZR 26/10, BGHZ 187, 327, marginnr. 17 ff). Såfremt det antages, at omposteringen af udbyttetildelinger fra arveladers konto til sagsøgtes konto ikke udgør novation, har omposteringen ikke ændret noget ved den retlige kvalitet af indeståendet. Såfremt en investor anmelder et sådant krav i boet, kan kurator gøre den indsigelse (den tyske insolvenslovs § 178, stk. 1, 1. pkt.) gældende, at fordringen ikke består. Såfremt det antages, at omposteringen har stiftet en ny indskudsfordring til fordel for sagsøgte mod skyldneren (BGB § 364, stk. 1), er omdannelsen af udbyttetildelingen til indskudsfordring i henhold til den tyske insolvenslovs §

134, stk. 1, omstødelig. Også omstødeligheden af en anmeldt fordring kan af kurator gøre gældende ved indsigelse efter den tyske insolvenslovs § 178, stk. 1, 1. pkt. (MünschKomm-InsO/Kirchhof, Ic, § 143, marginnr. 54; HK-InsO/Kreft, Ic, § 132, marginnr. 6).

[20] Sagsøger kan derfor ved indsigelse mod fordringsanmelderen forhindre, at sagsøgte deltager i udlodningen, for så vidt sagsøgte kontoindestående hidrører fra omposteringen af fiktive udbytter. Efter ankeinstansens konklusioner har sagsøger også gjort brug af denne ret og gjort delvis indsigelse mod sagsøgte fordringsanmeldelse. Videregående retsbeskyttelse kan sagsøger ved den af sagsøger krævede overdragelse ikke opnå. Den subsidiære påstand afvises derfor på grund af manglende behov for retsbeskyttelse, fordi sagsøger har en hurtigere og simplere vej til rådighed (jf. BGH, dom af 24. februar 1994 – IX ZR 120/93, ZIP 1994, 654, 655; af 28. marts 1996 – IX ZR 77/95, ZIP 1996, 842, 834). Spørgsmålet, om kurator efter materiel omstødelighedsret overhovedet kan kræve overdragelse af en omstødeligt erhvervet fordring eller kun afkald på en sådan fordring (jf. Jaeger/Henchel, Ic, § 143, marginnr. 37), er derfor ikke afgørende.”

Responsum om tysk ret

Til brug for Østre Landsrets behandling af de otte prøvesager, hvori der blev afsagt dom den 22. juni 2011, indhentede parterne i fællesskab to responsa om retten til omstødelse i konkurs i de danske Phoenix-sager, herunder et responsum fra professor **Person 17**.

Om begrebet afsigelse står der i den danske oversættelse af responsummet på side 126 – 136 følgende (notehenvisninger er fjernet bortset fra det tilfælde, hvor noten er citeret):

”2. Udelukkelseskriteriet afrigelse (Insolvenzordnung § 143, stk. 2, 1. pkt.) a) Forudsætninger

Der foreligger en berigelse iht. Insolvenzordnung § 143, stk. 2, 1. pkt., hvis og i det omfang ydelsesgenstanden resp. andre aktiver (f.eks. modtagne udbytter) endnu forefindes direkte eller værdimæssigt i modtagerens formue. Omvendt er modtageren afriget, hvis og i det omfang ydelsesgenstanden resp. andre aktiver ikke længere direkte eller værdimæssigt befinder sig i hans formue. Hvis ydelsesgenstanden resp. andre aktiver stadig forefindes *direkte* i formuen, kan en formueformindskelse, som modtageren har lidt på grund af den omstødelige ydelse, eller som han ikke ville have lidt uden denne, imidlertid i det konkrete tilfælde mindske berigelsen (herom nedenfor).

Modtageren er således ikke (!) uden videre afriget, hvis ydelsesgenstanden stadig forefindes direkte i hans formue, og han heller ikke har lidt formuetab, som ikke ville være indtrådt uden den omstødelige erhvervelse. Omvendt skal en afrigelse undersøges indgående, hvis modtageren på en eller anden måde har givet ydelsesgenstanden bort (f.eks. for at købe noget) og/eller han på grund af den omstødelige erhvervelse har lidt andre tab. For disse problematiske sager skal der principielt skelnes mellem to tilfælde. For det første kan modtageren

ved en anvendelse af ydelsesgenstanden eller andre aktiver have foretaget (tabsgivende) investeringer, som han *ikke* ville have foretaget uden den omstødelige ydelse (nedenfor under aa)). For det andet kan modtageren - igen med anvendelse af ydelsesgenstanden eller andre aktiver - have foretaget (tabsgivende) investeringer, som han *også* ville have foretaget *uden* den omstødelige ydelse (med andre aktiver) (nedenfor under bb)). Disse to tilfælde skal afgrænses fra hinanden (nedenfor under cc)). Der skal en særlig betragtning til, hvis modtagerens aktiver ikke længere dækker tilbageleveringskravet (nedenfor under dd)).

Spørgsmålet om afrigelse er relevant for Phoenix-sagerne ud fra to synspunkter. For det første kan investorerne i *alle* tilfælde have "investeret" de udbetalinger, de modtog fra Phoenix, på helt forskellige måder, f.eks. i en forøgelse af deres levestandard, afbetaling af gæld eller en gave, og for det andet er det konkrete spørgsmål i de tilfælde, hvor udbetalingen er anvendt til fornyet investering, om investeringens værditab mindsker investorenes berigelse.

aa) Den omstødelige ydelse er årsagen til en (tabsgivende) investering

Hvis modtageren har foretaget en investering, som han ikke ville have foretaget uden den omstødelige ydelse (den omstødelige erhvervelse), er der med investeringsobjektet tilgået hans formue en *erstatningsværdi*. **Hvis modtageren har modtaget en erstatningsværdi, og denne stadig forefindes i hans formue, foreligger der ingen afrigelse.** For så vidt er der nemlig kompenseret for formueafgangen. Investeringsobjektet som opnået formuefordel er i spørgsmålet om afrigelse en *væsentlig* erstatningsværdi, fordi den i retspraksis opstillede forudsætning herfor er opfyldt. Den omstødelige ydelse er *kausal* for formuefordelen, fordi den omstødelige ydelse ikke kan tænkes væk, uden at formuefordelen ville bortfalde. Kausaliteten ville derimod mangle, hvis modtageren ganske vist faktisk havde anvendt den omstødelige ydelse til at opnå den konkrete formuefordel, men han også ville have anskaffet formuefordelen uden den omstødelige ydelse med anden formue. I så fald kan berigelsen (kun) fortsat bestå på grund af de sparede udgifter fra anden formue (herom nedenfor under bb)). Kausaliteten mangler naturligvis også, hvis der overhovedet ikke er nogen sammenhæng mellem den omstødelige ydelse og en opnået formuefordel, hvis modtageren f.eks. arver.

Kausaliteten må antages at foreligge i følgende *eksempel*. Hvis modtageren kun har købt et maleri, fordi han modtog den omstødelige ydelse, så er maleriet en erstatningsværdi, som udelukker afrigelse. Den omstødelige ydelse er kausal for investeringen (erhvervelsen af maleriet). Sådanne investeringer betegnes som "**luksusudgifter**". Kendetegnet for "luksus" er, at **den omstødelige ydelse er årsagen til udgiften**. Modtageren tillader sig at købe ("usædvanlige") ting, som han ikke ville have tilladt sig uden den omstødelige ydelse.

...

Ved luksusudgifter består berigelsen ikke fortsat (værdimæssigt) af den grund, at modtageren ville have sparet udgifter af sin øvrige formue, for uden den omstødelige ydelse ville han ikke have brugt noget. Derfor kan kun (!) en erstatningsværdi - investeringsobjektet - udelukke afrigelse. Modtageren er ikke afriget, *i det omfang* investeringen har skaffet hans formue en (blivende) værdi (se ovenfor). Hvis værdien af det anskaffede maleri altså svarer til købsprisen,

er modtageren overhovedet ikke afriget, og hvis værdien ligger under købsprisen, er modtageren kun afriget svarende til differencen.

For de øvrige ovenfor nævnte eksempler på luksusudgifter følger, at rejsen skaffer ikke modtagerens formue nogen blivende værdi, og han er derfor afriget. Der mangler også en blivende værdi ved en generel forøgelse af levestandarden og ved vederlagsfri videregivelse af ydelsesgenstanden. Noget andet gør sig gældende ved afbetaling af gæld. I frigørelsen for forpligtelsen ligger der en erstatningsværdi. "Investeringen" hindrer en afrigelse af modtageren, hvis den tilvejebringer noget, der har en tilsvarende værdi. **Erstatningen skal altså altid have en blivende økonomisk værdi for at udelukke afrigelsen.** Hvis den er økonomisk værdiløs, eller den ikke øger formuen blivende (f.eks. rejsen), er modtageren afriget, selv om han har opnået den. Desuden kan erstatningen kun forhindre afrigelsen *svarende til sin værdi*.

Eftersom et investeringsobjekt kun bliver taget i betragtning som erstatningsværdi, hvis modtageren ikke ville have erhvervet det uden den omstødelige ydelse, skal også værditab på investeringsobjektet kun tages i betragtning som afrigelse, hvis dette var tilfældet. Ellers mangler den krævede kausalsammenhæng mellem værditabene og den omstødelige handling. Da modtageren også ville have foretaget investeringen uden den omstødelige ydelse, ville han på samme måde være blevet ramt af værditabet. Derfor kræver retspraksis som forudsætning for at tage hensyn til skader, som modtageren lider, respektive til udgifter, som han afholder, at der skal være en adækvat kausal sammenhæng mellem modtagelsen af den omstødelige ydelse og formuetabet hos modtageren. **(Kun) de formueskader kan trækkes fra, som den retsgrundlæggende/vederlagsfrie ydelse har været årsag til.** Det er altså ikke nogen omfattende formuesammenligning, der skal gennemføres, men en sammenligning, der er relateret til den omstødelige ydelse på den måde, at kun skader, som er kausalt knyttet til den, medtages som formueformindskende.

Den kausale sammenhæng er til stede, hvis formuetabet ikke ville have været indtrådt uden den omstødelige ydelse. Hvis en skade skyldes en handling fra modtagerens side, hvis han f.eks. har foretaget en tabsgivende investering, var den omstødelige ydelse kausal for skaden, hvis han ikke ville have foretaget handlingen (tabsgivende formuedisposition) uden den omstødelige ydelse. Hvis denne forudsætning er opfyldt, skal skaderne som følge af investeringen medtages, uanset om han har foretaget investeringen med selve det omstødeligt opnåede (ydelsesgenstand) eller med anden formue, som han ellers ikke (!) ville have anvendt til investeringen. Hvis han benytter ydelsesgenstanden, er denne ikke længere direkte til stede i hans formue, heller ikke i form af sparede udgifter, fordi han ikke ville have foretaget udgiften uden erhvervelsen. Den er fortsat til stede værdimæssigt svarende til værdien af investeringen (investering som erstatningsværdi). Hvis han benytter anden formue til investeringen, men kun *fordi* han modtager ydelsesgenstanden omstødeligt, er det opnåede ganske vist stadig direkte til stede i hans formue, men da han har foretaget investeringen (og lidt tab) på grund af eller i tillid til modtagelsen af ydelsesgenstanden, kan tabene trækkes fra og mindsker berigelsen. **Hvis det står fast, at den tabsgivende investering kausalt skyldes den omstødelige ydelse, skal det således ikke undersøges yderligere, præcis hvilket beløb modtageren har anvendt til investeringen.**

...

I Phoenix I-dommen (randnr. 19) konstaterer Bundesgerichtshof, at investor ikke er afriget, fordi der tilkom ham et erstatningskrav ("krav på tilbagebetaling af indskud" rettet mod den negative kontraktsinteresse iht. dette responsum). Dette er indlysende i betragtning af ovenstående principper. Bundesgerichtshof går ud fra, at udbetalingen ikke skete til dækning af erstatningskravet, og dette er derfor heller ikke bortfaldet som følge af udbetalingen. Hvis investor ikke har mistet erstatningskravet i kraft af udbetalingen, mangler der allerede en lidt formueskade, som potentielt kunne begrunde afrigelsen.

bb) Den omstødelige ydelse er ikke årsagen til en (tabsgivende) investering

Investeringsobjektet forhindrer aldrig afrigelsen som erstatningsværdi, hvis modtageren også ville have foretaget investeringen uden den omstødelige ydelse. Netop denne omstændighed fører imidlertid til, at modtageren har sparet udgifter som følge af den omstødelige ydelse, for hvis han ikke havde modtaget den omstødelige ydelse, ville han have anvendt anden formue til investeringen.

Fordi modtageren **sparer udgifter fra anden formue**, er ydelsesgenstanden fortsat til stede værdimæssigt i hans formue. Hvis modtageren investerer ydelsesgenstanden, er han derfor altid *ikke* afriget, hvis han nødvendigvis også ville have foretaget udgiften alligevel, hvis det altså må antages, at han ellers ville have foretaget den med andre midler, han havde til rådighed.

Sparede udgifter skal tages med i betragtning ved spørgsmålet om afrigelsen, fordi den nuværende formuestatus skal sammenlignes med den (hypotetiske) formuestatus, som ville foreligge uden den omstødelige ydelse.

...

Hvis modtageren har anvendt ydelsesgenstanden til sin nødvendige livsførelse, er han principielt ikke afriget, da han i så fald har sparet udgifter fra anden formue. Hvis han ikke havde modtaget ydelsesgenstanden, ville han have skullet finansiere sin nødvendige livsførelse af andre midler, han havde til rådighed. Noget andet gør sig kun gældende ved snævre økonomiske kår, da der i dette tilfælde ikke er andre finansielle midler til rådighed, hvis anvendelse modtageren har sparet. Overført på tilfælde, hvor modtageren er erhvervsdrivende, er der tale om en "udgift til nødvendig livsførelse", hvis ydelsesgenstanden er anvendt til at dække nødvendige driftsomkostninger.

Hvis modtageren har anvendt ydelsesgenstanden til at afbetale gæld, som han også ellers ville have afbetalt, er gældsfrigørelsen ganske vist ingen erstatningsværdi, fordi ydelsen ikke har været årsagen til den. Modtageren er imidlertid fortsat beriget, fordi han har sparet udgifter.

Hvis modtageren vederlagsfrit yder ydelsesgenstanden til en tredjemand, opnår han ingen erstatningsværdi. Alligevel er han ikke (!) afriget, hvis han har sparet udgifter af sin egen formue, fordi han ville have foretaget og ville have kunnet foretage den vederlagsfrie ydelse af anden formue, hvis han ikke havde opnået ydelsesgenstanden. Det er da udelukket at gøre kravet gældende over for den

vederlagsfrie anden erhverver iht. Insolvenzordnung § 145, stk. 2, nr. 3, ligesom BGB § 822 inden for berigelsesretten er udelukket i dette tilfælde.

cc) Bevis for kausaliteten

Kun hvis den omstødelige ydelse har været årsagen til en investering, kan værditab på investeringsobjektet begrunde en afrigelse. **Det er modtageren, der skal redegøre for og bevise de forhold, som begrunder kausaliteten**, da demonstrations- og bevisbyrden for afrigelsen generelt påhviler ham. Han skal derfor f.eks. i forbindelse med en tabsgivende investering redegøre for og – hvis det bestrides – bevise, at han ikke ville have foretaget investeringen (og dermed ikke have lidt tabet), hvis han ikke havde modtaget den omstødelige ydelse. Ellers skal skader som følge af investeringen – med forbehold for bemærkningerne under dd) – ikke tages med i betragtning.

...

dd) Specialtilfælde: Aktiverne dækker ikke længere kravet om tilbagebetaling

Uanset om og i hvilket omfang visse fordele og skader har sammenhæng med den omstødelige ydelse, er der efter den herskende mening indtrådt en afrigelse, hvis og i det omfang modtagers samlede *aktiver* ikke længere dækker kravet om tilbagebetaling.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷Bundesgerichtshof LM § 818, stk. 3 BGB nr. 7; MünchKommInsO/Kirchhof, § 143, randnr. 105; Palandt/Sprau, § 818, randnr. 36. MünchKommBGB/Schwab (fn. 381), § 818, randnr. 159 afviser overbevisende dette. Resultatet er navnlig utilfredsstillende, hvis omstødelighedsmodpartens formue før den omstødelige ydelse var negativ, f.eks. hvis omstødelighedsmodparten, som ikke råder over nogen aktiver og har en forpligtelse på 1.000 EUR, omstødeligt modtager 1.000 EUR og anvender dem til at afbetale forpligtelsen, og den omstødelige ydelse derfor stadig er til stede i hans formue i form af gældsfrigørelsen som erstatningsværdi (gældsfrigørelsen er en erstatningsværdi, fordi A ellers ikke ville have afbetalt gælden)."

Professor Person 17 har i sit responsum redegjort for, at en ompostering er at anse for en udbetaling. Person 17 har herom nærmere anført bl.a. (s. 274 og s. 279):

"aa) Ompostering i princippet en udbetaling

Såfremt Phoenix efter ordre fra en investor omposterer et beløb til en anden (ny) konto hos Phoenix tilhørende denne investor, som vedrører en særskilt (ny) indskudskontrakt, foretager Phoenix en "udbetaling" til investoren, som vedrører den *oprindelige* (!) indskudskontrakt. ...

ddd) Ingen forskel på de forskellige kvalificeringer af omposteringen

Som mellemresultat kan det fastholdes, at det vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt en ompostering reducerer udbetalingskravet iht. kontrakt 1, principielt er uvæsentligt, om man vurderer omposteringen som en opfyldende ydelse eller som normal udbetaling med samtidig ny indbetaling. I begge tilfælde reduceres investorens udbetalingskrav iht. kontrakt 1 som følge af omposteringen principielt med det nominelle omposteringsbeløb."

Professor **Person 18** gav derimod udtryk for den opfattelse, at omposteringer ikke kan sidestilles med udbetalinger og indbetalinger.

Procedure

Konkursboet har sammenfattende gjort gældende:

Lovvalg

Princippet om lex concursus finder anvendelse, når udenlandske konkursboer fører omstødsessager i Danmark. Anvendelsen af lex concursus begrebet i dansk ret og i nærværende sagskompleks er fastslået i Østre Landsrets dom af 22. juni 2011. Konkursboets påstand om omstødelse skal i overensstemmelse med dette princip bedømmes efter konkurslandets ret. Det vil sige tysk ret. Selvom konkursforordningens art. 4 og den nordiske konkurskonventions art. 1 ikke finder direkte anvendelse, så beskriver bestemmelserne gældende ret i såvel Danmark som i det øvrige Europa uden for forordningens henholdsvis konventionens anvendelsesområde. Konkursforordningens art. 13 finder ikke anvendelse, hverken analogt eller direkte. Omstødelse efter tysk materiel konkursret vil ikke føre til et resultat, der er åbenbart uforeneligt med grundlæggende danske retsprincipper, og reglerne om ordre public finder derfor ikke anvendelse. Sagen skal således afgøres efter tysk materiel konkursret.

Tysk ret

InsO § 134 – overordnet:

PMA var et sneboldsystem, hvor der i realiteten ikke blev foretaget investeringer i væsentligt omfang. Udbetalinger til investorer muliggjordes alene af, at der hele tiden blev indskudt midler fra nye investorer. De foretagne udbetalinger skyldtes ikke reelle udbytter, men var udbetalinger af fiktive og opfundne udbytter. Udbetalingerne af de fiktive udbytter skete uden modydelse fra investorens side og var dermed vederlagsfrie (unentgeltlich), jf. blandt andet Phoenix I dommen af 11. december 2008. Udbetalingerne skete til skade for den samlede kreditormasse, jf. blandt andet Phoenix I dommen. De modtagne udbetalinger har beriget den enkelte investor, jf. blandt andet Bundesgerichtshofs dom af 2. april 2009 i

sag IX ZR 197/07. Omstødelse er universalforfølgelse til gavn for den samlede kreditor-skare, jf. Phoenix I dommen. Såfremt der ikke sker omstødelse, vil de nye investorer blive stillet urimeligt ringe i forhold til de øvrige investorer, jf. blandt andet Bundesgerichtshofs dom af 22. april 2010 i sag IX ZR 163/09. Sådanne vederlagsfrie udbetalinger af fiktive udbytter er derfor omstødelige efter InsO § 134, såfremt de er sket senere end 4 år før frist-dagen. Konkursboet har følgelig krav på at få tilbagebetalt de modtagne udbetalinger i det omfang, der er sket berigelse af den sagsøgte investor, jf. InsO 143, stk. 1, jf. blandt andet Phoenix I dommen.

InsO § 134 – omposterings/”umbuchung” – afrigelse:

Også udbetalingerne af de fiktive udbytter, som skete ved omposterings mellem to konti hos Phoenix, var reelle udbetalinger, som skete uden modydelse fra investorens side. De er dermed vederlagsfrie (unentgeltlich) ydelser, idet det afgørende er, at det udbetalte beløb rent faktisk har været til investors frie disposition, jf. Oberlandesgericht Frankfurt am Mains dom af 18. november 2010 i sag 16 U 183/09. Også Østre Landsret har i dom af 22. juni 2011 med støtte i Oberlandesgericht Frankfurt am Mains dom af 18. november 2010 i sag 16 U 183/09 fastslået, at i tilfælde af, at der er tale om to forskellige juridiske personer er en kontooverførsel fra den ene juridiske persons PMA-konto til den anden juridiske persons PMA-konto at sidestille med en kontant udbetaling til investoren af den konto penge bliver overført fra. Dette ændres ikke af Bundesgerichtshofs dom af 29. marts 2012, idet dommen ikke regulerer trepartsforhold, men kun topartsforhold, hvor den samme kontohaver besidder både den konto, hvor der omposteres fra og den konto, hvor der omposteres til. Bundesgerichtshof har med sin dom derimod bekræftet, at umbuchung i et trepartsforhold skal anses for at være en udbetaling. Ved trepartsforhold er der tale om forskellige juridiske personer, hvor den fornyede anbringelse af et indskud på en anden konto ikke kan kompensere for forringelsen af aktiverne i forhold til de øvrige kreditorer.

Det er investor, som har bevisbyrden for, at afrigelse har fundet sted, som også fastslået i Østre Landsrets dom af 22. juni 2011. Der skal være en tæt sammenhæng mellem udbetalingen og den skete afrigelse.

Fiktivt udbytte på 73.209,92 EUR i forbindelse med udbetaling af 300.000 EUR i foråret 2002:

Sagsøgte har ikke bestridt, at der er tale om udbetaling af fiktive udbytter, og han har ikke dokumenteret, at der er sket afrigelse. Udbetalingen og den efterfølgende indbetaling vedrører ikke samme beløb, og **Sagsøgte** havde pengene til sin rådighed i mange dage, inden han på ny satte pengene ind på sin PMA-konto. Han fik således udbetalt pengene den 28. marts 2002, og han indbetalte først pengene igen den 30. april 2002. Ud- og indbetalingen skete dermed ikke i en og samme bevægelse. **Sagsøgte** omposterede efterfølgende det fulde indestående til kontoen tilhørende VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1**. **Sagsøgte** har derfor ikke lidt noget tab. Kreditorerne stilles også ringere ved dispositionen, idet fiktivt udbytte ændres til indskud.

Fiktivt udbytte på 9.424,24 EUR i forbindelse med ompostering af det fulde indestående i august 2002:

Der er sket ompostering fra **Sagsøgtes** private PMA-konto til kontoen tilhørende VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1**. Der er dermed sket overførsel til en anden juridisk enhed og derved i trepartsforhold mellem de to kontohavere og Phoenix. Den omstændighed, at begge konti ultimativt er ejet af **Sagsøgte**, kan ikke gøre omposteringen til en ompostering i topartsforhold.

Fiktivt udbytte på 5.111,50 EUR i forbindelse med ompostering af 5.111,50 EUR:

Det resterende beløb på 5.111,50 EUR på **Sagsøgtes** konto blev overført til kontoen tilhørende VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1**, idet **Sagsøgte** anmodede herom. Beløbet hidrørte derfor fra **Sagsøgtes** konto og skal indgå i beregningen af påstanden mod **Sagsøgte**. Der er sket ompostering fra **Sagsøgtes** private PMA-konto til kontoen tilhørende VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1**. Der er dermed sket overførsel til en anden juridisk enhed og derved i trepartsforhold mellem de to kontohavere og Phoenix. Den omstændighed, at begge konti ultimativt er ejet af **Sagsøgte** kan ikke gøre omposteringen til en ompostering i topartsforhold.

Renter:

Konkursboet har ændret rentepåstanden i overensstemmelse med Østre Landsrets dom af 22. juni 2011. Der er tale om en lovbestemt rente. Konkursboets tilbagebetalingskrav for rentes således i henhold til tysk ret og tysk retspraksis med den til enhver tid af Den Euro-

pæiske Centralbank fastsatte basisrente med tillæg af 5 procent fra den 1. juli 2005, som er dekretdagen, til betaling sker, jf. InsO § 143, stk. 1, 2. pkt., BGB § 818, stk. 4, og § 819, stk. 1, samt ZPO § 291.

Dansk ret

For det tilfælde at landsretten måtte finde, at dansk ret finder anvendelse, har konkursboet gjort gældende, at de foretagne udbetalinger også er omstødelige efter dansk ret. Under henvisning til Østre Landsrets dom af 22. juni 2011 har konkursboet ikke procederet spørgsmålet nærmere.

Sagsøgte har sammenfattende gjort gældende:

Lovvalg

Sagen skal afgøres efter dansk ret. Under henvisning til Østre Landsrets dom af 22. juni 2011 har **Sagsøgte** ikke procederet spørgsmålet nærmere.

Tysk ret

InsO § 134 – overordnet:

Et fiktivt udbytte inden for 4-års fristen i den tyske konkurslovs § 134 udgør en vederlagsfri ydelse, der – hvis betingelserne herfor i øvrigt måtte være opfyldt – kan omstødes og kræves tilbagebetalt af konkursboet i henhold til den tyske konkurslov. Det er imidlertid en betingelse for, at der kan ske omstødelse efter den tyske konkurslovs § 134, at den retlige disposition, som kræves omstødt, har stillet konkurskreditorerne ringere end situationen uden dispositionen, jf. lovens § 129. Den betingelse er ikke opfyldt i denne sag for nogen af de tre dispositioner, som kravet hidrører fra.

InsO § 134 – omposterung/"umbuchung" – afrigelse:

Det følger af Østre Landsret dom af 22. juni 2011, at betingelsen for afrigelse er opfyldt, såfremt en reinvestering alene er begrundet i en sket udbetaling. Det følger tillige af dommen, at der ved vurderingen af, om en reinvestering alene er begrundet i en sket udbeta-

ling, skal lægges vægt på den tidsmæssige og beløbsmæssige sammenhæng mellem udbetalingen og reinvesteringen.

Østre Landsret vurderede i dom af 22. juni 2011, at omposteringer ("umbuchung") til en anden konto hos Phoenix falder inden for anvendelsesområdet for den tyske konkurslovs § 134. Landsretten støttede i dommen sin vurdering af spørgsmålet på Oberlandesgericht Frankfurt am Mains dom af 18. november 2010 (16 U 183/09). Denne dom er nu ophævet af den tyske højesteret, jf. Bundesgerichtshofs dom af 29. marts 2012. Grundlaget for Østre Landsrets dom er derfor ikke længere til stede, hvorfor landsretten skal støtte sin afgørelse i nærværende sag på et nyt retligt grundlag. Dette nye retlige grundlag bør være Bundesgerichtshofs dom af 10. februar 2011 i sag IX ZR 18/10 og Bundesgerichtshofs dom af 29. marts 2012 i sag IX ZR 207/10.

Efter Bundesgerichtshofs dom af 10. februar 2011 i sag IX ZR 18/10 skal en ompostering anses for udbetaling af det erlagte indskud, jf. præmis 13 b). Endvidere kan en udbetaling af et indskud efter dommen ikke omstødes, jf. præmis 1. Der er således efter dommen ikke grundlag for at omstøde en ompostering. Dette understøttes også af ankedomstolens udtalelse i sagen, hvorefter konkurskreditorerne ikke bliver stillet ringere af en ompostering, og som følge heraf ikke kunne kræve en omstødelse.

Efter Bundesgerichtshofs dom af 29. marts 2012 i sag IX ZR 207/10 kan der heller ikke ske omstødelse i forlængelse af en ompostering. Dette gælder både, hvor omposteringen vedrører et topartsforhold (jf. dommens præmis 11 – 13) og et trepartsforhold (jf. dommens præmis 14 – 15 samt 17 – 20). For så vidt angår trepartsforholdet angiver Bundesgerichtshof to generelle grunde for, at der ikke kan ske omstødelse ved en ompostering. For det første fordi et omstødelsskrav skal sigte mod, hvad der er bortgivet af skyldnerens formue. Dette vil ved ompostering svare til nul kroner, jf. dommens præmis 14 og 15, hvorfor der ikke er noget at omstøde. For det andet fordi konkursboet savner et behov for retsbeskyttelse via adgang til omstødelse. Det skyldes, at konkursboet kan forhindre, at investoren efterfølgende deltager i udlodningen fra boet vedrørende omposteringsbeløbet, jf. dommens præmis 17 – 20.

Fiktivt udbytte på 73.209,92 EUR i forbindelse med udbetaling af 300.000 EUR i foråret 2002:

Det forhold, at **Sagsøgte** ”i en og samme bevægelse” først udtrak og derefter indsatte ca. 300.000 EUR, stillede ikke kreditorerne ringere. Både før og efter dispositionen havde kreditorerne ca. 300.000 EUR at gøre godt med.

Sagsøgte har dokumenteret, at ud- og indbetalingen vedrørte næsten identiske beløb, og at ud- og indbetalingen skete i meget tæt tidsmæssig sammenhæng. Udbetalingen var alene forårsaget af **Sagsøgtes** bekymringer for sin investering. Reinvesteringen af 29. april 2002 var alene begrundet i den næsten identiske udbetaling af 22. april 2002. Alene som følge af den pågældende udbetaling skete den efterfølgende indbetaling.

Fiktivt udbytte på 9.424,24 EUR i forbindelse med ompostering af det fulde indestående i august 2002:

Det forhold, at **Sagsøgte** af skattemæssige grunde omposterede indestændet på sin private PMA-konto til kontoen tilhørende VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1**, stillede ikke kreditorerne ringere, jf. InsO § 129. Der foreligger ompostering. Den ”berigelse”, som **Sagsøgte** påstås at have opnået ved omposteringen, skal derfor ikke indgå i opgørelsen af konkursboets krav.

Fiktivt udbytte på 5.111,50 EUR i forbindelse med ompostering af 5.111,50 EUR:

Sagsøgtes personlige konto hos Phoenix blev nedlagt den 30. august 2002 ved omposteringen af det fulde indestående til kontoen tilhørende VVS-Installatørfirmaet **Virksomhed ApS 1**. Beløbet på 5.111,50 EUR blev ved en fejl posteret både på **Sagsøgtes** private, nedlagte konto, og på anpartsselskabets konto. Beløbet på **Sagsøgtes** private konto blev straks – eftersom kontoen var nedlagt – ompostet til anpartsselskabets konto. Konkursboet har efterfølgende slettet beløbet en gang på anpartsselskabets konto med den begrundelse, at der synes at være tale om en dobbeltpostering. Beløbet skal imidlertid også slettes fra **Sagsøgtes** private konto, da konkursboet i modsat fald vil blive beriget som følge af en fejl fra Phoenix’s side.

Også som følge af det, der er gjort gældende vedrørende ompostering, skal beløbet fratreges konkursboets krav.

Renter:

Det yderligere krav, der følger af konkursboets nye rentepåstand i replikken af 24. april 2012, er forældet, jf. BGB § 195, jf. § 199, stk. 1. Konkursboet kan således ikke kræve påstandsbeløbet tillagt renter fra den 1. juli 2005, men tidligst fra sagens anlæg.

Dansk ret

En anvendelse af de danske konkursregler kan ikke føre til omstødelse. Under henvisning til Østre Landsrets dom af 22. juni 2011 har **Sagsøgte** ikke procederet spørgsmålet nærmere.

Landsrettens begrundelse og resultat

Lovvalg

Sagen vedrører omstødelse af udbetalinger foretaget af et tysk finansielt selskab, som er taget under konkursbehandling i Tyskland efter tyske konkursregler. Som det fremgår af Østre Landsrets dom af 22. juni 2011, indebærer hensynet til en ensartet behandling af kreditorerne i boet, at omstødelsessager mod de danske investorer bør behandles efter tysk ret. Det forhold, at der efter tysk ret er mulighed for at omstøde vederlagsfri udbetalinger fra det konkursramte selskab i en periode på fire år forud for konkursen, kan ikke begrunde, at dette udgangspunkt fraviges.

Sagen skal derfor afgøres efter tysk ret.

Bedømmelsen efter tysk ret

Generelt

Det følger af Bundesgerichtshofs Phoenix I dom af 11. december 2008 (IX ZR 195/07), at udbetaling af fiktivt udbytte foretaget inden for 4-årsfristen i InsO § 134, udgør vederlagsfri ydelser, som kan omstødes efter § 134. Af dommen følger endvidere, at sådanne ydelser kan kræves tilbagebetalt af konkursboet i medfør af InsO § 143, stk. 1, og at investor i den forbindelse ikke kan modregne krav på tilbagebetaling af fortsat indestående indskud og erstatningskrav mod Phoenix, jf. InsO § 96. Dette er bekræftet i Bundesgerichtshofs

efterfølgende domme af 2. april 2009 (IX ZR 197/07 og IX ZR 221/07), 25. juni 2009 (IX ZR 157/08), 22. april 2010 (IX ZR 160/09, IX ZR 163/09, IX ZR 225/09), 9. december 2010 (IX ZR 60/10), og 10. februar 2011 (IX ZR 18/10).

Fiktivt udbytte på 73.209,92 EUR i forbindelse med udbetaling af 300.000 EUR i foråret 2002

Sagsøgte anmodede den 5. februar 2002 Phoenix om udbetaling af 300.000 EUR. Beløbet blev debiteret hans PMA-konto den 28. marts 2002 og indgik på hans eurokonto i Jyske Bank den 22. april 2002. Det er ubestridt, at et beløb på 73.209,92 EUR af udbetalingen var fiktivt udbytte.

Ved brev af 24. april 2002 bad **Sagsøgte** Jyske Bank om at foretage et nyt indskud på ca. 300.000 EUR og yderligere 300.000 kr. på hans PMA-konto. Der blev den 29. april 2002 hævet 299.678,47 EUR på hans eurokonto i Jyske Bank, og den 30. april 2002 indsat 340.020,13 EUR på hans PMA-konto i Phoenix.

Ved transaktionerne, der skete efter **Sagsøgtes** instruks, rådede han retligt over det fiktive udbytte. Ved det fornyede indskud blev det fiktive udbytte konverteret til et indskud, hvorved konkursboets kreditorer blev stillet ringere. Uanset den tidsmæssige sammenhæng mellem udbetalingen og den nye investering finder landsretten det ikke efter **Sagsøgtes** forklaring bevist, at reinvesteringen alene var begrundet i den skete udbetaling, hvorfor indbetalingen ikke kan anses for at indebære en afrigelse. Landsretten har herved lagt vægt på, at **Sagsøgte** ved reinvesteringen investerede et højere beløb.

Herefter og under hensyn til det anførte vedrørende InsO § 134 og § 143, stk. 1, tages konkursboets påstand om betaling af 73.209,92 EUR til følge.

Fiktivt udbytte på 9.424,24 EUR i forbindelse med ompostering af det fulde indestående i august 2002

Sagsøgte har ikke bestridt, at der for så vidt angår 9.424,24 EUR er tale om ompostering af et fiktivt udbytte, som hidrører fra hans personlige PMA-konto. Der er således ikke tale om tilbagebetaling af indskud for så vidt angår dette beløb.

Det følger af Oberlandesgericht Frankfurt am Mains dom af 18. november 2010 (16 U 183/09), at enhver udbetaling af fiktivt udbytte, som ikke er begrundet i virksomhedsinterne forhold hos Phoenix, som sker med investors medvirken og/eller efter dennes instruks, og som indebærer, at investor retligt har rådet over beløbet, må anses for en udbetaling til investor, som falder inden for anvendelsesområdet for InsO § 134. Dette gælder, uanset om udbetalingen af Phoenix er kategoriseret som en "umbuchung" til en anden PMA-konto.

Oberlandesgericht Frankfurt am Mains dom stemmer overens med det af professor Person 17 anførte, hvorefter enhver udbetaling fra en investeringskonto i Phoenix, uanset om denne sker samtidig med og som led i en aftale om at indskyde det samme beløb på en anden nyoprettet eller eksisterende konto i Phoenix – af Phoenix betegnet som "umbuchung" – skal anses for en egentlig udbetaling, som kan falde under InsO § 134.

Bundesgerichtshofs dom af 29. marts 2012 (IX ZR 207/10) ophævede delvist Oberlandesgericht Frankfurt am Mains dom, idet retten fastslog, at den konkrete ompostering fra en arveladers konto til en arvings konto ikke kunne anses som en udbetaling til investor, som falder inden for anvendelsesområdet for InsO § 134. Retten lagde vægt på, at der var tale om en ompostering i et topartsforhold, da fordringen på grundlag af arveladers konto ikke blev tillagt arvingen ved omposteringen, men allerede ved arvefaldet var overgået til arvingen.

Da der i den foreliggende sag er tale om en ompostering mellem to konti tilhørende forskellige juridiske personer finder landsretten, at den ved omposteringen skete udbetaling falder inden for anvendelsesområdet for InsO § 134. Konkursboets krav om betaling af 9.424,24 EUR tages derfor til følge.

Fiktivt udbytte på 5.111,50 EUR i forbindelse med ompostering af 5.111,50 EUR

Sagsøgte har ikke bestridt, at beløbet på 5.111,50 EUR udgør fiktivt udbytte. Beløbet er indeholdt i opgørelsen af konkursboets krav mod Sagsøgte, men ikke i boets krav mod VVS-Installatørfirmaet Virksomhed ApS 1. Henset til konkursboets oversigter over Sagsøgte og VVS-Installatørfirmaet Virksomhed ApS 1's investeringer i PMA, de underliggende posteringsbilag samt Sagsøgtes brev af 28. november 2002 finder landsretten det bevist, at der er tale om et fiktivt udbytte fra Sagsøgtes private konto i PMA. Herefter og da det af Sagsøgte anførte vedrørende ompostering ikke kan føre til

et andet resultat, jf. ovenfor, tages konkursboets påstand om betaling af 5.111,50 EUR til følge.

Renter

Ifølge BGB § 195, jf. § 199, stk. 1, udløb forældelsesfristen for konkursboets omstødelleskrav efter 3 år regnet fra udgangen af det år, hvor fristdagen blev etableret. Fristdagen var den 11. marts 2005, og fristen udløb således med udgangen af 2008. Kravet om renter fra den 1. juli 2005 til sagens anlæg den 30. juni 2006, som konkursboet har rejst i replik af 24. april 2012, er dermed forældet.

Sagsomkostninger

Konkursboet har oplyst, at det kan fradrage 46,36 % af momsen på de danske advokatydelser. Beløbet til dækning af advokatudgifter er derfor tillagt moms svarende til den del, konkursboet ikke kan fradrage, det vil sige med 13,41 procent, idet det herefter fremkomne beløb afrundes.

Efter sagens udfald og omfang skal **Sagsøgte** betale sagsomkostninger til Phoenix Kapitaldienst GmbH under konkurs ved kurator Rechtsanwalt Frank Schmitt med i alt 84.280 kr. Beløbet omfatter 16.280 kr. til retsafgift og 68.000 kr. til udgifter til advokatbistand med delvis moms.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Sagsøgte tilpligtes at betale 87.745,66 EUR til Phoenix Kapitaldienst GmbH under konkurs ved kurator Rechtsanwalt Frank Schmitt med tillæg af rente beregnet med den til enhver tid af Den Europæiske Centralbank fastsatte basisrente med tillæg af 5 procent fra sagens anlæg.

I sagsomkostninger skal **Sagsøgte** betale 84.280 kr. til Phoenix Kapitaldienst GmbH under konkurs ved kurator Rechtsanwalt Frank Schmitt.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

Udskriftens rigtighed bekræftes, Østre Landsret, den 12. februar 2013