

# Stellungnahme

## **zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz**

Kontakt:

Dr. Silke Wollgarten

Telefon: +49 30 20225-5378

Telefax: +49 30 20225-5345

E-Mail: [silke.wollgarten@dsgv.de](mailto:silke.wollgarten@dsgv.de)

Berlin, 10. Juni 2015

Federführer:

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.

Charlottenstraße 47 | 10117 Berlin

Telefon: +49 30 20225-0

Telefax: +49 30 20225-250

[www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de](http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de)

## I. Vorbemerkung

Die Insolvenzanfechtung ist ein Eckstein der gesamten Insolvenzordnung. Sie ist ein wichtiges Instrument und hat eine zentrale ordnungspolitische Funktion. Sie dient nicht nur zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung, sondern soll insbesondere sozial inadäquate Vermögensverschiebungen vor der Insolvenzeröffnung revidieren. Sie dient unserer Auffassung nach aber nicht in erster Linie dazu, die Insolvenzmasse zu mehren. Die Mehrung der Insolvenzmasse ist vielmehr eine Nebenwirkung der Insolvenzanfechtung.

Nach Auffassung der Deutschen Kreditwirtschaft darf die Möglichkeit zur Insolvenzanfechtung nicht aufgeweicht werden. Vielmehr muss die Insolvenzanfechtung „ein scharfes Schwert“ bleiben, um der ihr beigemessenen ordnungspolitischen Funktion gerecht werden zu können. Nur so werden die am Wirtschaftsleben Beteiligten ihr Verhalten an den ordnungspolitischen Vorgaben der Insolvenzordnung ausrichten.

Die Deutsche Kreditwirtschaft begrüßt den vorgesehenen Gesetzentwurf, da er wesentliche Schwachstellen in der praktischen Anwendung des Insolvenzrechtes aufgreift und versucht, dafür eine Lösung anzubieten. Die Deutsche Kreditwirtschaft erlaubt sich, zu dem Gesetzentwurf die unter II. – VII. detailliert dargestellten Änderungsvorschläge zu unterbreiten.

Die wesentlichen Änderungsvorschläge lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Umfangreiche Änderungen an den Tatbestandsvoraussetzungen der Vorsatzanfechtung, wie sie im Referentenentwurf vorgeschlagen werden, sollten unterbleiben.
- **§ 133 Abs. 1 InsO in der geltenden Fassung kann mit Ausnahme des zu streichenden Satzes 2 unverändert bleiben.**
- Wenn bei der Vorsatzanfechtung für bestimmte Fälle eine verkürzte Anfechtungsfrist eingeführt werden soll, sollte diese verkürzte Frist jedenfalls nicht für nahestehenden Personen gelten.
- Sollte an der vorgeschlagenen Änderung von § 133 Abs. 1 InsO festgehalten werden, bestehen unsererseits mehrere Anmerkungen zu § 133 Abs. 3 InsO-RefE sowie Änderungsvorschläge zu § 133 Abs. 1 und 3 InsO-RefE.
- Die vorgeschlagene Regelung, dass eine Rechtshandlung nicht alleine deswegen als inkongruente Deckung anfechtbar ist, weil sie dem Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung ermöglicht hat (§ 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-RefE), wird begrüßt, muss aber keine Einschränkung zulasten öffentlicher Gläubiger enthalten; jedenfalls greift die Beschränkung auf „in einem gerichtlichen Verfahren erlangte vollstreckbare Titel“ zu kurz.
- Die Vereinbarung einer Zahlungserleichterung sollte sowohl in § 131 InsO als auch in § 133 Abs. 3 InsO-RefE als kongruente Deckung charakterisiert werden.
- Die vorgeschlagenen Änderungen bei den Rechtsfolgen der Anfechtung (Verzinsung) (§ 143 InsO-RefE) werden sehr begrüßt, sind aber noch unvollständig und sollten um den Ausschluss eines Anspruches auf Herausgabe des Nutzungsersatzes bei einer Geldschuld sowie um die Wiedereinführung der Verjährung des Anfechtungsanspruches ergänzt werden.

## II. Anfechtung einer durch Zwangsvollstreckung erlangten Befriedigung (§ 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-RefE)

### 1. Verfahren nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass eine Rechtshandlung nicht alleine deshalb als inkongruente Deckung anfechtbar sein soll, weil der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung auf der

Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels erwirkt hat. Wir begrüßen diese Vorschrift, meinen aber, dass die Einschränkung für die Anwendbarkeit dieser neuen Vorschrift zu eng gefasst ist: Die Zivilprozessordnung kennt bekanntlich eine ganze Reihe von Titeln, aus denen die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Nicht alle Titel werden in einem „gerichtlichen Verfahren“ erlangt. Das gilt beispielsweise für notarielle Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Es wird daher vorgeschlagen, § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO zukünftig wie folgt zu fassen:

*„Eine Rechtshandlung ist nicht allein deshalb nach Satz 1 anfechtbar, weil der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines ~~in einem gerichtlichen Verfahren~~ nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung erlangten vollstreckbaren Titels erwirkt hat.“*

## **2. Vollstreckungstitel öffentlicher Gläubiger**

Aus Sicht der Deutschen Kreditwirtschaft spräche aber auch nichts dagegen, auf die derzeit noch im Referentenentwurf vorgesehene Einschränkung („auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels erwirkt“) vollständig zu verzichten.

In der Gesetzesbegründung wird zum Ausdruck gebracht, dass die Einschränkung auf solche Vollstreckungstitel, die in einem gerichtlichen Verfahren erlangt worden sind, dem Aufwand und dem Kostenrisiko Rechnung tragen soll, die derjenige auf sich genommen hat, der ein gerichtliches Verfahren durchgeführt hat. Ausgeschlossen wären damit öffentliche Gläubiger, die die Möglichkeit haben, Vollstreckungstitel selber zu schaffen, also ein gerichtlichen Verfahren nicht in Anspruch nehmen müssen.

Nach Auffassung der Deutschen Kreditwirtschaft würde eine Regelung, die auch die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung aufgrund eines von einem öffentlichen Gläubiger selbst geschaffenen Titels einschließt, nicht zu einem indirekten „Fiskus-Privileg“ führen, weil die vorgesehene Regelung die Anfechtung nicht ausschließt („nicht allein deshalb nach Satz 1 anfechtbar“). Der öffentliche Gläubiger, der in Kenntnis der Krise des späteren Insolvenzschuldners einen Vollstreckungstitel gegen diesen schafft, unterliegt weiterhin der Insolvenzanfechtung nach § 131 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO (Zahlungsunfähigkeit des Schuldners) und nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO (Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung). Dieser Grundsatz gilt für alle Vollstreckungsgläubiger. Für öffentliche Gläubiger ist der Grundsatz jedoch insofern von größerer Relevanz, als diese in kurzer Frist einen Titel schaffen können, während andere Gläubiger auf das gerichtliche Verfahren angewiesen sind. Demnach könnte § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO nach Auffassung der Deutschen Kreditwirtschaft auch wie folgt lauten:

*„Eine Rechtshandlung ist nicht allein deshalb nach Satz 1 anfechtbar, weil der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung ~~auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels erwirkt~~ erlangt hat.“*

## **III. Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 Abs. 1 InsO)**

Der Referentenentwurf sieht umfangreiche Änderungen im Bereich der Tatbestandsvoraussetzungen der sogenannten Vorsatzanfechtung vor. Insbesondere wird ein neuer Rechtsbegriff der „unangemessenen Benachteiligung“ eingeführt, der sodann negativ abgegrenzt wird. Wir halten diese Regelung für unnötig kompliziert und sehen die Gefahr, dass mit einem derart weitreichenden Eingriff in die Regelungen neue Rechtsfragen und neue praktische Probleme entstehen, die nicht von vornherein absehbar sind, so dass das mit dem Gesetzesentwurf angestrebte Ziel höherer Rechtssicherheit nicht erreicht wird.

Die Deutsche Kreditwirtschaft spricht sich daher nachdrücklich für eine möglichst geringfügige Änderung der bestehenden insolvenzrechtlichen Anfechtungsregelungen aus.

Nach Auffassung der Deutschen Kreditwirtschaft bestehen die praktischen Probleme in der Anwendung des geltenden Rechts insbesondere darin, dass sich Anfechtungsgegner Anfechtungsansprüchen ausgesetzt sehen, die aber oft von Insolvenzverwaltern nicht hinreichend begründet werden. Angesichts der gesetzlich vorgesehenen Vermutungsregelungen (§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO) und den von der Rechtsprechung aufgestellten Beweisanzzeichen fällt es dem Insolvenzverwalter trotz mangelhafter Begründung seines Anspruches oft nicht schwer, eine außergerichtliche „Lösung“ mit dem potentiellen Anfechtungsgegner zu finden.

Die Deutsche Kreditwirtschaft schlägt daher vor, **§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ersatzlos zu streichen**. Damit würde die Darlegungs- und Beweislast – wie auch sonst in Zivilverfahren – dem Insolvenzverwalter als Anspruchsteller obliegen.

Gegen die Vermutungsregelung spricht auch, dass dem Schuldner bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit keine Insolvenzantragspflicht trifft. Wenn der Schuldner „in der Hoffnung, die Wende noch zu schaffen, weiterwirtschaften“ darf, verdient auch der Gläubiger Vertrauensschutz, zumal er bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit selbst keinen Insolvenzantrag stellen kann (*Bork*, ZIP 2014, 779 (808)). Die Vermutung, dass bei drohender Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und gläubigerbenachteiligender Handlung der potentielle Anfechtungsgegner Kenntnis von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners hat, erscheint auch deswegen unangemessen, weil der Schuldner selbst in diesem Stadium nicht davon ausgehen muss, seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen zu können.

Gegen diese hier vorgeschlagene Verteilung der Darlegungs- und Beweislast kann auch nicht (mehr) eingewendet werden (vgl. aber noch die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 12/2443, S. 160), dass der Insolvenzverwalter über nicht ausreichende Kenntnis verfügt, um die anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen. Aufgrund der ihm (inzwischen) zur Verfügung stehenden elektronischen Unterlagen, die Insolvenzschuldner aufgrund gesetzlicher Vorschriften (Grundsätze zur ordnungsmäßigen Führung und Aufbewahrung von Büchern, Aufzeichnungen und Unterlagen in elektronischer Form sowie zum Datenzugriff (GoBD) (früher: Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen (GDPdU)) bereithalten, kann der Insolvenzverwalter die anspruchsbegründenden Tatsachen vortragen. Mit einer Streichung der Privilegierung des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast würde nach Auffassung der Deutschen Kreditwirtschaft eine Änderung tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung entbehrlich. Im Sinne eines möglichst geringfügigen Eingriffes in das bestehende System der Insolvenzanfechtung erscheint das vorzugswürdig.

Die Deutsche Kreditwirtschaft hält es auch nicht für erforderlich, einen Unterschied einzuführen zwischen der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei kongruenter Deckung und bei inkongruenter Deckung. Die inkongruente Deckung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ohnehin ein Beweiszeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners, so dass sich bereits daraus ein Unterschied hinsichtlich der Vorsatzanfechtung ergibt, der aber nicht noch einmal im Gesetz gesondert zum Ausdruck kommen muss.

Nach unserem Vorschlag sollte § 133 Abs. 1 InsO wie folgt lauten:

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

#### **IV. Vorsätzliche Benachteiligung bei ernsthaftem Sanierungsversuch (§ 133 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO-RefE)**

Der Referentenentwurf sieht vor, dass eine Rechtshandlung nur dann anfechtbar ist, wenn ein Vorsatz des Schuldners bestand, seine Gläubiger unangemessen zu benachteiligen. Eine „unangemessene Benachteiligung“ soll nach dem Entwurf nicht vorliegen, wenn die Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs ist.

Damit greift diese Vorschrift die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu der geltenden Rechtslage auf und ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden. Sollte allerdings – entgegen unserem Vorschlag zu vorstehender Ziffer III. – an der Einführung des Rechtsbegriffes der „unangemessenen Benachteiligung“ festgehalten werden, so sollte jedenfalls im Regierungsentwurf die Begründung korrigiert werden: In der Begründung zum Referentenentwurf befindet sich nämlich die Aussage, dass eine Rechtshandlung, die Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuches ist, nur dann keine unangemessene Benachteiligung darstellt (und daher nicht als vorsätzliche Benachteiligung angefochten werden kann), wenn eine „Umsetzung in den Anfängen“ vorliegt. Es kann aber hier nicht darauf ankommen, ob über die relevante Handlung hinaus das Sanierungskonzept bereits in den Anfängen umgesetzt ist oder nicht. Es muss vielmehr darauf ankommen, ob erstens die Handlung Bestandteil des Sanierungskonzepts ist und es sich zweitens um einen ernsthaften Sanierungsversuch handelt, also der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gerade dadurch ausgeschlossen wird, dass die betreffende Rechtshandlung nicht auf die Benachteiligung von Gläubigern gerichtet ist, sondern ernsthaft auf die erfolgreiche Sanierung des Unternehmens.

In diesem Zusammenhang weisen wir auch darauf hin, dass die Rechtsprechung zutreffend herausgearbeitet hat, dass die Anforderungen an den Nachweis, dass ein ernsthafter Sanierungsversuch vorliegt, vom Einzelfall abhängen. So kann nicht immer ein umfangreiches Sanierungsgutachten eingefordert werden. Insbesondere bei geringen Darlehenssummen oder der Stundung geringer Beträge stünde ein Sanierungsgutachten vollkommen außer Verhältnis zu dem in Rede stehenden Sanierungsbeitrag. Wir gehen davon aus, dass insofern weiterhin praxistaugliche Kriterien von der Rechtsprechung angewendet werden. Wir sehen insofern aber keinen Handlungsbedarf für den Gesetzgeber. Jedoch sollte eine Klarstellung in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden.

Nach Auffassung der Deutschen Kreditwirtschaft müsste für den Fall, dass in dem Referentenentwurf an dem Begriff der „unangemessenen Benachteiligung“ festgehalten werden soll, auch der Umstand berücksichtigt werden, dass ein längerer Fortbestand des schuldnerischen Unternehmens nach der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung ein Indiz ist, dass ein Benachteiligungsvorsatz nicht vorlag (*Kayser*, NJW 2014, 424 (428); BGHZ 157, 242 (254)). Dieser Umstand ist von der Rechtsprechung anerkannt, spiegelt sich aber nicht in der negativen Definition der „unangemessenen Benachteiligung“ im vorliegenden Referentenentwurf wieder. Im Umkehrschluss könnte man daraus folgern, dass ein solcher Umstand nicht geeignet ist, eine „unangemessene Benachteiligung“ auszuschließen.

## **V. Verkürzung der Anfechtungsfrist für Deckungshandlungen (§ 133 Abs. 2 InsO-RefE)**

§ 133 Abs. 2 Inso-RefE sieht vor, dass der Anfechtungszeitraum auf vier Jahre begrenzt wird, wenn die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat. Diese Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings sollte die Vorschrift um einen weiteren Satz 2 ergänzt werden, dass diese Beschränkung der Anfechtung nicht gilt, wenn der andere Teil eine nahestehende Person im Sinne von § 138 InsO ist. Die Deutsche Kreditwirtschaft schlägt daher vor, dass § 133 Abs. 2 InsO zukünftig wie folgt lautet:

*„Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt, oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Abs. 1 Satz 1 vier Jahre. Das gilt nicht, wenn der andere Teil eine nahestehende Person (§ 138) ist.“*

## **VI. Anfechtung der kongruenten Deckung (§ 133 Abs. 3 InsO-RefE)**

§ 133 Abs. 3 des vorliegenden Entwurfes sieht vor, dass die Vermutungsregelung nach § 133 Abs. 1 Satz 3 InsO-RefE nicht allein aus bestimmten, näher genannten Umständen abgeleitet werden kann. Nach dem Vorschlag der Deutschen Kreditwirtschaft wäre § 133 Abs. 1 Satz 3 InsO-RefE nicht zu übernehmen (siehe oben zu Ziffer III.), weswegen die Bezugnahme wegfallen würde.

Bei den aufgezählten Beispielen wäre zu ergänzen, dass ein Darlehensgeber nach den Regelungen des Verbraucherkreditrechtes (§ 498 BGB) verpflichtet ist, dem Darlehensnehmer, der mit der Zahlung seiner Darlehensraten in Verzug ist, spätestens mit der Fristsetzung ein Gespräch über die Möglichkeiten einer einverständlichen Regelung anbieten muss. Diese einverständliche Regelung wird regelmäßig darauf hinauslaufen, dass die Darlehensraten angepasst werden. Da es sich um eine gesetzliche Verpflichtung handelt, erscheint es nur folgerichtig, neben den Zahlungsvereinbarungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung nach § 802b Abs. 2 Satz 1 ZPO auch die gesetzlich vorgeschriebenen einvernehmlichen Regelungen des Verbraucherkreditrechtes zu nennen.

Die in § 133 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 InsO-RefE vorgesehene Ausnahme, dass die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners nicht allein daraus abgeleitet werden kann, dass der Schuldner beim anderen Teil eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat, greift zu kurz. Angefochten wird nicht die Rechtshandlung des Nachsuchens nach einer Zahlungserleichterung, sondern die Rechtshandlung der Vereinbarung einer Zahlungserleichterung. Darüber hinaus dürfte die Einschränkung „im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ problematisch sein. Auf diese Einschränkung sollte verzichtet werden, zumal eine Anfechtung nach der im Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelung nicht ausgeschlossen ist, sondern nur eben nicht auf das Nachsuchen oder das Vereinbaren einer Zahlungserleichterung gestützt werden kann. Außerdem sollte diese Beweiserleichterung auch nicht für nahestehende Personen gelten.

Die Beschränkung des § 133 Abs. 3 InsO-RefE auf eine kongruente Deckung greift überdies dort zu kurz, wo Insolvenzschuldner und Gläubiger sich auf eine Erleichterung zugunsten des Insolvenzschuldners und gerade nicht des Gläubigers einigen, wie dies bei der Vereinbarung einer Stundung oder einer Ratenzahlung/eines Stillhalteabkommens (Zahlungserleichterungen) der Fall ist, und diese Vereinbarungen als „inkongruent“ charakterisiert werden.

Diese Vereinbarungen können nach dem aktuellen Entwurf von einem Insolvenzverwalter unter den erleichterten Voraussetzungen für inkongruente Deckungen angefochten werden; der Schutz des § 133 Abs. 3 InsO-RefE würde daher ins Leere laufen.

Der Anwendungsbereich des neuen § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO müsste somit auch zumindest auf die bislang z.T. als „inkongruent“ charakterisierten Zahlungsvereinbarungen, die eine Erleichterung zugunsten des Insolvenzschuldners bewirken (Zahlungserleichterungen), erstreckt werden, damit die Regelung nicht unterlaufen werden kann.

Auch sollte nach Auffassung der Deutschen Kreditwirtschaft darauf verzichtet werden, zu regeln, dass aus den in den Ziffern 1-2 aufgeführten Sachverhalten „alleine“ kein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz hergeleitet werden kann. Dies ist nämlich ohnehin nicht der Fall, weil der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz – selbst bei Vorliegen einer Vermutungsregel – nicht alleine aus der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung bzw. aus diesen Umständen hergeleitet werden kann.

Darüber hinaus wäre eine – in Bezug auf die Vereinbarung einer Zahlungserleichterung - entsprechende Ausnahme in § 131 Abs. 1 InsO sinnvoll.

Nach dem Vorschlag der Deutschen Kreditwirtschaft sollte § 133 Abs. 3 wie folgt lauten:

*Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, oder haben der Schuldner und der andere Teil eine Zahlungserleichterung vereinbart, tritt bei der Vermutung nach Abs. 1 Satz 3 an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die eingetretene kann. Die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners ~~kann nicht allein~~ aus diesen Umständen oder daraus abgeleitet werden, dass*

1. *der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung nach § 802b Abs. 2 Satz 1 Zivilprozessordnung abgeschlossen hat oder*
2. *der andere Teil mit dem Schuldner im Rahmen eines bestehenden Verbraucherdarlehensvertrages unter den Voraussetzungen des § 498 BGB eine Zahlungsvereinbarung abgeschlossen hat.*
3. ~~*der Schuldner beim anderen Teil im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat.*~~

*<sup>2</sup>Satz 1 gilt nicht, wenn der andere Teil eine nahestehende Person (§ 138) ist.*

§ 131 Abs. 1 InsO wäre wie folgt anzupassen:

*„Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte,*

1. *wenn ...,*
2. *wenn ...,*
3. *wenn ....*

*Absatz 1 Satz 1 ist nicht anwendbar, wenn Schuldner und Insolvenzgläubiger eine Zahlungserleichterung vereinbart haben.*

## **VII. Rechtsfolgen (§ 143 InsO-RefE)**

Der Referentenentwurf sieht vor, dass eine Geldschuld nur zu verzinsen ist, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuches vorliegen. Diese Einschränkung ist zu begründen. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass Insolvenzverwalter zu Lasten - auch leistungsbereiter - Anfechtungsgegner Zinsansprüche dadurch begründen können, dass sie Anfechtungsansprüche längere Zeit nicht erheben.

Nach der Gesetzesbegründung soll sich aus der Verwendung des Wortes „nur“ ergeben, dass die Regelung hinsichtlich der Verzinsung abschließend ist und demnach Zinsen auch nicht mehr als gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen im Sinne des Bereicherungsrechts herausverlangt werden können. Nach Auffassung der Deutschen Kreditwirtschaft kommt der Wille des Gesetzgebers im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck, weil der Satz nicht mit dem Hauptsatz endet, sondern sich ein Konditionalsatz anschließt. Damit ist das Wort „nur“ auf den Konditionalsatz zu beziehen und nicht auf das Verb „verzinsen“. Nach dem vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut ist – anders als in der Gesetzesbegründung (S. 23) dargelegt - nicht ausgeschlossen, dass der Insolvenzverwalter einen Anspruch auf Herausgabe des Nutzungsersatzes geltend macht und damit indirekt die Herausgabe der Zinsen verlangt, die der Anfechtungsgegner erzielt hat oder hätte erzielen können.

Darüber hinaus dürfte die nunmehr vorgeschlagene Regelung dem grundsätzlichen Problem nicht begegnen, da für Insolvenzverwalter weiterhin die Möglichkeit bestünde, einen Insolvenzanfechtungsanspruch geltend zu machen, diesen aber nicht weiter zu substantiieren, so dass der Anfechtungsgegner auf diese Aufforderung zwar nicht bereit sein wird, Zahlung zu leisten, der Insolvenzverwalter seinerseits aber die Voraussetzungen für den Verzug und damit für den Anspruch auf Verzinsung gesetzt hat.

Daher schlagen wir vor, dass die bestehende Regelung dadurch flankiert wird, dass in § 146 Abs. 1 InsO die bis zum 15. Dezember 2004 bestehende Regelung über die Verjährung des Insolvenzanfechtungsanspruchs wieder aufgenommen wird. Demnach hätte der Insolvenzverwalter Zeit, seinen Insolvenzanfechtungsanspruch innerhalb von zwei Jahren nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gerichtlich geltend zu machen. Damit dürfte den Interessen aller Beteiligten Rechnung getragen sein.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass dem Insolvenzverwalter die Vorschriften über die Hemmung der Verjährung (§ 203 BGB) regelmäßig dann zugute kommen dürften, wenn er seinen Anfechtungsanspruch substantiiert gegenüber dem Anfechtungsgegner geltend macht und dieser sich – wenn nicht zu einer Zahlung – so doch jedenfalls zu einer Verhandlung veranlasst sieht.

Nach unserem Vorschlag sollte § 143 Abs. 1 Satz 3 InsO-RefE wie folgt lauten:

*„Eine Geldschuld ist nur zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuches vorliegen; ein darüber hinaus gehender Anspruch auf Herausgabe des Nutzungsersatzes ist bei einer Geldschuld ausgeschlossen.“*

Nach unserem Vorschlag müsste § 146 Abs. 1 InsO lauten:

*Der Anfechtungsanspruch verjährt in zwei Jahren seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.*