

**Gemeinsame Stellungnahme von**  
**Zentralverband des Deutschen Baugewerbes**  
**und**  
**Hauptverband der Deutschen Bauindustrie**  
**zum**  
**Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei**  
**Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfech-**  
**tungsgesetz**

Juni 2015

---

**I. Vorbemerkungen**

Wir begrüßen die Vorlage eines Referentenentwurfs, der das Ziel verfolgt, den Wirtschaftsverkehr von Rechtsunsicherheiten zu entlasten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen. Insbesondere die Verkürzung des Anfechtungszeit-

raums als auch die Klarstellung, dass die Bitte des Schuldners um eine verkehrsübliche Zahlungserleichterung für sich genommen nicht zum Anknüpfungspunkt für die Begründung des Anfechtungsanspruches gemacht werden können, stellen eine Verbesserung der derzeitigen Rechtslage für unsere Unternehmen dar.

Dennoch sind die im Referentenentwurf vorgesehenen Regelungen und Maßnahmen aus unserer Sicht nicht ausreichend, um das angestrebte Ziel der Beseitigung von Rechtsunsicherheiten umfassend zu lösen. Die nach unserer Wahrnehmung weiterhin bestehenden Probleme werden nachfolgend bei den einzelnen Paragraphen dargestellt.

Vorab möchten wir jedoch betonen, dass wir zwei – insbesondere für die Bauwirtschaft – wichtige Klarstellungen fordern:

Grundsätzlich sind Zahlungserleichterungen im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs nicht zu beanstanden. Diese dürfen nicht mehr Grundlage für eine Voratzanfechtung sein. In der Gesetzesbegründung hat als Regelbeispiel für „*Zahlungserleichterungen im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs*“ der Baustoffhandel Eingang gefunden. Unstreitig sind hier aufgrund der saisonalen und witterungsbedingten geschäftlichen Schwankungen vorübergehende Liquiditätsengpässe nicht ungewöhnlich. Für die Bauwirtschaft ist es jedoch von immenser Bedeutung, dass auch Zahlungserleichterungen, die einem Auftraggeber im Hinblick auf Abschlagsrechnungen oder die Schlussrechnung gewährt werden, unter § 133 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 InsO-E subsumiert werden. Hier fordern wir eine entsprechende Ergänzung in der Gesetzesbegründung.

Eine weitere überaus wichtige Thematik für die Bauwirtschaft ist die Frage der Anfechtbarkeit von Direktzahlungen gemäß § 16 Abs. 6 VOB/B. Hiernach ist der Auftraggeber berechtigt, zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags beteiligt sind, wegen Zahlungsverzugs des Auftragnehmers die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll. Eine solche Direktzahlung des Auftraggebers an den Nachunternehmer seines Vertragspartners ist nicht insolvenzfest.

Da sich die Mehrzahl der Nachunternehmer durch die Regelung in § 16 Abs. 6 VOB/B in Sicherheit wähnt und einer Direktzahlung des Bauherrn zur Sicherstellung der Fortführung der Baustelle zustimmt, trifft es sie umso härter, wenn diese Direktzahlung nachträglich wieder angefochten wird.

Wir fordern daher die Aufnahme einer Regelung in die Insolvenzordnung, wonach der in § 133 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 InsO-E normierte Grundsatz auch für den Fall der Direktzahlung nach § 16 Abs. 6 VOB/B gilt:

*(3) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt bei der Vermutung nach Absatz 1 Satz 3 an die Stelle der drohenden*

*Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die eingetretene. Die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners kann nicht **allein** daraus abgeleitet, werden, dass*

- 1. der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung nach § 802b Absatz 2 Satz 1 der Zivilprozessordnung abgeschlossen hat oder*
- 2. der Schuldner beim anderen Teil im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat **oder***
- 3. der andere Teil nach § 16 Abs. 6 VOB/B eine Direktzahlung vom Auftraggeber des Schuldners erhalten hat."*

## **II. Zu den Vorschriften im Einzelnen**

### **1. § 131 Abs. 1 InsO-E**

Ausweislich der Begründung heißt es, dass die unter dem geltenden Recht eröffneten Möglichkeiten der Insolvenzanfechtung nicht immer interessengerecht erscheinen, was insbesondere auch die Anfechtung von durch Zwangsvollstreckung erlangten Sicherungen und Befriedigungen in den letzten drei Monaten vor der Stellung des Insolvenzantrags betrifft. Diejenigen Gläubiger, die den Aufwand und das Kostenrisiko eines Gerichtsverfahrens auf sich genommen haben, können nicht sicher sein, die Früchte ihrer Anstrengungen auch behalten zu dürfen. Es wird darauf hingewiesen, dass nach ständiger Rechtsprechung und der herrschenden Literaturauffassung die im Vollstreckungswege erlangte Sicherheit oder Befriedigung unter den erleichterten Voraussetzungen einer inkongruenten Deckung nach § 131 InsO anfechtbar ist. Vollstreckende Gläubiger könnten deshalb auch dann einer Anfechtung ausgesetzt sein, wenn sie bei Beitreibung ihrer Forderung keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners haben.

Durch den hinzugefügten Absatz 1 Satz 2 soll daher gewährleistet werden, dass Gläubiger, die den Aufwand und das Kostenrisiko einer prozessualen und vollstreckungsrechtlichen Durchsetzung ihrer Ansprüche auf sich genommen haben, künftig nur dann eine Deckungsanfechtung befürchten müssen, wenn ihnen die Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nachgewiesen werden kann. Zu diesem Zweck soll klargestellt werden, dass eine Deckung nicht schon deshalb als inkongruent anzusehen ist, weil sie durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels erwirkt worden ist.

Aus unserer Sicht stellen diese Überlegungen bzw. die mit der Einfügung des Absatzes 1 Satz 2 beabsichtigte Zielsetzung einen Widerspruch dar. Eine Deckungsanfechtung soll nach dem Referentenentwurf zukünftig nur dann möglich sein, wenn, ggf. unter Zuhilfenahme der Vermutung des § 130 Abs. 2 InsO, die Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nachgewiesen werden kann. Aus unserer Sicht ergibt sich die Zielsetzung, wonach durch Zwangsvollstreckung erlangte Deckungen zukünftig in aller

Regel anfechtungsfest sein sollen, nicht aus der neu einzufügenden Regelung. Eine für die Praxis notwendige Klarstellung sollte aus unserer Sicht dergestalt aussehen, dass solche Deckungen entgegen der ständigen Rechtsprechung als kongruente Deckung gewertet werden und somit in den Anwendungsbereich des § 130 InsO fallen. In diesem Fall müsste auch nicht die Vermutung des § 130 Abs. 2 InsO hinzugezogen werden. Diese würde vielmehr originär Anwendung finden. Das mit dieser Gesetzesänderung angestrebte Ziel, das Vertrauen des Vollstreckungsgläubigers in das Behaltendürfen des Vollstreckungserfolges, würde hierdurch rechtssicherer erreicht werden.

## **2. § 133 Abs. 1 bis 3 InsO-E**

Grundsätzlich begrüßen wir eine Differenzierung der Vorsatzanfechtung zwischen Deckungshandlungen einerseits und sonstigen Rechtshandlungen sowie innerhalb der Deckungsfälle zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen. Im Hinblick auf den neu eingefügten Abs. 1 Satz 2, welcher eine Kodifizierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung darstellt, fordern wir jedoch eine Klarstellung im Hinblick auf die Beweislast. Ausweislich der Begründung (vgl. Seite 11) soll der Insolvenzverwalter beweisen müssen, dass die in Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 genannten Fälle nicht vorliegen. Diese Beweislastverteilung steht im Gegensatz zur bisherigen Beweislast, wonach für das Vorliegen einer bargeschäftsähnlichen Lage und eines ernsthaften Sanierungsversuchs die Beweislast beim Anfechtungsgegner lag. Die Übertragung der Beweislast für das Nichtvorliegen der in Abs. 1 Satz 2 genannten Ausnahmefälle wird unsererseits begrüßt, sollte jedoch im Gesetzeswortlaut Ausdruck finden. Wir fordern daher eine Ergänzung des Abs. 1 Satz 2 im Hinblick auf die Beweislast des Insolvenzverwalters.

Ausdrücklich begrüßen wir die Reduzierung des Anfechtungszeitraums für Deckungshandlungen von bisher 10 Jahre auf nunmehr 4 Jahre. Diese Reduzierung ist für die Wahrung der Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr im Hinblick auf eine drohende Anfechtung wichtig. Es entspricht den legitimen Erwartungen und Interessen eines Gläubigers, der eine Sicherung oder Befriedigung erhalten hat, dass er sich nach einem überschaubaren Zeitraum, nunmehr nach 4 Jahren, nicht mehr insolvenzanfechtungsrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt sieht.

Im Hinblick auf kongruente Deckungshandlungen, nämlich solchen, die dem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren oder ermöglichen, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, sehen wir eine weitere Reduzierung des Anfechtungszeitraums auf 2 Jahre als angebracht an. Dies würde im Ergebnis zu der sachgerechten Regelung führen, wonach bei den „klassischen“ Anwendungsfällen der Vorsatzanfechtung, wie z. B. Bankrott-handlungen und Vermögensverschiebungen, eine 10-jährige Anfechtungsfrist bestünde wobei hingegen bei inkongruenten Deckungshandlungen eine 4-

jährige Anfechtungsfrist und bei kongruenten Deckungshandlungen eine weiter reduzierte Anfechtungsfrist von 2 Jahren gegeben wäre.

Weiter begrüßen wir, dass im Hinblick auf kongruente Deckungen die im bisherigen § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO verankerte Vermutung der Kenntnis des anderen Teils von dem schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz dahingehend abgeschwächt wird, dass zukünftig die Vermutung an die Kenntnis der tatsächlich (statt bisher: der nur drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anknüpft. Wir kritisieren aber, dass im Hinblick auf die in Abs. 3 Satz 2 genannten Regelbeispiele der Zahlungsvereinbarung nach § 802 b Abs. 2 Satz 1 ZPO sowie der Zahlungserleichterung der Anwendungsbereich zu weit eingeschränkt wird.

Zum Einen heißt es wörtlich, „Die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners [kann] nicht allein daraus abgeleitet werden [...], dass eines der beiden Regelbeispiele vorliegt.“ Aufgrund der Verwendung des Wortes „*allein*“ dürfte in der Praxis eine wirkliche Besserstellung des Gläubigers jedoch nicht eintreten. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gibt es kaum einen Fall, wo „*allein*“ aus dem Vorliegen einer Zahlungsvereinbarung nach § 802 b Abs. 2 Satz 1 ZBO oder einer Bitte um Zahlungserleichterung auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und damit auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sowie die Kenntnis des anderen Teils hiervon geschlossen werden konnte. Wenn nach dem Wortlaut des Abs. 3 Satz 2 darauf abgestellt wird, dass „*allein*“ eine Zahlungsvereinbarung bzw. eine Bitte um Zahlungserleichterung vorliegt, unterfallen alle anderen Fälle, in denen weitere Indiztatsachen vorliegen, auch künftig der Vorsatzanfechtung. Aus diesen weiteren Indiztatsachen kann auch künftig auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, seinen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sowie die Kenntnis des anderen Teils hiervon geschlossen werden. Um eine solche nicht sachgerechte Einschränkung des Anwendungsbereiches zu verhindern, sollte das Wort „*allein*“ gestrichen werden.

Im Hinblick auf diese neu eingeführte Regelung begrüßen wir zwar, dass die Klarstellungen mit dem Ziel vorgenommen wurden, die Rechts- und Planungssicherheit für den Rechtsverkehr zu erhöhen. Jedoch erscheint uns die Einschränkung auf die Bitte um eine Zahlungserleichterung im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs als zu eng. Zum einen sollen nach dem Wortlaut in Absatz 3 Satz 2 Nr. 2 nur solche Zahlungserleichterungen begünstigt werden, die den „*Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs*“ entsprechen. Wie bereits eingangs ausgeführt, ist hierbei fraglich, welche Zahlungserleichterungen tatsächlich den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs entsprechen. Entspricht es den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs, wenn der Auftraggeber seinen Auftragnehmer, nämlich den Bauunternehmer, um eine Zahlungserleichterung bittet? Stellt die Stundung bzw. Ratenzahlungsvereinbarung im Hinblick auf Abschlagsrechnungen oder die Schlussrechnung eine den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs entsprechende Zahlungserleichterung dar? Da nicht einzusehen ist, warum Zahlungserleichterungen zwischen Bauherr und Auftragnehmer vom Anwendungsbereich des Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ausgeschlossen sein sollen, fordern wir eine entsprechende Klarstellung in der Begründung.

Ebenso undeutlich und nicht nachvollziehbar ist, wie damit umgegangen werden soll, wenn der Schuldner ohne jede Ratenzahlungsvereinbarung oder Stundungsbitte tatsäch-

lich Teilzahlungen leistet. Da in diesen Fällen das Merkmal des „*Nachsuchens*“ nicht erfüllt ist, müsste eine solch faktisch zustande gekommene Ratenzahlungs-/Stundungsvereinbarung anfechtbar sein. Hätte der Schuldner hingegen vor einem faktischen Handeln (Ratenzahlung) den anderen Teil um eine Zahlungserleichterung gebeten, wären die Voraussetzungen des Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 mit der Folge erfüllt, dass eine Anfechtung nicht in Betracht bzw. nur unter erschwerten Voraussetzungen in Betracht käme. Diese Differenzierung zwischen im Ergebnis gleich gelagerten Sachverhalten vermag nicht zu überzeugen.

Wir fordern daher eine Klarstellung dahingehend, dass nicht bloß das Nachsuchen um eine Zahlungserleichterung unter Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 fällt, sondern auch eine konkludente Zahlungserleichterung, die durch faktische Nichtzahlung und Akzeptieren des Gläubigers zustande gekommen ist.

Eine weitere überaus wichtige Thematik für die Bauwirtschaft ist die Frage der Anfechtbarkeit von Direktzahlungen gemäß § 16 Abs. 6 VOB/B. Hiernach ist der Auftraggeber berechtigt, zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags beteiligt sind, wegen Zahlungsverzugs des Auftragnehmers die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll. Eine solche Direktzahlung des Bauherrn an den Nachunternehmer seines Vertragspartners ist nicht insolvenzfest.

Da sich die Mehrzahl der Nachunternehmer durch die Regelung in § 16 Abs. 6 VOB/B in Sicherheit wähnt und einer Direktzahlung des Bauherrn zur Sicherstellung der Fortführung der Baustelle zustimmt, trifft es sie umso härter, wenn diese Direktzahlung nachträglich wieder angefochten wird.

Letztlich hilft dem Nachunternehmer in diesen Fällen auch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Juli 2014 (Az: IX ZR 240/13) in der Praxis kaum weiter. Im vorgenannten Fall hatten sich Bauherr, Generalunternehmer und Nachunternehmer in einer dreiseitigen Zahlungsvereinbarung darauf verständigt, dass der Bauherr direkt an den Nachunternehmer zahlt. Allerdings wurde die dreiseitige vertragliche Vereinbarung getroffen, bevor im Verhältnis zwischen Generalunternehmer und Nachunternehmer eine Leistung erbracht wurde. Der Bundesgerichtshof hierzu: *„Vertragsparteien können den Inhalt ihrer Vereinbarungen noch abändern, ohne den Charakter der Bardeckung zu gefährden, wenn sie die Abänderungsvereinbarung treffen, bevor die erste Leistung eines Vertragsteils erbracht worden ist.“* (siehe Randnummer 21 des vorgenannten Urteils).

Der vorleistungspflichtige Bauunternehmer dürfte in der Regel aber erst während der Ausführung des Bauvorhabens feststellen, ob sein Auftraggeber liquide ist und die (Abschlags-) Rechnung bezahlt, und nicht schon, bevor er mit der Ausführung seiner Arbeiten begonnen hat. In der Praxis werden etwaige Vereinbarungen daher in den seltensten Fällen getroffen, *„bevor die erste Leistung eines Vertragsteils erbracht worden ist.“* Vielmehr verlassen sich die Nachunternehmer auf den Wortlaut der Regelung in § 16 Abs. 6 VOB/B und fühlen sich auf der sicheren Seite, wenn sie unter den dort genannten Vo-

raussetzungen eine Direktzahlung des Bauherrn annehmen. Kaum einer kennt die insolvenzrechtliche Problematik der Anfechtungsmöglichkeit in diesen Fällen.

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16. Oktober 2008 (Az: IX ZR 2/05) gewährt jedoch eine Direktzahlung des Auftraggebers gemäß § 16 Abs. 6 VOB/B an einen Nachunternehmer diesem eine inkongruente Deckung im Sinne des § 131 Abs. 1 InsO. Denn der Nachunternehmer hat keinen Anspruch darauf, seine Forderung gegen den Auftragnehmer in dieser Art - aufgrund einer vorweggenommenen Zahlungsanweisung an den Auftraggeber - durch diesen als Dritten erfüllt zu erhalten. Darin liegt eine nicht unerhebliche Abweichung vom normalen Zahlungsweg des Auftragnehmers an den Nachunternehmer. Derartige Direktzahlungen sind zudem deswegen besonders verdächtig, weil sie an einen Zahlungsverzug des Auftragnehmers und damit typischerweise an dessen Liquiditätsschwierigkeiten anknüpfen (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Juni 2002 - IX ZR 425/99). Es handelt sich um eine nicht in der Art zu beanspruchende Befriedigung im Sinne des § 131 Abs. 1 InsO.

Im Beschluss vom 6. Juni 2002 (Az: IX ZR 425/99) hat der Bundesgerichtshof sogar betont, dass die Kenntnis des Nachunternehmers von einer Begünstigungsabsicht weder die Kenntnis einer Inkongruenz im konkursrechtlichen Sinne noch einer Zahlungseinstellung voraussetzt. Der Konkurs-/Insolvenzverwalter müsse insoweit lediglich nachweisen, dass dem Nachunternehmer bei Eingang der Direktzahlung die Benachteiligung der übrigen Gläubiger des Generalunternehmers bekannt war. Die Direktzahlung habe jedoch eine so erhebliche Indizwirkung, dass der Nachunternehmer faktisch seine Unkenntnis beweisen müsse.

Diese Annahmen des Bundesgerichtshofs zur Kenntnis des Nachunternehmers spiegeln hingegen nicht das tatsächliche Bild in der Praxis wider. In den wenigstens Fällen liegt bei solchen Fallgestaltungen tatsächlich eine Kenntnis des Nachunternehmers vom Vorsatz des Schuldners vor. Vielmehr ist dem betroffenen Nachunternehmer immer daran gelegen, die Baustelle weiter voranzutreiben und die Arbeiten zu vollenden und nicht die Baustelle dadurch zu behindern, dass (berechtigt) die Fortsetzung der Leistung wegen Zahlungsverzugs des Generalunternehmers verweigert wird.

Im Ergebnis ist die Situation des Nachunternehmers in einer solchen Situation auch vergleichbar mit der Situation eines Gläubigers, der mit der Bitte eines Schuldners nach Stundung oder Ratenzahlung konfrontiert wird. Ausweislich § 133 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 InsO-E ist vorgesehen, dass die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners nicht allein daraus abgeleitet werden kann, dass der Schuldner bei diesem im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat. Diese Grundsätze müssen auch für den in der Sache vergleichbaren Fall der Direktzahlung nach § 16 Abs. 6 VOB/B gelten.

Wir fordern daher die Aufnahme einer Regelung in die Insolvenzordnung, wonach der in § 133 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 InsO-E normierte Grundsatz auch für den Fall der Direktzahlung nach § 16 Abs. 6 VOB/B gilt:

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

- 1. der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung nach § 802b Absatz 2 Satz 1 der Zivilprozessordnung abgeschlossen hat oder*
- 2. der Schuldner beim anderen Teil im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat ~~oder~~*
- 3. der andere Teil nach § 16 Abs. 6 VOB/B eine Direktzahlung vom Auftraggeber des Schuldners erhalten hat.“*