

An das
Bundesministerium
der Justiz und für
Verbraucherschutz
z.Hd. Herrn Dr.Eichholz-RA3-
Mohrenstr.37
10117 Berlin

-nur per Mail-

21.4.2015

BAKinso-Stellungnahme zum „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz“ v. 16.3.2015

Sehr geehrte Damen und Herren,
zu dem o.g. Referentenentwurf nehmen wir gem. Anschreiben v. 16.3.2015 wie folgt Stellung:

I. Einordnung des Entwurfes in die bisherige Historie von Änderungsbegehren bzgl. der insolvenzrechtlichen Anfechtungsregeln

Der im Jahre 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung sind bisher ca. 43 gesetzliche Änderungen widerfahren. Dies spiegelt u.a. die Begehrlichkeiten wieder, im Wirtschaftsrecht der „Insolvenz“ jeweils gruppenspezifische Vorteile durchzusetzen.

Das Insolvenzanfechtungsrecht ist spätestens seit dem Jahre 2005 zunehmend Änderungsversuchen ausgesetzt. Ein erster Versuch der Einschränkung des § 131 InsO in Punkto „Zwangsvollstreckung“ scheiterte 2006¹. Es folgte z.B. ein geänderter § 28e Abs.1 SGB IV zur Herbeiführung einer vermeintlichen Unanfechtbarkeit des Arbeitnehmeranteils der Sozialversicherungsbeiträge². Der BGH hat allerdings die dortige die Formulierung als ungeeignet zur Zweckerreichung beurteilt.³

Anschließend folgte der Versuch, ein Fiskusprivileg mit dem Haushaltsbegleitgesetz 2011 wieder einzuführen.⁴ Die entsprechenden Vorschläge wurden überwiegend kritisiert.⁵ Das Gesetz wurde dann ohne die beabsichtigte Änderung verabschiedet.⁶ Auch in weiteren

¹ BR-Drs.618/05, RegE S. 6 ff.; vgl. dazu Huber, ZInsO 2015, 713.

² Bundesratsdrucksache 746/07 vom 09.11.07: hier Artikel 1 lfd. Nr. 17 ; Bundestagsdrucksache 743/07 ; Bundestagsdrucksache 16/6540; Drucksache Ausschuss für Arbeit und Soziales 16/6986; zusammenfassend Blank, ZInsO 2008, 1 ff.

³ BGH v. 5.11.2009, ZIP 2009, 2301=ZInsO 2009, 2293=NZI 2009, 886; BGH v. 7.4.2011, ZInsO 2011, 916; noch heute allerdings gegenteilig: LG Dresden v. 9.5.2014, ZInsO 2014, 1061

⁴ Beschluss der Bundesregierung v. 7.6.2010, ZInsO 25/2010, II; vgl. zum Fiskusprivileg, J.Ph. Meier, Privilegien des Fiskus und der Sozialversicherungsträger in der Unternehmensinsolvenz, 2010; Maus, ZInsO 2004, 837; Uhlenbruck ZInsO 2005, 505; Kreft, Fs Samwer, 2008, 261.

⁵ Unterschriftenliste der „Insolvenzrechtsszene“ mit Kritik in ZIP 2010, 1317; Bauer, ZInsO 2010, 1917; Ries (NZI-aktuell, Heft 19/2010), insbes. zur angebl. „Zwangsgläubiger-Benachteiligung“; Stapper, ZInsO 2010, 1880; Kahlert, ZIP 2010, 1887; Rein, NZI-aktuell, Heft 18/2010, V; Haarmeyer/Ries, ZInsO 38/2010,III ; Stellungnahme des GSV („Täuschung der Öffentlichkeit“) v. 20.9.2010, NZI 2010, VIII; Stellungnahme des VID; offener Brief Leutheusser-Schnarrenberger an VID, Süddeutsche Zeitung v. 10.9.2010, dazu: Antwort des VID-Vorsitzenden, zitiert NZI 2010, Heft 20, VII.

⁶ Version v. 28.10.2010, ZInsO 2010, 2086

Gesetzen wurde versucht, ein Fiskusprivileg wieder einzuführen.⁷ Es folgte im Jahre 2011 der Versuch mit dem Beitreibungs-Richtliniengesetz einen § 226 Abs.5 AO zu implementieren, der die Insolvenzanfechtung gegenüber dem Fiskus praktisch ausgeschlossen hätte.⁸ Dieser Ansatz ging im Gesetzgebungsverfahren schließlich unter⁹.

Der insolvenz- und sanierungsrechtlich richtige Ansatz¹⁰, insolvente Unternehmen –auch mittels der Anfechtungsregeln- rechtzeitig dem Insolvenzeröffnungsverfahren, gfs. zwangsweise durch einen Gläubigerantrag, zuzuführen, um rechtzeitig Gläubigerinteressen schützen und Sanierungsmaßnahmen einleiten zu können wurde im Haushaltbegleitgesetz 2011¹¹ mit einer allseits als missglückt bewerteten Neufassung des § 14 Abs.1 S.2 InsO nur sehr unzureichend umgesetzt¹². Die erhoffte Wirkung dieser Gesetzesänderung konnte mangels sehr zögerlichen Gebrauchs durch die institutionalisierten Gläubiger in Richtung eines konsequenten Überprüfungsverlangens bezüglich der wirklichen Zahlungsfähigkeit des Schuldners im zweiten Antragsverfahren und aufgrund der diesbzgl. Einschränkungssprechung des BGH¹³ nicht stattfinden.

Es bleibt unverständlich, weshalb gerade institutionelle Gläubiger immer wieder erneut Insolvenzantrag stellen müssen, um dem „Sterben“ eines Unternehmens im Wege der Zahlung der nur jeweils aktuellsten und drängendsten Insolvenzeröffnungsforderung zuzuschauen, um dann erfahren zu müssen, sie hätten quasi keine Möglichkeit, im laufenden Insolvenzeröffnungsverfahren in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit erneut einen Insolvenzgrund glaubhaft machen zu können. Anfechtungsgegner sind in allererster Linie Sozialversicherungsträger, Fiskus und Banken, mithin diejenigen, die wegen der mangelnden „Nutzung“ von § 14 Abs.1 InsO gerade die bei ihnen immer weiter auflaufenden Ansprüche deutlich selbst „mit verursacht“ haben.

Lösungsvorschlag: Der Gesetzgeber könnte hier mit einer Änderung des § 14 Abs.1 InsO hin zu einer Herabsetzung der Zulässigkeitshürden für Gläubigeranträge leicht Abhilfe schaffen. Das deutsche Insolvenzrecht hat seit vielen Jahren mit der ungenügenden Insolvenzantragstellungsbereitschaft von schuldnerischen Unternehmen- trotz mittlerweile geschaffenen Anreizen durch das „ESUG“- und Gläubigern ein Insolvenzverschleppungs- und kein Anfechtungsproblem erlebt¹⁴.

Dieses Verschleppungsproblem kann für die von Anfechtungsansprüchen betroffenen Gläubiger im Ergebnis auch über die Regressierung des Verschleppungsschadens beim schuldnerischen Verantwortungsorgan gem. §§ 823 Abs.2 BGB, 15 a InsO zumindest schadensrechtlich amortisiert werden¹⁵. Weiterhin könnte der Gesetzgeber über eine kleine Änderung in § 26 Abs.1 InsO auf eine Kostendeckungspflicht zur Insolvenzeröffnung bei Kapitalgesellschaften schlicht verzichten, wie es in vielen europäischen Ländern bereits üblich ist. Auch dies illustriert, dass eine Einschränkung des Insolvenzanfechtungsrechtes

⁷ zusammenfassend: Lenger/Müller, NZI 2011, 903; Schmittmann, ZInsO 2011, 1941; Weiland, DZWIR 2011, 224; Leithaus, NZI 22/2011, V; kritisch Schmittmann, ZIP 2012, 249 unter Einbeziehung der BFH-Entscheidungen v. 24.11.2011, 27.7.2011 und v. 9.12.2010.

⁸ „Die von einem anderen Unternehmen für das Unternehmen des Insolvenzschuldners und die vom Insolvenzschuldner ausgeführten Lieferungen und sonstigen Leistungen gelten für die Aufrechnung durch Finanzbehörden nicht als Rechtshandlungen im Sinne der §§ 129 ff. InsO der Insolvenzordnung.“

⁹ BT-Drucksache 17/7524 vom 26. Oktober 2011

¹⁰ hierfür –auch als Ziel der Anfechtungsregeln- jüngst wieder Gehrlein, NZI 2014, 481, 482; Kreft, ZInsO 2014, 1121; Thole, ZIP 2014, 1653, 1654

¹¹ BT-Drs. 17/3030; BT-Drs. 17/3452

¹² Kölner Insolvenzrichter, ZIP 2013, 1456, 1457; Müller/Rautmann, ZInsO 2013, 378, 379; Marotzke, ZInsO 2011, 841, 848; Frind, ZInsO 2010, 1161 und ZInsO 2010, 1784; ZInsO 2010, 2183; ähnlich, Pape, ZInsO 2010, 2155, 2156; Marotzke, ZInsO 2010, 2163

¹³ BGH v. 12.7.2012, ZInsO 2012, 1565; BGH v. 11.4.2013, ZIP 2013, 1086=ZInsO 2013, 1087; BGH v. 18.12.2014, ZInsO 2015, 301=ZIP 2015, 329.

¹⁴ Hölzle, ZIP 2015, 662, 664

¹⁵ vgl. dazu Hölzle, ZIP 2015, 662, 666

zum Schutz des „deutschen Mittelstandes“ nicht notwendig ist.

BAKinso e.V. bedauert, dass dieser gesetzliche Weg der Erleichterung der Gläubigerantragstellung, der für alle Gläubiger zu einer spürbaren Entlastung von Anfechtungsrisiken bei gleichzeitiger Erhöhung der Sanierungswahrscheinlichkeiten führen würde, nicht weiterverfolgt und stattdessen die „Lösung“ in der Einschränkung der Anfechtungsregeln, mithin „am falschen Ende des Verfahrens“, gesucht wird.

II. Die Hauptbegründungselemente des Referentenentwurfes

1. Obwohl richtigerweise bereits im Jahre 2013 die Bundesländer lt. einer anschließenden Verlautbarung zu ihrer internen Befragung im INDAT-Report keinen Bedarf zu Änderungen des Anfechtungsrechtes sahen¹⁶, ist der jetzt vorliegende Referentenentwurf¹⁷ maßgeblich aufgrund von Stellungnahmen einzelner Wirtschaftsverbände entstanden, die **keine korrekte Wiedergabe der Wirkungen des Insolvenzanfechtungsrecht beinhalten, sondern empirisch nicht abgesicherte und durch die Rechtsprechung in der dargestellten Weise auch nicht ausgeurteilte vorgebliche Leitlinien kritisieren.**¹⁸

Die in den den Mitgliedern von BAKinso e.V. täglich vorliegenden Insolvenzeröffnungsgutachten aufgefundenen Anfechtungsansprüche resultieren und begründen sich weder daraus, dass das insolvente Unternehmen/Schuldner seinen Gläubigern alleinig „Ratenzahlungen“ angeboten hätte, noch sind in den Insolvenzverfahren im Verbraucherinsolvenzbereich seit dem Inkrafttreten der diesbzgl. Reform zum 1.7.2014 in relevanter Anzahl Anfechtungsansprüche gegenüber der „Privatwirtschaft“ (Vermieter, Energieversorger, Dienstleister) aufzufinden¹⁹. Beide der Begründung des RefE maßgeblich und tragend unterlegte Behauptungen treffen nicht zu. Vielmehr werden die diesbezüglichen Auswirkungen in der insolvenzrechtlichen Literatur übereinstimmend als vernachlässigbar beurteilt²⁰. Eine verlässliche empirische Grundlage für die Annahme, dass Handel, Warenlieferanten und Dienstleister von den derzeitigen Anfechtungsregeln über Gebühr betroffen wären, ist nach wie vor nicht vorhanden.²¹

2. Ein weiteres Hauptbegründungselement des Referentenentwurfes lautet dahin, dass **die Rechtsprechung des BGH zu Anfechtungssachverhalten zu kompliziert und zu differenziert („überbordende Ausdifferenzierung“), so dass sie „auf der Ebene der Instanzgerichte“ nicht angekommen, ja diese „überfordert“ seien.**²² Es fragt sich, ob dies richtig ist und, ob die Regelungen, die Entwurf vorschlägt, nicht ebenfalls oder sogar in weit erhöhtem Umfang zu (noch mehr) Auslegungsunsicherheiten beitragen (werden) (s.III.).

Selbst Vertreter der Wirtschaftsverbände räumen ein, dass die Anfechtungsregeln im Grunde vollkommen richtig seien, sie kritisieren nur deren Anwendung in den unteren Instanzen (ein Argument, dass der Referentenentwurf wörtlich und ohne empirische Basis übernommen hat) und die „zu schnelle Vergleichsbereitschaft“ ihrer eigenen Mitglieder: Begründet wird die

¹⁶ Mitteilung v. 6 Bundesländern lt. INDAT-Report 7/2013, 8 ff.; lt. INDAT-Report 2/2014, 10, ist die Befragung aber offiziell noch nicht abgeschlossen, da das BMJV noch nicht einbezogen wurde.

¹⁷ siehe die Begründung S.8

¹⁸ S.z.B. Positionspapier BDI/ZV des deutsch. Handwerkes v. 14.10.2013, ZInsO 2013, 2312 und weitere Positionspapiere des Mittelstandsverbundes und des Bundesverbandes Großhandel ... v. 1.11.2013: Nachweise bei Thole, ZIP 2013, 2081 Fn. 6; Marotzke, ZInsO 2014, 417, 419 Fn. 15.

¹⁹ so aber Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073, 1082; Jäger, FP 2014, 156

²⁰ Lackmann, InsbÜO 2014, 303, 305; Vallender NZI 2014, 535; Schmerbach/Semmelbeck, NZI 2014, 547, 548; Ahrens, NZI 2014, 341; Frind, ZInsO 2014, 1739.

²¹ Bork, ZIP 2014, 797; ders. AnwBl 2014, 513

²² RefE Begr. S.8; die mangelnde Rezeption der insolvenzrechtlichen Literatur im RefE zu dieser Frage zu Recht kritisierend Hölzle, ZIP 2015, 662, 644

Initiative z.B. seitens des BGA e.V.²³ damit, dass die BGH-Rechtsprechung in den unteren Instanzen wegen „Überforderung“ nicht ankäme und zudem sich die Anfechtungsgegner aus der Wirtschaft zu schnell verglichen²⁴. Die vorgenannten Gründe wurden auf dem Deutschen Insolvenzrechtstag in dem entsprechenden Workshop bestätigt (bessere Information der Gläubiger notwendig und bessere Beratung)²⁵ und auch seitens Vertretern des BMJV erwähnt²⁶.

Der genannte Begründungsansatz ist unseres Erachtens für das Verlangen nach einer gesetzlichen Änderung nicht tragfähig: Es gibt z.B. keine empirische Erhebung über den Prozentsatz der Aufhebungen untergerichtlicher Entscheidungen durch den XI. Zivilsenat des BGH wegen „Nichtbefolgung“ von dessen Auslegungsrechtsprechung. In der insolvenzgerichtlichen Praxis stellen sich die Judikate des BGH als verständliche und in Insolvenzgutachten auf die entsprechenden Sachverhalte auch an- und verwendbare Entscheidungen und Leitlinien zur Auslegung der §§ 129 ff. InsO dar. Ein Gesetz muss nicht geändert werden, weil etwa Wirtschaftsjustiziere die Rechtsprechung des BGH kritisieren oder ihr nicht folgen wollen.

Die bereits mit dem Titel des Referentenentwurfes als gesetzliche Überschrift behauptete quasi „Rechtsunsicherheit“, die in einer „Verbesserung der Rechtssicherheit“ durch den Entwurf münden soll, gibt es nicht und, wenn es sie gäbe, trüge der Entwurf zu ihrer Einschränkung nicht bei²⁷.

Dass Anfechtungsrechtsstreitigkeiten von den Gerichten aber auch gegenüber diesen „Zwangsgläubigern“ „gerecht“ entschieden wird, belegen die Zahlen des GKV-Spitzenverbandes, die dieser März 2014 veröffentlichte²⁸: Danach sind im Rahmen der Anfechtung nach §§ 130, 131 InsO in den Jahren 2012 und 2013 ca. 85 % der angefochtenen Beträge ausgekehrt worden, im Rahmen der Anfechtung nach § 133 InsO nur 56% bzw. 60 % (im Zeitraum der Fünfjahresanfechtung) und im Durchschnitt nur 50 % im Rahmen der Anfechtung bis zu 10 Jahren. Allerdings haben die Anfechtungsverfahren zugenommen. Dies ist vor dem Hintergrund der vermehrten Eröffnung der Gerichte von „Ordnungsverfahren“ nicht verwunderlich. Im Ergebnis haben damit „die Insolvenzverwalter“ nur etwas mehr als 50% der Verfahren nach § 133 InsO gewonnen. Dies scheint die Argumentation vom „Nichtankommen der BGH-Rechtsprechung bei den unteren Instanzen“ jedenfalls nicht zu stützen.

Unberechtigte und wenig erfolgversprechende, mithin „unnötige“ oder „sinnlose“ Insolvenzanfechtungsklagen von Insolvenzverwaltern würden, wären sie ein „Massenphänomen“, zu insolvenzgerichtlich auffälligen und der Aufsicht unterliegenden (§ 58 Abs.1 InsO) Belastungen der Massen durch unnötige Prozesskosten führen. Dies wiederum wäre auch haftungsbewehrt (§ 60 Abs.1 InsO)²⁹. Die insolvenzgerichtliche Aufsichtspraxis kann solche Erscheinungen als signifikant oder „häufig“ beobachtete Phänomene nicht bestätigen.

3. Ein weiteres Hauptbegründungselement des Entwurfes lautet dahin, dass die Rechtsprechung des BGH die Anforderungen an den subjektiven Tatbestandsnachweis

²³ Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V.

²⁴ So ausdrücklich Melnikov, INDAT-Report 2/2014, 22 dies vermerkend Gehrlein, NZI 2014, 481. Huber, ZInsO 2015, 713, 718 bemerkt zu Recht, dass die derzeitige Rechtsprechung für den Tatrichter durchaus beherrschbar ist.

²⁵ INDAT-Report 3/2014, 35

²⁶ So teilt Graf-Schlicker gem. INDAT-Report 6/14, S.32, mit, dass die Eingaben beim BMJV zum Thema „Änderung der Anfechtungsregelungen“ häufig offenbar auf „außergerichtlichen Vereinbarungen“ beruhten, auf die sich die Gläubiger eingelassen hätten in Ansehung der „Autorität“ des Verwalters als potentiellen Klägers.

²⁷ so auch Jacobi/Böhme, ZInsO 2015, 721, 724.

²⁸ INDAT-Report 3/2014, 6

²⁹ OLG Celle, ZInsO 2005, 441; Bruns, ZInsO 2014, 1083, 1090

im Rahmen des § 133 InsO zu sehr herabsetze³⁰.

Gerade aber die Norm des § 133 Abs.1 InsO wird vom BGH zunehmend differenziert ausgelegt³¹.

Es ist *nicht ersichtlich* dass,

- Anfechtungen von Lohnzahlungen
- Anfechtungen von Sanierungszahlungen
- Anfechtungen von Ratenzahlungen

„per se“ und einfach möglich sind, vielmehr hat die Rechtsprechung des BGH bzw. bzgl. der Lohnzahlungen nunmehr diejenige des BAG³² hohe Hürden vor einer erfolgreichen Anfechtung errichtet. Allerdings müssen die möglichen Anfechtungsgegner insbesondere im Bereich der Dienstleister und Energieversorger, wie auch der Steuerbehörden, jeweils ihren Erkenntnisstand über „den Schuldner“ bzw. sein Unternehmen zum Zeitpunkt von Bewilligungen weiterer Kredite oder Raten dokumentieren, um sich später erfolgreich „verteidigen“ zu können.

Dies wird häufig unterlassen, ist aber kein Argument, den § 133 InsO „zu entschärfen“.

Ratenzahlungsbitten sind mitnichten, wie im RefE behauptet, per se „Beweisanzeichen“ für eine Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners. Die BGH-Rechtsprechung hat hier vielmehr unregelmäßige und nur teilweise erbrachte Ratenzahlungen zum Gegenstand.³³

Auch die Anfechtung von „Sanierungszahlungen“ oder ihnen gleichgeordneter Befriedigungen hat der BGH nur dann ermöglicht, wenn ihnen kein belastbares und existentes Sanierungskonzept zu Grunde liegt³⁴.

Es ist nicht erkennbar, weshalb diese Rechtsprechung zu unangemessenen Ergebnissen oder „Rechtsunsicherheit“ führen sollte. Vielmehr birgt die nunmehr im RefE vorgeschlagene Regelung in § 133 Abs.1 Satz 2 Nr.2 InsO-RefE mit der dort vorgesehenen Formulierung „Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuches“ die Gefahr, dass gleich zwei Tatbestandselemente, die bisher nicht in der Rechtsprechung definiert sind, im Zuge von Anfechtungsprozessen streitig werden: Der Begriff „Bestandteil“ und der Definitionsbereich eines „Sanierungsversuches“. Der Entwurf trägt hier zu mehr und nicht zu weniger Rechtsunsicherheit bei.

Weiterhin verweist die Begründung des RefE auf unterschiedliche Rechtsprechungsergebnisse von BAG und BGH zur Frage des Zeitraumes eines unmittelbaren Leistungsaustausches bei der Anfechtung bzw. dem Anfechtungsschutz (§ 142 InsO) verspäteter Lohnzahlungen. Dieser Hinweis ist richtig, zeigt aber im Grunde das grundsätzliche Problem der Divergenz des Rechtsweges je nach „Anfechtungsgegenstand“ in Folge der Entscheidung des Gemeinsamen Senates der Obersten Gerichtshöfe³⁵ auf. Der RefE wählt hierzu die Lösung, eine einzelne Frage aus diesem Komplex gesetzlich mit § 142 Satz 3 InsO-RefE lösen zu wollen. Dies übersieht, dass auch künftig andere Fragen zwischen den Senaten streitig werden könnten.

³⁰ RefE Begr. S.9, 16, 17

³¹ Kayser, NJW 2014, 422

³² BAG-Urteil vom 6.10.2011 - 6 AZR 262/10 (ZIP 2011, 2366=ZInsO 2012, 37=NZI 2012, 981; zust. Abele, FA 2012, 38)

³³ BGH v. 6.12.2012, ZInsO 2013, 190, 194, Rn. 34; vgl. P.Fischer, ZInsO 2013, 1917, 1928. Die Entscheidung des BGH v. 6.12.2012 ist nicht so zu interpretieren, dass eine Vereinbarung von Ratenzahlungen schon per se die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vermittelt (so auch OLG Hamm v. 29.8.2014, ZInsO 2014, 2437). Jedoch sind unregelmäßige Ratenzahlungen danach schon ein deutliches Beweisanzeichen für Zahlungsunfähigkeit (Köper/Pfoser, ZInsO 2014, 2341, 2343), während regelmäßige Ratenzahlungen als „sicher“ gelten (Priebe, ZInsO 2015, 425, 431).

³⁴ Ganter, NZI 2014, 673, 675; Prütting, ZIP 2013, 203 m.w.N.; Weber, ZInsO 2011, 904; vgl. BGH, WM 1993, 270 ff.; BGH ZIP 1998, 248, 251; BGH v. 1.4.2004, LNR 2004, 16042; BGH ZIP 2006, 279; BGH v. 21.6.2007, ZInsO 2007, 816 dort Rz.18; BGH v. 10.2.2011, IX ZR 176/08, GWR 2011, 144

³⁵ Beschluss v. 27.9.2010, ZIP 2010, 2418=ZInsO 2010, 2400

Ein zureichender Weg, um dies in Richtung „Rechtssicherheit“ zu ändern, wäre nicht die gesetzliche Regelung von Einzelfragen, sondern die eindeutige Regelung der Entscheidungshoheit über insolvenzrechtliche Anfechtungssachverhalte bei den Bundesgerichten³⁶.

4. Der Entwurf würdigt in seiner Begründung die Funktion des Insolvenzanfechtungsrechtes für die Ermöglichung der Verfahrenseröffnung im Sinne des Begriffes „voraussichtlich“ in § 26 Abs.1 Satz 1 InsO nicht ausreichend.

Aus insolvenzpraktischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere die „Ordnungsverfahren“, d.h. diejenigen Insolvenzverfahren, die nur mit knapper voraussichtlicher Deckung der Verfahrenskosten (§ 54 InsO) eröffnet werden können (§ 26 Abs.1 InsO) besonders durch Anfechtungsansprüche getragen werden. Die Praxis benötigt Insolvenzanfechtungsansprüche prognostisch zur Eröffnung häufig bei bereits eingestellten Geschäftsbetrieben, aber auch im Bereich der „Firmenbestattungen“ -, um Insolvenzverschleppungs- oder Insolvenzkorrekturansprüche im eröffneten Verfahren regressieren zu lassen und zugleich das schuldenrische Unternehmen bzw. seine „Reste“ zu ordnen. Solche Verfahren können sehr häufig nur aufgrund der Entdeckung der „korrektiven Ansprüche“ eröffnet werden³⁷. Dies kommt der gesamten Gläubigerschaft zu Gute, aber auch dem Wirtschaftsstandort Deutschland³⁸, denn der Verwalter stellt nicht nur die Erstellung von z.B. Arbeitspapieren sicher, ist steuerrechtlicher Ansprechpartner für den Fiskus, sondern organisiert auch die geordnete Rückgabe der gemieteten Räumlichkeiten und der noch vorzufindenden Waren und Leasinggegenstände³⁹; im Übrigen wird häufig die Insolvenzverschleppung dann zumindest zivilrechtlich (da das Strafrecht in der Umsetzung häufig versagt) aufgearbeitet⁴⁰.

Es ist daher verfehlt, das Verfahren nur an der reinen Quotenausschüttung zu messen⁴¹, so dass dem häufig geäußerten Argument, in den Verfahren bis zu einer Masse von ca. 50.000,- EUR wirtschaftete der Verwalter „nur für sich selbst“ oder aufgrund „Sonderopfern“ der Gläubiger⁴² immer wieder die Ordnungsfunktion des Insolvenzrecht entgegengehalten werden muss.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im Durchschnitt aller Regelinsolvenzverfahren ca. 33 % der Masseanteile aus erfolgreich erlangten insolvenzspezifischen Ansprüchen bestehen⁴³. Von diesen stellen wiederum die Anfechtungsansprüche das Gros, im Durchschnitt ca. 20 % der Masseanteile in Regelinsolvenzverfahren, und ermöglichen dergestalt eben sehr häufig auch erst die Verfahrenseröffnung (§ 26 Abs.1 InsO).

Daraus folgt, dass jede Einschränkung der Anfechtungsregeln die Wahrscheinlichkeit der Eröffnung von „Ordnungsverfahren“ mindert, zumal Ansprüche gegen die Geschäftsführung wegen Insolvenzverschleppung häufig erst erfolgreich im eröffneten Verfahren genauer untersucht, aufgefunden und verfolgt werden können, indem die Eröffnung via

³⁶ so zu Recht auch Hölzle, ZIP 2015, 662, 665

³⁷ Die Nichteröffnung bei nicht erfolgtem Ausschöpfen gegebener Ermittlungsmöglichkeiten ist amtspflichtwidrig, vgl. BGH ZInsO 2008, 859; Pape ZInsO 2007, 1080, 1082

³⁸ zur Ordnungsfunktion Haarmeyer, Fs. für G.Fischer, 2008, 193 ff.; A.Schmidt, ZInsO 2008, 291; Stiller, NZI 2010, 250, 252; auch die Ermittlung „korrektiver“ Ansprüche gehört zur Ordnungsfunktion : OLG Hamm v. 22.9.2011, ZInsO 2011, 1947; AG Hamburg ZIP 2001, 1885.

³⁹ Ehlers/Meimberg, ZInsO 2010, 1169

⁴⁰ BGH v. 17.7.2008, NZI 2008, 557=ZInsO 2008, 859: „Bei strikter Befolgung der schon ab Überschuldung eingreifenden Insolvenzantragspflicht dürfte es regelmäßig nicht zu einer masselosen Insolvenz kommen.“

⁴¹ Frind, ZInsO 2011, 1569

⁴² Smid, ZInsO 2014, 1247, 1248

⁴³ Frind, ZInsO 2011, 1913; ders. ZInsO 2011, 169; ders. ZInsO 2009, 1683; ders. ZInsO 2008, 1068; ders., ZInsO 2008, 126 zu Erhebungen des Insolvenzgerichtes Hamburg

Verfahrenskostendeckung häufig in erster Linie im Gutachten mit Anfechtungsansprüchen innerhalb der kurzen Zeit, die das Eröffnungsverfahren zur Untersuchung erlaubt⁴⁴, begründet werden kann. Insofern bietet das Anfechtungsrecht auch die Gewähr späterer Verfolgung von Insolvenzverschleppungen durch die „door-opener-Funktion“ zur Verfahrenseröffnung⁴⁵. In diesem Zusammenhang muss leider konstatiert werden, dass die „ESUG“-Regelung des § 26 Abs.4 InsO in der Praxis fast keine Anwendungsfälle findet.⁴⁶

Das insolvenzrechtliche Anfechtungsrecht vermeidet daher im Ergebnis auch Kosten der häufig als Gläubiger antragstellenden Sozialversicherungsträger oder des Eintrittes der Staatskasse für die Verfahrenskosten. Denn bei einem Beschluss „Abweisung mangels Masse“ würde nach dem Kostentragungstenor zwar in der Regel das insolvente Unternehmen für die Verfahrenskosten haften, aber mangels Vollstreckungsmöglichkeiten tritt an dessen Stelle die Zweitschuldnerhaftung oder die Staatskasse. Je mehr Verfahren daher eröffnet werden können –die Eröffnungsquote konnte nach Inkrafttreten der InsO von ca. 33 % zu Zeiten der Konkursordnung auf ca. 75 % gesteigert werden⁴⁷–, desto weniger muss die Staatskasse für Verfahrenskosten haften. Es ist insofern unverständlich, wenn der Entwurf unter lit. „F:“ keine Kosten für die öffentlichen Haushalte erwartet. Dem kann nicht zugestimmt werden.

Insbesondere auch im Bereich der Verfahrenskostenstundung in den Verfahren natürlicher Personen (§§ 4a ff. InsO) werden –insbesondere im Bereich der „IN-Verfahren“ –viele Stundungsanträge wegen prognostisch bereits entdeckter Anfechtungsansprüche von den Insolvenzgerichten bereits im Eröffnungsverfahren abgelehnt. Die jährlich auf die Länderkassen entfallenden und von diesen allein zu tragenden Stundungskosten rechtfertigen auch durchaus, dass die Verfahrenskostenstundung von den Insolvenzgerichten eng geführt und regelhaft überprüft wird. Der Gesetzgeber ging –ohne Erhebungsgrundlage– in der 16.Legislaturperiode von durchschnittlich ca. EUR 2.300,-- Kosten pro Verfahren (IN- und IK-Verfahren zusammen) aus⁴⁸.

Bei jährlich ca. 100.000 Verfahren natürlicher Personen (IN- und IK-Verfahren zusammen) mit einer Eröffnungsquote auf Stundungsbasis von ca. 90% macht dies ein Volumen von ca. 2,07 Milliarden EUR aus. Eine staatliche Erhebung der Stundungskosten der Länderhaushalte findet nach wie vor (auch nach Einführung des Insolvenzstatistikgesetzes) nicht statt und fand auch bisher nicht statt, was insbesondere im Verlauf des Reformversuches im Jahre 2008 (Abschaffung der Verfahrenskostenstundung) massiv kritisiert wurde .Verlässliche Zahlen der Bundesländer fehlen, da auch die Rückflüsse nach § 4b InsO empirisch nicht in den Bundesländern gemessen werden. Diese dürften schätzungsweise aber insgesamt höchstens 60 % insgesamt betragen. Damit verblieben jährlich ca. 83 Mill. EUR Malus an Stundungskosten bei den Länderhaushalten. Für eine Reduzierung dieses Betrages sorgt die konsequente Verfolgung von Insolvenzanfechtungsansprüchen in besonderem Maße, da dann zunächst aus den Massezuflüssen die Verfahrenskosten gedeckt werden (§§ 209, 54 InsO).

III. Die einzelnen vorgeschlagenen Regelungen

Der Einordnung der Bedeutung und Wirkungen der vorgeschlagenen Änderungen in der Begründung des Entwurfes, dass es sich lediglich um „punktuelle Änderungen“ bzw. „punktuelle Neujustierungen“⁴⁹, die „Anfechtungsrisiken kalkulier- und planbarer“⁵⁰ mache

⁴⁴ Diesbzgl. bestehen ja bereits Forderungen, die Dauer des Eröffnungsverfahrens einzuschränken, was zu weiterer Erhöhung der Erfolgsaussichten der Insolvenzverschleppung führen könnte.

⁴⁵ Haarmeyer, ZInsO 2009, 1273 ff.; Henckel FS Gerhardt, S. 361; zu prozessualen Aspekten Huber FS Gerhardt, S. 379

⁴⁶ Zusammenfassend Marotzke, ZInsO 2013, 1940

⁴⁷ creditreform, ZInsO 2012, 117, 124

⁴⁸ BT-Drs. 16/7416, S.25

⁴⁹ RefE Begr. S. 10

⁵⁰ RefE Begr. S. 13

oder „die „Planungs- und Kalkulationssicherheit für den Rechtsverkehr erhöhe“⁵¹, kann nicht zugestimmt werden. Es handelt sich im Gegenteil um massive Einschränkungen des Insolvenzanfechtungsrechtes und damit der generierbaren Verteilungsmassen, die eine gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung zum Anfechtungsrecht entweder konterkarieren oder nicht adäquat aufnehmen und durch unklare, sehr auslegungsbelastete Regelungen Rechtsunsicherheiten erst neu schaffen.

1. Die Änderung v. § 131 InsO

Die Änderung nimmt Vollstreckungserlöse aus der Durchsetzung gerichtlicher Titel (inkl. „Druckzahlungen“ bei drohender Zwangsvollstreckung⁵²) aus dem Bereich der Inkongruenz aus. Sie bewirkt damit nicht nur innerhalb der gesetzlichen Krise des Drei-Monats-Zeitraumes eine Rückkehr zum „Wettlauf der Vollstreckungsgläubiger“, sie beinhaltet auch eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Gläubigergruppen und schafft die Gefahr einer verfassungsrechtlichen Überprüfung durch Sozialversicherungsträger und Fiskus.

Den letztgenannten Gruppen, deren Vollstreckungserlöse nach der Regelung inkongruent – und damit erleichtert anfechtbar bleiben sollen, eröffnet die Regelung den Einwand nach Art. 3 I GG⁵³. Die genannten Gläubiger können sich gesetzlich der Hilfe der Zivilgerichte zur Titelerlangung nicht bedienen, dieser Weg ist ihnen als „Selbsttitulierer“ verschlossen. Eine Begründung für die Ungleichbehandlung bleibt der Entwurf schuldig. Auch die „Selbsttitulierer“ wenden massive Personalapparate, Ressourcen und Kosten zur Vollstreckung ihrer Titel auf und könnten anführen, dass auch sie auf deren dauerhaften Erfolg vertrauen können wollen (RefE Begr. S. 15). Es besteht damit die Gefahr, dass die öffentlich-rechtlichen Gläubiger über eine Verfassungsbeschwerde (oder deren Androhung) Gleichbehandlung erzwingen werden⁵⁴. Im Ergebnis würde damit die Norm des § 131 InsO dann vollends leer laufen.

Die Norm des § 131 InsO markiert die gesetzgeberische Vermutung, dass binnen drei Monaten vor der dann erfolgenden Insolvenzantragstellung eine Insolvenzgrund bereits besteht („gesetzliche Krise“). Nach empirischen Befunden ist dieser Zeitrahmen sogar viel zu eng gesteckt⁵⁵. Notwendig wäre daher nicht die Beschränkung, sondern die zeitliche Ausweitung des Geltungsbereiches.

Der Grund für die Annahme einer Inkongruenz bei Befriedigungen nach (oder unter dem Druck von) Zwangsvollstreckungsmaßnahmen liegt nach st. Rechtsprechung des BGH in der Vorverlagerung des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und der damit einhergehenden Zurückdrängung des Prioritätsprinzips, sowie darin, dass sich der vollstreckende Gläubiger in der Krise und damit nach Eintritt der materiellen Insolvenz eine ungerechtfertigte Priorität vor anderen Gläubigern nicht mehr mit Hilfe von staatlichen Zwangsmitteln verschaffen darf⁵⁶.

Aus insolvenzpraktischer Sicht führt die derzeitige Regelung zu einer Ermäßigung des „Wettlaufes“ derjenigen Gläubiger mit vollstreckungsfähigen Titeln, indem eine insolvenzrechtlich definierte „Nichtgeltungszone“ geschaffen wird, in der ohne weitere Tatbestandselemente bei Zahlungsunfähigkeit Vollstreckungen später als anfechtbar angesehen werden können. Diese Regelung führt damit zu Recht inzident zu einem (noch gar nicht ausreichend genutzten⁵⁷, dazu unter I.) verstärkten Insolvenzantragsdruck von

⁵¹ RefE Begr.S.17

⁵² Huber, ZInsO 2015, 713, 714.

⁵³ so auch Jacobi/Böhme, ZInsO 2015, 721, 722

⁵⁴ den Einstieg in eine Gleichbehandlungsdebatte ebenfalls prognostizierend Hölzle, ZIP 2015, 662, 669

⁵⁵ Kirstein, ZInsO 2006, 966; weitere Untersuchungsergebnisse : Kirstein, ZInsO 2008, 131: Insolvenzeintritt i.d.R. mehr als 10 Monate vor Antragstellung

⁵⁶ zustimmend BAG v. 8.5.2014, ZInsO 2014, 1758, 1759, Rn. 13-15

⁵⁷ so zu Recht auch Hölzle, ZIP 2015, 662, 664

Titelinhabern, die eine Zahlungsunfähigkeit ihrer Schuldner gewärtigen müssen, um baldmöglichst Klarheit über den dauerhaften Erfolg von Vollstreckungsmaßnahmen zu erlangen. Die von der Begründung des RefE aufgestellte Behauptung, es sei gerecht, wenn Zwangsvollstreckungsergebnisse insolvenzfest seien (und damit die Verwerfung der derzeitigen Auslegung des § 131 InsO), wird von der obergerichtlichen Rechtsprechung (und zwar von BAG und BGH bis hin zum BVerfG) nicht geteilt⁵⁸.

Der Entwurf räumt in der Begründung⁵⁹ selbst ein, dass die quasi von § 131 InsO befreiten Vollstreckungshandlungen dann aber trotzdem auch gem. § 130 Abs.2 InsO als „zwingendes Kenntnisindiz“ gewürdigt werden könnten. Er eröffnet damit selbst das Feld für in der Folge der Änderungsumsetzung auftretende neue –und weit stärkere– Rechtsunsicherheiten, indem es fortan der Rechtsprechung obläge, zu definieren, welche Arten und Durchführungsweisen der Zwangsvollstreckung dieses Kenntnisindiz im Sinne des §130 Abs.2 InsO mit sich bringen und welche nicht⁶⁰. Demgegenüber ist die eindeutige derzeit geltende Regelung nicht von Rechtsunsicherheiten belastet, da sie aufgrund jahrzehntelanger Rechtsprechung den Bereich der anfechtbaren Vollstreckungen eindeutig definiert.

Die Regelung des RefE sollte daher nicht Gesetz werden.

2. Die Änderungen v. § 133 InsO

2.1 Die in der Begründung des RefE⁶¹ geführte Kritik an der v. „Nichtexperten“ „kaum mehr zu durchschauenden“ Rechtsprechung („mehrstufiges komplexes Konstrukt“) des BGH zu den Beweisanzeichen für eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit wird nicht geteilt.

Der BGH hat vielmehr einzelne und in der Anzahl auch überschaubare Beweisanzeichen herausgearbeitet, die in einer tatrichterlichen Gesamtbetrachtung zum Schluss auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners von einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit führen können⁶², aber widerlegungsfähig sind⁶³. Die reine „Bitte um Ratenzahlungen“, wie v. d. Begründung ohne Beleg behauptet, gehört nicht dazu (s. bereits II.3)⁶⁴.

Die Beweisanzeichenrechtsprechung entfaltet im Übrigen im Bereich des § 130 Abs.2 InsO ohnehin weiter Wirkung bei der Indiziendefinition.⁶⁵ Die Einschränkung der „Beweisanzeichen“ mit und „nur“ bei § 133 Abs.1 Satz 2 InsO, die lt. Begründung gerade für den Bereich der kongruenten Deckungen gelten soll, ist daher inkonsequent und führt zur Rechtsunsicherheit.

2.2 Das in § 133 Abs.1 Satz 1 InsO gem. RefE einzuführende Merkmal der „unangemessenen“ Benachteiligung schränkt generell den Anfechtungsbereich der Norm ein und führt zur Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Auslegung dieses - bisher nicht in der

⁵⁸ BAG v. 31.8.2010, NZI 2011, 1173 Rn. 22 f. und BAG v. 19.5.2011, NZI 2011, 644, Rn. 15 und BAG v. 8.5.2014, ZInsO 2014, 1758, 1759, Rn. 13-15; BVerfG v. 12.8.2014, ZInsO 2014, 2490=ZIP 2014, 2141. Die gegenwärtige Auslegung des § 131 InsO steht mit Art.3 GG, Art. 14 GG und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 20.3.1952 i.d.F. des Protokolles Nr.11 in Einklang (BAG v. 8.5.2014, ZInsO 2014, 1758, 1760).

⁵⁹ RefE Begr. S.15

⁶⁰ unklar hierzu Jacobi/Böhme, ZInsO 2015, 721, die offenbar davon ausgehen, Zwangsvollstreckungen von Gerichtstitelgläubigern seien fortan gar kein Indiz mehr.

⁶¹ RefE Begr. S. 16

⁶² BGH v. 18.7.2013, ZInsO 2013, 2109, 2110; BGH v. 8.1.2015, ZInsO 2015, 396, 398 Rn.20; OLG Celle v. 29.12.2011, ZInsO 2012, 90, 92; Kayser, WM 2013, 293, 298; ders. NJW 2014, 422 ff.

⁶³ BGH v. 10.7.2014, ZInsO 2014, 1602, Rn. 44; BGH v. 7.5.2013, ZInsO 2013, 1419 Rn. 10; BGH v. 7.11.2013, ZIP 2013, 2318=ZInsO 2013, 2434

⁶⁴ OLG Hamm v. 29.8.2014, ZInsO 2014, 2437

⁶⁵ BGH v. 8.1.2015, ZInsO 2015, 396, 398; BGH v. 18.7.2013, ZInsO 2013, 2109; BGH v. 30.6.2011, ZInsO 2011, 1410, Rn.13-Rn.15

Rechtsprechung konturierten - Begriffes⁶⁶.

Die nunmehr vorgesehenen Negativbeispiele des § 133 Abs.1 Satz 2 InsO-RefE sollen demgegenüber lt. Begründung nur Regelbeispiele für nicht unangemessene Leistungen sein. Die Begründung weist ausdrücklich darauf hin, dass - entgegen der geäußerten „Hauptabsicht“ der Regelung, kongruente Deckungen bei drohender Zahlungsunfähigkeit weitgehend anfechtungsfrei zu stellen, - sogar auch inkongruente Deckungen von dem Regelbeispiel des § 133 Abs.1 Satz 2 Nr.2 erfasst sein können.⁶⁷ Dies würde wirtschaftliche Zuwendungen an einzelne Gläubiger in der ihnen bekannten Krise des Schuldners auf die diese keinen Anspruch hätten anfechtungsfrei stellen

2.3 Das Regelbeispiel des neuen § 133 Abs.2 Satz 2 Nr.1 InsO-RefE soll die Rechtsprechung des BGH zur anfechtungsfreien Leistung bei „bargeschäftsähnlicher Lage“ nachzeichnen.

Dies gelingt zum Einen nur unvollkommen. Der BGH knüpft an den bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausch die Folge des Wegfalles des subjektiven Komponente beim Schuldner, nämlich des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes, wohingegen der Entwurf zu einem anderen Ansatz greift und ein –neu eingefügtes- Tatbestandsmerkmal regelhaft entfallen lässt. Dies verunmöglicht tatrichterlich besondere Konstellationen des trotzdem gegebenen Benachteiligungsvorsatzes (z.B. bei kollusivem Zusammenwirken mit dem späteren Anfechtungsgegner zur Schädigung der übrigen Gläubiger) anders zu würdigen⁶⁸, da nunmehr bereits auf der objektiven Tatbestandsseite eingegriffen wird.

Außerdem beschränkt der BGH bisher zu Recht den bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausch auf wirklich betriebsfortführungsnotwendige Leistungen („für die Betriebsfortführung unverzichtbaren Gegenleistungen ...“)⁶⁹. Der BGH hat deswegen jüngst zu Recht auch solche Leistungsaustausche ausgenommen, die im Sinne der Betriebsfortführung unrentabel und die Gläubigergesamtheit deshalb nur benachteiligend sind.⁷⁰ Die gesetzliche Regelung lässt diese Differenzierungsmöglichkeit vermissen, indem dort eine für die Fortführung „erforderliche“ Leistung ausreichen soll.

Der Entwurf will hingegen denn auch im Bereich der natürlichen Personen Leistungsaustausche „zur Sicherung des Lebensbedarfes“ miteinbeziehen. Damit sollen lt. Begründung sämtliche Verbraucherzahlungen an Versorger anfechtungsfrei gestellt werden.⁷¹ Übertragen auf Betriebsfortführungsfälle wären damit auch sinnlose Zahlungen zur sinnlosen Weiterführung unrentabler Betriebe in beiderseitiger Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit anfechtungsfrei.

Warum überhaupt allgemein „Lebensbedarfszahlungen“ (ein ebenfalls unkonturierter Begriff mit neuen Streitpotenzial, da diese Zahlungen immer als „erforderlich“ deklariert werden können) bei beiderseitiger Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit anfechtungsfrei gestellt werden sollen, erschließt sich nicht, es sei denn, man regelt dieses über den Anwendungsbereich des § 142 InsO. Die Gläubigerschaft profitiert insgesamt nicht von solchen Leistungsaustauschen und es ist nicht Aufgabe der Gläubigergemeinschaft, Härten infolge von Anfechtungssachverhalten mit zu bezahlen⁷².

Grundsätzliches Problem der Regelung ist daher auch die nicht eindeutig aufgelöste Verschränkung zu § 142 InsO: Während es dort bei der Anfechtbarkeit von Bargeschäften im Zeitraum des § 133 InsO bleiben soll (§ 142 Satz 1), nimmt der in § 142 Satz 1 InsO in Bezug

⁶⁶ eine „angemessene“ Gläubigerbenachteiligung gibt es nicht, Huber, ZInsO 2015, 713, 716.

⁶⁷ RefE Begr. S.18 –mitte-.

⁶⁸ BGH v. 6.2.2014, ZInsO 2014, 496 Rn.3; BGH v. 16.7.2009, ZInsO 2010, 87 Rn.2: „in der Regel... „

⁶⁹ s. Fn.55, so auch BAG, Urteil vom 29. Januar 2014 - 6 AZR 345/12, ZIP 2014, 628 Rn. 84 ff, 89; BGH v. 17.7.2014, ZInsO 2014, 1655, 1658 Rn. 29

⁷⁰ BGH v. 12.2.2015, ZInsO 2015, 628

⁷¹ RefE Begr. S.19

⁷² BGH v. 10.7.2014, ZInsO 2014, 1602, 1605 Rn. 29, 30

genommene § 133 Abs.1 Satz 2 Nr.1 InsO hiervon wiederum eine „Unterabteilung“ des Leistungsaustausches, nämlich den „bargeschäftsähnlichen“ aus. Dies ist für den Rechtsverkehr jedenfalls keine über die bisherige BGH-Rechtsprechung hinausgehende „Klärung“.

2.4 Das Regelbeispiel des § 133 Abs.1 Satz 2 Nr.2 InsO birgt an zwei Stellen umfangreiche Gefahren der Rechtsunsicherheit, nämlich bei den Begriffen „Bestandteil“ und „ernsthafter Sanierungsversuch“.

Es war bereits aufgezeigt worden (s. II.3), dass die BGH-Rechtsprechung nur ein umfassendes, bereits begonnenes Sanierungskonzept genügen lässt⁷³. Die Begründung zum RefE spricht nunmehr hingegen, über den vorgeschlagenen Wortlaut vom „Versuch“ „nach unten hinausgehend“ von „*ernsthaften Sanierungsbemühungen*“.⁷⁴ Solche „Bemühungen“ können schnell behauptet und gfs. auch ansatzweise dargestellt werden⁷⁵. Eine Absicherung der Gläubigergesamtheit in Richtung auf eine Gleichbehandlung in der Krise garantieren sie nicht im Ansatz⁷⁶.

Die gewählten Formulierungen bergen die Gefahr, dass künftig streitig werden wird, ob Zahlungen, Teilvergleiche oder Sicherungsabtretungen gegenüber einzelnen Gläubigern „Bestandteil“ eines „Versuches“ der Sanierung waren⁷⁷. Die Rechtsprechung hat bisher –zu Recht- solche Vereinbarungen außerhalb eines Gesamtkonzeptes nicht anfechtungsfrei gestellt⁷⁸, da damit die Kenntnis vom subjektiven Schuldnerstatbestand beim späteren Anfechtungsgegner, dem an solchen Transaktionen beteiligten Gläubiger, nicht entfällt, denn dieser muss sich schon vergewissern, ob die ihm offerierte Leistung in eine Gesamtregelung, die alle Gläubigergruppen gleichermaßen einbindet (wenn auch nicht gleich befriedigt⁷⁹), eingebunden ist. Der Entwurf geht v. diesem Erfordernis ab. Vielmehr weist er die Beweislast dafür, dass der „Sanierungsversuch“ nicht ernsthaft war oder die Leistung kein „Bestandteil“ auch noch dem Insolvenzverwalter zu⁸⁰ und verursacht damit in Zukunft eine „Standardeinwendung“ jedes Anfechtungsgegners in jedem Anfechtungsprozess“ die zu langwierigen Auseinandersetzungen führen wird.

2.5 Die Abkürzung des Geltungszeitraumes der Anfechtung nach § 133 InsO auf vier Jahre für kongruente Deckungen durch den neuen Abs.2 RefE-InsO begegnet Bedenken. Die Regelung könnte sich dem Wortlaut nach auch auf alle Deckungen beziehen und stünde dann im Widerspruch zum Grundtatbestand des § 133 Abs.1 InsO.⁸¹

Häufig verschleppen Unternehmen die Insolvenzantragstellung über Jahre und halten sich mit immer wieder neuen Teilzahlungen und Befriedigungszahlungen an die jeweils drängendsten Gläubiger „über Wasser“. Die entsprechenden Zeiträume können nach insolvenzrichterlicher Erfahrung weit länger als vier Jahre in die Vergangenheit reichen. Es besteht kein Grund,

⁷³ Das Unternehmen muss stabilisiert werden (Ganter, NZI 2014, 673, 678). Das Konzept muss beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigen (BGH v. 8.12.2011, ZInsO 2012, 171, 172; BGH v. 10.1.2013, ZInsO 2013, 179, Rn.17; OLG Düsseldorf v. 25.4.2013, ZInsO 2013, 1195, 1199). Ein Konzept ist kein Versuch. Diese Begriffsverwirrung beibehaltend: Jacobi/Böhme, ZInsO 2015, 721, 722.

⁷⁴ RefE Begr. S.19

⁷⁵ KrefT ZInsO 2014, 1121

⁷⁶ vgl. den instruktiven Fall, der zu Ansprüchen gegen einen in Spanien beheimateten Geschäftsführer führte, Audiencia Provincial Barcelona v. 6.3.2013, NZI 2014, 576 mit zust. Anmerk. Paulus, NZI 2014, 580; Huber, ZInsO 2012, 1343, 1350; s. auch OLG Frankfurt v. 30.1.2014, ZInsO 2014, 554, 556.

⁷⁷ dies nicht erkennend Hölzle, ZIP 2015, 662, 669, der die Regelung für eine Nachzeichnung der Rechtsprechung hält.

⁷⁸ BGH v. 21.2.2013, ZInsO 2013, 780; KG v. 21.1.2013, ZIP 2013, 1486; OLG Düsseldorf v. 25.4.2013, ZInsO 2013, 1195, 1199; OLG Hamburg, ZInsO 2005, 891.

⁷⁹ BGH v. 10.2.2011, IX ZR 176/08, GWR 2011, 144; KG v. 11.4.2014, ZInsO 2015, 200 m.zust.Anmerk. Bograkos, ZInsO 2015, 204; so auch OLG Dresden v. 20.3.2002, ZInsO 2003, 660.

⁸⁰ RefE Begr.S.20

⁸¹ Huber, ZInsO 2015, 713, 717.

gerade solche langen Insolvenzverschleppungen zivilrechtlich durch Anfechtungsfreistellung zu privilegieren. Eine Verkürzung des Zeitraumes ist daher kontraproduktiv, da faktisch der jeweilige Zeitraum je nach Einzelfall über die Beweissituation ohnehin eingeschränkt wird.⁸²

2.6 Die mit § 133 Abs.3 RefE-InsO bewirkte weitere Privilegierung kongruenter Deckungen durch Herausnahme des Merkmals „drohende“ Zahlungsunfähigkeit aus der Vermutungsregel bei gleichzeitiger definitorischer Beschränkung von Beweisanzeichen mittels Abs.3 Satz 2 Nr. 1 und Nr.2 RefE-InsO ist inkonsequent und unnötig.

Die Vereinbarung einer nur teilweisen Leistung im Rahmen der schon begonnenen Zwangsvollstreckung mit dem Gerichtsvollzieher nach § 802 b Abs.2 ZPO setzt entgegen der Begründung⁸³ nicht voraus, dass der Gerichtsvollzieher sich von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners überzeugt hat, sondern nur, dass „der Schuldner glaubhaft darlegt, die nach Höhe und Zeitpunkt festzusetzenden Zahlungen erbringen zu können“. Es ist daher unerfindlich, wie die Regelung die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger absichern soll und die Verneinung der Indizkenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners statieren kann.

Gerade derjenige Schuldner, der in seiner Zwangslage nur den drängendsten Gläubiger –und dazu noch ratenweise bei bereits begonnener Zwangsvollstreckung- befriedigen will hat Gläubigerbenachteiligungsvorsatz. Er wendet seine letzten Mittel nur diesem Gläubiger zu und der entgegennehmende Gläubiger kennt genau diese –von ihm selbst herbeigeführte- Zwangslage des Schuldners. Gerade diese für eine –auch außerhalb des Dreimonatszeitraumes- typische Verzögerungstaktik eigentlich zahlungsunfähiger Schuldner sollte gesetzlich nicht zu einer anfechtungsrechtlichen Privilegierung des Leistungsvorganges führen dürfen.

Die Begründung des RefE weist zudem darauf hin, dass der gesetzliche Regelungsbereich nur darauf abzielt, das genannte Indiz aus der Beweisanzeichenkette auszunehmen und gfs. weitere Umstände, die nicht „typischerweise Bestandteil der Geschehensabläufe sind“, die zur Gewährung der Zahlungserleichterung führen, dennoch herangezogen werden könnten⁸⁴. Damit eröffnet der RefE einen weiteren Bereich der Rechtsunsicherheit: Künftig wird z.B. darüber gestritten werden, ob die bei der Vollstreckungshandlung dem Gläubiger übermittelten Wissensbestandteile und Informationen über die Liquiditätssituation des Schuldners (z.B. die Nichtzahlung der Arbeitsentgelte oder anderer Lieferanten) von dem „Indizienheranziehungsverbot“ erfasst sind oder nicht. Laut Begründung soll die Reichweite die „Manifestationen der Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners“ erfassen, „die nach den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs typischerweise den Anlass für die Gewährung einer Zahlungserleichterung geben“. Damit entfernt sich die Auslegung des „Indizienverbotes“ sehr weit von der eigentlichen Zwangsvollstreckungshandlung und weist der neuen Regelung eine nahezu uferlose Anwendungsmöglichkeit zu⁸⁵.

Die Regelung des § 133 Abs.3 Satz 2 Nr.2 RefE-InsO, die reine Bitten um Zahlungserleichterung aus den Beweisanzeichen ausnehmen will, ist unnötig. Die Rechtsprechung sieht solche Bitten, wie aufgezeigt (II.3), zu Recht nicht als Beweisanzeichen.

⁸² Kayser ZIP 2014, 1966; Buchalik/Hiebert, ZInsO 2015, 538

⁸³ RefE Begr. S.20

⁸⁴ RefE Begr. S. 21, zweiter Absatz

⁸⁵ Kritisch hierzu auch Jacobi/Böhme, ZInsO 2015, 721, 723; a.A. Hölzle, ZIP 2015, 662, 669, der die Regelung gutwillig so versteht, dass nur Zahlungserleichterungen binnen der vom BGH eingeräumten „Drei-Wochen-Zahlungsfähigkeitswidererlangungsfrist“ gemeint sind. Bereits an dieser Stelle bahnt sich ein erster wichtiger Auslegungsrechtsstreit an, der aufzeigt, dass der Entwurf keine „Rechtssicherheit“ herbeiführt.

3. Die Änderung v. § 142 InsO

3.1 Die Regelung in § 142 Satz 2 RefE-InsO konkretisiert lediglich die bisherige Rechtslage, wie in der Rechtsprechung verfestigt. Wie bereits aufgezeigt, ist allerdings das durch § 142 Satz 1 zu § 133 Abs.1 Satz 2 Nr.1 RefE-InsO nunmehr geschaffene Spannungsverhältnis ungelöst.

3.2 Die Regelung in § 142 Satz 3 RefE-InsO birgt eine Ausweitung des Begriffes „enger zeitlicher Zusammenhang“ vordergründig nur für Arbeitsentgelte.

Die Schaffung solcher „Sonderprivilegien“ widerspricht dem insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz⁸⁶ und ist abzulehnen⁸⁷. Die Regelung wird zu weiteren Ausweitungsbegehrlichkeiten führen. In Ergänzung dieser „Bargeschäftsausweitung“ für Lohnzahlungen fordern erste Stimmen bereits die Ausweitung des insofern definierten Bargeschäftsprivilegs auf Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge⁸⁸. Der Verweis in der Begründung zur Frage der Berechtigung einer Sonderregelung auf eine Gleichschaltung mit dem Insolvenzgeldzeitraum⁸⁹ widerspricht der Rechtsprechung des BAG. Das BAG hat mit Entscheidung v. 13.11.2014⁹⁰ darauf hingewiesen, dass der von ihm mit drei Monaten angenommene mögliche Bargeschäftszeitraum nicht mit dem Insolvenzgeldzeitraum übereinstimmen muss.

Sie ist auch nicht notwendig, da für entsprechende Anfechtungssachverhalte künftig die Arbeitsgerichte zuständig sind und zu erwarten steht, dass diese die bereits in der Begründung des RefE zitierte Entscheidung des BAG v. 6.10.2011 beachten werden. Die mit maximal „2 Monaten und 15 Tagen“ zu einem abweichenden Bargeschäftszeitraum führende Entscheidung des BGH v. 10.7.2014 weicht von dieser Entscheidung zwar in der Begründung aber nicht im Ergebnis wesentlich ab. Eine Rechtsunsicherheit ist auch ohne gesetzliche Regelung daher nicht zu befürchten.

Im Gegenteil bewirkt die Entwurfsregelung eine solche- relevante und voraussichtlich sehr viele Fälle betreffende - Rechtsunsicherheit, indem die Begründung es erlaubt, den für Arbeitsentgelte erweiterten Bargeschäftszeitraum auf andere Vertragsbeziehungen analog anzuwenden⁹¹: *„Die Klarstellung in Satz 3 betrifft lediglich eine Aussage zur Unmittelbarkeit von Arbeitsleistung und Gewährung von Arbeitsentgelt. Damit ist nicht die Aussage verbunden, dass bei anderen ausgetauschten Leistungen ein kürzerer Zeitraum maßgeblich sein soll oder gar muss. Im Rahmen der Anwendung des Satzes 2 kann es im Einzelfall durchaus geboten sein, andere Gläubiger, sofern sie sich in einer den Arbeitnehmern vergleichbaren Lage befinden, diesen gleichzustellen.“*

Diese Sentenz ermöglicht eine völlig unkonturierte Ausweitung des Bargeschäftsprivilegs und wird zu massiven zivilrechtlichen Streitigkeiten in Anfechtungssachverhalten über dessen Geltungsbereich führen⁹². Auch der Begriff der „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“, der die v. BGH entwickelte eindeutige 30-Tages-Grenze verwischt, wird die Prozessrichter vor unüberwindliche Auslegungsprobleme stellen⁹³.

4. Änderung zu § 143 InsO

⁸⁶ hierzu ausführlich v. Gleichenstein, NZI 2015, 49

⁸⁷ Klinck, DB 2014, 2455, 2459; Lösung über Regeln des Insolvenzgeldes; Lütcke, NZI 2014, 350, 353; Huber, ZInsO 2013, 1049

⁸⁸ Knospe, ZInsO 2014, 748

⁸⁹ RefE Begr. S.22

⁹⁰ ZInsO 2015, 344

⁹¹ RefE Begr. S.22

⁹² Huber, ZInsO 2015, 713, 719.

⁹³ dazu Huber, ZInsO 2015, 713, 718.

Gegen die vorgeschlagene Änderung bestehen keine Bedenken⁹⁴.

5. Die Änderungen zum AnfG

Es bestehen die oben genannten Bedenken gegen den analogen Nachvollzug der vorgeschlagenen Änderungen⁹⁵.

6. Die Regelung zum Inkrafttreten

Die insolvenzgerichtliche Praxis hat bei den letzten Änderungen der InsO leidvoll erfahren, dass es sehr häufig nicht gelungen ist, eindeutige Übergangsregelungen zu formulieren. Entgegen der Begründung enthält der Entwurf zwar keineswegs nur „Erleichterungen für den Rechtsverkehr, - er greift vielmehr massiv in bereits angelegte Anfechtungssachverhalte ein-, jedoch ist eine Anknüpfung an die Eröffnung ab dem Tage des Inkrafttretens –auch vor dem Hintergrund, das Anfechtungsansprüche erst mit Verfahrenseröffnung entstehen⁹⁶- die einzig praxisgerechte Lösung. Die eigentlich für angebracht gehaltene Vertrauensschutzlösung könnte hingegen nur an einem willkürlichen Datum in der Vergangenheit anknüpfen.

Vorstand und Beirat
BAKinso e.V.

Kontaktadressen:

RiAG Frank Frind

c/o Amtsgericht Hamburg
Sievekingplatz 1
20355 Hamburg

info@bakinso.de

Dipl. - Rechtspfleger (FH) Wolfgang Gärtner

c/o Amtsgericht Hof
Berliner Platz 1
95030 Hof

info@bakinso.de

www.bak-inso.de

Bankverbindung:

Sparkasse Münsterland Ost; Konto-Nr. 134 928 910; BLZ: 400 501 50;
IBAN: DE75 4005 0150 0134 9289 10 BIC: WELA DE D1 MST
Kontoinhaber: BAKinso e.V., vertreten durch den Vorstand;
Amtsgericht Charlottenburg VR 27475 B

⁹⁴ vgl. Huber, ZInsO 2015, 713, 719 m.w.N..

⁹⁵ vgl. Huber, ZInsO 2015, 713, 719.

⁹⁶ BGH v. 7.2.2013, ZIP 2013, 468