

Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und dem Anfechtungsgesetz“

I. Vorbemerkungen

1. Zum Bundesverband ESUG e.V.

Der gemeinnützige Bundesverband ESUG e.V. hat die Weiterentwicklung des deutschen und europäischen Insolvenzrechts, die Förderung und Schaffung einer Sanierungskultur der 2. Chance, die Interessenvertretung der Mitglieder in allen das ESUG betreffenden Belangen, die Förderung und Weiterentwicklung des bei der Sanierung anzuwendenden Rechts sowie die berufliche Aus- und Fortbildung der in diesem Rechtsgebiet tätigen Personen zum Ziel. Im Interesse seiner Mitglieder beabsichtigt der Verein, zu allen Themen rund um Krise und Sanierung bis hinein in die Insolvenz Stellung zu nehmen.

Nachfolgend soll zum Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und dem Anfechtungsgesetz“ („Ref-E“) vor dem Hintergrund des ESUG Stellung genommen werden.

Der Unterzeichner ist Vorstandsvorsitzender des Bundesverbandes ESUG e.V. und seit 30 Jahren als Rechtsanwalt, Treuhänder und Sanierungsberater tätig. Er begleitet gemeinsam mit seinen Partnerkollegen pro Jahr durchschnittlich 20 Unternehmen im Rahmen einer Sanierung unter Insolvenzschutz. Seit Inkrafttreten des ESUG am 01. März 2012 konnten bereits 45 Verfahren in Eigenverwaltung, davon 41 mit einem Insolvenzplan, erfolgreich abgeschlossen werden.

Die Insolvenzanfechtung zur Rückabwicklung dolosen Verhaltens ist auch im Rahmen von Eigenverwaltungsverfahren wichtig und sinnvoll. Exzesse, insbesondere durch übereifrige Verwalter, die ohne Abstimmung mit den Gläubigern agieren wollen, können jedoch den gesamten Sanierungsprozess und dessen Verhandlung gefährden und greifen unmittelbar in die autonome Gestaltungsmacht der Gläubiger ein. Sie haben sich zudem für einige Insolvenzverwalter zu einem eigenständigen Geschäftsmodell entwickelt, aus dem heraus mit der Unkenntnis vieler Unternehmen über die Komplexität der Rechtsfragen in unzulässiger Weise spekuliert wird und den Gläubigern nur marginale Erträge erwachsen. Auch vor diesem Hintergrund sind die nachstehenden Ausführungen zu sehen:

2. Zum Referentenentwurf

Am 16.03.2015 hat das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz den Ref-E an die Länder sowie betroffene Fachkreise und Verbände mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt.

Nach der Gesetzesbegründung verfolgt der Referentenentwurf „das Ziel, den Wirtschaftsverkehr sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern von Rechtsunsicherheiten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen, zu entlasten. Zudem sollen die unter dem geltenden Recht gewährten Möglichkeiten der Insolvenzanfechtung punktuell neu justiert werden, um übermäßige Belastungen des Geschäftsverkehrs und von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu vermeiden.“ Darüber hinaus soll das Anfechtungsrecht „kalkulier- und planbarer“ werden und durch die Neuregelung zur Verzinsung des Anfechtungsrechts Fehlanreize zur verzögerten Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs vermieden werden.¹ Dies gibt zutreffend die große Verunsicherung wider, die in weiten Kreisen der Wirtschaft durch teilweise abmahnungähnliche Vorgehensweisen der Insolvenzverwalter entstanden sind.

II. Stellungnahme zur Änderung der Insolvenzordnung

1. Änderung des § 133 Abs. 1 InsO

a) Überblick

In § 133 Abs. 1 S. 1 InsO soll vor den Wörtern „zu benachteiligen“ das Wort „unangemessen“ eingefügt werden. Der Satz 1 wird also um eine weitere Tatbestandsvoraussetzung ergänzt.

¹ Begr. zu Ref-E, S. 1.

§ 133 Abs. 1 S. 2 InsO soll durch die nachfolgenden Sätze ersetzt werden:

„Eine unangemessene Benachteiligung der Gläubiger liegt nicht vor, wenn

1. für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, die zur Fortführung seines Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich ist, oder

2. die Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs ist.“

Es wird vermutet, dass der andere Teil den Vorsatz des Schuldners kannte, wenn er zur Zeit der Rechtshandlung wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger unangemessen benachteiligte.“

b) Bewertung

Ob die Einfügung des Wortes „unangemessen“ die Vorsatzanfechtung für den Rechtsverkehr wie gewünscht kalkulier- und planbarer macht, ist zweifelhaft. Bei dem Wort „unangemessen“ handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Nach der Begründung des Ref-E fordert das Tatbestandsmerkmal der Unangemessenheit eine am Normzweck orientierte Auslegung und soll im Bereich der kongruenten Deckung eine tatbestandsbegrenzende Wirkung haben.² Unangemessen ist eine Gläubigerbenachteiligung insbesondere dann nicht, wenn der Gläubiger die Leistung in der Art und zu der Zeit zu beanspruchen hatte und der Schuldner zu diesem Zeitpunkt, wenn auch nur drohend, zahlungsunfähig war.³ Eine Rechtshandlung des Schuldners ist auf eine unangemessene Gläubigerbefriedigung gerichtet, wenn die Befriedigungsaussichten der Gläubiger in einer Weise beeinträchtigt werden, die sich mit den Zwecken des Insolvenzrechts nicht vereinbaren lassen.⁴ Diese Gesetzesbegründung hilft bei der Auslegung kaum weiter, weil ein unbestimmter Begriff gegen einen anderen ausgetauscht wird. Es ist daher zu erwarten, dass das Tatbestandsmerkmal der „Unangemessenheit“ durch den BGH zunächst sehr restriktiv ausgelegt werden wird. Der BGH wird eine unangemessene Gläubigerbenachteiligung nur in absoluten Extremfällen, die nicht zugleich von §§ 138, 826 BGB erfasst sind, bejahen. Eine umfangreiche Kasuistik zur Abgrenzung der „angemessenen“ von der „unangemessenen“ Gläubigerbenachteiligung ist zu erwarten. Eine bessere Kalkulier- und Planbarkeit der Rechtsprechung wird der Gesetzgeber auf diese Weise nicht erreichen.

Ferner wird in der Begründung zum Ref-E ausgeführt, dass § 133 Abs. 1 InsO weiterhin die „klassischen“ Anwendungsfälle wie z.B. Bankrottahndlung und Vermögensverschiebung sowie inkongruente Deckungen erfasst.⁵ Für diese Fälle soll die Einfügung des Wortes „unangemessen“ zu keiner Änderung im Vergleich zur geltenden Rechtslage führen, „weil die Unangemessenheit auf der Hand“ liegen soll.⁶ Es stellt sich daher die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Änderung von § 133 Abs. 1 InsO, wenn keine Änderung der Rechtslage bezweckt ist.

Die vorgesehene Regelung in § 133 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 InsO-E für bargeschäftsähnliche Sachverhalte bewirkt jedenfalls keine Änderung der bestehenden Rechtslage. Sie entspricht vielmehr der ständigen Rechtsprechung des BGH.⁷ Bereits 1997 hat der BGH entschieden, dass in Fällen kongruenter Leistungen der Schuldner in der Regel nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, wenn er diese Zug-um-Zug gegen eine zur Fortführung seines eigenen Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im allgemeinen nützt. Begründet wird dies damit, dass dem Schuldner selbst bei erkannter, schon eingetreterner oder aber erst drohender Zahlungsunfähigkeit infolge des vollzogenen gleichwertigen Leistungsaustauschs die dadurch bewirkte mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst geworden sein muss.⁸

Ähnliches gilt für die vorgesehene Regelung in § 133 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO- E. Es ist ständige Rechtsprechung des BGH, dass ein an sich indizierter Gläubigerbenachteiligungsvorsatz als widerlegt

² Begr. zu Ref-E, S. 17.

³ Begr. zu Ref-E, S. 17.

⁴ Begr. zu Ref-E, S. 11.

⁵ Begr. zu Ref-E, S. 11.

⁶ Begr. zu Ref-E, S. 11.

⁷ BGH, Urt.v. 10.07.1997 – IX ZR 234/96, NJW 1997, 3028; BGH, Urt. v. 20.07.2010 – IX ZR 236/07, NZI 2010, 723;

BGH, Urt. 10.07.2014 – IX ZR 192/13, NZI 2014, 775; BGH, Urt. v. 12.02.2015 – IX ZR 180/12, NZI 2015, 320.

⁸ Fischer, NZI 2008, 588, 594.

anzusehen ist, wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften, letztlich aber gescheiterten Sanierungsversuchs war.⁹ Voraussetzung für einen ernsthaften Sanierungsversuch ist, dass zur Zeit der Vornahme der angefochtenen Handlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegt, das mindestens in den Anfängen umgesetzt worden ist und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt.¹⁰ Der Schuldner muss den Willen zur Sanierung haben, von dem Erfolg der Sanierung muss er nicht einmal voll überzeugt sein.¹¹ Es reichen konkrete Umstände, die eine positive Prognose nachvollziehbar und vertretbar stützen.¹² Bloße Hoffnungen des Schuldners auf eine Sanierung räumen den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht aus.¹³ Diese Privilegierung ist aus der Sicht der Gläubiger zu begrüßen. Allerdings bleibt nach wie vor unklar, welche Anforderungen an die Kenntnis der Gläubiger von dem ernsthaften, letztlich gescheiterten Sanierungsversuch zu stellen sind. Letzteres ist aber das eigentliche Praxisproblem, das nach wie vor ungelöst ist. In Bezug auf Sanierungsberater stellt sich zudem die Frage, warum namentlich der Ersteller eines Insolvenzantrags, eines Sanierungskonzepts oder eines „pre-packaged“ Insolvenzplans nicht genauso privilegiert werden soll wie die Gläubiger. Warum sollen diejenigen, die die Vorarbeiten für die Erfüllung der Anforderungen an einen ernsthaften Sanierungsversuch leisten, nicht schützenswert sein? Es wäre daher wünschenswert, wenn der Gesetzgeber klarstellt, dass auch der seriöse Sanierungsberater in den Genuss des „Sanierungsprivilegs“ kommt.¹⁴ Die Verkürzung der Anfechtungsfrist¹⁵ allein würde das bestehende Anfechtungsrisiko nicht verringern, da Sanierungspraktiker typischerweise erst kurz vor Insolvenzantragstellung hinzugezogen werden und aufgrund ihrer Arbeit zwangsläufig Kenntnis von der drohenden bzw. eingetretenen Zahlungsunfähigkeit haben.

Andererseits bleibt der Ref-E hinter der neusten BGH-Entscheidung vom 12.02.2015¹⁶ zurück. In dieser Entscheidung hat der BGH eine anfechtungsrechtliche Privilegierung in solchen Fällen abgelehnt, in denen die Beteiligten zwar objektiv gleichwertige Leistungen ausgetauscht haben, jedoch wussten, dass die Gegenleistung speziell für die nicht zu rettende Schuldnerin und deren Gläubiger gerade keinen angemessenen Ausgleich darstellt.¹⁷ Dies ist sinnvoll, denn ein sachlicher Grund dafür, die Fortführung des Unternehmens unabhängig vom Fehlen einer positiven Fortführungsprognose und dem Nutzen der Gläubiger zu privilegieren, besteht nicht.¹⁸ Hier wäre eine Klarstellung durch den Gesetzgeber, dass es bei der Indizwirkung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit bleiben soll, wünschenswert, da nicht auszuschließen ist, dass ein Gläubiger erkennt, dass die fortgesetzte Belieferung des Schuldners *für diesen Preis* nicht gleichwertig ist und das Unternehmen durch die fortgesetzte Belieferung nur weiter „ausblutet“. Für einen nicht rentabel arbeitenden Schuldner verkörpert eine zum Listenpreis gelieferte Ware oder bezogene Dienstleistung gerade keinen *gleichwertigen* Gegenwert.¹⁹ Sie hat auch keinen allgemeinen Nutzen für die Gläubiger, sondern vergrößert nur die Höhe der Zahlungsrückstände des Schuldners. Vor dieser Erkenntnis die Augen zu verschließen, heißt ein Verhalten zu belohnen, das die systematische Insolvenzverschleppung fördert statt bei Gläubigern und Schuldnerinnen einen Anreiz zur frühzeitigen Insolvenzantragstellung zu setzen. Dies ist ein völlig verfehlter Ansatz, der die Ziele des ESUG und die Förderung einer Sanierungskultur der 2. Chance konterkariert.²⁰

Hat der Schuldner seine wesentlichen Gläubiger vor Insolvenzantragstellung in die Erstellung seines Sanierungskonzepts sogar eingebunden, bestehen auch keine Bedenken, die Indizwirkung an die nur drohende Zahlungsunfähigkeit anzuknüpfen, weil ein entsprechendes „Insiderwissen“ der Gläubiger nach

⁹ BGH, Urt. v. 08.12.2011 – IX ZR 156/09, ZInsO, 2012, 171; umfassend zur Vorsatzanfechtung im Zusammenhang mit Sanierungskonzepten: Ganter, WM 2009, 1441, 1447.

¹⁰ BGH, Urt. v. 08.12.2011 – IX ZR 156/09, ZInsO 2012, 171 m.w.N.; BGH, Urt. v. 21.02.2013 – IX ZR 52/10, ZInsO 2013, 780; BGH, Urt. 3.4.2014 – IX ZR 201/13, ZInsO 2014, 1004.

¹¹ Kayser, NJW 2014, 422, 427.

¹² Fischer, NZI 2008, 588, 593.

¹³ BGH, Urt. v. 08.12.2011 – IX ZR 156/09, ZInsO 2012, 171.

¹⁴ Kayser, NJW 2014, 422, 428.

¹⁵ Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises zur Reform des Anfechtungsrechts, S. 9.

¹⁶ BGH, Urt. v. 12.02.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628.

¹⁷ BGH, Urt. v. 12.02.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628.

¹⁸ Jungclaus/Keller, NZI 2015, 297, 298.

¹⁹ Kayser, NJW 2014, 422, 423.

²⁰ Ähnlich Hözle, ZIP 2015, 662, 665.

ständiger Rechtsprechung nicht automatisch die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz begründet.²¹ Denn dem Gläubiger bleibt – selbst bei positiver Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit – unbenommen, entlastende Umstände wie z.B. die Voraussetzungen des Bargeschäfts, einer bargeschäftsähnlichen Lage oder eines ernsthaften Sanierungsversuchs darzulegen und zu beweisen.²²

Dass auch Leistungen, die zur Sicherung des Lebensunterhalts erforderlich sind, begünstigt sind, geht über die ständige Rechtsprechung hinaus und ist nicht zu beanstanden, weil sie vor allem den Schutz der Einkommensschwachen, wie z.B. Hartz-IV-Empfänger, bezweckt.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer bargeschäftsähnlichen Lage und eines ernsthaften Sanierungsversuchs lag nach den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln bisher beim Anfechtungsgegner.²³ Der Insolvenzverwalter hatte die Pflicht, die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung (den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die Kenntnis des anderen Teils) vorzutragen und zu beweisen. Die Begründung des Ref-E geht im Gegensatz dazu davon aus, dass der anfechtende Insolvenzverwalter künftig das Nichteingreifen des Einwands der bargeschäftsähnlichen Lage und des Sanierungsprivilegs darlegen und beweisen muss.²⁴ Diese Beweislastverteilung findet im Wortlaut von § 133 Abs. 1 S. 2 InsO-E keine Stütze. Der Wortlaut und die Negativformulierung legen eher das Gegenteil (Beweislast des Anfechtungsgegners) nahe. Dies dürfte jedenfalls dann gelten, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners beiden Seiten bekannt ist. Hier stiftet der Gesetzgeber eine unnötige Verwirrung und Rechtsunsicherheit. Es wäre insoweit wünschenswert, wenn der Gesetzgeber den Tatbestand des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO-E klarer fasst. Der momentane Widerspruch zwischen Wortlaut und Gesetzesbegründung ist nicht akzeptabel, da eine solche Rechtsunsicherheit die Parteien zur Einschaltung der Gerichte zwingt. Höhere Verfahrenskosten und eine höhere Belastung der Gerichte wären die unvermeidliche Folge.

2. Änderung des § 133 Abs. 2 InsO

a) Überblick

Der neue § 133 Abs. 2 InsO soll wie folgt lauten:

„(2) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 S. 1 vier Jahre.“

b) Bewertung

Für kongruente Deckungshandlungen sieht § 133 Abs. 2 InsO-E einen deutlich verkürzten Anfechtungszeitraum von vier Jahren (statt zehn Jahren) vor. Diese Verkürzung greift im wahrsten Sinne des Wortes zu kurz. Zwar mag die Vorsatzanfechtung, die weiter als vier Jahre zurückreicht, in der Praxis ein seltener Ausnahmefall sein.²⁵ Der Hauptanwendungsfall der Vorsatzanfechtung ist vielmehr die Anfechtung von Leistungen, die im Zustand beiderseits erkannter drohender oder eingetreterner Zahlungsunfähigkeit erbracht wird.²⁶ (Drohende) Zahlungsunfähigkeit liegt aber selten bereits vier Jahre vor Insolvenzantragstellung vor. Nach der hierzu – soweit ersichtlich – letzten Studie aus dem Jahr 2006 beträgt die durchschnittliche Dauer der Insolvenzverschleppung 10 Monate.²⁷ Nicht auszuschließen ist zudem, dass eine Sanierung mittels Insolvenzplan während der Laufzeit des Insolvenzplans oder kurz danach scheitert. Sollten in solchen Fällen die Zahlung der Insolvenzplanquoten und Vermögensverlagerungen, die der Sanierung dienten, nicht der Anfechtbarkeit durch eine weitere Verkürzung der Frist auf ein Jahr entzogen werden, um die Sanierungsbereitschaft der Gläubiger und der Schuldner zu fördern?

²¹ BGH, Urt. v. 12.11.1992 - IX ZR 236/91, NJW-RR 1993, 328; BGH, Urt. v. 05.03.2009 – IX ZR 85/07, ZInsO 2009, 873; Kayser, NJW 2014, 422, 424.

²² Kayser, NJW 2014, 422, 424.

²³ BGH, Urt. v. 24.05.2007 – IX ZR 97/06, ZInsO 2007, 819; BGH, Urt. v. 06.12.2012 – IX ZR 3/12, NZI 2013, 140; BGH, Urt. v. 03.04.2014- IX ZR 201/13, NZI 2014, 650 (für den Sanierungsversuch).

²⁴ Begr. zu Ref-E, S. 11.

²⁵ Jungclaus/Keller, NZI 2015, 297, 299; Kayser, NJW 2014, 422, 428; Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises zur Reform des Anfechtungsrechts, S. 6 (nur Rechtshandlungen in den letzten ein oder zwei Jahren vor Antragstellung relevant).

²⁶ Jungclaus/Keller, NZI 2015, 297, 299; BGH, Urt. v. 13.04.2006 – IX ZR 158/05, NZI 2006, 469.

²⁷ Kirstein, ZInsO 2006, 966, 967.

Darüber hinaus erfasst der Wortlaut von § 133 Abs. 2 InsO-E künftig jede Deckung. Es wird nicht zwischen der inkongruenten und der kongruenten Deckung differenziert und die Anfechtungsfrist demzufolge einheitlich auf vier Jahre verkürzt.²⁸ Inkongruente Deckungshandlungen sind nach der Begründung des Ref-E aber ein „klassischer Anwendungsfall“ des § 133 Abs. 1 InsO mit einer zehnjährigen Anfechtungsfrist.²⁹ Dieser Widerspruch muss beseitigt werden. Es wäre in diesem Zusammenhang wünschenswert, wenn die Anfechtungsfrist insgesamt auf vier Jahre verkürzt würde, weil dann das Risiko einer Anfechtung zumindest nach vier Jahren beseitigt wäre. Dass hierdurch ein gewisses Missbrauchspotential für Fälle kollusiven Zusammenwirkens eröffnet wird, wird man im Interesse der besseren Planbarkeit einer Sanierung in Kauf nehmen müssen, zumal die Anfechtung von Rechthandlungen, die länger als vier Jahre zurückliegen, wegen der schwierigen Beweislage kaum möglich ist.

3. Änderung des § 133 Abs. 3 InsO

a) Überblick

Der neue § 133 Abs. 3 InsO soll wie folgt lauten:

„(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 Abs. 2 S. 1 der Zivilprozeßordnung abgeschlossen hat oder
2. der Schuldner beim anderen Teil im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat.“

b) Bewertung

Die Privilegierung der kongruenten Deckung in § 133 Abs. 2 InsO-E wird sodann in § 133 Abs. 3 S. 1 InsO-E aufgegriffen. Danach tritt an die Stelle der vermuteten Kenntnis des Gläubigers gem. § 133 Abs. 1 S. 3 InsO-E bei kongruenten Deckungen an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit die eingetretene Zahlungsunfähigkeit. Ob die Einfügung des § 133 Abs. 3 InsO-E erforderlich ist, ist zweifelhaft. Die Praxis begründet die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO in der Regel mit der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit und nicht bloß mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit, weil diese leichter nachweisbar ist als die drohende Zahlungsunfähigkeit. Steht die Zahlungseinstellung fest, begründet dies nach § 17 Abs. 2 InsO die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit. Die Änderung von § 133 Abs. 3 S. 1 InsO ist daher kaum praxisrelevant.

Nach § 133 Abs. 3 S. 2 InsO-E soll die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners nicht allein aus dem Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung mit einem Gerichtsvollzieher oder der Bitte des Schuldners um „verkehrsübliche Zahlungserleichterungen“³⁰ abgeleitet werden. Was eine „übliche“ Zahlungserleichterung im Unterschied zur „unüblichen“ sein soll, ist unklar. In der Begründung des Ref-E wird lediglich auf „bewährte und effiziente Verkehrsübungen“, mit denen z.B. Unternehmen in der Baubranche vorübergehende Liquiditätsengpässe überbrücken, oder Ratenzahlungsvereinbarungen mit Gas- und Stromlieferanten verwiesen.³¹ Letzteres dürfte in Bezug auf die Gas- und Stromlieferanten das Ergebnis von deren starker Lobbyarbeit gewesen sein, weil diese sich in jüngster Zeit vermehrt Anfechtungsklagen durch Insolvenzverwalter ausgesetzt sehen. In Bezug auf die liquiditätsschwachen Branchen wie z.B. das Baugewerbe ist die Differenzierung hingegen sachgerecht, weil die erheblichen Finanzierungsleistungen nicht nur von Banken, sondern auch von Fach- und Baustoffhändlern das Überleben des schuldnerischen Bauunternehmens insbesondere in den liquiditätsschwachen Wintermonaten überhaupt erst ermöglichen. Bei einer späteren Insolvenz sind diese Gläubiger jedoch aufgrund der geltenden Rechtslage durch die Zahlungsaufschübe, verlängerten Zahlungsziele oder Ratenzahlungsvereinbarungen einem erheblichen Anfechtungsrisiko ausgesetzt. Es hilft der Sanierungsbereitschaft der Gläubiger, die einen erheblichen

²⁸ Huber, ZInsO 2015, 713, 717.

²⁹ Begr. zu Ref-E, S. 11.

³⁰ Begr. zu Ref-E, S. 16, 17.

³¹ Begr. zu Ref-E, S. 11.

Sanierungsbeitrag schon im Vorfeld der Insolvenzantragstellung gebracht haben, jedoch mit Sicherheit nicht weiter, wenn ihre Finanzierungsleistungen nachträglich durch einen Insolvenzverwalter angefochten werden. Insoweit stellt die Privilegierung von Ratenzahlungsvereinbarungen und verkehrsüblichen Zahlungserleichterungen daher einen wichtigen Schritt für die Planbarkeit der Sanierung dar.

§ 133 Abs. 3 S. 2 InsO-E bestimmt sodann, dass die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners nicht „allein“ daraus abgeleitet werden kann, dass der andere Teil mit dem Schuldner „[...] Zahlungsvereinbarungen nach § 802b Abs. 2 S. 1 ZPO abgeschlossen hat oder der Schuldner im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat.“ Diese Änderung wird in der Praxis leicht umgangen werden können, denn das Wort „allein“ bedeutet, dass der Insolvenzverwalter den Nachweis auch auf andere Weise erbringen kann. Tatsächlich hat der BGH bisher noch nicht ein einziges Mal entschieden, dass allein aus einem einzelnen Indiz wie z.B. dem Vorliegen einer Zahlungsvereinbarung nach § 802b Abs. 2 S. 1 ZPO oder einer Bitte um Zahlungserleichterung könne auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (und damit den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die Kenntnis des anderen Teils hiervon) geschlossen werden. Der BGH fordert vielmehr in ständiger Rechtsprechung eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls für die Feststellung der subjektiven Voraussetzungen des § 133 InsO durch den Tatrichter.³² Das Vorliegen von Indizien ändert nichts an der Pflicht des Tatrichters gemäß § 286 ZPO, alle Umstände des Einzelfalls umfassend zu würdigen.³³ Ein Anfechtungsgegner kann daher stets entlastende Indizien vortragen und ggf. im Wege eines Sachverständigengutachtens beweisen. Fehlen solche entlastenden Indizien, erscheint eine Vorsatzanfechtung als gerechtfertigt, weil die Leistung in Kenntnis der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit dem Leistenden einen einseitigen Vorteil zum Nachteil der Gläubigergesamtheit verschafft.

Die Aussage in der Begründung des Ref-E, dass Manifestationen der Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners, die nach den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs typischerweise den Anlass für eine Zahlungserleichterung geben, nicht zu Lasten des Anfechtungsgegners berücksichtigt werden können,³⁴ geht außerdem viel zu weit, denn dann erhielte die Äußerung von Stundungsbitten geradezu privilegierende Wirkung.

4. Übernahme des jetzigen § 133 Abs. 2 InsO in den neuen § 133 Abs. 4 InsO

Die vorgesehene Regelung ist lediglich redaktioneller Art.³⁵

5. Konkretisierung des Bargeschäfts nach § 142 InsO

a) Überblick

§ 142 InsO soll wie folgt geändert werden:

Die Angabe des „§ 133 Abs. 1 InsO“ in § 142 InsO wird durch die Wörter „§ 133 Abs. 1 bis 3“ ersetzt.

Ferner werden die folgenden Sätze ergänzt:

„Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgeltes drei Monate nicht übersteigt.“

b) Bewertung

Die Konkretisierung des Bargeschäfts durch § 142 S. 2 InsO-E entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH, wonach bei der Feststellung des Unmittelbarkeitszusammenhangs die konkreten Umstände des

³² BGH, Urt. 13.08.2009 – IX ZR 159/06, NZI 2009, 768; BGH, Urt. 10.01.2013 – IX ZR 13/12, NZI 2013, 133; BGH, Urt. v. 24.01.2013 – IX ZR 11/12, NZI 2013, 249.

³³ BGH, Urt. 13.08.2009 – IX ZR 159/06NZI 2009, 768; Fischer, NZI 2008, 588, 592.

³⁴ Begr. zu Ref-E, S. 21.

³⁵ Begr. zu Ref-E, S. 21.

Einzelfalls zu berücksichtigen sind.³⁶ Allerdings stiftet die Differenzierung nach Art der ausgetauschten Leistungen und die Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs unnötige Verwirrung und läuft den Zielen der Reform zuwider, weil sie Rechtsunsicherheit schafft. Konkret stellt sich die Frage, wie ein Richter prüfen soll, was die „Gepflogenheit des Geschäftsverkehrs“ ist.

Zu begrüßen ist die Regelung der Zahlung des Arbeitslohnes durch § 142 S. 3 InsO-E. Dadurch kodifiziert der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), wonach das bis zu drei Monate verspätet ausgezahlte Arbeitsentgelt in insolvenzanfechtungsfester Weise erworben wird.³⁷ Der vehementen Kritik des BGH³⁸ wird insoweit zu Recht eine Absage erteilt. Zwar mögen einige die Bevorzugung der Arbeitnehmer als ungerecht empfinden, weil die Anfechtung gegenüber Arbeitnehmern angeblich eine seltene Ausnahme sein soll.³⁹ Dem ist mit der Begründung des Ref-E⁴⁰ jedoch entgegenzuhalten, dass die Insolvenzanfechtungsfestigkeit wichtig für die Motivation der Arbeitnehmer ist und in der Praxis gar nicht so selten vorkommt. Gegen diese Gläubigergruppe Anfechtungsansprüche durchzusetzen, mag zwar vordergründig dem Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dienen, dürfte aber letztlich kaum ein probates Mittel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung sein, denn die Interessenlage der Beteiligten stellt sich in der Sanierungspraxis meist anders dar. Die Arbeitnehmer wollen ihren Arbeitsplatz sichern. Sie wollen die Betriebsfortführung. Einige paar Prozente Quote sind für sie nicht so wichtig wie der Erhalt ihres Arbeitsplatzes. Das Gleiche gilt für Banken, Sozialversicherungsträger und den Fiskus. Wem außer dem anfechtenden Insolvenzverwalter und dessen Vergütungsinteresse soll mit der Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgelten eigentlich gedient werden?

6. Änderung des § 143 Abs. 1 InsO

a) Überblick

§ 143 Abs. 1 S. 3 InsO soll wie folgt lauten:

„Eine Geldschuld ist zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegen.“

b) Bewertung

Nach der Rechtsprechung des BGH werden Insolvenzanfechtungsansprüche, die auf Geld gerichtet sind, ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens verzinst.⁴¹ Aufgrund der Neuregelung sollen Anfechtungsansprüche künftig nur noch bei Vorliegen der Voraussetzungen des Schuldnerverzugs (Mahnung, § 286 BGB) bzw. ab Rechtshängigkeit (Prozesszinsen, § 291 BGB) verzinst werden. Diese Neuregelung ist sachgerecht, weil sie Fehlanreize bei der schleppenden Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen beseitigt und den Rechtsverkehr besser vor einer übermäßigen Zinsbelastung schützt. Diese Fehlentwicklung war für den Rechtsverkehr unzumutbar.

7. Änderung des § 131 InsO

a) Überblick

§ 131 Abs. 1 InsO soll nach dem Ref-E um folgenden Satz 2 ergänzt werden:

„Eine Rechtshandlung ist nicht allein deshalb nach Satz 1 anfechtbar, weil der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines gerichtlichen Verfahrens erlangten Titels erwirkt hat.“

b) Bewertung

Die Ergänzung von § 131 Abs. 1 InsO nimmt Sicherungen oder Befriedigungen, die ein Gläubiger durch Zwangsvollstreckungen auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren

³⁶ BGH, Urt. v. 13.04.2006 – IX ZR 158/05, NZI 2006, 469.

³⁷ BAG, Urt. v. 06.10.2011 – 6 AZR 262/10, ZInsO 2012, 37.

³⁸ BGH, Urt. v. 10.07.2014 – IX ZR 192/13, ZInsO 2014, 1602.

³⁹ vgl. z.B. Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises zur Reform des Anfechtungsrechts v. 12.08.2014, S. 4.

⁴⁰ Begr. zu § 142 Ref-E, S. 12.

⁴¹ BGH, Urt. v. 01.02.2007 – IX ZR 96/04, NJW-RR 2007, 557.

Titels erwirkt hat, aus dem Anwendungsbereich der Inkongruenzanfechtung heraus.⁴² Solche Deckungen sollen künftig nur noch unter den Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 InsO anfechtbar sein.⁴³ Nach der Begründung des Ref-E soll dies auch für freiwillige Leistungen zur Abwendung der drohenden Zwangsvollstreckung (sog. Druckzahlungen) gelten.⁴⁴ Diese Gläubiger sollen künftig nicht um die „Früchte“ ihrer Bemühungen gebracht werden, es sei denn, ihnen waren Umstände bekannt, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen (§ 130 Abs. 2 InsO).⁴⁵ Allerdings beschränkt der Gesetzgeber die Privilegierung der Zwangsvollstreckung auf gerichtlich erwirkte Titel. Die Anfechtung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Finanzamts, der Träger der Sozialversicherung, der Hausbank und Hauptlieferanten soll dagegen weiterhin möglich sein,⁴⁶ obwohl sich die Vorsatzanfechtung ganz überwiegend gegen diese richtet und sich das Finanzamt und die Träger der Sozialversicherung ihren Titel sogar selbst beschaffen können. Hier durfte man von dem Ref-E durchaus eine Begründung dafür erwarten, warum die Vollstreckung aus anderen als gerichtlich erwirkten Titeln weiterhin als inkongruent gewertet wird.⁴⁷ Diese Begründung fehlt im Moment (noch). Ob es sich hierbei um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, ist unklar. Die Begründung des Ref-E führt hierzu lediglich aus, dass diejenigen Gläubiger Schutz verdienen, die den Aufwand und das Kostenrisiko eines Prozesses auf sich genommen haben. Das soll namentlich für Kleingläubiger, ArbeitnehmerInnen sowie bei kleinen und mitteständischen Unternehmen der Fall sein.⁴⁸ Über die weiteren Praxisfälle und den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz hat sich der Gesetzgeber offenbar keinerlei Gedanken gemacht. Es ist daher zu erwarten, dass der Gesetzgeber diese Lücke schließen wird bzw. eine Begründung nachliefert.⁴⁹

Im Übrigen übersieht die Begründung des Ref-E das Spannungsverhältnis zu § 88 InsO.⁵⁰ Danach ist eine im letzten Monat vor Insolvenzantragstellung durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Schuldners mit Verfahrenseröffnung automatisch unwirksam (sog. Rückschlagsperre). Insolvenzanfechtung und Rückschlagsperre sind vom Ergebnis her betrachtet im letzten Monat vor Insolvenzantragstellung austauschbar.⁵¹ Im Anwendungsbereich des § 88 InsO bedarf es daher keiner Insolvenzanfechtung.⁵²

III. Weitere Reformvorschläge

1. Verkürzung der Anfechtungsfrist

Eine weitere Verkürzung der Anfechtungsfrist auf ein oder zwei Jahre wäre zu begrüßen, da der durchschnittliche Anfechtungszeitraum maximal zwei bis drei Jahre beträgt.⁵³

2. Privilegierung weiterer Gläubigergruppen

Eine weitere Privilegierung von Gläubigergruppen wie z.B. Energielieferanten, Sozialversicherungsträger, Fiskus oder Gewerkschaften ist abzulehnen, weil sie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt. Sie würde den Rechtsfrieden erheblich gefährden.

3. Unredlichkeit oder Gläubigerbenachteiligungsabsicht als weiteres Tatbestandsmerkmal

Der Vorschlag des Gravenbrucher Kreises § 133 InsO um das Merkmal der „Unredlichkeit“ zu ergänzen⁵⁴ oder die Auswechselung des Begriffs des „Vorsatzes“ gegen eine „Gläubigerbenachteiligungsabsicht“⁵⁵ ist

⁴² Begr. zu Ref-E, S. 12.

⁴³ Begr. zu Ref-E, S. 12.

⁴⁴ Begr. zu Ref-E, S. 15.

⁴⁵ Begr. zu Ref-E, S. 15.

⁴⁶ Jungclaus/Keller, NZI 2015, 297, 298.

⁴⁷ Jungclaus/Keller, NZI 2015, 297, 299.

⁴⁸ Begr. zu Ref-E, S. 12, 15.

⁴⁹ Ähnlich Hölzle ZIP 2014, 662, 663.

⁵⁰ Jungclaus/Keller, NZI 2015, 297, 298; Huber, ZInsO 2015, 713, 715.

⁵¹ Huber, ZInsO 2015, 713, 715.

⁵² Huber, ZInsO 2015, 713, 715.

⁵³ Frind, ZInsO-Newsletter 6/2013.

⁵⁴ Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises zur Reform des Anfechtungsrechts vom 12.08.2014, S. 5.

⁵⁵ Stellungnahme des BGA zur Reform des Insolvenzanfechtungsrechts vom 30. 04.2014, S. 6.

ebenfalls abzulehnen. Zum einen liegen die Beweisschwierigkeiten⁵⁶ auf der Hand, zum anderen verlangt der Wortlaut von § 133 Abs. 1 InsO nur die Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners. Darüber hinaus verlangt der BGH für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die diesbezügliche Kenntnis des Anfechtungsgegners weder ein unlauteres Zusammenwirken noch irgendeine Treuwidrigkeit.⁵⁷ Stattdessen kann bereits die Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners genügen, um den subjektiven Tatbestand zu begründen.

4. Zulässigkeit von Abgeltungsklauseln im Insolvenzplan

Die Insolvenzanfechtung dient gerade in Ordnungsverfahren (auch) der Massenanreicherung und kommt den Gläubigern somit direkt zugute, weil sie für den Fall der erfolgreichen Durchsetzung die Insolvenzquote erhöht. Unter Umständen kann die Anfechtung aber auch **nicht** im Gläubigerinteresse liegen und einen **erheblichen Störfaktor** für die Sanierung darstellen. In diesem Zusammenhang finden sich im Rahmen der autonomen Gestaltungsmacht der Gläubiger vermehrt Planlösungen, bei denen sanierungsschädliche Anfechtungsansprüche im Insolvenzplan durch einen Sanierungsbeitrag in Geld (z.B. um die Quote der ungesicherten Gläubiger erhöhen zu können) oder andere Leistungen des Anfechtungsgegners, wie Sicherstellung der notwendigen Finanzierungen nach Aufhebung des Verfahrens (beispielsweise notwendige Avalkredite), Aufrechterhaltung der Lieferbereitschaft (insbesondere bei Schlüssellieferanten) abgegolten werden. Diese Frage ist bislang nicht gesetzlich geregelt und wird von einigen Insolvenzverwaltern infrage gestellt. Zur Herbeiführung der Rechtssicherheit ist daher eine entsprechende Klarstellung sinnvoll. Allerdings sieht beispielsweise § 269h Abs. 2 Nr. 2 InsO-E vor, dass der Koordinationsplan Vorschläge zur Beilegung gruppeninterner Streitigkeiten enthalten kann, wenn die Anfechtung nicht im Gruppeninteresse liegt. Die Entwurfsbegründung führt in diesem Zusammenhang aus, es müsse z.B. eine Kompensationszahlung des Anfechtungsgegners zugunsten des Anfechtungsberechtigten in den Plan aufgenommen werden und sodann auf das Anfechtungsrecht verzichtet werden.⁵⁸ Dies bedeutet, der Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter (§280 InsO) kann trotz eines klar bestehenden Anfechtungsanspruchs auf die Geltendmachung verzichten, vorausgesetzt, der Insolvenzmasse fließt ein anderweiter Vorteil zu, der den Verzicht wirtschaftlich aufwiegt. Eine solche Regelung sollte auch im Insolvenzanfechtungsrecht gem. §§ 129ff. InsO eingeführt bzw. für anwendbar erklärt werden.

IV. Fazit

Die Insolvenzanfechtung ist kein Selbstzweck und dient nicht vorrangig der Massenanreicherung, sondern soll in erster Linie doloses Verhalten in der Krise und die „Beihilfe“ zur Insolvenzverschleppung des insolventen Schuldners sanktionieren. Die Reform des Insolvenzanfechtungsrechts ist angesichts der eingetretenen Unsicherheiten im Rechts- und Geschäftsverkehr ein Schritt in die richtige Richtung. Das geltende Insolvenzanfechtungsrecht setzt die richtigen Akzente, Insolvenzverschleppungen förderndes Verhalten zu sanktionieren,⁵⁹ geht aber in seinen spezifischen Ausprägungen inzwischen auch deutlich darüber hinaus. Für die bessere Plan- und Kalkulierbarkeit anfechtungsbedrohter Rechtshandlungen ist die Reform unbestritten unabdingbar. Nur ist der vorliegende Entwurf bisher noch nicht stimmig. Es ist daher zu erwarten, dass der Gesetzgeber die Kritik der Praxis aufgreift und auch im Interesse der Sicherheit und Vorhersehbarkeit des Geschäftsverkehrs nachbessert.

Düsseldorf, den 08.06.2015

Robert Buchalik

Vorstandsvorsitzender BV ESUG e.V.

⁵⁶ Kayser, NJW 2014, 422, 425.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 17.07.2003 – IX ZR 272/02, ZInsO 2003, 850;BGH, Urt. v. 13.05.2004 – IX ZR 190/03, ZInsO 2004, 859.

⁵⁸ Begr. Reg-E Konzerninsolvenzrecht zu § 269h, S. 50.

⁵⁹ Hözle, ZIP 2015, 662, 670.