

Stellungnahme

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz

Der BDI ist die Spitzenorganisation der deutschen Industrie und der industrienahen Dienstleister. Er spricht für 38 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund 8 Millionen Beschäftigten.

Dokumenten Nr.
D 0711

II/5-13-07 Stf

Datum
19. Juni 2015

Seite
1 von 11

I. Einleitung

Die deutsche Industrie begrüßt die Vorlage des Referentenentwurfs eines „Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die bisherige Rechtspraxis des Insolvenzanfechtungsrechts mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belastet ist und zu unverhältnismäßigen und unkalkulierbaren Risiken für die betroffenen Gläubiger führt. Das Bundesjustizministerium beleuchtet in der Entwurfsbegründung das Spannungsverhältnis zwischen dem mit § 133 InsO intendierten Schutz der Befriedigungsaussichten der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger und dem Bedürfnis des Geschäftsverkehrs, auf den Bestand erhaltener Zahlungen vertrauen zu können. Das als Ausnahmetatbestand konzipierte Instrument der für einen Zeitraum von zehn Jahren möglichen Vorsatzanfechtung findet in seiner derzeitigen Ausprägung kein Pendant in ausländischen Rechtsordnungen und ist hierzulande inzwischen zur gängigen Anspruchsgrundlage geworden. Das Aufkommen von Serienanfechtungen auf Basis von § 133 Abs. 1 InsO, die angesichts der geltenden Rechtslage in vielen Fällen zum Abschluss teurer Vergleiche führen, ist nur ein Phänomen, dem sich der Geschäftsverkehr ausgesetzt sieht. Das zunehmende Outsourcing von Anfechtungsdienstleistungen sowie das Aufkommen von Anfechtungsversicherungen sind weitere Anzeichen, dass hier ein Markt entstanden ist, auf dem ein Tatbestand eine Relevanz erfährt, den ihm der Gesetzgeber ursprünglich nicht beigemessen hat.

Bei einer Reform des Insolvenzanfechtungsrechts muss die Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts – das ordnende Vom-Markt-Nehmen – gewahrt bleiben. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung – *par conditio creditorum* – ist und bleibt in der Insolvenzsituation maßgeblich. Hierfür muss das Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung ein wirksames Instrument im Sinne eines effektiven Gläubigerschutzes bleiben. Dem Prinzip der Gläubigergleichbehandlung kommt jedoch mit Blick auf das gesamte Zivilrecht ein Ausnahmecharakter zu. Hier gilt die Grundregel des Prioritätsprinzips. Die Grenze vom Übergang des Prioritätsprinzips zur *par condition creditorum* muss schlüssig sein: Gerechtfertigt werden kann der Vorrang der *par conditio creditorum* problemlos im Zeitraum der Insolvenznähe, wie in

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: +493020281560
F: +493020282560

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
B.Stehfest@bdi.eu

§§ 130 und 131 InsO definiert. Auch die vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung stellt einen solchen Rechtfertigungsgrund dar. Wegen der zehnjährigen Frist ist aber keine Insolvenznähe mehr gegeben. Daher erscheint es offensichtlich als zwingend, dass in diesen Fällen besondere Anforderungen an das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 133 InsO gestellt werden. Hier setzt die Kritik der Praxis an. Die Ausnahme wurde mehr und mehr zur Regel, die Vorsatzanfechtung fungiert zunehmend als Generalklausel des Insolvenzanfechtungsrechts. Die anstehende Reform muss die Verunsicherung der Gläubiger hinsichtlich des rechtssicheren anfechtungsfesten Behaltendürfens von Zahlungen eines Schuldners in der Krise in der Krise beenden.

Es ist gut, dass im § 133 InsO künftig zwischen Vermögensverschiebungen („bad cases“) und Deckungshandlungen unterschieden wird. Gleichermäßen ist es richtig, noch einmal erhöhte Anforderungen an die Anfechtung einer kongruenten Deckungshandlung anzulegen, als dies für inkongruente Handlungen der Fall sein wird. Denn bei einer kongruenten Deckungshandlung erhält der Gläubiger nur das, was er aufgrund seiner vorangegangenen Leistung fordern darf. Zu begrüßen ist auch, dass in § 133 Abs. 1 InsO-E mit dem Tatbestandsmerkmal der Unangemessenheit wieder ein Kriterium gefunden werden soll, das zur Abgrenzung der Vorsatzanfechtung von den „gewöhnlichen“ Anfechtungstatbeständen, deren Rechtfertigung die zeitliche Insolvenznähe ist, dient. Die zentrale Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals kommt in Wortlaut und Begründung des vorliegenden Entwurfs allerdings noch nicht hinreichend zum Ausdruck.

Zum Klima der rechtspolitischen Debatte in den vergangenen Monaten: Es sind weder die in der Verwalterszene kritisierten „interessierten Kreise“ der Wirtschaft, die hier ihre Forderungen für ein praxisgerechtes und angemessenes Insolvenzanfechtungsrecht formulieren, noch ist es das Ziel, das Instrument des Anfechtungsrechts der Insolvenzordnung auch nur ansatzweise wirkungslos zu machen. Als Spitzenverband der deutschen Industrie vertreten wir sämtliche Gläubigergruppen gleichermaßen: diejenigen, die auf Massemehrung durch erfolgreiche Anfechtungen des Verwalters hoffen, ebenso, wie jene, die in langjährigen Geschäftsbeziehungen stehen und nicht die stete Sorge haben dürfen, bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Vertragspartners die Jahre oder Monate vor dem Insolvenzantrag erhaltenen Zahlungen als Gegenleistung für erbrachte Lieferungen und Leistungen zur Masse rückerstatten zu müssen. Dementsprechend unterbreiten wir nachfolgend Vorschläge, auf welche Weise der vorliegende erste Entwurf einer Neuregelung der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung aus unserer Sicht noch praxisgerecht überarbeitet werden sollte.

II. Zu den Vorschlägen im Einzelnen

1. Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO-E

Bekanntlich sind nach aktueller Praxis bereits Anfragen der Vertragspartner nach Zahlungserleichterungen aber auch verspätete Zahlungen oder sonstige Indizien, die auf Zahlungsschwierigkeiten hindeuten können, Anlass für Verwalter zu Anfechtungen nach § 133 Abs. 1 InsO. Dabei ist praktisch unerheblich, ob es sich um Ratenzahlungsvereinbarungen handelt, um die der Schuldner aufgrund saisonbedingt eingeschränkter Liquidität gebeten

hatte, ob Indizien einer strukturellen Liquiditätskrise vorliegen oder ob tatsächlich einseitige Absprachen zu Lasten anderer Gläubiger getroffen wurden. Die Rechtsfolge ist dieselbe: In allen Fällen muss der Gläubiger über einen Zeitraum von zehn Jahren mit einer Anfechtung erhaltener Leistungen rechnen. Für den anfechtenden Insolvenzverwalter ist diese Sichtweise vorteilhaft: Im Nachhinein betrachtet war der Insolvenzantrag immer unvermeidbar und jede dahin führende Zahlungserleichterung hat ihn verzögert. Dem Gläubiger, der die Zahlung erhält, schneidet diese Sichtweise jede Verteidigung ab: Er kann Zahlungsschwierigkeiten und Liquiditätsverknappungsindizien ohne Einblick in das betrieblich Rechnungswesen des Schuldners nicht sicher einordnen. Ursprüngliches Ziel der Vorsatzanfechtung waren die Erfassung von Vermögensverschiebungen und anderen gezielt masseschmälernde Handlungen im Vorfeld einer Insolvenz, für die ein entsprechend langer Anfechtungszeitraum auch als angemessen erscheint. Auf diesen Bereich muss die erhebliche und umfassende Sanktion des § 133 InsO zurückgeführt werden.

a) Differenzierung im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO-E

Der Ansatz des Referentenentwurfs, im System der Vorsatzanfechtung zunächst nach Vorliegen einer Deckungshandlung oder einer Vermögensverschiebung zu differenzieren und daran die jeweilige Frist der Möglichkeit der Geltendmachung etwaiger Ansprüche zu knüpfen, ist nachdrücklich zu begrüßen. Der Gesetzgeber macht damit deutlich, die klassischen Anwendungsfälle der Vorsatzanfechtung, wie etwa Vermögensverschiebungen oder Bankrotthandlungen („bad cases“), gesondert behandeln zu wollen und von einer Fristverkürzung oder tatbestandlichen Erleichterungen auszunehmen. Hier kommt der das Gesamtgefüge schonende Charakter des Reformansatzes besonders zum Ausdruck. Schließlich ist keine weniger einschneidende Reform denkbar, als eine Differenzierung im bereits bestehenden System. Auch die Unteraufteilung der Deckungsanfechtung in inkongruente und kongruente Deckungshandlungen ist sinnvoll.

b) Begriff der Unangemessenheit

Wir begrüßen, dass der Entwurfsverfasser mit dem Begriff der Unangemessenheit den richtigen Versuch unternimmt, das Unwerturteil der Vorsatzanfechtung wieder deutlicher zu unterstreichen und so auch eine Abgrenzung zu §§ 130, 131 InsO herzustellen. Denn Deckungsgleichheit der beiden Normen in der Rechtsanwendung war auch vom Gesetzgeber der InsO 1999 nicht gewollt gewesen. Schließlich hat er die §§ 130 und 133 InsO jeweils mit unterschiedlichen Schutzzwecken ausgestattet. Durch § 130 InsO wird der Schutz des Grundsatzes „par conditio creditorum“ drei Monate vor Eröffnung des Verfahrens verfolgt. Wer also in diesem kurzen Zeitraum vor dem Eröffnungsantrag eine Zahlung empfängt, muss mit der Anfechtung und einem Verweis auf die Insolvenzquote rechnen. Anders liegt es bei der Regelung des § 133 InsO. Diese verfolgt den Schutz gegenüber solchen Rechtshandlungen, die der Schuldner in einverständlichem Zusammenwirken mit dem späteren Anfechtungsgegner – zum Nachteil der Gläubiger – vorgenommen hat. Als Haftungsnorm verlangt sie für einen zehnjährigen Zeitraum das vom Gläubiger zurück, was er in Kenntnis des schuldnerischen Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes erlangt hat. Dieser Norm kommt

damit weniger der Charakter der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger als vielmehr ein Sanktionscharakter zu, der seine Begründung im besonderen Unwert in der gemeinschaftlich gewollten oder in Kauf genommenen Gläubigerbenachteiligung findet. Dieses „Mehr“ an zu missbilligendem Verhalten muss vor allem bei kongruenten Deckungen, d. h. Zahlungen auf bestehende Verbindlichkeiten des Schuldners, künftig wieder verlangt werden. Dies muss künftig auch im Wortlaut des § 133 InsO wieder zum Ausdruck kommen.

Hierfür bietet sich der vorgeschlagene Begriff der Unangemessenheit in § 133 Abs. 1 InsO-E als Lösungsmöglichkeit an. Zu diesem Zweck muss die Bedeutung des zentralen Begriffs der Unangemessenheit im weiteren Verfahren jedoch noch deutlicher hervorgehoben werden. Wir würden es sehr begrüßen, wenn das Gesetz klarer zum Ausdruck brächte, dass mit dem Merkmal der Unangemessenheit ein eigenständiger, weitergehender Unwertgehalt verbunden ist, wie es z. B. bei einer Druckzahlung auf Drohung mit einem Insolvenzantrag der Fall wäre. Die Norm des § 130 InsO verlangt die Vornahme einer Rechtshandlung zum Zeitpunkt seiner Zahlungsunfähigkeit bei gleichzeitiger Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit. Der Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO verlangt für kongruente Deckungen im Wesentlichen dasselbe, wenn er die (schuldnerische) Rechtshandlung, den schuldnerischen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die entsprechende Kenntnis des Gläubigers davon verlangt. Aufgrund der Tatsache, dass die Begründung zum Referentenentwurf auf die Einbindung der Vermutungswirkung des § 130 Abs. 2 InsO in den Rahmen des § 133 InsO abstellt, besteht erneut das Risiko, dass nun zwar die Kenntnis von Indizien bzgl. der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht mehr ausreichen soll, aber über eine neue Indizienkette über § 130 Abs. 2 InsO die heutige, missliche Situation der weiten Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungen aufgrund einer Indizienkette perpetuiert wird. Es geht bei dieser Reform um die Fälle, in denen dem Anfechtungsgegner zwar eine Liquiditätskrise nicht verborgen bleibt, er jedoch nicht mit dem Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit (= Insolvenzantragspflicht) rechnen musste. Es ist also zwingend erforderlich, dem § 133 InsO in diesen Fallgruppen ein zusätzliches Unwertelement hinzuzufügen, um seinen Tatbestand von jenem des § 130 InsO abzugrenzen.

Mit der Entwicklung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit hatte die Rechtsprechung bis zum Jahr 2003 das Ziel der Differenzierung im Blick. Unter Geltung der Konkursordnung sah § 31 KO noch das Tatbestandsmerkmal der Absicht vor, durch das eine Differenzierung zu den übrigen Anfechtungstatbeständen vorgenommen wurde. Auch wenn der Absichtsbegriff mit Geltung der Insolvenzordnung durch das Vorsatzmerkmal ersetzt wurde, so stellte der Gesetzgeber der InsO 1999 klar, dass dies keine Änderung der Rechtslage mit sich bringen sollte. Dies galt insbesondere für das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit. Zentral für die Vorsatzanfechtung war das Vorliegen eines unlauteren Zusammenwirkens zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner, das es zum Ziel hat, die Ansprüche der übrigen Gläubiger zu vereiteln und ihnen den Zugriff zu verwehren (BGH IV ZR 164/53 vom 4.2.1954, BGH IX ZR 236/91 vom 12.1.1992). Auf diese Weise wurde der besondere Unwert der tatbestandlichen Rechts-

handlung des § 133 Abs. 1 InsO zum Ausdruck gebracht. Dass die Rechtsprechung das Unlauterkeitsmerkmal unter Hinweis auf den Wegfall des Absichtserfordernisses in der InsO später fallen ließ (BGH IX ZR 272/02 vom 17.7.2003), widersprach ganz offensichtlich dem Willen des InsO 1999-Gesetzgebers. Dieser bezweckte lediglich, die von der Rechtsprechung vorgenommene Aufweichung des Absichtsbegriffs im Normtext der Insolvenzordnung nachzuvollziehen. Nicht jedoch wollte er damit für die Rechtspraxis ein Abschmelzen der Tatbestandsvoraussetzungen bewirken. Diese Entwicklung in der Rechtsprechung ist eine wesentliche Ursache für die gegenwärtige Situation der ausufernden Anwendung der Vorsatzanfechtung in der Insolvenzpraxis.

Von daher besteht ein Lösungsansatz in der Tat darin, mittels des Begriffs der Unangemessenheit die Intention des Gesetzgebers der InsO 1999 erneut aufzugreifen. Folglich müsste im Gesetzentwurf klargestellt werden, dass die Unangemessenheit eben den besonderen Unwert des Zusammenwirkens zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner mit dem Ziel der Vereitelung der Ansprüche der übrigen Gläubiger zum Inhalt hat. Schließlich ist jede Rechtshandlung des Schuldners zu Gunsten eines Gläubigers eine (potenzielle) Benachteiligung der Gläubigergesamtheit. Die jeweiligen Rechtsfolgen der §§ 129 InsO müssen jedoch zwischen Umständen und Handlungszwecken differenzierend zur Anwendung kommen. Konsequenz für § 133 InsO muss sein, dass der Verwalter das Vorliegen dieses Unwert-Aspekts zu beweisen hat. Jedenfalls kann nicht allein die Kenntnis des Gläubigers von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aufgrund von Indizien und vom gleichzeitigen Vorhandensein anderer Gläubiger ausreichend sein. Auf diese Weise würde der Geschäftsverkehr von der gegenwärtigen Rechtspraxis der erdrückenden Vermutungsketten, die er mangels Einblick in die innerbetrieblichen Zahlen auch zum Zeitpunkt der Erhalt der Zahlung nicht bewerten kann, entlastet.

Es ist das gegenwärtig zu beobachtende Ausreizen von Indizien und Vermutungen rund um § 133 InsO, das es dem redlichen Gläubiger beinahe unmöglich macht, sich gegen die behauptete Kenntnis der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung des Schuldners aufgrund von Indizien zur Wehr zu setzen. Die vorliegende Entwurfsbegründung birgt die Gefahr, diese Vermutungsregelungen über § 130 Abs. 2 InsO in den Anwendungsbereich des § 133 InsO-E zu übertragen. Die Ausdehnung des Tatbestands des § 133 InsO würde damit ihre Fortsetzung finden. Insoweit liegt ein weiterer Lösungsansatz darin, durch klar abgestufte Anforderungen an den Nachweis belastender Tatbestandsmerkmale zwischen den Anfechtungstatbeständen zu differenzieren. Aus im Geschäftsverkehr üblichen, auch saisonalen oder projektspezifischen Liquiditätsverknappungen darf künftig nicht die Vermutung für das Vorliegen eines nach § 133 Abs. 1 InsO in besonderem Maße zu sanktionierenden Verhaltens bei dem Erhalt einer kongruenten Befriedigung geschlossen werden.

c) Ausnahmen von der Unangemessenheit

Die vorgeschlagenen „Safe Harbour“-Regelungen des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO sind im Sinne einer Planungssicherheit zu begrüßen. Auch hierfür wäre jedoch eine weitere Konkretisierung des Unangemessenheitsbegriffs

wünschenswert. Letztlich müssen sich vergleichbare Ausnahmekonstellationen, die die Rechtsprechung ggf. herausbilden wird, an den Wertungen dieser beiden Konstellationen messen lassen. Darüber hinaus stellt der bisherige Wortlaut nicht hinreichend klar, dass es sich bei den Ausnahme-Fallkonstellationen um Regelbeispiele handelt, die keinen abschließenden Charakter haben. Durch Einfügen des Wortes „insbesondere“ in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO-E („Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere nicht vor, wenn...“) sollte klargestellt werden, dass die genannten Ausnahmeregelungen nicht abschließend sind.

Inhaltlich sollen die beiden Fallkonstellationen dem Geschäftsverkehr Wege beschreiben, um dem Verdikt der Unangemessenheit zu entgehen. Allein beschränkt sich der Vorschlag auf äußerst spezielle und eng ausgestaltete Konstellationen, sodass sie für die Geschäftspraxis keine praxisrelevanten Ausnahmen darstellen. Die Ausnahmen müssen weiter ausgestaltet werden. Dass dies auch im Rahmen des Angemessenen möglich ist, zeigt die kritische Betrachtung der vorgeschlagenen Fallgruppen:

aa) Bargeschäftsähnliche Lage

Laut des Entwurfs wird vorgeschlagen, eine Ausnahme von der „unangemessenen Benachteiligung“ für den Fall zu normieren, in dem für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung ins schuldnerische Vermögen gelangt, die zugleich zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens oder zur Sicherung des schuldnerischen Lebensbedarfs erforderlich ist. Zwar ist es als positiv zu bewerten, dass der Bargeschäftseinwand des § 142 InsO künftig grundsätzlich auf Fälle des § 133 Abs. 1 InsO anwendbar sein soll. Die Einschränkung „zur Fortführung seines Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich“ ist jedoch deutlich zu eng. Dem Gläubiger darf hier keine wirtschaftliche Prüfung auferlegt werden, ob seine Lieferung oder Leistung wirklich für die Fortführung des schuldnerischen Betriebs dienlich ist oder eine Fortführung wirtschaftlich sinnvoll ist. Dies kann der Gläubiger, der nicht Hausbank ist, regelmäßig überhaupt nicht leisten. Die Bargeschäftsausnahme muss damit künftig im Rahmen von § 133 InsO zumindest insofern gelten, als die unmittelbare und gleichwertige Gegenleistung der Fortführung des schuldnerischen Unternehmens ermöglicht, dient oder diese fördert. Es kann dabei auch nicht darauf ankommen, ob ein (qualifizierter) Eigentumsvorbehalt vereinbart wird oder nicht.

Ferner ist nicht nachzuvollziehen, weshalb der Erbringer einer Dienst- oder Werkleistung an den Schuldner weniger Vertrauensschutz genießen soll als der Warenlieferant, also – da nicht als Ausnahmetatbestand aufgenommen – hierdurch die Unangemessenheit indiziert ist, wenn der Dienstleister oder Werkunternehmer bezahlt wird. Der Werkunternehmer, der über Monate hinweg im Geschäftsbetrieb des Schuldners z. B. eine technische Anlage gebaut hat, seine Vergütung aber erst nach förmlicher Abnahme und mehrwöchiger Schlussrechnungsprüfung seitens des Schuldners beanspruchen kann, wird sich nicht auf den „bargeschäftsähnlichen“ Charakter des Leistungsaustausches und damit auf den neuen Ausnahmetatbestand nach § 133 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 1 InsO-E berufen können. Die gebaute technische Anlage kann aber gleichwohl für den Geschäftsbetrieb des Schuldners dien-

lich, ja sogar erforderlich und betriebsnotwendig sein – man denke nur beispielhaft an eine für Sicherheit von Leib und Leben erforderliche und durch die Bauordnungsbehörde vorgeschriebene Brandmeldeanlage oder eine sonstige sicherheitstechnische Anlage, die unerlaubten Zutritt zum Geschäftssitz des Schuldners und Zugriff auf dessen Vermögen, Know-how etc. verhindern soll. Sofern hier eine Vergütung erfolgt, stehen sich zudem auch in gleichem Maße Leistung und Gegenleistung adäquat gegenüber, nur dass es an dem Kriterium der Unmittelbarkeit fehlt, wie es beim Bargeschäft oder dem bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausch der Fall ist. Dass dem Werkunternehmer hier eine andere Behandlung zukommen soll als dem Warenlieferanten leuchtet nicht ein. Der Werkunternehmer oder Dienstleister ist mindestens genauso schutzwürdig. Das Kriterium der Unmittelbarkeit ist daher zu streichen oder aber für die vorgenannte Konstellation eines wechselseitigen Leistungsaustausches sollte ein expliziter Tatbestand geschaffen werden.

bb) Ernsthafter Sanierungsversuch

Mit dem Tatbestandsmerkmal des ernsthaften Sanierungsversuchs stellt der Entwurfsverfasser auf die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH ab, nach der ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegen muss, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt (hierzu u. a. BGH IX ZR 183/06 vom 16. Oktober 2008, BGH IX ZR 156/09 vom 8. Dezember 2011).

Der Tatbestand des ernsthaften Sanierungsversuchs findet in der Rechtsprechung des BGH seinen Bezug allerdings zu Kreditinstituten. Er ist mithin ausschließlich für solche Gläubiger einschlägig, die umfassenden Einblick in die wirtschaftliche Lage des Schuldners haben und letztlich auch als einer der Hauptgläubiger tatsächlich in die Aufstellung und Umsetzung eines Sanierungskonzepts einbezogen sind. Beides trifft auf den durchschnittlichen Gläubiger (wie z. B. Warenlieferant, Dienstleister, Werkunternehmer oder Vermieter) nicht zu. Zwar kann ein privilegierender Tatbestand nicht lediglich auf Sanierungshoffnungen oder vagen -vermutungen basieren. Es muss aber auch klar sein, dass es gerade bei bis zu mittelgroßen Schuldnerunternehmen oft keine beraterlastigen Sanierungskonzepte, sondern schlicht Gespräche mit Kapitalgebern gibt. Daher müssen zielgerichtete Maßnahmen des Schuldners, denen eine Sanierungswirkung nicht von vornherein abzuerkennen ist, auch Teil dieser Fallkonstellation sein. Dabei darf sich der Kreis der geschützten Rechtshandlungen nicht auf unmittelbare Elemente eines zentralen Sanierungskonzepts beschränken. Es müssen auch solche Rechtshandlungen erfasst sein, die im Rahmen oder mit Bezug zu laufenden Sanierungsbemühungen vorgenommen werden. Letztlich wäre der Gläubiger, mit der bereits heute gegebenen Situation konfrontiert, nicht erkennen zu können, ob ein Sanierungsversuch ernsthaft ist. Um diesem fehlenden Einblick in die wirtschaftliche Lage des späteren Insolvenzschuldners gerecht zu werden, sollte für den Fall der kongruenten Deckungsanfechtung klargestellt werden, dass der Geschäftspartner von einer Anfechtung verschont bleibt, soweit sich die Untauglichkeit des vom späteren Insolvenzschuldner behaupteten Sanierungsversuches nicht offensichtlich aufdrängt, es mithin an einer Erkennbarkeit für den Gläubiger fehlte.

Zudem muss die Praxistauglichkeit im Fokus einer Neuregelung bleiben. Im schnelllebigen Geschäftsalltag sind es häufig die Anfragen nach (kurzfristigen und/oder vorübergehenden) Zahlungserleichterungen, die bewältigt und bearbeitet werden müssen. Oft stehen dabei auch übersichtliche Forderungsbeträge in Rede, die gestundet werden sollen oder Gegenstand eines Moratoriums oder einer Ratenzahlungsvereinbarung werden sollen. Der zeitliche und personelle Aufwand beim Geschäftspartner für eine Prüfung des vom Schuldner verfolgten und erarbeiteten Sanierungskonzeptes (sofern überhaupt vorhanden) steht meist in keinem Verhältnis zum Nutzen für beide Seiten. Zudem wird bei geringeren Größenordnungen auch der Schuldner nicht bereit sein, Einblick in seine Liquiditätsstatus zu gewähren. Gerade dies wäre für den Geschäftspartner jedoch erforderlich, wenn er die Ernsthaftigkeit der Sanierungsbemühungen beurteilen wollte.

d) Differenzierte Anfechtungsfristen

Es ist richtig, anhand der jeweils geltenden Frist zwischen Deckungshandlungen und anderen Fallkonstellationen zu unterscheiden. Für das Feld der Vermögensverschiebung ist die beizubehaltende zehnjährige Frist auch angemessen. Angesichts der Vielzahl von Anfechtungen nach § 133 Abs. 1 InsO, die sich auf Rechtsgeschäfte in den beiden Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beziehen, sollte die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungshandlungen auf eine Frist von zwei Jahren beschränkt werden.

e) Kenntnis des Gläubigers im Rahmen kongruenter Deckungsgeschäfte

Es ist zu begrüßen, dass es bei Vorliegen kongruenter Deckung erforderlich sein soll, dass bereits Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Insoweit soll allein die Kenntnis von einer lediglich drohenden Zahlungsunfähigkeit oder in Abgrenzung zu § 130 Abs. 2 InsO die Kenntnis von Indizien, die auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, nicht ausreichen. Dies verbessert die Position von Unternehmen, die im Geschäftsverkehr mit späteren Insolvenzschuldern stehen. Auch ist zu befürworten, dass die Kenntnis des Gläubigers vom schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz nicht allein aus Zahlungsvereinbarungen mit Vollstreckungsaufschub nach § 802 b Abs. 2 S. 1 ZPO oder solchen, um die im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs nachgesucht wurde, abgeleitet werden kann. Erweitert werden sollte der Kreis der Fallkonstellationen um kurzzeitige Zahlungsstockungen.

Erheblichen Auslegungsspielraum lässt der Begriff der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs. Es ist zu begrüßen, dass der Entwurf damit die Rechtswirklichkeit der Praxis aufzunehmen versucht und einer statischen Pönalisierung von Zahlungserleichterungen entgegenwirken will. Dennoch ist bereits heute absehbar, dass der damit verbundene unbestimmte Rechtsbegriff der „Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr“ Entscheidungen des BGH erforderlich macht, bevor Klarheit über die Stichhaltigkeit der behaupteten Gebräuche des jeweiligen Wirtschaftszweigs geschaffen wird. Um auch hier ein höheres Maß an Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr zu erreichen,

sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass sich die Gepflogenheiten am Geschäftsverkehr der jeweiligen Branche zu orientieren haben.

Insgesamt ist zu befürchten, dass die vorgeschlagene Neuregelung in der gerichtlichen Praxis keine wesentliche Entlastung für Gläubiger im Bereich kongruenter Deckungshandlungen mit sich bringen wird. Schließlich wird hier kein „*Safe Harbour*“ für den redlichen Gläubiger vorgeschlagen. Die jeweilige Vereinbarung wirkt vielmehr weiter als Indiz für die Kenntnis des Gläubigers vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners. Den Instanzgerichten bleibt weiter die Möglichkeit, bei Vorliegen einer der beiden Voraussetzungen einen als solchen wenig maßgeblichen weiteren Aspekt zur Annahme der inkriminierten Kenntnis hinzuzuziehen, um im Ergebnis doch regelmäßig zur Bejahung des Tatbestandsmerkmals zu gelangen. Insofern ist zu fordern, dass die genannten Zahlungserleichterungen gar nicht zur Ableitung oder Vermutung der Kenntnis von Zahlungsunfähigkeit bzw. schuldnerischen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz im Rahmen kongruenter Deckungshandlungen bei § 133 InsO herangezogen werden können.

f) Beweispflicht des Verwalters

Wesentlich für die ausufernde Anwendung der Vorsatzanfechtung in der Verwalterpraxis sind zudem die prozessrechtlich erdrückenden Vermutungsketten von § 133 Abs. 1 InsO zu Lasten der Gläubiger. Diese zu widerlegen und entsprechenden (meist wenig substantiierten) seriellen Anfechtungsschreiben zu entgegnen, ist dem Gläubiger im Regelfall nicht möglich. Die Kenntnis des Gläubigers von Zahlungsproblemen des Vertragspartners führt in der gegenwärtigen Praxis zu einer faktischen Beweislastumkehr. Daher sehen sich die Adressaten entsprechender Anfechtungen oftmals gezwungen, objektiv ungerechtfertigte Vergleiche abzuschließen. Insofern ist es zu begrüßen, dass der Insolvenzverwalter künftig nachweisen muss, dass keine gesetzliche Ausnahme von einer „unangemessenen Benachteiligung“ nach § 133 Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 und 2 InsO-E vorliegt. Diese beweisrechtliche Neuregelung war und ist wesentlicher Bestandteil der aktuellen Reform. Gerade die prozessrechtlich erdrückenden Vermutungsketten des § 133 InsO waren und sind es, die in Kombination mit dessen undifferenziertem objektiven Tatbestand zu unangemessenen Ergebnissen führten. Die Beweislastverteilung muss allerdings deutlich im Wortlaut des § 133 Abs. 1 InsO-E zum Ausdruck kommen, da die Gesetzesbegründung bekanntlich keine Gesetzeskraft entfaltet.

2. Konkretisierung des Bargeschäfts, § 142 InsO-E

Der Entwurfsverfasser war nicht bereit, eine Leistung, für die eine unmittelbare gleichwertige Gegenleistung erfolgt, generell von der Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO auszunehmen. Hier sollte das anstehende Verfahren genutzt werden, um die tatsächlichen Auswirkungen eines auch im Rahmen des § 133 InsO umfassenden Bargeschäftsprivilegs zu prüfen. Die Klarstellung zum Unmittelbarkeitsbegriff des Bargeschäfts im Sinne eines engen zeitlichen Zusammenhangs ist grundsätzlich zu begrüßen. Auch an dieser Stelle ist es schwer zu vermeiden, auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückzugreifen. Der Versuch, mittels der Begriffe „nach Art der ausgetauschten Leistung“ oder erneut der „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ in der insolvenzrechtlichen Praxis zu differenzieren, ist richtig.

3. Einordnung der Zwangsvollstreckung, § 131 InsO-E

Ebenfalls zu begrüßen ist der Vorschlag, nach dem eine vom Gläubiger erwirkte Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels allein nicht die Anfechtbarkeit nach § 131 Abs. 1 S. 1 InsO-E nach sich zieht. Im Geschäftsverkehr bestand seit jeher wenig Verständnis dafür, weshalb sich eine Forderung im Rahmen einer kongruenten Deckung, zu deren Durchsetzung der Gläubiger die Instrumente der Zivilprozessordnung anwenden musste, in ihrer Durchsetzung zu einer inkongruenten Forderung wandelt. Der Vorschlag, die Vollstreckung auf Basis eines gerichtlich erworbenen Titels nicht mehr als inkongruente Deckung und Leistungen auf Basis einer Zahlungsvereinbarung mit dem Gerichtsvollzieher nicht mehr als Druckzahlungen anzusehen, ist positiv und vor allem systemgerecht.

4. Verzinsung des Anfechtungsanspruchs nach § 143 InsO

Die vorgeschlagene Neuregelung zur Verzinsung des Anfechtungsanspruchs in § 143 InsO, die erst mit Geltendmachung des Anspruchs durch den Verwalter beginnt, ist zu begrüßen. Die bisherige Regelung hat in Verbindung mit dem bisher allzu leicht durchzusetzenden Anfechtungsanspruch nach § 133 Abs. 1 InsO geradezu zur „missbräuchlichen“ Ausübung des Anfechtungsrechts eingeladen. Allerdings ist zusätzlich zu verlangen, dass die Geltendmachung im Sinne einer qualifizierten Forderung die Umstände des erhobenen Anspruchs erkennen lassen muss. Andernfalls könnte auch künftig mit wenig substantiierten Musterschreiben ein Zinsanspruch in Gang gesetzt werden. Im weiteren Verfahren muss freilich klargestellt werden, dass Anknüpfungspunkt für die Zinsforderung nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern der Eintritt der Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage ist. Weiter muss die Zinsregelung auch für solche Verfahren Anwendung finden, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits laufen. Schließlich ist kein Schutzbedürfnis hinsichtlich des bisherigen Zinsanspruchs gegeben, da diese nur Nebenforderungen im Insolvenzverfahren darstellen.

III. Weiterführende Vorschläge

1. Frühzeitige Sachaufklärung, § 14 Abs. 1 InsO

Tatsächlichen und frühen Einblick in bestehende Zahlungsrückstände und die wirtschaftliche Lage des Schuldners haben hauptsächlich Sozialkassen und Finanzämter. Insoweit sollte das Antragsrecht Dritter effektiviert werden. Der Erstantrag eines Gläubigers darf nicht wie bisher mittels nachträglicher Zahlung des geforderten Betrags durch den Schuldner nach § 14 Abs. 1 InsO unzulässig werden. Bis zum Zeitpunkt des dann durchgreifenden Zweitantrags geht regelmäßig zu viel Zeit ins Land, in der der Schuldner in einer insbesondere vom institutionellen Gläubiger erkannten Krisensituation weiter gewirtschaftet hat. Es ist nicht verständlich, dass der Gesetzgeber einerseits vom privaten Gläubiger, der über relativ geringe Kenntnis zur wirtschaftlichen Lage des Geschäftspartners verfügt und sich im Falle eines Drittantrags erheblichen Haftungsrisiken aussetzen würde, verlangt, bei ersten Krisenzeichen beim Vertragspartner die Reißleine zu ziehen und Antrag auf Eröffnung des Verfahrens zu stellen und andererseits den institutionel-

len Gläubiger, der Einblick hat und willens ist, das Insolvenzverfahren anzustoßen, eben auf einen zweiten Antrag verweist. Letztlich muss das Ziel sein, mehr Verfahren zur Eröffnung zu bringen, ohne die Risiken dafür auf dem Rücken der unbesicherten Gläubiger zu belassen. Auch mit Blick auf die Diskussion um das Haushaltbegleitgesetz 2011 und die damals geplanten Änderungen in § 14 InsO muss der Gesetzgeber jedoch zwingend gewährleisten, dass mit einer Effektivierung des Erstantrags nicht dem missbräuchlichen, weil einseitigen Einsatz etwa einer Drohung mit dem Eröffnungsantrag gegenüber dem Schuldner Vorschub geleistet wird.

2. Fortlaufende Beobachtung der Gesetzesfolgen

Um der Fortentwicklung des Insolvenzrechts im zentralen Bereich des Anfechtungsrechts gerecht zu werden, regen wir an, dass das federführende Bundesministerium eine Expertengruppe zur praxisgerechten Weiterentwicklung des Rechts der Insolvenzanfechtung ins Leben ruft. Die Arbeit dieser Gruppe würde sich zunächst auf die Auswirkungen der hier diskutierten Reform beziehen und sollte dabei nicht zwingend in kurzfristigen Gesetzesänderungen münden, sondern die Interessen der Beteiligten am Insolvenzverfahren und die Überzeugungen des Gesetzgebers in einen fortgesetzten Austausch bringen. Die deutsche Industrie bietet hier nachdrücklich ihre aktive Beteiligung an.

IV. Fazit

Das Ziel der aktuellen Reform, im Recht der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung im Rahmen des § 133 InsO zu differenzieren und nur solche Handlungen zu sanktionieren, die tatsächlich zu missbilligenden Auswirkungen haben, ist nachdrücklich zu begrüßen. Der vorliegende Referentenentwurf bietet eine gute Grundlage, um letztlich mehr Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr zu erzeugen. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren muss geprüft werden, inwieweit unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisiert werden können und insbesondere dem zentralen Begriff der Unangemessenheit in § 133 Abs. 1 InsO-E klare Konturen zur Abgrenzung des Tatbestands gegenüber den übrigen Anfechtungsnormen verliehen werden können. Ausnahmen vom Tatbestand der Vorsatzanfechtung müssen im Gesetzestext so ausgestaltet werden, dass entsprechende Fallkonstellationen eine tatsächliche Relevanz im Geschäftsverkehr haben. Entsprechende Beweispflichten müssen so zugeordnet und entsprechende Vermutungsregelungen so aufgestellt werden, dass es künftig nicht mehr möglich ist, z. B. mittels missbräuchlicher Anfechtungen das Ziel teurer Vergleiche zu erreichen oder mittels ungerechtfertigter Vorsatzanfechtungen redliche Gläubiger für lange Zeiträume in Unsicherheit um den Bestand erhaltener Zahlungen zu versetzen bzw. unkalkulierbaren Risiken auszusetzen. Letztlich muss das Stufenverhältnis im Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung wieder hergestellt werden. Die Vorsatzanfechtung muss künftig einen effektiven und zielgerichteten Schutz gegenüber kollusiven und missbräuchlichen, unangemessenen Rechtshandlungen bewirken, die vorrangig das Ziel der Vereitelung der Befriedigung der übrigen Gläubiger haben. Sie darf nicht weiter als Standardwerkzeug der Verwalter den Charakter eines Auffangtatbestands im Recht der Insolvenzanfechtung innehaben.