



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 20/2015 Juni 2015

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

Mitglieder des Ausschusses Insolvenzrecht

RA Prof. Dr. Lucas F. Flöther (Vorsitzender)  
RAin Christine Frosch  
RA Dr. Frank Kebekus  
RAin Dr. Karen Kuder  
RA Markus M. Merbecks  
RAuN Dr. Wilhelm Wessel  
RA Dr. Thomas Westphal (Berichtersteller)

RAin Eva Melina Bauer, BRAK

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Bundesministerium der Finanzen  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Bundesrat  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages  
Finanzausschuss des Deutschen Bundestages  
BAKInso – Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e. V.  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Steuerberaterverband  
Deutscher Richterbund  
Bundesverband der Freien Berufe  
Deutscher Industrie- und Handelskammertag  
Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID)

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Redaktion Anwaltsblatt/AnwBl; Redaktion Juristenzeitung/JZ; Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht/MDR; Redaktion Neue Juristische Wochenzeitschrift/NJW  
Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht/ZInsO; Redaktion INDat-Report  
Verlag C. H. Beck

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer nimmt zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz wie folgt Stellung:

## 1. Vorbemerkung

Die Insolvenzmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger (§ 38 InsO). Dieser Grundsatz gebietet es, einen Gläubiger, der es aufgrund besonderer Sachkenntnis oder Durchsetzungskraft während eines bestimmten Zeitfensters im Vorfeld einer bereits bestehenden oder sich ankündigenden Insolvenzsituation schafft, eine Befriedigung oder Sicherung seiner Forderung zu erreichen, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Verlangen des Insolvenzverwalters zur Herausgabe des Erlangten zu verpflichten, damit alle Insolvenzgläubiger gleichmäßig von der verteilungsfähigen Insolvenzmasse profitieren. Erst recht gilt dies, wenn der Gläubiger etwas erlangt, was er gar nicht oder nicht in dieser Form oder nicht zu dieser Zeit zu beanspruchen hatte oder wenn er von einer Handlung des Schuldners profitiert, die dieser mit dem Vorsatz vornimmt, seine anderen Gläubiger zu benachteiligen.

Dem Anfechtungsrecht kommt somit im Insolvenzverfahren zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung („*par conditio creditorum*“) eine zentrale Bedeutung zu.

Es liegt in der Natur der Sache, dass diejenigen Gläubiger, die aufgrund einer solchen Insolvenzanfechtung ein Erlangtes wieder an die Insolvenzmasse herauszugeben hat, die Gerechtigkeitsfrage anders beantworten. Wer etwa im Wege der Zwangsvollstreckung endlich eine Zahlungsforderung realisieren konnte, für die er mit viel Zeit und hohem finanziellen Einsatz möglicherweise durch mehrere Instanzen prozessiert hat, vermag nur schwerlich einsehen, dass er diesen Vorteil wieder aufgeben muss, nur damit andere Gläubiger, die nicht in gleicher Weise gehandelt haben, gleichgestellt werden können. Und kaum einem Gläubiger, der sich bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit des Leistungsempfängers von diesem für eine gleichwertige Leistung bezahlen lässt, die zur Fortführung des Geschäftsbetriebes oder zur Sicherstellung des Lebensbedarfes benötigt wird, wird sich ohne weiteres erschließen, dass er von einem vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners profitiert hat, nur weil die ihm zugutegekommene Gegenleistung für eine Befriedigung auch den anderen Gläubiger nicht mehr zur Verfügung steht.

Der Ansatz des Referentenentwurfes, die Rechtsfortbildung des Anfechtungsrechts habe seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung zu einer überbordenden Ausdifferenzierung geführt, der weite Kreise des Wirtschafts- und Rechtsverkehrs die Akzeptanz versagen, ist vor diesem Hintergrund nachzuvollziehen. Die Bemühungen des Gesetzgebers, mit den Regelungen des Referentenentwurfes das Rechts der Insolvenzanfechtung neu zu justieren, um es für die Geschäftskreise kalkulierbar zu

machen und unverhältnismäßige Belastungen zu vermeiden, gehen aber in einigen Punkten gleichwohl über das Erforderliche hinaus:

## 2. „Neujustierung“ der Vorsatzanfechtung (§ 133 E-InsO)

### a) Unangemessene Benachteiligung

Nach den Vorstellungen des Referentenentwurfes soll nicht mehr jede vom Vorsatz des Schuldners und der Kenntnis des anderen Teils umfasste - direkte oder indirekte - Gläubigerbenachteiligung zur Vorsatzanfechtung berechtigen, sondern nur noch jene, die „unangemessen“ ist. Dieses Merkmal soll fehlen, wenn für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, die zur Fortführung seines Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfes erforderlich ist, oder die Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuches ist.

Grundsätzlich ist dieser Ansatz zu befürworten, schließt er doch Rechtshandlungen des Schuldners von einer Vorsatzanfechtung aus, die die Befriedigungsaussichten der Gläubiger in einer mit den Zielen und Zwecken des Insolvenzrechts noch zu vereinbarenden Weise beeinträchtigen, nämlich der Sicherung oder zumindest der Förderung eines Fortbestands des schuldnerischen Unternehmens. Bedenklich ist aber, dass der Referentenentwurf dem anfechtenden Insolvenzverwalter die Beweislast für das Vorliegen der Unangemessenheit der Gläubigerbenachteiligung aufbürdet und damit die Beweislast gegenüber dem bisherigen Recht umkehrt. War es bislang Sache des Anfechtungsgegners, durch den Nachweis des Vorliegens einer „bargeschäftsähnlichen Lage“ ein Indiz für das Fehlen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners zu begründen, soll nunmehr der anfechtende Insolvenzverwalter nachweisen, dass eine unangemessene Benachteiligung gegeben ist und keine der in § 133 Abs. 1 Satz 3 normierten Ausnahmen vorliegt.

### b) Verkürzung des Anfechtungszeitraums für Deckungshandlungen auf vier Jahre

Während es bei nachteiligen Vereinbarungen, die gerade für den Insolvenzfall getroffen wurden, bei Vermögensverschiebungen und Bankrotthandlungen bei dem bisher geltenden 10jährigen Anfechtungszeitraum verbleiben soll, sieht der Referentenentwurf für Deckungshandlungen, also Rechtshandlungen, die einem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, eine Verkürzung des Anfechtungszeitraums auf vier Jahre vor. Damit soll das Risiko einer Vorsatzanfechtung für die Teilnehmer am Wirtschafts- und Rechtsverkehr kalkulierbarer werden.

Die vorgesehene Verkürzung stößt auf erhebliche Bedenken. Der Referentenentwurf beschränkt die Vorsatzanfechtung bereits auf Rechtshandlungen des Schuldners, die zu einer - dem anderen Teil bekannten - „unangemessenen“ Gläubigerbenachteiligung führen. Ist aber die mit der Handlung einhergehende Benachteiligung der Gläubiger unangemessen (da mit den Zielen und Zwecken des Insolvenzrechts nicht zu vereinbaren), ist kein Grund ersichtlich, den anderen Teil, der hierdurch vermittelt Sicherung oder Befriedigung seines Anspruches profitiert, bloß aus Gründen einer belastbaren Kalkulierbarkeit der Handlungsfolgen besser zu stellen. In der Praxis dient § 133 Abs. 1 InsO vor allem als Auffangnorm zur Rückführung von Abflüssen aus dem Schuldnervermögen zugunsten „bösgläubiger“ Gläubiger, die jedenfalls weniger Schutz verdienen, als unwissende oder gutgläubiger Dritte, die wegen empfangener unentgeltlicher Leistungen ebenfalls nur während eines Zeitraums von vier Jahren mit einer Insolvenzanfechtung rechnen müssen (§ 134 InsO).

Unter dem Regime der Konkursordnung unterlagen Rechtshandlungen, die der Schuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, dreißig Jahre lang der Absichtsanfechtung (§ 31 KO). Diese Frist wurde vom Gesetzgeber der InsO als „nicht mehr zeitgemäß“ angesehen und deshalb auf 10 Jahre verkürzt (*Kübler/Prütting, Das neue Insolvenzrecht,*

Band I 1994, S. 347). Die jetzt beabsichtigte weitere Abkürzung auf einen Zeitraum von nur vier Jahre erscheint mutwillig gegriffen, jedenfalls argumentativ nicht unterlegt. Dem Anliegen, letztlich auch dem bösgläubigen Gläubiger für eine Deckungshandlung nach einem absehbaren Zeitraums Rechtssicherheit zu verschaffen, wäre auch mit einer längeren Frist (etwa von fünf oder sechs Jahre) gedient.

Auf keinen Fall aber sollten nahestehende Personen (§ 138 InsO), die typischerweise über Insiderwissen verfügen (etwa GmbH-Gesellschafter mit Kapitalbeteiligungen von mehr als 25 %, vgl. § 138 Abs. 1 Nr. 4 InsO) und deshalb keiner Privilegierung bedürfen, in den Genuss einer (auf welchen Zeitraum auch immer) verkürzten Frist gelangen. Es wird deshalb vorgeschlagen,

**nahestehende Personen im Sinne des § 138 InsO von der Anwendung des Abs. 2 auszunehmen.**

Das entspricht auch der Anregung des Gravenbrucher Kreises (Stellungnahme vom 29. April 2015), dem sich die Bundesrechtsanwaltskammer ausdrücklich anschließt.

- c) Vermutung der Gläubigerbenachteiligungsabsicht bei kongruenter Deckung nur bei Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit ( § 133 Abs. 3 Satz 1 E-InsO).

Die beabsichtigte Regelung steht im Einklang mit § 130 InsO und verdient somit Zustimmung.

- d) Keine Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit bei Abschluss einer Zahlungsvereinbarung nach § 802b Abs. 2 Satz 1 ZPO oder bei dem Ersuchen um Zahlungserleichterung

Dem Regierungsentwurf ist darin beizupflichten, dass eine gütliche Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner in allen Phasen des Erkenntnisverfahrens und der Zwangsvollstreckung wünschenswert und unterstützenswert ist und dass die an den Gläubiger herangetragene Bitte eines Schuldners um Zahlungserleichterung den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs entsprechen mag. Richtig ist sicherlich auch, dass es wenig Sinn ergibt, einem Zahlungsgläubiger auf der einen Seite nahe zu legen, sich mit seinem Schuldner gütlich zu einigen, um dergestalt den Fortbestand des schuldnerischen Unternehmens zu ermöglichen, ihn aber auf der anderen Seite genau dadurch der Gefahr einer Inanspruchnahme durch eine spätere Vorsatzanfechtung auszusetzen.

Die vorgeschlagene Regelung vermag gleichwohl gesetzestechnisch nicht zu überzeugen. Die Zahlungsunfähigkeit ist in § 17 Abs. 2 InsO normiert. Sie liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Mit der nach außen (gegenüber dem Gerichtsvollzieher oder dem Gläubiger) getragenen Erklärung, die fällige, eingeforderte oder sogar in der Vollstreckung befindliche Forderung nicht entrichten zu können, und deshalb auf ein Zahlungsvereinbarung oder eine Zahlungserleichterung angewiesen zu sein, dokumentiert sich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Es ist nicht stimmig, im Gesetz zu normieren, der Gläubiger habe jedenfalls dann keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, wenn dieser gegenüber dem mit der Vollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher oder dem Gläubiger selbst erklärt hat, zur Zahlung nicht in der Lage zu sein.

Systematisch näher läge es, dem Anliegen des Geschäftsverkehrs durch eine entsprechende Ergänzung der Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit in § 17 Abs. 2 InsO Rechnung zu tragen.

### **3. Konkretisierung des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 E-InsO)**

Der vorgeschlagenen Änderung des § 142 InsO wird zugestimmt. Insbesondere verdient die Konkretisierung des Begriffs der Unmittelbarkeit des Austausches von Leistung und Gegenleistung, der auch für § 133 Abs. 1 Satz 3 Ziff. 2 E-InsO von Bedeutung ist, Unterstützung, da klargestellt werden soll, dass die Unmittelbarkeit nicht nur ein zeitliches Element (enger zeitlicher Zusammenhang) enthält, sondern auch einen Leistungsaustausch „unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ erfordert. Hierdurch werden der Leistungsaustausch über Konten Dritter, der bereits nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Kenntnis des Zahlungsempfängers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nahelegt, ausdrücklich - da keinesfalls von den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs abgedeckt - vom Anwendungsbereich des § 142 InsO ausgenommen.

Auch die Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Bargeschäftscharakter von Lohnzahlungen, wenn der Zeitraum zwischen der Erbringung der Arbeitsleistung und der Zahlung des Entgeltes drei Monate nicht übersteigt (§ 142 Satz 3 E-InsO), verdient Unterstützung, da mit der ausdrücklichen Normierung des arbeitsrechtlichen Sachverhaltes der Gefahr vorgebeugt wird, dass der Rechtsgedanke des Bundesarbeitsgerichts von der Rechtsprechung auf andere Dauerschuldverhältnisse übertragen wird.

### **4. Privilegierung der Zwangsvollstreckungsbefriedigung (§ 131 E-InsO)**

Dass die Realisierung eines mit zeitlichem und finanziellem Aufwand erstrittenen gerichtlichen Zahlungstitels im Wege der Zwangsvollstreckung für den Gläubiger mit der Gefahr verbunden ist, den erlangten Vorteil als inkongruente Befriedigung unter für den Insolvenzverwalter vereinfachten Anfechtungsvoraussetzungen wieder herausgeben zu müssen, ist für diesen in der Tat schwer vermittelbar, hat der Gläubiger doch aus seiner Sicht genau das erhalten, was er zu beanspruchen hat, nämlich seine Forderung.

Richtig stimmig ist die vorgeschlagene Ergänzung des § 131 InsO gleichwohl nicht. Inkongruent ist eine Sicherung oder Befriedigung dann, wenn sie von dem Gläubiger nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen ist. Der Zugriff durch den Gerichtsvollzieher, den Vollziehungsbeamten oder das Vollstreckungsgericht im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung durch Pfändung einer Sache oder Forderung, Versteigerung und Einziehung, oder erst recht die Immobilizarzwangsvollstreckung durch Beschlagnahme, Zwangsversteigerung und/oder Zwangsverwaltung ist aber keinesfalls das, was der Gläubiger eigentlich zu fordern hat, auch wenn im Ergebnis der Zwangsvollstreckungsmaßnahme Geld an ihn zur Auszahlung gelangt. Ein gesetzliche Regelung, die kraft Definition bestimmt, dass eine eigentlich inkongruente Deckung nicht als solche zu gelten habe, setzt sich dem Vorbehalt der Widersprüchlichkeit aus, zumal Sicherungen oder Befriedigungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung aus nicht in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titel erwirkt werden (insbesondere Verwaltungsakte einschließlich Steuerbescheide und notarielle Vollstreckungsunterwerfungen) nicht von der Ausnahmeregelung des § 131 Abs. 1 Satz 2 E-InsO erfasst werden.

Inkonsequent ist § 131 E-InsO auch im Hinblick auf § 88 InsO, der anordnet, dass eine Sicherung, die ein Insolvenzgläubiger im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag durch Zwangsvollstreckung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens des Schuldners erlangt, unwirksam wird. § 88 InsO zielt gerade auf die Mobiliar- und Immobilizarzwangsvollstreckung (Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung wegen eines schuldrechtlichen Anspruches!), die durch § 131 Abs. 1 Satz 2 E-InsO für insolvenzfest erklärt werden soll.

## **5. Neuregelung der Verzinsung des Anfechtungsanspruches (§ 142 E-InsO)**

Keinen grundlegenden Bedenken begegnet die beabsichtigte Neuregelung des § 142 InsO, auch wenn der latente Vorwurf, Insolvenzverwalter würden angesichts der geltenden Rechtslage und der damit einhergehenden Zinserwartung bewusst zu einer „schleppenden Durchsetzung von begründeten Anfechtungsansprüchen“ neigen, sicherlich unbegründet ist. Gleichwohl erscheint es durchaus sachgerecht, die Verzinsung von Anfechtungsansprüchen an die allgemeinen Verzugsvoraussetzungen zu knüpfen.

\* \* \*