

Stellungnahme des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID) zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz

Vorbemerkung

Der Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID) verfolgt die Diskussion um das Insolvenzanfechtungsrecht mit großer Sorge. Dies gilt insbesondere für Vorschläge, die Regelung des § 133 Abs.1 InsO durch grundlegende Eingriffe so umzugestalten, dass sie künftig auf zahlreiche, bisher erfasste Vorgänge nicht mehr anwendbar wäre.

Mit ebenso großer Besorgnis beobachtet der VID den Versuch, im Rahmen der Diskussion um Insolvenzanfechtungen die bereits in früheren Anläufen gescheiterten Ideen für eine Privilegierung der aus Zwangsvollstreckung erlangten Deckungen neu zu beleben.

Beide Ansätze bergen die Gefahr, auch mit vermeintlich nur marginalen Eingriffen, das Insolvenzanfechtungsrecht praktisch weitgehend einzuschränken. Damit wäre ein zentrales Instrument zur Herstellung der Gläubigergleichbehandlung in seiner Wirkung gefährdet, das ganz wesentlich zum Erfolg der Insolvenzordnung beigetragen hat.

Dieser Erfolg schlägt sich heute in Eröffnungsquoten nieder, die deutlich über den zuletzt sehr niedrigen Eröffnungsquoten von Konkursverfahren nach der früheren Konkursordnung liegen. Er führt zudem gerade bei der Vielzahl kleinerer und mittlerer Unternehmensinsolvenzen zu wesentlich verbesserten Rahmenbedingungen für betroffene Gläubiger und Arbeitnehmer. Kleine und mittlere Unternehmen bilden im langjährigen Vergleich mit deutlich über 95 % aller Unternehmensinsolvenzen in Deutschland, sowohl nach der Summe der Forderungsausfälle als auch nach der Zahl betroffener Arbeitnehmer, den Schwerpunkt des Insolvenzgeschehens. Nach den Zahlen des Statistischen Bundesamtes waren kleine und mittlere Unternehmen in 2012 sogar in 99,3 % der Unternehmensinsolvenzen betroffen. Damals bildeten Unternehmen mit weniger als 10 Mitarbeitern mit 80,8 % aller Unternehmensinsolvenzen die größte Gruppe in diesem Segment.

Schon diese Zahlen zeigen, dass die überwiegend von Insolvenzverfahren betroffenen Unternehmen aufgrund ihrer geringen Größe tendenziell auch geringere Befriedigungsaussichten für die Gläubiger bieten und für arbeitsplatzerhaltende Investoren seltener attraktiv sind. In der Praxis sind diese Unternehmen bei Antragstellung oftmals massearm oder sogar masselos, d. h. ohne ausreichende Mittel, um zumindest die Verfahrenskosten zu decken. Hier ist es allein der Einsatz des Insolvenzanfechtungsrechts, zu dem die Insolvenzverwalter auch von den Insolvenzgerichten ausdrücklich angehalten werden, der eine Verfahrenseröffnung überhaupt erst möglich macht.

Die Verfahrenseröffnung ist in diesen Fällen Voraussetzung dafür, dass die Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens zum Tragen kommen kann. Mit dieser Funktion verbinden sich aber zahlreiche Wirkungen, die über den geregelten Marktaustritt der betroffenen Unternehmen weit hinausgehen.

Auch wenn eine dauerhafte Fortführung nicht möglich ist, werden durch eine geregelte Abwicklung der Arbeitnehmerschutz realisiert und wichtige Fragen der strafrechtlichen, steuerrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung geklärt.

Im Kontext großer Insolvenzverfahren mit massenhafter Betroffenheit vieler Kleingläubiger rückt daneben immer stärker auch der Verbraucherschutz in den Blick. Dort ist das Insolvenzanfechtungsrecht das wirksamste Instrument zur Herstellung der Gläubigergleichbehandlung und der Verteilungsgerechtigkeit. Verfahren mit mehreren zehntausend (z. B. Prokon) oder sogar mehreren hunderttausend Kleingläubigern (z. B. Teldafax) werden in Zukunft häufiger vorkommen. Ihr Auftauchen ist eine direkte Folge der auch aufsichtsrechtlich veränderten Finanzierungsbedingungen. Diese sind von einer tendenziellen Zurückhaltung der Kreditfinanzierung durch Banken gekennzeichnet und haben vor allem Unternehmensfinanzierungen über den (grauen) Kapitalmarkt attraktiver gemacht. Gerade auch Kleinanleger werden dort mit attraktiven Anlagezinsen zu risikoreichen Anlagen verleitet. Ohne die ausgleichende Wirkung des Insolvenzanfechtungsrechts, wären, dies zeigt etwa der Fall Teldafax, Kleingläubiger in diesen Verfahren deutlich benachteiligt. Sie verfügen regelmäßig nicht über die notwendigen Informationen oder das notwendige Know-how, um sich im Vorfeld einer Insolvenz gegen drohende Verluste abzusichern. Großen Gläubigern gelingt es dagegen weitaus besser die Situation rechtzeitig zu erkennen und sich durch entsprechende Maßnahmen Vorteile für den Fall der Insolvenz zu verschaffen. Diese Asymmetrie birgt eine erhebliche Gefahr nicht nur für die Akzeptanz des Insolvenzverfahrens als Gesamtvollstreckungsverfahren sondern darüber hinaus auch für die Akzeptanz der gerichtlichen Geltendmachung und Durchsetzung von Forderungen. Das Insolvenzan-

fechtungsrecht stellt deshalb gerade in diesen Verfahren ein wichtiges Verbraucherschützendes Korrektiv dar.

Das Insolvenzanfechtungsrecht hat damit im Kontext des Insolvenzverfahrens eine zentrale Rolle, die nicht geschmälert werden kann ohne damit auch den Schutz von Betroffenen und die Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens insgesamt zu berühren. Kommen deutlich weniger Insolvenzverfahren zur Eröffnung, dann werden auch die geschilderten Wirkungen in deutlich weniger Fällen eintreten.

Zur geplanten Änderung des § 131 InsO:

§ 131 Absatz 1 soll folgender Satz angefügt werden:

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

Die Aufnahme dieser Neuregelung in die geplante Reform überrascht. Sie entspricht nicht dem Prüfungsauftrag des Koalitionsvertrages (S. 25), der für das Insolvenzanfechtungsrecht formuliert hatte:

„Zudem werden wir das Insolvenzanfechtungsrecht im Interesse der Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs sowie des Vertrauens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ausgezahlte Löhne auf den Prüfstand stellen.“

Beide Fallgestaltungen (Planungssicherheit und ausgezahlte Löhne) sind erkennbar auf eine Prüfung des § 133 InsO und nicht auf § 131 InsO gerichtet.

Die Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs wird durch § 131 InsO nur mittelbar berührt weil diese Regelung auf durch Vollstreckungsmaßnahmen bereits erlangte Deckungen zielt. Der weitere Einbehalt dieser Deckungen ist nicht mehr von einem künftigen Verhalten des Gläubigers abhängig. Eine Änderung des § 131 InsO kann deshalb auch nicht zur gesetzlichen Steuerung dieses Verhaltens dienen sondern lediglich eine Privilegierung früheren Verhaltens festschreiben. Für künftiges Verhalten schafft diese Änderung nur dort Planungssicherheit, wo die Vollstreckung als Option offen steht und trotz der oftmals bereits eingetretenen Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners noch erfolgreich ist.

Auch bereits ausgezahlte Löhne werden durch § 131 InsO nicht erfasst. Das Vertrauen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf den Einbehalt von Löhnen, wird durch § 131 InsO nur in den insgesamt sehr seltenen Fällen berührt, in denen Arbeitnehmer gegen ihren Arbeitgeber wegen ausgebliebener Lohnzahlungen vollstrecken und diese Vollstreckungen im Zeitraum von drei Monaten vor Antragstellung erfolgreich waren. Eine Auszahlung hat in diesen Fällen aber gerade nicht stattgefunden, weil es sonst nicht zur Vollstreckung gekommen wäre.

Im starken Gegensatz zu dieser Ausgangslage stehen die tatsächlichen Wirkungen, die mit der nun vorgeschlagenen Ergänzung von § 131 InsO verbunden wären. Diese Ergänzung erinnert an einen früheren Versuch zur Änderung der Insolvenzanfechtung, der mit dem Entwurf eines „Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ bereits 2006 im Deutschen Bundestag gescheitert war (Näher dazu Huber, ZIP 2007, 501).

Im Rahmen des § 131 InsO war damals folgende Änderung vorgesehen:

"Eine Rechtshandlung wird nicht dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erlangt."

Die nun vorgeschlagene Ergänzung wandelt diesen ursprünglichen Vorschlag ab, indem sie nur solche Deckungen einbezieht, die auf der Basis eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten Titels erlangt werden. Damit sollen erkennbar Fiskus und Sozialversicherungsträger ausgeschlossen werden, die auf der Basis selbst geschaffener Titel vollstrecken.

Auch gegen diese eingeschränkte Art der Privilegierung zwangsvollstreckender Gläubiger in der Insolvenz bestehen starke Bedenken (ausführlich hierzu auch Huber, ZinsO 2015, 715). Es mag mit den Worten der Begründung des vorgelegten Entwurfs „wenig interessengerecht“ sein, dass ein Gläubiger, der den Aufwand und das Kostenrisiko eines Prozesses auf sich genommen hat, unabhängig von der Kenntnis der schuldnerischen Krise um die Früchte seiner Anstrengungen gebracht werden kann.

Ebenso wenig interessengerecht erscheint allerdings dann auch die Einbeziehung von gerichtlichen Titeln, die lediglich auf einem gerichtlichen Mahnverfahren basieren. Hier sind Aufwand und Kostenrisiko vergleichsweise gering, weil kein Prozess stattgefunden hat. Trotzdem soll diese Form der Erlangung eines gerichtlichen Titels anfechtungsrechtlich besser gestellt werden als etwa die Erlangung eines Titels im Wege der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in notariellen Urkunden. Auch hier wird durch den Gläubiger Zeit und Geld aufgewendet, um in gesetzlich zulässiger Weise eine schnelle Zwangsvollstreckung durchführen zu können.

Daneben erscheint zweifelhaft, ob die durch den RefE gewählte Formulierung tatsächlich wie gewünscht Fiskus und Sozialversicherungsträger ausschließen kann. Im Rahmen der Vollstreckung können sich die Sozialversicherungsträger nach § 66 Abs. 4 SGB X schon heute der Vollstreckungsgerichte bedienen, die dabei zumindest die Vollstreckbarkeit des vorgelegten Titels zu prüfen haben. Will man diese Sonderregelung nicht unter eine evtl. erweiterte Auslegung der vorgelegten Formulierung fallen lassen, dann dürfte spätestens bei der Frage des Rechtsschutzbedürfnisses Fiskus und Sozialversicherungsträgern künftig nicht mehr entgegen gehalten werden können, dass sie sich der ordentlichen Gerichte auch in einzeln begründeten Fällen nicht bedienen dürfen. Ein solcher Ausschluss von der dann einzigen Möglichkeit anfechtungsfester Vollstreckung wäre wegen des damit verbundenen Verstoßes gegen Art.3 GG für keinen Gläubiger hinnehmbar. Als Ergebnis wäre mit einer sehr erheblichen Mehrbelastung der Vollstreckungsgerichte und einer Egalisierung aller gesetzlichen Differenzierungen zu rechnen. Am Ende dieser Entwicklung stünde die umfassende Privilegierung der durch Zwangsvollstreckung erlangten Deckungen.

Eine solche Privilegierung wäre aus Sicht der Praxis gleichzusetzen mit der Aufgabe des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung im Insolvenzverfahren. Gleichzeitig wäre diese Entwicklung geeignet, die seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung deutlich gestiegenen Eröffnungsquoten signifikant zu reduzieren und damit in Zustände zurückzuführen, die vor 1999 allgemein als „Konkurs des Konkurses“ beklagt wurden.

Mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung hat die Insolvenzordnung eine zentrale Ratio moderner Insolvenzverfahren auch im deutschen Insolvenzrecht verankert. Der Verzicht auf die Privilegierung einzelner Gläubiger oder Gläubigergruppen wäre allerdings unvollkommen, würde er nicht durch ein Insolvenzanfechtungsrecht unterstützt, das den Ausgleich von erlangten Sondervorteilen einzelner Gläubiger auch auf die Zeit vor Antragstellung erstreckt. Solche Sondervorteile werden auch durch Zwangsvollstreckung erlangt und so kann es nicht verwundern, dass diese durch Zwangsvollstreckung erlangten Deckungen auch schon zu Zeiten der Konkursordnung seit 1877 der Insolvenzanfechtung unterfielen.

Wird dieser Grundsatz für bestimmte Formen der Zwangsvollstreckung durchbrochen, dann führt dies zu einer massiven Umsteuerung des Gläubigerverhaltens durch den Gesetzgeber. Jeder Gläubiger, der von einer Zahlungskrise seines Schuldners Kenntnis erlangt oder eine solche Krise vermutet wird künftig aus wohl verstandenem Eigeninteresse sofort den Weg der Zwangsvollstreckung einschlagen, um seine Außenstände anfechtungsfest beizutreiben. Die zuletzt mit dem ESUG verfolgte

Intention eines sanierungsfreundlichen Insolvenzrechts wird dadurch in ihr Gegenteil verkehrt. Außergerichtliche Verhandlungen und Stundungen werden nur noch solche Gläubiger gewähren, die befürchten müssen durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einen Kunden zu verlieren. Damit sind typischerweise die großen Lieferanten im Vorteil, die ohne solche Rücksichten agieren können, weil sie genügend Kunden haben. Kleine Unternehmen und Handwerker werden dagegen benachteiligt, weil sie solche Rücksichten nehmen müssen.

Arbeitnehmer, die nach den Worten des RefE durch die vorgeschlagenen Regelungen besonders geschützt werden sollen, werden zu den Verlierern der künftigen Rechtslage. Ihre Bereitschaft gegen den eigenen Arbeitgeber in dessen Krise zu vollstrecken ist schon heute aus nachvollziehbaren Gründen nur schwach ausgeprägt. Dies wird sie in Zukunft noch deutlicher gegenüber solchen Gläubigern benachteiligen, die schnell und ohne Zögern die letzten Liquiditätsreserven des Krisenunternehmens durch Zwangsvollstreckung abziehen.

In der Folge würden die durch Insolvenzanfechtung möglichen Verfahrenskostendeckungen deutlich sinken. Dieser Effekt hätte tiefgreifende Auswirkungen auf die Eröffnungsquote in Unternehmensinsolvenzverfahren.

Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen verfügen heute bei Antragstellung oft nicht mehr über ausreichende Mittel, um die Verfahrenseröffnung sicher zu stellen. Zentrale Vermögensgegenstände sind regelmäßig wertausschöpfend mit Sicherungsrechten belastet und die verbliebenen liquiden Mittel sind in der Krise dramatisch verringert worden. In sehr vielen Fällen bleibt festzustellen, dass diese Unternehmen, die die absolute Mehrzahl des deutschen Insolvenzgeschehens darstellen, bereits seit Monaten oder sogar Jahren insolvenzreif waren bevor sie einen Insolvenzantrag stellen oder durch Fremdanträge in die Insolvenz gehen. Haftungsansprüche gegen die Verantwortlichen für solche Insolvenzverschleppungen gehen dennoch oftmals ins Leere weil auch dort alle Vermögensgegenstände als Sicherung für Unternehmenskredite hingegeben wurden. Es bleiben damit heute in vielen Fällen nur die Insolvenzanfechtungsansprüche, um genügend Masse für eine Verfahrenseröffnung zu generieren.

Diese Verfahrenseröffnung ist die Voraussetzung einer geordneten Abwicklung und Aufarbeitung des Insolvenzfalles. Kommt es nicht zu einer Eröffnung bleiben alle Gläubiger darauf verwiesen, selbst ihre Befriedigung in Einzelzwangsvollstreckungen, meistens ohne ausreichende Informationen oder Erfolgsaussichten zu versuchen. Arbeitnehmer erhalten regelmäßig nur über den Weg der Verfahrenseröffnung eine angemessene Abwicklung ihrer Arbeitsverhältnisse einschließlich der wichtigen

Fragen zur Rentenversicherung, Lohnbescheinigungen und Zeugnissen. Effektive strafrechtliche Ermittlungen gegen die handelnden Personen setzen regelmäßig die ermittelnde Vorarbeit eines Insolvenzverwalters voraus. Die Anhebung der Eröffnungsquote war deshalb ein zentrales Anliegen der Insolvenzreform von 1999. Sie ist gelungen und die aktuelle Eröffnungsquote übertrifft mit derzeit ca. 70 % die nur 28 % Quote aus dem letzten Jahr der Konkursordnung (1998) um mehr als das Doppelte.

Die mit dem RefE vorgeschlagene teilweise Privilegierung der durch Zwangsvollstreckung erlangten Deckungen in der Insolvenzanfechtung ist deshalb abzulehnen. Sie stellt nicht nur einen Bruch mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung als tragendem Prinzip der Insolvenzordnung dar. Sie schadet auch den Gläubigergruppen, die sie zu schützen vorgibt, und führt zu einer deutlichen Reduzierung der Eröffnungsquote.

Zur geplanten Änderung des § 133 Abs.1 InsO:

In § 133 Abs.1 Satz1 RefE soll durch die "Unangemessenheit" der Benachteiligung eine Differenzierung zum Ausdruck gebracht werden, die sowohl in ihrer Sprache als auch in dem mit ihr verfolgten Regelungsziel schwer verständlich ist.

Der Umstand, dass es nach dem Vorschlag des Referentenentwurfs künftig "angemessene" und "unangemessene" Benachteiligungen von Gläubigern geben soll, schafft eine neue Differenzierung, die nach der Begründung des RefE (S.11) "eine am Normzweck orientierte Rechtsanwendung" einfordert und "im Bereich der kongruenten Deckungen eine tatbestandsbegrenzende Funktion erfüllen" soll.

Eine Rechtshandlung des Schuldners ist demnach auf eine unangemessene Gläubigerbenachteiligung gerichtet, "wenn sie die Befriedigungsaussichten der Gläubiger in einer Weise beeinträchtigt, die sich mit den Zwecken des Insolvenzrechts nicht vereinbaren lässt". Gleichzeitig erklärt die Begründung, dass sich die Auswirkungen der Einführung des Unangemessenheitsmerkmals auf die Reichweite der Vorsatzanfechtung in Grenzen halten werden.

Mit dem Merkmal der Unangemessenheit soll demnach nur der Bereich der kongruenten Deckung berührt werden. Eine solche Beschränkung ist allerdings nur der Begründung, nicht aber dem vorge-

schlagenen Gesetzestext zu entnehmen. Die in § 133 Abs.1 Satz 2 RefE vorgesehene Eingrenzung einer "angemessenen" Benachteiligung durch zwei, in der Rechtsprechung des BGH entwickelte Fallgruppen schließt weitere Fälle einer "angemessenen" Benachteiligung nicht aus.

Mit dieser Gestaltung ist ein erheblicher Verlust der Rechtssicherheit verbunden, die im Bereich des § 133 InsO durch den BGH in langjähriger Rechtsprechungspraxis ausgeformt wurde (siehe hierzu ausführlich Kayser, NJW 2014, 422 ff. m.w.N.). Die Begründung des RefE (a.a.O.) versucht diesem Verlust vorzubeugen, indem sie weiter ausführt, dass sich für die paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung wie z. B. Bankrotthandlungen und Vermögensverschiebungen keine Änderungen im Vergleich zur geltenden Rechtslage ergeben werden, "weil hier die Unangemessenheit der Benachteiligung auf der Hand liegt". Auch für Fälle der inkongruenten Deckung werde es "im Wesentlichen bei dem jetzigen Rechtszustand bleiben".

Diese Ausführungen finden keinen Rückhalt im vorgesehenen Gesetzestext und bleiben damit unverbindlich für alle Instanzgerichte, die künftig in jedem einzelnen Fall die Unterscheidung zwischen "angemessener" und "unangemessener" Benachteiligung der Gläubiger treffen müssten. Es steht zu befürchten, dass diese Unterscheidungen nach Billigkeitserwägungen getroffen würden, die mit der Intention des Insolvenzanfechtungsrechts nicht zu vereinbaren sind.

Die durch § 133 Abs.1 Satz 2 RefE eingeführten Fallgruppen "angemessener" Benachteiligung bieten in diesem Zusammenhang wenig für die Herleitung allgemeiner Eingrenzungskriterien. Sie führen selbst weitere unbestimmte Rechtsbegriffe ein, die in der Rechtsprechung des BGH zwar angelegt, keineswegs aber bereits abschließend definiert sind.

Die in § 133 Abs.1 Satz 2 Nr.1 RefE angesprochene "gleichwertige Gegenleistung" nimmt sich die durch den BGH entwickelte "bargeschäftsähnliche Lage" (s. hierzu zuletzt BGH IX 180/12, Rz.22 ff. m.w.N.) zum Vorbild. Hier hat die jüngste Rechtsprechung des BGH (a.a.O.) im Zusammenhang mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt bestimmte Sicherungsabreden zu recht nicht für ausreichend gehalten, um die für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin bestehende Indizwir-

kung der Inkongruenz zu entkräften. Die hierzu aufgewendete Argumentation des BGH wie auch der Sachverhalt zeigen deutlich, dass den Fallgestaltungen an dieser Stelle auch in Zukunft lediglich durch die Gestaltungsphantasie der Beteiligten Grenzen gesetzt sein werden. Nur durch eine immer präziser definierte Rechtsprechung des BGH kann deshalb hier die Rechtssicherheit entstehen, die der RefE anstrebt.

Ähnliches gilt für § 133 Abs.1 Satz 2 Nr.2 RefE, der mit dem Begriff des "ernsthaften Sanierungsversuchs" auf eine Rechtsfigur zurückgreift, die ebenfalls durch die Rechtsprechung des BGH (s. hierzu zuletzt BGH IX ZR 156/09, Rz.11 ff. m.w.N.) entwickelt wurde, um die o.g. Indizwirkung zu entkräften. Der BGH hat hierzu ausgeführt, dass „zu der Zeit der angefochtenen Handlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept“ vorliegen müsse, „das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt“ (a.a.O. Rz.11). Die hier zitierte Entscheidung lässt erkennen, dass auch die Mindestvoraussetzungen eines ernsthaften Sanierungsversuchs noch nicht abschließend konturiert sind.

Beide Fallgruppen des RefE bieten damit keinen Zugewinn an Rechtssicherheit, der über die von der BGH-Rechtsprechung bereits herausgearbeiteten Maßgaben hinausreicht oder diese präziser fasst. Insoweit bestätigt sich die Begründung des RefE (S.11), die erklärt, dass es auch für Fälle der inkongruenten Deckung im Wesentlichen bei dem jetzigen Rechtszustand bleiben werde. Es darf allerdings gefragt werden, warum man hierzu den nun vorgelegten gesetzgeberischen Aufwand treiben muss und gleichzeitig durch die Einführung des weiteren Merkmals der „Unangemessenheit“ die Rechtssicherheit im Rahmen des § 133 Abs.1 InsO deutlich verringert.

Zur geplanten Einfügung der neuen Absätze 2 und 3 in § 133 InsO:

Mit § 133 Abs.2 RefE soll der Anfechtungszeitraum des § 133 Abs.1 Satz 1 InsO von zehn Jahren auf vier Jahre verkürzt werden soweit die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat. Diese Einschränkung des Zeitraumes für kongruente Deckungen erscheint sinnvoll. Zum einen verbessert sie tatsächlich die Rechtssicherheit der von potentiellen

Anfechtungen Betroffenen. Zum anderen sorgt sie für die Korrektur eines gewissen Wertungswiderspruchs mit § 134 Abs.1 InsO.

§ 133 Abs.3 Satz 1 RefE sieht für die in § 133 Abs.2 RefE angesprochenen Fälle kongruenter Deckung eine Einschränkung auf den Zeitraum der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit vor. Auch diese Maßnahme erscheint sinnvoll, um die Rechtssicherheit zu verbessern.

§ 133 Abs.3 Satz 2 RefE beschränkt die nach § 133 Abs.1 Satz 2 InsO gesetzlich vermutete Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners. Sie soll künftig nicht allein daraus abgeleitet werden können, dass der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung nach § 802b Abs.2 Satz 1 der Zivilprozessordnung abgeschlossen hat oder der Schuldner beim anderen Teil im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat. Die Zahlungsvereinbarung nach § 802b Abs.2 Satz 1 ZPO in diesem Zusammenhang zu erleichtern begegnet keinen Bedenken.

Bedenklich erscheint aber die Formulierung der zweiten Variante (§ 133 Abs.3 Satz 2 Nr. 2 RefE), die mit den „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ einen weiteren unbestimmten Rechtsbegriff (s. hierzu zuletzt auch BGH IX ZR 6/14) in das Gesetz einführt. Die Begründung des RefE (S.21) führt dazu aus, dass mit dieser Formulierung „die in Teilen der Wirtschaft verbreitete und bewährte Praxis, Schuldner bei vorübergehenden Liquiditätsschwierigkeiten Zahlungserleichterungen und damit eine Art Überbrückungsfinanzierung zu gewähren“, so auf „rechtssicheren Boden gestellt“ werden solle. Dieses Ziel wird jedoch mit der gewählten Formulierung kaum zu erreichen sein.

Der BGH hat zuletzt (a.a.O.) ausgeführt, dass die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung kein Indiz für die Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sei, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs halte. Auch mit dieser Auslegung gewinnen die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs keine präziseren Konturen. Sie bleiben ein Mittel notwendiger richterlicher Korrekturen im Einzelfall und wären in dieser Funktion künftig der Auslegung durch die Instanzgerichte zugänglich. Schon die einschränkende Qualifikation der Begründung „[...] in Teilen der Wirtschaft [...]“ macht deutlich, dass eine objektivere Definition dieser Gepflogenheiten im Einzelfall nicht ohne großen empirischen Aufwand möglich sein wird. Das Versprechen der gesteigerten Rechtssicherheit wird sich damit kaum einlösen lassen.

Zur geplanten Änderung des § 142 InsO:

Die Definition des § 142 Satz 2 RefE bildet die Rechtsprechung des BGH nach und erscheint sinnvoll, obwohl ein Zuwachs an Rechtssicherheit auch hier nur schwer erkennbar ist.

In hohem Maße bedenklich und dringend klarstellungsbedürftig ist jedoch § 142 Satz 3 RefE. Hier wird zunächst die Ausdehnung des Bargeschäftsprivilegs bei Arbeitsentgelten, die auf die Rechtsprechung des BAG zurückgeht und massiven verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt (s. hierzu ausführlich BGH IX ZR 192/13, Rz. 20ff.m.w.N.), durch eine gesetzliche Übernahme sanktioniert. Mit dem Begriff des Arbeitsentgelts verbindet sich damit aber auch die Perspektive einer erweiterten Auslegung, die auf die Privilegierung der Arbeitnehmeranteile an der Sozialversicherung und auf die Lohnsteuer zielt. Eine solche Auslegung, die nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG, das auch zu erneutem Urteil berufen wäre, sehr nahe liegt, könnte den soeben noch mit § 131 Abs.1 RefE intendierten Ausschluss der Sozialversicherungsträger und des Fiskus faktisch aushebeln. Im Rahmen der Anfechtung gegenüber Sozialversicherungsträgern wären große Teile des bisherigen Anfechtungsvolumens künftig unter den Schutz des erweiterten Bargeschäftsprivilegs gestellt. Der voraussichtliche Umfang lässt sich aus einem Schreiben des GKV-Spitzenverbandes an das Bundesarbeitsministerium vom 18.3.2014 ermesen. Dort wird für das Jahr 2013 das Anfechtungsvolumen aus den §§ 130 und 131 InsO mit insgesamt € 52.036.453,72 mitgeteilt. Dieses Anfechtungsvolumen ist in der Summe seiner schließlich ausgekehrten Beträge, die mit € 45.225.565,15 angegeben wird, annähernd so groß wie die für das gleiche Jahr ermittelten Auskehrungen aufgrund von Anfechtungen nach § 133 InsO. Das gesamte Anfechtungsvolumen gegenüber Sozialversicherungsträgern verteilt sich auf sehr viele, vor allem kleinere und mittlere Unternehmensinsolvenzen bei denen sonst oft wenige Tausend Euro zur Verfahrenseröffnung fehlen würden. Wegen dieser großen Bedeutung von Anfechtungsansprüchen gerade in kleineren und mittleren Unternehmensinsolvenzen, wo solche Ansprüche oftmals für die Darstellung der zur Verfahrenseröffnung notwendigen Masse unabdingbar sind, hätte hier eine massive Einschränkung des Anfechtungsvolumens sehr gravierende Auswirkungen auf die Zahl der eröffneten Verfahren. Die Eröffnungsquote würde deutlich zurückgehen. Eine gesetzliche Klarstellung erscheint deshalb an dieser Stelle dringend geboten. Diese Klarstellung sollte sicherstellen, dass die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung und die Lohnsteuer nicht vom Begriff des Arbeitsentgelts umfasst sind.

Eine weitere Klarstellung sollte in § 142 Satz 3 RefE mit Bezug auf den Zeitraum erfolgen. Die Arbeitsleistung ist im Einzelfall kein sinnvolles Abgrenzungskriterium für den Beginn dieses Zeitraums. Der

Zeitpunkt ihrer Erbringung kann erhebliche Nachweisschwierigkeiten mit sich bringen. Praxisnäher erscheint deshalb ein Abstellen auf die Fälligkeit des Arbeitsentgelts (s. hierzu ausführlich BGH IX ZR 192/13, Rz. 31 ff. m.w.N.).

Zur geplanten Änderung des § 143 InsO:

Die Neuregelung, die die Verzinsung der Geldschuld nun an die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuches knüpft, folgt dem Ziel des Koalitionsvertrages, die Planungssicherheit für von der Anfechtung betroffene Gläubiger zu erhöhen und ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. So fördert diese die frühe Geltendmachung begründeter Anfechtungsansprüche.

Einer weiteren Klarstellung bedarf jedoch der Wortlaut der Neuregelung.

Der Referentenentwurf geht ausweislich seiner Begründung davon aus, dass Zinsen erst ab Mahnung durch den Insolvenzverwalter, bzw. ab Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage zu zahlen sind.

Die in § 143 Abs.1 Satz 2 InsO erfolgte Bezugnahme auf die Vorschriften der §§ 819 Abs.1, 818 Abs.4 BGB führt jedoch dazu, dass der Anfechtungsgegner unmittelbar der verschärften Haftung des § 819 Abs.1 BGB unterworfen und damit dem bösgläubigem Bereicherungsgläubiger gleichgestellt wird. Mit dieser Anknüpfung ist der Herausgabeanspruch als rechtshängiger Anspruch zu behandeln und der Anfechtungsgegner hat Prozesszinsen bei anfechtbarem Erwerb von Geld grundsätzlich (erst) ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu entrichten (siehe BGH IX ZR 96/04).

Weitere Bedenken bestehen dahingehend, ob durch die Neuregelung des § 143 Abs.1 Satz 3 RefE und die Einfügung des Wortes „nur“ erreicht werden kann und sollte, dass Zinsen künftig nicht mehr als gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen herausverlangt werden können.

Während der Schutzzweck der Neuregelung des § 143 InsO darin liegt, den Anfechtungsgegner vor verzögerter Geltendmachung begründeter Anfechtungsansprüche und übermäßiger Zinsbelastung zu schützen, dienen die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung dazu, den beim Bereicherten entstandenen Vorteil, der diesem nicht gebührt, dem wahren Berechtigten wieder zuzuführen.

Durch die Anknüpfung des Anfechtungsrechts an die Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweiligen Anfechtungsnorm, sind Nutzungen grundsätzlich gemäß § 143 Abs.1 Satz 2 InsO,

§§ 819 Abs.1, 818 Abs.4, 987 BGB vom Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung zurück zu gewähren (siehe BGH IX ZR 96/04).

Es ist daher nicht nachvollziehbar, warum derjenige Gläubiger der sich berechtigten Anfechtungsansprüchen ausgesetzt sieht, die aus dem Rückgewährsbetrag selbst gezogenen Zinsen vor dem Hintergrund einer gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung einbehalten können soll. Nicht ausreichend Berücksichtigung findet auch der Umstand, dass die geplanten Neuregelungen des § 143 InsO auch einer historischen Niedrigzinsphase geschuldet sind.

Zusammenfassende Bewertung:

Mit Blick auf die vom Gesetzgeber formulierten Ziele einer Reform wäre ein im Vergleich zum vorgelegten RefE allenfalls deutlich zurückgenommener Eingriff in das Insolvenzanfechtungsrecht sinnvoll. Die Rechtsprechung des BGH und anderer oberster Bundesgerichte hat Überzeugendes zur Herstellung dieser Rechtssicherheit geleistet und wird dies auch in Zukunft tun. Dabei ist auch der Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bereits in einem Maße ausgebaut worden, das weitere gesetzliche Eingriffe nicht mehr notwendig macht. Unbestimmte Rechtsbegriffe, die aus der Rechtsprechung des BGH ins Gesetz übernommen werden, eröffnen durch die autonome Auslegung der Instanzgerichte neue Rechtsunsicherheit. Diese wird zu einer überproportionalen Belastung der Vollstreckungsgerichte führen, wenn gleichzeitig die aus gerichtlicher Zwangsvollstreckung erlangten Deckungen als anfechtungsfeste Alternative privilegiert werden. Jetzt noch intendierte Einschränkungen dieser Privilegierung durch Ausschluss von Fiskus und Sozialversicherungsträgern werden sich verfassungsrechtlich nicht halten lassen. Sie werden auch durch eine zu erwartende erweiternde Auslegung des neu gefassten Bargeschäftsprivilegs schon im RefE wieder aufgehoben. Insgesamt erscheint eine Beschränkung des Entwurfs auf die in § 133 Abs.2 RefE enthaltene Verkürzung des Zeitraums und auf die in § 143 RefE enthaltene Begrenzung der Verzinsung völlig ausreichend, um die geforderte Rechtssicherheit herzustellen.