

## **Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages am 27.9.2006 zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)**

Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

Der vorliegende Gesetzentwurf folgt dem Wortlaut des am 21.6.2005 vorgelegten Referentenentwurfes<sup>1</sup>. Zu beachten ist zunächst, dass diese geplanten Änderungen der Insolvenzordnung gesondert und nicht im Kontext mit den übrigen Reformvorhaben zur InsO<sup>2</sup> verabschiedet werden soll. Der Verfasser hatte anlässlich der Änderungsbegehren der Länderfinanzverwaltungen zum Anfechtungsrecht darauf hingewiesen, daß eine Richtungsentscheidung „Schnellschuß-Reform oder Grundsatzdebatte“ getroffen werden müsse<sup>3</sup>. Während Uhlenbruck und andere richtigerweise die Gelegenheit zu einer Grundsatzdebatte ergriffen haben<sup>4</sup>, wurde für die Fachwelt überraschend- der vorliegende Gesetzentwurf eingebracht. Zu befürchten ist, dass der politische Druck aus Richtung der Sozialversicherungsträger und Finanzämter – verstärkt über eine unzutreffende, reisserische Berichterstattung zu deren angeblichen Verlusten durch Anfechtungen („Anfechtungen kosten die öffentliche Hand Millionen“)- nun ein ungutes „Wechselbalg“ in Form einer angeblich „kleinen“ (aber folgenschweren) InsO-Reform hervorbringt.

Es erscheint einem praktisch verlässlichen Insolvenzrecht nicht dienlich, wenn dieses innerhalb eines Zeitraumes von (prognostisch) 1, 5 Jahren viermal geändert werden soll.

Die eigentliche Motivation zur diesen Änderungen, das Begehren der (in erster Linie) Sozialversicherungsträger (und in zweiter Linie der Finanzämter), die Anfechtungsregelungen zu ihren Gunsten zu entschärfen ist den Regelungsvorschlägen des Entwurfes nicht mehr direkt zu entnehmen. Im Wortlaut der vorgeschlagenen Änderungen erfährt man davon nichts. Dieser wurde so gewählt, daß die Regelungen „nach außen hin“ kein Sonderrecht für Sozialversicherungsträger und Finanzämter schaffen. In den jeweiligen Begründungen zu den Änderungen allerdings wird ausschließlich auf die Bedürfnisse dieser Gruppen abgehoben.

Im Einzelnen:

### **I. Der richtige Gedanke an der falschen Stelle - Änderungsvorschlag zu § 14 Abs.1 InsO (Art.2 Ziff.1 des Gesetzesvorschlages)**

Hier soll geregelt werden, daß die Erfüllung der Antragsforderung den Insolvenzantrag nicht unzulässig mache.

Dogmatisch stellt dies –scheinbar- zunächst einmal einen Bruch mit dem Antragsver-

---

<sup>1</sup> Abgedruckt in ZInsO Heft 12, III und in ZVI 2005, 330 f. mit Begründung

<sup>2</sup> RegE InsO-Änderung v. 28.6.2006 (Änderungen im Unternehmensinsolvenzrecht); Reform des Verbraucherinsolvenzrechtes; Reform des Gesellschaftsrechtes „MoMIG“ inkl. Teil-Reform der InsO

<sup>3</sup> Frind, ZInsO 2005, 66

<sup>4</sup> Uhlenbruck, ZInsO 2005, 505; Schneider/Hörmann, ZInsO 2005, 133 ff. ; Pape/Uhlenbruck, ZIP 2005, 417 ff

fahren und den Einstieg in ein amtswegiges Insolvenzverfahren dar. Gemäß § 5 InsO hat das Insolvenzgericht nach einem zulässigen Antrag alle erheblichen Umstände zu ermitteln. Nach der vorgeschlagenen Regelung soll diese Amtsermittlung auch nach dem eigentlich unzulässig gewordenen Antrag nun andauern. Dies ist prinzipiell zur Durchsetzung der Ordnungsfunktion des Insolvenzrechtes ( gleichmäßige Gläubigerbefriedigung, Massesicherung durch frühzeitig eingeleitetes Verfahren, Arbeitsplatzsicherung, Aufdeckung unrechtmäßiger Zahlungen, etc. ) begrüßenswert.

Mit dieser Regelung soll offenbar eine Art „Amortisation“ zur nachfolgenden Einschränkung des Anfechtungsrechtes geschaffen werden, indem die Möglichkeit für Gläubiger („Fremdantragsteller“) geschaffen werden soll, ihren Antrag bei fortbestehender Zahlungsunfähigkeit des Schuldners „weiterlaufen“ zu lassen, um diesen in das geregelte, eröffnete Verfahren gem. der InsO zu bringen. Dieser Gedankengang ist prinzipiell zu befürworten, denn er vermeidet die häufig bei Gericht vorkommenden „Stapelverfahren“, die insbesondere häufig durch mehrere, nacheinander erfolgende Anträge öffentlich-rechtlicher Gläubiger entstehen. Insbesondere deren mittlerweile unterlassene Praxis, bereits bei Teil-Zahlungen den Antrag für vollständig erledigt zu erklären, führte zu mißlichen Antragswiederholungen und dem Ermöglichen des „Weiterwirtschaftens“ eigentlich insolventer Unternehmen<sup>5</sup>.

Aber auch in der Folgezeit nach verschiedentlich fachwissenschaftlicher Kritik an diesen „Stapelverfahren“ kam es in der Praxis immer wieder zu vermeintlich „erledigenden“ Zahlungen von Schuldner (oder von ihnen beauftragten oder gebetenen „Dritten“), die nur das konkrete Insolvenzverfahren zum Erliegen bringen wollten, um weitermachen zu können wie bisher. **Gerade die öffentlich-rechtlichen „Zwangsgläubiger“, deren Forderungen weiterhin aufliefen, mußten alsbald neue Insolvenzanträge ausbringen, bis endlich einer davon zur Eröffnung führte. In diesen eröffneten Verfahren wurden dann in der Regel die Zahlungen auf die früheren Anträge als inkongruente Deckungen angefochten, ja brachten häufig die Verfahren erst zur Eröffnungsreife.**

Die Justiziere der AOK Sachsen Brückl/Kersten<sup>6</sup> befürworteten deswegen den bereits von einigen Gerichten eingeschlagenen Weg<sup>7</sup>, die „erledigenden“ Zahlungen, zumindest bei Anordnung einer vorherigen, vorläufigen Insolvenzverwaltung, gem. §§ 24, 81 InsO für unwirksam und ohne Erfüllungswirkung zu qualifizieren und somit das Verfahren fortzusetzen.

Die jetzt vorgeschlagene Regelung zeigt in ihrer Begründung zwar diese Problemstellung auf, löst sie aber nicht an der richtigen Stelle.

Zunächst passen Begründung und Gesetzesvorschlag nicht zusammen. Der Gesetzesvorschlag eröffnet nach seinem Wortlaut für *jeden Fremdantrag* die Möglichkeit, ihn trotz Zahlung für weiterhin zulässig zu erachten. Nach der Begründung soll der

---

<sup>5</sup> Beispiele und Kritik bei Frind/Schmidt, ZInsO 2001, 1133 f.; ZInsO 2002, 8 f.; Schmahl, NZI 2002, 177 ff.

<sup>6</sup> NZI 2004, 422, 429, 430

<sup>7</sup> AG Hamburg ZInsO 2002, S. 1100= ZIP 2002, S. 2271=ZVI 2002, 413=NZI 2003, 104;AG Duisburg, ZVI 2005, 129 (Grenze der Dispositionsmaxime: Mißbrauchsverbot); so auch : Beck/Hölzle in Bork/Koschmieder, Fachanwaltshandbuch Insolvenzrecht, Stand Nov.2004, Rz. 29.71 –29.75 und dort auch Schmidt, Rz.3.56

Antrag bei „erledigenden“ Zahlungen eigentlich generell unzulässig werden und nur „eine andere Wertung bei Sozialversicherungsträgern gerechtfertigt sein“. Allerdings wurde ein solches „Sonderrecht“ wohlweislich im Wortlaut nicht geregelt.

Zum weiteren Vorgehen nach einer solchen Zahlung verhält sich der Gesetzesvorschlag indifferent: Einerseits greife weiterhin die Amtsermittlungspflicht des Insolvenzgerichtes gem. § 5 InsO (was daraus folgt wird nicht gesagt: Soll das Gericht jetzt einen Sachverständigen/vorl. Insolvenzverwalter erst einsetzen, um die Frage der fortbestehenden Zahlungsunfähigkeit aufzuklären?), andererseits müsse der Sozialversicherungsträger „das Vorliegen eines Insolvenzgrundes erneut glaubhaft machen“. Es fragt sich, wie er (oder ein „normaler Gläubiger“) dies tun soll: Muß die Fälligkeit der nächsten Forderung abgewartet werden<sup>8</sup> und dann damit ein neuer Vollstreckungsversuch unternommen werden? Soll das Insolvenzeröffnungsverfahren so lange „offen gehalten“ werden? Oder soll statt dessen der Sozialversicherungsträger das Gericht drängen, von Amts wegen über §§ 97, 98, 101 InsO den Schuldner (oder seine Organe) zu Angaben zur Zahlungsunfähigkeit /Überschuldung zu zwingen? Dies erscheint in der gewollten Folge noch unausgegoren.

Richtig ist, daß die Insolvenzgerichte gut daran tun (und es überwiegend auch so handhaben) im Fremdantragsverfahren nach Zustellung des Antrages mit kurzer Frist und fehlender anschließender Äußerung des Schuldners schnell einen Sachverständigen und /oder vorläufigen Insolvenzverwalter einzusetzen. Die Ermittlungsmaßnahme „Sachverständiger“ gem. § 5 InsO ist nicht mit Rechtsmitteln angreifbar<sup>9</sup>. Das Gericht ist gehalten, mit allen sachgerechten Ermittlungsmöglichkeiten, den Insolvenzgrund festzustellen<sup>10</sup>.

Der vom Gericht Beauftragte wird in kurzer Zeit die desolante, wirtschaftliche Situation des Schuldners ermittelt haben (ggfs. bei Gericht Zwangsmaßnahmen zur weiteren Ermittlung anregen). Nach Anordnung zumindest der „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwaltung kann der Schuldner nicht mehr mit Erfüllungswirkung zahlen (§§ 24, 81 InsO), da der vorläufige Verwalter einer solchen Verfügung nicht zustimmt<sup>11</sup>.

Zahlt ein Dritter, hat der empfangende Gläubiger die Möglichkeit, die Zahlung gem. § 267 Abs.2 BGB zurückzuweisen (was der Sozialversicherungsträger, der den Antrag „weiterlaufen“ will, tun sollte), da an Stelle der widerspruchsberechtigten Schuldners der vorläufige Insolvenzverwalter tritt (der natürlich widerspricht)<sup>12</sup>.

An dieser Stelle zeigt sich nun der eigentliche –richtige - Kern der vorgeschlagenen Regelung: Nach wie vor erklären viele Sozialversicherungsträger, Finanzämter, aber auch andere Fremdantragsgläubiger, ihre Anträge trotz anfechtbarer und nicht erfüllungswirksamer Zahlungen für erledigt. Sie hoffen, das einmal mittels des „Vollstreckungsverfahrens de luxe“ (= InsO) erhaltene Geld behalten zu können. Nachdem

---

<sup>8</sup> Das Auswechseln einer Forderung im Insolvenzeröffnungsverfahren wird allgemein für zulässig erachtet

<sup>9</sup> BGH, ZInsO 2004, 547

<sup>10</sup> LG Berlin, ZVI 2005, 29

<sup>11</sup> LG Duisburg, ZVI 2004, 59; AG Hamburg, ZInsO 2004, 458=ZVI 2005, 45; ZInsO 2005, 158=ZVI 2005, 42; Gerke, ZInsO 2003, 873

<sup>12</sup> AG Hamburg NZI 2004, 323=ZVI 2004, 256; AG Hamburg ZInsO 2005, 158=ZVI 2005, 42=DZWIR 2005, 87)

nunmehr das Anfechtungsrecht auch noch entschärft werden soll, wird diese Überlegung noch mehr im Vordergrund stehen.

**Deshalb nutzt die jetzt vorgeschlagene Gesetzesänderung - so wie formuliert - nichts: Sie setzt nicht unmittelbar an der Dispositionsmaxime an ! Der vorgeschlagene Wortlaut bietet – und auch das nur nach längerer Überlegung, was eigentlich gemeint ist – dem Fremdantragsteller nur die *Möglichkeit* den Antrag weiterlaufen zu lassen, bürdet ihm aber – laut Begründung – dann die Darlegungslast zum Fortbestehen des Insolvenzgrundes auf. Notwendig wäre stattdessen eine fortdauernde gerichtliche Überprüfung der Zahlungsfähigkeit/Überschuldung auch desjenigen Schuldners, der einen Insolvenzantrag durch eine „erledigende“ Zahlung abgewendet hat. Damit würden zahlungsunfähige Betriebe rechtzeitig in ein Insolvenzverfahren überführt. Ein Insolvenzantrag wäre dazu nur der „Startschuß“ und würde zur einer amtswegigen Überprüfung führen.**

Denn es ist damit zu rechnen, daß von einer bloßen *Möglichkeit* des „Weiterlassens“ des Antrages nicht viele Antragsteller Gebrauch machen werden. Das skizzierte Übel (in Folge auftretende „Stapelanträge“; Schuldner, obwohl zahlungsunfähig, „wurschteln weiter“) wird nicht beseitigt. Vielmehr müßte das Gericht mit dem Eröffnungsantragsteller weiterhin darum streiten, ob die „erledigende“ Zahlung nun Erfüllungswirkung hat oder nicht, wenn er den Antrag nicht für erledigt erklärt<sup>13</sup> oder der Antragsteller läuft Gefahr, bei Abgabe einer Erledigungserklärung, die einseitig bleibt (da der Schuldner aus Saumseligkeit, Desinteresse, etc. ihr nicht zustimmt), die Abweisung des Feststellungsantrages mit Kostenlast zu seinen Ungunsten zu erleben<sup>14</sup>.

**Wenn der Gesetzgeber das aufgezeigte Problem wirklich regeln will, müßte eine Regelung an § 13 Abs.2 InsO ansetzen.** Der Verfasser hatte dafür bereits eine Formulierung vorgeschlagen<sup>15</sup>: *„Der Antrag kann zurückgenommen werden, bis das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Antrag rechtskräftig abgewiesen ist. Ein Gläubiger kann den Antrag nur zurücknehmen oder für erledigt erklären, wenn er glaubhaft macht, dass der Schuldner seine Zahlungen insgesamt an alle Gläubiger wieder gleichmäßig aufgenommen hat. Das Gericht kann dies von Amts wegen prüfen.“*

Durch eine solche Regelung würden die Leitgedanken der Anfechtungsrechtsprechung des BGH, daß der Anfechtungsgegner nicht aus einer einmaligen Zahlung die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners herleiten kann<sup>16</sup>, in die Dispositionsmaxime des § 13 InsO integriert. Der Fremdantragsteller würde also prinzipiell an seinem Antragsziel (Klärung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners) festgehalten, bis feststeht, daß die schuldnerische Zahlung wirklich Ausdruck der entweder wieder hergestellten oder nie gegebenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners

<sup>13</sup> AG Hamburg, ZInsO 2004, 458 ; NZI 2004, 323=ZIP 2005, 364; AG Duisburg ZVI 2005, 129: Zwischenfeststellung der Unwirksamkeit

<sup>14</sup> LG Duisburg, ZVI 2004, 59

<sup>15</sup> ZInsO 2003, 341, 347

<sup>16</sup> BGH ZIP 2001, 524,525; ZIP 2000, S. 1016

ist. Hier würde die Darlegungslast vom Ziel her also genau umgekehrt geregelt, als im jetzigen gesetzlichen Vorschlag : Der Gläubiger muß mit Hilfe des Insolvenzgerichtes (welches zur Ermittlung verpflichtet bleibt), will er den Antrag durch Erledigungserklärung beenden, den Wegfall der Zahlungsunfähigkeit darlegen, nicht deren Fortbestehen !

**Damit würde der Effekt bewirkt, daß der Sanierungsgedanke des Insolvenzrechtes verstärkt würde, da schuldnerische Unternehmen auf diese Weise viel früher über erfolgreiche Fremdanträge in ein eröffnetes Verfahren kämen und zugleich würde die Anzahl der Anfechtungsprozesse vor den ordentlichen Gerichten reduziert, da die in zahlreichen „Stapelverfahren“ entgegengenommen, „erledigenden“ Zahlungen reduziert würden, denn diese „Fortsetzungsfälle“ würden nicht mehr vorkommen. Zugleich ist damit auch den gesetzlichen „Zwangsgläubigern“ gedient: Sie erfahren frühzeitig, ob „ihr“ Schuldner nun zahlungsunfähig ist (und bleibt) oder nicht.**

Eine solche Regelung wäre im übrigen tatsächliche Amortisation zur Einschränkung der Anfechtungsvorschriften.

## **2. Die Einebnung des Unterschiedes zwischen dem „schwachen“ und dem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter - § 55 Abs.2 (Art. 2 Ziff.3 des Gesetzesvorschlages)**

Dieser Regelungsvorschlag kam für die Fachwelt gänzlich überraschend. Hatten die Länderfinanzverwaltungen noch vorgeschlagen, nur Steuern und Abgaben im Eröffnungsverfahren qua Gesetz zu Masseverbindlichkeiten zu erklären<sup>17</sup>, sollen jetzt sämtliche Verbindlichkeiten, denen der „schwache“ vorläufige Verwalter zustimmt, Masseverbindlichkeiten werden. Damit wird einer der wesentlichen Unterschiede zwischen den verschiedenen Formen der vorläufigen Verwaltung (der „starke“ vorläufige Verwalter „erzeugt“ immer Masseverbindlichkeiten) abgeschafft.

**Die Insolvenzgerichte haben in der Vergangenheit – zu Recht – zurückhaltend von der Anordnung „starker“ vorläufiger Verwaltungen Gebrauch gemacht. Einerseits aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, andererseits, um der Masse und damit dem vorläufigen Verwalter nicht sofort sämtliche Verbindlichkeiten des Insolvenzeröffnungsverfahrens aufzuoktroyieren. Denn dann wäre eine Fortführungswürdigkeitsprüfung und der Erhalt von Arbeitsplätzen durch Lösungssuche für einen Sanierungsweg verunmöglicht, da das Unternehmen im Insolvenzeröffnungsverfahren unter „Vollkosten“ weitergeführt werden müsste. Eine „Überlegens- und Prüfungsphase“ fände nicht mehr statt.**

Der BGH hatte in seiner wichtigen Entscheidung v. 18.7.2002<sup>18</sup> in Anbetracht der vorher teilweise von den Gerichten benutzten, zweideutigen Anordnungsbeschlüsse auf die deutliche Abgrenzung Wert gelegt und mit dem Instrument der „Einzelmächtigung“ für den sog. schwachen vorläufigen Verwalter („Zustimmungsverwalter“) eine praktikable und vor allem die Haftungsgefahr des Verwalters ermäßigende Methodik entwickelt, um einzelne, für die Betriebsfortführung notwendige in Anspruch

<sup>17</sup> zitiert bei Uhlenbruck, ZInsO 505, 508

<sup>18</sup> ZInsO 2002, 819=ZIP 2002, 1625

genommene Lieferanten in den Stand von Massegläubigern „zu erheben“. Der BGH hatte dabei die Kontrollbefugnis des Insolvenzgerichtes betont:

*„Die pauschale gerichtliche Ermächtigung des vorläufigen Insolvenzverwalters, "mit rechtlicher Wirkung für den Schuldner zu handeln", bewirkt nicht, daß schon im Eröffnungsverfahren Masseverbindlichkeiten **in einer vom Insolvenzgericht nicht mehr zuverlässig kontrollierbaren Weise begründet werden dürften**. Sie ist vielmehr nach § 22 Abs. 2 Satz 1 InsO **unzulässig**.“*

Und weiter:

*„Den Ablauf des Eröffnungsverfahrens bestimmt das Insolvenzgericht. Nach § 21 Abs. 1 InsO hat es diejenigen Maßnahmen zu treffen, die zur Erhaltung des Schuldnervermögens erforderlich erscheinen. Diese Verantwortung kann das Gericht nicht auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter übertragen, indem es diesen umfassend zu allen Maßnahmen ermächtigt, die er seinerseits nach seinem eigenen Ermessen für nötig und zweckmäßig halten mag. Einen umfassenden Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vom Schuldner auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter sieht nur § 22 Abs. 1 InsO – für den Fall, daß ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen ist – vor. Dagegen gibt § 22 Abs. 2 Satz 1 InsO dem Insolvenzgericht, welches kein allgemeines Verfügungsverbot erläßt, nur die Befugnis, selbst die Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters zu bestimmen. Ebenso muß das Gericht im einzelnen die Rechte festlegen, die dem vorläufigen Verwalter eingeräumt werden, damit er seine Pflichten zu erfüllen vermag. Eine entsprechende Ermächtigung kann auch für bestimmte, abgrenzbare Arten von Maßnahmen erteilt werden, wie im vorliegenden Falle für den Forderungseinzug oder auch für die Kündigung bestimmbarer Arten von Dauerschuldverhältnissen. Aus Gründen der Rechtsklarheit und des gebotenen Schutzes von Vertragspartnern muß aber für diese jeweils aus der gerichtlichen Anordnung selbst unmißverständlich zu erkennen sein, mit welchen Einzelbefugnissen – nach Art und Umfang – der vorläufige Insolvenzverwalter ausgestattet ist (ebenso Spliedt ZIP 2001, 1941, 1949; wohl auch Pohlmann aaO Rn. 342; Münch-Komm-InsO/Haarmeyer § 22 Rn. 136).“*

Die Kontrolle sollte sich somit nicht auf die Zweckmäßigkeit der inanspruchgenommenen Lieferanten beziehen, sondern nur sicherstellen, daß nach einer vorläufigen Liquiditätsprognose die vom vorläufigen Insolvenzverwalter zur Weiterlieferung herangezogenen Lieferanten auch bezahlt werden könnten.

Kirchhof<sup>19</sup> erläuterte die Entscheidung wie folgt:

*„Zum anderen wird das Insolvenzgericht die vom vorläufigen Verwalter in Aussicht genommenen Vertragspartner vor klar erkennbar drohenden Schäden schützen müssen; denn diese vertrauen mit Recht auch auf den zugrunde liegenden Beschluss des Insolvenzgerichts, das ja für Rechtsstaatlichkeit gegenüber den Beteiligten sorgen soll. Wegen der Eilbedürftigkeit der Entscheidung wird man allerdings auch insoweit keine weitreichenden Anforderungen stellen dürfen. Einen Maßstab für diese Prüfung kann man wohl auf der Grundlage des § 61 Satz 2 InsO entwickeln, der für eine Haftung auch des vorläufigen Insolvenzverwalters gelten kann. Diesem sind zwar die Schwierigkeiten der Einarbeitungszeit besonders zugute zu halten. Aber das Risiko eines Kreditbetruges darf er nicht auf sich nehmen; und da-*

---

<sup>19</sup> ZInsO 2004, 57,59

*bei darf auch kein Gericht mitwirken. Zur denkbaren späteren Entlastung nach Ein-  
gehung objektiv unerfüllbarer Masseverbindlichkeiten muss der endgültige Verwalter  
mindestens eine ursprüngliche Liquiditätsprognose darlegen, aus der sich ergibt, wie  
er die einzelnen Verbindlichkeiten zu erfüllen gedachte. Der erst kurzfristig tätige vor-  
läufige Verwalter, der noch keine Zeit zu gründlicher Prüfung hatte, wird dem Insol-  
venzgericht zum Antrag auf Genehmigung von Masseverbindlichkeiten wenigstens  
nachvollziehbare Angaben auch darüber unterbreiten müssen, wie er sich die Erfül-  
lung der gewünschten Verbindlichkeiten konkret vorstellt.<sup>8</sup> (Bezugnahme auf die  
„Hamburger Leitlinien“). Das Gericht sollte die Plausibilität dieser Darlegung prüfen.“*

Diese Voraussetzung der gerichtlichen Plausibilitätskontrolle der Bezahlbarkeit der einzugehenden Masseverbindlichkeiten erzeugte mithin zugleich die Verpflichtung des „schwachen“ Verwalters zur Liquiditätsvorschau, die ohnehin bei Masseverbindlichkeiten zur Begrenzung seiner Haftung gem. § 61 InsO notwendig ist. Mithin war ein geschlossenes Verhaltensregelsystem erzeugt.

Nunmehr sollen nach der gesetzlichen Vorschlagsregelung selbst Dauerschuldverhältnisse sofort Masseverbindlichkeiten erzeugen, wenn der Schuldner sie mit Zustimmung des vorläufigen „schwachen“ Verwalters „in Anspruch nimmt“. Praktisch wird der vorläufige „schwache“ Verwalter zu sämtlichen Bestellungen und Äußerungen des Schuldners/Geschäftsführers im Geschäftsleben seine Zustimmung geben bzw. geben müssen, sofern diese nicht gegen die Betriebsfortführung gerichtet sind. Bei Dauerschuldverhältnissen weiß er von deren Existenz in der Regel nach kurzer Betriebsprüfung und muß sich diese Kenntnis dann im Rahmen der „Duldungsrechtssprechung“ als masseverbindlichkeitserzeugend entgegenhalten lassen, da das schuldnerische Unternehmen die Leistung in Anspruch nimmt, anderenfalls muß er den Schuldner/Geschäftsführer zur Kündigung veranlassen<sup>20</sup>.

Bisher konnte der „schwache“ vorläufige Verwalter – zu Recht – aber nur diejenigen Lieferanten mit Einzelermächtigungsbeschlüssen versehen, die entweder danach verlangten oder deutlich machten, nicht liefern zu wollen, wenn ihre Forderung nicht abgesichert wären und die nicht innerhalb des Bereiches des unanfechtbaren Bargeschäftes (§ 142 InsO) zeitnah befriedigt werden konnten. Dies entlastete - zu Recht – die Masse.

**Werden nunmehr quasi alle Lieferanten zu Massegläubigern qua Gesetz, werden die Sanierungsaussichten für die Unternehmen stark absinken, da die Masse bereits im Eröffnungsverfahren aufgezehrt wird. Das Hauptanliegen der InsO, mehr eröffnete Verfahren zu erzeugen, wird konterkariert. Zugleich steigen, worauf Uhlenbruck<sup>21</sup> hinsichtlich der Forderung der Länderfinanzverwaltungen nach einer Änderung des § 55 InsO bereits hinwies, die Haftungsgefahren für den (vorläufigen) Verwalter immens, da er bei seinen „Zustimmungen“ nunmehr immer sofort die Masseverbindlichkeit erzeugt, was insbesondere bei den Dauerschuldverhältnissen zu unüberschaubaren, finanziellen Risiken führen würde.**

---

<sup>20</sup> LAG Hamm ZInsO 2004, 694; BAG, ZIP 2004, 1323; BGH ZIP 2003, 914 ;AG Hamburg ZInsO 2002, 36

<sup>21</sup> ZInsO 2005, 514, 515

In der Begründung zum Gesetzesvorschlag wird die vorstehend erörterte Problematik trotz ihrer Wichtigkeit nicht erörtert. Es wird rein aus Sicht des Gläubigers argumentiert. Für diesen sei die Rechtslage beim „schwachen“ Verwalter mit Einzelermächtigung „nur schwer zu durchschauen“. Gleichzeitig heißt es, es wäre „hilfreich, wenn die Möglichkeit eröffnet würde, in diesem Verfahrensstadium Masseverbindlichkeiten zu begründen“. Der Entwurf scheint dann aber der „Vereinfachung“ für die Gläubiger durch seinen Regelungsvorschlag nicht zu trauen, denn am Ende der Begründung wird der Gläubiger darauf verwiesen: „...hat ein Geschäftspartner insofern Zweifel, so kann er sich beim vorläufigen Verwalter rückversichern“. Dies erstaunt: Die bisherige Handhabung ist angeblich schwer zu durchschauen, aber die neue gibt Anlaß zu Rückversicherungen ?

Nach aller praktischer Erfahrung war es bisher auch so, daß die Gläubiger Kenntnis davon hatten, daß sie bei Inanspruchnahme durch den Schuldner, der nur den „Zustimmungsverwalter“ an seiner Seite hat, nicht automatisch Massegläubiger wurden. Sie mußten sich bei diesem dann rückversichern, ob er sie im Wege des Bargeschäftes oder über eine Einzelermächtigung absichern wollte. **Dies funktionierte bisher – mit den oben beschriebenen Vorteilen – völlig reibungslos. Die Insolvenzgerichte erteilten die Einzelermächtigungen, das haftungsträchtige „Gutsagen“, welches zur Eigenhaftung der Verwalter aus Vertrauensschutz/cic führte, wurde zurückgedrängt.**

Es wäre daher zu wünschen, daß es bei dem eingespielten Instrumentarium der „Einzelermächtigung“ bleiben würde. Anderenfalls sind die Folgen für das Eröffnungsverfahren mit Betriebsfortführungen unabsehbar.

### **3. Die Einschränkungen der Anfechtungsregeln contra BGH – Rechtsprechung (IX.Senat) - § 131 Abs.1 InsO und § 133 Abs.1 S. 2 InsO (Art.2 Ziff.4 und 5)**

Vorauszuschicken ist, dass die Insolvenzgerichte häufig Verfahren nur aufgrund von durch den Sachverständigen aufgefundenen und prognostizierten Anfechtungsansprüchen, Eigenkapitalersatzansprüchen, etc. eröffnen (in Hamburg im Bereich der Unternehmensinsolvenzverfahren schätzungsweise ein Drittel der eröffneten Verfahren). Dies entspricht der Ordnungsfunktion des Insolvenzrechtes und dient damit auch den Interessen ehemaliger oder noch vorhandener Arbeitnehmer. Letztere erhalten damit selbst bei „nicht fortführungswürdigen Unternehmen“ in Gestalt des Verwalters den notwendigen Ansprechpartner zur Herausgabe ihrer Unterlagen, Erfüllung der Zeugnisverpflichtungen, etc..

a.) Nach Ziffer 4 des Gesetzentwurfes soll aus dem Bereich des § 131 InsO jede mittels Zwangsvollstreckung erzielte Deckung (Zahlung/Sicherung) herausgenommen und solche per definitionem in den Bereich der kongruenten Deckung überführt werden, denn Befriedigung durch oder unter dem Druck von Zwangsvollstreckung sei „echte Erfüllung“. Dies negiert die gesamte diesbezügliche BGH-Rechtsprechung der letzten Jahre <sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Der BGH nimmt – trotz fälliger Forderung – „Inkongruenz“ bei Zahlung innerhalb von drei Monaten



Insbesondere wird – ohne dass in der Begründung darauf genauer eingegangen wird- die Grundüberlegung des BGH konterkariert, daß der „Wettlauf der Gläubiger“ innerhalb der durch die Drei-Monats-Grenze des § 131 InsO gezogenen Zeitgrenze der „gesetzlichen Krise“ (drei Monate vor Antragstellung) unterbunden oder zumindest dessen Folgen abgemildert werden sollen: Der Grund für die Annahme einer Inkongruenz bei Befriedigungen nach (oder unter dem Druck von) Zwangsvollstreckungsmaßnahmen liegt nach ständiger Rechtsprechung des BGH in der Vorverlagerung des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und der damit einhergehenden Zurückdrängung des Prioritätsprinzips sowie darin, dass sich der vollstreckende Gläubiger in der Krise und damit nach Eintritt der materiellen Insolvenz eine ungerechtfertigte Priorität vor anderen Gläubigern nicht mehr mit Hilfe von staatlichen Zwangsmitteln verschaffen darf.

Die Massehaltigkeit von zu eröffnenden Verfahren hängt unmittelbar – insbesondere heutzutage bei der Abnahme massehaltiger Verfahren wegen der schlechten Wirtschaftslage (es kommen häufig nur noch Betriebe, die völlig „am Ende“ sind) – von der Möglichkeit ab, inkongruente Deckungsanfechtungen zu realisieren. Insbesondere bei wiederholten Insolvenzanträgen mit Teil-/Erledigungszahlungen war deren Anfechtung bisher unproblematisch. Auch Folgezahlungen des Schuldners an den ehemaligen Insolvenzantragsteller galten als „bemakelt“ und wurden meist anstandslos nach Eröffnung herausgegeben.

Unklar ist nach dem Wortlaut des Entwurfes und seiner Begründung auch, ob unter den Begriff „Zwangsvollstreckung“ auch Zahlungen fallen sollen, die mittels Drohung mit einem Insolvenzantrag oder gar innerhalb eines laufenden Insolvenzeröffnungsverfahrens erzielt wurden. Der BGH hat insbesondere solchen Zahlungen mit guten Gründen den Stempel „Inkongruenz“ aufgedrückt. Die aufgrund eines Insolvenzantrages erzielte Deckung ist bisher stets inkongruent, da dieser niemals geeignetes Mittel ist, um Ansprüche außerhalb eines Insolvenzverfahrens durchzusetzen<sup>23</sup>. Bei der Drohung mit dem Insolvenzantrag muß die Grenze zur unverbindlichen Mahnung überschritten sein. Dabei muß zwischen Drohung und Zahlung ein Zusammenhang bestehen, der auch über die gesetzte Zahlungsfrist hinausgehen kann („Zahlung innerhalb der aufgebauten Drucksituation“)<sup>24</sup>. Inkongruent ist auch die Zahlung an den Insolvenzantragssteller selbst, da das Stellen eines Insolvenzantrages der unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung gleichzustellen ist<sup>25</sup>. Die Anfechtung ist also erfolgreich, wenn das Verfahren aufgrund eines anderen Antrages eröffnet wird, obwohl der Antrag des Geldempfängers erledigt ist.

---

vor dem Antrag unter Vollstreckungsdruck an, da "zur der Zeit kein Anspruch" (BGHZ 136, 309 (311) (9.9.97); ZIP 2002, S. 1159 f.; ZInsO 2003, S. 611= ZIP 2003, 1304 (Vollstreckungsankündigung genügt aus objektiver Sicht des Schuldners); auch: OLG Stuttgart ZIP 2002, S.2264; OLG München ZIP 2003, S. 131 (auch bei bloßem "Besuch" des Vollziehungsbeamten und "freiwilliger" Geldübergabe); BGH ZIP 2002, S. 228: freiwillige Übergabe eines später platzenden Schecks und anschließende Überweisung aus dem debit. Konto), s. auch : OLG Dresden, ZIP 2003, S. 1052 ff.). Die Vollstreckungsankündigung genügt, um eine inkongruente Deckung für die nachfolgende Zahlung herzustellen (OLG Hamburg, 13.5.2005, ZInsO 2005, 657)

<sup>23</sup> ausführlich: Fischer, Fs. f. Kirchhof, 73 ff.

<sup>24</sup> BGH v. 18.12.03, ZIP 2004, 319

<sup>25</sup> OLG Schleswig, ZInsO 2004, 100

Unklar ist auch, ob der neue Gesetzesvorschlag, würde er Gesetz, Auswirkungen auf die „Randbereiche“ der Druckausübung hätte, z.B. auf die Frage der Rückführungen bei gekündigten Kreditlinien<sup>26</sup>: Ist die Kündigung Ausübung von „Druck“ oder legitimes Mittel? Ist dieser Druck einem Zwangsvollstreckungsdruck gleichzustellen? Inkongruent ist nach bisheriger Rechtsprechung auch eine Zahlung aufgrund einer bestehenden wirtschaftlichen Drucksituation (z.B. Abhängigmachen von einer Genehmigung)<sup>27</sup>. Auch hier müßte konsequenterweise, zumindest, wenn der druckausübende Gläubiger ohnehin über einen Titel verfügt, nach der Logik des neuen Entwurfes dann eine kongruente Deckung vorliegen.

**Die Überführung aller dieser Fallgestaltungen in den Bereich des § 130 InsO bürdet dem Insolvenzverwalter in aller Regel bei einer Vielzahl von Fällen die Beweisführungslast für die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit (oder zwingenden Umständen, die darauf hinwiesen) auf und erschwert in einer Vielzahl von Fällen damit die erfolgreiche Anfechtung.** Dieser nunmehr vom Gesetzentwurf eingeschlagene Weg ist mithin, da er eine generelle Lösung für alle Anfechtungen gegenüber Gläubigern darstellt, wohl um die in der Literatur gescholtenen „Sonderrechte“ für Sozialversicherungsträger und Finanzämter zu vermeiden, noch schlimmer, als wenn nur diese Gläubigergruppen, die danach verlangt haben, privilegiert würden.

**Dogmatisch sauber ist dies nicht: Nach der bisherigen Rechtsprechungslinie war es jedem Gläubiger einsichtig, daß er bei Zwangsvollstreckungen kurz vor einem späteren Insolvenzantrag gegen sich die in § 131 InsO beinhaltete „Vermutung“, er wisse um die schlechte wirtschaftliche Situation seines Schuldners, automatisch gegen sich gelten lassen mußte. Eine Entwertung des Instrumentes „Zwangsvollstreckung“ war damit nicht verbunden, allein die wirtschaftlich nachteiligen Folgen mißfielen vielen Gläubigern.**

Diese wurden aber –gesamtwirtschaftlich gesehen– durch die positiven Folgen für die Masseanreicherung der Insolvenzverfahren zugunsten der Gläubigergemeinschaft amortisiert. Sollte der vorliegende Entwurf Gesetz werden, werden die Druckausübungsszenarien nunmehr wieder massiv ansteigen und die Verfahrenseröffnungen abnehmen. In der Gesetzes-Begründung (unter Art.2 Ziff.4) steht dazu der sehr bedenkliche Satz: „ In welcher Art die Leistungsbewirkung erreicht wird, ob durch Zwangsvollstreckung oder etwa durch rüde Inkassomethoden, wird insofern irrelevant sein.“ So etwas darf ein Gesetzgeber nicht in eine Gesetzesbegründung schreiben! Dies ist eine Rückkehr, ja quasi Aufforderung zu „Wild-West-Methoden“ bei der Eintreibung von Forderungen, indem diese nicht nur geduldet, sondern auch noch ausdrücklich von den Sanktionen eines verschärften Anfechtungsrechtes ausgenommen werden. Auch wird ein Gläubiger die Stellung des Insolvenzantrages wieder als legitimes Druck-Mittel begreifen dürfen, *seine* Forderung (vor allen anderen) befriedigt zu bekommen. Ein Anreiz, ein Verfahren zur Eröffnung zu bringen, wird damit gerade nicht geschaffen (siehe die Ausführungen unter 1.).

---

<sup>26</sup> Rechtmann/Tetzlaff, ZInsO 2005, 196; Obermüller, ZInsO 2005, 198

<sup>27</sup> OLG Rostock, ZIP 2004, 1515=ZInsO 2004, 933; ähnlich LG München, ZVI 2004, 41 (Drohung mit Inanspruchnahme einer Prozeßbürgschaft).

b.) Nachdem der BGH nunmehr selbst den Bereich der Zwangsvollstreckungshandlungen aus dem Geltungsbereich des § 133 InsO- nochmals bestätigend zum Gesetzeswortlaut - ausdrücklich herausgenommen hatte<sup>28</sup>, ist auch dieses nach dem Gesetzentwurf nicht ausreichend:

Der Entwurf will nunmehr den gesamten Bereich der kongruenten Deckung nahezu gänzlich aus § 133 InsO ausnehmen. Lediglich ein „unlauteres Verhalten des Schuldners“ soll in diesem Bereich noch zur Anfechtbarkeit führen.

Dieser Begriff, nach der Begründung zum Entwurf einer BGH-Entscheidung von 1991 entnommen<sup>29</sup>, stellt zunächst einmal eine moralische Kategorie dar, kein rechtlich griffiges Tatbestandsmerkmal. Nach der zitierten BGH-Entscheidung ist darunter ein kollusives Zusammenwirken zwischen Schuldner und Gläubiger zu verstehen, bei dem es dem Schuldner *ausschließlich* darauf ankommt, andere Gläubiger zu benachteiligen, z.B. indem ein bevorstehender oder vermuteter Zugriff anderer Gläubiger erschwert oder unmöglich gemacht wird. **Dies wird kaum einmal vom Insolvenzverwalter zu beweisen sein.**

Wieder nimmt die Begründung zum Entwurf ausschließlich ausdrücklichen Bezug auf die Situation von Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern, soll aber eigentlich eine generelle Regelung für alle Anfechtungsfälle nach § 133 InsO begründen. Dies ist so inkonsequent wie „unlauter“ (um bei diesem Begriff zu bleiben): Hier scheut sich der Gesetzgeber, sein eigentliches Gesetzgebungsziel, die Privilegierung dieser Gruppen, in seiner Umsetzung wörtlich zu offenbaren. Am Ende der Begründung zu Nummer 5 der Vorschläge wird dies eindeutig: Wenn sich „Fiskus und Sozialkassen“ auf Zwangsvollstreckung oder Drohung damit beschränken, käme eine Anfechtung nur in Frage, wenn zusätzliche „gravierende Umstände“ vorlägen, die es rechtfertigen, von einem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners auszugehen. Dies stellt die bisherige BGH-Rechtsprechung auf den Kopf:

Danach stellte indiziell die Inkongruenz der Deckung bisher ein starkes – doppelseitiges- Beweisanzeichen dar: Für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bei Zahlung und die Kenntnis des entgegennehmenden Gläubigers hiervon<sup>30</sup>. Die Indizwirkung kann entfallen, wenn die Handlung zu einer Zeit vorgenommen wird, in welcher aus Sicht des Anfechtungsgegners noch keine ernsthaften Zweifel an der Liquidität des Schuldners zu bestehen scheinen<sup>31</sup> oder wenn ein *ernsthafter Sanierungsversuch* unternommen wird<sup>32</sup>.

**Diese Einschränkungen vom Anwendungsbereich des § 133 InsO wurden von der Praxis bisher als ausreichend –und handhabbar- angesehen.** Ein „unredliches Handeln“ des Schuldners ist nach bisheriger Rechtsprechung keine Voraussetzung für § 133 InsO: „Vorsatz“ bedeutet keine sittlich mißbilligenswerte Einstellung<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> ZInsO 2005, 260=ZIP 2005, 494=NZI 2005, 215

<sup>29</sup> ZIP 1991, 807

<sup>30</sup> zusammenfassend: BGH, ZInsO 2004, 616=ZIP 2004, 1060

<sup>31</sup> BGH, ZInsO 2004, 145=ZIP 2004, 319, 323

<sup>32</sup> Pape/Uhlenbruck, ZIP 2005, 417, 422; Schneider /Hörmann, ZInsO 2005, 133, 135

<sup>33</sup> OLG Dresden, ZIP 2003, S. 1717, 1719

Der Schuldner muß seine Zahlungsunzulänglichkeit kennen und weitere Indizien müssen zur Benachteiligungsvorsatzannahme hinzutreten: Es genügt, wenn der Schuldner die Begünstigung des die Zahlung empfangenden Gläubigers vor den Anderen wenigstens mittelbar bezweckt (dolus eventualis)<sup>34</sup>. Er nimmt sie billigend in Kauf, wenn er z.B. damit den Gläubiger von der Stellung eines Insolvenzantrages abhalten will<sup>35</sup>. Der gesetzmäßige, aber massive Druck des Gläubigers ist Indiz dafür, daß es dem Schuldner nicht vorrangig auf die Erfüllung seiner Zahlungspflicht ankam. Kumulation: Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und Druck-Nachgeben= Kenntnis der Benachteiligungsabsicht.

**Die bloße Hoffnung des Gemeinschuldners, sein Geschäft weiterführen, sowie nach und nach seine Hauptgläubiger befriedigen zu können, schließt –nach bisheriger Rechtsprechung- seine Begünstigungsabsicht gegenüber dem die Zahlung empfangenden Gläubiger und damit den Vorsatz nicht aus<sup>36</sup>. Genau darum geht es: Den um die Zahlungsunfähigkeit wissenden, aber „weiterwurschtelnden“ – und damit sowohl eigene als fremde Arbeitsplätze durch Neu-Begründung nicht zahlbarer Verbindlichkeiten schädigenden Schuldner nicht zu privilegieren, und gegen das Gebot der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung gezahlte Leistungen zugunsten der Finanzierung des eröffneten Verfahrens zurückzufordern.**

Dieses in sich schlüssige Modell des BGH will der Entwurf nunmehr zugunsten der öffentlich-rechtlichen Gläubiger zerschlagen. Damit wird in Kauf genommen, Gläubiger anfechtungsrelevant zu privilegieren, die fortgesetzt „wirtschaftlich schwankende und wankende“ Schuldner in Kenntnis der Tatsache, daß sie nicht die einzigen Gläubiger sind, im Wirtschaftsleben belassen, gerade keinen Insolvenzantrag stellen<sup>37</sup> (sondern nur damit drohen), um sie „bis aufs Hemd“ auszupressen.

**Ein Anreiz für die Gläubiger, rechtzeitig Insolvenzfremdantrag gegen diese Schuldner zu stellen, wird damit endgültig ad acta gelegt.** Dies mag die Insolvenzgerichte über kurz oder lang entlasten, wird aber kein verlässlicheres und kalkulierbares Wirtschaftsleben befördern, wie es Ziel jeder guten Insolvenzordnung sein sollte. Eine funktionierende Insolvenzordnung ist ein Wirtschaftsfaktor.

#### 4. Fazit

Der Gesetzentwurf (Art.2) will nach seiner Begründung in erster Linie Sozialkassen und den Fiskus privilegieren. Dies ist nicht sachgerecht, aber auch nicht sachgerecht umgesetzt: Die einzelnen Regelungsvorschläge treffen auf alle Fallgestaltungen mit „normalen“ Gläubigern zu. Dadurch werden die Sanierungsmöglichkeiten innerhalb eines Insolvenzverfahrens massiv beeinträchtigt, da die Massen mit Masseforderungen belastet und um Anfechtungsmöglichkeiten „entlastet“ werden. Zugleich wird kein Anreiz geschaffen, Insolvenzanträge gegen zahlungsunfähige Schuldner zu stellen oder „weiterlaufen“ zu lassen. Das gesamte bisherige Anfechtungsrechtspre-

<sup>34</sup> BGH, ZInsO 2004, 385=ZIP 2004, 669

<sup>35</sup> BGH v. 17.7.03, ZInsO 2003, 850=ZIP 2003, 1799

<sup>36</sup> BGH NJW 1997, 3175; ZIP 2003, S. 1506 ff.; OLG Saarland, ZInsO 2003, S. 233, 235

<sup>37</sup> nach Kenntnis des Verfassers haben viele Finanzämter ausdrücklich Anweisung, keine Insolvenzanträge zu stellen, da dies politisch nicht vertretbar sei, da dies Arbeitsplätze vernichten würde !

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

chungsmodell des BGH wird konterkariert. Grundpfeiler der InsO werden in Frage gestellt. Mit wenigen Änderungen wird viel über Bord geworfen. Dies sollte man sehr wohl bedenken.

Zu erwägen wäre, das gesamte Gesetzesvorhaben betreffend des Anfechtungsrechtes zugunsten einer integrierten Gesetzesreform des InsO in Abstimmung zu den übrigen diesbezüglichen Gesetzesvorhaben (s.o.) zu verschieben. Sicherzustellen wäre, dass nicht im „Umweg“ über andere Gesetze (z.B. Jahressteuergesetz 2007) einzelne Regelungen der InsO „inzident“ geändert werden.

Frind