

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 16. Dezember 2015

zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 24. Februar 2016

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Nils G. Weiland, M.P.A. (Harvard)

Die im Folgenden aufgeführten Anmerkungen zum „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz“ beziehen sich auf (i) die Änderung des § 14 Abs. 1 InsO, (ii) die Änderung des § 131 InsO, (iii) die Änderung des Anfechtungszeitraums der Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 2 InsO-E), (iv) die Änderung der gesetzlichen Vermutungsregel zur Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz (§ 133 Abs. 3 Satz 1 InsO-E), (v) die Regelungen zur Privilegierung von Zahlungsvereinbarungen (§ 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E), (vi) die Beschränkung der Ausnahmen vom Bargeschäftsprivileg (§ 142 Abs. 1 InsO-E), (vii) die Beschränkung der Anfechtung von Arbeitsentgelt (§ 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E) und (viii) die vorgesehene Beschränkung der Zinsansprüche (§ 143 Abs. 1 Satz 3 InsO-E).

1. Änderung des § 14 Abs. 1 InsO

Die mit § 14 Abs. 1 Satz 2 InsO-E vorgesehene Erweiterung der Zulässigkeit von (Fremd-) Insolvenzanträgen ist uneingeschränkt zu begrüßen. Diese Stärkung des Gläubigerantragsrechts kann dazu beitragen, Insolvenzverfahren für chronisch illiquide (und meist klar zahlungsunfähige) Schuldner schneller zu eröffnen.

2. Ergänzung des § 131 Abs. 1 InsO um einen Satz 2

Kritik:

Die mit dieser Regelung beabsichtigte Einschränkung (Verhinderung) der Anfechtung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen innerhalb der Drei-Monats-Frist vor Insolvenzantrag führt zu einer deutlichen Einschränkung der Möglichkeiten, die Insolvenzmasse durch Insolvenzanfechtung anzureichern. Die Regelung ist überdies system-

Am Kaiser Kai 62
20457 Hamburg
Telefon +49(0)40/361307-0
Telefax +49(0)40/361307-300
info@weiland-rechtsanwaelte.de

Dr. Gerd G. Weiland
Rechtsanwalt - Partner
Herbert Dürkop
Rechtsanwalt - Wirtschaftsprüfer - Partner

Jan de Haan
Rechtsanwalt - Partner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Thomas Hoffmann
Rechtsanwalt - Avocat à la Cour - Partner

Dr. Thilo Streck
Rechtsanwalt - Partner
Fachanwalt für Insolvenzrecht

Dr. Sven Claussen LL.M. (Auckl.)
Rechtsanwalt - Partner
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Matthias Ritter
Rechtsanwalt - Partner
Fachanwalt für Insolvenzrecht

Volker Kieckbusch
Rechtsanwalt - Partner

Dr. Nils G. Weiland M.P.A. (Harvard)
Rechtsanwalt - Partner

Dr. Klaus Zippel
Rechtsanwalt - Wirtschaftsprüfer

Rudolf Dietze
Rechtsanwalt

Norbert Parlow
Rechtsanwalt

Dr. Stefan Pelny LL.M. (Yale)
Rechtsanwalt

Willrud Fromm LL.M. (San Diego)
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Attorney at Law (New York)

Dr. Michael Ivens LL.M. (LSE London)
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Steuerrecht
vereidigter Buchprüfer

Dirk Trieglaff
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Daniel Kottsieper
Rechtsanwalt

Claudia Brehm
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Gewerbl. Rechtsschutz

Christoph Dittrich
Rechtsanwalt

5, rue des Ursins
75004 Paris

Téléphone +33(0)1531089-60
Fax +33(0)1531089-59
info@weiland.fr

Thomas Hoffmann
Avocat à la Cour - Rechtsanwalt - Partner

Tina Hoernel
Avocate à la Cour - Rechtsanwältin

Marc Schütte
Avocat à la Cour - Rechtsanwalt

Commerzbank Hamburg
IBAN: DE31 2004 0000 0373 2591 00
BIC: COBADEFFXXX
Partnerschaftsgesellschaft
AG Hamburg PR-Nr. 55
USt.IdNr.: DE 118953310
www.weiland-rechtsanwaelte.de



fremd, begünstigt einzelne Gläubigergruppen deutlich gegenüber anderen und schafft erhebliche Fehlanreize. Die Regelung ist daher in ihrer Gesamtheit abzulehnen. Im Einzelnen:

- Die Regelung stellt einen erheblichen Eingriff in den insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger dar. Es ist eines der vordringlichen Regelungsziele des Insolvenzrechts, den Prioritätsgrundsatz der Einzelzwangsvollstreckung zugunsten einer Gleichbehandlung aller Gläubiger zurückzustellen. Dieses Kernprinzip des deutschen Insolvenzrechtes wird mit dem vorliegenden Regelungsentwurf teilweise aufgehoben. Ein zwingender Grund ist hierfür nicht ersichtlich. Vollstreckungsgläubiger werden ohne überzeugenden Grund gegenüber der Gläubigersamtheit privilegiert.
- Der so wieder geschaffene Vorrang des Prioritätsprinzips bewirkt einen **Wettlauf der Gläubiger** um eine möglichst schnelle Befriedigung aus dem Schuldnervermögen. Ohne einen Ausgleichmechanismus (über eine spätere Insolvenzanfechtung) führt ein solcher Wettlauf nicht nur zu unangemessenen (Zufalls-)Ergebnissen, sondern schwächt auch die Chancen einer etwaigen Sanierung.
- Bei den tatsächlich von dieser Regelung Begünstigten handelt es sich keineswegs – wie aber in der Gesetzesbegründung behauptet – um Arbeitnehmern oder kleine und mittelständische Unternehmen. Nur öffentliche Gläubiger (Sozialversicherungsträger, Finanzamt) sind in der Lage, sich kurzfristig und ohne großen Aufwand selbst vollstreckungsfähige Titel zu verschaffen. Rechtstatistisch wird daher auch der allergrößte Teil aller Zwangsvollstreckungen im Drei-Monats-Zeitraum vor Insolvenzantragstellung von öffentlichen Gläubigern betrieben. Damit würde mit der beabsichtigten Regelung ein **Fiskus-Privileg** geschaffen, das die Zugriffsmöglichkeiten der Fiskus-Gläubiger zu Lasten aller anderen Gläubiger (Arbeitnehmer, Lieferanten etc.) deutlich verbessert.
- Vor diesem Hintergrund ist auch die Begründung des Regierungsentwurfs, warum eine Privilegierung von Vollstreckungsgläubigern sinnvoll sein soll, unzutreffend und irreführend: Es trifft rechtstatsächlich gerade nicht zu, dass diese Regelung diejenigen Gläubiger, die (aufwändig und mühsam) einen Titel über den Weg der ordentlichen Gerichte erwirkt haben. Begünstigte sind vorrangig (Fiskal-) Gläubiger, die sich (ohne Aufwand) Titel selbst schaffen können.
- Die so geschaffenen Anreize sind hoch problematisch: Öffentliche Gläubiger sind diejenigen, die am häufigsten (Fremd-)Insolvenzanträge stellen. Statt zügig, einen Insolvenzantrag zu stellen (und damit insolvente Unternehmen „vom Markt zu nehmen“) würde mit der vorgeschlagenen Regelung nun ein Anreiz für Fiskus-Gläubiger geschaffen, ihre Zwangsvollstreckungsmaßnahmen für einen längeren Zeitraum fortzusetzen. Insolvenzanträge würden so verzögert und für eine mögliche Sanierung erforderliche Geldmittel der Insolvenzmasse (zugunsten der Fiskus-Gläubiger) entzogen.

Vorschlag:

§ 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E sollte ersatzlos gestrichen werden.

3. Anfechtungszeitraum der Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 2 InsO-E)

Kritik:

Eine Begrenzung des Anfechtungszeitraums auf vier Jahre für Deckungshandlungen ist grundsätzlich nachvollziehbar und nicht unangemessen. Nicht nachvollziehbar ist allerdings, warum dies gleichermaßen für kongruente Deckungshandlungen und für inkongruente Deckungshandlungen gelten soll. Ein Schutzbedürfnis für die Nutznießer inkongruenter Deckungshandlungen ist – gerade – im Rahmen der Vorsatzanfechtung nicht erkennbar. Ein Gläubiger, der den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners (d.h. seine zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit) kennt und trotzdem (oder gerade deswegen) eine inkongruente Deckung erhält, ist auch außerhalb eines Zeitraums von vier Jahren nicht schutzbedürftig, da er erheblich zu Lasten der übrigen Gläubiger privilegiert wird. Daher sollte auch hier zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungshandlungen differenziert werden. Eine Anfechtung inkongruenter Deckungshandlungen auch außerhalb dieses Vier-Jahres-Zeitraums sollte weiterhin möglich bleiben. Anderenfalls würden bei Schuldnern mit langanhaltender (mehrjähriger) Zahlungsunfähigkeit gerade problematische Vermögensverschiebungen (d.h. solche ohne entsprechenden zivilrechtlichen Anspruch) zugunsten einzelner Gläubiger ermöglicht und privilegiert. Das kann z.B. bedeutsam werden im Zusammenhang mit der Gewährung weiterer – bislang nicht geschuldeter – Sicherheiten an die den Schuldner finanzierende Bank.

Vorschlag:

§ 133 Abs. 2 InsO-E sollte wie folgt gefasst werden:

„Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 Satz 1 vier Jahre.“

4. Vermutung der Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz (§ 133 Abs. 3 Satz 1 InsO-E)

Kritik:

Die Abschwächung der gesetzlichen Vermutungsregel zur Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz dient weder der Schaffung von Rechtssicherheit noch ist sie inhaltlich



begründet. Diese Regelung wird zu einer Fülle neuer (unklarer und widersprüchlicher) Rechtsprechung zur Frage der genauen Abgrenzung zwischen Kenntnis von Umständen, die auf eine Zahlungsunfähigkeit, und solchen, die lediglich auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit hindeuten, führen. Hieraus wird für die insolvenzrechtliche Praxis eine erhebliche Rechtsunsicherheit resultieren. Vor allem aber ist diese – scheinbar präzise – Abgrenzung zwischen Kenntnis unterschiedlicher Umstände letztlich eine semantische Spielerei. Es wird in der gerichtlichen Praxis stets um die Frage gehen, ob der Anfechtungsgegner Kenntnis von Umständen hatte, die auf erhebliche, existenzbedrohende Zahlungsschwierigkeiten hindeuten. Eine solche Kenntnis rechtfertigt dann auch eine Anfechtung, da bei Erhalt der angefochtenen Leistung bewusst ein Sondervorteil entgegengenommen wurde. Im Wirtschaftsleben läßt sich eine Differenzierung der Kenntnis derartiger gravierender Umstände in Kenntnis einer Zahlungsunfähigkeit und solcher einer (bloß) drohenden Zahlungsunfähigkeit schlechterdings nicht vornehmen.

Vorschlag:

§ 133 Abs. 3 Satz 1 InsO-E sollte ersatzlos gestrichen werden.

5. Privilegierung von Zahlungsvereinbarungen (§ 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E)

Die vorgesehene Regelung einer gesetzlichen Vermutung der Unkenntnis von der Zahlungsunfähigkeit bei Vorliegen einer Zahlungsvereinbarung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Bereits nach geltendem Recht ist daher eine Zahlungsvereinbarung nicht per se anfechtbar. Denn nach der Rechtsprechung des BGH ist alleine der Abschluss einer Zahlungsvereinbarung kein hinreichendes Indiz für Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners; für den Nachweis dieser Kenntnis müssen weitere Umstände hinzutreten. Nach der Gesetzesbegründung (nicht aber nach dem Wortlaut des § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E) soll dies auch künftig so bleiben. Insofern ist schon nicht erkennbar, welche Änderungen diese neue Regelung mit sich bringen wird oder soll.

Wenig überzeugend ist insbesondere der der vorgesehenen Regelung zugrundeliegende Gedanke: Die Bitte eines Schuldners um eine Zahlungserleichterung bringt klar zum Ausdruck, dass der Schuldner Liquiditätsschwierigkeiten hat, vielleicht sogar zahlungsunfähig ist. Daher ist alleine schon diese Bitte um Zahlungsaufschub ein Zeichen für die Kenntnis des Anfechtungsgegners von einer (möglichen) Zahlungsunfähigkeit. Es leuchtet nicht ein, wieso die einzig lebensnahe Bewertung dieses Lebenssachverhalts durch eine gesetzliche Fiktion nun in ihr genaues Gegenteil verkehrt werden soll. Mit einer angemessenen und sachgerechten Gesamtwürdigung aller Umstände des Falles – wie vom Tatrichter verlangt – hat eine solche (tatbestandsverdrehende) Regelung nichts mehr zu tun.

Schließlich sei auch darauf hingewiesen, dass Zahlungsvereinbarungen keineswegs immer eine sinnvolle und schützenswerte Abrede sind. Eine Zahlungsvereinbarung



kann auch schlicht eine Förderung einer weiteren Insolvenzverschleppung darstellen. Denn ein Gläubiger, der sich – auf Basis einer Zahlungsvereinbarung – mit dem begnügt, was der Schuldner gerade noch so leisten kann, vertieft eine Insolvenzverschleppung und verdient keine Privilegierung.

Sinnvoll ist daher alleine eine Regelung, die die derzeitige Rechtsprechung des BGH zu Bitten um Ratenzahlungen kodifiziert, um klarzustellen, dass eine Zahlungsvereinbarung alleine (ohne weiter hinzutretende Umstände) kein Anlass für eine Anfechtung ist.

Vorschlag:

§ 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E sollte wie folgt gefasst werden:

„Alleine der Umstand, dass der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt hat, deutet nicht auf Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hin.“

6. Beschränkung der Ausnahmen vom Bargeschäftsprivileg (§ 142 Abs. 1 InsO-E)

Das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO soll dergestalt auf die Vorsatzanfechtung ausgeweitet werden, dass – bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Bargeschäfts – nur in den Fällen erkannter und gezielter Benachteiligung der Gläubiger eine Anfechtung in Betracht kommt.

Diese Neu-Regelung dient schon deswegen nicht dem Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit, weil hier ein neuer unbestimmter, wertender Rechtsbegriff – der des „unlauteren“ Handelns – in das Insolvenzanfechtungsrecht eingeführt wird. Alleine im Hinblick auf diese Neuerung wird es geraume Zeit dauern, bis eine einheitliche und konsistente Rechtsanwendung durch die Rechtsprechung geschaffen sein wird.

Darüber hinaus aber wird der Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung beim zeitnahen Leistungsaustausch durch diese Änderung in bedenklicher Weise eingeschränkt. Die vorgesehenen Regeln lassen es insbesondere zu, dass Zahlungen zur Aufrechterhaltung eines offensichtlich unrentablen Geschäftsbetriebs, dessen Fortführung nicht im Gläubigerinteresse ist, der Anfechtung entzogen werden. Dies dient klar nicht dem Ziel einer Sanierung (sanierungsfähiger) Unternehmen, sondern ist ein (weiterer) Anreiz zur Insolvenzverschleppung. Es wird so dem Schuldner erleichtert, trotz Zahlungsunfähigkeit und Unrentabilität (also ohne Fortführungsaussicht) am Markt zu verbleiben, was sowohl für (Neu-)Gläubiger als auch Wettbewerber ausgesprochen schädlich sein kann. Eine Anfechtung im Rahmen des Anwendungsbereichs eines Bargeschäftes wird letztlich nur noch bei kollusivem Zusam-



menwirken von Schuldner und Leistungsempfänger möglich sein. Realistisch wird selbst in derartig extremen Fällen eine erfolgreiche Anfechtung häufig daran scheitern, dass der Insolvenzverwalter ein solches kollusives Zusammenwirken nicht gerichtsfest wird beweisen können. Damit ist faktisch eine Vorsatzanfechtung von kongruenten Deckungen im Rahmen von Bargeschäften nicht mehr möglich.

Die vorgesehene Regelung zur Beschränkung der Ausnahmen vom Bargeschäftsprivileg schafft damit insgesamt erheblichen Spielraum für gläubigerschädigendes Verhalten im Vorfeld einer Insolvenz, schädigt damit die Insolvenzmasse und ist letztlich sanierungsfeindlich. Der Bezug auf die „Unlauterkeit“ des schuldnerischen Verhaltens sollte daher in § 142 InsO-E ersatzlos gestrichen werden

Überdies fehlt im Entwurfstext eine Klarstellung, dass § 142 InsO-E nur kongruente, aber keine inkongruenten Deckungen erfasst.

Vorschlag:

§ 142 Abs. 1 InsO-E sollte wie folgt gefasst werden:

„Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt und welche der andere Teil in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 bis 3 gegeben sind.“

7. Beschränkung der Anfechtung von Arbeitsentgelt (§ 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E)

Die vorgesehenen Privilegierungen von Arbeitnehmern im Hinblick auf Anfechtungen entsprechen weitgehend dem jetzigen Stand der Rechtsprechung (insbesondere des BAG) zur Anfechtung von Arbeitsentgelt. Die Festschreibung dieser Rechtsprechung ist sachgerecht und eine entsprechende Klarstellung der Regeln des Bargeschäftsprivilegs im Interesse schutzbedürftiger (weil vorleistungspflichtiger) Arbeitnehmer sinnvoll.

Im Hinblick auf eine etwaige Schenkungsanfechtung von durch Dritten (z.B. von verbundenen Konzernunternehmen) gezahlten Arbeitsentgelten bietet die neugefasste Regelung aber Arbeitnehmern weiterhin keinen Schutz. Hier könnte noch eine Ergänzung erwogen werden.

Problematisch – und von dem erläuterten begründeten Schutzinteresse nicht mehr gedeckt – ist allerdings die aus der Begründung zum Regierungsentwurf hervorgehende Interpretation, dass der Begriff „Arbeitsentgelt“ sozialversicherungsrechtlich zu verstehen ist. Dies hat zur Folge, dass nicht nur das an den Arbeitnehmer fließende Bruttogehalt einem erweiterten Bargeschäftsprivileg unterliegt und damit der Anfechtung weitgehend entzogen ist, sondern auch mit dem Arbeitslohn in Verbindung stehende Sozialabgaben und Lohnsteuerzahlungen privilegiert werden. Auf

diesem Wege wird hier erneut ein weiteres Fiskus-Privileg geschaffen, welches mit dem eigentlichen (begrüßenswerten) Regelungszweck eines stärkeren Arbeitnehmerschutzes nichts mehr zu tun hat. Trotz mangelnder Schutzbedürftigkeit und trotz – üblicherweise – sehr guter Kenntnisse der so privilegierten Fiskus-Gläubiger von den die Zahlungsunfähigkeit begründenden Umständen werden so weitere Zahlungen an Fiskus-Gläubiger der Anfechtung entzogen. Eine sachgerechte Begründung hierfür fehlt.

8. Beschränkung der Zinsansprüche (§ 143 Abs. 1 Satz 3 InsO-E)

Die vorgesehene Beschränkung der Zinsansprüche im Anfechtungsrecht ist sachgerecht. Die diesbezügliche Privilegierung der Verzinsung von Anfechtungsansprüchen gegenüber anderen zivilrechtlichen Ansprüchen (z.B. solchen nach Bereicherungsrecht) ist nicht angemessen und nachvollziehbar.

Hamburg, 23. Februar 2016



Dr. Nils G. Weiland