

ZInsO-Aufsätze

Die Reform der Vorsatzanfechtung, oder: die größte Baustelle des Insolvenzrechts?

von Rechtsanwalt Dr. Oliver Fawzy, Berlin und Dr. Marcel Köchling, Duisburg/Berlin*

Als „die größte Baustelle des Insolvenzrechts“ bezeichnete Bundesjustizminister Heiko Maas jüngst das Insolvenzanfechtungsrecht.¹ Hintergrund ist vor allem die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO, die nicht nur in Fachkreisen, sondern zunehmend auch in Tagesmedien für kontroverse Diskussionen sorgt.² Anlass hierzu geben die seit Einführung der InsO erleichterte Beweisführung für den Insolvenzverwalter und das auf dieser Grundlage vom BGH entwickelte Rechtsprechungsmodell, in deren Kombination sich der Anwendungsbereich der Vorschrift deutlich erweitert hat. In der Praxis herrscht große Unsicherheit im Hinblick auf unkalkulierbare Rückforderungen seitens der Insolvenzverwalter, derer sich viele Gläubiger ausgesetzt sehen.

Befürworter der derzeitigen Anfechtungspraxis verweisen auf die Notwendigkeit einer durch die Anfechtung verbundenen Massemehrung, ohne die eine Vielzahl von Insolvenzverfahren gar nicht erst eröffnet werden könnte. Auf der anderen Seite mehren sich die Stimmen, die auf die negativen Folgen für die Wirtschaft und unverhältnismäßige Eingriffe in deren Rechtssicherheit hinweisen. Verschiedene Interessengruppen aus den Bereichen Industrie, Handwerk, Handel und Finanzwirtschaft fordern mittlerweile eine Eingrenzung der Vorsatzanfechtung und haben verschiedene Reformvorschläge unterbreitet. Die Große Koalition hatte die Kritik bereits in ihrem Koalitionsvertrag aufgegriffen und ihren Willen zur Überprüfung des Insolvenzanfechtungsrechts bekundet.³

Nachfolgend soll ein Beitrag zum politischen Diskurs geleistet werden, indem die derzeitige Auslegung des § 133 InsO, die daraus resultierende Anfechtungspraxis und die Folgen für Wirtschaft und Verbraucher näher beleuchtet werden. Anschließend wird auf die Zweckmäßigkeit der vorgebrachten Vorschläge zur Eingrenzung des § 133 InsO eingegangen. Dabei wird sich zeigen, dass die negativen Auswirkungen der derzeitigen Anfechtungspraxis erheblich sind, diese jedoch mit geringen gesetzgeberischen Anpassungen zeitnah behoben werden könnten.

I. Zur Rechtslage

Dass sich Schuldner im Fall ihrer wirtschaftlichen Krise teilweise bemühen, Vermögenswerte dem Zugriff einzelner Gläubiger zu entziehen, ist nicht neu. Die Befugnis der Insolvenzverwalter, entsprechende Rechtshandlungen des Schuldners nachträglich anzufechten, ist rechtspolitisch durchaus berechtigt. Dem stehen der Vertrauensschutz und die Rechtssicherheit der Anfechtungsgegner gegenüber, die mit dem legitimen Ziel der Masseanreicherung in Ausgleich zu bringen sind.

1. Stufenverhältnis der Anfechtungstatbestände

Grundlage des Anfechtungsrechts ist die gesetzgeberische Entscheidung, im Zeitraum von bis zu 3 Monaten vor Stellung des Insolvenzantrags den Schutz der Gläubigergemeinschaft in den Vordergrund zu stellen und die materiellen Wirkungen der Insolvenz schon vor der Antragstellung eintreten zu lassen. Handlungen, die der Schuldner innerhalb dieser gesetzlichen Krise zum Nachteil weiterer Gläubiger vornimmt, unterliegen daher den besonderen Anfechtungstatbeständen der §§ 130 – 132 InsO. Außerhalb dieses besonders geschützten Zeitraums, d.h. auch im Rahmen der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO, gilt demgegenüber das Prioritätsprinzip, das den Individualinteressen Vorrang einräumt. Insoweit braucht der einzelne Gläubiger die Belange der Gläubigergesamtheit grds. nicht zu beachten.⁴ Dementsprechend bezweckt § 133 InsO im Gegensatz zu den besonderen Anfechtungstatbeständen auch nicht die Vorverlagerung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, sondern die Sanktionierung unredlichen, sozial inadäquaten Schuldner-

verhaltens.⁵ Die mit einer erfolgreichen Vorsatzanfechtung verbundene Anreicherung der Insolvenzmasse ist nur ein Reflex hiervon, jedoch nicht der eigentliche Schutzzweck. In dem Tatbestand des § 133 InsO spiegelt sich diese ratio legis darin wider, dass über den rein objektiven Umstand einer Gläubigerungleichbehandlung hinaus ein Benachteiligungsvorsatz des Insolvenzschuldners und eine Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon verlangt wird.

Insbesondere in den Fällen, in denen der Schuldner lediglich eine bestehende Zahlungsverpflichtung gegenüber einem Gläubiger erfüllt, liegen dessen Belange auf der Hand, erhält er doch nur dasjenige, was ihm auf vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage zusteht. Die besonderen Anfechtungstatbestände unterscheiden daher weiter zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen, wobei Letztere den geringsten Anfechtungsvoraussetzungen unter-

* Dr. Oliver Fawzy ist Rechtsanwalt und Senior Referent der Bundesvereinigung Kreditankauf und Servicing (BKS e.V.). Dr. Marcel Köchling ist Investment Director Central Europe der Aktiv Kapital und Präsident der BKS e.V.

1 FAZ v. 4.4.2014, S. 18.

2 Vgl. etwa Foerste, FAZ v. 8.1.2014, S. 19; Gehrlein, FAZ v. 18.12.2013; Reuter, Handelsblatt v. 12.12.2013.

3 Die neue Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD hat diese Kritik bereits in ihrem Koalitionsvertrag aufgegriffen, S. 25: „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.“

4 BGH, Urt. v. 10.2.2005 – IX ZR 211/02, ZInsO 2005, 260.

5 Dass dies i. Ü. auch dem vorherrschenden Verständnis anderer europäischer Staaten wie Frankreich, England und Österreich entspricht, hat jüngst Bork in einer rechtsvergleichenden Rundschau aufgezeigt, vgl. ZIP 2014, 797 ff.

liegen. Umgekehrt sollten in den Konstellationen, in denen der Schuldner vor Eintritt der gesetzlichen Krise lediglich eine bestehende Schuld begleicht, die höchsten Anforderungen an eine Anfechtung angelegt werden.

Dementsprechend wurden die historischen Vorbilder der Vorsatzanfechtung, an die auch die aktuelle Regelung des § 133 InsO anknüpft, bei kongruenten Deckungen stets restriktiv gehandhabt. Allein die Kenntnis einer drohenden oder bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit, in deren Folge die Gläubigergemeinschaft zwangsläufig nicht in gleicher Weise befriedigt werden kann, reichte für die Annahme des subjektiven Tatbestands nicht aus. Stattdessen erforderte das außerhalb des Dreimonatszeitraums uneingeschränkt geltende Prioritätsprinzip eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Fälle, in denen der Schuldner bei der Benachteiligung seiner weiteren Gläubiger durch zusätzliche treuwidrige Umstände eine unlautere Gesinnung zum Ausdruck brachte. Zur Absichtsanfechtung nach § 31 KO stellte der BGH dies noch ausdrücklich klar:

„Das Bewusstsein, infolge der Erfüllung dieser Verpflichtung nicht alle Gläubiger befriedigen zu können, reicht deshalb regelmäßig nicht aus, um die Annahme einer Benachteiligungsabsicht zu rechtfertigen. Dieses Merkmal erfordert ein unlauteres Handeln.“⁶

Damit entsprach der BGH auch dem Willen des Konkursgesetzgebers, der die Absichtsanfechtung als Fall des beiderseitigen Betrugs verstand.⁷ Das „Bewusstsein schon vorhandener Insuffizienz“ des Schuldnervermögens könne zwar auf eine Arglist deuten, es sei aber auch „mit vollkommen redlicher Absicht verträglich“.⁸

2. Dreh- und Angelpunkt: (Drohende) Zahlungsunfähigkeit

Die Einführung der InsO 1999 brachte eine Zäsur dieses historisch gewachsenen Grundverständnisses mit sich. Dabei war der seinerzeitige Gesetzgeber noch davon ausgegangen, dass die materiellen Anforderungen an die Absichtsanfechtung der KO beibehalten werden sollten.⁹ Zwar wurde der Begriff der „Absicht“ durch „Vorsatz“ ersetzt. Bereits unter Geltung der KO hielt die h.M. eine Benachteiligungsabsicht im technischen Sinne jedoch für nicht erforderlich, sondern ließ – unter dem zusätzlichen Erfordernis des v.g. Unlauterkeitsmerkmals – schon bedingten Vorsatz genügen. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sollte die Berichtigung des Gesetzeswortlauts daher auch keine Änderung des bis dahin geltenden Rechtszustands bewirken; die „engen materiellen Voraussetzungen“ der Absichtsanfechtung sollten vielmehr beibehalten werden.¹⁰ Zudem bestätigte der Gesetzgeber nochmals die bewusste zeitliche Einschränkung des Vorrangs der Gläubigergleichbehandlung und den Grundsatz, dass ein Gläubiger, der von dem Schuldner eine vertraglich geschuldete Leistung erhält, darauf vertrauen kann, dass er die ihm zustehende Leistung behalten darf.¹¹

Zweck der neu gefassten Vorsatzanfechtung war es vielmehr, die Beweisführung für den Insolvenzverwalter und damit die Durchsetzbarkeit eines auf § 133 InsO gestützten Rückgewähranspruchs zu erleichtern.¹² Hierzu wurde die Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO eingeführt, wonach die Kenntnis eines Gläubigers von dem schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz vermutet wird, wenn er wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und die angefochtene Handlung die weiteren Gläubiger benachteiligte.

Im Einklang mit dem Wortlaut – jedoch entgegen der Gesetzesbegründung zur Vorsatzanfechtung – hat der BGH das Merkmal der Unlauterkeit daraufhin im Jahr 2003 ausdrücklich aufgegeben.¹³ Die frühere Abgrenzungsregel der Unlauterkeit ginge auf die Fassung des § 31 KO zurück, der seinem Wortlaut nach eine Benachteiligungsabsicht voraussetzte. Für § 133 InsO, der ausdrücklich einen Benachteiligungsvorsatz ausreichen lässt, greife sie jedoch zu kurz.¹⁴ Auf dieser Grundlage entwickelte der BGH seine aktuelle Rechtsprechungslinie. Seit einem Ur. v. 13.4.2006 verlangt der BGH für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die diesbezügliche Kenntnis des Anfechtungsgegners weder ein unlauteres Zusammenwirken noch irgendeine Art von Treuwidrigkeit.¹⁵ Stattdessen kann bereits das Wissen um eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners genügen, um den subjektiven Tatbestand des § 133 InsO zu begründen – ganz gleich, ob eine inkongruente oder kongruente Deckung in Rede steht. Die Rechtsprechung verweist insoweit auf den offenen Wortlaut der Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO, die nicht nach der Art der angefochtenen Rechtshandlung unterscheidet. Dabei wird die zweite erforderliche Anknüpfungstatsache, das Wissen um die Gläubigerbenachteiligung, als unproblematisch angesehen, da dieses regelmäßig aus dem Wissen um eine drohende Zahlungsunfähigkeit folge.¹⁶

Zugleich wendet der BGH die Vermutungsregel, die sich unmittelbar nur auf das Wissen des Anfechtungsgegners bezieht, auch auf den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners an. Da bereits für den Anfechtungsgegner die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners vermutet wird, wenn er wusste, dass dessen Zahlungsunfähigkeit drohte, könnten für den Schuldner selbst keine strengeren Anforderungen gelten.¹⁷ Damit jedoch noch nicht genug.

6 BGH, Ur. v. 18.4.1991 – IX ZR 149/90, ZIP 1991, 807, 809; vgl. auch Ur. v. 21.1.1993 – IX ZR 275/91, BGHZ 121, 179, 185.

7 Vgl. Bork, ZIP 2014, 797 ff. m.w.N.

8 Hahn, Die gesamten Materialien zur KO, S. 138.

9 BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

10 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

11 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 156 ff.

12 BT-Drucks. 12/2443, S. 160.

13 BGH, Ur. v. 27.5.2003 – IX ZR 169/02, ZInsO 2003, 764; Ur. v. 17.7.2003 – IX ZR 272/02, ZInsO 2003, 850.

14 BGH, Ur. v. 17.7.2003 – IX ZR 272/02, ZInsO 2003, 850.

15 BGH, Ur. v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05, ZInsO 2006, 712.

16 Vgl. Kayser, WM 2013, 293, 295.

17 Vgl. BGH, Ur. v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05, ZInsO 2006, 712.

Nach der weiteren Vermutungsregel des § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO ist regelmäßig von einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszugehen, wenn dieser seine Zahlungen eingestellt hat.¹⁸ Für die Annahme einer solchen Zahlungseinstellung lässt der BGH wiederum eine Reihe von Beweiszeichen ausreichen. So könne die Zahlungseinstellung im Einzelfall bereits aus schleppenden Zahlungen, geplatzten Schecks oder Ratenzahlungsvereinbarungen geschlossen werden.¹⁹ Auch die Rückgabe von Lastschriften, eine Häufung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und eigene Erklärungen des Schuldners, fällige Verbindlichkeiten nicht termingerecht ausgleichen zu können, stellen nach Auffassung des BGH erhebliche Beweiszeichen für eine Zahlungseinstellung und damit auch für eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit dar.²⁰ Ist diese anhand entsprechender Unterlagen nachgewiesen, werden der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die diesbezügliche Kenntnis des Anfechtungsgegners regelmäßig vermutet. Insofern ist es durchaus berechtigt, von einer „Kettenvermutung“ zugunsten des Insolvenzverwalters zu sprechen, deren Entkräftung dem Anfechtungsgegner kaum möglich ist.²¹

Da der Vermutungstatbestand der Zahlungseinstellung grds. fort dauert, muss der Anfechtungsgegner nachweisen, dass der Schuldner seine Zahlungsverpflichtungen im Allgemeinen wieder aufgenommen hat und bis auf unwesentliche Ausnahmen allesamt leistet.²² Eine Berufung auf die Zahlungsunwilligkeit des Schuldners ist nicht ausreichend.²³ Auch reicht es nicht aus, dass ein Schuldner eine Ratenzahlungsvereinbarung wieder ordnungsgemäß aufnimmt, wenn andere unbeglichene Forderungen bestehen.²⁴ Dem Anfechtungsgegner sind diese Umstände jedoch regelmäßig unbekannt, da – wie der BGH selbst einräumt – „der Anfechtungsgegner im Allgemeinen in die fälligen Gesamtverbindlichkeiten des Schuldners keinen Einblick hat“, sondern regelmäßig nur seine eigenen Forderungen und das hierauf bezogene Zahlungsverhalten des Schuldners kennt.²⁵ Daher hilft es auch wenig, wenn der Gläubiger, sobald eines der v.g. Beweiszeichen für eine Zahlungseinstellung vorliegt, ein Sanierungskonzept mit dem Schuldner vereinbart. Auch insoweit fordert der BGH ein „geschlossenes Konzept zur Bereinigung sämtlicher Verbindlichkeiten“.²⁶ Ein Gläubiger, der die weiteren Gläubiger seines Schuldners nicht kennt, kann auch keine Abstimmung mit diesen über einen – wie vom BGH geforderten – Gesamtanierungsplan einleiten.

In der Konsequenz hat das Rechtsprechungsmodell des BGH in der Praxis zu einer systemwidrigen Verkehrung des Stufenverhältnisses der Anfechtungstatbestände geführt.²⁷ Wie bereits bei der Kongruenzanfechtung im Dreimonatszeitraum genügt nunmehr auch bei der Vorsatzanfechtung regelmäßig allein die Anknüpfung an das Wissen um eine Zahlungsunfähigkeit bzw. um die vom BGH anerkannten Beweiszeichen für eine Zahlungseinstellung i.S.d. § 17 Abs. 2 InsO. Dies obwohl § 133 InsO – im Gegensatz zu den §§ 130 – 132 InsO – gerade nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der materiellen Insolvenz steht, sondern unter Beachtung des Prioritätsprinzips sozial inadäquate Verhaltensweisen des Schuldners missbilligen soll.²⁸ Die

unterschiedliche Zielrichtung und Struktur der Anfechtungstatbestände werden damit aufgehoben. Der aus dem Umkehrschluss des § 130 InsO resultierende Gläubigerschutz, wonach kongruente Leistungen vor Beginn der dreimonatigen Krisenzeit grds. Bestand haben sollen, wird unterlaufen.²⁹ Da für die Vorsatzanfechtung zudem bereits die Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit ausreicht, hat sich die Vorsatzanfechtung stattdessen zu einer Art Aufangtatbestand für die Insolvenzverwalter entwickelt.³⁰

II. Zu den Folgen für die Wirtschaft

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die derzeitige Auslegung des § 133 InsO zu einer deutlichen Zunahme von Vorsatzanfechtungen geführt hat. Zu verzeichnen sind insbesondere sog. Serienanfechtungen, die sich überwiegend aus Textbausteinen der BGH-Rechtsprechung zusammensetzen und bei denen sich die Insolvenzverwalter in tatsächlicher Hinsicht häufig allein auf die Existenz einer Ratenzahlungsvereinbarung oder einer Rücklastschrift stützen.

1. Anfechtung von Ratenzahlungen

Nahezu alle Branchen – von der Industrie über den Handel und das Handwerk bis zur Finanzwirtschaft – setzen sich mittlerweile mit einer Vielzahl von Anfechtungsbegehren auseinander und beobachten dabei eine durchaus offensive Auslegung der Gestaltungsmöglichkeiten seitens der Insolvenzverwalter. Führende Wirtschaftsverbände lassen mit ihren Stellungnahmen auf politischer Ebene ein klares Meinungsbild erkennen. Insofern ist es gerechtfertigt, eine Betroffenheit aller Gläubigergruppen im Insolvenzverfahren anzunehmen und dementsprechend Handlungsbedarf einzufordern.

Ein zentrales Problem besteht bei Ratenzahlungsvereinbarungen, die im realen Geschäftsverkehr nicht nur üblich, sondern häufig auch unverzichtbar sind. Anschaulich wird

18 BGH, Urt. v. 15.3.2012 – IX ZR 239/09, ZInsO 2012, 696.

19 Vgl. BGH, Urt. v. 30.6.2011 – IX ZR 134/10, ZInsO 2011, 1410.

20 BGH, Urt. v. 1.7.2010 – IX ZR 70/08, ZInsO 2010, 1598. Weitere Beweiszeichen für eine Zahlungseinstellung sind die schleppende Zahlung von Steuerschulden und die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen über längere Zeiträume, vgl. BGH v. 30.6.2011 – IX ZR 134/10, ZInsO 2011, 1410.

21 Vgl. Positionspapier des BGA und weiterer Fachverbände v. 1.11.2013, S. 5.

22 BGH, Urt. v. 25.10.2012 – IX ZR 117/11, ZInsO 2012, 2244.

23 BGH, Urt. v. 15.3.2012 – IX ZR 239/09, ZInsO 2012, 696.

24 BGH, Urt. v. 6.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190.

25 BGH, Urt. v. 1.7.2010 – IX ZR 70/08, ZInsO 2010, 1598; Urt. v. 13.8.2009 – IX ZR 159/06, ZInsO 2009, 1909.

26 BGH, Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 52/10, ZInsO 2013, 780.

27 Vgl. auch *Priebe*, ZInsO 2013, 2479; *Jensen*, NZI 2013, 471; *Foerste*, ZInsO 2013, 897.

28 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 160; Erster Bericht der Insolvenzrechtskommission 1985, S. 417 f.

29 Vgl. *Foerste*, NZI 2006, 7.

30 Teilweise wird auch von einem „Superanfechtungstatbestand“ gesprochen; vgl. *Lütcke*, ZInsO 2013, 1984, 1990.

dies etwa bei Bauunternehmen, die mit ihren Leistungen regelmäßig in Vorleistung treten. Dabei wird die insoweit erforderliche Zwischenfinanzierung nicht nur von Banken, sondern auch von dem Baustoffhandel zur Verfügung gestellt, indem – insbesondere im Winterhalbjahr – Zahlungsaufschübe, verlängerte Zahlungsziele oder Ratenzahlungsvereinbarungen gewährt werden. Warenkredite werden zudem regelmäßig durch einfachen oder verlängerten Eigentumsvorbehalt abgesichert. Bei einer späteren Insolvenz des Kunden sind jedoch sowohl die Sicherheiten als auch vereinnahmte Ratenzahlungen durch das Anfechtungsrisiko bedroht.

Der Mittelstandsverbund (ZGV e.V.), der die Interessen etwa 230.000 mittelständischer Unternehmen vertritt, weist in diesem Zusammenhang auf die besondere Betroffenheit sog. Verbundgruppen hin, die die reibungslose Belieferung ihrer Anschluss Häuser (Fachhandels-, Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen) mit Rohstoffen, Halbfabrikaten, Verpackungsmaterialien und Investitionsgütern sicherstellen – verbunden mit dem latenten Anfechtungsrisiko bei eingeräumten Ratenzahlungsvereinbarungen. Zudem sind Verbundgruppen häufig als eingetragene Genossenschaften organisiert und damit dem gesetzlichen Förderauftrag nach § 1 GenG verpflichtet, gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten Verantwortung für ihre Mitglieder zu übernehmen und diese auch finanziell, insbesondere durch gezielte Stundungen und Ratenzahlungsvereinbarungen zu unterstützen.

Zwar lässt sich eine pauschale Annahme der Kenntnis des Gläubigers vom schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz nicht allein durch den Umstand einer Ratenzahlungsvereinbarung rechtfertigen.³¹ Tatsächlich definiert der BGH durchaus genauere Anforderungen und meint insbesondere unvollständige oder nicht termingerecht geleistete Ratenzahlungen. So kann sich der Gläubiger einer Ratenzahlungsvereinbarung prinzipiell auf eine nachträgliche Erholung des Schuldners und damit auf den Wegfall der Kenntnis seiner (drohenden) Zahlungsunfähigkeit berufen, wenn die Raten vollständig und fristgerecht erbracht werden.³² Allerdings müsse der Gläubiger insbesondere bei gewerblich tätigen Schuldnern mit weiteren Gläubigern rechnen, welche die schleppende Zahlungsweise nicht hinnehmen würden. Im Regelfall verbiete sich daher ein Schluss des Gläubigers, dass – nur weil er selbst Zahlungen erhalten hat – der Schuldner seine Zahlungen auch im Allgemeinen wieder aufgenommen hat. Daher lässt sich das Anfechtungsrisiko bei Ratenzahlungsvereinbarungen in der Praxis kaum mindern.³³ Auch insoweit gilt, dass der Anfechtungsgegner von weiteren Gläubigern und deren Vorgehensweise regelmäßig keine Kenntnis hat und stattdessen auf die Angaben des Schuldners vertrauen muss.

I.Ü. ignoriert die Rechtsprechung das in der Praxis anzutreffende, reale Zahlungsverhalten der Marktteilnehmer und orientiert sich an einem Idealfall, der de facto nicht existiert. Dies zeigt ein Blick auf die in Unternehmen praktizierte Forderungsbeitreibung. Nach einer Studie der EOS-Gruppe beschäftigen in Deutschland 16 % der befragten Unterneh-

men Mitarbeiter, die sich ausschließlich mit dem Inkasso fälliger Forderungen befassen.³⁴ Überwiegend wird diese Aufgabe professionalisierten Dienstleistern übertragen. Nach Angaben des Bundesverbands der Inkassowirtschaft führen die ihm angeschlossenen Inkassounternehmen dem Wirtschaftskreislauf jährlich 5 Mrd. € zurück.³⁵ Dabei sind Mahnungen, Vereinbarungen über Ratenzahlungen und regelmäßige Telefongespräche mit den Schuldnern tägliche Routinen. Unabhängig von der Branche sind regelmäßig folgende Konstellationen anzutreffen: Ein Schuldner gerät in Zahlungsschwierigkeiten und häuft gegenüber einem Gläubiger Zahlungsrückstände auf. Der Gläubiger und der Schuldner einigen sich auf eine Ratenzahlungsvereinbarung zur Beseitigung der Rückstände. Diese Vereinbarung sieht einen fixen Betrag über eine vorgegebene Laufzeit vor, an deren Ende die Rückstände aufgearbeitet sind. Der Schuldner kommt anfangs der vorgegebenen Ratenzahlung vereinbarungsgemäß nach, doch nach einer gewissen Zeit treten auch hier wieder Unregelmäßigkeiten auf. Schuldner und Gläubiger einigen sich auf eine Abwandlung des Ratenzahlungsplans, die z.B. eine geringere Rate gegen Verlängerung des Rückzahlungszeitraums beinhalten kann oder aber auch eine Stundung der Raten für einen gewissen Zeitraum. Es wäre realitätsfremd anzunehmen, dass Ratenzahlungsvereinbarungen stets störungsfrei eingehalten werden. Vielmehr ist eine enge Zusammenarbeit zwischen Gläubiger und Schuldner sowie ein hohes Maß an Flexibilität erforderlich, um einerseits dem Gläubiger seine berechnete Forderung zurückzubringen und andererseits die finanzielle Gesundung des Schuldners zu ermöglichen.

2. Verlorenes Vertrauen

Die Folgen der ausgeweiteten Vorsatzanfechtung erschöpfen sich jedoch nicht in der nachträglichen Auskehrung bereits vereinnahmter Zahlungen. Die Dimension des Problems ist deutlich größer. Zusätzlich ist etwa zu befürchten, dass viele Marktteilnehmer Lieferantenkredite zur Abfederung saisonaler Schwankungen infolge der Anfechtungsrisiken nur noch sehr zurückhaltend gewähren werden. So gaben etwa 35 % der im Herbst 2013 befragten Mitglieder des Bundesverbands Credit Management an, ihre Limitvergabe stark oder sogar sehr stark zum Nachteil ihrer Kunden angepasst zu haben.³⁶ Um jegliches Anfechtungsrisiko zu vermeiden, müsste die Zusammenarbeit mit einem Geschäftspartner vorsorglich bereits bei ersten Anzeichen von Liquiditätsproblemen abgebrochen werden. Sanierungsbemühungen des Schuldners dürften demgegenüber nur noch unterstützt werden, wenn der Schuldner ein schlüssiges Sanierungskon-

31 Vgl. auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.11.2013 – 9 U 119/11, ZInsO 2014, 152.

32 BGH, Urt. v. 6.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190.

33 Zu Handlungsempfehlungen beim Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen vgl. *Priebe*, ZInsO 2013, 2479 ff.

34 Vgl. EOS-Studie „Zahlungsgewohnheiten in Europa“, 2013; abrufbar unter www.eos-solutions.com.

35 Vgl. Die Welt, Sonderausgabe Forderungsmanagement v. 23.10.2013.

36 Umfrageergebnisse abrufbar unter www.credit-manager.de.

zept vorlegt, das nachweislich von zumindest dem Großteil der Gläubiger mitgetragen wird, die anschließend auch die Wiederaufnahme der Zahlungen bestätigen.

Auch ist davon auszugehen, dass sich die aktuelle Anfechtungspraxis negativ in den Konditionen für die Neuvergabe von Krediten niederschlagen wird. Ursächlich hierfür werden nicht nur der erhöhte Zahlungsausfall, sondern auch die zusätzlichen Kosten für die Abwehr letztlich ungerechtfertigter Anfechtungsansprüche sein.

Des Weiteren werden auch Kreditversicherer vor erhebliche Herausforderungen gestellt. Werden etwa Zahlungen, die ein Versicherungsnehmer von seinem Abnehmer erhalten hat, anschließend erfolgreich angefochten, kann der Versicherungsnehmer den damit verbundenen Forderungsausfall infolge des Wiederauflebens der Forderung nach § 144 InsO grds. gegenüber dem Versicherer geltend machen. Doch verbleibt dem Versicherungsnehmer das Risiko, dass das versicherte Kreditlimit zum Zeitpunkt der Rückzahlung des angefochtenen Betrags bereits durch Zahlungsausfälle hinsichtlich aktueller Lieferungen und Leistungen ausgeschöpft wurde. Der Versicherungsnehmer wäre daher an sich gehalten, das Kreditlimit stetig um bereits vereinnahmte Zahlungen eines in Liquiditätsnot geratenen Kunden zu erhöhen – eine wirtschaftlich evident unsinnige Konsequenz. Zudem wird die Eintrittspflicht der Kreditversicherer bei angefochtenen Zahlungen angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit zunehmend durch spezielle Vertragsklauseln eingeschränkt.³⁷

Damit wird insgesamt deutlich, dass die aktuelle Anfechtungspraxis zu unzumutbaren Eingriffen in die Rechtsicherheit der Gläubiger führt. Zu Recht wird daher von einem „Schreckgespenst“ für jedes unternehmerische Risikomanagement gesprochen.³⁸ Dies gilt umso mehr, als bislang unklar ist, in welcher Weise die bestehenden Anfechtungsrisiken bilanziell zu behandeln sind. Nach § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB sind Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten erst dann geboten, wenn mit einer Inanspruchnahme ernsthaft zu rechnen ist. Ob dies bereits zum Zeitpunkt der Vereinnahmung anfechtungsbedrohter Zahlungen, bei Eintritt des Insolvenzfalls oder erst bei tatsächlicher Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter anzunehmen sein soll, ist ungeklärt. Nach dem Vorsichtsprinzip wird Unternehmen gleichwohl zur frühzeitigen Bildung von Rückstellungen zu raten sein, was nicht nur die Liquidität und Kreditwürdigkeit des betroffenen Unternehmens belastet, sondern letztlich auch zu Steuereinbußen für den Fiskus führen wird. Schlimmstenfalls sind zudem Anschlussinsolvenzen zu befürchten, wenn sich das Unternehmen selbst in einer angespannten Liquiditätslage befindet. Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die kaum handhabbaren Risiken, Zahlungen eines in Schieflage geratenen Vertragspartners nachträglich wieder auskehren zu müssen, zu einem erheblichen Vertrauensverlust in der deutschen Wirtschaft führt, der notwendige Zwischenfinanzierungslösungen nicht nur erschwert, sondern auch vereiteln kann.

III. Sanierungshindernis

Das aus der aktuellen Rechtslage resultierende Anfechtungsrisiko widerspricht schließlich auch dem Sanierungsgedanken, der dem Insolvenzrecht nicht erst seit Einführung der InsO zugrunde liegt,³⁹ dies sowohl in Bezug auf Unternehmen als auch auf Verbraucher.

1. Widerspruch zum Leitgedanken des ESUG

Nach einer Umfrage des Mittelstandsverbunds konnten durch den Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen knapp 95 % der in Liquiditätseingänge geratenen Mitgliedsunternehmen saniert werden.⁴⁰ Ein Befund, der infolge des aktuellen Anfechtungsrisikos bei Ratenzahlungen nicht aufrecht zu halten sein dürfte.

Damit steht die derzeitige Interpretation der Vorsatzanfechtung auch in krassem Gegensatz zu den Zielen des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG). Oder um es bildhaft auszudrücken: Die Brücke, die durch das ESUG gebaut wird, wird anschließend durch die Vorsatzanfechtung wieder eingerissen. Dies kann nicht Wille des Gesetzgebers sein. Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO wurde eingeführt, um angeschlagenen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, sich mithilfe der InsO wieder zu sanieren. Ein zu beauftragender insolvenz erfahrener Fachmann muss jedoch gesondert bescheinigen, dass die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist und keine Zahlungsunfähigkeit des Schuldnerunternehmens vorliegt. Die von dieser Regelung betroffenen Fälle liegen also genau in der Grauzone zwischen offensichtlicher Insolvenzzureife (= eingetretene Zahlungsunfähigkeit) und Sanierungsfähigkeit. Um diese herzustellen, werden regelmäßig Sanierungsinstrumente wie Teilverzichte, Ratenzahlungsvereinbarungen etc. eingesetzt. Vielfach haben die Gläubiger bereits im Vorfeld des Schutzschirmverfahrens Zugeständnisse gemacht.

Es hilft jedoch den beteiligten Gläubigern, die ihren ganz persönlichen Beitrag zu Aufrechterhaltung und Sanierung des Schuldnerunternehmens geleistet haben, nicht weiter, wenn ihre Bemühungen durch die nachträgliche Geltendmachung von Ansprüchen seitens des Insolvenzverwalters torpediert werden. Die Gläubiger müssen in der Lage sein, die richtige Lösung aktiv zu gestalten, ohne Gefahr zu lau-

37 Nach der von einem führenden Kreditversicherer verwandten Klausel für Energieversorgungsunternehmen werden Forderungsausfälle aus Gas-, Wasser- und Stromlieferungen nach Eintritt eines sog. gefahrerhöhenden Umstands (z.B. Rücklastschrift mangels Deckung oder die Einleitung des gerichtlichen Mahnverfahrens) nur noch dann ausgeglichen, wenn der Endverbraucher Vorauskasse leistet. Sicherheit für künftige Forderungen stellt oder der Versicherer der Weiterlieferung zustimmt.

38 Vgl. *Paschen*, White Paper Insolvenzanfechtung, abrufbar unter www.paschen.cc.

39 Vgl. *Paulus*, der bereits 2001 von einer „Nuklearwaffe“ des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO gegen Sanierungsbemühungen sprach, BB 2001, 425, 429 f.

40 Vgl. Forderungspapier des ZGV e.V. v. 12.12.2013, abrufbar unter www.mittelstandsverbund.de.

fen, dass Vereinbarungen zulasten einzelner zurückgedreht werden. Anders ausgedrückt: Die Planbarkeit einer Sanierung muss gewährleistet sein.

Zudem setzt eine erfolgreiche Unternehmenssanierung regelmäßig die Inanspruchnahme bestehender oder neuer Kreditlinien voraus, zu deren Hingabe die Kreditgeber freilich nur gegen ausreichende Besicherung bereit sind. Auch die Besicherung von Verbindlichkeiten, etwa durch Abtretung künftiger Forderungen aus Lieferung und Leistung, kann jedoch einem Anfechtungsrisiko ausgesetzt sein.⁴¹ Auch die Generierung einer Werthaltigkeit zukünftiger Forderungen aus Globalzessionen unterliegt als selbstständige Rechtshandlung den Anfechtungstatbeständen. Dabei scheitert die Anfechtung global abgetretener, zukünftig entstehender Forderungen grds. nicht am Vorliegen eines Bargeschäfts.⁴² Das Anfechtungsrecht, das ohne Einschränkung auch in der Eigenverwaltung eines insolventen Unternehmens gilt, kann damit angesichts der zu erwartenden Zurückhaltung bei der Neukreditvergabe zu einem ernsthaften Sanierungshindernis werden.⁴³

I.Ü. werden Sanierungschancen auch durch die Anfechtung von Arbeitsentgelt gefährdet und die Fortführung von Unternehmen bereits im Vorfeld der Insolvenz behindert. Tatsächlich besteht bei Unternehmensinsolvenzen auch das Risiko einer Rückforderung von Arbeitsentgelt, das von den Arbeitnehmern neben dem Verlust ihres Arbeitsplatzes nachvollziehbar als eine „zutiefst ungerechte Zusatzbelastung“ empfunden wird.⁴⁴ Auch wenn das BAG die Anfechtbarkeit von Arbeitsentgelt teilweise eingeschränkt hat,⁴⁵ werden die Arbeitnehmer im Fall einer finanziellen Schieflage ihres Arbeitgebers letztlich vor die Entscheidung gestellt, ihre Arbeitsleistung vorsorglich zu verweigern, um wenigstens ihren Anspruch auf Arbeitslosengeld sicherzustellen, anstatt sich für die Fortführung des Betriebs einsetzen zu können.

Schließlich behindert die Insolvenzanfechtung auch die Sanierung insolventer Unternehmensgruppen, worauf auch das BMJV in seiner Begründung des aktuellen Gesetzentwurfs zur Bewältigung von Konzerninsolvenzen hinweist. Dabei bedürfe es keiner weiteren Erläuterung, „*dass Anfechtungsprozesse zwischen den gruppenangehörigen Schuldner eine Sanierung nachhaltig beeinträchtigen können, sich jedoch auch äußerst störend auf eine abgestimmte Liquidation auswirken*“.⁴⁶

2. Flucht in die Zwangsvollstreckung gegen Verbraucher

Die derzeitigen Anfechtungsrisiken beeinträchtigen aber nicht nur Unternehmen, sondern auch die Belange von in Schieflage geratenen Verbrauchern. Da eine einvernehmliche Lösung gerade bei Verbraucherforderungen die für beide Seiten wirtschaftlich sinnvollste ist, werden im Bereich der professionellen Forderungsbeitreibung ernsthafte Sanierungsbemühungen von Verbrauchern regelmäßig durch geschäftsübliche Ratenzahlungsvereinbarungen unterstützt. Zwangsmaßnahmen stellen demgegenüber nur eine ultima ratio dar.

Die derzeitigen Anfechtungsrisiken lassen allerdings eine „Flucht in die Zwangsvollstreckung“ befürchten.⁴⁷ So hat der BGH klargestellt, dass ein Gläubiger außerhalb des Dreimonatszeitraums vor Stellung des Insolvenzantrags die Anfechtung vermeiden kann, wenn er gem. §§ 808 ff. ZPO auf körperliche Sachen und Bargeld des Schuldners oder gem. §§ 828 ff. ZPO auf dessen Kontoguthaben zugreift, den Auszahlungsanspruch des Schuldners pfändet und sich zur Einziehung überweisen lässt.⁴⁸ Damit knüpfte der BGH zwar an seine bereits unter Geltung der KO vertretene Ansicht an, dass eine gegen den Schuldner gerichtete Vollstreckungsmaßnahme keine für eine Anfechtung erforderliche Rechtshandlung des Schuldners darstelle.⁴⁹ Dies obwohl der Gesetzgeber bei Einführung der InsO ausdrücklich klarstellte, dass der Begriff der Rechtshandlung weit auszulegen ist und auch Vollstreckungshandlungen umfassen soll.⁵⁰ In der Konsequenz führt die eigenmächtige Auslegung zu einer anfechtungsrechtlichen Privilegierung von Maßnahmen der Zwangsvollstreckung.

Verschärfend kommt die Rechtsprechung zu sog. Druckzahlungen hinzu, bei denen der Schuldner zur Abwendung einer drohenden Zwangsvollstreckung leistet, da der BGH entsprechende Zahlungen grds. als inkongruente Rechtshandlungen einstuft und damit als zusätzliches Beweisanzeichen für die Annahme eines Benachteiligungsvorsatzes wertet.⁵¹ So hat der BGH etwa die Hingabe eines Schecks für anfechtbar erklärt, mit dem der Schuldner die bereits eingeleitete Vollstreckung abgewendet hat.⁵² Auf der anderen Seite fehlt es nach Auffassung der Rechtsprechung an einer willensgeleiteten Rechtshandlung des Schuldners, wenn dieser nur noch die Wahl hat, sofort zu leisten oder die Vollstreckung durch eine bereits anwesende Vollstreckungsperson zu dulden.⁵³ Mit anderen Worten: Dem Gläubiger ist zu raten, nicht lange zu zaudern, sondern sofort zu vollstrecken.⁵⁴

Eine Anfechtbarkeit nach § 133 InsO scheidet nach dem BGH nur dann zwingend aus, wenn der Gläubiger durch eine Leistung des Schuldners befriedigt wird, bei deren Vornahme jede Möglichkeit zu einem selbstbestimmten Handeln ausgeschlossen ist. Daher ist ein Gläubiger nicht nur gehalten,

41 Vgl. hierzu auch Fischer, ZInsO 2013, 1917 ff. und 1969 ff.

42 BGH, Urt. v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, ZInsO 2008, 91.

43 BGH, Urt. v. 26.6.2008 – IX ZR 47/05, ZInsO 2008, 803; Urt. v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, ZInsO 2008, 91.

44 Vgl. Stellungnahme Wroblewski, IG Metall FfM, vor dem BT-Rechtsausschuss am 2.4.2014.

45 BAG, Urt. v. 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, ZInsO 2014, 659; vgl. auch Niesert, NZI 2014, 252.

46 BT-Drucks. 18/407, S. 40.

47 Auch Finanzverwaltungen richten ihre Beitreibungspraxis zunehmend auf eine stringente Vollstreckung aus; vgl. Zenker, INDat-Report 04/2012, 48.

48 BGH, Urt. v. 10.12.2009 – IX ZR 128/08, ZInsO 2010, 226.

49 BGH, Urt. v. 10.4.1957 – V ZR 249/56.

50 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 157.

51 BGH, Urt. v. 20.1.2011 – IX ZR 8/10, ZInsO 2011, 423.

52 BGH, Urt. v. 19.2.2009 – IX ZR 22/07, ZInsO 2009, 717.

53 BGH, Urt. v. 21.11.2013 – IX ZR 128/13, ZInsO 2014, 31.

54 Vgl. Huber, NZI 2003, 600.

Vollstreckungsmaßnahmen unangekündigt einzuleiten, sondern diese auch konsequent bis zu deren Abschluss fortzuführen, ohne dem Schuldner hierbei eine irgendwie geartete Möglichkeit zur Mitwirkung zu geben. So kann etwa eine vom Schuldner veranlasste Banküberweisung selbst dann anfechtbar sein, wenn der Zahlungsempfänger das Bankguthaben zuvor gepfändet hatte.⁵⁵ Mithin lässt jegliche Unterbrechung des Vollstreckungsverfahrens, die dem Schuldner Gelegenheit gibt, die Zwangsvollstreckung durch „freiwillige“ Zahlung doch noch abzuwenden, das Anfechtungsrisiko wieder aufleben. Im Ergebnis setzt die Rechtsprechung des BGH, wenn auch ungewollt, erhebliche Anreize für eine unnötige „Brutalisierung“ der Zwangsvollstreckung.⁵⁶

Dies steht in deutlichem Widerspruch zu der in § 802b ZPO normierten Leitlinie, wonach der Gerichtsvollzieher in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung bedacht sein soll, und der Befugnis des Gerichtsvollziehers, Ratenzahlungsvereinbarungen mit dem Schuldner zu treffen. Nach dem BGH sei es mit dem Regelungszweck der Vorsatzanfechtung jedoch nicht zu vereinbaren, Leistungen, die der Schuldner aufgrund einer Ratenzahlung gem. § 802b ZPO erbringt, als Ausnahme zu behandeln und von vornherein von der Anfechtbarkeit auszuschließen.⁵⁷ Zudem wird auf den Wortlaut des § 802b ZPO abgestellt, wonach die Vollstreckung ausdrücklich „aufgeschoben“ sei, wenn und soweit der Gerichtsvollzieher dem Schuldner Ratenzahlung gestattet hat. Erst wenn der Gläubiger der Ratenzahlung widerspricht oder der Schuldner mit der Tilgung in Rückstand gerät, ist der Vollstreckungsaufschub nach § 802b Abs. 3 Satz 2, 3 ZPO hinfällig. Daraus wird der Wille des Gesetzgebers abgeleitet, dass Ratenzahlungen außerhalb einer der Vorsatzanfechtung entzogenen Vollstreckungshandlung erfolgen.⁵⁸

Der mit § 802b ZPO verfolgte Zweck, Justizressourcen zu schonen und überflüssigen Aufwand zu vermeiden, wird damit allerdings vereitelt.⁵⁹ Stattdessen ist zu befürchten, dass Vollstreckungsgläubiger dem Risiko der Anfechtung dadurch entgehen, dass sie dem Gerichtsvollzieher ausdrücklich untersagen, mit dem Schuldner eine Ratenzahlungsvereinbarung abzuschließen, da das Einverständnis anderenfalls nach § 802a Abs. 2 Satz 1 ZPO vermutet wird.

Versuche der außergerichtlichen Schuldenbereinigung werden damit konterkariert, die Möglichkeiten einer weiteren Teilnahme des Schuldners am wirtschaftlichen Leben (vor Insolvenz) weiter eingeschränkt. I.Ü. steigt der Schuldenstand des Schuldners, da ihm zusätzlich die Vollstreckungskosten auferlegt werden. Infolge vermehrter Vollstreckungsmaßnahmen werden zudem eine steigende Zahl negativer Einträge bei den Auskunfteien zu verzeichnen sein. Das Problem des Schuldners wird damit potenziert. Der unauf lösbare Widerspruch der aktuellen Rechtsprechung, wonach die zwangsweise Durchsetzung einer Forderung anfechtungsfest ist, außergerichtliche Vergleichsbemühungen hingegen einem Risiko der Vorsatzanfechtung unterliegen, ist daher nicht nur dogmatischer Art, sondern mit handfesten und schmerzhaften Folgen für Verbraucher verbunden.

IV. Cui bono

Angesichts derart alarmierender Befunde sind die mit der ausgeweiteten Vorsatzanfechtung erzielten „Erfolge“ besonders kritisch zu hinterfragen. Tatsächlich kommen die Gelder, die durch die Vorsatzanfechtung zur Masse gezogen werden, der Gläubigergemeinschaft nur sehr eingeschränkt zugute.

Angesichts der bestehenden Vergütungsanreize ist es kein Geheimnis, dass die Insolvenzanfechtung in erster Linie zu einer bedeutsamen Einnahmequelle für Insolvenzverwalter und deren Kanzleien geworden ist. Bereits die Ermittlung von Anfechtungsansprüchen erhöht die Vergütung der Insolvenzverwalter, unabhängig davon, ob diese tatsächlich realisiert werden. Im Bereich der Unternehmensinsolvenzen werden dabei immer häufiger externe Dienstleister hinzugezogen, die sich auf die Auswertung der Buchhaltungsunterlagen des Schuldnerunternehmens spezialisiert haben und große Datenvolumina mittels spezieller Algorithmen auf anfechtungsrechtlich relevante Umstände und Unregelmäßigkeiten im Zahlungsverhalten des Schuldners durchleuchten. Bereits die elektronische Auswertung der Bankverbindungen liefert dabei häufig hinreichende Beweisanzeichen im Sinne der BGH-Rechtsprechung, um eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit und eine diesbezügliche Kenntnis von Schuldner und Gläubiger anzunehmen. Werden etwa mehrfache Rückbuchungen aufgrund mangelnder Deckung festgestellt, sind die Erfolgsaussichten eines Anfechtungsanspruchs schnell bejaht.

Die gerichtliche Geltendmachung eines Anfechtungsanspruchs führt zu weiteren Gebühren, da regelmäßig die eigene Kanzlei mit der Prozessführung beauftragt wird. Im Erfolgsfall werden mit den der Masse zugeflossenen Mitteln in erster Linie die Kosten des Insolvenzverfahrens bedient, zu denen wiederum insbesondere die Vergütung des Insolvenzverwalters zählt. Mit anderen Worten hat die aktuelle Rechtsprechungslinie des BGH den Insolvenzverwaltern eine Art „Cash-Generator“ beschert, deren Möglichkeiten bereitwillig genutzt werden.

Für die Ausschüttungsquote an die Gläubigergemeinschaft ist die infolge der ausgeweiteten Vorsatzanfechtung erzielte Masseanreicherung dagegen regelmäßig irrelevant. Geschweige denn ist der Nachweis geführt, dass hierdurch Unternehmen fortgeführt oder Arbeitsplätze erhalten werden können. Die Gläubigergemeinschaft profitiert von der ausgeweiteten Vorsatzanfechtung daher allenfalls durch

55 BGH, Urt. v. 21.11.2013 – IX ZR 128/13, ZInsO 2010, 226. Selbst wenn der Schuldner eine Vollstreckungsmaßnahme nur „aktiv fördert“, kann dies bereits die Qualifizierung der Vermögensverschiebung als Rechtshandlung des Schuldners rechtfertigen; vgl. BGH, Urt. v. 14.6.2012 – IX ZR 145/09, ZInsO 2012, 1318; Urt. v. 3.2.2011 – IX ZR 213/09, ZInsO 2011, 574.

56 Vgl. *Marotzke*, ZInsO 2014, 436.

57 BGH, Urt. v. 10.12.2009 – IX ZR 128/08, ZInsO 2010, 226.

58 BGH, Urt. v. 10.12.2009 – IX ZR 128/08, ZInsO 2010, 226.

59 BT-Drucks. 16/10069, S. 24; BeckOK-ZPO, § 802b Rn. 1.

eine höhere Eröffnungsquote. Die insoweit ins Feld geführte Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts, die eine Abwicklung der massebezogenen Rechtsverhältnisse des Insolvenzschuldners ermöglichen soll, vermag die dargelegten Eingriffe in den lauterer Geschäftsverkehr und die erheblichen Auswirkungen auf Wirtschaft und Verbraucher jedoch nicht zu rechtfertigen. Um die Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts weiter zu fördern, sollten die Folgen einer verzögerten Antragstellung stattdessen den zum Insolvenzantrag verpflichteten Personen auferlegt werden. Als geeignete Anspruchsgrundlagen sieht das Gesetz hierfür etwa die Vorschriften zum Zahlungsverbot organschaftlicher Vertreter von Kapital- und Personengesellschaften⁶⁰ und die Insolvenzverschleppungshaftung vor.⁶¹

V. Reformvorschläge

Wirtschaftsverbände aus den Bereichen Handel, Produktion, Handwerk und Finanzwirtschaft wie auch Vertreter von Rechtsprechung und Wissenschaft haben sich mit verschiedenen Vorschlägen für eine gesetzgeberische Anpassung der Regelungen zur Vorsatzanfechtung ausgesprochen.

1. Vorschläge der Wirtschaftsverbände

Allgemein reichen die Vorschläge zur tatbestandlichen Eingrenzung des § 133 InsO von einer Verkürzung des zehnjährigen, anfechtungsrelevanten Zeitraums⁶² über die Verschärfung des subjektiven Tatbestandsmerkmals des Benachteiligungsvorsatzes bis zur Privilegierung bestimmter Gläubigergruppen und zum vollständigen Ausschluss der Vorsatzanfechtung für kongruente Rechtshandlungen.

Eine Verkürzung der bestehenden Zehnjahresfrist wäre durchaus zu begrüßen, auch um eine Annäherung an die handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungsfristen zu bewirken. Die negativen Auswirkungen der derzeitigen Rechtslage würden hierdurch jedoch kaum minimiert, da Anfechtungen „10 Jahre zurück“ kaum vorkommen, der durchschnittliche Zeitraum vielmehr nur 2 – 3 Jahre beträgt.⁶³

Wenig zielführend ist auch eine Privilegierung bestimmter Gläubigergruppen, wie u.a. von einzelnen Energielieferanten, Gewerkschaften und zeitweise auch vom Baustofffachhandel gefordert. Zum Schutz der Arbeitnehmer insolventer Unternehmen wird etwa vorgeschlagen, in § 129 InsO einen neuen Abs. 3 einzufügen, wonach Arbeitsentgelt nicht der Insolvenzanfechtung unterliegen soll.⁶⁴ Auch wenn die Vorsatzanfechtung nicht vorrangig auf die Gleichbehandlung der Gläubigergemeinschaft abzielt, eine ausdrückliche Ausnahme ausgewählter Bereiche mithin dogmatisch nicht unzulässig wäre, vermag eine solche die sich auf weite Wirtschaftsbereiche und Verbraucher erstreckenden Auswirkungen der Anfechtungspraxis nur sektoral zu lindern. Der Schaffung von Rechtsfrieden wäre damit nicht gedient.

Ebenso wenig praktikabel – allerdings in umgekehrter Richtung – erscheint ein neuerer Vorschlag der Wissenschaft, der

das Recht der Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungen von der zusätzlichen Voraussetzung abhängig machen möchte, dass es dem Gläubiger möglich und zumutbar war, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das schuldnerische Vermögen zu beantragen.⁶⁵ Tatsächlich würde der mit einer solchen Zumutbarkeitsprüfung verbundene Wertungsspielraum dem BGH Gelegenheit geben, seine gläubigerkritische Rechtsprechungslinie ungehindert fortzusetzen. Dessen ungeachtet, wäre ein am Verhalten des Gläubigers ansetzender Paradigmenwechsel mit einer Vielzahl offener Fragen verbunden, die der von der Wirtschaft angemahnten Rechtssicherheit deutlich entgegenstehen. Eine „Generalrevision des Anfechtungsrechts“ ist nicht angezeigt.⁶⁶

In die richtige Richtung gehen demgegenüber die Vorschläge zur Eingrenzung des subjektiven Tatbestands und zur ausdrücklichen Aufnahme einer „Absicht“ des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen. Damit wird generell auf eine Abgrenzung der Vorsatzanfechtung von Fallkonstellationen abgezielt, in denen Schuldner und Gläubiger trotz einer sich abzeichnenden Zahlungsunfähigkeit in erster Linie ihre eigenen berechtigten Interessen verfolgen. Im Sinne eines terminus technicus verstanden, würde mit dem Begriff der Absicht klargestellt, dass eine Rechtshandlung vorliegen muss, bei dem es dem Schuldner zumindest „mehr“ darauf ankommt, seine Gläubiger zu benachteiligen, als eine Pflicht gegenüber seinem Vertragspartner zu erfüllen.⁶⁷ Sofern vereinzelt für das Erfordernis einer „ausschließlichen“ Benachteiligungsabsicht des Schuldners plädiert wird, würde § 133 InsO jedoch kein praktikabler Anwendungsbereich mehr verbleiben. Ein Nachweis, dass der Schuldner mit der angefochtenen Leistung keinerlei eigene Interessen, sondern allein die Benachteiligung verfolgt hat, dürfte den Insolvenzverwaltern kaum gelingen. Letztlich würde der Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung aber auch durch Einführung einer „einfachen“ Benachteiligungsabsicht zu weit beschnitten werden, wenn nicht klar zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen unterschieden würde.⁶⁸ Vorzuziehen wäre daher der neuere Vorschlag einer gemeinsamen Initiative mehrerer Fachverbände, wonach für die Anfechtung inkongruenter Deckungen weiterhin (nur) ein

60 § 92 Abs. 2 AktG, § 64 GmbHG, §§ 130a, 161 Abs. 2, 177a Satz 1 HGB.

61 § 15a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB. Ein weiterer Vorschlag zielt auf eine Änderung des § 26 Abs. 3 InsO dergestalt, dass die Geschäftsführer oder persönlich haftenden Gesellschafter bei einer pflichtwidrig verzögerten Antragstellung zur Massekostendeckung persönlich verpflichtet werden; vgl. Haarmeyer, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung im Rechtsausschuss des Bundestages, 2006, S. 14.

62 Vgl. etwa Positionspapier des ZGV v. 12.12.2013, S. 7.

63 Vgl. etwa Frind, ZInsO-Newsletter 6/2013.

64 Vgl. Stellungnahme Wroblewski, IG Metall FfM, vor dem BT-Rechtsausschuss am 2.4.2014.

65 Vgl. Marotzke, ZInsO 2014, 417 ff.

66 So auch Bork, ZIP 2014, 797 ff.

67 Vgl. etwa Positionspapier BDI und ZDH v. 14.10.2013.

68 Vgl. Bork, ZIP 2014, 797 ff.

Benachteiligungsvorsatz, in kongruenten Fällen hingegen eine gezielte Benachteiligungsabsicht gefordert wird.⁶⁹

2. Wiederbelebung des Gesetzentwurfs aus 2006

Lohnenswert erscheint vor allem ein Rekurs auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung aus dem Jahr 2006, der seinerzeit ebenfalls von der Großen Koalition in das Parlament eingebracht worden war. Angestrebt wurde „ein vorsichtiges Zurückschneiden des Anfechtungsrechts“, wie es in der Rechtsprechung des BGH seinen Niederschlag gefunden hat.⁷⁰ Ermöglicht werden sollte dies durch zwei gezielte Änderungen des Wortlauts: Zum einen sollte die gesetzliche Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht mehr für kongruente, sondern nur noch für inkongruente Deckungen gelten. Darüber hinaus verlangte der Gesetzentwurf für die Anfechtbarkeit von kongruenten Deckungen im Wege der Vorsatzanfechtung ein „unlauteres Schuldnerverhalten“. Konkret sollte § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO durch folgende Sätze ersetzt werden:

„Bei einer Rechtshandlung, die nicht eine nach § 130 Abs. 1 ist, wird diese Kenntnis vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass diese Handlung die Gläubiger benachteiligte. Eine Rechtshandlung nach § 130 Abs. 1 kann nach Satz 1 nur angefochten werden, wenn ein unlauteres Verhalten des Schuldners vorliegt.“

Zur Begründung verwies die damalige Bundesregierung – vergleichbar mit dem Befund des aktuellen Bundesministers *Maas* – zutreffend auf die Gefahr, dass zahlreiche Geschäftsbeziehungen durch kaum prognostizierbare Anfechtungsrisiken belastet werden.⁷¹

Der Gesetzesentwurf traf allerdings auf erheblichen Widerstand. Dabei richtete sich der Unmut vor allem gegen das mutmaßliche Bemühen, über die Privilegierung bestimmter Gläubigergruppen wieder hoheitliche „Vorrechte“ einzuführen. In der Tat hatte die Bundesregierung die Gesetzesbegründung seinerzeit insbesondere auf die Stabilität der sozialen Sicherungssysteme abgestellt, die durch die Vorsatzanfechtung jährliche Beitragsausfälle im dreistelligen Millionenbereich verzeichnen müssen.⁷² In systematischer Hinsicht ging der Einwand der Gläubigerungleichbehandlung allerdings fehl. Wie eingangs dargelegt, bezweckt die Vorsatzanfechtung – anders als die besonderen Anfechtungstatbestände der §§ 130 – 132 InsO – nicht die Verwirklichung der Gläubigergleichbehandlung, sondern die Rückabwicklung böswilliger Vermögensverschiebungen.⁷³ Zudem war der Wortlaut des Gesetzesvorschlags offen, d.h. ohne Bezugnahme auf bestimmte Gläubigergruppen formuliert.⁷⁴

Nach heutigem Kenntnisstand ist infolge der verschiedenen Stellungnahmen einschlägiger Interessenverbände ohnehin evident, dass die Folgen der mit Einführung der InsO ausgeweiteten Vorsatzanfechtung nicht nur öffentlich-rechtliche Gläubiger, sondern nahezu alle Wirtschaftszweige treffen.

Auch insofern vermag das Argument, eine allgemein formulierte Eingrenzung des § 133 InsO bevorzugte bestimmte Gläubigergruppen, nicht mehr zu überzeugen.

I.Ü. stand der Reformvorschlag des BMJ aus 2006 auch im Einklang mit dem historisch gewachsenen Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung, deren Wurzeln bis ins römische Recht zurückreichen. Dabei bestand stets Einigkeit, dass Leistungen, die zu Erfüllung einer Schuld erbracht wurden, nicht angefochten werden konnten, selbst wenn der Gläubiger von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wusste.⁷⁵ Dementsprechend hatte auch der BGH noch bis 2006 angenommen, dass bei kongruenten Deckungsgeschäften das Bewusstsein des Schuldners, nicht alle Gläubiger bedienen zu können, für die Annahme eines Benachteiligungsvorsatzes nicht ausreiche, vielmehr zusätzliche Umstände mit eigenständigem Unwert erforderlich seien.⁷⁶

Daher geht auch die Kritik fehl, der Begriff der „Unlauterkeit“ würde das Recht der Vorsatzanfechtung vollständig aushöhlen. Stattdessen kann auf eine jahrzehntelange Rechtsprechung zurückgegriffen werden, die sich zu der – auch vom BGH noch nach Einführung der InsO geforderten – Unlauterkeit des Schuldnerverhaltens herausgebildet hat. Dabei ist allerdings zu konstatieren, dass sich in der früheren Rechtsprechung durchaus unterschiedliche Formeln zur Abgrenzung von redlichem und unredlichem Schuldnerverhalten herausgebildet haben. Zunächst wurde auf ein kollusives Zusammenwirken zwischen Schuldner und Gläubiger abgestellt.⁷⁷ Später wurde dann die Umschreibung üblich, dass es dem Schuldner nicht so sehr auf die Erfüllung seiner Vertragspflicht als auf die Vereitelung der Ansprüche anderer Gläubiger angekommen ist.⁷⁸ Umgekehrt wurde das Verhalten eines Schuldners, dem es mehr auf die Erfüllung seiner Vertragspflichten als auf die Schädigung seiner weiteren Gläubiger ankommt, als nicht unlauter bewertet.⁷⁹ Daraus wird deutlich, dass die Grenzen zwischen dem Unlauterkeitsbegriff und dem subjektiven Kriterium der Benachteiligungsabsicht durchaus fließend waren, beide Be-

69 Vgl. Gemeinsame Erklärung zur Insolvenzanfechtung v. 2.4.2014, abrufbar unter www.bga.de.

70 BT-Drucks. 618/05, S. 9 f.

71 BT-Drucks. 618/05, S. 18 f.

72 BT-Drucks. 618/05, S. 8 f.

73 So auch *Huber*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung, S. 9.

74 Dementsprechend wies auch die damalige Bundesjustizministerin *Zypries* zu Recht darauf hin, dass der Gesetzentwurf keine Sonderregelungen für einzelne Gläubigergruppen vorsah, sondern die Insolvenzanfechtung insgesamt vorsichtig zurückgenommen werden sollte; vgl. Plenarprotokoll der 814. Sitzung des Bundesrats v. 23.9.2005, S. 328 f.

75 Vgl. *Bork*, ZIP 2014, 797 ff.; *Lind*, Zur Auslegung von § 133 InsO, S. 15 ff.

76 BGH, Urt. v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05, ZInsO 2011, 1544.

77 BGHZ 12, 232, 238; 121, 179, 185 m.w.N.

78 BGH, Urt. v. 18.2.1993 – IX ZR 129/92, ZIP 1993, 521; Urt. v. 19.3.1998 – IX ZR 22/97, ZIP 1998, 793; BGH, WM 1993, 738 f.

79 BGH, NJW 1984, 1893 ff.

griffe vielmehr wechselseitig zur Abgrenzung zwischen den Interessen der Insolvenzmasse und denen der Anfechtungsgegner eingesetzt wurden.⁸⁰

Gegenüber einem rein subjektiven Tatbestandsmerkmal in Form der Benachteiligungsabsicht ist dem von der Bundesregierung 2006 herangezogenen Unlauterkeitsmerkmal gleichwohl der Vorzug zu geben, da es an dem objektiven Schuldnerverhalten anknüpft und fiktiven Interpretationen der Judikatur Grenzen setzt. Auch ist der Begriff der Unlauterkeit dem Insolvenzrecht keineswegs fremd.⁸¹

Letztlich verbleibt allerdings – wie bei jedem Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben – ein Interpretationsspielraum, der von der Rechtsprechung je nach Einzelfall auszufüllen ist. Um dieser absehbaren Kritik zu begegnen und die dringend notwendige Eingrenzung der exzessiven Anfechtungspraxis nicht durch eine rechtstheoretische Debatte über das Unlauterkeitsmerkmal zu behindern, würde es daher bereits ausreichen, das erste Reformelement des Gesetzentwurfs aus 2006 aufzugreifen und die Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO für kongruente Deckungen auszuschließen.⁸² Bei kongruenten Deckungen wäre den Insolvenzverwaltern damit nicht nur wieder die volle Beweislast auferlegt. Im Umkehrschluss wäre zugleich klargelegt, dass allein die Kenntnis der vom BGH anerkannten Beweisanzeichen für eine Zahlungseinstellung i.S.d. § 17 Abs. 2 InsO, die wiederum die Vermutung einer Zahlungsunfähigkeit begründet, für die Annahme eines Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners und einer entsprechenden Kenntnis des Anfechtungsgegners gerade nicht ausreicht. Vertragstreue Gläubiger wären ausreichend geschützt und ihren berechtigten Interessen nach Planungs- und Rechtssicherheit gedient. Auch wäre das vom Gesetzgeber intendierte Stufenverhältnis der Anfechtungstatbestände für Rechtshandlungen innerhalb des Dreimonatszeitraums und § 133 InsO wiederhergestellt.

Damit ist zugleich die für die Reichweite der Vorsatzanfechtung letztlich entscheidende Wertungsfrage angesprochen, wie weit die Handlungsfreiheit eines Gläubigers vor der in §§ 130 – 132 InsO aufgestellten Dreimonatsfrist reichen soll, wenn die schuldnerische Liquiditätskrise bereits erkennbar ist. Der Gesetzgeber hat diese Frage mit Einführung der in §§ 130 – 132 InsO aufgestellten Dreimonatsfrist inzident beantwortet. Im Zusammenhang mit der anfechtungsrechtlichen Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen formuliert der BGH dies in einer Entscheidung v. 10.2.2005 selbst noch wie folgt:

„Aus dieser zeitlichen Eingrenzung folgt auf der anderen Seite, dass der einzelne Gläubiger außerhalb des von den Normen der besonderen Insolvenzanfechtung geschützten Zeitraums – entgegen der Ansicht von Kreft (aaO S. 218) – bei der Verfolgung seiner Rechte gegen den Schuldner grundsätzlich keinen vom Anfechtungsrecht ausgehenden Beschränkungen unterliegt. Er braucht deshalb die Belange der Gläubigersamtheit nicht zu beachten. Da dort das Prioritätsprinzip uneingeschränkt gilt, ist er selbst dann nicht gehindert, seine Ansprüche gegen den Schuld-

ner zwangsweise durchzusetzen, wenn er ahnt oder weiß, dass dessen Vermögen nicht mehr ausreicht, alle Gläubiger zu befriedigen. Diese bewusste zeitliche Einschränkung des Vorrangs der Gläubigergleichbehandlung in den Tatbeständen der besonderen Insolvenzanfechtung (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 156 f.) hat der Richter hinzunehmen.“⁸³

Es bleibt ein unauflösbarer Widerspruch, dass diese Grundsätze nur für die zwangsweise Durchsetzung einer Forderung gelten sollen, außergerichtliche Bemühungen des Gläubigers nach aktueller Rechtslage hingegen einem Risiko der Vorsatzanfechtung unterliegen.

VI. Resümee

Auch noch so gut gemeinte gesetzliche Regelungen gehen fehl, wenn sie in ihrer konkreten Anwendung den berechtigten Bedürfnissen des realen Geschäftsverkehrs nicht gerecht werden. Bei Beibehaltung des aktuellen Gesetzeswortlauts ist eine Änderung der Rechtsprechungslinie des BGH nach heutigem Ermessen nicht zu erwarten. Zur Erhaltung der Planungs-, Kalkulations- und Rechtssicherheit der Wirtschaft ist eine Reform der Vorsatzanfechtung daher unabdingbar. Dabei folgt die Dringlichkeit des Reformbedarfs auch aus der ab dem 1.7.2014 auf den Bereich der Verbraucherinsolvenzen ausgedehnten Anfechtungsbefugnis der Insolvenzverwalter, unter der nicht nur die Gläubiger, sondern mit Blick auf die zu erwartende Zunahme an Vollstreckungsaufträgen auch die Vollstreckungsorgane und nicht zuletzt die Verbraucher selbst zu leiden haben werden.

Es ist daher sehr zu begrüßen, dass der Gesetzgeber auf eine kohärente Umsetzung der dem Anfechtungsrecht immanenten Wertungsgesichtspunkte drängt. Ebenso erfreulich ist, dass der neu konstituierte Bundestagsausschuss für Recht und Verbraucherschutz die Anfechtungsproblematik bereits im Rahmen des aktuellen Gesetzentwurfs zur Bewältigung von Konzerninsolvenzen⁸⁴ aufgegriffen und am 2.4.2014 eine Sachverständigenanhörung durchgeführt hat. Dabei ist es weder erforderlich, das Anfechtungsrecht zu einer weiteren deutschen Großbaustelle werden zu lassen, geschweige denn müsste dieser mit der „Abrissbirne“ zu Leibe gerückt werden.⁸⁵

⁸⁰ Vgl. *Kirchhof*, FS G. Fischer, 2008, S. 285 ff.

⁸¹ Nach § 250 Nr. 2 InsO ist etwa die Bestätigung eines Insolvenzplans zu versagen, „wenn die Annahme des Plans unlauter, insbesondere durch Begünstigung eines Beteiligten“, herbeigeführt worden ist.

⁸² Vgl. auch *Bork*, nach dem sich die Vermutungsregel „als zu weitgehend erwiesen und mit zu der extensiven Rechtsprechung des BGH beigetragen hat“, ZIP 2014, 797 ff. Teilweise wird auch dafür plädiert, die Kongruenz einer Deckungshandlung regelmäßig als Beweisanzeichen gegen die Annahme eines Benachteiligungsvorsatzes anzusehen; vgl. *Kirchhof* (Fn. 80), S. 295.

⁸³ BGH, Urt. v. 10.2.2005 – IX ZR 211/02, ZInsO 2005, 260. Dementsprechend verfehlt ist die Annahme, der Gesetzgeber habe § 133 InsO als „einen Grundtatbestand zur Verwirklichung des insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzes“ eingeordnet; vgl. *Fischer*, NZI 2008, 588, 591.

⁸⁴ BT-Drucks. 18/407.

⁸⁵ So auch *Bork*, ZIP 2014, 797 ff.

Um die dringende Reform des § 133 InsO nicht unnötig hinauszuzögern, kann stattdessen auf wesentliche Vorarbeiten in Form des Gesetzentwurfs aus 2006 zurückgegriffen werden, den das BMJ seinerzeit selbst erarbeitet hatte. Bereits durch die Eingrenzung der Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO auf inkongruente Deckungen könnten die aufgrund der derzeitigen Auslegungspraxis kaum hand-

habbaren Anfechtungsrisiken minimiert und damit zugleich Sanierungsbemühungen des Schuldners weiter unterstützt werden. Das BMJV hätte damit zudem Gelegenheit, nicht nur dem berechtigten Bedürfnis der Gläubiger nach Rechtssicherheit, sondern zugleich auch seiner neu hinzugewonnenen Ressortzuständigkeit für den Verbraucherschutz gerecht zu werden.

Negative Feststellungsklage und Haftung des Insolvenzverwalters für „ins Blaue hinein“ erklärte Anfechtungen

von Jan-Willem Bruns, LL.M.oec, Hamburg*

Eine wesentliche Aufgabe der Insolvenzverwalter ist die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen. Bedingt durch die in Literatur¹ und Wirtschaft² vielfach kritisierte „anfechtungsfreundliche“ Rechtsprechung des BGH hat sich insoweit – ähnlich wie bei Abmahnkanzleien und Inkassounternehmen – mittlerweile ein gut laufender „Insolvenzanfechtungsmarkt“ entwickelt. Dies hat zur Folge, dass einige Insolvenzverwalter ohne genauere rechtliche Prüfung – quasi „ins Blaue hinein“ – jedwede vermeintlich geflossene Zahlung anfechten. In diesem Zusammenhang stellt sich dann für den zu Unrecht in Anspruch genommenen Gläubiger (Anfechtungsgegner) die Frage, wie er sich gegen derartige Ansprüche wehren kann. Als probates Mittel – nicht nur für institutionelle Gläubiger – kommt die Erhebung einer negativen Feststellungsklage in Betracht. Darüber hinaus sollte dieser Vorgang dem Insolvenzgericht angezeigt werden, da der Insolvenzverwalter durch sein Verhalten i.a.R. schuldhaft die Masse und damit alle anderen Gläubiger des Insolvenzverfahrens geschädigt hat.

I. Einleitung

Die negative Feststellungsklage hat sich mittlerweile in diversen Rechtsgebieten als probates Mittel erwiesen, aktiv einen Rechtsstreit zu gestalten, so im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, aber auch in wirtschafts- bzw. kapitalmarktrechtlichen Rechtsstreitigkeiten.³ Dabei kann die negative Feststellungsklage dazu dienen, frühzeitig Rechtssicherheit hinsichtlich des (Nicht-)Bestehens bestimmter Rechtsbeziehungen zu erlangen. Aber auch Aspekte wie die geringen Anforderungen an den eigenen Schriftsatz, die Möglichkeit der Gegner frühzeitig in einen Prozess zu zwingen, ggf. die Wahl des Gerichtes und schlussendlich auch die Chance, „schwarze Schafe“ vorzuführen, lassen diese attraktiv erscheinen.

Der folgende Beitrag soll die Möglichkeit, gegenüber der Ankündigung einer Gläubigeranfechtung eine negative Feststellungsklage zu erheben, näher beleuchten. Dabei werden neben den Vorteilen dieser Klageart auch die insolvenzrechtlichen Besonderheiten dargestellt. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass die negative Feststellungsklage auch für Insolvenzanfechtungen zulässig ist und ein probates Mittel darstellen kann, sich aktiv gegen eine ungerichtfertigte Inanspruchnahme zu wehren. Die konsequente Erhebung negativer Feststellungsklagen mit anschließender Anzeige des Vorgangs beim Insolvenzgericht kann ebenfalls dazu dienen, die Anzahl unbegründeter Anfechtungen zu verringern. Denn auch wenn in der Praxis viele Anfechtungen begründet sind, kann nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden, dass es in der Lebenswirklichkeit einige Insolvenzverwalter gibt, die rechtsmissbräuchlich und unberechtigt Insolvenzanfechtungen erklären.⁴ Diesen Insolvenzverwaltern, die sich in der Arbeitsweise von dem Gros der ord-

nungsgemäß und gewissenhaft arbeitenden Insolvenzverwalter deutlich unterscheiden, gilt es entgegenzutreten.

II. Tatsächliche und rechtliche Ausgangslage

Zum besseren Verständnis dafür, warum sich mittlerweile ein so gut laufender „Insolvenzanfechtungsmarkt“ entwickelt hat, ist ein kurzer Blick auf die hieran beteiligten Parteien geboten. Denn allein die „anfechtungsfreundliche“ Rechtsprechung des BGH erklärt dieses Phänomen nicht.

1. Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter ist bei der Geltendmachung von Insolvenzanfechtungsansprüchen häufig in einer sog. „win-win-Situation“. Zahlt der Anfechtungsgegner freiwillig, ist dies aufgrund der Insolvenzverwaltervergütung ein lukratives Geschäft. Schließlich bemisst sich die Vergütung des Insolvenzverwalters an der Insolvenzmasse, sodass eine

* Jan-Willem Bruns, LL.M. oec, ist Regierungsrat in der Steuerverwaltung Hamburg. Er ist Sachgebietsleiter beim Finanzamt Hamburg-Hansa und u.a. Hauptsachgebietsleiter für Vollstreckung. Der Beitrag ist nicht in dienstlicher Eigenschaft verfasst und spiegelt seine persönliche Auffassung wieder.

1 Vgl. exemplarisch Foerste, ZInsO 2013, 897; Jensen, NZI 2013, 471; Strandmann, ZInsO 2014, 538.

2 Positionspapier des BDI und ZDH v. 14.10.2013, ZInsO 2013, 2312.

3 Thole, NJW 2013, 1192.

4 Vgl. auch Lütcke, NZI 2014, 350, 353, der unter Bezugnahme auf das BAG-Urt. v. 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, ZInsO 2014, 659 zu dem Ergebnis kommt, dass bei sorgfältiger Prüfung der Rechtslage und richtigem Verständnis der Vorsatzanfechtung die Anfechtungsklage gar nicht erst hätte erhoben werden dürfen.