



## Wortprotokoll der 92. Sitzung

### **Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz**

Berlin, den 24. Februar 2016, 15:09 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Renate Künast, MdB

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

### **Einzigiger Tagesordnungspunkt**

**Seite 11**

Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

**BT-Drucksache 18/7054**

#### **Federführend:**

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

#### **Mitberatend:**

Finanzausschuss

Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschuss für Arbeit und Soziales

#### **Gutachtlich:**

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

#### **Berichterstatter/in:**

Abg. Dr. Heribert Hirte [CDU/CSU]

Abg. Dr. Karl-Heinz Brunner [SPD]

Abg. Richard Pitterle [DIE LINKE.]

Abg. Katja Keul [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



<b>Anwesenheitslisten</b>	<b>Seite 3</b>
<b>Anwesenheitsliste Sachverständige</b>	<b>Seite 8</b>
<b>Sprechregister Abgeordnete</b>	<b>Seite 9</b>
<b>Sprechregister Sachverständige</b>	<b>Seite 10</b>
<b>Zusammenstellung der Stellungnahmen</b>	<b>Seite 30</b>



**Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz**  
**(6. Ausschuss)** 15:00  
 Mittwoch, 24. Februar 2016, 14:00 Uhr

öff.

**Anwesenheitsliste**

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder	Unterschrift
<b>CDU/CSU</b>		<b>CDU/CSU</b>	
Brandt, Helmut	_____	Bosbach, Wolfgang	_____
Grindel, Reinhard	_____	Fabritius Dr., Bernd	_____
Harbarth Dr., Stephan	_____	Frieser, Michael	_____
Heck Dr., Stefan	_____	Gutting, Olav	_____
Heil, Mechthild	_____	Henrich, Michael	_____
Hirte Dr., Heribert	_____ <i>ku</i>	Heveling, Ansgar	_____
Hoffmann, Alexander	_____	Jörrißen, Sylvia	_____
Hoppenstedt Dr., Hendrik	_____	Jung Dr., Franz Josef	_____
Launert Dr., Silke	_____ <i>Silke Launert</i>	Lach, Günter	_____
Luczak Dr., Jan-Marco	_____	Lerchenfeld, Philipp Graf	_____
Monstadt, Dietrich	_____	Maag, Karin	_____
Seif, Detlef	_____	Noll, Michaela	_____
Sensburg Dr., Patrick	_____	Schipanski, Tankred	_____
Steineke, Sebastian	_____	Schnieder, Patrick	_____
Sütterlin-Waack Dr., Sabine	_____	Stritzl, Thomas	_____
Ullrich Dr., Volker	_____	Strobl (Heilbronn), Thomas	_____
Wanderwitz, Marco	_____ <i>Wanderwitz</i>	Weisgerber Dr., Anja	_____
Wellenreuther, Ingo	_____ <i>Ingo Wellenreuther</i>	Woltmann, Barbara	_____
Winkelmeier-Becker, Elisabeth	_____ <i>Elisabeth Winkelmeier-Becker</i>		_____
<i>HORB Margaret</i>	_____ <i>HORB</i>		_____

Stand: 19. Februar 2016

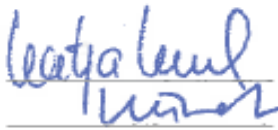
Referat ZT 4-Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



**Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz**  
**(6. Ausschuss)** 15  
 Mittwoch, 24. Februar 2016, ~~14~~:00 Uhr

**Anwesenheitsliste**

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder	Unterschrift
<b>SPD</b>		<b>SPD</b>	
Bartke Dr., Matthias		Barley Dr., Katarina	
Brunner Dr., Karl-Heinz		Binding (Heidelberg), Lothar	
Drobinski-Weiß, Elvira		Hartmann (Wackernheim), Michael	
Fechner Dr., Johannes		Högl Dr., Eva	
Flisek, Christian		Lischka, Burkhard	
Franke Dr., Edgar		Miersch Dr., Matthias	
Groß, Michael		Müller, Bettina	
Hakverdi, Metin		Özdemir (Duisburg), Mahmut	
Jantz, Christina		Schieder, Marianne	
Rode-Bosse, Petra		Steffen, Sonja	
Rohde, Dennis		Vogt, Ute	
Wiese, Dirk			
<b>DIE LINKE.</b>		<b>DIE LINKE.</b>	
Binder, Karin		Jelpke, Ulla	
Petzold (Havelland), Harald		Lay, Caren	
Wawzyniak, Halina		Pitterle, Richard	
Wunderlich, Jörn		Renner, Martina	
<b>BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN</b>		<b>BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN</b>	
Keul, Katja		Beck (Köln), Volker	
Künast, Renate		Kühn (Tübingen), Christian	
Maisch, Nicole		Mihalic, Irene	
Ströbele, Hans-Christian		Notz Dr., Konstantin von	

Stand: 19. Februar 2016

Referat ZT 4-Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



**Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz**

**(6. Ausschuss)**

15

Mittwoch, 24. Februar 2016, 14:00 Uhr

öff.

	Fraktionsvorsitz	Vertreter
CDU/CSU	_____	_____
SPD	_____	_____
DIE LINKE.	_____	_____
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	_____	_____

**Fraktionsmitarbeiter**

Name (Bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
OTTMANN, JÜLIANE	B90/Grüne	
HARMANN, PATSYA	SPD	
VON PLETTENBERG, HANNO	CDU/CSU	
ZILBACH, RALF	LINKE	
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____

Stand: 23. Februar 2015  
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Tagungsbüro

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz  
(6. Ausschuss) 15  
Mittwoch, 24. Februar 2016, 14:00 Uhr

Seite 3

**Bundesrat**

Land	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amts-bezeichnung
Baden-Württemberg			
Bayern	<i>Wantschke</i>	<i>F. Koch</i>	<i>PR</i>
Berlin			
Brandenburg			
Bremen			
Hamburg			
Hessen			
Mecklenburg-Vorpommern			
Niedersachsen			
Nordrhein-Westfalen			
Rheinland-Pfalz			
Saarland			
Sachsen	<i>Salt, Andrea</i>	<i>Salt</i>	<i>PR/12</i>
Sachsen-Anhalt	<i>Jostes, Rita</i>	<i>Jostes</i>	
Schleswig-Holstein			
Thüringen	<i>Bieder</i>	<i>Bieder</i>	<i>RLG</i>

Stand: 23. Februar 2015

Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Tagungsbüro

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz  
(6. Ausschuss) <sup>15</sup>  
Mittwoch, 24. Februar 2016, ~~14:00~~ 14:00 Uhr

Seite 4

Ministerium bzw.  
Dienststelle  
(bitte in Druckschrift)

Name (bitte in Druckschrift)

Unterschrift

Amtsbezeichnung

BMJV	LAUBE		PS
BMJV	Fichnitz		RD
BMJV	Bornemann		RD

Stand: 23. Februar 2015  
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

**Anwesenheitsliste der Sachverständigen**

zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz  
am Mittwoch, 24. Februar 2016, 15.00 Uhr

Name	Unterschrift
<b>Ralf-Peter Hayen</b> Deutscher Gewerkschaftsbund – Bundesvorstand, Berlin Referatsleiter Abteilung Recht	
<b>Prof. Dr. Michael Huber</b> Landgericht Passau Präsident	
<b>Birgit Kurz</b> Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI) Siemens AG, München Rechtsanwältin	
<b>Dr. Christoph Niering</b> Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V., Berlin Vorsitzender	
<b>Dr. Martin Prager</b> Deutscher Anwaltverein e. V. Rechtsanwalt, München	
<b>Dr. Nils G. Weiland, M.P.A.</b> Rechtsanwalt, Hamburg	
<b>Andrej Wroblewski</b> IG Metall, Frankfurt am Main Jurist beim Vorstand FB Sozialpolitik/Ressort Arbeits- und Sozialrecht	





## **Sprechregister Abgeordnete**

	Seite
<b>Dr. Karl-Heinz Brunner (SPD)</b>	<b>19, 24</b>
<b>Dr. Johannes Fechner (SPD)</b>	<b>18</b>
<b>Prof. Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)</b>	<b>18, 23</b>
<b>Katja Keul (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)</b>	<b>19, 27</b>
<b>Vorsitzende Renate Künast (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)</b>	<b>11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29</b>
<b>Dr. Silke Launert (CDU/CSU)</b>	<b>23</b>
<b>Richard Pitterle (DIE LINKE.)</b>	<b>18, 23, 28</b>



## **Sprechregister Sachverständige**

	Seite
<b>Ralf-Peter Hayen</b> Deutscher Gewerkschaftsbund – Bundesvorstand, Berlin Referatsleiter Abteilung Recht	<b>11, 22, 24, 28</b>
<b>Prof. Dr. Michael Huber</b> Landgericht Passau Präsident	<b>12, 22, 25, 26, 27</b>
<b>Birgit Kurz</b> Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI) Siemens AG, München Rechtsanwältin	<b>13, 21, 26</b>
<b>Dr. Christoph Niering</b> Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V., Berlin Vorsitzender	<b>14, 21, 26, 29</b>
<b>Dr. Martin Prager</b> Deutscher Anwaltverein e. V. Rechtsanwalt, München	<b>15, 21</b>
<b>Dr. Nils G. Weiland, M.P.A.</b> Rechtsanwalt, Hamburg	<b>16, 20, 28</b>
<b>Andrej Wroblewski</b> IG Metall, Frankfurt am Main Jurist beim Vorstand FB Sozialpolitik/Ressort Arbeits- und Sozialrecht	<b>17, 19</b>



**Vorsitzende Renate Künast:** Einen wunderschönen guten Tag. Durch die vereinbarte Debatte hat sich die Regierungsbefragung, in der ich Fragen gestellt habe, nach hinten verschoben. Ein herzliches Willkommen sende ich an alle Abgeordneten hier im Saal aus dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz und aus den mitberatenden Ausschüssen. Herzlich willkommen sind auch die Sachverständigen, die Vertreter der Bundesregierung und die Gäste und Besucher auf der Tribüne. Wir beraten heute den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz. Es handelt sich um einen Gesetzentwurf der Bundesregierung. Es geht um Entlastung von Rechtsunsicherheiten, die das Insolvenzrecht in der Anwendung für den Wirtschaftsverkehr und die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hat. Ferner sollen die bisher gewährten Möglichkeiten der Insolvenzanfechtung punktuell neu justiert und das Gläubigerantragsrecht gestärkt werden, um übermäßige Belastungen des Geschäftsverkehrs und von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu vermeiden und zu reduzieren. Meine Damen und Herrn Sachverständigen, wir sind auf Ihre Ausführungen gespannt, damit wir Ihren Sachverstand unseren Beratungen hinzufügen können. Das Verfahren ist wie folgt: Wir beginnen mit einer Runde mit Einleitungsstatements. Wir haben Sie in alphabetischer Reihenfolge gesetzt und werden mit Herrn Hayen beginnen und mit Herrn Wroblewski aufhören. Bitte versuchen Sie sich auf fünf Minuten zu beschränken. Dazu haben wir diese rückwärts zählende Uhr. Wenn Sie rote Zahlen sehen, haben Sie die Zeit überschritten. Bitte versuchen Sie selbst auf die Zeit zu achten. Dann kommen die Fragen der Abgeordneten. Wir haben die Vereinbarung: zwei Fragen an die gleiche Person oder zwei Fragen an verschiedene Sachverständige. Wir können mehrere Fragerunden durchführen. Dazu lassen wir die Uhr vorwärts laufen, damit Sie sehen, wie lange Sie schon geredet haben. Hierfür gibt es kein Zeitlimit, aber Sie können hin und wieder unauffällig schauen. Dann führen wir die Antwortrunde umgekehrt durch und fangen mit Herrn Wroblewski an. Diese Anhörung ist öffentlich. Es gibt eine Tonaufzeichnung und ein Wortprotokoll. Darüber hinaus sind keine Ton- und Wortaufzeichnungen

erlaubt. Jetzt hat Herr Hayen das Wort, bitte.

**SV Ralf-Peter Hayen:** Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, wir als Deutscher Gewerkschaftsbund halten den vorliegenden Regierungsentwurf für einen wichtigen Schritt in die richtige Richtung, um die Handlungsmöglichkeiten von Insolvenzverwaltern und Gerichten gesetzlich einzuschränken. Dies gilt gerade in dieser existenziell belastenden Phase für die Arbeitnehmer, in der sie von dem Verlust ihres Arbeitsplatzes bedroht sind und zusätzlich noch zu gegenwärtigen haben, dass das Arbeitsentgelt, welches sie für bereits geleistete Arbeit bekommen, an den Insolvenzverwalter rückgewährt werden muss. Diese Insolvenzanfechtung halten wir auch im Sinne der Sanierung eines Unternehmens für sanierungsfeindlich, weil sie die Fortführung der Arbeit des Unternehmens in der Krise behindert. Grundsätzlich bieten die Vorschläge, die im Regierungsentwurf enthalten sind, mit gewissen Ausnahmen, eine Lösung dieses Problems. Ich will das nur kurz skizzieren, weil ich es bereits in meiner Stellungnahme ausgeführt habe: Wir halten die Erweiterung der Zulässigkeit von Fremdsolvenzanträgen nach § 14 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs zur Änderung der Insolvenzordnung (InsO-E) für einen richtigen Ansatz, ebenso wie die Beschränkung der Zinsansprüche durch Einfügung eines neuen Satzes durch § 143 Abs. 1 InsO-E. Wir sind auch damit einverstanden, dass in Bezug auf das Bargeschäftsprivileg und in Bezug auf die Vorsatzanfechtung eine weitere Beschränkung stattfindet. Das gilt insbesondere für § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E, wo die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) in Bezug auf die Definition der Unmittelbarkeit kodifiziert werden soll. Hinsichtlich § 131 Abs. 1 InsO-E sind wir der Auffassung, dass die angedachte Einschränkung richtig ist. Danach soll eine Rechtshandlung nicht allein dadurch inkongruent sein, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt wird. Allerdings sagen wir ganz deutlich, dass wir die Fassung des Referentenentwurfs für zutreffender halten. Diese besagte, dass die vollstreckbaren Titel in einem gerichtlichen Verfahren erlangt sein müssen und dieses Privileg nicht auf jegliche Titelerlangung, also auch auf Selbsttitulierer, wie



den Fiskus und die Sozialversicherung, ausgeweitet wird. Insofern würden wir uns hier eine Einschränkung wünschen. In Bezug auf Drittzahlungen wünschen wir uns eine Erweiterung, weil Zahlungen des Arbeitsentgelts über Dritte bisher noch nicht berücksichtigt sind. Hier muss eine Verbesserung stattfinden. In Bezug auf die Vorsatzanfechtung sind wir prinzipiell der Meinung, dass der Regierungsentwurf eine gute Regelung enthält, wenngleich in Bezug auf das Unangemessenheitskonzept des Regierungsentwurfs hier auch Vorteile zu sehen wären. Im Grundsatz halten wir, bis auf diese Defizite und diese Erweiterungen bei § 131 InsO-E, den Regierungsentwurf für eine Verbesserung der Situation der Arbeitnehmer und ihres Schutzes im Sinne des Koalitionsvertrages. Dankeschön.

Die **Vorsitzende**: Danke, Herr Hayen, dann hat Herr Professor Huber das Wort.

**SV Prof. Dr. Michael Huber**: Vielen Dank, sehr geehrte Frau Vorsitzende und vielen Dank für die Einladung. Ich versuche mich ganz kurz zu fassen, wobei ich einen Schwerpunkt auf bestimmte rechtliche Bereiche legen möchte. Ich beginne mit der Inkongruenzanfechtung. Vor zehn Jahren ist schon einmal derselbe Regierungsentwurf gescheitert, weil die damalige Bundesregierung eingesehen hat, dass dies komplett die Sache rückgängig machen würde. Wir hatten dieses große Vorhaben, das schließlich 1999 in der neuen Insolvenzordnung geendet ist und über das 20 Jahre lang wegen der Gläubigergleichbehandlung diskutiert wurde. Das darf nicht rückgängig gemacht werden. Ich habe in meinem schriftlichen Gutachten ausgeführt, was die Folgen wären. Ich möchte zusammenfassend darauf hinweisen, dass die Eröffnungsquoten dramatisch zurückgehen werden und dass das von niemandem gewollt sein kann. Dies gilt insbesondere für die Auswirkungen, die sich daraus ergeben, wenn wir kein zu eröffnendes Insolvenzverfahren mehr haben, weil die Eröffnungen mangels Masse nicht mehr stattfinden können. Dann werden auch die Insolvenzplanverfahren zurückgehen. Das, was der Gesetzgeber in den letzten Jahren für diese neuen Sanierungsmöglichkeiten für Unternehmen investiert hat, wird weitgehend obsolet werden. Wenn diese Änderung zu § 131 InsO tatsächlich kommen wird, bedeutet das ganz dramatische

Auswirkungen in der Praxis, die nicht gewollt sein können. Der zweite Punkt, die Verkürzung der Anfechtungsfrist: Dagegen ist aus meiner Sicht nichts einzuwenden. Hinsichtlich der Anknüpfung bei § 133 Satz 1 InsO-E in Bezug auf die Verkürzung auf vier Jahre ist ebenfalls aus meiner Sicht nichts einzuwenden. Bei § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E habe ich schwerwiegende rechtliche Bedenken. Diese Vermutungsgrundlage kann nicht existieren. Man weiß gar nicht genau, ob es nicht vielleicht auch eine Fiktion ist. Das funktioniert nicht. Das wird sich nicht durchsetzen lassen und wird auch nicht zur Rechtsicherheit, sondern zu Rechtsunklarheiten führen. Allerdings handelt es sich bei der Beschränkung der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung um ein berechtigtes Anliegen. Deswegen will ich Ihnen dazu auch einen eigenen Kompromissvorschlag machen. Dazu vorher noch ein Wort zu dem Bargeschäft: Die Implementierung des Begriffs „unlauter“ beim Bargeschäft passt rechtlich nicht, weil nur gesagt werden soll, was begrifflich ein Bargeschäft ist. Es soll die Kongruenzanfechtung ausschließen und die Vorsatzanfechtung ermöglichen, aber nicht die Vorsatzanfechtung begrenzen. Das ist gerade das Anliegen des § 133 Abs. 3 InsO-E. Mein Vorschlag ist, das Merkmal „unlauter“ aus dem § 142 InsO herauszunehmen und in § 133 InsO hineinzusetzen. Ich möchte meinen Vorschlag als regierungskonform bezeichnen, weil er genau das verwirklicht, was der Vorschlag der Regierung beabsichtigt, nämlich die Begrenzung der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung. Das ist aus einem einzigen Grund, den ich noch hinzufügen möchte, erforderlich. Ich bitte um Entschuldigung dafür, dass ich bei den Rechtsausführungen sehr ins Detail gehe. Es würde nämlich ein Problem in der Praxis lösen, das bisher noch nie behandelt worden ist: den Gleichlauf zwischen der Vorsatzanfechtung innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens. Innerhalb des Insolvenzverfahrens haben wir § 142 InsO, das Bargeschäft. Aber das Bargeschäft gibt es im Anfechtungsgesetz nicht. Das heißt: Wenn ein Merkmal „unlauter“ in § 142 InsO implementiert wird, kommt dies in der Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens nicht zum Zuge. Deswegen ist es ein unbedingtes Anliegen, es bei § 133 InsO einzufügen. Dies würde ein bisher ungelöstes



Problem lösen: die Konkurrenz von anfechtungsberechtigten Gläubigern außerhalb des Insolvenzverfahrens. Dort muss der Anfechtungskläger alles bekommen und der andere nichts mehr. Die Frage stellt sich im Insolvenzverfahren nicht, weil dort auch der Gläubiger, der unterliegt, durch die Quote an der Masse partizipiert. Das ist in der Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens nicht möglich. Deshalb ist das Problem aus meiner Sicht gelöst, wenn Sie das Merkmal „unlauter“ in § 133 InsO, dazu habe ich auch einen Formulierungsvorschlag gemacht, hineinbringen. Das Insolvenzverfahren funktioniert in der Praxis. § 133 InsO-E verwirklicht das, was die Regierung möchte, nämlich die Begrenzung der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt hat Frau Kurz das Wort.

SVe **Birgit Kurz**: Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete. Ich arbeite seit 15 Jahren bei der Siemens AG in der Rechtsabteilung und bin dort hauptsächlich mit dem Insolvenzrecht befasst. Heute bin ich hier als Vertreterin des Bundesverbands der Deutschen Industrie (BDI) und ganz besonders als Vertreterin der kleinen und mittelständischen Unternehmen, die ächzen. Worunter ächzen sie? Unter der seit 2008 kontinuierlich zunehmenden Vorsatzanfechtung! Aus diesem Grund haben wir es sehr positiv zur Kenntnis genommen, dass es sich der Koalitionsvertrag zur Aufgabe gemacht hat, mehr Planungs- und Rechtssicherheit für den Geschäftsverkehr zu schaffen. Worum geht es? Es geht um die Anfechtung von Zahlungen auf Dienstleistungen und Lieferungen, die an den späteren Insolvenzschuldner über einen Zeitraum von bis zu zehn Jahren erbracht werden, also um sogenannte kongruente Deckungsgeschäfte. Es geht nicht um mutwillige Vermögensverschiebungen. Es geht nicht um Rechtshandlungen, die mit der Absicht vorgenommen werden, Gläubiger zu benachteiligen oder aber die Insolvenz zu verschleppen. Wie sehen die Fälle, die hundert- und tausendfach auf den Schreibtischen der Unternehmen landen, aus? Zwei bis drei Jahre nach der Insolvenzantragstellung werden den Unternehmen Schreiben geschickt, die jeweils beginnen mit: Der Schuldner, dessen Insolvenzverwalter ich bin, ist schon zwei Jahre bevor er

einen Insolvenzantrag gestellt hat, zahlungsunfähig gewesen. Das allein reicht zur Anspruchsbegründung nicht aus. Aber im weiteren Verlauf des Schreibens wird erklärt, dass der Lieferant, der die Leistungen erbracht hat und bezahlt worden ist, schon aufgrund bestimmter Indizien gewusst haben muss, dass es um den Schuldner schlecht bestellt ist und der Schuldner damals zahlungsunfähig war. Was sind diese Indizien, über die wir ständig sprechen? Es sind Ratenzahlungsvereinbarungen. Es sind Stundungen. Es können Gerüchte in der Presse sein, Zeitungsartikel. Es kann auch schlicht und ergreifend die Kenntnis von anderen Schulden sein. Ein bunter Blumenstrauß an Indizien, der letztlich dazu führen soll, dass der Schuldner, der Gläubiger, der Lieferant das, was er berechtigt auf seine Lieferung geleistet hat, nicht mehr behalten darf. Wir sprechen nicht über die Fälle, in denen der Kunde zum Lieferanten geht und sagt: Ich bin insolvent, aber bitte beliefere mich trotzdem. Es wird alles besser, aber eigentlich bin ich zahlungsunfähig. Nein, der Lieferant hat keine positive Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit. Der Lieferant hört: Gerade geht es ein bisschen schlecht, aber in zwei, drei Monaten wird alles wieder besser. Da habe ich mein Betriebsgrundstück verkauft. Da hat ein großer Schuldner von mir seine Forderung beglichen und so ist es dann auch. Es geht wieder besser. Es geht hinab. Der Insolvenzantrag kommt offensichtlich zwei Jahre zu spät, die Zahlungen werden addiert und stellen vor allem die kleinen und mittelständischen Unternehmen vor existenzgefährdende Anfechtungsansprüche. Was heißt das für den Lieferanten? Ab dem ersten Krisenindiz steht er unter Generalverdacht. Er darf nicht in das Management vertrauen, welches das Unternehmen rechtzeitig bei Zahlungsunfähigkeit vom Markt nimmt. Wie anders kann sonst erklärbar sein, dass das Unternehmen schon zwei Jahre vor dem Insolvenzantrag insolvenzreif gewesen sein soll? Die Vertriebsmitarbeiter müssen die sehr komplexe Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) lernen, Indizien bewerten und auch entsprechend anwenden. Durch die vielen Anspruchsschreiben werden die Unternehmen, vor allem die mittelständischen Unternehmen, mit erheblichen Kosten, wie Ressourcen zur Aufklärung der lange zurückliegenden Sachverhalte, aber auch mit Rechtsanwaltskosten



belastet. Was fordert der BDI? Eine planbare und verhältnismäßige Rechtsgrundlage für die Lieferanten und für die Unternehmen bei kongruenten Deckungsgeschäften. Wir reden nicht über mutwillige Gläubigerbenachteiligung und Vermögensverschiebungen. Wir reden nicht über Geschäfte, die in Kenntnis abgeschlossen werden, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist. Was sind die Forderungen? Führen Sie die Vorsatzanfechtung mit einer Verkürzung auf zwei Jahre auf ein vernünftiges Maß bei kongruenten Deckungsgeschäften zurück. Wir würden uns so etwas an den europäischen Vergleich annähern. Wir würden ihn noch nicht erreichen. Führen Sie das Stufenverhältnis zwischen der kongruenten Deckungsanfechtung im Dreimonatszeitraum und der „bösen“ Vorsatzanfechtung wieder ein, indem Sie bei § 133 InsO mehr gewähren als nur das Thema Ratenzahlungsvereinbarung bei kongruenter Deckung. Führen Sie ein Unlauterkeitselement wieder ein. Das sind die Forderungen. Zwei Sätze zum Fiskusprivileg. Auch das sehen die Unternehmen in großer Sorge, denn letztendlich werden so die Massen geschmälert und die Fortführungsaussichten verschlechtert. Es fallen große Gläubigergruppen als Anfechtungsgegner weg. Wer bleibt dann als Anfechtungsgegner, wenn Sozialkassen und Finanzämter privilegiert sind? Es bleiben die Unternehmen, die ganz zu Beginn des Prozesses um eine Erleichterung bei der Vorsatzanfechtung gebeten haben. Das kann nicht im Interesse aller sein. Dankeschön.

Die **Vorsitzende**: Danke, Frau Kurz. Jetzt hat Herr Dr. Niering das Wort.

**SV Dr. Christoph Niering**: Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Sanieren statt liquidieren könnte man über die Insolvenzordnung schreiben. Das haben auch damals die Väter und Mütter der Insolvenzordnung darüberschrieben. Das hat der Gesetzgeber sich in den letzten Jahren mit einigen Gesetzesvorhaben auch auf die Fahnen geschrieben, insbesondere mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), das wir vor einigen Jahren als Sachverständige mitberaten durften. Sanierung geht aber nur dort, wo auch Geld in der Masse vorhanden ist. Geld ist erforderlich. Ich habe es in meinen beiden Fallbeispielen deutlich gemacht. Es ist heute schon ein sehr schweres Los

für uns Verwalter, Unternehmen zu erhalten, wenn wir am ersten Tag anfangen und selbst bei Großunternehmen mit einigen hundert Mitarbeitern keinerlei Guthaben vorfinden und dann sehr kreativ gestalten müssen. Es ist heute schon sehr schwer. Wenn die Reform, so wie sie geplant ist, zum Tragen kommt, werden wir noch weniger Geld in der Insolvenzmasse vorfinden. Dort, wo kein Geld vorhanden ist, gibt es keine Sanierung. Ohne Sanierung gibt es keinen Unternehmenserhalt und ohne Unternehmenserhalt gibt es auch keinen Arbeitsplatzterhalt. Herr Hayen und Herr Wroblewski werden sich darüber nicht freuen und haben mir das auch schon zu verstehen gegeben. Mein Angriff zielt auf § 142 InsO-E, mit dem ich größte Probleme habe. Es geht nicht um die Arbeitnehmer. Für mich und für meinen Beruf als Insolvenzverwalter ist Triebfeder, Arbeitsplätze zu erhalten. Aber leider ist mit dieser Regelung in § 142 InsO-E eine Tür zum Fiskusprivileg und zum Privileg für die Sozialversicherungskassen geöffnet worden. Ich will das eigene Interesse gar nicht in Abrede stellen, aber die Folgewirkung wird vor allem bei den Arbeitnehmern zu spüren zu sein. Dort, wo kein Geld mehr vorhanden ist und wir keine Arbeitsplätze mehr erhalten können, können auch all die Rechte, die sie sich in der Insolvenzordnung in den 90-er Jahren erkämpft und erstritten haben, nicht zum Tragen kommen. Der Sozialplan hat eine Privilegierung in der Insolvenzordnung. Es gibt besondere Positionen für die Kündigungslöhne, wenn der Betrieb tatsächlich geschlossen werden muss. Es gibt Vehikel über die Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften, die die Insolvenzordnung und der Staat fördern. Aber all das und noch einige andere Dinge, ich habe sie in meiner Stellungnahme aufgelistet, funktionieren nur dann, wenn auch tatsächlich Masse da ist. Natürlich kann man sagen: Die Masse dient nur dazu, dass sich der Verwalter mit seinen Mitarbeitern ernährt. Das ist aber einfach zu kurz gesprungen. Es geht darum, Arbeitsplätze und Unternehmen zu erhalten. Wenn Sie das in Frage stellen, wenn Sie das riskieren, haben Sie für einige wenige Mitarbeiter etwas erreicht. Sie selber geben das in einer Bundestagsdrucksache aus dem Jahr 2009 an. Sprechen wir über zehn Anfechtungsklagen gegen Mitarbeiter. Das mag seitdem gestiegen sein, aber das BAG hat sie



geschützt. Jetzt sind Sie mit dabei, eine Regelung zu treffen, die weit über hunderttausend Arbeitnehmer bei der Insolvenz ihres Arbeitgebers potentiell gefährdet. Wie das aussieht, wissen wir nicht genau. Aber ich habe die beiden Beispiele, die ich hier genannt habe, nicht lange suchen müssen. Das ist der Alltag. Wenn dann noch weniger Geld vorhanden ist, weil entweder in § 131 InsO-E die Vollstreckung der Selbsttitulierer besonders hervorgehoben wird oder weil in § 142 InsO-E eben nicht die Arbeitnehmer geschützt werden, sondern das Arbeitsentgelt, ist das der feine, aber wichtige Unterschied. Dann fehlt uns wirklich das Geld in der Insolvenz zur Sanierung. Es passiert eines: Es wird der präventive Charakter des Anfechtungsrechtes, den wir heute haben, der erzieherische Effekt, wegfallen. Es ist vielen nach der Insolvenzrechtsreform klar geworden, dass es wenig Zweck hat, im Vorhinein noch schnell die berühmten „Schäfchen ins Trockene zu bringen“. Wenn Sie das wie vorgeschlagen mitumsetzen, werden Sozialversicherungsträger und Fiskus geradezu gehalten sein, bis zum Letzten durch zu vollstrecken. Dann werden wir als Insolvenzverwalter kaum mehr Möglichkeiten haben, ein Unternehmen zu halten. Dann wird es immer häufiger liquidieren statt sanieren heißen. Wir haben gemerkt, wie gut wir mit der Insolvenzordnung sein können. Nicht nur, weil wir im internationalen Vergleich mit Platz 3 eine Topposition haben. Vielmehr haben wir dies 2002 und insbesondere 2008 und 2009 gezeigt, wo wir geholfen haben, ganze Branchen mit dem ganzen Instrumentarium zu erhalten. Führen sie einen minimalinvasiven Eingriff in der Insolvenzordnung durch, aber beschränken sie ihn auf § 14 InsO, auf die Verzinsung, auf eine vernünftige Ratenzahlungsvereinbarung und auch auf die vierjährige Verjährung. Aber bitte bedenken Sie auch in Richtung Fiskus: Weniger Unternehmenserhalt heißt weniger Steuerzahler in Zukunft. Unternehmen, die einmal vom Markt verschwunden sind, kommen nicht wieder. Sie wandern ins Ausland ab: Textilindustrie, Schuhindustrie, andere Industrien. Das Unternehmen, welches einmal verschwunden ist, erhalten Sie nicht wieder als Steuerzahler in Deutschland. Sie bekommen auch nicht jeden Mitarbeiter, der von der Insolvenz seines Arbeitgebers betroffen ist, wieder in ein

sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis. Ein letzter Punkt noch: Es gibt eine Verfahrenskostenstundung. Die Anfechtung ist auch auf alle natürlichen Personen erweitert worden. Häufig werden die Verfahrenskosten durch die Anfechtung gespeist. Wo das nicht mehr möglich ist, wird der Staat Verfahrenskostenstundungen in verstärktem Maße zu tragen haben. Auch das belastet mittelbar den Staat. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Danke, Herr Dr. Niering. Jetzt hat Herr Dr. Prager das Wort.

**SV Dr. Martin Prager:** Frau Künast, meine Damen und Herren Abgeordnete, kurz einige Informationen zu meiner Person. Ich bin Insolvenzverwalter in München und Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung im Deutschen Anwaltsverein. Gestatten Sie mir einleitend eine Frage. Warum diskutieren wir eigentlich über das Anfechtungsrecht? Mir ist, mit Ausnahme einer Untersuchung von Borg, keine Untersuchung bekannt, die auf einer sauberen Tatsachenbasis bestätigt, dass wir überhaupt ein Problem haben. Er hat eine Statistik zu Fällen beim BGH gemacht. Danach waren von den untersuchten Fällen 2 von 44, nämlich 4,5 Prozent, Warenkreditgeber. Alles andere waren entweder Geldkreditgeber oder andere Gläubiger. Man kann es zusammenfassen: Die Klage höre ich wohl, allein mir fehlt das Faktum. Richtig ist, dass es Verwalterkollegen gibt, die auf sehr forsche Art und Weise Anfechtungsschreiben verfasst haben und verfassen. Aber hier hatte auch der BGH inzwischen Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu präzisieren und Übertreibungen richtig zu stellen. Wenn wir aber einen Änderungsbedarf unterstellen, sollte die Gesetzesanpassung weder Anfechtungen zu sehr erschweren, noch einzelne Gläubiger überproportional privilegieren. Das Anfechtungsrecht hat die wirtschaftliche Wirkung, dass Druck auf die Geschäftspartner eines Gläubigers in der Krise ausgeübt wird, dessen weiterwirtschaften nicht zu unterstützen. Tun sie das wissentlich, müssen sie das zur Masse erstatten, was sie vereinnahmt haben. Auch damit wollte der Gesetzgeber der ursprünglichen Insolvenzordnung erreichen, dass Insolvenzanträge früh gestellt werden und die Sanierungschancen erhöht werden. Diese Wirkung wird stark



verwässert, wenn der Regierungsentwurf verabschiedet wird. Das gilt insbesondere, wenn gleich an mehreren Stellen kumulativ eingegriffen wird, nämlich in die §§ 14, 131, 133 und 142 InsO. Die vorgeschlagene Änderung des § 14 InsO-E ist begrüßenswert. Die Vorschrift beseitigt die Anfechtungsfälle, in die Antragsteller und überwiegend Fiskus und Sozialkassen kommen, wenn auf einen Antrag hin die Forderung bezahlt wird. Das Verfahren endet, der Schuldner kann weiterwirtschaften und in der endgültigen Insolvenz kommt dann die Anfechtung. Das soll sich ändern. Bei jedem Antrag wird die Insolvenzreife geprüft werden und jeder Gläubiger hat es in der Hand, durch seine rechtzeitigen und ernst gemeinten Anträge das Anfechtungsrisiko zu minimieren. Das gilt auch und vor allem für Fiskus und Sozialkassen. Das Erschweren der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen in § 131 InsO-E ist ein schwieriges Konzept, aber bei gerichtlichen Titeln hinnehmbar. Werden aber auch Maßnahmen aus selbstgefertigten Titeln anfechtungsfrei, so wären hier einseitig Fiskus und Sozialkassen bevorzugt und zwar zusätzlich zur Entschärfung ihres Anfechtungsrisikos, das durch § 14 InsO-E eintritt. Noch extremer: Fiskus und Sozialkassen haben keinen Anreiz mehr, Insolvenzanträge zu stellen, da sie unsanktioniert zu Lasten der übrigen, vor allem der anderen ungesicherten Gläubiger, die letzten Werte des Schuldners an sich ziehen können. Der positive § 14 InsO wird sinnentleert und der Sanierungsgedanke entwertet. Die Folge wäre ein deutlicher Rückgang der Eröffnungsquoten. Damit entfiele die Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens, das Aufspüren und Rückgängigmachen von Unregelmäßigkeiten in der Krise. Wir befürchten einen Rückschritt zu den geringen Eröffnungsquoten, die durch die InsO gerade beseitigt wurden. Unproblematisch ist die Verkürzung der Anfechtungsfrist in § 133 InsO. Dagegen geht uns die Indizwirkung von Zahlungserleichterungen zu weit. Hier wird ohne Annahme die Nichtkenntnis der Zahlungsfähigkeit des Schuldners vermutet. Missbrauch ist hier Tür und Tor geöffnet. Uns ist wichtig, dass diese Vermutungen nur greifen sollen, wenn der Schuldner sanierungsfähig ist und die Zahlungsfähigkeit wieder hergestellt wird. Einer Änderung bedarf auch § 142 InsO-E. Bei der vorgeschlagenen

Regelung zum Arbeitsentgelt wird in der Begründung auf § 14 SGB IV verwiesen, so dass das Bruttoarbeitsentgelt anfechtungsfrei wäre, mithin auch Zahlungen von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen im Dreimonatszeitraum. Das stellt die dritte Privilegierung von Fiskus und Sozialkassen dar. Wir halten sie für systemwidrig. Wünschenswert wäre aus unserer Sicht, Anfechtungsthemen im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung den Zivilgerichten zuzuweisen. Zusammenfassend genügt es, wenn gemäß dem Regierungsentwurf § 14 InsO geändert wird und die §§ 133 Abs. 2 sowie 143 Abs. 1 Satz 3 InsO-E eingefügt werden. Ich danke fürs Mitdenken.

Die **Vorsitzende**: Danke. Das ist eine steile These, Herr Prager. Jetzt hat Herr Dr. Weiland das Wort, bitte.

**SV Dr. Nils G. Weiland, M.P.A.:** Herzlichen Dank. Dieser Gesetzentwurf steht unter den Zielvorgaben, mehr Rechtsicherheit und Rechtsklarheit zu schaffen und einzelnen Exzessen in der Insolvenzanfechtung Einhalt zu gebieten. Diese Exzesse hat es in der Tat gegeben. Ich glaube, es sind weniger als behauptet wird, aber es hat sie gegeben. Das Ergebnis dieses Gesetzentwurfes kommt diesen Zielen nur teilweise nahe. Zum Teil schießt der Gesetzentwurf über das Ziel hinaus. Man hat manchmal den Eindruck, es wäre besser gewesen, man wäre beim Referentenentwurf geblieben, weil eine Reihe der Vorschriften aus dem Referentenentwurf doch etwas praxisnäher sind. Einverstanden kann man nur mit den Regelungen zur Privilegierung von Arbeitnehmern sein, die insbesondere in § 142 InsO-E aufgeführt sind. Es ist völlig in Ordnung, dass hier die Rechtsprechung des BAG kodifiziert wird und insoweit ein Schutz für Arbeitnehmer eingeführt wird, der sie vor Anfechtungen schützt. Es ist richtig, dass sich das auch im Gesetz widerspiegelt. Ich glaube sogar, dass das noch nicht weitgehend genug ist, weil insbesondere Dreiecksanfechtungen von den jetzigen Regeln systematisch noch nicht erfasst werden. Was diesen Punkt anbelangt, möchte ich allerdings, genau wie mein Vorredner, Herr Dr. Prager, kritisieren, dass eine Privilegierung von Arbeitnehmern nicht das gleiche sein sollte, wie ein Fiskusprivileg. Das kommt wie ein trojanisches Pferd durch diese Regelung wieder hinein, indem





nämlich auf den § 14 SGB IV verwiesen wird. Das heißt: Der Anfechtung ist nicht nur das Nettoarbeitsentgelt entzogen, sondern auch darüber hinausgehend Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuern. Das ist zu viel. Andere Fiskusprivilegien, die sich in diesem Entwurf befinden, sind insbesondere der § 131 InsO-E, bei dem die Inkongruenzanfechtung abgeändert werden soll. Das halte ich für völlig verfehlt. Ich glaube auch, dass diese Änderung für Sanierungen in der Insolvenz eine erhebliche Belastung sein kann. Warum? Die Fiskusgläubiger, Sozialversicherungsträger und das Finanzamt sind diejenigen, die sich ihre Titel selbst beschaffen können. 95 Prozent aller Anfechtungen mit Inkongruenz nach § 131 InsO betreffen Fiskusgläubiger und Sozialversicherungsträger. Ich verstehe nicht, warum man zusätzlich zu der Privilegierung, dass man sich selbst einen Titel verschaffen kann, auch noch die Privilegierung braucht, nicht angefochten zu werden. Eine Privilegierung für diejenigen einzuführen, die sich wirklich mühsam einen Titel im gerichtlichen Verfahren erstreiten, ist angemessen. Eine Privilegierung derjenigen, die sich den Titel „par ordre du mufti“ holen, leuchtet mir nicht ein. Das wird Sanierungen erheblich beeinträchtigen. Hinsichtlich § 133 InsO-E habe ich eine ähnliche Kritik. Es ist zu Recht darauf hingewiesen worden, dass man Justierungen bei der Anfechtung von kongruenten Deckungen im Rahmen der Vorsatzanfechtung benötigt. Ein probates Mittel ist auch hier die Reduzierung der Anfechtungsfrist auf vier Jahre. Warum soll das auch für inkongruente Anfechtungen gelten? Das leuchtet mir nicht ein.

Das bedeutet, dass inkongruente Deckungshandlungen, die außerhalb dieses Vierjahreszeitraumes stattfinden, nicht mehr nach der Vorsatzanfechtung angegriffen werden können. Das halte ich für ein großes Problem, weil es Tür und Tor für Restrukturierungen öffnet, die in Wirklichkeit keine Restrukturierung sind, sondern einseitige Bevorzungen von einzelnen gut organisierten und gut beratenen Gläubigergruppen. Ich glaube, eine richtige Differenzierung wäre es, die Möglichkeit der Kongruenzanfechtung einzuschränken, die Möglichkeit der Inkongruenzanfechtung aber uneingeschränkt zu belassen. Auch zu § 142 InsO-E mit dem Unlauterkeitsgesichtspunkt ist schon einiges

Richtige gesagt worden. Ich sehe das auch so, dass das Unlauterkeitsargument systematisch nicht in § 142 InsO hineingehört. Wenn, dann gehört es in § 133 InsO. So, wie es jetzt gestaltet ist, läuft § 142 InsO-E nicht leer, sondern wird absolut. Er findet kaum noch Anwendung. Das wird dazu führen, dass eine Reihe von Vermögensverschiebungen, die bislang im Rahmen der Vorsatzanfechtung angreifbar waren, es nicht mehr werden. Vielleicht noch ein abschließendes Wort zu den Zinsen und zu § 14 InsO. Die Änderung von § 14 InsO-E ist völlig richtig. Man kann sie nur begrüßen. Auch die Anpassung der Verzinsungsregelungen an normale, aus dem Zivilrecht gewöhnte Verzinsungsregelungen, ist richtig. Quintessenz: Die vorgeschlagenen Änderungen, die de facto zu Fiskusprivilegien führen, sind hochproblematisch. Sie verhindern Sanierungen. Sie lassen Massen leerlaufen. Sie verhindern auch, dass Ordnungsverfahren eröffnet werden können, bei denen Insolvenzverwaltern eine wichtige öffentlich-rechtliche Funktion zukommt. An diesen Punkten ist der Gesetzentwurf über das Ziel hinausgeschossen. Danke.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr, Herr Weiland. Als letzter hat dann Herr Wroblewski das Wort.

**SV Andrej Wroblewski**: Meine Damen und Herren, ich bin Andrej Wroblewski von der IG Metall. Ich möchte nicht alle Punkte wiederholen, in denen ich mit den Vorrednern übereinstimme. Ich kann allerdings an Herrn Dr. Weiland anknüpfen, wobei ich Details anders sehe. Ich bin auch der Auffassung, dass der Entwurf teilweise über das Ziel hinausschießt. Teilweise ist er meines Erachtens unzureichend, teilweise müsste er weitergehen. Der IG Metall liegt besonders die Entgeltanfechtung gegenüber Arbeitnehmern am Herzen. Ich konzentriere mich daher auch wegen der Zeit auf die Probleme, die damit zusammenhängen. Herr Dr. Niering hatte in seiner schriftlichen Stellungnahme auf nur zehn Fälle hingewiesen. Aus unserer Sicht ist es ein bedeutsames Problem. Ich habe auf der Fahrt nachgesehen: In juris habe ich allein 26 Entscheidungen des BAG und von diversen Landesarbeitsgerichten 42 Entscheidungen seit 2010 zur Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgelt gefunden. Das ist nur die Spitze des Eisbergs. Es sind teilweise Musterverfahren. Teilweise haben



wir erstinstanzliche Sachen. Teilweise haben wir außergerichtliche Regelungen. Viele Verwalter fechten auch nicht an, obwohl sie es dürften oder vielleicht sogar müssten. Das weiß ich aus meiner Praxis. Dies erfolgt aus guten Gründen. Es würde das Verhältnis zu den Arbeitnehmern und der Belegschaft unsinnig schädigen. In diesen Fällen wäre eine Begrenzung der Entgeltanfechtung aus meiner Sicht sogar im Sinne der Verwalter, wenn sie wegen der Rechtssicherheit nicht anfechten müssen. Ansonsten sind die Entgeltanfechtungen, ich kann an Kollegen Hayen anknüpfen, unsozial gegenüber den Betroffenen. Sie sind sanierungs-schädlich, weil sie bereits im Vorfeld einer Insolvenz dazu führen müssten, dass wir in unserer Beratungspraxis wegen der Gefahr einer späteren Insolvenzanfechtung unseren Mitglieder empfehlen, nicht weiterzuarbeiten, sondern ein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen. Dann beziehen sie Arbeitslosengeld. Das können sie auf jeden Fall behalten, was bei dem anfechtbaren Entgelt dann nicht der Fall wäre. Meines Erachtens wäre die einfachste Lösung des Problems, auch wenn politisch nicht durchsetzbar, ein umfassendes Arbeitsentgeltprivileg für Arbeitnehmer zu schaffen. Dabei meine ich Arbeitsentgelt im Sinne des ausgezahlten Arbeitsentgeltes an die Arbeitnehmer, also des Nettoentgelts, und nicht der Sozialversicherungsbeiträge, auch nicht der Lohnsteuer und auch nicht im Bargeschäftszeitraum. Das habe ich in meiner schriftlichen Stellungnahme nicht stehen. Ich schließe mich meinen Vorrednern an, dass ich die besondere Privilegierung des Fiskus für nicht gerechtfertigt ansehe, auch nicht im Rahmen des § 131 Abs. 1 InsO-E bei den inkongruenten Deckungen mit der Zwangsvollstreckung. Was hat das mit Entgeltanfechtungen zu tun? Die BAG-Rechtsprechung hat tatsächlich Probleme offen gelassen: Einerseits, wenn die Arbeitnehmer Zwangsvollstreckungen betreiben, schützt sie das Bargeschäftsprivileg nicht. Bei Drittzahlungen, das wurde schon angesprochen, zum Beispiel im Konzernzusammenhang, schützt das Bargeschäftsprivileg auch nicht. Deshalb scheint mir hier eine, wie auch immer geartete Regelung, ich hatte einige Vorschläge in meinem schriftlichen Beitrag gemacht, unbedingt notwendig, um die Drittzahlungsanfechtungen von Arbeitsentgelt auszuschließen. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke, Herr Wroblewski. Herr

Hirte kann beginnen, Herr Brunner, Herr Pitterle, Frau Keul, bitte.

Abg. **Prof. Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Frau Vorsitzende, vielen Dank. Ich habe zunächst eine Frage an Frau Kurz. Es wurde von einem der Sachverständigen gesagt, dass es keine empirischen Daten für die Belastung von Unternehmen durch unberechtigte Anfechtungen gebe. Können Sie aus Ihrer industriellen und mittelständischen Praxis und der Kenntnis, die Sie von diesen Sachverhalten haben, etwas sagen? Als zweites eine Frage an Herrn Dr. Niering. Sie haben zu § 131 InsO und zu der Änderung Stellung genommen. Aus der Diskussion im Vorfeld wird immer wieder gesagt, dass die Änderungen des § 131 InsO, wie vorgeschlagen, dazu führe, dass diese Zahlungen nach § 130 InsO angefochten würden oder unverändert angefochten werden könnten. Könnten Sie zu den positiven und/oder negativen Auswirkungen dieser Verschiebung für die Masse und für die Verfahren etwas sagen? Danke.

Abg. **Richard Pitterle** (DIE LINKE.): Danke, Frau Vorsitzende. Ich stelle die erste Frage an Herrn Sachverständigen Hayen. Sie haben vorher vorgetragen, dass Sie viele der Änderungen, die vorgesehen sind, im Sinne der Arbeitnehmer begrüßen. Sie haben auch gehört, dass Herr Dr. Niering sagt, dass sie arbeitnehmerschädlich sind. Sie haben auch gesagt, dass Sie noch einen Regelungsbedarf zur Beseitigung von Defiziten sehen. Ich würde gerne von Ihnen hören, wo Sie den sehen. Meine zweite Frage geht an Herrn Wroblewski: Wie müssten die Insolvenzanfechtungen in Fällen der sogenannten Drittzahlungen, das sind die Zahlungen, die zum Beispiel in einem Familienbetrieb nicht von dem Chef direkt, sondern von der Schwester oder von irgendeinem anderen Familienangehörigen geleistet werden, und bei denen für die Arbeitnehmer nicht ersichtlich ist, dass es eine inkongruente Zahlung ist, geregelt werden. Was sollte systematisch im Gesetz noch verbessert werden, um diese Drittzahlungen bei Anfechtung von Zahlungen an Arbeitnehmern zu begünstigen?

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Uns geht es in erster Linie darum, die Arbeitnehmerlöhne zu schützen. Deswegen hätte ich eine Frage an Herrn Dr. Weiland und Herrn Wroblewski. Herr Dr. Niering hat die Neuregelungen zum



Bargeschäftsprivileg, § 142 InsO-E, als Systembruch und nachteilig für Arbeitnehmer bezeichnet. Sie haben den Begriff der „öffentlichen Trittbrettfahrer“ in Ihren Ausführungen verwandt, da vor allem der Fiskus, die Sozialversicherungen und auch Spitzenverdiener, das heißt Spitzenmanager mit hohen Gehältern und Bonuszahlungen profitieren würden. Dazu würde mich die Meinung von Ihnen, Herr Dr. Weiland und Herr Wroblewski interessieren.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank. Bevor ich meine beiden Fragen stelle: Eine Frage erübrigt sich offensichtlich. Zu § 131 InsO-E waren Sie sich alle einig, wenn ich das richtig sehe. Von daher können wir uns die Debatte sparen, es sei denn das Finanzministerium ist auch anwesend. Dann konzentrieren wir uns auf die Dinge, die wir noch klären können. Ich hätte eine Frage an Herrn Dr. Prager zu § 133 InsO-E. Alle haben gesagt: Im Grunde genommen geht er in die richtige Richtung, ist aber zu weitgehend. So habe ich das auch verstanden. Vielleicht können Sie nochmal erläutern, wie man das löst. Sollte man einfach den Satz mit der Ratenzahlungsvereinbarung und der Vermutung streichen? Zwei Ihrer Kollegen hatten vorgeschlagen, den Begriff der Unlauterkeit in § 133 InsO einzubauen. Wie könnte das funktionieren, damit § 133 InsO-E nicht mehr zu weit geht? Die zweite Frage betrifft § 14 InsO-E. Hier frage ich Herrn Professor Huber: Warum streicht man aus Sicht der Richterschaft die Möglichkeit für den Schuldner, einmal zu zahlen und damit den Antrag abzuwehren? Wenn es Sozialversicherungen sind, die den Antrag stellen, ist es klar. Die werden zuvor routiniert und professionell geprüft haben, bevor sie den Antrag stellen. Wenn wir das so beschließen, wie hier vorgeschlagen, bedeutet es doch: Das gilt für alle. Jeder, ich überspitze jetzt, dahergelaufene Gläubiger, stellt mal eben einen Antrag bei Gericht, der dann nicht mehr abgewehrt werden kann. Ist das nicht eine Zusatzbelastung für die Gerichte? Ist es nicht ursprünglich ein hilfreiches Element gewesen, um vielleicht ein paar Verfahren auszusortieren, die sich auf andere Art und Weise erledigen? Deswegen an Sie die Frage: Ist das nicht möglicherweise eine Mehrbelastung für die Insolvenzgerichte?

Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD): Frau

Vorsitzende, meine Damen und Herren, zuerst das absolut Versöhnliche: Es ist schön zu sehen, dass zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, eigentlich mit Ausnahme von zwei Bereichen, in § 131 InsO-E und § 133 InsO-E, Übereinstimmung bei allen Sachverständigen besteht, dass er in Ordnung und recht gut gemacht ist. Das darf man an dieser Stelle auch einmal sagen. Das zeigt, dass die Vorarbeiten gar nicht so schlecht waren. Trotzdem und gerade deshalb habe ich zwei Fragen: Einmal an Sie, Herr Professor Huber, die....

*(Zwischenruf: ...das war ein Lob.)*

Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD): Im Schwäbischen ist das ein Lob. Entschuldigung, das ist ein „Sehr gut“. An Herrn Professor Huber: Sie waren der einzige, der auf die Frage des § 131 InsO-E beim Anfechtungsrecht nicht eingegangen ist. Sind Sie wie Ihre Kolleginnen und Kollegen der Auffassung, dass der Referentenentwurf keinen Dammbbruch erwarten lässt, da die Anzahl derer, die davon betroffen ist, in einer Größenordnung liegt, die man übersehen kann? Wir haben alle in der Politik das Problem, dass wir zum einen für den Rechtsfrieden zu sorgen haben, auf der anderen Seite aber die Durchsetzbarkeit und die Insolvenzmasse zu erhalten haben. Zum zweiten eine Frage, die sich an den Herrn Dr. Weiland richtet: Sie haben in Ihrer Stellungnahme bei den Arbeitnehmerrechten ausgeführt, dass Sie insbesondere bei der Frage der Drittzahlungen, zum Beispiel von Konzernen, Unternehmen oder von anderen Drittzahlungen, die vorgeschlagene Regelung als unzureichend bewerten und Ergänzungen vorschlagen. Wie würden Sie die Ergänzung im Einzelnen vorschlagen, um nicht nur die bisherige Rechtsprechung des BAG zu kodifizieren, sondern auch künftig möglichst Streitfälle zu vermeiden?

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt sind wir die erste Runde durch. Dann hätte Herr Wroblewski Fragen von Herrn Pitterle und Herrn Dr. Fechner.

SV **Andrej Wroblewski**: Die erste Frage von Herrn Pitterle: Wie kann erreicht werden, dass Drittzahlungen von Arbeitsentgelt nicht mehr ohne weiteres anfechtbar sind? Diese Drittzahlungen stellen eine inkongruente Deckung dar. Auch im Bargeschäftszeitraum sind



sie nach der Rechtsprechung des BAG voll anfechtbar. Eine Drittzahlung kann auch eine Zahlung eines Konzernmutterunternehmens sein, die der Arbeitnehmer gar nicht als solche erkennen kann und die nicht einmal aus der Entgeltabrechnung erkennbar ist, so neuere BAG-Urteile. Was kann man gegen dieses Problem machen? Man könnte, ich habe es in meiner Stellungnahme auch schriftlich ausgeführt, im § 131 Abs. 1 InsO bei der Regelung über die inkongruenten Deckungen, einen Satz nach der Einschränkung über die Zwangsvollstreckung aufnehmen. Das gilt entsprechend für Drittzahlungen im § 267 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), wo das für Arbeitsentgeltforderungen geregelt ist. Das wäre eine Möglichkeit. Wenn man das Bargeschäftsprivileg so lässt, wie es der Regierungsentwurf vorschlägt, wäre es meines Erachtens diskussionswürdig und denkbar, dass man auch die inkongruenten Deckungen, wozu die Drittzahlungen gehören, dem zusätzlichen Erfordernis der Kenntnis der Unlauterkeit unterwirft. Damit hätte man einen Kompromiss gefunden, weil man diese Zahlungen nur im Bargeschäftszeitraum privilegieren würde. Eine andere Möglichkeit wäre, im § 142 InsO-E, das würde sich auch nur auf den Bargeschäftszeitraum beziehen, nach dem „Arbeitnehmerprivileg“ einen Satz aufzunehmen. Das gilt entsprechend bei Zahlung von Arbeitsentgelt durch Dritte, § 267 BGB. Herr Dr. Fechner, Sie haben gefragt, ob ich dem zustimme, wenn Herr Dr. Niering sagt, dass öffentlich-rechtliche Gläubiger „Trittbrettfahrer“ seien. „Trittbrettfahrer“, die Formulierung würde ich nicht verwenden, weil es natürlich auch dort um Interessen geht, die man versuchen kann, durchzusetzen. Ich finde tatsächlich, dass das Interesse der öffentlich-rechtlichen Gläubiger hinter dem Interesse zurückstehen sollte, im Insolvenzverfahren Unternehmen und Betriebe zu Gunsten von Arbeitnehmern sanieren zu können. Es ist sehr richtig, wenn meine Vorredner, wie auch Herr Dr. Niering, sagen, dass die Masse für Sozialpläne und Fortführung des Unternehmens und Betriebes erforderlich ist.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann hat Herr Dr. Weiland das Wort. Sie haben auch Fragen von Herrn Dr. Fechner und Herrn Dr. Brunner.

SV **Dr. Nils G. Weiland, M.P.A.**: Ich fange mit

Ihrer Frage an, Herr Dr. Fechner. Sie bezog sich auf mögliche Nachteile für Arbeitnehmer aus der vorgeschlagenen Regelung des § 142 InsO-E. Sie hatten sich auf die Stellungnahme von Herrn Dr. Niering bezogen. Ich sehe in der Regelung des § 142 InsO-E für Arbeitnehmer keine Nachteile. Was ich allerdings sehe, und auch für Arbeitnehmer für nachteilig halte, ist die Fülle an Regelungen, die sich ansonsten in diesem Gesetzentwurf befinden, über die ich gesprochen habe. Ich hatte Herrn Dr. Niering so verstanden, dass die Anfangsidee und das Motiv dieses Gesetzentwurfs unter anderem der Arbeitnehmerschutz war und dann unter der Decke des Arbeitnehmerschutzes auf einmal eine ganze Reihe von anderen Regelungen hineingekommen sind, die mit Arbeitnehmerschutz nichts zu tun haben. Jetzt kommt der Nachteil, der tatsächlich mittelbar für die Arbeitnehmer in Insolvenzverfahren hochgradig nachteilig ist: Das sind alle Regelungen, die eine Anreicherung der Masse zugunsten des Fiskus verhindern. Die Masse wird gerade in Sanierungsverfahren dringend benötigt, um eine Betriebsfortführung zu ermöglichen und um eine Sanierung zu ermöglichen. Die dann fehlende Liquidität, die man durch eine Anfechtung sicherstellen kann, schadet Arbeitnehmern, nicht der § 142 InsO-E. Herr Dr. Brunner, Ihre Frage: Wie würde ich eine umfassende Schutzvorschrift für Arbeitnehmer fassen. Ich glaube, für das, was ich gleich sage, werde ich ganz furchtbar verhauen und es widerspricht auch...

Die **Vorsitzende**: ...Wir sind gewaltfrei!...

SV **Dr. Nils G. Weiland, M.P.A.**: ... dann bin ich beruhigt, ...

*(nichtrekonstruierbarer Zwischenruf)*

SV **Dr. Nils G. Weiland, M.P.A.**: ... auch das kann ich ertragen. Ich meine, dass Arbeitnehmerschutz am besten durch eine Ausnahmeregel gewährleistet wird, durch einen Zusatzparagraphen, in dem festgestellt wird: Das darf nicht angefochten werden, egal von wem. Ich glaube: Es ist ein konstruktiver Nachteil von dem hier vorliegenden Gesetzentwurf, dass versucht wird, in dem unglaublich komplexen, unglaublich komplizierten Anfechtungsrecht an ganz vielen kleinen Detailregelungen immer noch einen Absatz anzufügen, noch einen Satz anzufügen oder einen Begriff zu ändern, in der Hoffnung, irgendetwas



ganz Spezifisches zu erreichen. Dabei wird übersehen, dass man auch andere Bereiche tangiert und in Mitleidenschaft zieht. Ich meine, die ehrliche und klare Regelung, wenn man denn einen Sondervorteil, ein Privileg statuieren will, wäre eine Sonderregel. Im Grundsatz ist das Insolvenzrecht strikt gegen solche Sonderprivilegien. Das halte ich auch für richtig. Im Interesse von Arbeitnehmern meine ich, dass man da eine Ausnahme machen kann.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann hat Herr Dr. Prager eine Frage von Frau Keul.

**SV Dr. Martin Prager**: Frau Keul, ich glaube, Sie haben zwei Fragen gestellt. Ich würde gerne mit der Frage der Unlauterkeit anfangen. Für uns in der Praxis ist es sehr hilfreich, dass wir diesen Begriff im Augenblick nicht im Gesetz haben. Anfechtungsverhandlungen sind nie angenehm. Sie müssen von jemanden, der glaubt, er sei aufgrund seiner ehrlichen Leistung bezahlt worden, etwas zurückholen. Es wäre wünschenswert, wenn man ihm gegenüber das Unwerturteil der Unlauterkeit vermeiden könnte. Die zweite Frage geht in die richtige Richtung. Ich will jetzt keine dogmatische Diskussion beginnen. Das Problem ist: Der BGH macht immer eine Gesamtschau und diese Zahlungserleichterungen sind nur eines von ganz vielen Elementen, die eine Rolle spielen. Wenn man sich eines herausgreift, wird es schwierig, wenn Sie es positiv formulieren. Wenn Sie es umgekehrt formulieren, wie es zum Beispiel der Bundesrat gemacht hat, dass allein aus der Tatsache, dass eine Zahlungserleichterung vorliegt, kein Beweis der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit entsteht, könnte ein Schuh daraus werden. Ich will auch auf unseren Vorschlag verweisen, der in einem Punkt weitergeht als das, was der Bundesrat sagt: Wir wollen, dass durch die Zahlungserleichterung die Zahlungsfähigkeit wiederhergestellt wird. Nur dann macht es Sinn, ein Unternehmen weiter am Markt zu belassen. Die Herstellung der Zahlungsfähigkeit ist ein ganz wesentliches Element. Unser Vorschlag ist: Wenn die Zahlungserleichterung gewährt worden ist und dadurch die Zahlungsfähigkeit hergestellt oder gesichert wurde, ist die mögliche Kenntnis für die Gegenseite unbeachtlich.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Jetzt hat von Professor Hirte Herr Dr. Niering eine Frage.

**SV Dr. Christoph Niering**: Ich muss erst noch einmal nachfragen. Sie wollten wissen, inwiefern es eine Verschiebung von § 131 InsO zu § 130 InsO geben könnte? Das vermag ich im Moment nicht zu beantworten, denn die Abgrenzung ist heute schon äußerst komplex. Dies gilt zwar nicht für den Schulbuchfall, aber im tagtäglichen Gebrauch. Ich komme aus Verhandlungen heute Morgen, wo man genau das diskutiert hat und sich fragt, in welchem Bereich man sich eigentlich gerade befindet, wenn man komplexe Vertrags- oder Leistungsstrukturen hat. Das ist sehr schwierig. Ich kann es im Moment so nicht beantworten und keine Prognose abgeben.

Die **Vorsitzende**: Danke. Frau Kurz hat auch eine Frage von Herrn Professor Hirte.

**Sve Birgit Kurz**: Es geht um die stete Forderung an die Unternehmen und an die Wirtschaft, Zahlen, Daten und Fakten zu den Anfechtungsfällen zu präsentieren. Aus dem Kreis des BDI gibt es nach unserer Kenntnis keine Initiative in Deutschland, bei der die Unternehmen zählen, wie viele Anfechtungsfälle jeweils eingehen. Es stellt sich auch die Frage: Zählt man die eingegangenen Schreiben, die erfolgreich abgewehrt werden, zählt man die außergerichtlichen Vergleiche, zählt man die gerichtlichen Vergleiche, zählt man die Verfahren am Landgericht oder am BGH? Ich habe eingangs gesagt: die Fälle fingen 2010, 2011 an zuzunehmen. Früher kam ein Vorsatzanfechtungsfall alle zwei, drei Monate. Im Moment kommt er wöchentlich. Was zählt man und gegen welche Bezugsgröße setzt man die Zahl? Es wird aus dem Mitgliedskreis der BDI-Unternehmen berichtet, dass bei dem mit der Baubranche zusammenarbeitenden Dienstleistungssektor 20 Prozent aller Unternehmensverfahren Vorsatzanfechtungen aus Lieferung und Leistung im Millionenbereich bis zu sieben Jahre in die Vergangenheit betreffen. Das heißt: Statistiken sind schwierig. Als wir das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen diskutiert hatten, das ist nicht lange her, war die Vorsatzanfechtung kein Thema. Mittlerweile sind die Besprechungszimmer, wenn sich der BDI-Arbeitskreis trifft, voll. Wir bekommen Anrufe, auch im Vorfeld des heutigen Tages, auch von kleinen und mittelständischen Unternehmen. Es reicht ein Anfechtungsfall, um sich für sie einzusetzen. Machen Sie sich selbst



ein Bild. Es gibt einen Markt für Anfechtungsversicherungen. Es gibt einen stetig wachsenden Markt für Schulungen und Seminare, wie man sich vor dem Thema als Unternehmen schützen kann. Allein das sollte Bände sprechen, um zu zeigen, dass es in der Praxis ein Problem ist.

Die **Vorsitzende**: Herr Professor Huber hat von Herrn Dr. Brunner eine Frage.

**SV Prof. Dr. Michael Huber**: Die erste Frage war zu § 14 InsO-E. Dagegen ist aus meiner Sicht nichts einzuwenden. Er macht uns in der Praxis auch keine Probleme. Es sind die umgekehrten Fälle. Wir haben den Insolvenzantrag und dann wird gezahlt. Dann fällt der Insolvenzgrund weg, aber dann kommt als nächstes gleich wieder der nächste Insolvenzantrag. Es ist schon richtig, wenn man sagt: Das soll einfach abgearbeitet werden. Das werden wir auch in der Praxis schaffen. Da habe ich keine Bedenken. Die andere Frage von Herrn Dr. Brunner zu dem gerichtlichen Titel: Der Referentenentwurf hatte aus meiner Sicht einen „Betriebsunfall“ produziert. Es kommt in der Praxis nicht vor. Ich habe einen allgemeinen Gläubiger, der einen Titel hat, noch nicht erlebt. Das sind die Fälle vom Finanzamt, vom Sozialversicherungsträger und von den öffentlich-rechtlichen Kassen. Im Referentenentwurf stand: Wir bevorzugen diese Titelgläubiger nur deswegen, weil sie die Mühen eines gerichtlichen Verfahrens auf sich genommen haben. Das kommt in der Praxis nicht vor. Das betraf nur die Sozialkassen und die Fiskusfälle. Die hätten durch den Referentenentwurf ausgeschlossen werden sollen. Deswegen wurde dies beim Regierungsentwurf wieder rückgängig gemacht. Es gibt aus meiner Sicht keine Möglichkeit, das abzuwenden. Wir brauchen diese Fälle. In der Praxis gibt es eine Menge Rechtsprechung vom BGH dazu. Es gibt Legionen davon. Es handelt sich in allen diesen Fällen in der Praxis immer nur um Vollziehungsbeamte des Finanzamtes oder um Vollstreckungsvereinbarungen von Gerichtsvollziehern.

Die **Vorsitzende**: Herr Hayen hat eine Frage von Herrn Pitterle. Dann sind wir mit der ersten Fragerunde durch. Bitte, Herr Hayen.

**SV Ralf-Peter Hayen**: Die Frage war zweigeteilt. Einmal bezog sich Herr Pitterle auf die Vorwürfe von Herrn Dr. Niering in seiner Stellungnahme,

dass die Neuregelung zur Beschränkung der Anfechtung von Arbeitsentgelten nach § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E letztendlich den Arbeitnehmern mehr schadet als nützt. Der zweite Teil der Frage bezog sich auf Regelungsbedarf in Bezug auf Drittzahlungen oder auf Defizite in dem Fall. Was die Teilfrage angeht: Ich halte das Schreckensszenario, welches Herr Dr. Niering in seiner Stellungnahme zeichnet, für völlig überzogen. Wenn man dem nachgehen würde, würden seine Vorschläge hinter das zurückgehen, was wir jetzt schon durch Rechtsprechung, insbesondere des BAG, in der Welt haben. Das, was im § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO kodifiziert worden ist, müsste zurückgeschraubt werden. Das halte ich für völlig unangebracht und überzogen. Ich will das an dem Beispiel aus der Stellungnahme des Verbands der Insolvenzverwalter Deutschlands deutlich machen, in der gesagt wird, dass von der vorgesehenen gesetzlichen Regelung im § 142 Abs. 2 InsO-E zukünftig auch Spitzenmanager in Bezug auf ihre hohen Gehaltszahlungen und ihre Boni profitieren werden. § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E spricht von der Gewährung von Arbeitsentgelt an den Arbeitnehmer durch den Schuldner. Ein Spitzenmanager ist üblicherweise kein Arbeitnehmer. Es gibt feststehende Rechtsprechung des BAG. Wenn wir den Referentenentwurf zur Leiharbeit und Werkverträgen bekommen sollten, wird wohl auch gesetzlich kodifiziert werden, was ein Arbeitnehmer ist. Von daher halte ich es für völlig überzogen, hier zu mutmaßen, dass Spitzenmanager von der Regelung profitieren könnten. Hinsichtlich des zweiten Punkts mit dem Regelungsbedarf, hatte mein Kollege Wroblewski schon weitgehend die Frage beantwortet. Wir sehen den größten Bedarf dort, wo die Fälle von Drittzahlungen zu lösen sind. Ich hatte eine gesetzliche Klarstellung dahingehend vorgeschlagen, dass Entgeltzahlungen an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in solchen Fällen kongruent sein sollen. Soweit man diesem Vorschlag wegen der Regelungssystematik nicht folgen will, kann man an die Einschränkung einer Inkongruenzanfechtung bei durch Zwangsvollstreckung erlangter Sicherung oder Befriedigung in § 131 Abs. 1 InsO anknüpfen. Wichtig ist mir, dass man in Bezug auf die Inkongruenz von Drittzahlungen



klarmacht, dass der Arbeitnehmer häufig überhaupt nicht erkennen kann, dass nicht in der Art geleistet wird wie geschuldet wird. An Gehaltsnachweisen, das hat mein Kollege schon gesagt, kann man es oft nicht sehen. Die Umstrukturierung in der Wirtschaft ist so rapide, dass über Betriebsübergang oder durch Auslagerung der Gehaltsabrechnung die Ausstellenden wechseln oder dass in Konzernen Schwesterunternehmen, das sind die Fälle, die ich auch in der Stellungnahme genannt habe, diese ausstellen. Das war der eine Fall des BAG. Dann ist es schwerlich für einen Arbeitnehmer zu erkennen, dass hier nicht der Richtige oder der Arbeitgeber leistet. In dem Fall und in Familienbetrieben ist es auch schwierig zu erkennen, wenn das Geld über das Konto der Ehefrau oder des Sohnes an den Arbeitnehmer fließt. Wenn das häufiger vorkommt, nimmt das BAG auch Inkongruenz an. In den anderen Fällen, wo es vielleicht ein-, zweimal erfolgt, müssen wir auf jeden Fall eine Regelung in der Form haben, dass es für den Gläubiger nach Maßgabe seines jeweiligen Verkehrskreises erkennbar war. Man könnte überlegen, ob danach die Gerichte aufklären müssen, ob das überhaupt für den Gläubiger erkennbar war. So könnte man das auch auf die Fälle, die nicht Arbeitnehmer betreffen, abstrakt erstrecken. Das wären Anknüpfungsmöglichkeiten und Regelungsmöglichkeiten. Ansonsten sehe ich nur Regelungsbedarf in Bezug auf die Zwangsvollstreckungsbefriedigung in § 131 InsO-E. Dort sollte wieder auf die Fassung des Referententwurfs zurückgegangen und nur die in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titel zugrunde gelegt werden.

Die **Vorsitzende**: Zweite Runde. Herr Professor Hirte, Frau Dr. Launert, Herr Pitterle und Herr Dr. Brunner.

Abg. **Prof. Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Vielen Dank. Anknüpfend an das, was Herr Dr. Brunner gesagt hat: In der Tat, das Gesetz ist deutlich besser geworden. Aber bei § 142 InsO-E besteht offensichtlich noch Nachbesserungsbedarf. Das haben Sie nicht erwähnt, sondern haben sich nur auf einige der anderen Normen bezogen, wo in der Tat große, erstaunliche Einigkeit unter den Sachverständigen besteht. Ich habe zwei Fragen. Erstmal an Herrn Professor Huber: Wir haben den

§ 142 InsO mehrfach diskutiert. Ich glaube, es war Herr Dr. Weiland, der sehr deutlich gesagt hat, dass es um die Gleichbehandlung der Gläubiger geht. Jetzt führen wir hier eine Sonderregelung für Arbeitnehmer ein. Die Frage ist: Halten Sie das für gerechtfertigt oder gibt es vielleicht auch noch andere ähnlich gelagerte Konstellationen, die genauso behandelt werden müssten, wie jetzt die Arbeitnehmer. Da ist natürlich der Hintergrund die Rechtsprechung des BAG, dass sie zur Sanierung des Unternehmens beitragen. Deshalb werden auch die verspäteten Zahlungen, so die Rechtsprechung des BGH, nicht als Bargeschäft angesehen. Gibt es das an anderer Stelle auch? Dann eine Frage an Herrn Dr. Niering: Wir hatten die Diskussion über die Dreieckszahlungen. Wenn ich mich richtig erinnere, gibt es Dreieckszahlungen sehr häufig auch in anderen Konstellationen. Es hört sich durchaus plausibel an, was hier gesagt wurde. Die Frage ist nur: Kann man das überhaupt, begrenzt auf Arbeitnehmer als Empfänger solcher Zahlungen, regeln oder riskiert man dann nicht Gleichbehandlungsverstöße im Vergleich zu anderen Zahlungen? Ich bitte einmal um die rechtliche Einschätzung. Zum anderen geht es um die Frage der faktischen Situation. Wie oft kommt so etwas im realen Leben vor?

Abg. **Dr. Silke Launert** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich hätte auch eine Frage an Herrn Professor Huber. Da ich mich selbst lange Zeit am Landgericht mit Insolvenzanfechtungsverfahren herumärgern durfte und diese zugenommen haben, habe ich zwei Fragen. Zum einen: In § 133 InsO-E wird nicht mehr auf die drohende Zahlungsunfähigkeit, sondern auf die eingetretene Zahlungsunfähigkeit Bezug genommen. Welche Schlussfolgerung ziehen Sie daraus? Gehen Sie davon aus, dass das für die Praxis ein deutlicher Mehrgewinn wird? Ich bitte um eine Beurteilung des § 133 InsO, der aufgrund der Rechtsprechung des BGH in der praktischen Anwendung etwas schwieriger zu handhaben war und zu mehr Verfahren geführt hat. Gehen Sie davon aus, dass diese Neuregelung eine Erleichterung bei den Gerichten nach sich zieht?

Abg. **Richard Pitterle** (DIE LINKE.): Zuerst habe ich eine Frage an Herrn Hayen. Sie haben schon über die Defizite gesprochen, die der Entwurf noch im Hinblick auf Anfechtungen bei



Arbeitnehmerzahlungen hat. Wenn ich die derzeitige Rechtslage überblicke, sind nur die Zahlungen in dem Bargeldzeitraum von drei Monaten geschützt. Halten sie eine Ausweitung dieses Zeitraums für angemessen? Sollten durch irgendeine Formulierung Arbeitnehmerentgelte, nicht Managerentgelte, Schutz vor Insolvenzanfechtung erhalten? Meine zweite Frage richtet sich an Dr. Niering: Ich verstehe Ihre Ausgangslage. Sie sind als Insolvenzverwalter verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Masse möglichst groß bleibt. Die von Frau Kurz geschilderten Probleme in der Praxis gibt es aus meiner Sicht und aus meiner anwaltlichen Praxis tatsächlich. Handwerker bekommen einen Anruf vom Schuldner, der später in die Insolvenz fällt. Dieser sagt: Das ist ein vorläufiger Engpass. Komme mir doch entgegen. Wir machen eine Ratenzahlungsvereinbarung. Ich zahle 2.000 Euro an und im nächsten Monat habe ich Riesenumsätze. Da zahle ich dann den Rest. Wenn der Handwerker sich darauf einlässt, muss er damit rechnen, dass irgendwann nach einem unbekanntem Zeitraum, es können sieben Jahre sein, ein Brief vom Insolvenzverwalter eintrifft, der sagt: Du hast gewusst, dass der Handwerker irgendwie in Zahlungsschwierigkeiten ist, weil er darauf hingewiesen hat, dass er nicht sofort zahlen kann. Deswegen musst du jetzt alles in die Masse zurückzahlen. Meine Frage: Haben Sie nicht trotz dieses objektiven Interesses, dass das alles in die Masse fällt, auch irgendwie Verständnis für einen Handwerker, der sagt: Ich verstehe das jetzt gar nicht. Durch meine Gutmütigkeit, weil ich nicht dafür sorgen wollte, dass es den jetzt hinlegt, muss ich das, was ich vor fünf Jahren bekommen habe, zurückzahlen. Haben Sie nicht irgendwie Verständnis für die Situation von den kleinen Handwerkern?

Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD): Ich darf mich daran anschließen und eine Frage an den Professor Huber stellen. Ich glaube, Sie haben mich in meiner Fragestellung entweder missverstanden, denn mir ist zweifelsohne bewusst, dass die überwiegende Anzahl der Vollstreckungsmaßnahmen im Wege der Ausstandsverzeichnisse durch die Vollzugsbeamten der Sozialversicherungsbehörden und der Finanzämter erfolgen, die aber schon aus einem anderen Grund aus meiner Sicht nicht mehr lauter sind, weil sie von der Zahlungs-

unfähigkeit am schnellsten Kenntnis haben. Sie haben den Schluss daraus gezogen, dass es für die Praxis keine Bedeutung hätte, eine Regelung zu treffen. Dem will ich aus meiner Sicht deutlich widersprechen. Es gibt viele Handwerksbetriebe, und ich kann das aus meiner eigenen früheren Berufstätigkeit nachvollziehen, die ordnungsgemäß zuerst im Glauben auf die Zahlungsfähigkeit einen Titel erwirken und dann zum Gerichtsvollzieher gehen. Der Gerichtsvollzieher vollstreckt und muss aufgrund des Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung, das wir selbst gemacht haben, eine Ratenzahlungsvereinbarung treffen, um anschließend vom Insolvenzverwalter die Anfechtung zu erhalten. Da gibt es folgende Problematik: Wie kann man das Vertrauen auf Rechtsschutz hinsichtlich der Masse erhalten. Aus diesem Hintergrund die Frage: Halten Sie es nicht für den richtigen Weg, genau um diesen Personenkreis, diese kleinen und mittelständischen Unternehmer zu schützen, die gerichtlich vollstreckten Titel aufgrund des Vertrauensschutzes miteinzubeziehen? Die zweite Frage, die sich an die Frau Kurz richtet, ist: Ich habe den § 133 InsO immer in Verbindung mit § 142 InsO gesehen, weil sie in meinen Augen eine Einheit bei der Frage des Bargeschäfts darstellen. Welchen Vorschlag hätten Sie, das Bargeschäftsprivileg umzusetzen, wenn es nicht in dieser Form umgesetzt wird?

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann haben wir jetzt alle Fragen durch und beginnen umgekehrt mit Herrn Hayen, der eine Frage von Herrn Pitterle hat. Wir lassen oben die Uhr laufen. Bitte.

**SV Ralf-Peter Hayen**: Vielen Dank, Frau Vorsitzende.

Die **Vorsitzende**: Wenn ich sie kurz unterbrechen darf. Wir haben Fragen für Herrn Hayen, Herrn Professor Huber, Frau Kurz und Herrn Dr. Niering, für die anderen drei Sachverständigen nicht. Herr Wroblewski muss unbedingt zum Zug. Herzlichen Dank und auf Wiedersehen. Herr Hayen.

**SV Ralf-Peter Hayen**: Eine Ausweitung des Zeitraumes über drei Monate hinaus ist insofern problematisch, als es ein Zeitraum ist, der sich auf den zeitlichen Zusammenhang des Austausches von Leistungen und Gegenleistungen bezieht, also auf die Unmittelbarkeit. Es ist





denkbar und es gibt Fälle, dass die Anfechtung von Arbeitsentgelt sich auch gegen Entgeltleistungen richtet, die länger als drei Monate zurückliegen. Das ist ein Problem. Man müsste in irgendeiner Form einen Zeitpunkt setzen und den engen zeitlichen Zusammenhang definieren. Da gäbe es verschiedene Ansatzpunkte. Mein Kollege, der jetzt gerade gegangen ist, hat Leistung und Gegenleistung so definiert, dass dafür, dass der Arbeitnehmer sein Leistungsverweigerungsrecht nicht ausübt, er dem Arbeitgeber einen Kredit gibt. Diese Ausweitung müsste aber in die Rechtsprechung Eingang finden. Die anfechtbaren Arbeitnehmerentgelte sind, wie es der Vorsitzende des 6. Senats des BAG anlässlich eines Vortrages auf einer Insolvenz- und Arbeitsrechtstagung in Ingolstadt gesagt hat, die Spargroschen für die Masse. Es wäre am besten, man würde wirklich ein Arbeitnehmerprivileg in der Insolvenzordnung kodifizieren. Beispielsweise könnte nach § 129 Abs. 3 InsO Arbeitsentgelt nicht der Insolvenzanfechtung unterliegen. Oder es könnte in § 129 Abs. 1 Satz 1 InsO angefügt werden, dass Zahlungen und sonstige Deckungen von Arbeitsentgelt als nicht nachteilig für die Gläubiger gelten. Das wäre ein Arbeitnehmerprivileg, welches alle Probleme, die mit der Anfechtung von Arbeitsentgelt verbunden sind, bewältigen würde. Dies gilt auch, weil man dann diese Akrobatik in Bezug auf Arbeitnehmerschutz nicht braucht. Es wäre adäquat, weil wir uns in der Tat immer wieder ins Bewusstsein zurückrufen müssen, dass es hier um zwei Punkte aus dem Koalitionsvertrag geht: das Insolvenzanfechtungsrecht im Interesse der Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs sowie des Vertrauens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ausgezahlte Löhne auf den Prüfstand zu stellen. Bei den ausgezahlten Löhnen, das haben wir vorhin schon einmal gesagt, geht es um die klassische Anfechtung von Arbeitnehmerentgelten, aber auch um Drittzahlungen, die wir bisher noch nicht im Entwurf stehen haben, die dann angefochten werden. Ich hielte das für einen besseren Weg, als zahlreiche dogmatische Klimmzüge zu machen, um den Schutz der Arbeitnehmer im Sinne des Vertrauens in ausgezahlte Löhne zu gewährleisten. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann hat Herr Professor Huber das Wort.

**SV Prof. Dr. Michael Huber**: Herr Professor Hirte, erst zu Ihrer Frage: Ich war derjenige, der sich am meisten dagegen gewendet hat, dass das BAG die Insolvenzanfechtungssache an sich zieht. Aber das hat der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe „verschuldet“. Damit muss man sich abfinden. Das BAG wird das Problem lösen. Die Entscheidungen, die jetzt getroffen worden sind, finden weitgehend auch meine Zustimmung. Was bei der im Gesetzentwurf versteckten Öffnungsklausel herauskommt, nach der Fälle, die unter den Arbeitnehmerbegriff fallen, auch auf andere vergleichbare Fälle angewendet werden können, muss man abwarten. Es ist wie ein trojanisches Pferd. Was das BAG daraus machen wird, weiß man nicht. Zu der Frage von Frau Dr. Launert zu der drohenden und eingetretenen Zahlungsunfähigkeit muss ich sagen: Das ist das Kernproblem. Wir hatten die Debatte schon einmal 2006. Da ging es um die Begrenzung der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung. Der 9. Zivilsenat hat seine Rechtsprechung noch ausgeweitet und nicht die Bremse gezogen. Deswegen gibt es nur die Möglichkeit, bei der Anknüpfung bei drohender Zahlungsunfähigkeit und bei der schon eingetretenen Zahlungsunfähigkeit umzustellen. Das wird sehr vielen Vorsatzanfechtungsklagen den Boden entziehen. Aus meiner Sicht ist das auch richtig. Deswegen habe ich mich für den Gesetzentwurf ausgesprochen. Herr Dr. Brunner, Sie haben natürlich Recht. Das ist missverständlich herübergekommen. Selbstverständlich ist es zu begünstigen, wenn ein gewöhnlicher Handwerker einen Vollstreckungstitel erlangt. Aber das Problem ist dann nicht § 131 InsO. Das Problem ist die Rechtsprechung des BGH, der sagt: Wann beginnt die Zwangsvollstreckung? Er sagt nämlich: Die Zwangsvollstreckung beginnt nicht dann, wenn er den Titel hat und den Vollstreckungsauftrag dem Gerichtsvollzieher erteilt, sondern, wenn er noch die Möglichkeit hat, eigenverantwortlich zu handeln. Deswegen gibt es eine ganz klare Linie, die dem Handwerker genau hilft, den Sie hier ansprechen. Er muss einen anfechtungsresistenten Vollstreckungsantrag stellen. Er darf sich nicht auf eine Ratenzahlungsvereinbarung mit dem Gerichtsvollzieher einlassen. Entweder oder, das ist das entscheidende...

*(Zwischenruf: ... das muss er ja....)*



**SV Prof. Dr. Michael Huber:** Nein, braucht er nicht. Der Gläubiger ist der Herr des Vollstreckungsverfahrens und kann sagen: Ich bin mit einer gütlichen Bereinigung nicht einverstanden. Das wollen die Gerichtsvollzieher nicht. Die Gerichtsvollzieher wollen eine Ratenzahlungsvereinbarung. Der Gläubiger kann diese ausschließen. Dann vollstreckt er und die Sache ist erledigt. Wenn er vollstreckt, ist die Sache unanfechtbar, weil die Zwangsvollstreckung keine Rechtshandlung ist, die nach § 133 InsO angefochten werden kann, weil es an der Rechtshandlung des Schuldners fehlt, so dass sich das Problem nach der Rechtsprechung lösen lässt.

Die **Vorsitzende:** Danke. Frau Kurz hat eine Frage von Herrn Dr. Brunner.

**SVe Birgit Kurz:** Herr Dr. Brunner, Ihren Einwand mit dem Bargeschäft kann ich nachvollziehen. Wenn wir auf die Systematik dieser Anfechtungstatbestände, über die wir heute sprechen, schauen, gibt es die Vorsatzanfechtung und das Bargeschäft. Das Bargeschäft ist lediglich eine Ausnahme zur Vorsatzanfechtung. Der Jurist ist gewohnt, ein Bargeschäft eng auszulegen. Daher ist der Ansatz, der von mir heute vertretenen Unternehmen: Nehmt das Wort „unlauter“ aus dem Bargeschäftstatbestand, wo es im derzeitigen Entwurf verortet ist, heraus und kommt der Forderung der Unternehmen nach, kongruente Deckungen, wenn Lieferungen bezahlt wie geschuldet sind, nur dann der Vorsatzanfechtung zu unterstellen, wenn Unlauterkeit vorliegt. Hinsichtlich des Begriffs der „Unlauterkeit“, es steht auch in der BDI-Stellungnahme als Vorschlag, haben wir nicht so viele Bedenken wie der Herr Dr. Prager, die Geschäfte, die im Liefer- und Leistungsverkehr erfolgen, grundsätzlich nicht mehr der langandauernden Vorsatzanfechtung zu unterwerfen. Dies soll nur dann erfolgen, wenn der Liefer- und Leistungsbeziehung ein gewisser unlauterer Moment innewohnt, zum Beispiel die Absicht, das Leben des Schuldners, der zahlungsunfähig ist, zu verlängern und bewusst zum Nachteil der übrigen Gläubiger zu arbeiten. Daher kam der Vorschlag, in den § 133 InsO das Wort „unlauter“ mit aufzunehmen und einen größeren Sprung, weg von der Indizrechtsprechung um die drohende Zahlungsunfähigkeit, hin zu einer kongruenten

Deckung zu machen. Dann wird nur noch der Zahlungsempfänger im Sinne der Insolvenzanfechtung bestraft, bei dem ein unlauteres Verhalten im Gesamtkontext vorliegt. Wir sehen es seitens der Unternehmen nicht positiv, dass die Streichung des Wortes „drohen“, die sehr zu begrüßen ist, soweit wirkt, wie andere Kollegen hier am Tisch das annehmen. Das kann man gut daran verdeutlichen, dass ein Unternehmen, das in einem Jahr zahlungsunfähig ist, weil Gewissheit besteht, dass ein Kredit nicht mehr zurückbezahlt werden kann, genauso drohend zahlungsunfähig wie ein Unternehmen ist, das in zwei Wochen Insolvenzantrag stellen muss. Die Spanne ist weit.

Die **Vorsitzende:** Dann habe ich jetzt noch Herrn Dr. Niering. Er hat Fragen von Herrn Professor Hirte und Herrn Pitterle. Es gibt noch eine Wortmeldung von Frau Keul.

**SV Dr. Christoph Niering:** Zuerst an Herrn Professor Hirte, die Frage der Regelung von Dreiecksbeziehungen im Gesetz und die praktische Bedeutung: Ich fange bei der praktischen Bedeutung an. Die ist sehr groß. In Konzernen haben wir es regelmäßig mit einem Cashpooling zu tun. Wir haben Leistungsbeziehungen innerhalb von Konzerngesellschaften, die äußerst komplex sind. Sie sind nicht nur komplex bei den Arbeitnehmern, die nicht ohne weiteres erkennen können, woher Zahlungen kommen. Sie sind auch komplex bei Handwerkern. Auch Dienstleister wissen gar nicht, mit wem sie eigentlich kontrahieren. Es gibt Vermietungs- und Verpachtungsgesellschaften. Es gibt Vertriebsgesellschaften. Es gibt Einkaufsgesellschaften. Es ist äußerst komplex. Es gibt das Dreieck in der Praxis nicht nur beim Arbeitnehmer, sondern es ist auch bei allen anderen, die mit Konzernstrukturen zu tun haben, an der Tagesordnung. Wenn man eine Regelung zu Gunsten der Arbeitnehmer in einer abstrakten Form treffen wollen würde, würden auch zu Recht andere Beteiligte und von der Anfechtung Bedrohte eine ähnliche Regelung für sich einfordern wollen. Jeder Versuch im Kleinteiligen, wie Herr Hayen sagte, wäre mit einer großen Gefahr verbunden. Es wäre nur in § 129 InsO zu Gunsten der Arbeitnehmer zu regeln. Da könnte man es ansiedeln, wenn man es denn wollte. Fragen Sie mich nicht, ob ich das will. Das hat mich keiner gefragt. Es



wäre die einzige Möglichkeit. Es an anderer Stelle zu verankern, hat große Risiken. An Herrn Pitterle gerichtet: Ich antworte Ihnen erst einmal. Mein Vater war Handwerker. Darum möchte ich sagen: Ja, natürlich habe ich Verständnis für Handwerker. Nicht nur aufgrund der familiären Beziehung. Wenn wir uns als Insolvenzverwalter für Arbeitnehmer einsetzen, versuchen wir immer, einen vernünftigen Ausgleich unter den Gläubigern hinzubekommen. Genauso, wie wir den Arbeitnehmer brauchen, brauchen wir bei der Fortführung auch einen Handwerker, einen Dienstleister. Es ist dann schwierig, sich zu überwinden, so einen Anfechtungsanspruch durchzusetzen. Herr Dr. Brunner hat eben gesagt, dass es viele Verwalter gibt, die den Anspruch auch gar nicht durchsetzen, weil man sagt: Es kann doch wohl nicht richtig sein. Ich sage nicht: Es sollte alles so bleiben, wie es ist. Wir sollten die Frist verkürzen. Wir sollten die Verzinsung wegnehmen. Wir sollten auch Ratenzahlungsvereinbarungen, wenn es denn wirkliche Ratenzahlungsvereinbarungen sind und es nicht nur ein kleiner Aufschub um eine Woche ist, so regeln, dass sie dem tagtäglichen Betrieb entsprechend diejenigen schützen, die wohlwollend demjenigen, der in Zahlungsschwierigkeiten ist, wirklich helfen. Noch eine Anmerkung: Das Anfechtungsrecht haben wir uns nicht als Insolvenzverwalter ausgedacht. Das hatten schon die Römer. Und wer fordert es von uns ein? Das sind die übrigen Gläubiger, die nach einer hohen Quote rufen und sagen: Es kann doch nicht sein, dass jemand kurz vor der Insolvenz noch einen Sondervorteil nutzt. Es ist nicht der Selbstzweck des Insolvenzverwalters, eine Anfechtung durchzuführen, auch wenn es manchmal bei dem einen oder anderen Insolvenzverwalterkollegen so scheint. Das will ich gar nicht verneinen, aber Verständnis für die Handwerker ist vorhanden.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann sind wir mit der Runde erst einmal durch. Für eine dritte Runde habe ich jetzt zwei Fragen von Frau Keul und Herrn Pitterle.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich hatte mich in der zweiten Runde nicht gemeldet. Bei mir ist das erst die zweite Runde.

Die **Vorsitzende**: Keine Kritik. Wir sind voll im Zeitlimit.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich grübele noch darüber, ob ich den letzten Wortbeitrag von Herrn Professor Huber richtig verstanden habe. Wollten Sie uns sagen, dass die Zwangsvollstreckung, wir sprechen immer von dem kleinen Handwerker mit seinem gerichtlich erstrittenen Titel, sowieso bisher nicht anfechtbar war, sofern er einen Auftrag an den Gerichtsvollzieher erteilt und danach nichts mehr macht? Dieser Auftrag an den Gerichtsvollzieher ist, wenn ich Sie richtig verstanden habe, gar keine Rechtshandlung im Sinne des Gesetzes. Ein Auftrag ist immer eine Rechtshandlung. Deswegen grübele ich darüber, wie es gemeint sein könnte. Vielleicht können Sie mir auf die Sprünge helfen?

SV **Prof. Dr. Michael Huber**: Bei dem Gläubiger, der einen Vollstreckungstitel besitzt, vollstreckt und dann in der Zwangsvollstreckung befriedigt wird, ist es unanfechtbar, weil es an der Rechtshandlung des Schuldners fehlt. Es wird vollstreckt aufgrund hoheitlichen Zwangs. Das Problem entsteht in der Praxis bei den Fällen, die der BGH entschieden hat, wenn der Gläubiger eben nicht konsequent vollstreckt, sondern sich auf eine Ratenzahlungsvereinbarung einlässt. Es gibt nur den Ausweg, dass der Gläubiger, wenn er den Gerichtsvollzieher beauftragt, eine Ratenzahlungsvereinbarung ausschließt. Das kann er auch nach dem neuen Zwangsvollstreckungsrecht. Es muss zwar der Gerichtsvollzieher für eine gütliche Einigung bereit sein. Aber der Gläubiger kann als Herr des Vollstreckungsverfahrens sagen: Ich will die Ratenzahlungsvereinbarung nicht. Der Gerichtsvollzieher muss konsequent vollstrecken. Das ist die Schizophrenie, die sich aus der Rechtsprechung des 9. Zivilsenats ergibt. Der Gläubiger, der „das Haus sofort anzündet“, kommt unbeschadet davon. Der Gläubiger, der nur „zündelt“ und sich dann bereit erklärt, trotzdem klein bei zu geben, um mit einer Ratenzahlungsvereinbarung zufrieden zu sein, muss zurückzahlen, weil bei der Ratenzahlungsvereinbarung der Schuldner immer die freie Möglichkeit hat, zu sagen: Jetzt zahle ich nicht mehr. Deswegen haben wir keine Rechtshandlung des Gerichtsvollziehers, sondern eine Rechtshandlung des Schuldners, weil er sich darauf einlässt. Das heißt: Es gibt nach der jetzigen Rechtslage auch entgegen dieser Rechtsprechung des BGH die Möglichkeit, den Titel durchzu-



treiben. Aber die Gläubiger machen davon aus sehr nachvollziehbaren Gründen keinen Gebrauch, weil sie an die Ratenzahlungsvereinbarung glauben und daran denken, dass der Schuldner schon die Raten begleichen werde. Das geht dann eben schief...

Die **Vorsitzende**: Jetzt wurde es verstanden, Herr Professor Huber.

Die **Vorsitzende**: Eigentlich hatten wir noch eine zweite Frage von Herrn Pitterle.

Abg. **Richard Pitterle** (DIE LINKE.): Ich möchte nochmal Herrn Hayen fragen. Vorher wurde gesagt: Wenn man ein Arbeitnehmerprivileg schafft, könnten auch andere kommen. Würden Sie nicht einen Unterschied sehen? Wir haben auch bei Herrn Professor Huber über die Gläubigergleichbehandlung gelesen. Würden Sie nicht sehen, dass es einen Unterschied gibt, den auch das BAG gesehen hat? In Art. 20 des Grundgesetzes (GG) steht, dass die Bundesrepublik ein sozialer Rechtsstaat sein soll. Es gibt einen Unterschied, ob jemand, der die Werte in dem Unternehmen geschaffen hat, auf das Geld angewiesen ist und es auch für seine Lebenshaltung ausgegeben hat oder ob es die Deutsche Bank ist, für die eine Anfechtung ein Buchungsposten in ihrer Bilanz ist. Ich würde gerne Ihre Meinung dazu hören. Dann wollte ich noch Herrn Dr. Nils Weiland wegen der Vorsatzanfechtungsfrist, die jetzt verkürzt wird, fragen. Es sind jetzt vier Jahre in den Entwurf geschrieben worden. Ich habe mich gefragt, ob es irgendwie willkürlich ist? Wieso gerade vier Jahre? Wäre es nicht sinnvoll zu sagen: Wir haben eine Verjährungsfrist von drei Jahren. Was würden Sie denn dazu sagen?

Die **Vorsitzende**: Mehr Fragen habe ich jetzt nicht. Dann haben wir jetzt noch die Antworten. Herr Hayen und dann Herr Dr. Weiland.

SV **Ralf-Peter Hayen**: Danke schön. Die Frage kann ich sehr schlicht beantworten. Das ist letztendlich rechtlich die entscheidende Frage. Ich sehe verfassungsrechtlich durchaus eine Rechtfertigung, wenn ein Arbeitnehmerprivileg in die Insolvenzordnung geschrieben würde, weil sich das Bundesverfassungsgericht schon häufiger zu der besonderen Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern in ihrer Situation und Rolle geäußert hat. Es ist in der Tat so, dass der

Arbeitnehmer in eigener Person leistet. Die Arbeitsleistung ist mit seinem Körper, mit seiner Person und mit seiner Existenz unmittelbar verbunden. Er ist auch existenziell abhängig vom Arbeitgeber, wenn dieser insolvent geht oder vor der Insolvenz steht. Und er ist in aller Regel auch vorleistungspflichtig. Insofern kann man schon von einer Sonderrolle des Arbeitnehmers im Rahmen der Insolvenzordnung sprechen. Er kann sich auch nicht wie andere Gläubiger Sicherheiten einräumen lassen. Insofern würde ich vor dem Hintergrund von Art. 20 GG sagen, dass das Sozialstaatsprinzip hier herangezogen werden kann, um eine besondere rechtliche Bevorzugung des Arbeitnehmers zu gewährleisten. Das BAG hat in einer Entscheidung das Existenzminimum als Mindestschutz des Arbeitnehmers herausgehoben. Ich würde darüber hinausgehen und sagen: Ein Arbeitnehmerprivileg, wie ich das in meinem letzten Beitrag skizziert habe, hielte ich für verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Die **Vorsitzende**: Danke, Herr Hayen. Dann noch Herr Dr. Weiland.

SV **Dr. Nils G. Weiland, M.P.A.**: Herr Pitterle, zu Ihrer Frage zu den Fristen. Bei Fristen gibt es kein richtig und kein falsch. Es ist immer ein Element von Dezisionismus darin. Ich glaube schon, dass man mit guten Gründen sagen kann: Hier sind vier Jahre vielleicht sogar noch ein bisschen richtiger als drei Jahre. Es gibt zwei Argumente. Das erste ist: Vier Jahre tauchen auch an anderer Stelle im Insolvenzanfechtungsrecht auf, nämlich bei der Schenkungsanfechtung. Da haben wir keine neue, weitere Dreijahresfrist, die wir einführen, sondern orientieren uns an bestehenden Fristen. Der zweite Punkt, den man nicht ganz aus den Augen verlieren darf, ist: Wir reden immer noch über eine Vorsatzanfechtung, das heißt eine Anfechtung, bei der es auf beiden Seiten, beim Schuldner, wie auch beim Anfechtungsgegner, ein erhebliches subjektives Element gibt. Ich glaube, beide Gesichtspunkte sprechen eher dafür, die Frist eher bei vier als bei drei Jahren zu lassen. Jetzt kommt noch als ceterum censeo: Das gilt für kongruente Deckungshandlungen. Bei inkongruenten Deckungshandlungen bin ich dezidiert der Auffassung, dass eine längere Frist als vier oder drei Jahre richtig und angemessen ist.

Abg. **Richard Pitterle** (DIE LINKE.): Ich habe nur



noch eine letzte Frage an Dr. Niering. Wir waren uns hier unter den Abgeordneten einig, dass wir das Fiskusprivileg zu Lasten der Masse nicht zulassen wollen. Bei der ESUG-Reform hatten wir zwei Anträge gestellt: zum einen zum Arbeitnehmerschutz und zum anderen einer Forderung der Insolvenzverwalter entsprechend, dass die Umsatzsteuerforderung keine Masseverbindlichkeiten, sondern Insolvenzforderungen sein sollten. Spielt das Problem heute aus Ihrer Sicht noch eine Rolle? Sollte man das hier in dem Gesetzentwurf mitregeln, um auch Ihren Interessen irgendwo entgegenzukommen?

**SV Dr. Christoph Niering:** Beim Thema Umsatzsteuer betrifft Ihre Frage § 55 Abs. 4 InsO. Es hat meines Erachtens damals bei den Beratungen ein Defizit betreffend die Eigenverwaltung gegeben. Es ist streitig, ob § 55 Abs. 4 dort auch gilt. Ich will das nicht zurückdrehen zu sagen: Ohne § 55 Abs. 4 InsO wäre es schöner. Das war schon ein Abgang von Masse zur Sanierung. Den haben wir versucht zu überwinden. In meinen Beispielen habe ich gezeigt, wie schwer das ist. Da werden die Abflüsse Richtung Fiskus gehen. Es ist aber schwierig, Eigenverwaltung und Verwaltung über den Verwalter unterschiedlich

zu behandeln. Es wäre sicherlich angebracht, § 55 Abs. 4 InsO auch auf die Eigenverwaltung zu beziehen. Das würde tatsächlich dort zu mehr Rechtssicherheit beitragen. Es ist sogar eine Mehreinnahme für den Fiskus. Aber der Fiskus wäre dann sicherlich nicht benachteiligt, sondern wir hätten auch bei der Eigenverwaltung Klarheit. Es gibt Kollegen, die sich vorwerfen lassen mussten, dass sie in das normale Insolvenzverfahren und nicht in die Eigenverwaltung gegangen sind. Dann könnten wir diese Kritik auch im Keim ersticken.

**Die Vorsitzende:** Noch ein kleiner rechtlicher Hinweis zum Schluss, Danke! Dann sind wir jetzt mit den Fragen durch. Ich danke allen Sachverständigen für ihre Anwesenheit und die Beantwortung von Fragen. Herr Dr. Brunner hat es vorhergesagt. Es gab viel Lob und viel Übereinstimmung. Es gab dann aber noch etwas zu diskutieren und zu erörtern. Ganz herzlichen Dank an Sie, dass Sie hier waren und uns beraten haben. Mein Dank geht auch an die Kollegen. Damit schließe ich die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 16:58 Uhr

Renate Künast, MdB

**Vorsitzende**



**Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen**

<b>Ralf-Peter Hayen</b>	<b>Seite 31</b>
<b>Prof. Dr. Michael Huber</b>	<b>Seite 48</b>
<b>Birgit Kurz</b>	<b>Seite 74</b>
<b>Dr. Christoph Niering</b>	<b>Seite 93</b>
<b>Dr. Martin Prager</b>	<b>Seite 117</b>
<b>Dr. Nils G. Weiland, M.P.A.</b>	<b>Seite 125</b>
<b>Andrej Wroblewski</b>	<b>Seite 132</b>

**Stellungnahme** des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (Bundestagsdrucksache Nr. 18/7054 vom 16.12.2015) anlässlich der öffentlichen Anhörung der Sachverständigen vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 24. Februar 2016 in Berlin

## **Gesetzesentwurf zur Anfechtungsreform (Insolvenzanfechtung)** 22.02.2016

### **I. Einleitung**

Am 16.03.2015 hatte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) einen Referentenentwurf (RefE) eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vorgelegt. Hierzu hatte der Geschäftsführende Bundesvorstand des DGB am 08.06.2015 eine mit den Mitgliedsgewerkschaften zuvor abgestimmte Stellungnahme beschlossen. Am 29.09.2015 wurde der Gesetzesentwurf - mit nicht unerheblichen Änderungen und Ergänzungen gegenüber dem Referentenentwurf – durch das Bundeskabinett beschlossen. Mit den nachfolgenden Ausführungen nimmt der DGB zu dem vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (BT-Drs. 18/7054 vom 16.12.2015) auf der Grundlage der – zur (vollständigen) Darstellung unserer Positionen und Forderungen im Rahmen dieser öffentlichen Anhörung sowie zur Vermeidung von Wiederholungen – im Anschluss an diese aktuelle Äußerung beigefügten DGB-Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 08.06.2015 wie folgt Stellung:

Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften ist der vorliegende Regierungsentwurf – wie bereits der Referentenentwurf vom 16.03.2015 - ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, die Handlungsmöglichkeiten von Insolvenzverwaltern und -gerichten gesetzlich einzuschränken, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – in der sie ohnehin existentiell belastenden Phase des (drohenden) Verlustes ihres Arbeitsplatzes in einem Insolvenzverfahren gegenüber ihrem Beschäftigungsunternehmen – mit der Anfechtung von Arbeitsentgelt mit dem Ziel einer „Rückgewähr“ zur Insolvenzmasse zu überziehen, für dessen Zahlung sie bereits durch ihre Arbeitskraft eine entsprechende Gegenleistung erbracht haben. Mit diesem Regierungsentwurf zur Änderung – u.a.- des Insolvenzanfechtungsrechts wurde, insbesondere durch die vorgesehene Konkretisierung des Bargeschäftsprivilegs, auch erkannt, dass die Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgelt letztlich dem wohlverstandenen Interesse der Gläubiger selbst schadet und sich sanierungsfeindlich auswirkt, indem sie die Fortführung der Arbeit des Unternehmens bereits in seiner Krise behindert.

Auch die mit dem Regierungsentwurf vorgelegten (neuen) Änderungsvorschläge am Insolvenzanfechtungsrecht werden grundsätzlich – mit Ausnahme der gegenüber dem Referentenentwurf geänderten Regelungsvorschläge zur Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO und teilweise auch zur Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO, soweit die Umsetzung des „Unangemessenheitskonzeptes“ des Referen-

Deutscher Gewerkschaftsbund  
Bundesvorstand  
Abteilung Recht

**Helga Nielebock**  
Abteilungsleiterin

helga.nielebock@dgb.de

Telefon: 030/24060-274  
Telefax: 030/24060-761

Henriette-Herz-Platz 2  
10178 Berlin

www.dgb.de

tenentwurfs nicht weiterverfolgt wird - begrüßt, wenngleich aus Sicht der Gewerkschaften ein genereller Anfechtungsausschluss, soweit es um Arbeitsentgelt geht, im Sinne des Arbeitnehmerschutzprinzips sozialpolitisch erforderlich und wünschenswert wäre. Entsprechende Vorschläge zu einer „umfassenderen“ bzw. generellen Lösung des Problems der Anfechtung von Arbeitsentgelten in der Insolvenz durch ein sogenanntes „Arbeitnehmerprivileg“ wurden vom DGB und seinen Mitglieds-gewerkschaften unterbreitet und auch in der Fachliteratur diskutiert (vgl. in dieser Richtung Abele, FA 2009, 133 ff., 135 f.; Wroblewski, NJW 2012, 894 ff.). Wenngleich eine umfassende Anfechtungsausnahme für Tilgung oder Sicherungen von Arbeitnehmerforderungen im Sinne des Sozialstaatsprinzips geboten ist und für die Insolvenzmasse praktisch unschädlich wäre, muss der vorliegende Gesetzentwurf – auch in der Fassung des Kabinettsbeschlusses - als sehr beachtlicher Schritt zur Lösung der Probleme gewürdigt werden.

Um die Regelungssystematik des geltenden Insolvenzrechts unberührt zu lassen, beschränkt sich der Regierungsentwurf auf eine „punktuelle Neujustierung“. Anzuerkennen ist jedoch, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer „innerhalb dieses Regelungssystems“ des Insolvenzanfechtungsrechts von den größten Rechtsunsicherheiten entlastet werden, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen, wenngleich auch nach den Regelungsvorschlägen im Regierungsentwurf ein paar Defizite bestehen, deren Ergänzung und Klarstellung wünschenswert sind. In diesem Rahmen bedarf es der Ergänzung von Regelungen zur Eingrenzung der Anfechtung von Arbeitsentgelten, die durch Drittzahlungen an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erfolgen (vgl. hierzu nachstehend die detaillierten Ausführungen zu Art. 1 Nr. 2 des Regierungsentwurfs bzgl. der Änderung des § 131 InsO), indem diese – wie die durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung oder Befriedigung – als (quasi) „kongruente Deckungen“ behandelt werden. Im Hinblick auf die Konkretisierung des Bargeschäftsprivilegs wäre die Ausweitung der Anfechtungssicherheit auf Zahlungen von Lohnrückständen, die länger als drei Monate bestanden haben, wünschenswert (vgl. hierzu nachstehend die detaillierten Ausführungen zu Art. 1 Nr. 4 des Regierungsentwurfs bzgl. der Neufassung des § 142 InsO), zumal diese weder von den diesbezüglich vorgeschlagenen Regelungen noch von der – in jüngster Zeit dazu ergangenen – Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als Bargeschäft erfasst werden.

Falsch ist aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften jedoch die mit dem Regierungsentwurf gegenüber dem Referentenentwurf erfolgte Ausdehnung der Beschränkung einer Insolvenzanfechtung auf jegliche durch Zwangsvollstreckung erwirkte Sicherung oder Befriedigung, da mit ihr die Privilegierung bestimmter öffentlicher Gläubiger, wie insbesondere von Finanzverwaltung und Sozialversicherungsträgern, erfolgt. Diese können ihre Vollstreckungstitel selbst erstellen und sind damit gegenüber Gläubigern, die erst ein (gerichtliches) Erkenntnisverfahren durchführen müssen, bevorzugt. Ein solches (neues) „Fiskusprivileg“ hätte zur Folge, dass zukünftig durch Abschöpfung der Vermögenswerte des Schuldners aufgrund kurzfristiger Einzelzwangsmaßnahmen öffentlicher Gläubiger wesentlich weniger Insolvenzeröffnungen und geringere Eröffnungsquoten in (verbleibenden) Unternehmensinsolvenzverfahren zu erwarten wären (vgl. hierzu nachstehend die detaillierten Ausführungen zu Art. 1 Nr. 2 des Regierungsentwurfs bzgl. der Änderung des § 131 InsO).

## **II. Zu den Regelungen des Art. 1 des Gesetzentwurfs (Änderung der Insolvenzordnung) im Einzelnen**

### Zu Nr. 1 (Änderung des § 14 Abs.1 InsO)





**§ 14 Abs. 1 InsO** soll geändert werden, um die Insolvenzantragstellung zu erleichtern: Der Eröffnungsantrag eines Gläubigers wird durch Neufassung des Satzes 2 nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird; das nach jetziger Rechtslage einschränkende Tatbestandsmerkmal einer zwingenden Vor-Antragstellung innerhalb von zwei Jahren vor Antragstellung (nebst dessen Glaubhaftmachung nach Satz 3, der als Folgeänderung aufgehoben wird) wird aufgegeben.

Dieser im Referentenentwurf vom 16.03.2015 noch nicht enthaltene Änderungsvorschlag wird vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften begrüßt, weil er ein schnell geordnetes Verfahren befördert.

Zu Nr. 2 (Änderung des § 131 InsO):

**§ 131 InsO** soll geändert werden, da – nach der Begründung des Regierungsentwurfs – die unter dem geltenden Recht unter den erleichterten Voraussetzungen einer inkongruenten Deckung mögliche Insolvenzanfechtung von durch Zwangsvollstreckung erwirkten Sicherungen oder Befriedigungen, die ein Gläubiger in den letzten drei Monaten vor der Stellung des Insolvenzantrags, der zur Verfahrenseröffnung führt, nicht interessengerecht erscheint: Vollstreckende Gläubiger, die lediglich von denen ihnen gesetzlich zur Verfügung stehenden Zwangsmittel Gebrauch gemacht hätten, können auch dann, wenn sie bei Beitreibung ihrer Forderung keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners haben, einer Anfechtung ausgesetzt sein und damit um die Früchte ihrer Anstrengungen gebracht werden. Diese Gläubiger, zu denen – wie höchstrichterliche Entscheidungen belegen - in nicht unerheblichem Maße auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gehören, sollen künftig keine Inkongruenzanfechtung mehr befürchten müssen: Durch die vorgesehene Hinzufügung eines Satzes 2 an § 131 Abs. 1 InsO wird bestimmt, dass eine Deckung nicht schon deshalb als inkongruent anzusehen ist (wovon wegen und nach der derzeitigen Rechtslage auch das – stärker auf einen sozialen Ausgleich als der BGH bedachte – Bundesarbeitsgericht ausgeht), weil sie durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen die grundsätzliche Zielsetzung dieser vorgesehenen Änderung nebst einer Differenzierung bei der Deckungsanfechtung danach, ob der Gläubiger (lediglich) das erhält, worauf er nach dem Inhalt des zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (im Arbeitsverhältnis: Arbeitsentgelt für geleistete Arbeit) einen Anspruch hat. In diesem Fall ist die Deckung kongruent und eine Anfechtung – etwa – von Arbeitsentgeltzahlungen, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Wege oder unter dem Druck der Zwangsvollstreckung erhalten, nur unter den (erschwerenden) Voraussetzungen des § 130 InsO möglich, für die es auf einen Nachweis des Insolvenzverwalters gegenüber dem Gläubiger ankommt, dass der Gläubiger zum Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hatte. Zu begrüßen ist weiter, dass in der Fassung des Regierungsentwurfs mit dieser Formulierung nunmehr zutreffend beispielsweise auch Zahlungen zur Abwendung einer drohenden Zwangsvollstreckung erfasst sind, wie vom DGB in seiner Stellungnahme vom 08.06.2015 zum Referentenentwurf, Seite 3, gefordert worden ist. Bei der Beurteilung im Anfechtungsfall nach § 130 InsO, ob eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers oder von Vermutungstatsachen (nach § 130 Absatz 2 InsO) hatte, kommt ihr/ihm die neuerliche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG vom 6.10.2011, Az. 6 AZR 262/10, NZA 2012, 330 ff., 335) zugute, dass die Stellung oder Funktion der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers im

Unternehmen hierfür nicht per se ausschlaggebend ist. Angesichts des erschwerten Nachweises der subjektiven Voraussetzungen der Kongruenzanfechtung sorgt die vorgesehene Ergänzung des § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E dafür, dass Zahlungen, die – etwa – Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Wege oder unter dem Druck der Zwangsvollstreckung erhalten, künftig i.d.R. anfechtungsfest sein werden, womit dem durch den Koalitionsvertrag intendierten Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vor übermäßiger Belastung durch Insolvenzanfechtungen – hier von durch Zwangsvollstreckung erwirkten Sicherungen oder Befriedigungen - Folge geleistet wird.

So sehr der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften eine grundsätzliche Beschränkung der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen, wie sie bereits der Referentenentwurf vom 16.03.2015 für Deckungen vorsah, die „...durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten Vollstreckungstitels...“ – zu denen (ergänzend) etwa auch die in Arbeitsgerichtsverfahren geschlossenen Prozessvergleiche gehören (!) – erwirkt worden sind, begrüßt hat (vgl. Stellungnahme des DGB zum Referentenentwurf vom 08.06.2015, Seite 3 f.), hält er die mit dem Regierungsentwurf erfolgte Ausdehnung dieser Beschränkung auf jegliche „...durch Zwangsvollstreckung erwirkt(e)...“ Sicherung oder Befriedigung und damit die Privilegierung bestimmter öffentlicher Gläubiger, wie insbesondere von Finanzverwaltung und Sozialversicherungsträgern, die sich keiner staatlichen Zwangsmittel bedienen müssen, sondern sich ihre Titel selber schaffen können („Selbsttitulierer“) gerade auch in Anbetracht der Zielformulierung für die Anfechtungsreform im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode für unverhältnismäßig.

Durch die Schaffung eines solchen - nach Aufhebung der Bevorrechtigung von öffentlichen Gläubigern durch die Ablösung der Konkursordnung im Jahre 1999 neuen – „Fiskusprivilegs“ besteht die naheliegende – und durch Insolvenzrechtsexperten anhand empirischer Nachweise belegte –Gefahr, dass die Finanzverwaltung und die Sozialversicherungsträger mittels kurzfristig selbst verschaffter Zwangsvollstreckungstitel bereits durch Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen einen Großteil des Vermögens von Schuldern – soweit irgend möglich – verwerten, sodass zukünftig deutlich weniger Insolvenzanträge (die wegen des Ziels der Einzelbefriedigung dieser öffentlichen Gläubiger auch seltener – entgegen der Zwecksetzung der vorgesehenen Änderung des § 14 Abs. 2 InsO-E - von diesen gestellt werden) zur Eröffnung führen oder mit erheblich geringeren Eröffnungsquoten in Unternehmensinsolvenzverfahren ausgestattet sein werden. Als Indiz für eine solche prognostizierte Entwicklung können Berechnungen des Statistischen Bundesamtes („Wirtschaft und Statistik“ 4/2008) herangezogen werden, wonach die Anzahl der eröffneten Verfahren nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 01.01.1999 – ohne „Fiskusprivileg“ – in der Zeit von 1998 bis 2014 um mehr als 30% gestiegen ist und sich damit in diesem Zeitraum nahezu verdoppelt hat. Denn die Insolvenzordnung hatte ab dem 01.01.1999 die Privilegierung des Fiskus' und der Sozialversicherungsträger aufgehoben, um eine größere Anreicherung der Insolvenzmasse zu schaffen und damit eine höhere Anzahl von eröffneten Konkursverfahren zur Abwendung eines „Konkurs des Konkurses“ sowie zur Erhöhung der Sanierungsfähigkeit von Unternehmen zu erreichen.

Für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist jedoch die Erhöhung der Sanierungsfähigkeit von Unternehmen ein großes Anliegen, um – zumindest einen großen Teil ihrer –Arbeitsplätze zu erhalten. Darüber hinaus ist die Verfahrenseröffnung die Voraussetzung einer geordneten Abwicklung sowie Aufarbeitung des Insolvenzfalles und die Anhebung der Eröffnungsquote („Masse“) ein zentrales Anliegen – auch unterhalb der Schwelle einer Sanierung oder Betriebsfortführung – für die Höhe der Dotierung eines Sozialplans zur Befriedigung von Sozialplanansprüchen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Falle des Abschlusses eines Interessenausgleichs/Sozialplans wegen einer Betriebsänderung (etwa Teil-/Betriebsschließung). Eine Verkürzung des Schuldnervermögens bzw. der Eröffnungsquote durch (vorgezogene) Einzelzwangsvollstreckung selbst titulierender öffentlicher

Gläubiger liegt daher nicht im Interesse der vor nicht interessengerechten Auswüchsen von Insolvenzanfechtungen zu schützenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Die Begünstigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (wie auch anderer privater Gläubiger bei der Einschränkung der Insolvenzanfechtung von durch Zwangsvollstreckung erwirkten Sicherungen oder Befriedigungen, wie diese durch den Referentenentwurf vom 16.03.2015 vorgesehen war, ist gegenüber den o.g. öffentlichen Gläubigern auch sachlich gerechtfertigt, da – wie bereits ausgeführt – der Fiskus und die Sozialversicherungsträger – „Selbsttitulierer“ sind, d.h., dass sie als öffentlich-rechtliche Körperschaften ihre Titel selbst schaffen können bzw. der Beitragsnachweis bereits vollstreckungsfähiger Titel ist (§ 28f Abs. 3 Satz 3 SGB IV). Dem gegenüber müssen Arbeitnehmer/innen die Sicherung oder Befriedigung von Forderungen durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines **in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels** erwirken, was in der Praxis eine hohe Bereitschaft zur Durchsetzung eigener Ansprüche und persönlichen Mut der/des Beschäftigten voraussetzt, da aufgrund des bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses kaum ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin in einem laufenden Arbeitsverhältnis gegen „seinen“ Arbeitgeber klagt. Der Unterschied zu der durch den Referentenentwurf vorgesehenen, die Arbeitnehmer/innen als private Gläubiger begünstigenden Einschränkung der Anfechtung beruht damit auf Aufwand und Prozesskostenrisiko einerseits und einer unabhängigen Prüfung andererseits und hat eine weitergehende Legitimität, als die des Finanzverwaltung und der Sozialversicherungsträger. Ungeachtet dieser rechtlichen Gesichtspunkte sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in einer anderen sozialen (Interessen-)Lage als Fiskus und Sozialversicherungsträger, für die eine Anfechtung von Beiträgen und Rückzahlungsverpflichtung regelmäßig finanziell verkraftbar ist.

Daher hält der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften eine Privilegierung des Fiskus und der Sozialversicherungsträger, wie – erst – durch den Regierungsentwurf nach Maßgabe des § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E vorgesehen, nicht nur nicht für geboten, sondern auch für unverhältnismäßig im Hinblick auf das postulierte Ziel des Regierungsentwurfs, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Insolvenzgläubigern und denjenigen zu schaffen, gegen die sich insolvenzanfechtungsrechtliche Ansprüche richten. Diese Privilegierung von Finanzverwaltung und Sozialversicherungsträger widerspricht nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften auch den Vorgaben des Koalitionsvertrags zum Insolvenzrecht, da „... das Insolvenzanfechtungsrecht im Interesse der Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs sowie des Vertrauens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ausgezahlte Löhne auf den Prüfstand“ gestellt werden soll, was zwar die Zwangsvollstreckung diesbezüglicher Arbeitnehmerentgelte, nicht jedoch die Zwangsvollstreckung ausstehender Steuerrückstände oder entsprechender Kassenbeiträge (Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag betrifft das Bruttoentgelt) umfasst.

Keinesfalls darf allerdings aus der Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften ein Kompromiss, der die Privilegierung der öffentlichen Gläubiger (bzw. das „Fiskusprivileg“) zurücknimmt, zu einer Streichung jeglicher vorgesehener gesetzlicher Änderungen beim § 131 InsO (insbesondere in der Fassung des Referentenentwurfs zu § 131 Absatz 1 Satz 2 InsO-E) führen, da es nicht unerheblich viele Fälle gibt, in denen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht – vor allem durch einen Vergleich in der Güteverhandlung – nach vielen Mühen und mit Mut einen Zwangsvollstreckungstitel erwirken konnten, der nach jetziger Rechtslage als „inkongruent“ das verdiente Arbeitsentgelt in die Masse fließen lässt (was keine Arbeitnehmerin und kein Arbeitnehmer „versteht“).

Auch wenn es über den Eingang von arbeitsgerichtlichen Anfechtungsklagen, die (speziell) inkongruente Deckungshandlungen (oder – noch spezieller – Insolvenzanfechtungsklagen aufgrund durch Zwangsvollstreckung erwirkter Sicherungen oder Befriedigungen) zum Gegenstand haben, jedenfalls



nach diesseitiger Kenntnis keine statistische Erfassung gibt, zeugen aber allein die diesbezüglichen Fälle, die vom Bundesarbeitsgericht als höchstrichterliche Revisionsinstanz entschieden worden sind., davon, dass diese Anfechtungsfälle gegenüber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht gering sind und die abhängig Beschäftigten in hohem Maße belasten. So weist eine juris-Recherche zu den Stichworten „Inkongruenz“ und „Zwangsvollstreckung“ allein zwischen 2011 und 2015 34 „Treffer“ zu Fällen aus, die überwiegend durch das Bundesarbeitsgericht entschieden wurden. Die wichtigsten dieser Entscheidungen aus den letzten Jahren sind:

- BAG v. 31.08.2010 – 3 ABR 139/09
- BAG v. 24.10.2013 – 6 AZR 367/13
- BAG v. 27.02.2014 – 6 AZR 367/13
- BAG v. 08.05.2014 - 6 AZR 722/12; 6 AZR 811/12; 6 AZR 908/12

Daher müssen die – vorzugsweise durch die Formulierung im Referentenentwurf vorgeschlagenen - Änderungen des § 131 InsO, dass Deckungen, die durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten Vollstreckungstitels (zu ergänzen: oder durch Prozessvergleich) erwirkt worden sind, künftig nur unter den erschwerten Bedingungen des § 130 InsO – also bei nachgewiesener Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners – anfechtbar sind, unbedingt erhalten bleiben.

#### **Sonderproblem: Inkongruenzanfechtung aufgrund von „Drittzahlungen“**

Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll die Inkongruenzanfechtung nur eingeschränkt werden, soweit eine Sicherung oder Befriedigung in der „kritischen“ Zeit durch Zwangsvollstreckung erwirkt worden ist. Eine solche Deckung, die jedoch aus einem anderen Grund inkongruent ist, bleibt von der Einschränkung der Inkongruenzanfechtung ausgeschlossen. In unserer Stellungnahme vom 08.06.2015, S. 3 und 4, haben wir noch ein weiteres Problem von Insolvenzanfechtungen gegenüber Entgeltzahlungen (für erbrachte Arbeitsleistungen) von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern angesprochen, die (formell) von „Dritten“ an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geleistet worden sind, die sogenannten „Drittzahlungen“. Auch diese Fälle beschäftigen immer wieder die Gerichte, bis hoch zum Bundesarbeitsgericht. Entsprechende gerichtliche Verfahren sind in der DGB-Stellungnahme vom 08.06.2015, S. 4, zitiert und inhaltlich erläutert worden. Die wichtigsten aus den letzten Jahren sind:

- BAG v. 21.11.2013 – 6 AZR 159/12
- BAG v. 13.11.2014 – 6 AZR 631/13; 6 AZR 869/13 und zahlreiche Parallelverfahren
- BAG v. 22.10.2015 – 6 AZR 538/14 (Entscheidung des BAG ausnahmsweise für Arbeitnehmer, weil das Arbeitsentgelt das gesamte Arbeitsverhältnis über das Konto des Sohnes geflossen ist)

Bei derartigen Entgeltzahlungen über Dritte liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und auch des Bundesarbeitsgerichts regelmäßig – bis auf besondere Ausnahmen, s.o. – eine inkongruente Deckung vor, da eine derartige Befriedigung nicht „in der Art“ erfolgt, in der sie geschuldet ist. Das gilt etwa auch dann, wenn der Schuldner und der Dritte Schwesterunternehmen sind oder einen Gemeinschaftsbetrieb unterhalten (vgl. BAG vom 21.11.2013 – 6 AZR 159/12) oder die Entgeltzahlung nicht über das Konto des späteren Insolvenzschuldners erfolgt, sondern über das Konto seiner Ehefrau (vgl. BAG vom 13.11.2014 – 6 AZR 869/13 und 6 AZR 631/13) oder seines Sohnes (BAG v. 22.10.2015 – 6 AZR 538/14).

In solchen Fällen von „Drittzahlungen“ sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bislang weitgehend schutzlos gestellt: Trotz der für die Zahlung des Entgelts über Dritte (als eigentliche Gegenleistung) bereits in das Vermögen des Schuldners gelangten Arbeitsleistung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, ist durch die in solchen Fällen in bestimmten Konstellationen – wegen erheblicher Abweichung vom vereinbarten Erfüllungsweg – unterstellte inkongruente Deckung die Annahme eines Bargeschäfts oft nicht möglich, da dieses gerade eine Vereinbarung zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner über die beiderseits zu erbringenden Leistungen voraussetzt (vgl. BAG vom 21.11.2013 – 6 AZR 159/12, Rn. 34). Die Inkongruenz hängt darüber hinaus von vertraglichen Beziehungen des Schuldners mit dem Dritten ab, auf die der Arbeitnehmer keinen Einfluss hat und die er nicht einmal erkennen kann. Bei den Anfechtungstatbeständen des § 131 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO wird nach derzeitiger Gesetzeslage allein auf die „objektive Verdächtigkeit“ der einem Erwerb (etwa Entgeltzahlung an abhängig Beschäftigte durch Dritte) zugrunde liegenden Handlung des Schuldners abgestellt und deshalb auf subjektive Anfechtungsvoraussetzungen in diesen Anfechtungstatbeständen verzichtet (vgl. BAG vom 13.11.2014 – 6 AZR 869/13, Rn. 28). Dies ist umso belastender für die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, da sie die (Dritt-)Zahlung ihres Arbeitsentgelts – aus ihrem Empfängerhorizont – nicht als „inkongruent“ (entsprechend der Bewertung in der „Laiensphäre“) erkennen, sei es, weil sie es nicht als „ungewöhnlich“ ansehen, dass sie ihr Entgelt von einem Schwesterunternehmen (im Konzern) ihres Arbeitgebers erhalten oder – insbesondere bei Beschäftigung in einem (kleinen) „Familienbetrieb“ über das Konto eines Familienmitglieds ihres Vertragsarbeitgebers, oder sei es, weil sie sich wegen ihres Entgeltanspruchs für die bereits erbrachte Arbeitsleistung überhaupt keine Gedanken über eine rechtlich „nicht in der Art“ erfolgte Befriedigung machen.

Um das Defizit um die Anfechtung von Arbeitnehmerentgelten in diesen Fällen von „Drittzahlungen“ zu lösen, haben wir in unserer Stellungnahme eine gesetzliche Klarstellung vorgeschlagen, dass Entgeltzahlungen an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über Dritte kongruent sind. Soweit diesem Vorschlag i.S. eines „partiellen Arbeitnehmerprivilegs“ aufgrund der „Regelungssystematik des geltenden Rechts“ nicht gefolgt werden sollte, wäre auch eine (allgemeiner geltende) Sonderregelung - angeknüpft an die Einschränkung einer Inkongruenzanfechtung bei durch Zwangsvollstreckung erlangter Sicherung oder Befriedigung in § 131 Abs. 1 InsO-E - denkbar, die die Inkongruenz der „Drittzahlung“ von ihrer Erkennbarkeit durch den Gläubiger nach Maßgabe seines „Verkehrskreises“ abhängig macht.

#### Zu Nr. 3 (Änderung des § 133 InsO):

§ 133 InsO-E soll geändert werden, um die Vorsatzanfechtung von Deckungshandlungen durch Sonderregelungen maßvoll zurückzunehmen und gegenüber „paradigmatischen“ Fällen der Vorsatzanfechtung (etwa Vermögensverschiebungen) abzugrenzen, für die es bei den bisherigen leichteren Anfechtungsvoraussetzungen verbleibt. Für die Fälle der Vorsatzanfechtung einer inkongruenten Deckung verbleibt es zwar bei der in § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO verankerten Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz, allerdings soll der Anfechtungszeitraum nach dem neu vorgesehenen Absatz 2 nur noch vier Jahre betragen. Letztgenannte Änderung gilt auch für die Fälle der Vorsatzanfechtung einer kongruenten Deckung, allerdings mit der weiteren Erleichterung (Änderung), dass die gesetzliche Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz abgeschwächt werden soll.

Nach dem neu vorgesehenen Absatz 3 Satz 1 soll die Vermutung nunmehr an die Kenntnis der tatsächlich eingetretenen (statt der bisher nur drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anknüpfen. Kongruente Leistungen sollen insofern besser gestellt werden, da der Gläubiger lediglich das erhält, worauf er nach dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis einen Anspruch hat. Für Fälle der Gewährung von Zahlungserleichterung oder Stundung von Forderungen gegenüber dem Schuldner enthält der vorgesehene Absatz 3 Satz 2 eine neue Vermutungsregel zugunsten des Gläubigers, dass dieser zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen grundsätzlich das Ziel des Regierungsentwurfs, die Vorsatzanfechtung in Bezug auf Deckungshandlungen einzuschränken, für diese Fälle die ansonsten bei der Vorsatzanfechtung bestehende Anfechtungsfrist von zehn Jahren auf vier Jahre zurückzunehmen (was allerdings auch ausreichend ist) und die Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungshandlungen nach dem vorgesehenen Absatz 3 weitergehend zu erschweren. Schon dogmatisch zweifelhaft erscheint jedoch die Vermutungsregel, dass eine vom anderen Teil dem Schuldner gewährte Zahlungserleichterung vermuten lasse, dass der andere Teil eine zur Zeit der Handlung schon eingetretene Zahlungsunfähigkeit nicht kannte. Ungeachtet dieser Kritik ist jedoch die hinter dieser Vermutungsregel stehende Zielsetzung positiv zu bewerten, bei eindeutigen Vereinbarungen – etwa auch - über Stundungen von Arbeitsentgelt (ggf. auch über den Betriebsrat durch Betriebsvereinbarung) die Vorsatzanfechtung einzuschränken.

Trotz des – zweifellos durch die Rechtsprechung kasuistisch ausfüllbaren - unbestimmten Rechtsbegriffs der „Unangemessenheit“ der Benachteiligung durch die im Referentenentwurf vorgesehene Änderung des § 133 Absatz 1 Satz 1 InsO würden der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften eine diesbezügliche Umsetzung des "Unangemessenheitskonzepts" des Referentenentwurfs mit den entsprechenden Definitionen in § 133 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 Inso-E gegenüber den Änderungen der Vorsatzanfechtung durch den Regierungsentwurf favorisieren. Nach den vorliegenden Änderungsvorschlägen des Regierungsentwurfs ist die Normwirkung des § 133 InsO insgesamt gegenüber dem Referentenentwurf wieder leicht verschärft worden, weil auch die in § 133 Abs. 1 Satz 3 InsO-E des Referentenentwurfs vorgesehene Vermutung entfällt. Allerdings dürfte eine solche Vermutung in Bezug auf den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor einer Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO angesichts der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG vom 29.01.2014 - 6 AZR 345/12, Rn. 89) und der des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH vom 10.07.2014 - IX ZR 192/13, Rn. 34, 37) auch nicht unbedingt erforderlich sein.

#### Zu Nr. 4 (Neufassung des § 142 InsO):

§ 142 InsO soll dahingehend geändert werden, indem der neu vorgesehene Absatz 1 die für die Vorsatzanfechtung bestehende Ausnahme vom Bargeschäft einschränkt und das Bargeschäftsprivileg insoweit auf die Vorsatzanfechtung erstreckt. Die Vorsatzanfechtung nach § 133 Absätze 1 bis 3 InsO-E soll bei Bargeschäften künftig nur noch dann möglich sein, wenn der Schuldner unlauter handelte und der andere Teil (Leistungsempfänger) dies erkannt hat. Zum anderen fasst der Regierungsentwurf die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Konkretisierung des nach § 142 InsO erforderlichen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Leistung und Gegenleistung zusammen und löst dabei die Divergenzen, die in der Frage der Anfechtbarkeit von Arbeitsentgeltzahlungen zwischen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der des Bundesgerichtshofs bestehen, nach Maßgabe des § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf. Danach ist die für ein Bargeschäft notwendige Unmittelbarkeit des Austausches im Rahmen von

Arbeitsverträgen dann zu bejahen, wenn der Zeitraum zwischen dem Beginn der Arbeitsleistung, deren Vergütung in Streit steht, und der Auszahlung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt.

Diese Neuregelungen zum Bargeschäft werden vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften begrüßt. Zutreffend soll es nach Absatz 1 zum einen nicht mehr darauf ankommen, ob die in das Vermögen des Schuldners gelangende Gegenleistung den Gläubigern konkreten Nutzen verspricht, und zum anderen sollen bargeschäftliche Austausch grundsätzlich vom Bargeschäftsprivileg erfasst werden. Für die Anfechtbarkeit eines Bargeschäfts ist es zukünftig nicht mehr ausreichend, dass die Tatbestandsmerkmale des § 133 InsO gegeben sind, sondern als weiteres Merkmal (darum gehört dieses auch in den Regelungszusammenhang des § 142 InsO-E) muss ein unlauteres Verhalten seitens des Schuldners hinzutreten, das als solches auch vom Anfechtungsgegner erkannt wurde.

Besonders erfreulich ist nach Maßgabe des Regierungsentwurfs die vorgesehene Definition der Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches in § 142 Abs. 2 InsO-E, die allerdings in ähnlicher Weise bereits in § 142 Satz 2 und 3 InsO-E des Referentenentwurf enthalten war. Die gesetzliche Klarstellung nach Maßgabe des Absatzes 2 Satz 2 InsO-E des Regierungsentwurfs wird nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften (endlich) die Rechtssicherheit für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erhöhen und ihr Vertrauen darin stärken, dass sie Arbeitsentgelt (zu dem auch einmalige Einnahmen, wie Fälle der Entgeltfortzahlung, etwa bei Krankheit oder Urlaub, gehören), das sie spätestens drei Monate nach der Arbeitsleistung erhalten haben, auch behalten dürfen. Werden diese zeitlichen Grenzen eingehalten, wird eine Anfechtung von Arbeitsentgeltzahlungen künftig im Regelfall nicht mehr möglich sein, da bei Vorliegen eines Bargeschäfts auch die Anforderungen an die Vorsatzanfechtung erhöht werden (§ 142 Absatz 1 InsO-E).

Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften wäre über diese vorgesehenen Regelungen des Kabinettsentwurfs hinaus eine (weiter gehende) Konkretisierung des Bargeschäftsprivilegs durch Ausweitung der Anfechtungssicherheit auf Zahlungen von Lohnrückständen, die länger als drei Monate bestanden haben, bis zu dem durch das Insolvenzgeld gesicherten Gesamtvolumen wünschenswert: Diese Entgeltzahlungen sind weiterhin nach dem Regierungsentwurf nicht als Bargeschäft vor einer Insolvenzanfechtung geschützt, obgleich betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur wegen der Altschuldentilgungen des Schuldners auf ihr Leistungsverweigerungsrecht (das mit der Altschuldentilgung gleichwertig ist und in einem – synallagmatischen - Gegenseitigkeitsverhältnis mit dieser Leistung steht) verzichten (vgl. hierzu Wroblewski, NJW 2012, 894 ff., 895).

Zu beachten bleibt ferner, dass eine Inkongruenzanfechtung nach der Rechtsprechung des BAG und des BGH auch bei Bargeschäftssituationen, also auch bei Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches, - entgegen dem Wortlaut des § 142 InsO - möglich ist. Daher droht weiterhin eine Insolvenzanfechtung bei Drohung mit einem Insolvenzantrag und „Drittzahlungen“ (vgl. obige Ausführungen zu Nr. 2 – Änderung des § 133 InsO). Diese Defizite sollten noch beseitigt werden.

Zu Nr. 5 (Ergänzung des § 143 Abs. 1 InsO um einen zweiten Satz):

**§ 143 Abs. 1 InsO** soll geändert werden, um Fehlanreize zu einer verzögerten Geltendmachung von begründeten Anfechtungsansprüchen zu beseitigen und Anfechtungsgegner besser vor einer übermäßigen Zinsbelastung zu schützen. Durch die Anfügung eines Satzes 3 ist eine Rückgewährschuld, die auf eine Geldleistung gerichtet ist, allein unter den Voraussetzungen des Schuldnerver-



zugs oder des § 291 BGB zu verzinsen, was beim Schuldnerverzug neben der ab Verfahrenseröffnung bestehenden Fälligkeit des Anspruchs (die durch bewusst späte Geltendmachung durch Insolvenzverwalter zu hohen Zinszahlungen zu Lasten der Anfechtungsgegner geführt hat) grundsätzlich eine Mahnung durch den Insolvenzverwalter - oder die Erhebung der ihr gleich stehende Anfechtungsklage – voraussetzt (entgegen einer zur jetzigen Rechtslage verbreiteten Praxis sollte die Begründung des Gesetzentwurfs klarstellend dahingehend ergänzt werden, dass der Zinslauf eine qualifizierte Mahnung voraussetzt: (vgl. hierzu die Stellungnahme des DGB zum Referentenentwurf vom 08.06.2015, Seite 5 f.). Daher sind zukünftig erst ab Verzugseintritt oder ab dem Eintritt der Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage Verzugszinsen gemäß § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB geschuldet. Gegenüber dieser bereits im Referentenentwurf vorgesehenen Ergänzung der Rechtsfolgenregelung des § 143 Abs. 1 InsO enthält der im Regierungsentwurf hinzugefügte zweite Halbsatz des vorgesehenen Satzes 3 weitere Klarstellungen zur geplanten Änderung bei der Verzinsung: So wird insbesondere klargestellt, dass künftig Zinsen auch nicht mehr als gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen herausverlangt werden können (so noch BGH vom 1.2.2007, ZIP 2007, 488 ff.).

Dieser Vorschlag zur Ergänzung des § 143 Abs.1 InsO wird vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften insgesamt uneingeschränkt begrüßt. Dem Vorschlag des Bundesrates in seiner Stellungnahme zu dieser Vorschrift, wonach bei einer Rückzahlung von Justizkosten, deren Rückgewährung im Wege der Anfechtung geltend gemacht wurde, ein Verzinsungsausschluss geregelt werden sollte, wird seitens der Gewerkschaften jedoch entschieden entgegengetreten, da ein solches „kleines Vorrecht“ des Fiskus unter keinem Gesichtspunkt gegenüber anderen Anfechtungsgegnern sachlich gerechtfertigt ist.



**Stellungnahme** des Deutschen Gewerkschaftsbundes an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz

## **Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz**

08.06.2015

### **I. Grundsätzliche Positionsbestimmung**

Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften ist der vorliegende Entwurf ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, die Handlungsmöglichkeiten von Insolvenzverwaltern und -gerichteten gesetzlich einzuschränken, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – in der sie ohnehin existenziell belastenden Phase des (drohenden) Verlustes ihres Arbeitsplatzes in einem Insolvenzverfahren gegenüber ihrem Beschäftigungsunternehmen – mit der Anfechtung von Arbeitsentgelt mit dem Ziel einer „Rückgewähr“ zur Insolvenzmasse zu überziehen, für dessen Zahlung sie bereits durch ihre Arbeitskraft eine entsprechende Gegenleistung erbracht haben. Mit diesem Entwurf zur Änderung des Insolvenzanfechtungsrechts wurde – insbesondere durch die vorgesehene Konkretisierung des Bargeschäftsprivilegs – auch erkannt, dass die Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgelt letztlich dem wohlverstandenen Interesse der Gläubiger selbst schadet und sich sanierungsfeindlich auswirkt, indem sie die Fortführung der Arbeit des Unternehmens bereits in seiner Krise behindert.

Die mit dem Entwurf vorgelegten Änderungsvorschläge am Insolvenzanfechtungsrecht werden weitestgehend begrüßt, wengleich aus Sicht der Gewerkschaften ein genereller Anfechtungsausschluss, soweit es um Arbeitsentgelt geht, im Sinne des Arbeitnehmerschutzprinzips sozialpolitisch erforderlich und wünschenswert wäre. Entsprechende Vorschläge zu einer „umfassenderen“ bzw. generellen Lösung des Problems der Anfechtung von Arbeitsentgelten in der Insolvenz durch ein sogenanntes „Arbeitnehmerprivileg“ wurden vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften unterbreitet und auch in der Fachliteratur diskutiert (vgl. in dieser Richtung Abele, FA 2009, 133 ff., 135 f.; Wroblewski, NJW 2012, 894 ff.). Wengleich eine umfassende Anfechtungsausnahme für Tilgung oder Sicherungen von Arbeitnehmerforderungen im Sinne des Sozialstaatsprinzips geboten ist und für die Insolvenzmasse praktisch unschädlich wäre, muss der vorliegende Gesetzentwurf als sehr beachtlicher Schritt zur Lösung der Probleme gewürdigt werden.

Um die Regelungssystematik des geltenden Insolvenzrechts unberührt zu lassen, beschränkt sich der Entwurf auf eine „punktuelle Neujustierung“. Anzuerkennen ist jedoch, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer „innerhalb dieses Regelungssystems“ des Insolvenzanfechtungsrechts von den größten Rechtsunsicherheiten entlastet werden, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen, wengleich auch insoweit ein paar Defizite bestehen, deren Ergänzung und Klarstellung wünschenswert sind. In diesem Rahmen bedarf es der Ergänzung von Regelungen zur

Deutscher Gewerkschaftsbund  
Bundesvorstand  
Abteilung Recht

**Helga Nielebock**  
Abteilungsleiterin

helga.nielebock@dgb.de

Telefon: 030/24060-274  
Telefax: 030/24060-761

Henriette-Herz-Platz 2  
10178 Berlin

www.dgb.de

Eingrenzung der Anfechtung von Arbeitsentgelten, die durch Drittzahlungen an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erfolgen (hierzu näher unter I. 1. und I. 2.), indem diese – wie die durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung oder Befriedigung – als (quasi) „kongruente Deckungen“ behandelt werden. Im Hinblick auf die Konkretisierung des Bargeschäftsprivilegs wäre die Ausweitung der Anfechtungssicherheit auf Zahlungen von Lohnrückständen, die länger als drei Monate bestanden haben, wünschenswert (hierzu näher unter I. 3.), zumal diese weder von den diesbezüglich vorgeschlagenen Regelungen noch von der – in jüngster Zeit dazu ergangenen – Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als Bargeschäft erfasst werden.

Im Hinblick auf die vorgesehene Abschaffung der Inkongruenz in Bezug auf die „durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels“ erwirkten Sicherung oder Befriedigung durch Ergänzung des § 131 Abs. 1 InsO ist im Falle einer in der Literatur vorgeschlagenen Beschränkung dieser Regelung auf Verfahren „vor der Ziviljustiz“ (so Hirte, Gastkommentar in DB 2015, Heft 16/2015, M 5) zu gewährleisten, dass auch Titel in arbeitsgerichtlichen Verfahren umfasst sind, d. h., dass Zwangsvollstreckungen aus Titeln der ordentlichen, als auch der Arbeitsgerichtsbarkeit keine Inkongruenz begründen (hierzu näher unter I. 1.).

## II. Zu ausgewählten Regelungen des Artikel I im Einzelnen

### 1. Privilegierung der Zwangsvollstreckungsbefriedigung (Änderung des § 131 InsO)

Zu Nr. 1 Buchstabe a (§ 131 Absatz 1 InsO-E): Kongruenz bei Zwangsvollstreckung

Mit dem durch den Entwurf hinzugefügten Absatz 1 Satz 2 soll gewährleistet werden, dass Deckungen, die durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten Vollstreckungstitels erwirkt worden sind, künftig nur unter den erschwerten Anforderungen des § 130 InsO (also bei nachgewiesener Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners) anfechtbar sein sollen.

Diese vorgesehene Änderung wird vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften begrüßt.

Angesichts der hohen Zahl – häufig schon in Güteverhandlungen geschlossener – arbeitsgerichtlicher Vergleiche ist für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von großer Bedeutung, dass zu den im gerichtlichen Verfahren erlangten Titeln neben vollstreckbaren Gerichtsurteilen und -beschlüssen etwa auch Prozessvergleiche und Vollstreckungsbescheide gehören. Dies wird in der Begründung des Entwurfs (S. 15) auch so anerkannt. Aus Gründen gesetzlicher Rechtsklarheit und -sicherheit halten wir jedoch eine diesbezügliche Formulierung (bereits) im Wortlaut des Gesetzes für erforderlich, da – im Wege einer die Erwägungen des historischen Gesetzgebers gering schätzenden Auslegung – zweifelhaft sein könnte, ob ein Vergleich „erlangt“ ist.

Sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren der Vorschlag von Prof. Hirte im Gastkommentar in der Zeitschrift „Der Betrieb“ (Heft 16/2015, M 5) zu Art. 1 Nr. 1 lit. a (§ 131 Abs. 1 InsO-E), wonach sich



die durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels" erwirkte Sicherung oder Befriedigung lediglich auf "Verfahren vor der Ziviljustiz" beziehe (bzw. beziehen solle), als Änderungsvorschlag aufgegriffen werden, ist eine solche Formulierung zwingend ihrerseits (erweiternd) klarzustellen, dahin, dass nur Zwangsvollstreckungen aus Titeln der ordentlichen Zivil- und der Arbeitsgerichtsbarkeit keine Inkongruenz begründen.

Von besonderer Bedeutung ist darüber hinaus eine Klarstellung des § 131 InsO-E nach Maßgabe des vorgelegten Entwurfs, dass die Formulierung "auf der Grundlage eines ... vollstreckbaren Titels" auch die Drohung mit der Zwangsvollstreckung miterfasst. Diese Folgerung dürfte sich zwar mittelbar auch aus der Begründung des Entwurfs (S. 12: "...oder unter dem Druck der Zwangsvollstreckung...") herauslesen lassen und dem Auslegungsprinzip e maiore ad minus entsprechen, sollte aber ausdrücklich klargestellt werden.

Systematisch ist im Zusammenhang mit der Änderung des § 131 InsO weiter auf ein Defizit des Entwurfs im Hinblick auf die Überprüfung bestimmter Fälle von Deckungsanfechtungen hinzuweisen, die „im Interesse ... des Vertrauens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ausgezahlte Löhne auf den Prüfstand...“ zu stellen sind (so der Koalitionsvertrag der Bundesregierung): Es handelt sich dabei um Zahlungen (meist Erfüllung von Entgeltansprüchen von abhängig Beschäftigten), die an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch eine dritte Person erfolgen, sogenannte „Drittzahlungen“. Bei derartigen Entgeltzahlungen über Dritte liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und auch des Bundesarbeitsgerichts regelmäßig – bis auf besondere Ausnahmen – eine inkongruente Deckung vor, da eine derartige Befriedigung nicht „in der Art“ erfolgt, in der sie geschuldet ist. Das gilt etwa auch dann, wenn der Schuldner und der Dritte Schwesterunternehmen sind oder einen Gemeinschaftsbetrieb unterhalten (vgl. BAG vom 21.11.2013 – 6 AZR 159/12) oder die Entgeltzahlung nicht über das Konto des späteren Insolvenzschuldners erfolgt, sondern über das Konto seiner Ehefrau (vgl. BAG vom 13.11.2014 – 6 AZR 869/13 und 6 AZR 631/13).

Entsprechend dem erklärten Ziel des Entwurfs, gerade auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Rechtsunsicherheiten zu entlasten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzrechts ausgehen, sollte der Entwurf zu dieser Anfechtungsproblematik nachgebessert und eine adäquate Lösung in Bezug auf diese Rückforderungsfälle gefunden werden. Weitere Verfahren dieser Art stehen vor dem Bundesarbeitsgericht zur Entscheidung an, etwa ein – noch nicht terminiertes – Verfahren mit dem Aktenzeichen 6 AZR 538/14, in dem es darum geht, dass Zahlungen angefochten worden sind, die über das Konto des Sohnes des Schuldners gelaufen sind, der dieses Konto als Geschäftskonto genutzt und über dieses Konto während des gesamten Arbeitsverhältnisses das Entgelt gezahlt hat.

In solchen Fällen von „Drittzahlungen“ sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bislang weitgehend schutzlos gestellt: Trotz der für die Zahlung des Entgelts über Dritte (als eigentliche Gegenleistung) bereits in das Vermögen des Schuldners gelangten Arbeitsleistung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, ist durch die in solchen Fällen in bestimmten Konstellationen – wegen erheblicher Abweichung vom vereinbarten Erfüllungsweg – unterstellte inkongruente Deckung die Annahme eines Bargeschäfts oft nicht möglich, da dieses gerade eine Vereinbarung zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner über die beiderseits zu erbringenden Leistungen voraussetzt (vgl. BAG vom 21.11.2013 – 6 AZR 159/12, Rn. 34). Die Inkongruenz hängt darüber hinaus von vertraglichen Beziehungen des

Schuldners mit dem Dritten ab, auf die der Arbeitnehmer keinen Einfluss hat und die er nicht einmal erkennen kann. Bei den Anfechtungstatbeständen des § 131 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO wird nach derzeitiger Gesetzeslage allein auf die „objektive Verdächtigkeit“ der einem Erwerb (etwa Entgeltzahlung an abhängig Beschäftigte durch Dritte) zugrunde liegenden Handlung des Schuldners abgestellt und deshalb auf subjektive Anfechtungsvoraussetzungen in diesen Anfechtungstatbeständen verzichtet (vgl. BAG vom 13.11.2014 – 6 AZR 869/13, Rn. 28).

Vor dem Hintergrund der Fallkonstellationen in den genannten Verfahren sollte nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften der Entwurf ergänzt und klargestellt werden, dass Entgeltzahlungen an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über Dritte kongruent sind.

## 2. Neujustierung der Vorsatzanfechtung (Änderung des § 133 InsO)

Zu Nr. 2 Buchstabe a und b (§ 133 Abs. 1-3 InsO-E) sowie Nr. 3 Buchstabe a (Bezugnahme in § 142 InsO-E): Neuregelung der subjektiven Seite der Vorsatzanfechtung sowie deren In-Bezugnahme beim Bargeschäft

Durch verschiedene Änderungen und Ergänzungen soll die mit unverhältnismäßigen und unkalkulierbaren Risiken behaftete Praxis der Vorsatzanfechtung rechtssicherer ausgestaltet sowie die Vorsatzanfechtung klarer konturiert und hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs begrenzt werden:

In § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO-E ist vorgesehen, dass sich der Vorsatz des Schuldners künftig darauf bezieht, seine Gläubiger „unangemessen“ zu benachteiligen und dass der andere Teil diesen Vorsatz „unangemessener“ Gläubigerbenachteiligung kennen muss. So soll das Merkmal der „Unangemessenheit“ namentlich im Bereich der „kongruenten Deckungen“ eine tatbestandsbegrenzende Funktion erfüllen: Die Bewirkung einer Deckung, bei der lediglich eine geschuldete Leistung erbracht wird, stellt sich grundsätzlich erst dann als unangemessen dar, wenn die Deckung trotz Eintritts der Zahlungsunfähigkeit gewährt wird.

Demgegenüber soll durch § 133 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 InsO-E gesetzlich klargestellt werden, dass – mangels unangemessener Gläubigerbenachteiligung – auch dann keine Vorsatzanfechtung droht, wenn – trotz Ankündigung der Insolvenz des Schuldners in Gestalt einer drohenden Zahlungsunfähigkeit – ernsthafte Sanierungsbemühungen des Schuldners unterstützt werden sollen oder wenn dem Schuldner mit wertäquivalenten Bargeschäften die Fortführung seines Unternehmens oder die Sicherung seines Lebensbedarfs ermöglicht werden soll.

Eingeschränkt wird die Anfechtung von Deckungshandlungen weiter dadurch, dass für sie der Anfechtungszeitraum gemäß § 133 Abs. 2 InsO-E von vier (statt bisher zehn) Jahren deutlich verkürzt wird. Darüber hinaus wird für kongruente Deckungen die im künftigen § 133 Abs. 1 Satz 3 InsO-E verankerte Vermutung der Kenntnis des anderen Teils von dem schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz abgeschwächt, indem nach dem neuen § 133 Abs. 3 Satz 1 InsO-E die Vermutung nunmehr an die Kenntnis der tatsächlich eingetretenen (statt bisher: der nur drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anknüpft.



Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen diese vorgesehenen Änderungen bei der Vorsatzanfechtung, insbesondere im Hinblick darauf, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz durch das Merkmal der „Unangemessenheit“ zu beschränken und durch die Fallgruppe des Absatzes 1 Satz 2 Nummer 1 kongruente Deckungen mit Bargeschäftscharakter zu privilegieren, wenn sie für die Unternehmensführung erforderlich sind (und damit den Gläubigern – auch – nützen können). Diese Fallkonstellation trifft auch auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu, die in der Krise eines Unternehmens – trotz gewissen Verzögerungen oder Schwankungen in der Entgeltzahlung – ihre Tätigkeit im Betrieb fortsetzen, um eine Fortführung des Unternehmens zu ermöglichen (und damit auch ihren Arbeitsplatz sichern möchten). Da die Bargeschäftsregelung des § 142 Satz 1 InsO-E (wie bisher § 142 InsO) eine Anfechtung unter den Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung zulässt, ist es auch für abhängig Beschäftigte von Bedeutung, dass diese Vorsatzanfechtung (durch den neuen Verweis auf § 133 Absatz 1 bis 3 InsO-E in § 142 Satz 1 InsO-E) insoweit einer Beschränkung unterworfen ist.

Wie bereits unter Abschnitt I. 1. dieser Stellungnahme ausgeführt, halten der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften eine adäquate Lösung der Entgeltanfechtungsproblematik in Bezug auf „Drittzahlungen“ angesichts der für betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer negativen höchstgerichtlichen Entscheidungen für unabweisbar.

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

Zu Nr. 3 Buchstabe b (§ 142 Sätze 2 und 3 InsO-E):

Definition der „Unmittelbarkeit“ und Kodifizierung des Drei-Monats-Zeitraums (Rechtsprechung des BAG)

Durch Anfügung der Sätze 2 und 3 sollen Rechtsunsicherheiten beseitigt werden, die in Bezug auf die Anfechtbarkeit der Zahlung von Arbeitsentgelt bestehen. Es soll mit der Neuregelung des Satzes 2 des § 142 InsO-E zunächst allgemein bestimmt werden, welche Anforderungen an das Unmittelbarkeitsanfordernis des § 142 Satz 1 InsO-E zu stellen sind, während der neue Satz 3 des § 142 InsO-E sodann diese Anforderungen – entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. grundlegend BAG vom 06.10.2011 – 6 AZR 262/10, Rn 17 f.) – konkretisiert und (gesetzlich) klargestellt, dass ein grundsätzlich anfechtungsausschließendes Bargeschäft gegeben ist, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen zunächst die durch § 142 Satz 3 InsO-E für den Bereich der Zahlungen von Arbeitsentgelt vorgenommene Kodifizierung dieser Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in dieser für die Begrenzung von Insolvenzanfechtungen gegenüber Entgeltzahlungen (mit dem Ziel bzw. der Rechtsfolge der Rückgewähr nach § 143 Abs. 1 InsO) für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zentralen Norm des Insolvenzanfechtungsrechts außerordentlich.

Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften wäre gegenüber diesen vorgesehenen Regelungen des Entwurfs eine (weiter gehende) Konkretisierung des Bargeschäftsprivilegs durch Ausweitung der Anfechtungssicherheit auf Zahlungen von Lohnrückständen, die länger als drei Monate

bestanden haben (bis zu dem durch das Insolvenzgeld gesicherten Gesamtvolumen: vgl. Wroblewski, NJW 2012, 894 ff., 895), sowie ein genereller Ausschluss der Insolvenzanfechtung von Bargeschäften im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis von einer Insolvenzanfechtung wünschenswert; insofern sollte mithin auch die derzeitige Möglichkeit einer Vorsatzanfechtung unter den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO entfallen.

#### **4. Neuregelung der Verzinsung des Anfechtungsanspruchs (Änderung des § 143 InsO)**

Zu Nr. 4 (§ 143 Abs. 1 InsO-E): Neuregelung der Verzinsung des Anfechtungsanspruchs

Durch Anfügung eines weiteren Satzes an § 143 Abs. 1 InsO sollen Anfechtungsansprüche künftig nur noch nach Maßgabe der allgemeinen Verzugsregeln oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verzinst werden. Dadurch sollen bestehende Fehlanreize zu einer schleppenden Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen beseitigt und der Rechtsverkehr besser vor einer übermäßigen Zinsbelastung geschützt werden.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen auch diese vorgesehene Gesetzesänderung zum Schutze von Anfechtungsgegnern, um den nach geltendem Recht bestehenden (Fehl-)Anreize für Insolvenzverwaltern entgegenzuwirken, Anfechtungsansprüche erst spät, mitunter erst kurz vor der Verjährung (vgl. etwa den Sachverhalt, der dem Urteil des BAG vom 13.11.2014 – 6 AZR 869/13 – zugrunde lag), geltend zu machen, um auf diese Weise in den Genuss hoher Zinszahlungen zu kommen. Das Knüpfen des Zinslaufs an die Erhebung der Anfechtungsklage oder einer qualifizierten Mahnung (statt bislang an die Insolvenzeröffnung) erlaubt einer bzw. einem betroffenen abhängig Beschäftigten die Entscheidung, ob sie bzw. er sich gegen die Forderung verteidigen will.

### **III. Fazit und erforderliche Klarstellungen außerhalb der insolvenzrechtlichen Vorschriften**

Insgesamt halten der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften den vorgelegten Entwurf für einen großen Fortschritt, um Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Rechtsunsicherheiten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen, zu entlassen. Allerdings bedarf es – wie in den vorangegangenen Abschnitten der Stellungnahme ausgeführt – weiterer Klarstellungen in den genannten gesetzlichen Vorschriften unmittelbar oder in der Begründung zu diesem Gesetzentwurf, um die größten Belastungen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch die Insolvenzanfechtung von Entgeltzahlungen zu beseitigen. Auch wenn an der perspektivischen Forderung nach einer gänzlichen Anfechtungsausnahme für Entgeltzahlungen an Arbeitnehmer festzuhalten ist, entschärft der Entwurf die Probleme der betroffenen Arbeitnehmer beträchtlich. Mit den erforderlichen weiteren zuvor genannten Einschränkungen wird auch der Gefahr entgegengewirkt, dass die Beschäftigten bei Entgeltrückständen frühzeitig von ihrem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen müssen und damit Fortführungs- und Sanierungschancen schon im Vorfeld der Insolvenz vereitelt werden.



Aus der (negativen) Praxis im Umgang mit Insolvenzanfechtungen gegenüber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer möchten wir abschließend auf eine Fallkonstellation hinweisen, die es erforderlich macht, flankierend zu den aufgeworfenen Änderungen bzw. Ergänzungen zum Insolvenzanfechtungsrecht eine Klarstellung außerhalb des Insolvenzrechts im Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) vorzunehmen, nämlich in Bezug auf die unverschuldete Nachfrist zum Antrag auf Insolvenzzgeld (§ 324 Satz 3 SGB III). Dieses Erfordernis ergibt sich aus folgenden Gründen:

Das Bundesarbeitsgericht legt die Vorschrift des § 169 Satz 3 SGB III so aus, dass Ansprüche auf Arbeitsentgelt, die einen Anspruch auf Insolvenzzgeld begründen, erst mit der Stellung des Antrags auf Insolvenzzgeld auf die Bundesagentur übergehen (vgl. BAG vom 29.01.2014 – 6 AZR 345/12). Das bringt Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die wegen fristgerechter Lohnzahlungen keinen Insolvenzantrag gestellt haben, u. U. dann in mögliche Fristprobleme, wenn der Verwalter das Arbeitsentgelt zurückverlangt, aber die Zwei-Monats-Frist des § 324 Abs. 3 Satz 1 SGB III (Antrag auf Leistung) bereits ab dem Insolvenzereignis läuft. Dabei wird regelmäßig die insolvenzrechtliche Vorschrift des § 144 Abs. 1 InsO nicht beachtet, wonach die Forderung wieder auflebt, wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Erlangte zurückgewährt (vorher bestand die Forderung wegen Erfüllung nicht mehr). Zwar stellt sich deshalb die Frage, ob die Frist hier überhaupt läuft oder wenigstens eine Nachfrist von weiteren zwei Monaten nach § 324 Abs. 3 Satz 2 SGB zur Verfügung steht. Ohne eine diese Problematik aufnehmende gesetzliche Änderung bzw. Klarstellung laufen von Insolvenz betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer derzeit Gefahr, Nachteile zu erleiden, wie landessozialgerichtliche Entscheidungen gezeigt haben (vgl. LSG NRW vom 22.08.2013 – L 9 AL 133/13 B und LSG Bln-Brandenburg vom 15.08.2012 – L 18 AL 25/10).

Um diese möglichen Nachteile zukünftig zu beseitigen, fordern der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften eine Klarstellung in Bezug auf die Regelung zur Ausschlussfrist bei der Beantragung von Insolvenzzgeld, indem etwa diese Fallkonstellation einer Insolvenzanfechtung gesondert in der Vorschrift des § 324 Abs. 3 Satz 1 SGB III, etwa mit folgender Formulierung Berücksichtigung findet (vorgeschlagene Ergänzung unterstrichen):

(3) Insolvenzzgeld ist abweichend von Absatz 1 Satz 1 innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Monaten nach dem Insolvenzereignis, im Falle einer Insolvenzanfechtung nach dem Zeitpunkt der Rückzahlung (§ 144 Abs. 1 InsO), zu beantragen. [...]

Da eine Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch in der Zuständigkeit des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales liegt, wird um eine ressortübergreifende Unterrichtung und Abstimmung gebeten, damit eine diesbezügliche sozialrechtliche Ergänzung des vorliegenden Entwurfs (nebst zusätzlich aufgegriffener Änderungen) im Rahmen des Kabinettsbeschlusses vorgenommen werden kann.



Anhörung im Rechtsausschuss

des Deutschen Bundestages

am 24. Februar 2016

**Stellungnahme**

**zum**

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

**(BT-Drucks. 18/7054)**

(Vorbemerkung und Statement –  
ausführliche Stellungnahme folgt im nächsten Dokument)

**Hausanschrift**  
Zengergasse 1 - 3  
94032 Passau (neben dem Dom)

**öffentliche Verkehrsmittel**  
City-Bus (vom Bahnhof) Haltestelle Landratsamt oder Residenzplatz

**Telefon**  
(0851) 394 0  
(Vermittlung)

**Telefax**  
0851-394-4001

**E-Mail**  
poststelle@lg-pa.bayern.de  
Die e-mail-Adresse eröffnet keinen Zugang für formbedürftige Erklärungen in Rechtssachen



### **Vorbemerkung**

Das anschließende kurze **Statement** entspricht im Aufbau der ausführlichen **Stellungnahme**, die am Schluss zusätzlich eine schlagwortartige **Zusammenfassung** enthält.

Übersicht:

I. Beabsichtigte Änderung bei der Inkongruenzanfechtung nach § 131 Abs. 1 InsO

1. Ausgangspunkte
2. Stellungnahme

II. Verkürzung der Anfechtungsfrist auf vier Jahre bei (allen) Deckungshandlungen nach dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 2 InsO

1. Ausgangspunkte
2. Stellungnahme

III. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung durch Anknüpfung bei schon eingetretener Zahlungsunfähigkeit nach dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 3 S. 1 InsO

1. Ausgangspunkte
2. Stellungnahme

IV. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen bei der Fallgruppe „Zahlungserleichterungen“ nach dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO

1. Ausgangspunkte
2. Stellungnahme
3. Zwischenergebnis

V. Vorgesehene Änderungen beim Bargeschäft nach § 142 InsO

1. Ausgangspunkte
2. Stellungnahme

VI. Kompromissvorschlag zur Beschränkung der Vorsatzanfechtung für kongruenten Deckungshandlungen bei Zahlungsvereinbarungen bzw. Zahlungserleichterungen durch einen neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO bzw. § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG

VII. Zusammenfassung

## Statement

### I. Beabsichtigte Änderung bei der Inkongruenzanfechtung nach § 131 Abs. 1 InsO

Der neu anzufügende Satz 2 will Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung sowie Befriedigung durch Druckzahlung („freiwillige“ Leistung zur Abwendung einer drohenden Zwangsvollstreckung) aus dem Tatbestand der Inkongruenzanfechtung herausnehmen mit der Folge einer Anfechtbarkeit nur noch nach § 130 InsO. Damit wird ein erst 2006 gescheiterter Reformentwurf (BT-Drucks. 16/886) neu aufgelegt; Grund für das Scheitern war seinerzeit die Einsicht der damaligen Bundesregierung, dass das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung als die zentrale Errungenschaft der Insolvenzrechtsreform 1999 fortbestehen muss.

Da sich an diesem Befund nichts geändert hat/nichts ändern darf, wird der (neuerliche) Änderungsvorschlag deshalb und aus den im Folgenden dargelegten Gründen **abgelehnt**:

- Der beabsichtigte Satz 2 wäre unvereinbar mit dem Normzweck des Anfechtungstatbestandes, der dem Prinzip der par condicio creditorum schon vor Insolvenzeröffnung für die Dauer der Krise Geltung verschaffen will, um so die spätere Masse (nicht nur vor Ausplünderung zu bewahren, sondern sie zugleich) zu mehren. Deshalb ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und hM im Schrifttum die in diesem Zeitraum durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung oder Befriedigung inkongruent. Nichts anderes gilt für eine in der Krise erlangte Druckzahlung.

- Dieses System der Inkongruenzanfechtung ist seit vielen Jahrzehnten bewährt und steht bei den obersten Bundesgerichten außer Streit; insoweit herrscht auch Übereinstimmung zwischen dem IX. Zivilsenat des BGH und dem 6. Senat des BAG; schon deshalb gibt es für einen Eingriff keinen Anlass, zumal nur auf diese Weise die richtige Balance zwischen Gläubigern ohne und solchen mit einem Vollstreckungstitel bewahrt werden kann. Das alles drückt der Begriff „magna carta des Insolvenzrechts“ trefflich aus.
- Die beabsichtigte Systemänderung wäre außerdem ein Wertungswiderspruch zu § 88 InsO, der für den letzten Monat vor Insolvenzantrag wie § 131 InsO nur wegen der Inkongruenz auf subjektive Erfordernisse verzichten kann. Bei Verwirklichung der Reform käme es zu dem kuriosen Ergebnis, dass eine im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag erlangte Sicherung mit Verfahrenseröffnung automatisch unwirksam wird, eine in diesem Zeitraum aber (zufällig) schon erlangte Befriedigung unanfechtbar wäre; das Weniger (Sicherung) hätte mithin keinen Bestand, das Mehr (Befriedigung) aber schon!
- Als schwerwiegende Folge käme es außerdem zu einem deutlichen Rückgang der Eröffnungsquote; das schon tot geglaubte Gespenst „Konkurs in Konkurs“ stünde folglich wieder ante portas! Eine weitere, damit in direktem Zusammenhang stehende, wahrlich verheerende Folge wäre praktische das Ende für eine Sanierung insolventer Unternehmen in einem Insolvenzplanverfahren; denn solche Verfahren würde es mangels Insolvenzeröffnung nicht mehr bzw. nur sehr selten geben.

## **II. Verkürzung der Anfechtungsfrist auf vier Jahre bei (allen) Deckungshandlungen nach dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 2 InsO**

Trotz gewisser Bedenken wegen der darin liegenden Gleichstellung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung (letztere soll es begrifflich freilich ohnehin

nicht mehr geben) und wegen des Wegfalls/Beschränkung der Indizregel wird dem Vorhaben **nicht** entgegengetreten.

### **III. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung durch Anknüpfung bei schon eingetretener Zahlungsunfähigkeit nach dem neuen § 133 Abs. 3 S. 1 InsO**

Die derzeitige Rechtsprechung des IX. ZS des BGH zur Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung ist - auch aus tatrichterlicher Sicht - sehr kompliziert, für (jedenfalls) gewöhnliche Gläubiger nicht mehr vorhersehbar und im Ergebnis zu rigoros. Eine der wichtigsten Ursachen dafür ist die Vermutungsregel des geltenden Rechts, die bei der bloß drohenden Zahlungsunfähigkeit anknüpft (derzeit § 133 Abs. 1 S. 2 InsO). Folglich wird man sich der Einsicht nicht verschließen können, dass die beabsichtigte Neuregelung einen sachgerechten Lösungsweg darstellt, weshalb ihr **nicht** entgegengetreten wird.

### **IV. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen bei der Fallgruppe „Zahlungserleichterungen“ nach dem neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO**

Hierzu ist der Vorschlag in der dogmatischen Konstruktion verfehlt und in der Sache unhaltbar, weshalb er **abgelehnt** wird. Weder gibt es nämlich die behauptete Vermutungsgrundlage, noch ist klar, um welche Art der Vermutung (oder gar Fiktion?) es sich handeln soll. Das Ansinnen an den Gesetzgeber auszusprechen, aus der Bitte um Zahlungserleichterung ergebe sich, dass der andere Teil eine zur Zeit der Handlung (eventuell) schon eingetretene Zahlungsunfähigkeit nicht kannte, ist denklogisch unhaltbar, mithin willkürlich.

Die Lösung zum insoweit - hört, hört! - berechtigten Anliegen der Begrenzung einer Vorsatzanfechtung wird unten (VI) der - hört, hört, zum Zweiten! - regierungskonforme Kompromissvorschlag sowohl für § 133 Abs. 3 S. 2 InsO wie § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG bringen - bitte vorerst noch etwas Geduld!

## V. Vorgesehene Änderungen beim Bargeschäft nach § 142 InsO

Die Einordnung des Merkmals „unlauter“ in § 142 Abs. 1 a.E. InsO ist systematisch verfehlt, weil die Vorschrift seit jeher „nur“ den Begriff des Bargeschäfts definieren und dessen grundsätzliche Unanfechtbarkeit gemäß § 130 InsO bzw. die grundsätzliche Anfechtbarkeit im Wege der Vorsatzanfechtung normieren will. **Nicht** Gegenstand der Bargeschäftsregel ist demgegenüber die Begrenzung der Anfechtbarkeit innerhalb des Tatbestands des § 133 InsO. Das ist ausschließlich Sache des (neuen) § 133 Abs. 3 InsO, der sich ja ohnehin mit dem Schicksal von kongruenten Deckungen befasst; folglich muss – wie im sogleich vorzustellenden Kompromissvorschlag - das Merkmal „unlauter“ auch dort eingeordnet werden.

Den beabsichtigten Regelungen in **§ 142 Abs. 2 InsO** wird **nicht** entgegengetreten.

## VI. Kompromissvorschlag zur Beschränkung der Vorsatzanfechtung für kongruenten Deckungshandlungen bei Zahlungsvereinbarungen/Zahlungserleichterungen durch einen neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO bzw. § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG

Der Kompromissvorschlag lautet:

*„Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, kann die Rechtshandlung nur angefochten werden, wenn der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.“*

Begründung:

- Die sachlich unhaltbare Vermutungsregel wird beseitigt und das Merkmal „unlauterer“ (aus § 142 Abs. 1 a.E.) in den neu zu fassenden **§ 133 Abs. 3**

**S. 2 InsO** übernommen, mithin an der systematisch richtigen Stelle eingeordnet. Beides rechtfertigt es, den Kompromissvorschlag als „regierungskonform“ zu qualifizieren. Der Verweis auf das Merkmal „unlauter“ in **§ 142 Abs. 1 a.E. InsO** kann mithin entfallen.

- Diese Struktur ist auch für die Gläubigeranfechtung nach **§ 3 Abs. 3 S. 2 AnfG** zu übernehmen, womit der im Gesetzesentwurf zutreffend herausgestellte Gleichklang bei der Vorsatzanfechtung innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens verwirklicht wird, was bislang gerade **nicht** der Fall ist. Denn wegen des Fehlens einer Bargeschäftsregelung im AnfG käme das Merkmal „unlauter“ dort überhaupt nicht vor.
- Gleichzeitig wird damit folgendes, bislang streitige **Problem des (noch) geltenden Rechts obsolet**: Nach herrschender Meinung genügt nämlich auch bei § 3 AnfG bloß bedingter Vorsatz, was aber abzulehnen ist. Denn anders als in der Insolvenzanfechtung käme es in der Gläubigeranfechtung zu einem bloßen Rollentausch zwischen einem eine kongruente Deckung erstrebenden, bislang aber unberücksichtigt gebliebenen Gläubiger (Anfechtungskläger) und dem vom Schuldner kongruent, aber anfechtbar bedienten Gläubiger (Anfechtungsgegner). Ersterer würde bei Erfolg seiner Anfechtungsklage als konkurrierender Gläubiger an Stelle des anderen alles erhalten, Letzterer aber - anders als im Insolvenzrecht - vollständig leer ausgehen, während er nach InsO wenigstens über die Quote am schuldnerischen Vermögen partizipieren könnte. Diese Problemlage wäre bei der hier vertretenen Lösung automatisch mitbereinigt, weil wegen des Merkmals „unlauter“ eine Gläubigeranfechtung bei Kongruenz der Deckung von vornherein ausscheidet.

## VII. Zusammenfassung

- Gegen die Änderung in § 14 InsO ist nichts einzuwenden.

- Die Änderung bei der Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO muss unterbleiben. Diese Problemlage hat übrigens für das AnfG insgesamt eine nur mittelbare Bedeutung, was hier nicht näher dargelegt werden kann.
- Dem § 133 Abs. 2 und § 133 Abs. 3 S. 1 InsO entsprechen § 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 AnfG; insoweit wird dem Gesetzentwurf nicht entgegen getreten.
- Die vorgeschlagene Fassung zu § 133 Abs. 3 S. 2 InsO bzw. § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG ist jedoch abzulehnen. Stattdessen wird hier ein (regierungskonformer!) Kompromissvorschlag vorgelegt, der dem berechtigten Anliegen zur Begrenzung der Vorsatzanfechtung für kongruente Deckungshandlungen bei Zahlungsvereinbarungen/Zahlungserleichterungen in systematisch und dogmatisch zutreffender Weise Rechnung trägt.
- Sein Vorzug liegt vor allem auch darin, dass sich dann das Fehlen einer Bargeschäftregel (§ 142 InsO) im AnfG nicht auswirkt. Denn das Merkmal „unlauter“ ist richtig bei der Vorsatzanfechtung (sowohl in § 133 Abs. 3 S. 2 InsO wie § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG) eingearbeitet, was den Gleichklang im Anfechtungsrecht innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens bewahrt.
- Den Vorschlägen in § 142 Abs. 2 InsO wird nicht entgegen getreten.
- Die vorgesehene Änderung in § 143 Abs. 1 S. 2 InsO und § 11 Abs. 1 S. 2 AnfG ist ohnehin „unstrittig“.

*Passau, den 15.02.2016*

*Michael Huber*



Anhörung im Rechtsausschuss

des Deutschen Bundestages

am 24. Februar 2016

**Stellungnahme**

**zum**

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

**(BT-Drucks. 18/7054)**

(Zur Vorbemerkung und zum Statement siehe frühere Datei)



## **Begründung im Einzelnen:**

### **I. Beabsichtigte Änderung der inkongruenten Deckungsanfechtung nach § 131 Abs. 1 InsO (Art. 1 Nr. 2a des Gesetzentwurfs)**

#### **1. Ausgangspunkte**

In Abs. 1 soll folgender Satz 2 angefügt werden:

*„Eine Rechtshandlung wird nicht alleine dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist.“*

Damit wird ein früherer, erst 2006 gescheiterter Reformentwurf neu aufgelegt. Seinerzeit ging es um den „Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ (BT-Drucks. 16/886), der im Gesetzgebungsverfahren – nach Anhörung von Sachverständigen im Rechtsausschuss (am 27.09.2006) aufgespalten wurde: Den zuerst genannten Teil hat der Deutsche Bundestag am 14.12.2006 als „Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge“ verabschiedet, den zweiten aber (zunächst!) zu den Akten gelegt. Grund für das Fallenlassen der beabsichtigten Änderungen zur Inkongruenzanfechtung war für die damalige Bundesregierung die Einsicht, dass das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung als **d i e** zentrale Errungenschaft der Insolvenzrechtsreform 1999 fortbestehen muss.

#### **2. Stellungnahme**

Da sich an diesem Befund nichts geändert hat, wird der (neuerliche) Vorschlag deshalb und aus den im Folgenden dargelegten Gründen **abgelehnt**..

##### **a) Verstoß gegen den Normzweck des Anfechtungstatbestandes: Gläubigergleichbehandlung und Massemehrung**

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und hM im Schrifttum ist die **innerhalb der Krise** durch **Zwangsvollstreckung** erlangte Sicherung oder Befriedigung inkongruent. Das geht zurück auf eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, die der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nur auf eine andere dogmatische Grundlage gestellt hat; er begründet das seit seiner Grundsatzentscheidung vom 09.09.1997 (BGHZ 136, 309, 311 ff.) damit, dass dem Grundsatz der par condicio creditorum schon vor Insolvenzeröffnung für die Dauer der formellen (!) Krise – drei Monate vor Insolvenzantrag oder danach bis zur Insolvenzeröffnung – der Vorrang gegenüber dem Prioritätsprinzip der Einzelzwangsvollstreckung (§ 804 Abs. 3 ZPO) gebührt. Nichts anderes gilt für eine in diesem Zeitraum erlangte sogenannte **Druckzahlung** („freiwillige“ Leistung zur Abwendung einer drohenden Zwangsvollstreckung). Denn sonst gäbe es für die stärksten und schnellsten Gläubiger eine anfechtungsfeste Möglichkeit zur zwangsweisen Befriedigung noch vor Eingreifen des gesetzlichen Vollstreckungsverbots nach § 89 Abs. 1 InsO (ab Insolvenzeröffnung). **Zweck** der Insolvenzanfechtung ist es aber gerade, die spätere Masse vor Ausplünderung bewahren und sie so zugleich auch zu mehren.

Dieses **System der Inkongruenzanfechtung** ist seit vielen Jahrzehnten bewährt und steht bei den obersten Bundesgerichten außer Streit. Insoweit herrscht auch Übereinstimmung zwischen dem IX. Zivilsenat des BGH und dem 6. Senat des BAG; Letzterer hat sich dessen Standpunkt dazu angeschlossen und in mehreren, sorgfältig begründeten Entscheidungen aus jüngerer Zeit (2014, 2015) darüber hinaus insbesondere auch die Anfechtbarkeit von inkongruent erlangten Lohnzahlungen nach § 131 InsO für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt (mit Blick auf Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG - anders als unter Umständen bei einer kongruenten Deckung nach § 130 InsO). Auch deshalb gibt es keinen gesetzgeberischen Grund für den vorgeschlagenen Eingriff.

Nur die Inkongruenzanfechtung in der jetzigen Form gewährleistet weiterhin die unverzichtbare **Balance** zwischen **Gläubigern mit und ohne Vollstreckungstitel**. Denn nur sie gleicht den Vorteil derjenigen Gläubiger wieder aus, die bereits

vor Insolvenzeröffnung – zufällig (!) – einen vollstreckbaren Titel erlangt haben oder sich sogar selbst verschaffen konnten; zu Letzteren gehören vor allem Finanzämter, Sozialversicherungsträger und sonstige öffentliche Kassen, die zudem über eigene Vollziehungsbeamte verfügen und darüber hinaus zusätzlich privilegiert sind, weil Rechtsbehelfe gegen ihre Bescheide keine aufschiebende Wirkung haben.

#### **b) Wertungswiderspruch zur sogenannten Rückschlagsperre nach § 88 InsO**

Schon zum vorangegangenen Referentenentwurf wurde im Schrifttum auf den Widerspruch zu § 88 InsO hingewiesen, der wie § 131 InsO nur wegen der Inkongruenz auf subjektive Erfordernisse verzichten kann. Diesen Umstand räumt nun auch der Gesetzentwurf ein, meint aber, das gelte nicht für den „gesamten Dreimonatszeitraum“ (BT-Drucks. 18/7054 S. 17). Letzteres trifft zweifellos zu, aber für den letzten Monat vor Insolvenzantrag widerlegt sich der Gesetzentwurf damit aber selbst.

Würde der Reformvorschlag verwirklicht, wäre Folge bei Vollstreckung einer Geldforderung im zeitlichen Anwendungsbereich des § 88 InsO: Erlangt der Gläubiger „nur“ ein Pfändungspfandrecht (§§ 803, 804, 808 ff. ZPO), wird diese Sicherung gemäß § 88 InsO mit Insolvenzeröffnung ohne weitere Voraussetzung (!) unwirksam. Kann der Gerichtsvollzieher aber auf Geld zugreifen und liefert er das gepfändete Geld beim Gläubiger ab (§ 815 Abs. 1 ZPO), wäre diese Befriedigung **nicht** mehr – wie jetzt ohne weitere Voraussetzung (!) als inkongruente Deckung – , sondern nur als kongruente Deckung nach § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO unter der Voraussetzung der Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit anfechtbar; erforderlich wäre dabei (wegen § 815 Abs. 3 ZPO) Kenntnis im Zeitpunkt der Pfändung! Diese Kenntnis hätte der Insolvenzverwalter zu beweisen, was ihm kaum gelingen würde, weshalb eine Befriedigung im letzten Monat vor der Krise

praktisch immer unanfechtbar wäre. Mit anderen Worten: Das **Weniger** (Sicherheit) hätte in der Insolvenz des Schuldners **keinen** Bestand, das **Mehr** (Befriedigung) wäre **insolvenzfest**. Wem sollte dieser Widerspruch einleuchten?

### **c) Zusammenfassung und praktische Konsequenzen einer Änderung bei der Inkongruenzanfechtung**

Für einen Eingriff in das seit Jahrzehnten gefestigte und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung unbestrittene System der Inkongruenzanfechtung gibt es schon wegen der übereinstimmenden höchstrichterlichen Rechtsprechung keinen Grund und außerdem keine sachliche Rechtfertigung. Denn das Prinzip der **Gläubigergleichbehandlung** (par condicio creditorum) ist die zentrale Errungenschaft der Insolvenzrechtsreform 1999, worüber übrigens zuvor in der (schon) 1978 vom damaligen Bundesminister der Justiz (*Hans-Jochen Vogel*) eingesetzten Kommission für Insolvenzrecht jahrzehntelang diskutiert worden war. Das dann gefundene Ergebnis nennt man auch die „**magna carta des Insolvenzrechts**“, die bei Änderung des § 131 InsO schlicht über Bord geworfen und unwiederbringlich verloren gehen würde.

Weitere schwerwiegende Folge wäre ein deutlicher **Rückgang der Eröffnungsquote**. Selbst bei dem kleinen Insolvenzgericht Passau würde bei Einführung der (letztlich auch beabsichtigten!) anfechtungsrechtlichen Privilegierung institutioneller Gläubiger gegenüber der jetzigen Sachlage in weitaus größerem Umfang Maselosigkeit eintreten; nach meiner eigenen (summarischen) Prüfung hätten in den letzten Jahren nämlich mindestens die Hälfte aller beantragten Insolvenzverfahren nicht eröffnet werden können, bei größeren Insolvenzgerichten wird die Quote bestimmt noch höher liegen. Folglich müsste man ohne Übertreibung von dramatischen Konsequenzen zu sprechen.

Denn damit stünde das schon tot geglaubte Gespenst „**Konkurs im Konkurs**“ nun im Insolvenzrecht wieder ante portas! Wer kann eine solche Bevorzugung von Fiskus, Sozialversicherungsträgern und anderen öffentlich-rechtlichen Gläubigern

wirklich wollen – und zwar auf Kosten der Gesamtheit aller Insolvenzgläubiger und außerdem mit **verheerenden Folgen** für eine mögliche Sanierung schuldnerischer Unternehmen in **Insolvenzplanverfahren**? Letztere gäbe es zwangsläufig kaum mehr, weil das ein eröffnetes Insolvenzverfahren voraussetzt, woran es dann aber gerade sehr oft fehlen würde. Damit wäre zugleich den in den letzten Jahren durch gesetzgeberische Maßnahmen verstärkt geförderten Bemühungen um eine erfolgversprechende Sanierung von insolvent gewordenen Unternehmen nachträglich durch den Gesetzgeber selbst wieder sehr weitgehend der Boden entzogen!

## **II. Verkürzung der Anfechtungsfrist für die Vorsatzanfechtung bei (allen) Deckungshandlungen auf vier Jahre durch dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 2 InsO (Art. 1 Nr. 3a des Gesetzentwurfs)**

### **1. Ausgangspunkte**

Nichts ändert sich zwar am Grundtatbestand des **§ 133 Abs. 1 InsO** mit der 10-jährigen Anfechtungsfrist für die „klassischen Anwendungsfälle der Vorsatzanfechtung“ (so war der Sprachgebrauch im RefE) oder die „paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung“ (so ist der Sprachgebrauch im Gesetzentwurf BT-Drucks. 18/7054, S. 13); gemeint sind der Sache nach (unabhängig von der Wortwahl) insbesondere Bankrotthandlungen, Vermögensverschiebungen, anrühige und einseitig zu Lasten anderer Gläubiger wirkende Vertragsgestaltungen und nachteilige Änderungen für den Insolvenzfall.

Durch den vorgesehenen neuen **§ 133 Abs. 2 InsO** soll aber die Anfechtungsfrist für alle (!) Deckungshandlungen - also kongruente wie inkongruente - auf vier Jahre verkürzt werden; gemeint sind – genauer ausgedrückt – alle außerhalb der 3-Monats-Frist vorgenommenen Deckungshandlungen, die begrifflich kongruent bzw. inkongruent sind. Eine begriffliche Inkongruenz der Deckung soll es für Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung sowie Befriedigung durch Druckzahlung wegen des beabsichtigten § 131 Abs. 1 S. 2 InsO aber ohnehin nicht

mehr geben, weshalb für § 133 Abs. 2 InsO die Unterscheidung kongruent/inkongruent keine Bedeutung mehr hätte. Andererseits heißt es im Gesetzentwurf (BT-Drucksache 18/7054, S. 13), dass es „für diese Fälle“ (gemeint sind inkongruente Deckungen) „bei der in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO verankerten Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz verbleibt.“ Damit können deshalb nur **andere Fälle** von Inkongruenz, also andere Sachverhaltsgestaltungen außerhalb von Sicherung/Befriedigung durch Zwangsvollstreckung oder Befriedigung durch Druckzahlung gemeint sein; ein Gläubiger muss folglich auf andere Weise eine Leistung erlangt haben, die er „nicht“ oder „nicht in der Art“ oder „nicht zu der Zeit“ zu beanspruchen hatte (Beispiel für Sicherheitenbestellung: Grundschuld statt geschuldeter Bürgschaft; Beispiel für Befriedigung: Verzicht auf Anspruch oder Zahlung von Vorschuss ohne Verpflichtung).

Jedenfalls entfielen bei Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung bzw. Befriedigung durch Druckzahlung die vom RG begründete, vom BGH wie vom BAG übernommene und ständig verfeinerte Rechtsprechung zur **Indizwirkung einer Inkongruenz** für den subjektiven Tatbestand bei der Vorsatzanfechtung, nämlich: Inkongruenz als starkes Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des anderen Teils davon. An der Qualifizierung des Beweiswerts als „stark“ hält bislang der 6. Senat des BAG fest, während der IX. Zivilsenat des BGH (z. B. Urteil v. 07.11.2013 – IX ZR 248/12) inzwischen für dieses Beweisanzeichen verlangt, dass ernsthafte Zweifel an der Liquiditätssituation des Schuldners bestehen. Unabhängig davon war die Rechtsprechung zur Indizwirkung einer Inkongruenz für die Praxis sehr effektiv, weil massenfreundlich, der bei Verwirklichung des Reformvorhabens künftig weitgehend, wenn nicht gänzlich die Grundlage entzogen wird.

Ob nämlich die **Indizregel für andere Fälle von Inkongruenz** wie soeben beschrieben (also andere Fälle außerhalb von Sicherung/Befriedigung durch Zwangsvollstreckung oder Befriedigung durch Druckzahlung) wirklich weiter gelten

könnte, wird bestimmt bald streitig werden. Richtigerweise wäre das freilich zu bejahen, weil Vermutungsregel (§ 133 Abs. 1 S. 2 InsO) und Indizregel auf ganz verschiedenen dogmatischen Grundlagen (Beweislast bzw. freie Beweiswürdigung) beruhen, was hier aber nicht näher dargelegt werden kann.

## 2. Stellungnahme

Dem Vorhaben wird gleichwohl **nicht** entgegen getreten – trotz Bedenken wegen der darin liegenden Gleichstellung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung und wegen des Wegfalls/Beschränkung der Indizregel (wie soeben diskutiert).

Die Verkürzung der Anfechtungsfrist bei Deckungshandlungen auf vier Jahre ist aus anfechtungsrechtlicher Sicht aber nur hinzunehmen, wenn § 131 InsO in der jetzigen Form unverändert erhalten bleibt, also Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung bzw. Befriedigung durch Druckzahlung auch weiterhin (wenigstens!) innerhalb der Krise unproblematisch von der Inkongruenzanfechtung erfasst wird.

*Exkurs: Dem Vorschlag des Bundesrates, für die Vorsatzanfechtung bei (allen) Deckungshandlungen die Anfechtungsfrist (sogar!) auf zwei Jahre zu verkürzen (BR-Drucks. 495/1/15, S. 6, 7) ist entgegenzutreten. Das gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Bundesrat die Änderung bei § 131 Abs. 1 InsO ablehnt (BR-Drucks. aaO, S. 4, 5), es also – wie auch hier vertreten – bei der Inkongruenzanfechtung in der geltenden Form belassen möchte.*

*Denn zum einen ist es schon in sich nicht stimmig, in der Krise vorgenommene Deckungshandlungen zwar unterschiedlichen Anfechtungstatbeständen mit diametral entgegen gesetzten Auswirkungen zuzuordnen (§ 130 InsO mit praktischer Unanfechtbarkeit bzw. § 131 InsO mit praktisch unproblematischer Anfechtbarkeit), sie dann aber bei der Vorsatzanfechtung außerhalb der Krise gleichbehandeln zu wollen.*

*deln zu wollen (jeweils zwei Jahre Anfechtungsfrist für kongruente wie inkongruente Deckungshandlung). Zum anderen bedarf es selbst bei kongruenten Deckungshandlungen keiner weiteren Einschränkung der Anfechtbarkeit, wenn man dem hier sogleich noch näher vorzustellenden Kompromissvorschlag für die Vorsatzanfechtung in solchen Fällen folgt, nämlich die Anforderungen an die Anfechtbarkeit (ohnehin) zu Lasten des Insolvenzverwalters durch Einfügung des Merkmals „unlauter“ zusätzlich verschärft.*

**III. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung durch Anknüpfung bei der schon eingetretenen Zahlungsunfähigkeit im vorgesehenen neuen § 133 Abs. 3 S. 1 InsO (Art. 1 Nr. 3a des Gesetzentwurfs)**

**1. Ausgangspunkte**

Der IX. Zivilsenat des BGH sieht bekanntlich seit langem eine **außerhalb der Krise** erlangte „freiwillige“ Leistung des Schuldners zur Abwendung der drohenden Zwangsvollstreckung (Druckzahlung) als **kongruent** an, unterwirft sie aber gleichwohl der Vorsatzanfechtung. Dagegen hatte sich schon der einleitend genannte Gesetzentwurf (zum Pfändungsschutz ... und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung, BT-Drucks. 16/886) gewandt. Zwar blieb seinerzeit der Reformvorstoß zur Begrenzung der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung (übrigens durch Einführung des Merkmals „unlauter“ gemäß BT-Drucks. 16/886, S.13!) erfolglos. Aber schon damals war zu erwarten, dass dieses Vorhaben ohne grundlegende Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht wirklich abgewendet sein würde.

Und in der Tat: Vorgesehen ist nun mit dem neuen § 133 Abs. 3 S. 1 InsO folgende Regelung:

*„Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherheit oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen*



*konnte, tritt anstelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach Abs. 1 S. 2 die eingetretene.“*

## **2. Stellungnahme**

Die Rechtsprechung des Senats wurde nach Scheitern des früheren Reformvorhabens in den letzten 10 Jahren gerade nicht nachhaltig eingeschränkt, eher noch zugunsten der Masse verstärkt. Sie ist inzwischen - auch aus tatrichterlicher Sicht – höchst kompliziert, für (jedenfalls) gewöhnliche Gläubiger nicht mehr zuverlässig vorhersehbar und in ihren Konsequenzen sehr rigoros. Eine der wichtigsten Ursachen dafür ist die Vermutungsregel des geltenden Rechts, die bei der bloß drohenden Zahlungsunfähigkeit anknüpft (derzeit § 133 Abs. 1 S. 2 InsO).

Folglich wird man sich sine ira et studio der Einsicht nicht verschließen können, dass die beabsichtigte Neuregelung einen sachgerechten Lösungsweg darstellt, dem folglich **nicht** entgegengetreten wird.

### **IV. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen bei der Fallgruppe „Zahlungserleichterungen“ nach dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO (Art. 1 Nr. 3a des Gesetzesentwurfs)**

#### **1. Ausgangspunkte**

Es geht – wie der Gesetzesentwurf formuliert (BT-Drucks. 18/7054, S. 18) – um „die wichtige Klarstellung für die Behandlung der praktisch bedeutsamen Fallgruppen der Zahlungserleichterung“, vor allem durch Zahlungsaufschub oder Ratenzahlungsvereinbarung mit Gerichtsvollzieher bzw. Vollziehungsbeamten (insbesondere gem. § 802 b ZPO).

Die Neuregelung soll lauten:

*„Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.“*

## 2. Stellungnahme

Diese Regelung ist in ihrer dogmatischen Konstruktion verfehlt und in der Sache unhaltbar, weshalb sie **abgelehnt** wird.

- Augenscheinlich soll es sich nicht um eine Rechtsvermutung, sondern um eine Tatsachenvermutung handeln, wofür es aber schon an einer **Vermutungsgrundlage** fehlt; sie wäre Voraussetzung dafür, dass man von der tatbestandsfremden Tatsache (Zahlungsvereinbarung bzw. Zahlungserleichterung) auf das gesuchte Tatbestandsmerkmal (Unkenntnis von der Zahlungsunfähigkeit) schließen (es „vermuten“) könnte.
- Das Gegenteil ist der Fall: Tatsachengrundlage ist das offenbare Liquiditätsproblem des Schuldners. Dazu mag man sich zwar fragen, ob es auf schon erfolgter Zahlungseinstellung oder auf anderen Gründen (welchen?) beruht; doch das ist Gegenstand eines Indizienbeweises, um dessen Strukturierung sich die höchstrichterliche Rechtsprechung ständig bemüht (Beispiel BGH, Ur. v. 16.4.2016 – IX ZR 6/14: *Die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung ist, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält, als solche kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners*); Entsprechendes gilt für das Schrifttum (Beispiel: *Huber*, Indizienbeweis und Beweiskraft im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess, ZInsO 2012, 53). Das Ansinnen an den Gesetzgeber, durch eine Vermutungsregel auszusprechen, aus der Bitte um Zahlungserleichterung ergebe sich, dass der andere Teil eine zur Zeit der Handlung eine schon eingetretene Zahlungsunfähigkeit **nicht kannte**, ist demgegenüber denklogisch unhaltbar, mithin willkürlich.

- Im Übrigen soll es sich offenbar um **keine** widerlegliche Vermutung iSd § 292 ZPO, sondern um eine **unwiderlegliche** handeln, wozu die Vorschrift aber erstaunlicherweise schweigt. Für den zuletzt genannten Fall kennt das Gesetz bislang zwei Formulierungsmethoden, nämlich entweder eine ausdrückliche Benennung (vgl. zB § 1566 Abs. 1 BGB: „Es wird unwiderleglich vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn ...“) oder eine entsprechend zwingende Formulierung (vgl. zB § 267 ZPO: „Die Einwilligung des Beklagten in die Änderung der Klage ist anzunehmen, wenn...“). Nichts davon bietet § 133 Abs. 3 S. 2 InsO an!
- Umgekehrt fehlt (für eine Abgrenzung zur Vermutung) die bei einer **Fiktion** übliche Wortwahl „gilt“ (vgl. zB § 108 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB, wonach die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu einem ohne seine Einwilligung geschlossenen Vertrag bei Schweigen auf die entsprechende Aufforderung des anderen Teils „als verweigert gilt“).

### 3. Zwischenergebnis

Wie man diese Unebenheiten im Sinne des – hört, hört! - berechtigten Anliegens zur Reform der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung auflösen kann, zeigt der unten (VI.) vorgelegte – hört. hört zum Zweiten! – im Ergebnis regierungskonforme Kompromissvorschlag sowohl für § 133 Abs. 3 S. 2 InsO wie § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG. Er beinhaltet dann zugleich auch eine Harmonisierung mit der beabsichtigten Änderung wegen des Merkmals „unlauter“ beim beabsichtigten § 142 Abs. 1 InsO. was aber zusammen mit den übrigen Konkretisierungen zunächst abstrakt vorab behandelt werden soll.

## V. Vorgesehene Änderungen beim Bargeschäft nach § 142 InsO (Art. 1 Nr. 4 des Gesetzentwurfs)

## 1. Ausgangspunkte

Die Neufassung will die Vorschrift in zwei Absätze aufspalten:

- Künftig soll **Abs. 1** die Grundregel zum Begriff des Bargeschäfts und zu dessen Anfechtbarkeit im Wege der Vorsatzanfechtung enthalten, und zwar - neben der angepassten Verweisung auf den Tatbestand der Vorsatzanfechtung - mit einer wichtigen Änderung zur (neu!) verlangten Kenntnis des anderen Teils davon, dass der Schuldner **unlauter** handelte.
- **Abs. 2** will mit **Satz 1** das Merkmal „**unmittelbar**“ näher definieren und mit **Satz 2** eine Sonderregel für **Arbeitsentgelt** normieren.

Die Vorschrift soll dann lauten:

- (1) *Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.*
- (2) *Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt."*

Die Anfechtbarkeit eines Bargeschäfts nach § **142 Abs. 1 InsO** soll künftig nicht nur wegen der (entsprechend angepassten Verweisung auf die Änderungen bei der Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 bis 3 InsO), sondern zusätzlich dadurch eingeschränkt werden, dass der Schuldner **unlauter** gehandelt und der andere

Teil das erkannt haben muss. Damit geht der Entwurf bewusst über die bisherige Rechtsprechung zu einem fortführungsnotwendigen Bargeschäft hinaus, will einen bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausch zusätzlich privilegieren und eine Einschränkung nur noch zulassen, wenn der Anfechtungsgegner erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.

Das zuletzt genannte Merkmal soll beim Schuldner beispielsweise erfüllt sein, wenn er andere Gläubiger schädigen (gemeint ist offenbar bewusst, also absichtlich schädigen) will, er in Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit Vermögen verschleudert oder für Luxusgüter ausgibt oder wenn er zur Aufrechterhaltung des Betriebs notwendiges Betriebsvermögen abstößt. Der Beweis dazu mag dem Insolvenzverwalter hinsichtlich des Schuldners gelingen, für die Kenntnis des anderen Teils aber kaum.

## 2. Stellungnahme

Die Einordnung des Merkmals „**unlauter**“ in die Vorschrift zum Bargeschäft ist allerdings **systematisch verfehlt**. Denn bei § 142 InsO geht es zum einen (nur!) um den Begriff des Bargeschäfts, der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung sowohl des BGH wie des BAG unzweifelhaft ist: Danach setzt ein Bargeschäft begrifflich voraus

- rechtsgeschäftliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung,
- unmittelbaren (dazu s. sogleich) und gleichwertigen Leistungsaustausch,
- Kongruenz der Deckung und
- Zufluss der Gegenleistung in das schuldnerische Aktivvermögen, dessen Bestandteil es werden muss.

Zum anderen geht es (nur!) um den grundsätzlichen Ausschluss einer Kongruenzanfechtung (§ 130 InsO) bei grundsätzlicher Anfechtbarkeit nach § 133 InsO. Es geht aber **nicht** um die Reichweite der Vorsatzanfechtung, die gerade dort zu

definieren ist, nämlich beim vorgesehenen § 133 Abs. 3 InsO, der sich ohnehin mit dem Schicksal kongruenter Deckungen befasst. Das Problem ist folglich systematisch dort zu behandeln und zu lösen, wie im Abschnitt unten (VI.) gezeigt wird.

Die mit § 142 Abs. 2 S. 1 InsO angebotene Legaldefinition zum Merkmal „**unmittelbar**“, für das die „**Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs**“ maßgeblich sein sollen, wird zwar als unbestimmter Rechtsbegriff aus praktischer Sicht **nicht** zur Verbesserung der Rechtssicherheit führen. Der IX. ZS des BGH ist aber offensichtlich willens, diesen Begriff mit Leben zu erfüllen, weil er ihn neuerdings selbst – und zwar objektiv betrachtet in Anschluss an den RefE v. 16.3.2015! – gebraucht, nämlich beispielsweise im oben (IV.2.) zitierten Urteil vom v. 16.4.2015. Dem Vorschlag wird deshalb **nicht** entgegen getreten.

Mit § 142 Abs. 2 S. 2 InsO wird dem Gesetzgeber vorgeschlagen, die Rechtsprechung des 6. Senats des BAG zum Merkmal „**unmittelbar**“ bei **Zahlung von Arbeitsentgelt** zu übernehmen. Dem wird man wegen der schon jetzt eingetretenen Verfestigung und zur Behebung der Rechtszersplitterung nicht widersprechen können, sofern es bei der Rechtswegespaltung bleiben soll. Aus dem Schweigen zu Letzteren im Gesetzentwurf lässt sich nur schließen, dass die ja bekannte verfassungsrechtliche Problematik für nicht klärungsbedürftig, vielmehr die Entscheidung des GemS-OGB gebilligt wird, weshalb man sich spätestens dann mit dem Status quo endgültig abfinden muss.

**VI. Kompromissvorschlag zur Beschränkung der Vorsatzanfechtung für kongruente Deckungshandlungen bei Zahlungsvereinbarung/Zahlungserleichterung durch einen neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO bzw. § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG**

Der Kompromissvorschlag lautet:

*„Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, kann die Rechtshandlung nur angefochten werden, wenn der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte“.*

Zur **Erläuterung/Begründung** wird ausgeführt:

- Der **erste Halbsatz** bleibt unverändert, die bislang vorgesehene (sachlich unhaltbare) Vermutungsregelung wird aber beseitigt. An deren Stelle übernimmt der Vorschlag im **zweiten Halbsatz** die Formulierung des Gesetzentwurfes aus dem Entwurf zu § 142 Abs. 1 InsO aE und ordnet diese damit gleichzeitig an der systematisch richtigen Stelle ein. Das ist eben § 133 Abs. 3 S. 2 InsO, dessen Normzweck in der Begrenzung der Vorsatzanfechtung bei Zahlungsvereinbarung/Zahlungserleichterungen besteht. Beides rechtfertigt es, diesen Kompromissvorschlag, wie oben geschehen, als „**regierungskonform**“ zu qualifizieren.
- Als Folge davon kann der letzte Halbsatz im vorgeschlagenen § 142 Abs. 1 InsO aE gänzlich entfallen, weil die Begrenzung der Anfechtbarkeit bei einem Bargeschäft mit kongruentem Leistungsaustausch ohnehin aus dem Verweis auf „die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 bis 3 InsO“ folgt.
- Diese Struktur samt Einarbeitung des Merkmals „unlauter“ bei der Insolvenzanfechtung (§ 133 Abs. 3 S. 2 InsO) wäre auch für die **Gläubigeranfechtung nach § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG** zu übernehmen.
- Nur das würde den im Gesetzentwurf zutreffend herausgestellten **Gleichklang bei der Vorsatzanfechtung innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens** verwirklichen, was aber bislang gerade **nicht** der Fall ist. Denn im AnfG gibt es keine dem § 142 InsO entsprechende Bestimmung. weshalb bei Umsetzung des Gesetzentwurfes in der bisherigen Fassung (zur InsO) in der Gläubigeranfechtung (nach dem AnfG) ein unlauteres Verhalten des Schuldners thematisch überhaupt **nicht** erfasst wäre. Die Folge wäre ein offensichtlich ungewollter, aber schwer wiegender dogmatischer Bruch im beschworenen Gleichklang, den es zu verhindern gilt.

- Gleichzeitig wird mit dem hier präsentierten Kompromissvorschlag folgendes, im (bislang noch) geltenden Recht **streitige Problem obsolet**: Zu Unrecht begnügt sich die hM in der Literatur nämlich auch bei der Gläubigeranfechtung nach dem derzeitigen § 3 AnfG mit einem bloß bedingten Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (*Kirchhof* AnfG, § 3 Rn. 25), was aber abzulehnen ist. Denn anders als in der Insolvenzanfechtung käme es in der Gläubigeranfechtung zu einem bloßen Rollentausch zwischen einem eine kongruente Deckung erstrebenden, bislang aber unberücksichtigt gebliebenen Gläubiger (Anfechtungskläger) und dem vom Schuldner kongruent, aber anfechtbar bedienten Gläubiger (Anfechtungsgegner). Ersterer würde bei Erfolg seiner Anfechtungsklage als konkurrierender Gläubiger an Stelle des anderen alles erhalten, Letzterer aber - anders als im Insolvenzrecht! - vollständig leer ausgehen. Denn nach InsO könnte er wenigstens über die Quote am schuldnerischen Vermögen partizipieren, während er in der Gläubigeranfechtung wegen § 12 AnfG vollkommen ausfällt — ein ziemlich ungereimtes Ergebnis (so immer schon *Huber* AnfG, § 3 Rn. 21, 36). Diese Problemlage wäre bei der hier vertretenen Lösung automatisch mitbereinigt, weil wegen des Merkmals „unlauter“ eine Gläubigeranfechtung bei Kongruenz der Deckung von vornherein ausscheidet.
- Die Konkretisierung des Merkmals „unlauter“ kann der höchstrichterlichen Rechtsprechung (im Anschluss an die zutreffenden Vorgaben in BT-Drucks. 18/7054, S. 19) überlassen werden.

## VII. Zusammenfassung

- Gegen die Änderung in § 14 InsO ist nichts einzuwenden.
- Die Änderung bei der Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO muss unterbleiben. Diese Problemlage hat übrigens für das AnfG insgesamt eine nur mittelbare Bedeutung, was hier nicht näher dargelegt werden kann; denn in der Gläubigeranfechtung gibt es keine den §§ 130, 131 InsO entsprechenden Tatbestände.



- Dem § 133 Abs. 2 und § 133 Abs. 3 S. 1 InsO entsprechen § 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 AnfG; insoweit wird dem Gesetzentwurf nicht entgegen getreten.
- Die vorgeschlagene Fassung zu § 133 Abs. 3 S. 2 InsO bzw. § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG ist jedoch abzulehnen. Stattdessen wird hier ein (regierungskonformer!) Kompromissvorschlag vorgelegt, der dem berechtigten Anliegen zur Begrenzung der Vorsatzanfechtung für kongruente Deckungshandlungen bei Zahlungsvereinbarungen/Zahlungserleichterungen in systematisch und dogmatisch zutreffender Weise Rechnung trägt, wie sich gleich zeigen wird.
- Sein Vorzug liegt vor allem auch darin, dass sich dann das Fehlen einer Bargeschäftsregel (§ 142 InsO) im AnfG nicht auswirkt. Denn das Merkmal „unlauter“ ist richtig bei der Vorsatzanfechtung (sowohl in § 133 Abs. 3 S. 2 InsO wie § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG) eingearbeitet, was den Gleichklang im Anfechtungsrecht innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens bewahrt.
- Den Vorschlägen in § 142 Abs. 2 InsO wird nicht entgegen getreten.
- Die vorgesehene Änderung in § 143 Abs. 1 S. 2 InsO und § 11 Abs. 1 S. 2 AnfG ist ohnehin „unstrittig“.

*Passau, den 15.02.2016*

*Michael Huber*

## Stellungnahme

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

Der BDI ist die Spitzenorganisation der deutschen Industrie und der industrienahen Dienstleister. Er spricht für 38 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund 8 Millionen Beschäftigten.

Dokumenten Nr.  
D 0760

II/5-73-30 Stf

Datum  
19. Januar 2016

Seite  
1 von 8

#### I. Einleitung

Anlässlich des am 29. September 2015 beschlossenen Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz machen wir ergänzend zu unserer Stellungnahme zum entsprechenden Referentenentwurf vom 19. Juni 2015 folgende Anmerkungen.

Der Regierungsentwurf enthält einzelne Verbesserungen zum Referentenentwurf. Dies betrifft die Effektivierung des Erstantrags nach § 14 Abs. 1 S. 2 InsO sowie die Einbeziehung des Bargeschäftsprivilegs in den Anwendungsbereich von § 133 InsO. Die ersatzlose Streichung des Rechtsbegriffs der „unangemessenen Benachteiligung“ wirft indessen mehr Fragen auf als sie beantwortet. War in diesem Instrument zumindest der dringend erforderliche Versuch des Entwurfsverfassers zu erkennen, das Unwerturteil der Vorsatzanfechtung herauszuarbeiten und eine entsprechende Abgrenzung zur Deckungsanfechtung nach §§ 130-132 InsO zu verdeutlichen, so gibt die Bundesregierung das Ziel der Differenzierung der Tatbestände nunmehr auf. Zugleich enthält der Regierungsentwurf eine Reihe von Neuerungen, die geeignet sind, die Insolvenzpraxis nachhaltig zu belasten. Die Rede ist vom sogenannten Fiskusprivileg, das insbesondere über die insolvenzrechtliche Klassifizierung der Zwangsvollstreckung Eingang in den Regierungsentwurf gefunden hat.

#### II. Zu den Vorschlägen im Einzelnen

##### 1. Effektivierung des Erstantrags, § 14 Abs. 1 InsO

Die deutsche Industrie begrüßt den Regelungsvorschlag des § 14 Abs. 1 S. 2 InsO-E, nach dem der Eröffnungsantrag eines Gläubigers nicht allein durch Erfüllung der Forderung unzulässig wird. Gerade die institutionellen Gläubiger wie Kassen und Fiskus, die stets einen vertieften Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners und damit frühe Kenntnis von etwaigen Liquiditätsproblemen haben, können künftig mittels rechtzeitiger Drittanträge dazu beitragen, dass sich die Zahl von Verfahrenseröffnungen erkennbar erhöht.

**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**  
Mitgliedsverband  
BUSINESSEUROPE

Telekontakte  
T: +493020281560  
F: +493020282560

Internet  
www.bdi.eu

E-Mail

B.Stehfest@bdi.eu

## 2. Einordnung der Zwangsvollstreckung, § 131 InsO-E

Die vorgeschlagene Regelung in § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E ist abzulehnen. Sie würde erkennbar zum vielfach befürchteten Wettlauf der Gläubiger führen und den öffentlichen Gläubigern dabei den entscheidenden Vorsprung einräumen. Das hier statuierte Fiskusprivileg würde letztlich das Ziel des Insolvenzverfahrens – die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger – erheblich gefährden und die erhofften Auswirkungen der Neuregelung zum Erstantrag nach § 14 Abs. 1 InsO-E den Boden entziehen. Der Änderungsvorschlag ist somit nicht hinzunehmen.

Im Gegensatz zur differenzierenden und systemgerechten Regelung des Referentenentwurfs in § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO, nach der eine Inkongruenzanfechtung nicht allein auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen basieren können, die auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels erwirkt wurden, bewirkt die Ausweitung dieser Regelung auf sämtliche Zwangsvollstreckungen offenkundig die Aushöhlung der Verfahren. Schließlich kommt diese weitgehende und undifferenzierte Privilegierung in erster Linie Selbsttitulierern zugute, zumal Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Sozialkassen und Fiskus den Hauptanwendungsfall entsprechender Maßnahmen im Zeitraum vor der Insolvenz darstellen. Damit würden sämtliche übrige Gläubiger, die ihre Titel in langwierigen Gerichtsverfahren erstreiten müssen, erheblich benachteiligt. Die Zahl der Verfahrenseröffnungen würde massiv zurückgehen und letztlich würden die Quoten in den zustande gekommenen Verfahren immens absinken. Sind es bei den privaten Gläubigern, den Zulieferern und Handwerkern jeweils überschaubare Forderungen, die vollstreckt werden, so droht mit der Zwangsvollstreckung ausstehender Steuerrückstände oder entsprechender Kassenbeiträge die Ausvollstreckung, die letztlich eine Betriebsfortführung oder eben die Verfahrenseröffnung vereitelt.

Eine Rückkehr zur differenzierenden Regelung des Referentenentwurfs ist auch nicht unangemessen: Durch den vorliegenden Regelungsvorschlag werden die Anforderungen an eine Anfechtung der durch (jegliche) Zwangsvollstreckung erwirkten Handlung erheblich erhöht. Dies ist für jene Titel, die ursprünglich kongruenten Deckungsgeschäften entspringend lediglich durch ihre gerichtliche Durchsetzung bisher dem Anwendungsbereich von § 131 InsO zugeordnet wurden, sachgerecht. Soweit jedoch jene Gläubiger, die in der Lage sind, sich umgehend selbst vollstreckbare Titel zu schaffen, ihre Vollstreckung beinahe ungehindert durchsetzen können, entsteht zugleich eine erhebliche Unwucht mit Blick auf den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Es ist auch unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gar nicht erforderlich, Verwaltungstitel, die (sich) der Fiskus schaffen kann, mit solchen Titeln gleichzusetzen, die das Ergebnis eines gerichtlichen Verfahrens sind. Während der Verwaltungstitel einer späteren (verwaltungs-)gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist, bildet der gerichtlich erwirkte Titel gerade das Ende eines Rechtsstreits und hat insofern eine Befriedigungsfunktion. Für solche Titel ist tatsächlich nicht einzusehen, weshalb sich eine Forderung im Rahmen einer kongruenten Deckung allein auf dem Weg ihrer Durchsetzung mit den Instrumenten der Zivilprozessordnung zu einer inkongruenten Forderung wandelt.

Insoweit ist der Vorschlag aus dem Referentenentwurf vorzugswürdig. Sofern der Gesetzgeber die Einordnung titulierter Forderungen nur einheitlich für private Gläubiger und Fiskus regeln möchte, wäre ein gänzlicher Verzicht auf eine Änderung von § 131 Abs. 1 InsO deutlich besser als die hier vorgeschlagene Privilegierung des Fiskus. Insgesamt ist zu hoffen, dass das nachträglich ins Verfahren eingebrachte Fiskusprivileg nicht allein dazu dient, das Vorhaben einer Erhöhung der Planungssicherheit für den Geschäftsverkehr im Vorfeld von Insolvenzen zu vereiteln. Die Erfahrungen aus dem im Jahr 2006 letztlich gescheiterten Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung sollten ins parlamentarische Verfahren einbezogen werden.

### **3. Differenzierung im Rahmen der Vorsatzanfechtung, § 133 InsO-E**

#### **a) Unwertelement zwingend erforderlich**

Der unbestimmte Rechtsbegriff der Unangemessenheit der Benachteiligung in § 133 Abs. 1 S. 1 InsO-E des Referentenentwurfs war Gegenstand umfassender Detailkritik. Schließlich war er in seiner Unbestimmtheit und angesichts der anknüpfenden und deutlich zu eng gefassten „Safe-harbour“-Regelungen wenig geeignet, die Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr im Vorfeld der Insolvenz wieder herzustellen. Dass der Entwurfsverfasser anstelle der erforderlichen und in der Sache auch möglichen Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs nun gänzlich auf ihn verzichtet, stellt einen klaren Rückschritt im laufenden Gesetzgebungsverfahren dar.

Durch Streichung des Begriffs der Unangemessenheit bleibt es auch künftig dabei, dass der eigentlich als Missbrauchstatbestand firmierende § 133 InsO der Rechtspraxis weiter selbst in Fällen kongruenter Deckungsgeschäfte als Auffangtatbestand für all jene Fälle dient, in denen der Verwalter an einer Deckungsanfechtung nach §§ 130-132 InsO gehindert ist. Worin der besondere Unwert liegt, der gegenüber der Deckungsanfechtung den Sanktionscharakter einer Anfechtung nach § 133 InsO rechtfertigt, bleibt somit weiter gänzlich unbeantwortet. Die Wiederherstellung des Stufenverhältnisses zwischen der Deckungsanfechtung nach §§ 130-132 InsO und der Vorsatzanfechtung des § 133 InsO für die Insolvenzpraxis wird auf diese Weise unterlassen. Nur im Wege der entsprechenden tatbestandlichen Abstufung durch den Gesetzgeber sind die intendierten Verbesserungen der Rechtssicherheit und die Beseitigung der unverhältnismäßigen Belastungen für die betroffenen Unternehmen zu erreichen.

Daher plädiert der BDI nachdrücklich für die Aufnahme des Terminus der Unlauterkeit als Tatbestandsmerkmal im Rahmen kongruenter Deckungsgeschäfte nach § 133 Abs. 3 S. 1 InsO-E. Mit diesem Merkmal differenzierte der BGH bekanntlich bis ins Jahr 2003 zwischen Vorsatz- und Deckungsanfechtung. Im Insolvenzrecht würde mit dem Rückgriff auf diese Rechtsprechung somit kein Neuland betreten werden. Dass der InsO 1999-Gesetzgeber vom Merkmal der Absicht (§ 31 KO) zu Gunsten des Vorsatzmerkmals abging, muss folglich vor dem Hintergrund der damaligen Rechtsprechung gesehen werden. Offenbar hielt der Gesetzgeber den besonderen Unwert der Vorsatzanfechtung im Unlauterkeitsmerkmal für hinreichend dargestellt. Diese Differenzierung entfiel mit der Aufgabe des

Merkmals durch die Rechtsprechung (BGH IX ZR 272/02 vom 17.7.2003). Die folglich verlorengegangene Struktur innerhalb der InsO-Anfechtungstatbestände sollte der Gesetzgeber mit der vorliegenden Novelle wieder herstellen. Denkbar ist selbstverständlich, das Merkmal der Unlauterkeit durch einen vergleichbaren Terminus, etwa den der Unredlichkeit, zu ersetzen. Ob Anlass dazu besteht, sollte im parlamentarischen Verfahren abgewogen werden.

#### b) Vermutungsregelung, § 133 Abs. 3 S. 2 InsO-E

Die Vermutungsregelung in Satz 2, nach der für den Fall des Vorliegens einer Zahlungsvereinbarung oder der Gewährung einer sonstigen Zahlungserleichterung vermutet wird, dass der Gläubiger zur Zeit der Handlung keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hatte, perpetuiert lediglich die gegenwärtige BGH-Rechtsprechung und ist damit aus Sicht der Rechtspraxis kein Fortschritt.

Als gesetzliche Vermutung würde sie durch ihre Generalisierung auf einer unzutreffenden Annahme von Tatsachen fußen. Gleiches gilt, sofern von ihr lediglich Indizwirkung ausgehen sollte. Zwar lässt sich aus einer mit dem Schuldner getroffenen Zahlungsvereinbarung oder einer ihm gewährten Zahlungserleichterung keine Kenntnis des Gläubigers von der schuldnerischen Zahlungsunfähigkeit ableiten. Auch ist die Annahme, dem Vertragspartner durch Gewährung einer Zahlungserleichterung ausreichende Liquidität zu verschaffen, im Einzelfall nachvollziehbar. Die geäußerte Befürchtung, dass es hier auch missbräuchliche Fälle geben kann, ist jedoch zumindest abstrakt nachvollziehbar, erscheint aber im täglichen Geschäftsverkehr praxisfremd.

Nicht hilfreich ist der Regelungsvorschlag auch angesichts der Beschränkung auf eine Zahlungsvereinbarung/Zahlungserleichterung. Gerade der in der Praxis häufige zyklische Verlauf der wirtschaftlichen Lage eines Schuldners, in der solvente Phasen von kurzzeitigen Zahlungsstockungen gefolgt werden, wäre hier z. B. nicht erfasst. Insoweit sollte im Gesetzestext der Plural von Zahlungsvereinbarung/Zahlungserleichterung eingefügt werden. Zudem obliegt es dem Gläubiger nachzuweisen, dass nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit die schuldnerische Zahlungsfähigkeit wiederhergestellt ist. Die auch künftig strengen Anforderungen an den Nachweis können die wenigsten Geschäftspartner erbringen. Überdies herrscht Rechts- und Tatsachenunsicherheit, unter welchen Voraussetzungen eine Zahlungsfähigkeit wieder hergestellt ist. Gerade kurzfristige Stundungen oder auch Ratenzahlungsvereinbarungen sind jedoch zentrale Elemente, die zur Überbrückung vorübergehender Zahlungsschwierigkeiten dienen können.

Maßgeblich für eine Neuregelung ist die Klarstellung durch den Gesetzgeber, dass der Verwalter hinsichtlich einer entsprechenden Kenntnis des Gläubigers darlegungs- und beweisbelastet ist. Schließlich gilt es, die derzeitige Praxis zu ändern, nach der serielle Anfechtungsschreiben unter Verweis auf bestehende Zahlungserleichterungen häufig erfolgreich waren oder zumindest zu teuren Vergleichen führten. Aus der Vereinbarung einer Ratenzahlungsvereinbarung soll dem Gläubiger kein Nachteil erwachsen. Dafür ist eine Regelung erforderlich, nach der Zahlungsvereinbarungen

oder -erleichterungen für die Annahme der Kenntnis des Gläubigers von der schuldnerischen Zahlungsunfähigkeit (überhaupt) nicht herangeführt werden können. Insoweit zeigt der Bundesrat in seiner Stellungnahme (hier Ziff. 3) einen guten Weg auf, wie dieser Aspekt im Gesetzestext verankert werden kann. Dieser hätte im Vergleich zum Regelungsvorschlag aus dem Referentenentwurf („kann nicht allein daraus abgeleitet werden“) den Vorteil, dass es eben für die Annahme der Kenntnis des Gläubigers nicht hinreichend wäre, dem Fakt der Zahlungsvereinbarung lediglich ein (ggf. unselbständiges) Zusatzindiz hinzuzufügen. Auf diese Weise wird auch vermieden, dem Gläubiger neue Beweislasten – so etwa zur Tatsachengrundlage der im Entwurf vorgeschlagenen Vermutungsregelung – aufzubürden.

#### c) Verkürzung des Anfechtungszeitraums, Bezug auf Zahlungsunfähigkeit

Die Verkürzung des Zeitraums der Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungsgeschäften von zehn auf vier Jahre in Absatz 2 ist ein guter erster Schritt. Angemessen wäre jedoch eine Verkürzung auf zwei Jahre. Richtig ist die Regelung in Absatz 3 Satz 1, in der der Entwurfsverfasser daran festhält, dass die Kenntnis im Falle der kongruenten Deckung nur schädlich ist, wenn sie sich auf die bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit bezieht. Hier ist es für das parlamentarische Verfahren wünschenswert, die Umstände, die auf eine entsprechende Kenntnis des Gläubigers hinweisen, im Gesetz zu konkretisieren.

#### d) Fazit zur Novellierung der zentralen Norm des § 133 InsO

Die Regelungen zur Verkürzung des Anfechtungszeitraums und der genannten Vermutungsregelung allein werden den Anforderungen an einer Differenzierung im Rahmen der jeweiligen Geschäftsbeziehungen nicht gerecht: Der Missbrauchsvorwurf, der der Vorsatzanfechtung zugrunde liegt, muss sich in den materiellen Tatbestandsvoraussetzungen widerspiegeln. Schließlich sollen mit § 133 InsO unredliche Vermögensverschiebungen aus dem Vorfeld des Insolvenzantrags korrigiert werden. Die deutsche Industrie mahnt deshalb dringend ein zusätzliches Unwertelement für den Bereich kongruenter Deckungsgeschäfte an. Nur auf diese Weise kann der schwerwiegende Eingriff in die für die Geschäftspraxis maßgeblichen Liefer- und Leistungsgeschäfte auf die Fälle zu missbilligenden Verhaltens konzentriert werden.

### **4. Konkretisierungen zum Bargeschäftsprivileg, § 142 InsO-E**

#### a) Erweiterung des Anwendungsbereichs

Es ist zu begrüßen, dass im Rahmen des § 142 InsO zumindest differenziert werden soll, so dass sich das Bargeschäftsprivileg künftig auf bestimmte Fälle des § 133 InsO erstreckt. Die hierfür in Absatz 1 normierte Unlauterkeit ist als zusätzliches Unwertkriterium grundsätzlich geeignet. Hier ist es am Verwalter, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 bis 3 InsO darzulegen, dass der Gläubiger das unlautere Handeln des Schuldners erkannt hat. Vorzugswürdig wäre es, das Bargeschäftsprivileg generell für die Vorsatzanfechtung zu öffnen. Erfolgt eine unmittelbare gleichwertige Gegenleistung, wird der Masse nichts entzogen. Gerade auf Basis der Fortführung entsprechender Liefer- und Leistungsbeziehungen sind letztlich Sanierungen überhaupt denkbar. Als angemessene „Safe harbour“-

Regelung kann die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Bargeschäftsausnahme zudem nicht dienen. Ihr Anwendungsspielraum ist erkennbar zu gering, um die Rechtssicherheit im Rahmen des Geschäftsverkehrs wieder herzustellen. Das Kriterium der Unlauterkeit, auf das bei einer generellen Geltung des Bargeschäftsprivilegs verzichtet werden kann, ist tatbestandlich ohnehin besser im Missbrauchstatbestand des § 133 Abs. 3 InsO-E verortet. Dort dient es der Identifizierung missbräuchlichen Verhaltens im Rahmen der kongruenten Deckung.

#### b) Definition der Unmittelbarkeit/Sonderregelung für Arbeitsentgelt

Die Regelung in Absatz 2 Satz 1, nach der der Austausch von Leistung und Gegenleistung unmittelbar ist, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistung und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt, entspricht der Regelung im Referentenentwurf und ist als Versuch einer Konkretisierung und damit Klarstellung für den Geschäftsverkehr zu begrüßen. Dem steht auch nicht die damit einhergehende Möglichkeit zur Differenzierung anhand unterschiedlicher Branchen entgegen. Schließlich verbieten sich bei den jeweiligen Sitten in den unterschiedlichen Wirtschaftszweigen allzu pauschale Festlegungen. Diesem Aspekt wird die Rechtsprechung gut nachvollziehbare Konturen verleihen. Im Lichte der in Absatz 2 Satz 2 getroffenen Klarstellung für den Fall der Gewährung eines Arbeitsentgelts an den Arbeitnehmer des Schuldners sollte der Gesetzgeber daher klarstellen, dass diese differenzierende Regelung von § 142 Abs. 2 auch die Definition üblicher Zeiträume anderer Branchen zulässt, die über die bisherige 30-Tages-Grenze hinausgehen. Maßstab sind hier allein die Art der ausgetauschten Leistungen sowie die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs.

Darüber hinaus zeigt der Entwurf mit dem Herausgreifen eines vertraglichen Sonderfalls, wie hier am Beispiel des sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses vorgenommen, den falschen Weg. Zum einen ist bereits jetzt abzusehen, dass dies den Beginn einer Katalogisierung innerhalb des Insolvenzrechts auslösen wird. Zum anderen entwickeln sich entsprechende Sondertatbestände als Einfallstore für andere Rechtsgebiete, deren Grundsätze und Definitionen auf diese Weise das Insolvenzrecht verdrängen.

Einen ersten Beleg dafür bietet der im Entwurf aufgeführte Sonderfall der Gewährung von Arbeitsentgelt. Hier ist angesichts des sozialrechtlich definierten Terminus „gewähren“ zu differenzieren: Dem Arbeitnehmer wird das Netto-Entgelt direkt gewährt. Zudem übernimmt es der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer, dessen Sozialversicherungsbeitrag an Kassen und Fiskus zu leisten (sog. Arbeitnehmeranteil). Nach dem vorgeschlagenen Wortlaut sind vom „Arbeitsentgelt“, welches der schuldnerische Arbeitgeber „dem Arbeitnehmer gewährt“, beide Anteile erfasst: Damit soll künftig neben dem Arbeitnehmernetto auch der Arbeitnehmeranteil an den Lohnnebenkosten innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums gesetzlich geschützt werden. Das Privileg, welches sozialpolitische Gründe hat und damit ausschließlich dem Arbeitnehmer zugutekommen soll, schützt damit zugleich Sozialkassen und Fiskus. Dies markiert die zweite Stelle im Regierungsentwurf, an der ein Fiskusprivileg vorgesehen ist. Es ist nicht zu akzeptieren, dass der Entwurfsverfasser eine wichtige wirtschaftspolitische Novelle nutzt, um „durch

die Hintertür“ dem Fiskus Vorteile zu verschaffen. Hier ist eine gesetzliche Klarstellung dahingehend, dass der Arbeitnehmeranteil vom Bargeschäftsprivileg ausgenommen ist, zwingend.

### **5. Verzinsung des Anfechtungsanspruchs nach § 143 InsO**

Die Ergänzung durch den neuen § 143 Abs. 1 S. 3 InsO-E ist zu begrüßen, sofern damit Fehlanreize abgebaut werden. Wir bitten dringend darum, für die Verzinsung ausschließlich an den Eintritt der Rechtshängigkeit (§ 291 BGB) anzuknüpfen. Andernfalls ist die Fortsetzung der bisherigen Praxis der wenig substantiierten Musterschreiben zu erwarten, mit der ein verzinsungsauslösender Schuldnerverzug schnell zu begründen ist. Damit würde sich auch die technisch schwer umzusetzende Alternative erübrigen, nach der zumindest eine Geltendmachung im Sinne einer qualifizierten und substantiierten Forderung gesetzlich zu verlangen ist.

### **6. Inkrafttreten**

Laut Artikel 4 des Regierungsentwurfs soll das Gesetz und folglich sämtliche Regelungen am Tag nach der Verkündung in Kraft treten. Angesichts der höchst unterschiedlichen Auswirkungen der novellierten Einzelregelungen ist es aus unserer Sicht dringend erforderlich, beim Inkrafttreten der Einzelregelungen zu differenzieren. Insbesondere die Neuregelung zur Verzinsung des Anfechtungsanspruchs nach § 143 InsO-E muss auch für solche Verfahren Anwendung finden, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits eröffnet sind. Hier ist insbesondere kein Schutzbedürfnis hinsichtlich des bisherigen Zinsanspruchs gegeben. Eine entsprechende Klarstellung ist dringend erforderlich.

### **III. Fazit**

Augenscheinlich wird mit dem Regierungsentwurf der unerfreuliche Versuch unternommen, den Fiskus im Fahrwasser der Novellierung der Vorsatzanfechtung mit Vorrechten zu versehen. Diese Privilegierungen in § 131 Abs. 1 S. 2 InsO-E sowie in § 142 Abs. 2 S. 2 InsO-E würden zu einem drastischen Rückgang der Verfahrenseröffnungen führen. Folge wären deutlich schlechtere Befriedigungsaussichten der übrigen Gläubigerschaft und ein genereller Bedeutungsverlust der Insolvenz. Die vorgeschlagenen Privilegien für Fiskus und Kassen, die in ihrem Umfang die anderweitig angestrebte Entlastung des Geschäftsverkehrs weit übersteigen, lehnt die deutsche Industrie mit allem Nachdruck ab.

Darüber hinaus enthält der Regierungsentwurf gegenüber dem Referententwurf einzelne Verbesserungen, die die Belange der Praxis gut abbilden. Dies betrifft die erkannte Notwendigkeit der Anwendung des Bargeschäftsprivilegs auch im Rahmen der Vorsatzanfechtung. Auch wird die effektivere Ausgestaltung des Erstantrags nach § 14 Abs. 1 S. 2 InsO-E zur Zunahme an Verfahrenseröffnungen beitragen. Das wesentliche Ziel der verbesserten Rechtssicherheit im Rahmen des § 133 InsO wird mit dem Vorschlag jedoch verfehlt. Der Verzicht auf den zurecht als zu unbestimmt kritisierten Rechtsbegriff der „unangemessenen Benachteiligung“ in § 133 Abs. 1 S. 1 InsO-RefE festigt die gegenwärtige Rechtslage. Er hilft der Praxis nicht weiter. Anstelle des bloßen Verzichts auf den unbestimmten Begriff der Unangemessenheit bedarf es einer praxistauglichen materiell-



rechtlichen Differenzierung zwischen der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO und der Deckungsanfechtung nach §§ 130-132 InsO. Der Begriff der Unlauterkeit (alt. Unredlichkeit) wäre im Bereich kongruenter Deckungsgeschäfte das richtige Instrument zur Differenzierung. In § 142 Abs. 1 InsO wäre er bereits dogmatisch falsch verortet. Nur auf diese Weise kann die Struktur des insolvenzrechtlichen Anfechtungsrechts für die Praxis wieder nachvollziehbar gestaltet werden.

Mit der Aufnahme eines Unwertelements in den Missbrauchstatbestand der Vorsatzanfechtung würde das deutsche Insolvenzrecht in die gute Gesellschaft einer Reihe anderer Rechtsordnungen zurückkehren, denen es auf diese Weise gelungen ist, die Anwendung eines als Ausnahme konzipierten Tatbestands als Auffangtatbestand zumindest einzudämmen. Die deutsche Industrie plädiert für ein verständliches und kalkulierbares Anfechtungsrecht. Im Sinne der Planbarkeit und Berechenbarkeit für den Geschäftsverkehr bitten wir um eingehende Prüfung unserer Änderungsvorschläge im parlamentarischen Verfahren.

## Stellungnahme

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

---

Der BDI ist die Spitzenorganisation der deutschen Industrie und der industrienahen Dienstleister. Er spricht für 38 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund 8 Millionen Beschäftigten.

---

*Dokumenten Nr.*  
D 0711

II/5-13-07 Stf

*Datum*  
19. Juni 2015

*Seite*  
1 von 11

#### I. Einleitung

Die deutsche Industrie begrüßt die Vorlage des Referentenentwurfs eines „Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die bisherige Rechtspraxis des Insolvenzanfechtungsrechts mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belastet ist und zu unverhältnismäßigen und unkalkulierbaren Risiken für die betroffenen Gläubiger führt. Das Bundesjustizministerium beleuchtet in der Entwurfsbegründung das Spannungsverhältnis zwischen dem mit § 133 InsO intendierten Schutz der Befriedigungsaussichten der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger und dem Bedürfnis des Geschäftsverkehrs, auf den Bestand erhaltener Zahlungen vertrauen zu können. Das als Ausnahmetatbestand konzipierte Instrument der für einen Zeitraum von zehn Jahren möglichen Vorsatzanfechtung findet in seiner derzeitigen Ausprägung kein Pendant in ausländischen Rechtsordnungen und ist hierzulande inzwischen zur gängigen Anspruchsgrundlage geworden. Das Aufkommen von Serienanfechtungen auf Basis von § 133 Abs. 1 InsO, die angesichts der geltenden Rechtslage in vielen Fällen zum Abschluss teurer Vergleiche führen, ist nur ein Phänomen, dem sich der Geschäftsverkehr ausgesetzt sieht. Das zunehmende Outsourcing von Anfechtungsdienstleistungen sowie das Aufkommen von Anfechtungsversicherungen sind weitere Anzeichen, dass hier ein Markt entstanden ist, auf dem ein Tatbestand eine Relevanz erfährt, den ihm der Gesetzgeber ursprünglich nicht beigemessen hat.

Bei einer Reform des Insolvenzanfechtungsrechts muss die Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts – das ordnende Vom-Markt-Nehmen – gewahrt bleiben. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung – *par conditio creditorum* – ist und bleibt in der Insolvenzsituation maßgeblich. Hierfür muss das Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung ein wirksames Instrument im Sinne eines effektiven Gläubigerschutzes bleiben. Dem Prinzip der Gläubigergleichbehandlung kommt jedoch mit Blick auf das gesamte Zivilrecht ein Ausnahmecharakter zu. Hier gilt die Grundregel des Prioritätsprinzips. Die Grenze vom Übergang des Prioritätsprinzips zur *par condition creditorum* muss schlüssig sein: Gerechtfertigt werden kann der Vorrang der *par conditio creditorum* problemlos im Zeitraum der Insolvenznahe, wie in

**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**  
Mitgliedsverband  
BUSINESSEUROPE

*Telekontakte*  
T: +493020281560  
F: +493020282560

*Internet*  
[www.bdi.eu](http://www.bdi.eu)

*E-Mail*  
[B.Stehfest@bdi.eu](mailto:B.Stehfest@bdi.eu)

§§ 130 und 131 InsO definiert. Auch die vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung stellt einen solchen Rechtfertigungsgrund dar. Wegen der zehnjährigen Frist ist aber keine Insolvenznähe mehr gegeben. Daher erscheint es offensichtlich als zwingend, dass in diesen Fällen besondere Anforderungen an das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 133 InsO gestellt werden. Hier setzt die Kritik der Praxis an. Die Ausnahme wurde mehr und mehr zur Regel, die Vorsatzanfechtung fungiert zunehmend als Generalklausel des Insolvenzanfechtungsrechts. Die anstehende Reform muss die Verunsicherung der Gläubiger hinsichtlich des rechtssicheren anfechtungsfesten Behaltendürfens von Zahlungen eines Schuldners in der Krise in der Krise beenden.

Es ist gut, dass im § 133 InsO künftig zwischen Vermögensverschiebungen („bad cases“) und Deckungshandlungen unterschieden wird. Gleichermäßen ist es richtig, noch einmal erhöhte Anforderungen an die Anfechtung einer kongruenten Deckungshandlung anzulegen, als dies für inkongruente Handlungen der Fall sein wird. Denn bei einer kongruenten Deckungshandlung erhält der Gläubiger nur das, was er aufgrund seiner vorangegangenen Leistung fordern darf. Zu begrüßen ist auch, dass in § 133 Abs. 1 InsO-E mit dem Tatbestandsmerkmal der Unangemessenheit wieder ein Kriterium gefunden werden soll, das zur Abgrenzung der Vorsatzanfechtung von den „gewöhnlichen“ Anfechtungstatbeständen, deren Rechtfertigung die zeitliche Insolvenznähe ist, dient. Die zentrale Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals kommt in Wortlaut und Begründung des vorliegenden Entwurfs allerdings noch nicht hinreichend zum Ausdruck.

Zum Klima der rechtspolitischen Debatte in den vergangenen Monaten: Es sind weder die in der Verwalterszene kritisierten „interessierten Kreise“ der Wirtschaft, die hier ihre Forderungen für ein praxisgerechtes und angemessenes Insolvenzanfechtungsrecht formulieren, noch ist es das Ziel, das Instrument des Anfechtungsrechts der Insolvenzordnung auch nur ansatzweise wirkungslos zu machen. Als Spitzenverband der deutschen Industrie vertreten wir sämtliche Gläubigergruppen gleichermaßen: diejenigen, die auf Massemehrung durch erfolgreiche Anfechtungen des Verwalters hoffen, ebenso, wie jene, die in langjährigen Geschäftsbeziehungen stehen und nicht die stete Sorge haben dürfen, bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Vertragspartners die Jahre oder Monate vor dem Insolvenzantrag erhaltenen Zahlungen als Gegenleistung für erbrachte Lieferungen und Leistungen zur Masse rückerstatten zu müssen. Dementsprechend unterbreiten wir nachfolgend Vorschläge, auf welche Weise der vorliegende erste Entwurf einer Neuregelung der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung aus unserer Sicht noch praxisgerecht überarbeitet werden sollte.

## **II. Zu den Vorschlägen im Einzelnen**

### **1. Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO-E**

Bekanntlich sind nach aktueller Praxis bereits Anfragen der Vertragspartner nach Zahlungserleichterungen aber auch verspätete Zahlungen oder sonstige Indizien, die auf Zahlungsschwierigkeiten hindeuten können, Anlass für Verwalter zu Anfechtungen nach § 133 Abs. 1 InsO. Dabei ist praktisch unerheblich, ob es sich um Ratenzahlungsvereinbarungen handelt, um die der Schuldner aufgrund saisonbedingt eingeschränkter Liquidität gebeten

hatte, ob Indizien einer strukturellen Liquiditätskrise vorliegen oder ob tatsächlich einseitige Absprachen zu Lasten anderer Gläubiger getroffen wurden. Die Rechtsfolge ist dieselbe: In allen Fällen muss der Gläubiger über einen Zeitraum von zehn Jahren mit einer Anfechtung erhaltener Leistungen rechnen. Für den anfechtenden Insolvenzverwalter ist diese Sichtweise vorteilhaft: Im Nachhinein betrachtet war der Insolvenzantrag immer unvermeidbar und jede dahin führende Zahlungserleichterung hat ihn verzögert. Dem Gläubiger, der die Zahlung erhält, schneidet diese Sichtweise jede Verteidigung ab: Er kann Zahlungsschwierigkeiten und Liquiditätsverknappungsindizien ohne Einblick in das betrieblich Rechnungswesen des Schuldners nicht sicher einordnen. Ursprüngliches Ziel der Vorsatzanfechtung waren die Erfassung von Vermögensverschiebungen und anderen gezielt masseschmälernde Handlungen im Vorfeld einer Insolvenz, für die ein entsprechend langer Anfechtungszeitraum auch als angemessen erscheint. Auf diesen Bereich muss die erhebliche und umfassende Sanktion des § 133 InsO zurückgeführt werden.

#### **a) Differenzierung im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO-E**

Der Ansatz des Referentenentwurfs, im System der Vorsatzanfechtung zunächst nach Vorliegen einer Deckungshandlung oder einer Vermögensverschiebung zu differenzieren und daran die jeweilige Frist der Möglichkeit der Geltendmachung etwaiger Ansprüche zu knüpfen, ist nachdrücklich zu begrüßen. Der Gesetzgeber macht damit deutlich, die klassischen Anwendungsfälle der Vorsatzanfechtung, wie etwa Vermögensverschiebungen oder Bankrotthandlungen („bad cases“), gesondert behandeln zu wollen und von einer Fristverkürzung oder tatbestandlichen Erleichterungen auszunehmen. Hier kommt der das Gesamtgefüge schonende Charakter des Reformansatzes besonders zum Ausdruck. Schließlich ist keine weniger einschneidende Reform denkbar, als eine Differenzierung im bereits bestehenden System. Auch die Unteraufteilung der Deckungsanfechtung in inkongruente und kongruente Deckungshandlungen ist sinnvoll.

#### **b) Begriff der Unangemessenheit**

Wir begrüßen, dass der Entwurfsverfasser mit dem Begriff der Unangemessenheit den richtigen Versuch unternimmt, das Unwerturteil der Vorsatzanfechtung wieder deutlicher zu unterstreichen und so auch eine Abgrenzung zu §§ 130, 131 InsO herzustellen. Denn Deckungsgleichheit der beiden Normen in der Rechtsanwendung war auch vom Gesetzgeber der InsO 1999 nicht gewollt gewesen. Schließlich hat er die §§ 130 und 133 InsO jeweils mit unterschiedlichen Schutzzwecken ausgestattet. Durch § 130 InsO wird der Schutz des Grundsatzes „par conditio creditorum“ drei Monate vor Eröffnung des Verfahrens verfolgt. Wer also in diesem kurzen Zeitraum vor dem Eröffnungsantrag eine Zahlung empfängt, muss mit der Anfechtung und einem Verweis auf die Insolvenzquote rechnen. Anders liegt es bei der Regelung des § 133 InsO. Diese verfolgt den Schutz gegenüber solchen Rechtshandlungen, die der Schuldner in einverständlichem Zusammenwirken mit dem späteren Anfechtungsgegner – zum Nachteil der Gläubiger – vorgenommen hat. Als Haftungsnorm verlangt sie für einen zehnjährigen Zeitraum das vom Gläubiger zurück, was er in Kenntnis des schuldnerischen Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes erlangt hat. Dieser Norm kommt

damit weniger der Charakter der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger als vielmehr ein Sanktionscharakter zu, der seine Begründung im besonderen Unwert in der gemeinschaftlich gewollten oder in Kauf genommenen Gläubigerbenachteiligung findet. Dieses „Mehr“ an zu missbilligendem Verhalten muss vor allem bei kongruenten Deckungen, d. h. Zahlungen auf bestehende Verbindlichkeiten des Schuldners, künftig wieder verlangt werden. Dies muss künftig auch im Wortlaut des § 133 InsO wieder zum Ausdruck kommen.

Hierfür bietet sich der vorgeschlagene Begriff der Unangemessenheit in § 133 Abs. 1 InsO-E als Lösungsmöglichkeit an. Zu diesem Zweck muss die Bedeutung des zentralen Begriffs der Unangemessenheit im weiteren Verfahren jedoch noch deutlicher hervorgehoben werden. Wir würden es sehr begrüßen, wenn das Gesetz klarer zum Ausdruck brächte, dass mit dem Merkmal der Unangemessenheit ein eigenständiger, weitergehender Unwertgehalt verbunden ist, wie es z. B. bei einer Druckzahlung auf Drohung mit einem Insolvenzantrag der Fall wäre. Die Norm des § 130 InsO verlangt die Vornahme einer Rechtshandlung zum Zeitpunkt seiner Zahlungsunfähigkeit bei gleichzeitiger Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit. Der Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO verlangt für kongruente Deckungen im Wesentlichen dasselbe, wenn er die (schuldnerische) Rechtshandlung, den schuldnerischen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die entsprechende Kenntnis des Gläubigers davon verlangt. Aufgrund der Tatsache, dass die Begründung zum Referentenentwurf auf die Einbindung der Vermutungswirkung des § 130 Abs. 2 InsO in den Rahmen des § 133 InsO abstellt, besteht erneut das Risiko, dass nun zwar die Kenntnis von Indizien bzgl. der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht mehr ausreichen soll, aber über eine neue Indizienkette über § 130 Abs. 2 InsO die heutige, missliche Situation der weiten Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungen aufgrund einer Indizienkette perpetuiert wird. Es geht bei dieser Reform um die Fälle, in denen dem Anfechtungsgegner zwar eine Liquiditätskrise nicht verborgen bleibt, er jedoch nicht mit dem Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit (= Insolvenzantragspflicht) rechnen musste. Es ist also zwingend erforderlich, dem § 133 InsO in diesen Fallgruppen ein zusätzliches Unwertelement hinzuzufügen, um seinen Tatbestand von jenem des § 130 InsO abzugrenzen.

Mit der Entwicklung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit hatte die Rechtsprechung bis zum Jahr 2003 das Ziel der Differenzierung im Blick. Unter Geltung der Konkursordnung sah § 31 KO noch das Tatbestandsmerkmal der Absicht vor, durch das eine Differenzierung zu den übrigen Anfechtungstatbeständen vorgenommen wurde. Auch wenn der Absichtsbegriff mit Geltung der Insolvenzordnung durch das Vorsatzmerkmal ersetzt wurde, so stellte der Gesetzgeber der InsO 1999 klar, dass dies keine Änderung der Rechtslage mit sich bringen sollte. Dies galt insbesondere für das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit. Zentral für die Vorsatzanfechtung war das Vorliegen eines unlauteren Zusammenwirkens zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner, das es zum Ziel hat, die Ansprüche der übrigen Gläubiger zu vereiteln und ihnen den Zugriff zu verwehren (BGH IV ZR 164/53 vom 4.2.1954, BGH IX ZR 236/91 vom 12.1.1992). Auf diese Weise wurde der besondere Unwert der tatbestandlichen Rechts-

handlung des § 133 Abs. 1 InsO zum Ausdruck gebracht. Dass die Rechtsprechung das Unlauterkeitsmerkmal unter Hinweis auf den Wegfall des Absichtserfordernisses in der InsO später fallen ließ (BGH IX ZR 272/02 vom 17.7.2003), widersprach ganz offensichtlich dem Willen des InsO 1999-Gesetzgebers. Dieser bezweckte lediglich, die von der Rechtsprechung vorgenommene Aufweichung des Absichtsbegriffs im Normtext der Insolvenzordnung nachzuvollziehen. Nicht jedoch wollte er damit für die Rechtspraxis ein Abschmelzen der Tatbestandsvoraussetzungen bewirken. Diese Entwicklung in der Rechtsprechung ist eine wesentliche Ursache für die gegenwärtige Situation der ausufernden Anwendung der Vorsatzanfechtung in der Insolvenzpraxis.

Von daher besteht ein Lösungsansatz in der Tat darin, mittels des Begriffs der Unangemessenheit die Intention des Gesetzgebers der InsO 1999 erneut aufzugreifen. Folglich müsste im Gesetzentwurf klargestellt werden, dass die Unangemessenheit eben den besonderen Unwert des Zusammenwirkens zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner mit dem Ziel der Vereitelung der Ansprüche der übrigen Gläubiger zum Inhalt hat. Schließlich ist jede Rechtshandlung des Schuldners zu Gunsten eines Gläubigers eine (potenzielle) Benachteiligung der Gläubigergesamtheit. Die jeweiligen Rechtsfolgen der §§ 129 InsO müssen jedoch zwischen Umständen und Handlungszwecken differenzierend zur Anwendung kommen. Konsequenz für § 133 InsO muss sein, dass der Verwalter das Vorliegen dieses Unwert-Aspekts zu beweisen hat. Jedenfalls kann nicht allein die Kenntnis des Gläubigers von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aufgrund von Indizien und vom gleichzeitigen Vorhandensein anderer Gläubiger ausreichend sein. Auf diese Weise würde der Geschäftsverkehr von der gegenwärtigen Rechtspraxis der erdrückenden Vermutungsketten, die er mangels Einblick in die innerbetrieblichen Zahlen auch zum Zeitpunkt der Erhalt der Zahlung nicht bewerten kann, entlastet.

Es ist das gegenwärtig zu beobachtende Ausreizen von Indizien und Vermutungen rund um § 133 InsO, das es dem redlichen Gläubiger beinahe unmöglich macht, sich gegen die behauptete Kenntnis der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung des Schuldners aufgrund von Indizien zur Wehr zu setzen. Die vorliegende Entwurfsbegründung birgt die Gefahr, diese Vermutungsregelungen über § 130 Abs. 2 InsO in den Anwendungsbereich des § 133 InsO-E zu übertragen. Die Ausdehnung des Tatbestands des § 133 InsO würde damit ihre Fortsetzung finden. Insoweit liegt ein weiterer Lösungsansatz darin, durch klar abgestufte Anforderungen an den Nachweis belastender Tatbestandsmerkmale zwischen den Anfechtungstatbeständen zu differenzieren. Aus im Geschäftsverkehr üblichen, auch saisonalen oder projektspezifischen Liquiditätsverknappungen darf künftig nicht die Vermutung für das Vorliegen eines nach § 133 Abs. 1 InsO in besonderem Maße zu sanktionierenden Verhaltens bei dem Erhalt einer kongruenten Befriedigung geschlossen werden.

### **c) Ausnahmen von der Unangemessenheit**

Die vorgeschlagenen „Safe Harbour“-Regelungen des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO sind im Sinne einer Planungssicherheit zu begrüßen. Auch hierfür wäre jedoch eine weitere Konkretisierung des Unangemessenheitsbegriffs

wünschenswert. Letztlich müssen sich vergleichbare Ausnahmekonstellationen, die die Rechtsprechung ggf. herausbilden wird, an den Wertungen dieser beiden Konstellationen messen lassen. Darüber hinaus stellt der bisherige Wortlaut nicht hinreichend klar, dass es sich bei den Ausnahme-Fallkonstellationen um Regelbeispiele handelt, die keinen abschließenden Charakter haben. Durch Einfügen des Wortes „insbesondere“ in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO-E („Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere nicht vor, wenn...“) sollte klargestellt werden, dass die genannten Ausnahmeregelungen nicht abschließend sind.

Inhaltlich sollen die beiden Fallkonstellationen dem Geschäftsverkehr Wege beschreiben, um dem Verdikt der Unangemessenheit zu entgehen. Allein beschränkt sich der Vorschlag auf äußerst spezielle und eng ausgestaltete Konstellationen, sodass sie für die Geschäftspraxis keine praxisrelevanten Ausnahmen darstellen. Die Ausnahmen müssen weiter ausgestaltet werden. Dass dies auch im Rahmen des Angemessenen möglich ist, zeigt die kritische Betrachtung der vorgeschlagenen Fallgruppen:

#### **aa) Bargeschäftsähnliche Lage**

Laut des Entwurfs wird vorgeschlagen, eine Ausnahme von der „unangemessenen Benachteiligung“ für den Fall zu normieren, in dem für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung ins schuldnerische Vermögen gelangt, die zugleich zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens oder zur Sicherung des schuldnerischen Lebensbedarfs erforderlich ist. Zwar ist es als positiv zu bewerten, dass der Bargeschäftseinwand des § 142 InsO künftig grundsätzlich auf Fälle des § 133 Abs. 1 InsO anwendbar sein soll. Die Einschränkung „zur Fortführung seines Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich“ ist jedoch deutlich zu eng. Dem Gläubiger darf hier keine wirtschaftliche Prüfung auferlegt werden, ob seine Lieferung oder Leistung wirklich für die Fortführung des schuldnerischen Betriebs dienlich ist oder eine Fortführung wirtschaftlich sinnvoll ist. Dies kann der Gläubiger, der nicht Hausbank ist, regelmäßig überhaupt nicht leisten. Die Bargeschäftsausnahme muss damit künftig im Rahmen von § 133 InsO zumindest insofern gelten, als die unmittelbare und gleichwertige Gegenleistung der Fortführung des schuldnerischen Unternehmens ermöglicht, dient oder diese fördert. Es kann dabei auch nicht darauf ankommen, ob ein (qualifizierter) Eigentumsvorbehalt vereinbart wird oder nicht.

Ferner ist nicht nachzuvollziehen, weshalb der Erbringer einer Dienst- oder Werkleistung an den Schuldner weniger Vertrauensschutz genießen soll als der Warenlieferant, also – da nicht als Ausnahmetatbestand aufgenommen – hierdurch die Unangemessenheit indiziert ist, wenn der Dienstleister oder Werkunternehmer bezahlt wird. Der Werkunternehmer, der über Monate hinweg im Geschäftsbetrieb des Schuldners z. B. eine technische Anlage gebaut hat, seine Vergütung aber erst nach förmlicher Abnahme und mehrwöchiger Schlussrechnungsprüfung seitens des Schuldners beanspruchen kann, wird sich nicht auf den „bargeschäftsähnlichen“ Charakter des Leistungsaustausches und damit auf den neuen Ausnahmetatbestand nach § 133 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 1 InsO-E berufen können. Die gebaute technische Anlage kann aber gleichwohl für den Geschäftsbetrieb des Schuldners dien-

lich, ja sogar erforderlich und betriebsnotwendig sein – man denke nur beispielhaft an eine für Sicherheit von Leib und Leben erforderliche und durch die Bauordnungsbehörde vorgeschriebene Brandmeldeanlage oder eine sonstige sicherheitstechnische Anlage, die unerlaubten Zutritt zum Geschäftssitz des Schuldners und Zugriff auf dessen Vermögen, Know-how etc. verhindern soll. Sofern hier eine Vergütung erfolgt, stehen sich zudem auch in gleichem Maße Leistung und Gegenleistung adäquat gegenüber, nur dass es an dem Kriterium der Unmittelbarkeit fehlt, wie es beim Bargeschäft oder dem bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausch der Fall ist. Dass dem Werkunternehmer hier eine andere Behandlung zukommen soll als dem Warenlieferanten leuchtet nicht ein. Der Werkunternehmer oder Dienstleister ist mindestens genauso schutzwürdig. Das Kriterium der Unmittelbarkeit ist daher zu streichen oder aber für die vorgenannte Konstellation eines wechselseitigen Leistungsaustausches sollte ein expliziter Tatbestand geschaffen werden.

### **bb) Ernsthafter Sanierungsversuch**

Mit dem Tatbestandsmerkmal des ernsthaften Sanierungsversuchs stellt der Entwurfsverfasser auf die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH ab, nach der ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegen muss, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt (hierzu u. a. BGH IX ZR 183/06 vom 16. Oktober 2008, BGH IX ZR 156/09 vom 8. Dezember 2011).

Der Tatbestand des ernsthaften Sanierungsversuchs findet in der Rechtsprechung des BGH seinen Bezug allerdings zu Kreditinstituten. Er ist mithin ausschließlich für solche Gläubiger einschlägig, die umfassenden Einblick in die wirtschaftliche Lage des Schuldners haben und letztlich auch als einer der Hauptgläubiger tatsächlich in die Aufstellung und Umsetzung eines Sanierungskonzepts einbezogen sind. Beides trifft auf den durchschnittlichen Gläubiger (wie z. B. Warenlieferant, Dienstleister, Werkunternehmer oder Vermieter) nicht zu. Zwar kann ein privilegierender Tatbestand nicht lediglich auf Sanierungshoffnungen oder vagen -vermutungen basieren. Es muss aber auch klar sein, dass es gerade bei bis zu mittelgroßen Schuldnerunternehmen oft keine beraterlastigen Sanierungskonzepte, sondern schlicht Gespräche mit Kapitalgebern gibt. Daher müssen zielgerichtete Maßnahmen des Schuldners, denen eine Sanierungswirkung nicht von vornherein abzuerkennen ist, auch Teil dieser Fallkonstellation sein. Dabei darf sich der Kreis der geschützten Rechtshandlungen nicht auf unmittelbare Elemente eines zentralen Sanierungskonzepts beschränken. Es müssen auch solche Rechtshandlungen erfasst sein, die im Rahmen oder mit Bezug zu laufenden Sanierungsbemühungen vorgenommen werden. Letztlich wäre der Gläubiger, mit der bereits heute gegebenen Situation konfrontiert, nicht erkennen zu können, ob ein Sanierungsversuch ernsthaft ist. Um diesem fehlenden Einblick in die wirtschaftliche Lage des späteren Insolvenzschuldners gerecht zu werden, sollte für den Fall der kongruenten Deckungsanfechtung klargestellt werden, dass der Geschäftspartner von einer Anfechtung verschont bleibt, soweit sich die Untauglichkeit des vom späteren Insolvenzschuldner behaupteten Sanierungsversuches nicht offensichtlich aufdrängt, es mithin an einer Erkennbarkeit für den Gläubiger fehlte.



Zudem muss die Praxistauglichkeit im Fokus einer Neuregelung bleiben. Im schnelllebigen Geschäftsalltag sind es häufig die Anfragen nach (kurzfristigen und/oder vorübergehenden) Zahlungserleichterungen, die bewältigt und bearbeitet werden müssen. Oft stehen dabei auch übersichtliche Forderungsbeträge in Rede, die gestundet werden sollen oder Gegenstand eines Moratoriums oder einer Ratenzahlungsvereinbarung werden sollen. Der zeitliche und personelle Aufwand beim Geschäftspartner für eine Prüfung des vom Schuldner verfolgten und erarbeiteten Sanierungskonzeptes (sofern überhaupt vorhanden) steht meist in keinem Verhältnis zum Nutzen für beide Seiten. Zudem wird bei geringeren Größenordnungen auch der Schuldner nicht bereit sein, Einblick in seine Liquiditätsstatus zu gewähren. Gerade dies wäre für den Geschäftspartner jedoch erforderlich, wenn er die Ernsthaftigkeit der Sanierungsbemühungen beurteilen wollte.

#### **d) Differenzierte Anfechtungsfristen**

Es ist richtig, anhand der jeweils geltenden Frist zwischen Deckungshandlungen und anderen Fallkonstellationen zu unterscheiden. Für das Feld der Vermögensverschiebung ist die beizubehaltende zehnjährige Frist auch angemessen. Angesichts der Vielzahl von Anfechtungen nach § 133 Abs. 1 InsO, die sich auf Rechtsgeschäfte in den beiden Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beziehen, sollte die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungshandlungen auf eine Frist von zwei Jahren beschränkt werden.

#### **e) Kenntnis des Gläubigers im Rahmen kongruenter Deckungsgeschäfte**

Es ist zu begrüßen, dass es bei Vorliegen kongruenter Deckung erforderlich sein soll, dass bereits Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Insoweit soll allein die Kenntnis von einer lediglich drohenden Zahlungsunfähigkeit oder in Abgrenzung zu § 130 Abs. 2 InsO die Kenntnis von Indizien, die auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, nicht ausreichen. Dies verbessert die Position von Unternehmen, die im Geschäftsverkehr mit späteren Insolvenzschuldern stehen. Auch ist zu befürworten, dass die Kenntnis des Gläubigers vom schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz nicht allein aus Zahlungsvereinbarungen mit Vollstreckungsaufschub nach § 802 b Abs. 2 S. 1 ZPO oder solchen, um die im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs nachgesucht wurde, abgeleitet werden kann. Erweitert werden sollte der Kreis der Fallkonstellationen um kurzzeitige Zahlungsstockungen.

Erheblichen Auslegungsspielraum lässt der Begriff der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs. Es ist zu begrüßen, dass der Entwurf damit die Rechtswirklichkeit der Praxis aufzunehmen versucht und einer statischen Pönalisierung von Zahlungserleichterungen entgegenwirken will. Dennoch ist bereits heute absehbar, dass der damit verbundene unbestimmte Rechtsbegriff der „Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr“ Entscheidungen des BGH erforderlich macht, bevor Klarheit über die Stichhaltigkeit der behaupteten Gebräuche des jeweiligen Wirtschaftszweigs geschaffen wird. Um auch hier ein höheres Maß an Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr zu erreichen,

sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass sich die Gepflogenheiten am Geschäftsverkehr der jeweiligen Branche zu orientieren haben.

Insgesamt ist zu befürchten, dass die vorgeschlagene Neuregelung in der gerichtlichen Praxis keine wesentliche Entlastung für Gläubiger im Bereich kongruenter Deckungshandlungen mit sich bringen wird. Schließlich wird hier kein „*Safe Harbour*“ für den redlichen Gläubiger vorgeschlagen. Die jeweilige Vereinbarung wirkt vielmehr weiter als Indiz für die Kenntnis des Gläubigers vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners. Den Instanzgerichten bleibt weiter die Möglichkeit, bei Vorliegen einer der beiden Voraussetzungen einen als solchen wenig maßgeblichen weiteren Aspekt zur Annahme der inkriminierten Kenntnis hinzuzuziehen, um im Ergebnis doch regelmäßig zur Bejahung des Tatbestandsmerkmals zu gelangen. Insofern ist zu fordern, dass die genannten Zahlungserleichterungen gar nicht zur Ableitung oder Vermutung der Kenntnis von Zahlungsunfähigkeit bzw. schuldnerischen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz im Rahmen kongruenter Deckungshandlungen bei § 133 InsO herangezogen werden können.

#### **f) Beweispflicht des Verwalters**

Wesentlich für die ausufernde Anwendung der Vorsatzanfechtung in der Verwalterpraxis sind zudem die prozessrechtlich erdrückenden Vermutungsketten von § 133 Abs. 1 InsO zu Lasten der Gläubiger. Diese zu widerlegen und entsprechenden (meist wenig substantiierten) seriellen Anfechtungsschreiben zu entgegnen, ist dem Gläubiger im Regelfall nicht möglich. Die Kenntnis des Gläubigers von Zahlungsproblemen des Vertragspartners führt in der gegenwärtigen Praxis zu einer faktischen Beweislastumkehr. Daher sehen sich die Adressaten entsprechender Anfechtungen oftmals gezwungen, objektiv ungerechtfertigte Vergleiche abzuschließen. Insofern ist es zu begrüßen, dass der Insolvenzverwalter künftig nachweisen muss, dass keine gesetzliche Ausnahme von einer „unangemessenen Benachteiligung“ nach § 133 Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 und 2 InsO-E vorliegt. Diese beweisrechtliche Neuregelung war und ist wesentlicher Bestandteil der aktuellen Reform. Gerade die prozessrechtlich erdrückenden Vermutungsketten des § 133 InsO waren und sind es, die in Kombination mit dessen undifferenziertem objektiven Tatbestand zu unangemessenen Ergebnissen führten. Die Beweislastverteilung muss allerdings deutlich im Wortlaut des § 133 Abs. 1 InsO-E zum Ausdruck kommen, da die Gesetzesbegründung bekanntlich keine Gesetzeskraft entfaltet.

#### **2. Konkretisierung des Bargeschäfts, § 142 InsO-E**

Der Entwurfsverfasser war nicht bereit, eine Leistung, für die eine unmittelbare gleichwertige Gegenleistung erfolgt, generell von der Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO auszunehmen. Hier sollte das anstehende Verfahren genutzt werden, um die tatsächlichen Auswirkungen eines auch im Rahmen des § 133 InsO umfassenden Bargeschäftsprivilegs zu prüfen. Die Klarstellung zum Unmittelbarkeitsbegriff des Bargeschäfts im Sinne eines engen zeitlichen Zusammenhangs ist grundsätzlich zu begrüßen. Auch an dieser Stelle ist es schwer zu vermeiden, auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückzugreifen. Der Versuch, mittels der Begriffe „nach Art der ausgetauschten Leistung“ oder erneut der „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ in der insolvenzrechtlichen Praxis zu differenzieren, ist richtig.

### **3. Einordnung der Zwangsvollstreckung, § 131 InsO-E**

Ebenfalls zu begrüßen ist der Vorschlag, nach dem eine vom Gläubiger erwirkte Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels allein nicht die Anfechtbarkeit nach § 131 Abs. 1 S. 1 InsO-E nach sich zieht. Im Geschäftsverkehr bestand seit jeher wenig Verständnis dafür, weshalb sich eine Forderung im Rahmen einer kongruenten Deckung, zu deren Durchsetzung der Gläubiger die Instrumente der Zivilprozessordnung anwenden musste, in ihrer Durchsetzung zu einer inkongruenten Forderung wandelt. Der Vorschlag, die Vollstreckung auf Basis eines gerichtlich erworbenen Titels nicht mehr als inkongruente Deckung und Leistungen auf Basis einer Zahlungsvereinbarung mit dem Gerichtsvollzieher nicht mehr als Druckzahlungen anzusehen, ist positiv und vor allem systemgerecht.

### **4. Verzinsung des Anfechtungsanspruchs nach § 143 InsO**

Die vorgeschlagene Neuregelung zur Verzinsung des Anfechtungsanspruchs in § 143 InsO, die erst mit Geltendmachung des Anspruchs durch den Verwalter beginnt, ist zu begrüßen. Die bisherige Regelung hat in Verbindung mit dem bisher allzu leicht durchzusetzenden Anfechtungsanspruch nach § 133 Abs. 1 InsO geradezu zur „missbräuchlichen“ Ausübung des Anfechtungsrechts eingeladen. Allerdings ist zusätzlich zu verlangen, dass die Geltendmachung im Sinne einer qualifizierten Forderung die Umstände des erhobenen Anspruchs erkennen lassen muss. Andernfalls könnte auch künftig mit wenig substantiierten Musterschreiben ein Zinsanspruch in Gang gesetzt werden. Im weiteren Verfahren muss freilich klargestellt werden, dass Anknüpfungspunkt für die Zinsforderung nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern der Eintritt der Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage ist. Weiter muss die Zinsregelung auch für solche Verfahren Anwendung finden, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits laufen. Schließlich ist kein Schutzbedürfnis hinsichtlich des bisherigen Zinsanspruchs gegeben, da diese nur Nebenforderungen im Insolvenzverfahren darstellen.

## **III. Weiterführende Vorschläge**

### **1. Frühzeitige Sachaufklärung, § 14 Abs. 1 InsO**

Tatsächlichen und frühen Einblick in bestehende Zahlungsrückstände und die wirtschaftliche Lage des Schuldners haben hauptsächlich Sozialkassen und Finanzämter. Insoweit sollte das Antragsrecht Dritter effektiviert werden. Der Erstantrag eines Gläubigers darf nicht wie bisher mittels nachträglicher Zahlung des geforderten Betrags durch den Schuldner nach § 14 Abs. 1 InsO unzulässig werden. Bis zum Zeitpunkt des dann durchgreifenden Zweitantrags geht regelmäßig zu viel Zeit ins Land, in der der Schuldner in einer insbesondere vom institutionellen Gläubiger erkannten Krisensituation weiter gewirtschaftet hat. Es ist nicht verständlich, dass der Gesetzgeber einerseits vom privaten Gläubiger, der über relativ geringe Kenntnis zur wirtschaftlichen Lage des Geschäftspartners verfügt und sich im Falle eines Drittantrags erheblichen Haftungsrisiken aussetzen würde, verlangt, bei ersten Krisenzeichen beim Vertragspartner die Reißleine zu ziehen und Antrag auf Eröffnung des Verfahrens zu stellen und andererseits den institutionel-

len Gläubiger, der Einblick hat und willens ist, das Insolvenzverfahren anzustoßen, eben auf einen zweiten Antrag verweist. Letztlich muss das Ziel sein, mehr Verfahren zur Eröffnung zu bringen, ohne die Risiken dafür auf dem Rücken der unbesicherten Gläubiger zu belassen. Auch mit Blick auf die Diskussion um das Haushaltbegleitgesetz 2011 und die damals geplanten Änderungen in § 14 InsO muss der Gesetzgeber jedoch zwingend gewährleisten, dass mit einer Effektivierung des Erstantrags nicht dem missbräuchlichen, weil einseitigen Einsatz etwa einer Drohung mit dem Eröffnungsantrag gegenüber dem Schuldner Vorschub geleistet wird.

## **2. Fortlaufende Beobachtung der Gesetzesfolgen**

Um der Fortentwicklung des Insolvenzrechts im zentralen Bereich des Anfechtungsrechts gerecht zu werden, regen wir an, dass das federführende Bundesministerium eine Expertengruppe zur praxisgerechten Weiterentwicklung des Rechts der Insolvenzanfechtung ins Leben ruft. Die Arbeit dieser Gruppe würde sich zunächst auf die Auswirkungen der hier diskutierten Reform beziehen und sollte dabei nicht zwingend in kurzfristigen Gesetzesänderungen münden, sondern die Interessen der Beteiligten am Insolvenzverfahren und die Überzeugungen des Gesetzgebers in einen fortgesetzten Austausch bringen. Die deutsche Industrie bietet hier nachdrücklich ihre aktive Beteiligung an.

## **IV. Fazit**

Das Ziel der aktuellen Reform, im Recht der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung im Rahmen des § 133 InsO zu differenzieren und nur solche Handlungen zu sanktionieren, die tatsächlich zu missbilligenden Auswirkungen haben, ist nachdrücklich zu begrüßen. Der vorliegende Referentenentwurf bietet eine gute Grundlage, um letztlich mehr Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr zu erzeugen. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren muss geprüft werden, inwieweit unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisiert werden können und insbesondere dem zentralen Begriff der Unangemessenheit in § 133 Abs. 1 InsO-E klare Konturen zur Abgrenzung des Tatbestands gegenüber den übrigen Anfechtungsnormen verliehen werden können. Ausnahmen vom Tatbestand der Vorsatzanfechtung müssen im Gesetzestext so ausgestaltet werden, dass entsprechende Fallkonstellationen eine tatsächliche Relevanz im Geschäftsverkehr haben. Entsprechende Beweispflichten müssen so zugeordnet und entsprechende Vermutungsregelungen so aufgestellt werden, dass es künftig nicht mehr möglich ist, z. B. mittels missbräuchlicher Anfechtungen das Ziel teurer Vergleiche zu erreichen oder mittels ungerechtfertigter Vorsatzanfechtungen redliche Gläubiger für lange Zeiträume in Unsicherheit um den Bestand erhaltener Zahlungen zu versetzen bzw. unkalkulierbaren Risiken auszusetzen. Letztlich muss das Stufenverhältnis im Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung wieder hergestellt werden. Die Vorsatzanfechtung muss künftig einen effektiven und zielgerichteten Schutz gegenüber kollusiven und missbräuchlichen, unangemessenen Rechtshandlungen bewirken, die vorrangig das Ziel der Vereitelung der Befriedigung der übrigen Gläubiger haben. Sie darf nicht weiter als Standardwerkzeug der Verwalter den Charakter eines Auffangtatbestands im Recht der Insolvenzanfechtung innehaben.

**Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit  
bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz,  
BT-Drucksache 18/7054**

**Stellungnahme des Sachverständigen  
Dr. Christoph Niering,  
Vorsitzender des Verbandes der Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID)**

### **A. Vorbemerkung**

Das deutsche Insolvenzrecht hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten eindrucksvoll gezeigt, dass es einen wesentlichen Beitrag zum Erhalt von Unternehmen, damit auch zum Erhalt von Arbeitsplätzen, leisten kann. In jüngster Zeit haben das Gesetz zur erleichterten Sanierung von Unternehmen, ESUG<sup>1</sup>, und auch der Ansatz der Europäischen Kommission den Sanierungsansatz des Insolvenzrechts und somit eine zweite Chance für Unternehmer nochmals deutlich hervorgehoben und gestärkt. Nicht ohne Grund hebt die Weltbank in ihrer letzten Erhebung<sup>2</sup> hervor, dass Deutschland im Bereich Insolvenz und Reorganisation eine weltweit führende Rolle einnimmt.

Das bis heute Erreichte und die Entwicklung dahin waren jedoch keine Selbstläufer. Vielmehr sind sie Produkt einer langen Reformdiskussion und auch das Ergebnis der Vereinheitlichung der beiden deutschen Rechtssysteme nach 1989. Bis dahin galten vor allem in der Konkursordnung über Jahrzehnte gewachsene und sehr umfangreiche Vorrechte, die nicht nur häufig die Eröffnung eines Konkursverfahrens, sondern in der Folge auch den Erhalt des Unternehmens unmöglich machten.

„Sanieren statt liquidieren“ mag man als Überschrift über die Insolvenzordnung schreiben. Der Sanierungsgedanke, zumindest als alternativer Verwertungsweg zur Unternehmenserschlagung, wird bereits in § 1 der Insolvenzordnung ausdrücklich genannt. Sanierung bedeutet Unternehmenserhalt und Unternehmenserhalt bedeutet Arbeitsplatzerschutz. Die Sanierung von Unternehmen ist aber nur dort möglich, wo die insolventen oder insolvenzbedrohten Unternehmen zumindest noch über ein Mindestmaß an finanziellen Mitteln verfügen, um im Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung die zwingend notwendigen Maßnahmen zur Sicherung der Betriebsfortführung zu finanzieren.

Ein zentrales Instrument der Sicherung der finanziellen Basis für ein Insolvenzverfahren ist das Anfechtungsrecht, welches die große Insolvenzreform von 1994 deshalb ausdrücklich und sehr weitgehend gestärkt hat. Mit dem Anfechtungsrecht soll in erster Linie der Wettlauf zwischen den Gläubigern unterbunden oder zumindest frühzeitig beendet werden. Ein

---

<sup>1</sup> Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2011 Teil I Nr. 64, S.2582ff.

<sup>2</sup> <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2016>

Wettlauf, der ohnehin in Bezug auf die Finanzbehörden, die Sozialversicherungsträger, Berufsgenossenschaften etc. mit ungleichen Mitteln ausgetragen wurde und wird. Als Selbsttitulierer können diese nicht nur schneller die Voraussetzung für die Vollstreckung ihrer Forderung schaffen, sondern sie verfügen in der Regel auch über eigene Vollstreckungsabteilungen, welche zudem auch über weitergehende Einsichtsrechte in die finanziellen Verhältnisse der insolvenzgefährdeten Unternehmen verfügen.

Diesen Wettlauf zu unterbinden führt nicht nur dazu, dass geleistete Zahlungen und Vermögensverfügungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens rückgängig gemacht werden. Eine ganz wesentliche Wirkung des Insolvenzanfechtungsrechts besteht auch darin, präventiv zu wirken. Dem Rechtsverkehr wird von vornherein signalisiert, dass ein starkes Anfechtungsrecht und eine zunehmend professionalisierte Insolvenzverwaltung eine Sicherung eigener Ansprüche zu Lasten der übrigen Gläubiger noch kurz vor der Insolvenzantragstellung nicht sinnvoll erscheinen lassen.

Aber selbst da, wo eine Sanierung des insolventen Unternehmens nicht mehr möglich ist, wird durch Anfechtungsansprüche häufig zumindest die Deckung der Verfahrenskosten sichergestellt. Erst hierdurch wird die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermöglicht. Auch diese sogenannten Ordnungsverfahren liegen im Interesse der Allgemeinheit. Nur so wird ein geordneter Marktaustritt des insolventen Unternehmens sichergestellt.

Gerade Arbeitnehmer, in Bezug auf Arbeitszeugnisse, Verdienstbescheinigungen, Rentenbescheinigungen etc. wissen, wie wichtig ein Insolvenzverwalter als kompetenter Ansprechpartner ist. Aber auch Vertragspartner werden die geordnete Rückgabe von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften schätzen oder Banken und Vermieter die Verwertung von Sicherheiten und die Herausgabe von angemieteten Räumlichkeiten als wichtig erachten.

Mit dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (im Folgenden: RegE), den die Bundesregierung unter dem Stand vom 29.09.2015 veröffentlicht hat<sup>3</sup>, geht ein von Beginn an kontrovers diskutiertes Reformvorhaben in die parlamentarischen Beratungen.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> BT Drs. 18/7054

<sup>4</sup> Zur **Absichtserklärung des Koalitionsvertrages** s. *Bork*, ZIP 2014,797 ff.; *Fawzy/Köchling*, ZInsO 2014,1073 ff.; *Frind*, ZInsO 2014, 1985 ff.; *Kayser*, ZIP 2014, 1966 ff.; *Knosp*, ZInsO 2014, 748 ff.; *Marotzke*, ZInsO 2014, 417 ff.; **Zum sog. Eckpunktepapier** s. *Bork*, ZIP 2014, 1905 ff.; *Paschen*, ZInsO 2014, 2485 ff.; *Priebe*, ZInsO 2015, 425 ff. **Zum Referentenentwurf des BMJV** s. *Jungclaus/Keller*, NZI 2015, 297 ff.; *Dahl/Schmitz*, VIA 2015, 65 ff.; *Grotebrune/Rüppell*, NZI 2015, 832 ff.; *Ganter*, WM 2015, 905 ff.; *Blank / Blank*, ZInsO 2015, 1705 ff.; *Würdinger*, KTS 2015, 315 ff.; *Raebel*, KTS 2015, 285 ff.; *Huber*, ZInsO 2015, 713 ff.; *Frind*, ZInsO 2015, 1001 ff.; *Kollbach*, ZInsO 2015, 1422 ff.; *Sämisch*, ZInsO 2015, 1658 ff.; *Jacobi / Böhme*, ZInsO 2015, 721ff.; *Hölzle*, ZIP 2015, 662 ff.; *Lange, Malitz, Stehfest*, INDat Report, 03/2015, 11 ff.; **Zum Regierungsentwurf** s. *Becker*, DZWIR 2016, 1 ff.; *Ganter*, WM 2015, 2117 ff.; *Berner*, ZInsO 2015, 2457 ff.; *Wagner*, ZInsO 2015, 2171 f.; *Marotzke*, ZInsO 2015, 2397 ff.; *Dahl/ Schmitz / Taras*, ZInsO 2016, 20 ff.; *Hacker*, NZI 2015, 873 ff.; *Huber*, ZInsO 2015, 2297 ff.; *Laroch*, ZInsO 2015, 2511ff.; *Maier*, ZInsO 2015, 2262 ff.; *Schmidt*, ZInsO 2015, 2473 ff.; *Schmittmann*, INDat Report 07/2015, 6; *Wimmer*, jurisPR-InsR 1/2016 Anm.1.; *Pape*, ZInsO 2016,125,127

Ein zu starker Eingriff in das Anfechtungsrecht wird nicht nur die Sanierung von Unternehmen, den Erhalt von Arbeitsplätzen und damit auch die zweite Chance für gescheiterte Unternehmer gefährden, sondern auch die Zahl der eröffneten Insolvenzverfahren sehr deutlich sinken lassen. Ein solcher Nebeneffekt, vor allem bedingt durch die im Regierungsentwurf vorgesehenen Regelungen der Zwangsvollstreckungen in § 131 RegE und zur Lohnsteuer sowie zu Sozialversicherungsbeiträgen in § 142 RegE dürfen aber nicht als Kollateralschaden sehenden Auges hingenommen werden.

## B. Beispiele aus der Praxis

Schon heute gelingt es nur mit größter Anstrengung, den laufenden Geschäftsbetrieb insolventer Unternehmen zu stabilisieren. Keine Seltenheit sind selbst größere mittelständische Unternehmen mit einigen hundert Arbeitnehmern, welche im Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung nur über geringste liquide Mittel von einigen tausend Euro verfügen, welche trotz Sicherung der Gehälter über das Insolvenzausfallgeld nicht einmal annähernd ausreichen, um die wesentlichen Maßnahmen der Betriebsfortführung, wie etwa der Einkauf von Rohstoffen oder aber die Bezahlung der Spediteure und sonstigen Dienstleister, sicherzustellen.

Ein Beispiel aus meiner eigenen Berufspraxis ist etwa die Insolvenz eines traditionsreichen Industriebäckers. Dieser musste im Jahr 2014 an seinen vier Produktionsstätten und mit insgesamt fast 800 Arbeitnehmern Insolvenzantrag stellen. Bei einem Jahresumsatz von € 89 Mio. verfügte das Kernunternehmen im Zeitpunkt der Antragstellung über kein Guthaben bei Banken. Das Vorratsvermögen reichte nur noch für zwei Produktionstage, um die Großkunden des deutschen Discounteinzelhandels zu beliefern.

Aber auch bei kleineren mittelständischen Unternehmen, wie etwa einem technischen Dienstleister für die Stahl- und Chemieindustrie, war mit insgesamt 70 Arbeitnehmern im Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung im Herbst 2015 die Situation ähnlich extrem. Dort war lediglich noch eine Barkasse von € 134,00 vorhanden.

In diesen beiden, und vielen weiteren Fällen aus der Praxis der Mitglieder unseres Berufsverbandes handelt es sich um Produktions- und Dienstleistungsbetriebe, welche mitten im wirtschaftlichen Leben standen. Neben einer immer mehr zunehmenden Fremdfinanzierung der Unternehmen über Leasing und die Besicherung des Betriebsvermögens zugunsten der finanzierenden Banken, ist auch die Furcht der Geschäftsführer und der Vorstände vor einer persönlichen Haftung bei Nichtzahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen für die Situation verantwortlich.

Im zweiten Beispiel des Dienstleisters für die Stahl- und Chemieindustrie, hat der Geschäftsführer am Tag der Antragstellung rückständige Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von € 186 000 zur Anweisung gebracht und somit die letzten finanziellen Reserven zugunsten nur eines einzigen Gläubigers verwendet.

Hier dürfte deutlich sein, dass die Sanierung solcher Betriebe wenn nicht unmöglich, so doch durch einen stärkeren Eingriff in das Anfechtungsrecht erschwert wird. Dies schon bei heutiger Rechtslage und der Kenntnis der wichtigen Gläubiger, dass die Entgegennahme von Zahlungen kurz vor der Insolvenzantragstellung und in Kenntnis des Zahlungsempfängers von der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens im höchsten Maße anfechtbar sind.

Dieser Entwicklung muss mit allen erdenklichen Möglichkeiten, vor allem auch im Hinblick auf eine frühere Antragstellung durch die Geschäftsführer, entgegengewirkt werden. Keinesfalls darf der heute schon unbefriedigende Zustand durch eine Entschärfung des Anfechtungsrechts und zudem durch Privilegien zugunsten einzelner Gläubigergruppen noch weiter verschlechtert werden. Ohne Geld keine Sanierung. Dann heißt es liquidieren statt sanieren.

## C. Rechtliche Würdigung<sup>5</sup>

### 1. Keine Privilegierung öffentlicher Gläubiger durch § 131 Abs. 1 Satz 2 RegE

*„Eine Rechtshandlung wird nicht allein dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist.“*

Mit dieser vorgeschlagenen Fassung des § 131 Abs. 1 Satz 2 fällt der RegE deutlich hinter die Diskussion des § 131 InsO und den Referentenentwurf des BMJV vom 16.03.2015 zurück. Man gewinnt den Eindruck, dass dieser Rückfall nunmehr ungeschminkt die öffentlichen Kassen als eigentliche „Gewinner“ dieser Reform sichtbar macht.

Wie bereits beim Referentenentwurf überrascht die Aufnahme dieser Regelung auch im Regierungsentwurf. Sie entspricht nämlich nicht dem Prüfauftrag des Koalitionsvertrages. Die dort genannten Fallgestaltungen (Planungssicherheit und Arbeitnehmerschutz) sind erkennbar auf eine Prüfung des § 133 InsO und nicht auf § 131 InsO gerichtet.

Die Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs wird durch § 131 InsO nur mittelbar berührt, weil diese Regelung auf bereits durch Vollstreckungsmaßnahmen erlangte Deckungen zielt. Der weitere Einbehalt dieser Deckungen ist nicht mehr von einem künftigen Verhalten des Gläubigers abhängig. Eine Änderung des § 131 InsO kann deshalb auch nicht zur gesetzli-

---

<sup>5</sup> Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf dem Aufsatz *Niering/Bergner*, zfm 2015, 179 ff.



chen Steuerung dieses Verhaltens dienen, sondern lediglich eine Privilegierung früheren Verhaltens festschreiben.

Für künftiges Verhalten schafft diese Änderung nur dort Planungssicherheit, wo die Vollstreckung als Option offen steht und trotz der oftmals bereits eingetretenen Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners und der regelmäßig früheren Vollstreckungsbemühungen der öffentlichen Gläubiger noch erfolgreich ist. Auch bereits ausgezahlte Löhne werden durch § 131 InsO nicht erfasst. Das Vertrauen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf den Einbehalt von Löhnen wird durch § 131 InsO nur in den insgesamt sehr seltenen Fällen berührt, in denen Arbeitnehmer gegen ihren Arbeitgeber wegen ausgebliebener Lohnzahlungen vollstrecken und diese Vollstreckungen im Zeitraum von drei Monaten vor Insolvenzantragsstellung erfolgreich waren. Eine Auszahlung hat in diesen Fällen aber gerade nicht stattgefunden, weil es sonst nicht zur Vollstreckung gekommen wäre.

Im starken Gegensatz zu dieser Ausgangslage stehen die tatsächlichen Wirkungen, die mit der nun vorgeschlagenen Ergänzung von § 131 InsO verbunden wären. Diese Ergänzung erinnert an einen früheren Versuch zur Änderung der Insolvenzanfechtung, der mit dem Entwurf eines „Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ bereits 2006 im Deutschen Bundestag gescheitert war<sup>6</sup>. Im Rahmen des § 131 InsO war damals folgende Änderung vorgesehen:

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

Die noch im Referentenentwurf vorgeschlagene Ergänzung des § 131 InsO wandelte diesen früheren Vorschlag ab, indem sie nur solche Deckungen einbezog, die auf der Basis eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten Titels erlangt werden. Damit sollten erkennbar Fiskus und Sozialversicherungsträger ausgeschlossen werden, die überwiegend auf der Basis selbst geschaffener Titel vollstrecken. Auch gegen diese noch eingeschränkte Art der Privilegierung zwangsvollstreckender Gläubiger in der Insolvenz wurden schon starke Bedenken formuliert<sup>7</sup>.

Finanzbehörden und Sozialversicherungsträger sind sogenannte Selbsttitulierer. Diese können ohne ein langwieriges gerichtliches Verfahren eigene Vollstreckungstitel schaffen, welche sie zudem noch mit eigenen Vollstreckungsbeamten zwangsweise durchsetzen können – ein entscheidender zeitlicher Vorteil, welcher von keiner anderen Gläubigergruppe jemals eingeholt werden kann.

Die nun durch den RegE wieder hervorgeholte Idee einer umfassenden Privilegierung von Zwangsvollstreckungen wäre aus Sicht der Insolvenzpraxis gleichzusetzen mit der Aufgabe des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung im Insolvenzverfahren. Gleichzeitig wäre

---

<sup>6</sup> Näher dazu *Huber*, ZIP 2007, 501

<sup>7</sup> Ausführlich hierzu *Huber*, ZInsO 2015, 715

diese Entwicklung geeignet, die seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung deutlich gestiegenen Eröffnungsquoten signifikant zu reduzieren und damit in Zustände zurückzuführen, die vor 1999 allgemein als „Konkurs des Konkurses“ beklagt wurden. Eine Rückkehr zu der im Referentenentwurf vorgeschlagenen einseitigen Privilegierung des auf der Basis gerichtlicher Titel Erlangten ist aus den gleichen Gründen keine gangbare Alternative.<sup>8</sup>

Mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung hat die Insolvenzordnung eine zentrale Ratio moderner Insolvenzverfahren auch im deutschen Insolvenzrecht verankert. Der Verzicht auf die Privilegierung einzelner Gläubiger oder Gläubigergruppen wäre allerdings unvollkommen, würde er nicht durch ein Insolvenzanfechtungsrecht unterstützt, das den Ausgleich von erlangten Sondervorteilen einzelner Gläubiger auch auf die Zeit vor Antragstellung erstreckt.<sup>9</sup> Solche Sondervorteile werden auch durch Zwangsvollstreckung erlangt und so kann es nicht verwundern, dass diese durch Zwangsvollstreckung erhaltenen Deckungen auch schon zu Zeiten der Konkursordnung der Anfechtung unterfielen.

Wird dieser Grundsatz für bestimmte Formen der Zwangsvollstreckung durchbrochen, dann führt dies zu einer massiven Umsteuerung des Gläubigerverhaltens durch den Gesetzgeber. Jeder Gläubiger, der von einer Zahlungskrise seines Schuldners Kenntnis erlangt oder eine solche Krise vermutet, wird künftig aus wohl verstandenem Eigeninteresse sofort den Weg der Zwangsvollstreckung einschlagen, um seine Außenstände anfechtungsfest beizutreiben. Die zuletzt mit dem ESUG verfolgte Intention eines sanierungsfreundlichen Insolvenzrechts wird dadurch in ihr Gegenteil verkehrt. Außergerichtliche Verhandlungen und Stundungen werden nur noch solche Gläubiger gewähren, die befürchten müssen, durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einen Kunden zu verlieren. Damit sind typischerweise die großen Lieferanten im Vorteil, die ohne solche Rücksichten agieren können, weil sie genügend Kunden haben. Kleine Unternehmen und Handwerker werden dagegen benachteiligt, weil sie solche Rücksichten nehmen müssen.

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

---

<sup>8</sup> Siehe hierzu *Huber*, ZinsO 2015,713,715 m. w. N

<sup>9</sup> Ausführlich hierzu und zu den Hintergründen der in der InsO gewählten Gestaltung *Jäger*, ZVI 2015,401 ff. m. w. N.

le der Gläubigergemeinschaft zu reduzieren und genügend Masse für eine Verfahrenseröffnung zu generieren.

Diesen Zusammenhang hatte schon der Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung vom 15.04.1992 formuliert:<sup>10</sup>

*„Die Massearmut der heutigen Konkursverfahren geht zu einem erheblichen Teil darauf zurück, daß Schuldner im Vorfeld einer herannahenden, oftmals geradezu geplanten, Insolvenz erhebliche Vermögenswerte auf Dritte übertragen und so ihren Gläubigern entziehen. Die Tatbestände des Anfechtungsrechts sollen deshalb so ausgestaltet werden, daß die Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen wesentlich erleichtert wird, soweit nicht Erfordernisse der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes entgegenstehen. Von der Verschärfung des Anfechtungsrechts sind eine wesentliche Anreicherung der Insolvenzmassen und damit auch eine Erleichterung der Verfahrenseröffnung zu erwarten.“*

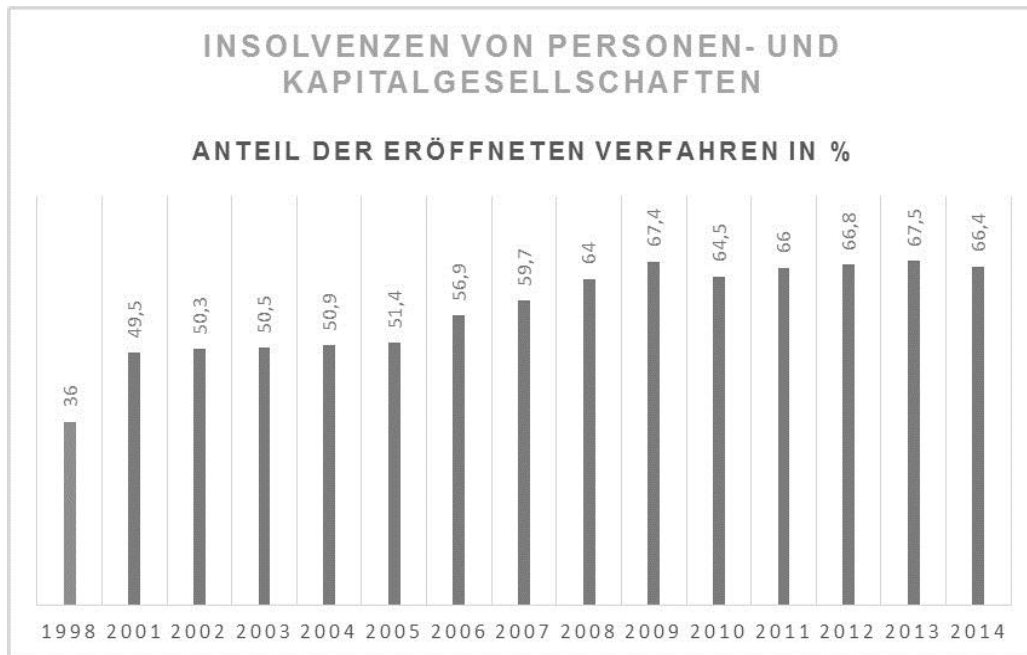
Eine Verfahrenseröffnung ist die Voraussetzung einer geordneten Abwicklung und Aufarbeitung des Insolvenzfalles. Kommt es nicht zu einer Eröffnung, bleiben alle Gläubiger darauf verwiesen, selbst ihre Befriedigung in Einzelzwangsvollstreckungen, meistens ohne ausreichende Informationen oder Erfolgsaussichten, zu versuchen.

Arbeitnehmer erhalten regelmäßig nur über den Weg der Verfahrenseröffnung die Hoffnung auf einen Sozialplan und eine angemessene Abwicklung ihrer Arbeitsverhältnisse einschließlich der wichtigen Fragen zu Rentenversicherung, Lohnbescheinigungen und Zeugnissen. Effektive strafrechtliche Ermittlungen gegen die handelnden Personen setzen regelmäßig die ermittelnde Vorarbeit eines Insolvenzverwalters voraus. Aber auch die übrigen Vertragspartner des insolventen Unternehmens profitieren von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Leasinggeber sind auf die geordnete Herausgabe des Leasinggutes, Handwerker auf die kurzfristige Herausgabe von Gewährleistungs- und Vertragserfüllungsbürgschaften durch den Insolvenzverwalter angewiesen. Auch die ansonsten gut gesicherten Banken werden häufig nur über einen Insolvenzverwalter eine freihändige Veräußerung ihres Sicherungsgutes erreichen können. Selbst öffentliche Stellen wie Staatsanwaltschaften, Finanzbehörden und Sozialversicherungsträger sind bei der Aufarbeitung von haftungsrelevanten Sachverhalten in der Regel auf die Unterstützung des Insolvenzverwalters angewiesen. Auf eine solche Unterstützung werden sie zukünftig in vielen Fällen verzichten müssen, wenn es aufgrund der gesetzlichen Änderung zu deutlich weniger eröffneten Insolvenzverfahren kommen sollte.

Deshalb war die Anhebung der Eröffnungsquote ein zentrales Anliegen der Insolvenzreform von 1999. Sie ist gelungen, und die aktuelle Eröffnungsquote hat mit derzeit ca. 66 % die nur 36 %ige Eröffnungsquote aus dem letzten Jahr der Konkursordnung (1998) nahezu verdoppelt.

---

<sup>10</sup> BT Drs.12/2443, S.82



Quelle: Statistisches Bundesamt „Wirtschaft und Statistik“ 4/2008 sowie aktuelle Auskunft vom 21.10.2015 unter dem Geschäftszeichen: 368275 / 508649 (E 105 / 35241100).

Vor diesem Hintergrund ist dringend von einer Privilegierung der Zwangsvollstreckung in § 131 InsO abzuraten. Eine einseitige Privilegierung für Zwangsvollstreckungen auf der Basis gerichtlich erlangter Titel vermag nicht zu überzeugen. Sie wirft mit Blick auf andere Formen der Titelerlangung (z. B. durch notarielle Urkunden) ein Gleichbehandlungsproblem auf, das einer verfassungsrechtlichen Prüfung mit großer Wahrscheinlichkeit nicht standhalten wird. Dieser Umstand war wohl auch der Grund für die gegenüber dem Referentenentwurf erweiterte Fassung des Regierungsentwurfs.

## 2. Vorsatzanfechtung, § 133 RegE

### 2.1. Fristverkürzung: Rechtssicherheit durch § 133 Abs. 2 RegE nicht für Verdachtsfälle

Eine erste, bereits aus dem Referentenentwurf bekannte Änderung ist die Fristverkürzung des neuen § 133 Abs. 2 RegE auf vier Jahre, wenn die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt hat. Diese Verkürzung war im Vorfeld vielfach gefordert worden. Sie trägt aus Gläubigersicht tatsächlich zu mehr Rechtssicherheit bei, weil ihre Formulierung eindeutig ist und den Risikozeitraum von bisher pauschal 10 Jahren für Insolvenzanfechtungen deutlich einschränkt.

In ihrer Beschränkung auf Rechtshandlungen, die dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, erscheint sie auf den ersten Blick auch als zielge-

rechte Maßnahme zur zweifellos notwendigen Aufrechterhaltung der 10-jährigen Missbrauchskontrolle. Die Begründung des RegE (S. 10) spricht hier die paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung z. B. zur Rückgängigmachung von Bankrotthandlungen und Vermögensverschiebungen an, die weiterhin der zehnjährigen Frist unterliegen sollen.

In der Praxis werden jedoch gerade solche Vermögensverschiebungen oftmals in der äußeren Form eines ansonsten unverdächtig erscheinenden Rechtsgeschäfts vollzogen. Fallgestaltungen als Kaufvertrag, Beratungsvertrag oder Gesellschaftsvertrag sind auch in prominenten Fällen der jüngeren Vergangenheit bekannt geworden. Eine Anfechtung nach § 134 InsO scheidet in solchen Fällen bereits heute aus, wenn sie im Zeitpunkt des Eröffnungsantrages schon länger als vier Jahre zurückliegen. Auch die Regelung des bisherigen § 133 Abs. 2 InsO (entgeltliche Verträge mit nahestehenden Personen) ist in diesem Zusammenhang wegen ihrer zeitlichen Begrenzung (Anfechtbarkeit nur im Zeitraum von zwei Jahren vor Eröffnungsantrag) kein wirksames Instrument.

§ 133 InsO erfüllt hier bislang eine Auffangfunktion für diejenigen Fälle, die zweifellos als Missbrauch zu werten sind, auf anderem Wege aber nicht mehr korrigiert werden können.

Der Referentenentwurf hatte dieses Problem ebenfalls bereits gesehen. Er wollte den § 133 InsO durch das Merkmal der Unangemessenheit einschränken, betonte in seiner Begründung jedoch sofort, dass jedenfalls die auch nun wieder paradigmatisch zitierten Bankrotthandlungen und Vermögensverschiebungen in jedem Fall als unangemessene Benachteiligungen der Gläubiger zu gelten hätten.

**Im Ergebnis sollte deshalb zumindest solchen Sicherungen oder Befriedigungen die kurze 4-Jahres Frist des neuen § 133 Abs. 2 RegE versagt bleiben, die erkennbar zur Verschleierung von Vermögensverschiebungen dienen. Dies könnte etwa durch den Ausschluss nahestehender Personen nach § 138 InsO als möglicher Empfänger solcher Sicherungen oder Befriedigungen geschehen.**

## **2.2. Drohende Zahlungsunfähigkeit: Herausnahme durch § 133 Abs. 3 Satz 1 RegE im Einzelfall kritisch**

Eine zweite Veränderung mag auf den ersten Blick demgegenüber marginal erscheinen. Sie ist es aber nicht. Die Rede ist von der Beschränkung des § 133 Abs. 3 Satz 1 RegE, der im Fall der bereits angesprochenen Sicherung oder Befriedigung bei einer späteren Anfechtung die Kenntnis des Zahlungsempfängers vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners nur noch dann vermutet, wenn er von dessen Zahlungsunfähigkeit (bisher: drohenden Zahlungsunfähigkeit) wusste. Diese Einschränkung bringt zunächst wieder mehr Rechtssicherheit. Zahlungsunfähigkeit und drohende Zahlungsunfähigkeit sind in der Rechtsprechung des BGH ausdifferenziert worden und heute in ihren Umrissen hinreichend klar definiert. Die drohende Zahlungsunfähigkeit greift deutlich weiter aus als die Zahlungsunfähigkeit. Sie

ist damit im Zusammenhang der Anfechtung ein zeitlich betrachtet längeres Schwert, das nun deutlich verkürzt wird.<sup>11</sup>

Ein erstes Zwischenergebnis fällt an dieser Stelle aus der Perspektive der Gläubiger positiv aus. Die Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs wird im Rahmen der Insolvenzanfechtung vor allem durch mögliche Anfechtungsrisiken beeinträchtigt. Eine gesetzliche Beschränkung von Anfechtungsfristen und von gesetzlichen Vermutungen zu Lasten der Gläubiger verringert diese Risiken.

### 2.3. Zahlungserleichterung: Vermutung gem. § 133 Abs. 3 Satz 2 RegE nur für substantielle Erleichterung

Es bleibt nun die Frage, ob auch die in § 133 Abs. 3 Satz 2 RegE vorgeschlagene gesetzliche Vermutung zugunsten der Gläubiger positiv wirken wird. Auf den ersten Blick scheint nichts gegen eine solche Wirkung zu sprechen. Im Fall einer Zahlungsvereinbarung oder sonstigen Zahlungserleichterung soll zugunsten des Zahlungsempfängers vermutet werden, dass er im Zeitpunkt der Handlung (Zahlung) die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Diese neue gesetzliche Vermutung wendet sich erkennbar gegen eine BGH-Rechtsprechung, die bereits seit langem neben der Zahlung für die Ausräumung der im Einzelfall schädlichen Kenntnis auch den Nachweis der Wiederaufnahme von Zahlungen an alle Gläubiger verlangte. Dieser Rechtsprechung war immer wieder vorgehalten worden, dass der einzelne Gläubiger einen solchen Nachweis praktisch nicht erbringen könne. Schließlich habe er keinen Zugriff auf die Buchhaltung des Schuldners, mit deren Hilfe allein ein solcher Nachweis zu führen sei.

So vernünftig dieser Einwand klingt, so klar ist andererseits auch, dass § 133 InsO seine Funktion als Instrument der Missbrauchskontrolle nur dann wirksam erfüllen kann, wenn die einmal erlangte Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht durch jede noch so kleine Zahlungserleichterung beseitigt werden kann. Sonst wäre die Umgehung der Kontrolle einfach. Es würde reichen, eine minimale Zahlungserleichterung z. B. in Form eines kleinen Teilverzichts auf die eigene Forderung zu vereinbaren, um die bestehende Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und damit eine spätere Anfechtung nach § 133 InsO im Zeitpunkt der später erfolgenden Zahlung auszuschließen.<sup>12</sup>

Interessanterweise versucht nun der Regierungsentwurf, genau diese Konsequenz durch eine gesetzliche Vermutung herbeizuführen. Als gesetzliche Vermutung steht dieser Versuch allerdings auf vergleichsweise schwachen Füßen.<sup>13</sup> Gesetzliche Vermutungen können

<sup>11</sup> Vgl. hierzu aktuell BGH IX ZR 84/13

<sup>12</sup> Instrukтив *Maier*, a.a.O.

<sup>13</sup> Vgl. die Kritik bei *Huber*, ZinsO 2015, 2297, 2299 f.

durch den Vortrag gegenteiliger Tatsachen erschüttert werden.<sup>14</sup> Diese Tatsachen herauszuarbeiten ist Aufgabe der Rechtsprechung.

Man kann bereits jetzt annehmen, dass die Rechtsprechung eine Aushöhlung der Missbrauchskontrolle des § 133 InsO nicht zulassen wird. Dies wird besonders für Fälle gelten, bei denen zur vermeintlichen Mitnahme der gesetzlichen Vermutungswirkung nur minimale Zahlungserleichterungen für den Schuldner vereinbart werden, die ohne das Hinzutreten weiterer Umstände eine Beseitigung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit nicht wahrscheinlich machen.

Hier stellt sich bereits die Frage nach der Eignung solcher Vereinbarungen zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Eine solche Eignung wird man schon deshalb fordern müssen, um die angesprochenen Umgehungsversuche durch minimale Zahlungserleichterungen auszuschließen. Es kann im Einzelfall also nur um substantielle Zugeständnisse des jeweiligen Gläubigers gehen, die zudem geeignet sind, eine zum Zeitpunkt ihrer Vereinbarung bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu beseitigen. Dort, wo dies durch eine Vereinbarung mit einem einzelnen Gläubiger nicht geleistet werden kann, braucht es die weitergehende Gewissheit, dass die getroffene Vereinbarung zumindest im Zusammenwirken mit anderen, ähnlichen Vereinbarungen diese Wirkung herbeiführt. Der Gläubiger wäre dann bei der Berufung auf die neue gesetzliche Vermutung des § 133 Abs. 3 Satz 2 RegE wahrscheinlich aufgefordert, auch zu diesem Punkt vorzutragen. Kann er dies nicht in hinreichender Weise leisten, wird man der vereinbarten Zahlungserleichterung eine Eignung zur Begründung der neuen gesetzlichen Vermutung des § 133 Abs. 3 Satz 2 RegE von vornherein absprechen müssen.

Soweit dann Beweisanzeichen auf eine fortbestehende Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hindeuten, wird es auch in Zukunft Sache des Anfechtungsgegners sein, seine Unkenntnis durch eigenen individuellen Tatsachenvortrag glaubwürdig zu machen. Der Insolvenzverwalter wäre gehalten, diesem Vortrag durch eigenen Gegenvortrag zu begegnen.

Im letztgenannten Fall erhöht die Neuregelung die Vortragslast des anfechtenden Insolvenzverwalters, schließt bei entsprechendem Vortrag aber eine Anfechtung nach § 133 InsO nicht aus. Die in der Diskussion immer wieder beklagten Textbausteine der Insolvenzverwalter mögen hierdurch teilweise verdrängt werden. Am Ergebnis wird sich wenig ändern. In der Praxis zeigt sich nämlich, dass sich in vielen Anfechtungsfällen durch entsprechenden – oftmals elektronischen – Schriftverkehr die entscheidenden Nachweise führen lassen. Da eine solche Nachweisführung durch den Insolvenzverwalter selten mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden kann, bleibt ein erheblicher Unsicherheitsfaktor für die Gläubiger. Dies gilt insbesondere bei größeren Zahlungserleichterungen, die in den wenigsten Fällen ohne entsprechenden Schriftwechsel ablaufen. Eine interne Abrede zur Vermeidung solcher

---

<sup>14</sup> *Wimmer*, a.a.O., wertet die nun gewählte Form als Tatsachenvermutung, deren Vermutungsbasis allerdings nicht überzeuge

schriftlichen Spuren wird dabei wenig Hilfe bringen. Sie wird gerade bei bedeutsameren Zugeständnissen an den Schuldner oftmals von internen oder externen Dokumentationspflichten des gewährenden Gläubigers überlagert.

**Mit einigem Recht kann man deshalb festhalten, dass die vorgeschlagene Regelung des § 133 Abs. 3 Satz 2 RegE die beklagte Rechtsunsicherheit nicht nachhaltig beseitigen wird. Damit wird sie auch keinen Beitrag zur Planungssicherheit der betroffenen Gläubiger leisten können. Der Gesetzgeber sollte hier durch eine einschränkende Formulierung klarstellen, dass nur solche Zahlungsvereinbarungen oder Zahlungserleichterungen die spätere Vermutungswirkung des § 133 Abs. 3 Satz 2 RegE auslösen können, die geeignet sind, im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu beseitigen.**

### **3. Bargeschäft: Keine neue Rechtsunsicherheit durch § 142 Abs. 1 RegE**

Die Defizite des § 133 Abs. 3 Satz 2 RegE hat wohl auch die Bundesregierung gesehen. Mit der Neuformulierung des § 142 Abs. 1 RegE ist deshalb eine wesentliche Veränderung verbunden, die zunächst auch die regulierende Wirkung der Missbrauchsvorschrift des § 133 InsO zu verdrängen scheint. Das Bargeschäft soll in seinem Anwendungsbereich stark erweitert und gegenüber Anfechtungen nach § 133 InsO widerstandsfähiger gemacht werden.

Die dazu – im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung – offenbar beabsichtigte Erweiterung der Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches wird durch den RegE unter den Vorbehalt der „Art der ausgetauschten Leistungen“ und „der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ gestellt. Ein enger zeitlicher Zusammenhang kann demnach zukünftig je nach Art der Leistung und Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs zwischen 4 Wochen (bisherige BGH-Rechtsprechung)<sup>15</sup> und drei Monaten (§ 142 Abs. 2 Satz 2 RegE) liegen. Die genaue Bestimmung bleibt den Gerichten überlassen.

Schon diese Erweiterung, die, obwohl diskutiert, aus guten Gründen 1994 nicht in die Gesetzesfassung der Insolvenzordnung übernommen wurde, könnte eine Ausweitung der Ausnahmeregelung des § 142 InsO mit sich bringen.

Mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung könnte man aber durchaus gespannt sein, ob dieses Kalkül des Regierungsentwurfs aufgehen würde. Insbesondere die Art der Leistung (typischerweise eine Geldleistung des Schuldners) wird regelmäßig noch keinen Anlass zu einer Änderung dieser Rechtsprechung geben. Die im Einzelfall abweichenden Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs können zwar behauptet, müssen dann aber auch bewiesen werden. Sie sind als Maßstab jedenfalls dort nicht geeignet, wo sie zur Begründung missbräuchlicher Gestaltungen dienen sollen. Schließlich wird man nicht annehmen dürfen, dass

---

<sup>15</sup> Zusammenfassend und kritisch zur Ausweitung durch das BAG: BGH IX ZR 192/13 m. w. N.



die Neufassung des § 142 auch solche Gestaltungen mit dem Bargeschäftsprivileg schützen will.

Im Zusammenwirken mit dem zusätzlichen, bisher unbekanntem Kriterium einer notwendigen Kenntnis des Dritten (Anfechtungsgegner) von der Unlauterkeit des schuldnerischen Handelns wäre das Bargeschäftsprivileg in seiner neuen Form ansonsten gleichbedeutend mit einer weitgehenden Entwertung des § 133 InsO als Missbrauchskontrollvorschrift. Anders als bisher soll ein Bargeschäft nämlich nur noch dann den Missbrauchsregeln des § 133 InsO unterfallen, wenn „der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.“ (§ 142 Abs. 1 RegE).

Eine solche Einschränkung lädt geradezu dazu ein, die Missbrauchskontrolle des § 133 InsO künftig durch Bargeschäfte zu umgehen. Entscheidend für diese Umgehung wäre dabei die Frage, in welchen Fällen die offenbar notwendige positive Kenntnis des anderen Teils von der Unlauterkeit des Schuldners anzunehmen wäre. Nur wenn diese Kenntnis in allen Missbrauchsfällen des § 133 InsO anzunehmen sein sollte, wäre die Gefahr einer Entwertung dieser Vorschrift ausgeschlossen. Dies entspricht allerdings nicht der Intention des RegE. Dort liest man (S. 18):

*„Ein unlauteres Verhalten des Schuldners setzt mehr voraus als die Vornahme der Rechtshandlung in dem Bewusstsein, nicht mehr in der Lage zu sein, alle Gläubiger befriedigen zu können. Unter den Bedingungen eines Bargeschäfts, bei dem der Abfluss des Leistungsgegenstands aus dem schuldnerischen Vermögen zeitnah durch den Zufluss der Gegenleistung kompensiert wird, müssen hinreichend gewichtige Umstände hinzutreten, um in dem vollzogenen Austausch einen besonderen Unwert zu erkennen.“*

Damit wird zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO ein weitergehender Unwertgehalt des schuldnerischen Handelns (quasi ein „Missbrauch+“) zur Voraussetzung einer Vorsatzanfechtung gemacht. Nur wenn das Bargeschäft auch diesen zusätzlichen Unwertgehalt aufweist, soll es in Zukunft noch der Missbrauchskontrolle des § 133 InsO zugänglich sein. Worin dieser zusätzliche Unwertgehalt liegen soll, bleibt allerdings offen. Der RegE schreibt dazu in seiner Begründung (S. 18):

*„Ein unlauteres Handeln liegt bei gezielter Benachteiligung von Gläubigern vor, wie sie etwa gegeben ist, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommt, durch die Befriedigung des Leistungsempfängers andere Gläubiger zu schädigen. Unlauter handelt ein Schuldner bei Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit auch, wenn er Vermögen für Leistungen verschleudert, die den Gläubigern unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt nutzen können, wie dies etwa bei Ausgaben für flüchtige Luxusgüter der Fall ist. Auch das Abstoßen von Betriebsvermögen, das zur Aufrechterhaltung des Betriebs unverzichtbar ist, kann unlauter sein, wenn der Schuldner den vereinnahmten Gegenwert seinen Gläubigern entziehen will.“*

Die genannten Fälle werden überwiegend bereits heute von der Missbrauchskontrolle des § 133 InsO erfasst. Sie sind damit ungeeignet für die Definition eines zusätzlichen Unwertgehalts. Zudem sind sie regelmäßig für den Dritten (Anfechtungsgegner) nicht erkennbar. Wie soll etwa ein Käufer von Betriebsvermögen in jedem Einzelfall beurteilen, ob das Betriebsvermögen für das Unternehmen des Verkäufers unverzichtbar ist? Auch wird die Intention des Schuldners bei solchen Geschäften regelmäßig für den Käufer nicht erkennbar sein.

Es deutet sich damit scheinbar an, dass die Missbrauchskontrolle des § 133 InsO zukünftig nach dem Konzept des RegE durch Bargeschäfte ohne weitere Schwierigkeit umgangen werden könnte. Notfalls könnte es die sehr großzügige Formulierung des § 142 RegE sogar erlauben, mit dem Verweis auf die Art der Leistung und die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs auch solche Geschäfte als Bargeschäft zu deklarieren, die nach den bisher ausgebildeten Kriterien der höchstrichterlichen Rechtsprechung nie unter diese Ausnahmeregelung gefallen wären. Im Bestreitensfall würden langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen folgen, in denen insbesondere die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs nur durch gutachterliche Untersuchungen geklärt werden könnten. Schließlich würde sich der Anfechtungsgegner immer darauf berufen, dass er die Unlauterkeit des Schuldners nicht gekannt habe und auch nicht kennen konnte.

Gerade wegen dieser möglichen Gefahr wird man damit zu rechnen haben, dass der BGH einer solchen Umgehungsmöglichkeit der Missbrauchskontrolle nach § 133 InsO enge Grenzen setzen wird. Als Ausnahmevorschrift ist das Bargeschäft schon methodisch kein Ort für erweiternde Auslegungsversuche. Das neue Qualifikierungskriterium der Lauterkeit ist, einmal abgesehen von seiner rechtlichen Unschärfe, auch als Erweiterungsinstrument ungeeignet. Weil die Kenntnis von der Unlauterkeit des Schuldners regelmäßig vom empfangenden Gläubiger abgestritten werden wird, darf man auch hier mit Beweisanzeichen rechnen, mit denen die Rechtsprechung offensichtlich missbräuchlichen Gestaltungen begegnen wird, wenn nicht schon ihre fortgesetzt einschränkende Definition der Unmittelbarkeit solchen Gestaltungen Grenzen setzt.

**Im Ergebnis wird die Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs durch die vorgeschlagenen Änderungen der § 131, 133 und 142 InsO nicht gestärkt. Sie eröffnen stattdessen die konkrete Gefahr einer erheblichen Reduzierung der eröffneten Unternehmensinsolvenzverfahren und damit eines Rückfalls in die unhaltbaren Zustände welche vor nunmehr über 22 Jahren den Anstoß zur Reform des Konkursrechts gegeben hatten.**

#### 4. Schutz der Arbeitnehmer – ohne öffentliche Trittbrettfahrer in § 142 Abs. 2 Satz 2 RegE

Dort, wo die Formulierung des § 142 RegE gerichtliche Auseinandersetzungen durch eindeutige Formulierung noch nachhaltiger verhindern will, schafft sie gleichzeitig einen weiteren Bruch mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.

§ 142 Abs. 2 Satz 2 RegE übernimmt dazu die Rechtsprechung des BAG<sup>16</sup>, der ausschließlich Arbeitnehmer und diese nur insoweit vor Insolvenzanfechtungen schützen wollte, als diese Anfechtungen nicht als Missbrauchskontrolle gem. § 133 InsO notwendig werden. Genauere Zahlen zum Umfang dieser Anfechtungen liegen, insbesondere für die Zeit nach der ausweitenden Rechtsprechung des BAG, nicht vor. Für die Zeit vor 2009 berichtet der DGB von insgesamt 10 bekannten Verfahren.<sup>17</sup>

Nun geht der RegE aber noch weit über diesen Schutz hinaus: In der durch den RegE vorgeschlagenen Formulierung erstreckt sich dieser Schutz nun auch auf das dem Arbeitnehmer gewährte Arbeitsentgelt. Die Begründung des RegE führt hierzu aus: „Der Begriff ‚Arbeitsentgelt‘ ist im sozialversicherungsrechtlichen Sinn zu verstehen (vgl. § 14 Absatz 1 Satz 1 SGB IV).“

§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV definiert das Arbeitsentgelt wie folgt:

*„Arbeitsentgelt sind alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden.“*

Mit dieser Definition sind im Regelfall auch die Lohnsteuer und die Arbeitnehmerbeiträge<sup>18</sup> zur Sozialversicherung vom Schutzbereich des neuen Bargeschäftsprivilegs umfasst. Es findet damit nicht lediglich eine Privilegierung der Arbeitnehmer statt, vielmehr werden auch Fiskus und Sozialversicherungsträger in diese Privilegierung mit einbezogen.

Dies widerspricht der bisherigen Auslegung des § 142 InsO, die aus der Formulierung „für die“ zu Recht ableitet, dass eine Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung stattgefunden haben muss.<sup>19</sup> Ein Merkmal, das bei der Zahlung von Lohnsteuern an den Fiskus oder von Sozialversicherungsbeiträgen an die Kassen nicht erfüllt ist.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> 6 AZR 262/10

<sup>17</sup> BT Drs. 16/11928, S.4

<sup>18</sup> Dagegen *Knospe*, ZinsO 2014,748,753., der weitergehend und gegen die Rspr. des BSG auch die Einbeziehung der Arbeitgeberanteile für geboten hält

<sup>19</sup> BT Drs. 12/2443, S. 167

<sup>20</sup> Vgl. *Ede/Hirte* in Uhlenbruck InsO, 14.Aufl., § 142 Rz.19. m.w.N. sowie ausführlich unter Bezug auf damalige Ansätze des BFH *Kayser*, ZIP 2007, 49 ff.; dagegen *Knospe*, a.a.O. 751 f.

Daneben ist auch das zur Annahme eines Bargeschäfts regelmäßig notwendige Merkmal der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung nicht erfüllt weil keine dem Zugriff der übrigen Gläubiger offen stehende Gegenleistung des Fiskus oder der Sozialkasse in das Vermögen des Schuldners gelangt.<sup>21</sup>

Die Formulierung des Regierungsentwurfs, die schon bei der Dreimonatsfrist eine Ausnahme für Arbeitsentgelt schafft, deutet durch den mit der Entwurfsbegründung in Bezug genommenen gesetzlichen Begriff des Arbeitsentgelts aus § 14 SGB IV an, dass hier mit Blick auf die eigentlich notwendige Verknüpfung durch eine Parteivereinbarung und die Gleichwertigkeit eine weitere Ausnahme geschaffen werden soll.

Der Bundesrat nimmt diesen Hinweis in seiner Stellungnahme auf und fordert eine noch deutlichere Klarstellung des gesetzgeberischen Willens.<sup>22</sup> Zur Begründung führt er aus:

*„Die Lohnsteuer und die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung sind nämlich als Teil des Bruttolohns zugleich auch Teil der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers; der arbeitsrechtliche Anspruch des Arbeitnehmers umfasst den gesamten Bruttolohn.“*

Verlässt man die bislang notwendige Grundlage einer Parteivereinbarung nun im Zusammenhang mit der Zahlung von Lohnsteuern und Kassenbeiträgen ist überdies auch fraglich, ob in Zukunft auch inkongruente, also durch Zwangsvollstreckung (oder ihre Androhung) erlangte Zahlungen dieser Art unter das neue Bargeschäftsprivileg fallen würden. Bislang wurde mit der Notwendigkeit einer Parteivereinbarung auch der Ausschluss solcher Zahlungen vom Schutz des Bargeschäfts begründet.<sup>23</sup>

Dieser Ansatz geht weit über die vom BAG erwogene Grenze des Existenzminimums hinaus und versucht – wieder einmal gleichsam durch die Hintertür – eine Privilegierung herzustellen, die bereits früher mit anderen Mitteln angestrebt und zu Recht durch den BGH<sup>24</sup> abgelehnt wurde. Der BGH hat dabei im Zusammenhang mit der Regelung des § 28e Abs.1 Satz 2 SGB IV bereits Zweifel an der Klarheit der dort gewählten Formulierung geäußert. Er hat diese Zweifel zum Anlass für den Hinweis genommen, dass für die mögliche Ausgestaltung der Zahlungen des Arbeitgebers als mittelbare Zuwendung eine Anwendung eines Bargeschäftsprivilegs abzulehnen ist.<sup>25</sup> Die Alternative einer Zahlungsmittlerfunktion des Arbeitgebers hat er mit Blick auf die dadurch verursachte Gefährdung der Arbeitnehmer für zweifelhaft gehalten.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Kayser a.a.O., S.53

<sup>22</sup> BR Drs. 495/15 (Beschluss), S.9. Ähnlich bereits Knospé, a.a.O. 753 f.

<sup>23</sup> Ausführlich LAG Brandenburg, ZinsO 2013, 91, 94

<sup>24</sup> IX ZR 233/08 zur Regelung des § 28e Abs.1 Satz 2 SGB IV

<sup>25</sup> a.a.O. Rz. 14 f.

<sup>26</sup> a.a.O. Rz.16 ff.

Diesen Zweifeln soll nun ganz offensichtlich in einem erneut systemwidrigen Anlauf die Grundlage entzogen werden.

Die Privilegierung von Fiskus und Kassen durch eine solche systemwidrige Erweiterung des Bargeschäftsprivilegs würde zu einer erheblichen Verringerung der nach § 133 InsO gegenüber Fiskus und Kassen ausgebrachten Anfechtungen führen, weil die Zahlungen an Fiskus und Kassen nach der geplanten Änderung des § 142 Abs.1 RegE InsO (s. o.) wohl nicht als unlauter zu werten und damit auch nach § 133 InsO unanfechtbar wären. Zudem würde er auch Anfechtungen nach den §§ 130 und 131 InsO ausschließen, soweit die Zahlungen an Fiskus und Kassen innerhalb von drei Monaten nach Arbeitsleistung erfolgt wären.

Eine so umfassende Privilegierung von Fiskus und Kassen hätte gerade in diesem Zeitraum massive Auswirkungen auf die Eröffnungsquoten der Insolvenzverfahren. Mit den Anfechtungen nach den §§ 130 und 131 InsO bilden die Anfechtungen nach § 133 InsO den häufigsten Anfechtungstatbestand bei den institutionellen Gläubigern. Nach Untersuchungen des GKV-Spitzenverbandes für die Jahre 2012 und 2013 verteilte sich in diesem Zeitraum das Volumen der aufgrund Insolvenzanfechtung ausgekehrten Beträge bei den Kassen je ca. zur Hälfte auf die §§ 130/131 und 133.<sup>27</sup> Bei ca. 99 % der Unternehmensinsolvenzen, die kleine und mittlere Unternehmen betreffen, verteilen sich diese Beträge auf tausende von Verfahren und pro Verfahren regelmäßig (abhängig von der Zahl der versicherungspflichtig Beschäftigten) auf viele einzelne Kassen.

Die Bedeutung eines Bargeschäftsprivilegs wie es der § 142 Abs. 2 Satz 2 RegE nun vorschlägt, erschließt sich auch durch einen Blick auf die durchschnittlichen Volumina der verspätet geleisteten Zahlungen an Fiskus und Kassen und das Zahlungsverhalten der Unternehmen.

Das Bundesversicherungsamt als Verwalter des Gesundheitsfonds veröffentlicht seit dem Jahr 2014 Übersichten über das Beitragsaufkommen und die Beitragsrückstände in der Sozialversicherung.<sup>28</sup>

Mittelpunkt der laufenden Diskussion ist der sog. Gesamtsozialversicherungsbeitrag, d.h. die Summe der Beiträge von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zur gesetzlichen Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und sozialen Pflegeversicherung aufgrund einer versicherungspflichtigen Beschäftigung.

Das Bundesversicherungsamt weist bezüglich des (Gesamt-) Beitragsaufkommens die sog. Soll-Ist-Quote aus. Dabei werden die Sollstellungen aller Kassen<sup>29</sup> zusammengefasst und den tatsächlich gezahlten Beiträgen gegenübergestellt.

---

<sup>27</sup> INDAT-Report 3/2015, S. 6

<sup>28</sup> <http://www.bundesversicherungsamt.de/gesundheitsfonds/beitragsaufkommen-und-rueckstaende.html>

<sup>29</sup> als Einzugsstelle der Gesamtsozialversicherungsbeiträge

Danach wurden im Gesamtjahr 2014 99,61 % der Beiträge zur Sozialversicherung pünktlich gezahlt. Im Jahr 2015 betrug die Soll-Ist-Quote 99,56 % im 1. Quartal, 99,55 % im 2. Quartal und 99,66 % im 3. Quartal. Die durchschnittlich lfd. offenen Rückstände betragen damit am Beispiel des Jahres 2014 lediglich 0,39 % vom (Gesamt-) Beitragsaufkommen.<sup>30</sup>

Verspätet geleistete Zahlungen an die Kassen sind also im Vergleich zum Gesamtvolumen eine klare Ausnahmeerscheinung. Aufgrund der bei Fiskus und Kassen schnelleren Vollstreckungsmöglichkeiten gelingt in diesen Ausnahmefällen zudem eine zügige Reduzierung der lfd. offenen Rückstände durch Vollstreckung oder die Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen. Diese Beitreibung erstreckt sich typischerweise über einen Zeitraum von 6-12 Wochen nach Eintritt der Säumnis und führt nach Schätzungen aus der Kassenpraxis zum Zufluss von ca. 50 % der noch ausstehenden Beträge. Mittelfristig offen sind somit nur noch ca. 0,20 % (2 Promille).

Ein ähnlicher prozentualer Anteil entfiel auf den nun durch § 142 Abs.2 Satz 2 RegE definierten Zeitraum von drei Monaten. In diesem Zeitraum geleistete Zahlungen an Fiskus und Kassen sind bisher nach Maßgabe des § 133 InsO anfechtbar.

In seiner Rechtsprechung hat der BGH die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit (säumig) geleisteter Zahlungen gegenüber den Kassen näher ausdifferenziert. Danach ist die Möglichkeit der Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO eröffnet, sobald Gesamtsozialversicherungsbeiträge über mehrere Monate hinweg verspätet abgeführt werden.<sup>31</sup> Eine schleppende Bezahlung der Beiträge kann ein Indiz für eine Zahlungseinstellung sein.<sup>32</sup> Ein erkennendes Tatgericht kann jedoch auch bei einer regelmäßig säumigen Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen über einen Zeitraum von zehn Monaten noch zu der Würdigung gelangen, dass der Sozialversicherungsträger allein aus diesem Umstand nicht auf eine Zahlungseinstellung des Schuldners schließen musste.<sup>33</sup>

Diese Ausdifferenzierung verhindert eine Entgrenzung der Anfechtungsrisiken jedenfalls dort, wo die Sozialversicherungsträger solche Risiken beherrschen können und nicht aufgrund anderer rechtlicher Rahmenbedingung hierin behindert werden.

Die Beurteilung eines erweiterten Bargeschäftsprivilegs macht deshalb auch einen Blick auf die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Beitreibung durch Fiskus und Kassen notwendig. Diese haben sich insbesondere im Bereich der Kassen gewandelt.

Gemäß § 76 Abs. 1 SGB IV sind die Einnahmen rechtzeitig und vollständig zu erheben; Ansprüche dürfen nur gestundet werden, wenn (die sofortige Einziehung mit erheblichen Här-

---

<sup>30</sup> Davon zu unterscheiden ist die vom Bundesversicherungsamt ebenfalls veröffentlichte Rückstandsquote (Jahr 2014: 5,72 %). Bei der Rückstandsquote wird das Beitragssoll (eines Monats) ins Verhältnis zu den laufenden Rückständen gesetzt. Damit wird also ein Monats- einem kumulierten Bestandwert gegenübergestellt.

<sup>31</sup> BGH IX ZR 95/14

<sup>32</sup> BGH IX ZR 228/03

<sup>33</sup> BGH IX ZR 49/13

ten für die Anspruchsgegner verbunden wäre und) der Anspruch durch die Stundung nicht gefährdet wird (§ 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1). Nach § 76 Abs. 3 SGB IV ist eine Stundung von Kassenbeiträgen (deren Höhe die Bezugsgröße übersteigt) innerhalb eines Zeitraums von 2 Monaten ohne weitere Einschaltung von Bundesagentur oder der zuständigen Rentenversicherungsträger möglich.

In einer fortschreitenden Entwicklung wurden die kassenindividuellen Überprüfungsmöglichkeiten mit Blick auf das Zahlungsverhalten der Beitragsschuldner eingeschränkt bzw. wurde der Prozess der Informationsbeschaffung/Überprüfung verändert: Seit dem 01.01.1999 ist nach einer dreijährigen Übergangszeit die gesetzliche Aufgabe der Betriebsprüfungen von den Krankenkassen auf die Deutsche Rentenversicherung übergegangen. Aufgrund des 2. Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt wurden danach § 28k Abs. 2 und 3 SGB IV zum 01.04.2003 aufgehoben. Damit entfiel der sog. Summenabgleich, d.h. der mindestens einmal jährlich durchgeführte Abgleich der gemeldeten Beiträge zur Rentenversicherung mit den gemeldeten Arbeitsentgelten. Ab 01.01.2014 wurden alle Beitragseinnahmen der Krankenversicherung an den Gesundheitsfonds (GF) weitergeleitet. Im Gegenzug erhielten die Krankenkassen dann ausschließlich aus dem GF je nach Morbidität der Versicherten Zuweisungen für die Leistungsausgaben. Ab diesem Termin wurde auch der Korrektur-Beitragsnachweis überflüssig und ist nicht mehr Bestandteil der Datenübermittlung. Eine entsprechende Anpassung der „Gemeinsamen Grundsätze zum Aufbau der Datensätze für die Übermittlung von Beitragsnachweisen durch Datenübertragung“ trat zu diesem Zeitpunkt in Kraft.

Sowohl die verschiedenen Krankenkassen als auch die Prüfbehörden sind zur gegenseitigen Amtshilfe verpflichtet. Diese ist zudem grundsätzlich kostenlos und gebührenfrei. Im Wege der Amtshilfe könnten und sollten die Kassen deshalb trotz dieser veränderten gesetzlichen Rahmenbedingungen auch heute noch ausreichend Informationen über die Beitragsschuldner gewinnen. In der Praxis unterbleibt dieses Vorgehen allerdings so häufig, dass zwischenzeitlich sogar der BGH diesen Umstand aufgegriffen hat:

*„Soweit es um die Vollstreckung geht, tritt die ersuchte Vollstreckungsbehörde nicht neutral gegenüber allen Beteiligten auf, sondern rückt in die Gläubigerstellung der Behörde ein, in deren Auftrag sie vollstreckt. Kenntnisse, die sie hinsichtlich einer eventuellen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aufgrund dieser Stellung erlangt, sind gegebenenfalls für die ersuchende Behörde zu sammeln und an diese weiterzuleiten.“<sup>34</sup>*

Die so immer wieder eingeleitete Vollstreckung der Kassen führt regelmäßig im Zeitraum von 6-10 Wochen nach Eintritt der Fälligkeit zu Vollstreckungshandlungen. Dies ermöglicht den Schuldnern regelmäßig eine Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Zahlung selbst dann, wenn eine Zwangsvollstreckung bereits eingeleitet worden ist. Sie müssen dabei auch nicht befürchten, dass ihre Zahlung auf etwaige jüngere Zahlungsrückstände angerechnet

---

<sup>34</sup> BGH ZR IX 95/14, Rz. 23

wird, weil § 4 der Beitragsverrechnungsverordnung insoweit eine gesetzliche Tilgungsbestimmung enthält.

Innerhalb des Zeitraumes von 6-12 Wochen nach Arbeitsleistung ist deshalb eine wiederholte Verzögerung der Zahlungen für die Schuldner weitgehend folgenlos. Auch die Kassen sind in dieser Situation nicht durch den Gesetzgeber zu eigenen Nachforschungen angehalten, obwohl die Rechtsprechung des BGH selbstverständlich bei mehrfachen, aufeinander folgenden Vollstreckungen die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners für erwiesen hält.<sup>35</sup>

Diese Umstände führen regelmäßig zu erhöhten Anfechtungsrisiken für die Kassen wenn sie über einen längeren Zeitraum trotz wiederholter Zwangsvollstreckungen keine weitergehenden Maßnahmen zur Aufklärung der Zahlungsfähigkeit säumiger Schuldner ergreifen (z. B.: Schutz des Arbeitnehmers durch Arbeitnehmerbefragungen zu rückständigen Gehalts- und Lohnzahlungen). Nur eine frühzeitige Sachaufklärung könnte weitergehende Anfechtungsrisiken verhindern. Sie ermöglicht frühere Gespräche zur Schuldenbereinigung bzw. frühe Insolvenzanträge und damit ein Eingreifen zum Schutz aller Gläubiger. Wird stattdessen das Anfechtungsrisiko durch ein Bargeschäftsprivileg der Kassen und des Fiskus im Bereich der Arbeitsentgelte ausgeschaltet, werden diese institutionellen Gläubiger noch zusätzlich begünstigt und zum „privilegierten Durchvollstrecken“ aufgefordert, weil sie das Erlangte auch in der anschließenden Insolvenz des Schuldners behalten dürfen, während alle ungesicherten Gläubiger also auch Arbeitnehmer leer ausgehen.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass bei allem Verständnis für einen stärkeren Schutz der Arbeitnehmerrechte im Insolvenzverfahren, dieser keinesfalls im Anfechtungsrecht gesetzlich verankert werden darf. Dies führt nicht nur zu einem folgenschweren Systembruch, sondern eröffnet für die öffentlichen Kassen als Trittbrettfahrer der Anfechtungsreform den Weg den lang gehegten Wunsch nach einer Privilegierung zu realisieren.<sup>36</sup> Dies schadet in ganz besonderer Weise den Interessen der von der Insolvenz betroffenen Arbeitnehmer. Die zukünftig an Fiskus und Sozialversicherungsträger fließenden bzw. dort verbleibenden Mittel fehlen nicht nur bei der Sanierung sondern auch bei der sozialverträglichen Schließung des Geschäftsbetriebes. Die über Jahrzehnte zu Recht etablierten Arbeitnehmerrechte werden dann in den meisten Fällen ins Leere laufen:

- Sanierung heißt Unternehmenserhalt, Unternehmenserhalt bedeutet Arbeitsplatzerschutz, vor allem auch der Erhalt sozialversicherungspflichtiger Arbeitsverhältnisse. Der gesetzliche Kündigungsschutz gilt daher auch in der Insolvenz des Arbeitgebers. Wo aber die finanziellen Mittel fehlen und eine Sanierung unmöglich wird, können keine Arbeitsplätze erhalten werden, läuft auch der Kündigungsschutz ins Leere. Ist das gewollt?
- Die arbeitnehmerschützenden Regelungen zum Betriebsübergang, § 613 a BGB, gelten auch und gerade in der Insolvenz. Über die eingeschränkten Kündigungsmög-

---

<sup>35</sup> BGH IX ZR 143/12

<sup>36</sup> s. Fn. 6



lichkeiten hinaus wird damit vor allem der soziale Status der Arbeitnehmer in Bezug auf Gehalt, Betriebszugehörigkeit, Kündigungsschutz etc. erhalten. Dieser Schutzmechanismus kann sich aber nur da entfalten, wo auch die finanzielle Basis für eine Sanierung erhalten bleibt. Wird diese mit der Reform des Anfechtungsrechts entzogen, dann sind die Arbeitnehmer nicht nur vom Arbeitsplatzverlust betroffen, sondern Sie fangen bei Ihrem neuen Arbeitgeber in Bezug auf Betriebszugehörigkeit und Kündigungsschutz wieder bei Null an. Ist das gewollt?

- Die Zahlungen an die Arbeitnehmer sind nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über § 55 InsO selbst bei einer Betriebsschließung als sogenannte Masseverbindlichkeit vorrangig zu zahlen. Dies kann aber nur dort greifen, wo genügend Insolvenzmasse vorhanden ist. Wird diese aber zukünftig durch die Privilegierung von Fiskus und Sozialversicherungsträgern geschmälert, kommt es zum "Konkurs im Konkurs", der sog. Masseunzulänglichkeit nach §§ 208,209 InsO. Dann erhalten die Arbeitnehmer für den Kündigungszeitraum in der Regel keine Gehaltszahlung, sondern nur Arbeitslosengeld. Dies führt nicht nur zu finanziellen Einbußen, sondern der zeitlich begrenzte Bezugszeitraum des Arbeitslosengeldes beginnt schon mit dem Ausspruch der Kündigung und verkürzt sich so um bis zu 3 Monate. Ist das gewollt?
- Auch die Ansprüche aus einem Sozialplan genießen im Insolvenzverfahren trotz ihrer betragsmäßigen Begrenzung als Masseverbindlichkeit nach § 123 Abs.2 InsO besondere Priorität. Danach wird vor der Verteilung an die Insolvenzgläubiger bis zu einem Drittel der zur Verteilung stehenden Insolvenzmasse auf den Sozialplan und damit an die vom Arbeitsplatzverlust betroffenen Arbeitnehmer gezahlt. Aber da wo Fiskus und Sozialversicherung zukünftig anfechtungsgeschützt auf die Masse zugreifen können wird es weniger oder auch gar keine Zahlungen mehr auf den Sozialplan geben. Ist das gewollt?
- Ein wichtiges Mittel zum Unternehmenserhalt einerseits und zum sozialverträglichen Personalabbau andererseits sind die sogenannten Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften. Damit werden zwar mit Unterstützung der öffentlichen Hand aber auch immer mit einem erheblich Finanzierungsbeitrag aus der Insolvenzmasse alternative Wege der Personalanpassung im Sinne des Arbeitsplatzerhalts bei dem zu sanierenden Unternehmen und einer deutlichen Abfederung der finanzielle Nachteile der ausscheidenden Arbeitnehmer eröffnet. Bei weniger finanziellen Mitteln in der Insolvenzmasse wird die zwingend erforderliche Beteiligung der Insolvenzmasse nicht mehr möglich sein. Damit scheitern häufig nicht nur der Erhalt von Unternehmensteilen oder des Unternehmenskerns, sondern die Folgen einer Kündigung sind für die vom Arbeitsplatzverlust betroffenen Arbeitnehmer deutlich stärker. Ist das gewollt?
- Von der vorgesehenen gesetzlichen Regelung in § 142 Abs.2 RegE werden zukünftig auch Spitzenmanager profitieren. Gerade diese haben aufgrund ihrer Führungsposition nicht nur einen besonderen Einblick in die wirtschaftliche Entwicklung des in der Krise befindlichen Unternehmens, sondern sie erhalten hohe Gehaltszahlungen und zum Teil auch erhebliche Boni, die weit über dem liegen, was zur Sicherung der

Existenz erforderlich ist. Selbst Bonuszahlungen am Tag vor der Insolvenz wären nach den vorliegenden Reformansätzen zukünftig geschützt. Ist dies gewollt?

- Im Jahr 2014 waren von der Insolvenz ihres Arbeitgebers 126.681 Arbeitnehmer betroffen.<sup>37</sup> Demgegenüber gibt selbst der DGB die Zahl der vor 2009 von Lohnanfechtungen betroffenen Arbeitnehmer mit 10 an.<sup>38</sup> Um diese – ungeachtet ihrer zugegebenerweise individuellen Betroffenheit – kleine Gruppe in ihren Rechten zu stärken, werden die Aussichten auf den Arbeitsplatzverlust oder zumindest eine bestmögliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses sehr vieler Arbeitnehmer gefährdet. Ist dies gewollt?

Die Nachteile für die Arbeitnehmer liegen wie gezeigt auf der Hand. Die aus einem zukünftigen anfechtungsrechtlichen Privileg vereinnahmten Beiträge und Steuern kommen nicht etwa mittelbar oder unmittelbar den vom Arbeitsplatzverlust betroffenen Arbeitnehmern zu, sondern sie fließen in den großen und kaum überschaubaren Topf der öffentlichen Kassen. Weder Gewerkschaften noch Parteien die sich den Schutz von Arbeitnehmerrechten verschrieben haben, können diese Umverteilung zu Lasten der betroffenen Arbeitnehmer ernstlich wollen.

Systemkonform könnten die Rechte der Arbeitnehmer in der Insolvenz über eine Anpassung der Regelungen zum Insolvenzgeld nach §§ 165 ff. SGB III gestärkt werden. Für die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Nichteröffnung mangels Masse erhalten die Arbeitnehmer aus einem von allen Arbeitgebern finanzierten und von der Bundesagentur für Arbeit verwalteten Fond den Ausgleich ihrer Nettogehaltsansprüche bis zur Höhe der Beitragsbemessungsgrenze. Ein sehr guter Schutz, der immer die Gehaltszahlungen in den letzten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses vor der Insolvenz absichert. Bei den deutlich vor der Insolvenz ausgeschiedenen Mitarbeitern ist diese Klarstellung von Bedeutung, da auch die Arbeitnehmer geschützt werden, deren Arbeitsverhältnis vor der Insolvenz beendet wurde.

Gerade die ausgeschiedenen Mitarbeiter klagen gegen ihren alten Arbeitgeber und dürften dann das Gros der ohnehin kleinen Gruppe der von der Anfechtung betroffenen Arbeitnehmer stellen. Mit der erfolgreichen Anfechtung laufen die Arbeitnehmer dann allerdings bei der Bundesagentur für Arbeit mit ihrem Insolvenzgeldanspruch ins Leere. Ausschlaggebend ist die nach § 324 Abs. 3 SGB III ohnehin unverhältnismäßig kurze Ausschlussfrist zur Geltendmachung der Ansprüche von nur 2 Monaten. Würde diese Ausschlussfrist deutlich verlängert und zudem nicht an das Insolvenzereignis sondern im Fall der Anfechtung über insolvenzgeldfähige Gehaltszahlungen an die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung geknüpft, wäre schon viel zur Stärkung der Arbeitnehmerrechte getan ohne das es eines Eingriffs in die Systematik des Anfechtungsrechts bedarf. Ein positiver Begleiteffekt wäre auch eine Stärkung der Rechte von solchen Arbeitnehmern, bei denen das Insolvenzverfahren über das Vermögen ihres Arbeitgebers mangels Masse nicht eröffnet wurde. Diese sind

---

<sup>37</sup> Statistisches Bundesamt Wiesbaden

<sup>38</sup> s. Fn. 17

ohnehin häufig auf sich allein gestellt und von der kurzen Ausschlussfrist des § 324 Abs. 3 SGB III besonders betroffen.

Im Ergebnis enthält § 142 Abs. 2 Satz 2 RegE damit einen drastischen Eingriff in das Insolvenzanfechtungsrecht. Er geht weit über das zum Schutz der Arbeitnehmer gebotene Maß hinaus. In seiner Wirkung würde dieser Eingriff vor allem zu einer erheblichen Verringerung von Insolvenzanfechtungen insbesondere gegenüber Fiskus und Sozialversicherungsträgern führen. Er würde damit auch die Zahl der Insolvenzeröffnungen noch deutlicher verringern als dies durch § 131 Abs. 1 Satz 2 RegE zu erwarten wäre. Um diese Wirkung auszuschließen sollte im Text der Vorschrift zumindest eine Einschränkung auf das Nettoarbeitsentgelt erfolgen.

## 5. Insolvenzanträge: Frühere Aufklärung durch frühere Anträge nach § 14 Abs. 1 RegE

Durch § 14 Abs. 1 Satz 2 RegE wird die Möglichkeit insbesondere der öffentlichen Gläubiger verbessert, durch eine frühe Antragstellung frühzeitige Sachstandsklä rung (die allen Gläubigern nutzt) einzuleiten und die eigenen Anfechtungsrisiken (und damit gleichzeitig auch die Anfechtungsrisiken aller anderen Gläubiger) deutlich zu reduzieren. Hier wird die Hand endlich an die Wurzel des Problems gelegt. Massenhafte Insolvenzverschleppung begünstigt Insolvenzanfechtungen und führt vor allem über § 133 InsO zu hohen Anfechtungsrisiken. Öffentlichen Gläubigern fällt in diesem Zusammenhang durch ihre bereits heute existierenden besonderen Einsichts- und Vollstreckungsmöglichkeiten eine besondere Verantwortung zu. Es wird Zeit, dass sie diese Verantwortung auch wahrnehmen. Dazu darf aber nicht wieder die Hintertür ihrer Privilegierung geöffnet werden. Dies würde vielmehr in der gegenteiligen Richtung zu einem Zuwarten öffentlicher Gläubiger führen, da diese nunmehr nicht mehr die Anfechtung der an sie geleisteten Zahlungen fürchten müssen.

Eine zusätzliche Belastung der Insolvenzgerichte durch vermehrte Insolvenzanträge ist in diesem Zusammenhang jedenfalls nur kurzfristig zu erwarten. Die Antragstellung setzt weiterhin in der Praxis vieler Insolvenzgerichte den Nachweis mehrmonatigen Beitragsrückstandes voraus.<sup>39</sup> In der Folge einer konsequenten Nutzung der erweiterten Antragsmöglichkeit dürfte der Arbeitsaufwand insbesondere bei Insolvenzgerichten deutlich zurückgehen, da die aktuelle Praxis vielfach hintereinander gestellter Insolvenzanträge („Stapelanträge“) beendet würde.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Vgl. ausführlich zur Praxis der Antragstellung durch Sozialversicherungsträger *Kollbach*, a.a.O.

<sup>40</sup> s. hierzu *Kollbach* a.a.O.m.w.N. sowie schon *Kollbach/Lodyga/Zanthoff*, NZI 2010, 932ff.

## Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass im Rahmen des § 133 InsO ein minimalinvasiver Eingriff, d.h. eine Verkürzung der Vorsatzanfechtung auf vier Jahre, § 133 Abs. 2 RegE, eine Änderung der Verzinsung des Anfechtungsanspruchs § 143 Abs. 1 RegE und die Privilegierung einer im Wesen als substantiell definierten Zahlungserleichterung, § 133 Abs. 3 Satz 2 RegE akzeptabel erscheinen.

Im Rahmen des Bargeschäfts sollte auf den Begriff der Unlauterkeit verzichtet werden. Er schafft zusätzliche Rechtsunsicherheit und bietet kein greifbares Differenzierungskriterium gegenüber der notwendigen Missbrauchskontrolle des § 133 InsO.

Der Wunsch nach einer Stärkung der Arbeitnehmerrechte in der Insolvenz ist nachvollziehbar, führt aber auf der Ebene des Anfechtungsrechts zu gravierenden und nachhaltigen Nachteilen für die von der Insolvenz ihres Arbeitgebers betroffenen Arbeitnehmer. Der vermeintliche Schutz der Arbeitnehmer und in Folge dessen die Privilegierung von Fiskus und Sozialversicherungsträgern wird zu deutlich weniger Verfahrenseröffnungen und Sanierungen führen. In Folge dessen können nicht nur weniger Arbeitsplätze erhalten, sondern wesentliche in der Insolvenz bestehende Vorrechte der Arbeitnehmer in Bezug auf die Regelungen zu § 613a BGB, den Kündigungsschutz, die Sozialplanansprüche, die Finanzierung von Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften, etc. faktisch nicht mehr oder nur noch deutlich eingeschränkt greifen. Eine Stärkung der Arbeitnehmerrechte auf der Ebene des Insolvenzgeldes könnte zumindest in Teilbereichen die gewünschte Abhilfe schaffen und zugleich auch die Rechte von Arbeitnehmern verbessern, bei denen das Insolvenzverfahren über das Vermögen ihres früheren Arbeitgebers mangels Masse nicht eröffnet wurde.

Aber auch gerade für mittelständische Unternehmen wird ein deutlicher Rückgang der Sanierungen nachhaltige Spuren hinterlassen. Ohne Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebes über einen Insolvenzplan oder über eine Nachfolgegesellschaft wird ihnen die Lebensgrundlage entzogen. Da sie in der Regel nicht in die Arbeitslosenversicherung haben einzahlen können, steht ihnen häufig nur Unterstützung zum Lebensunterhalt, d.h. Hartz IV, zur Verfügung. Dies kann verhindert werden, wenn Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in § 131 InsO nicht geschützt und Zahlungen an Sozialversicherungsträger und den Fiskus über § 142 InsO nicht zu Lasten der übrigen Gläubiger privilegiert werden.

Die Änderung des § 14 InsO wäre für sich genommen bereits ausreichend und wirksam um den öffentlichen Gläubigern mit geringem Aufwand die Möglichkeit zur substantiellen Reduzierung ihres Anfechtungsrisikos zu geben. Sie sollte deshalb in jedem Fall umgesetzt werden.

Berlin, den 22.02.2016  
Dr. Christoph Niering



# Stellungnahme

## des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Insolvenzrecht

### zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (BR-Drs. 495/15 vom 16.10.15)

Stellungnahme Nr.: 61/2015

Berlin, im Dezember 2015

#### Mitglieder des Ausschusses Insolvenzrecht

- Herr RA Prof. Dr. Klaus Pannen, Hamburg (Vorsitzender)
- Herr RA Kolja von Bismarck, Frankfurt
- Frau RAin Claudia Diem, Stuttgart
- Herr RA Wolfgang Hauser, Stuttgart (Berichterstatter)
- Herr RA Kai Henning, Dortmund
- Herr RA Thomas Oberle, Mannheim
- Herr RA Dr. Manfred Obermüller, Bad Camberg (Berichterstatter)
- Herr RA Dr. Klaus Olbing, Berlin
- Herr RA Horst Piepenburg, Düsseldorf
- Herr RA Prof. Rolf Rattunde, Berlin
- Frau RAin Dr. Ruth Rigol, Köln
- Herr RA Dr. Andreas Ringstmeier, Köln (Berichterstatter)

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

[www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

#### Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Herr RA Udo Henke, Berlin

## Verteiler

---

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Deutscher Bundestag, Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer, Berlin
- Deutscher Notarverein e. V.
- Deutscher Richterbund e. V.
- Gravenbrucher Kreis
- Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.
- Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V./BAKinso
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzender des Forum Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwaltvereins
- Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
  
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
- Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
- Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
- Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
- Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.
- Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP, Köln
- Redaktion InDat-Report, Köln
- Redaktion Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht / DZWIR, Berlin
- Redaktion Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung / NZI, München
- Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht / ZInsO, Köln
- Redaktion (Print) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI, Köln
- Redaktion (Internet) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI, Köln

**Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.**

---

## **Zusammenfassung**

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen bietet gegenüber dem Referentenentwurf in manchen Punkten eine Verschlechterung und führt teilweise zu einem erheblichen Rückschritt gegenüber den Errungenschaften der InsO 1999. Zwar bewertet der DAV die Vorschläge zur Definition des Bargeschäfts und über die Verzinsung des Rückerstattungsanspruchs als weitgehend unproblematisch. Dagegen hält er die weitere Erschwerung der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen nicht für vertretbar und kritisiert auch die Vermutung, dass ein Gläubiger, der seinem Schuldner Zahlungserleichterung oder Ratenzahlungen gewährt, dessen Zahlungsunfähigkeit nicht kannte.

Anlass für die Überprüfung des Anfechtungsrechtes ist die Erklärung der Parteien der Koalitionsvereinbarung, wonach u.a. "das Anfechtungsrecht im Interesse der Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs sowie des Vertrauens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ausgezahlte Löhne auf den Prüfstand gestellt" werden sollte.

Dem Begehren vor allem der mittelständischen Unternehmen nach größerer Planungssicherheit ist bereits mit kleineren Änderungen gedient, ohne dass Zwangsvollstreckungen durch Fiskus und Sozialversicherungsträger erleichtert werden müssten. Letzteres hätte tiefgreifende Auswirkungen auf die Eröffnungsquote in Unternehmensinsolvenzverfahren.

## Im Einzelnen

### 1) Zwangsvollstreckungen aus gerichtlichen Titeln

*(Zu Art. 1 Nr. 2 - § 131 InsO-E)*

Der DAV hatte eine Beschränkung der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen aus gerichtlichen Titeln, wie sie noch der Referentenentwurf vorgesehen hatte, für ein zwar mit gewissen dogmatischen Problemen behaftetes, aber vertretbares Konzept gehalten, um den Sorgen der Wirtschaft, durch die Anfechtung von Zwangsvollstreckung als inkongruente Deckung würden Aufwand und Kostenrisiko eines Zahlungsprozesses zunichte gemacht, Rechnung zu tragen. Die nunmehr im Regierungsentwurf enthaltene Ausdehnung auf selbstgefertigte Titel, die erfahrungsgemäß den größten Teil der Zwangsvollstreckungen ausmachen, hält er jedoch für unvertretbar und sieht darin einen erheblichen Rückschritt nicht nur gegenüber den Errungenschaften der InsO 1999. De facto ergäbe sich sogar ein Rückschritt hinter die Regelungen der Konkursordnung, denn durch die Möglichkeit der anfechtungsfreien Zwangsvollstreckung werden Fiskus und Sozialversicherungen von einer Insolvenzantragstellung abgehalten, würden stattdessen auf letzte und allerletzte Vermögenswerte des Schuldners zugreifen und stünden sich damit zulasten aller anderen Gläubiger sogar noch besser als mit einer bevorrechtigten Befriedigung der Insolvenzforderung. Tatsächlich begünstigt die beabsichtigte Regelung in erster Linie und vor allem die Finanzverwaltung und die Sozialversicherungsträger, die – anders als alle anderen Gläubiger – situationsbedingt Titel herstellen können.

Die Absicht des Gesetzgebers der Insolvenzordnung – frühe Verfahrensanträge und damit verbundene Eröffnungen zum Zwecke der Sanierung von Unternehmen zu erreichen – wird durch den vorliegenden Entwurf konterkariert. Das Gegenteil wird der Fall sein. Die Tatsache, dass Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nur noch als kongruente Anfechtungen angegriffen werden können – § 133 InsO scheidet wegen der fehlenden Rechtshandlung des Schuldners aus – wird dazu führen, dass die institutionellen Gläubiger überhaupt keine Insolvenzanträge mehr stellen werden, da sie unsanktioniert die letzten Werte eines Schuldners an sich ziehen können. Wenn feststeht, dass keinerlei verwertbares Vermögen mehr im Wege der Zwangsvollstreckung beizutreiben sein wird, werden diese Gläubiger in Zukunft keine Insolvenzanträge stellen, da diese Anträge sie ihrem Ziel der Einzelbefriedigung nicht



mehr näherbringen werden. Das gesamte Vermögen ist bereits durch Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen "verwertet". Dies wird "auf dem Rücken der übrigen Gläubiger" ausgetragen, da es wesentlich weniger Insolvenzeröffnungen in Zukunft geben wird und diejenigen, die zu einer Eröffnung führen, werden mit geringeren Quoten ausgestattet sein. Insbesondere die von der Begründung zum RegE bemühten Arbeitnehmer und Kleingläubiger sind dagegen typischerweise nicht in der Lage, sich Zwangsvollstreckungstitel kurzfristig zu beschaffen; die Arbeitnehmer haben dafür wegen des Insolvenzgeldes nicht einmal ein Bedürfnis. Es steht somit zu befürchten, dass zukünftig deutlich weniger Insolvenzanträge zur Eröffnung kommen, und vorinsolvenzliche „Zwangsvollstreckungsschlachten“ ausgetragen werden. Damit wird das grundlegende Ziel der Gläubigergleichbehandlung verletzt. In der Folge würden die durch Insolvenzanfechtung möglichen Verfahrenskostendeckungen deutlich sinken. Dieser Effekt hätte tiefgreifende Auswirkungen auf die Eröffnungsquote in Unternehmensinsolvenzverfahren.

In Anlehnung an das noch im Referentenentwurf enthaltene Konzept erscheint es demgegenüber vertretbar, nur die Anfechtung von Vollstreckungen aus gerichtlichen Titeln, die im streitigen Verfahren erwirkt wurden, zu beschränken. Dies entspricht dem in § 140 Abs. 2 InsO zum Ausdruck gebrachten Gedanken, dass die Rechtsstellung eines Gläubigers nicht von der Verfahrensdauer bei Gerichten abhängig sein darf.

## **2) Verkürzung der Anfechtungsfrist des § 133**

*(Zu Art. 1 Nr. 3a - § 133 Abs. 2 und 3 InsO-E/ Art. 3 Nr. 1a - § 3 Abs. 2 und 3 AnfG-E)*

Der DAV hat keine Einwände gegen die **Verkürzung der Anfechtungsfrist** des § 133 InsO für kongruente Deckungen von 10 auf 4 Jahre. Die über 4 Jahre hinausgehende Frist hat keine praktische Bedeutung. Auf die Anknüpfung an die drohende Zahlungsunfähigkeit sollte aber nicht verzichtet werden. Diese Regelung kann die Wirtschaft nicht sehr belasten, denn wer eine kongruente Deckung erhält, wird in der Regel vorher keine Informationen eingeholt haben, aus denen er auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit schließen muss.

### 3) Indizwirkung von Ratenzahlungsvereinbarungen

*(Zu Art. 1 Nr. 3a - § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E/ Art. 3 Nr. 1a - § 3 Abs. 3 Satz 2 AnfG-E)*

Eine maßvolle Beschränkung der Anfechtung von Ratenzahlungsvereinbarungen ist angesichts der Motive zu § 802b ZPO und der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs zu befürworten. Denn mit diesem Konzept wird die Anfechtung von Ratenzahlungsvereinbarungen nicht generell ausgeschlossen, sondern dem Insolvenzverwalter der Nachweis einer Gläubigerbenachteiligung offen gelassen. Zu weitgehend erscheint jedoch die für § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E im Regierungsentwurf vorgeschlagene Formulierung, die die unzutreffende Vermutung aufstellt, der Gläubiger habe bei Abschluss der Ratenvereinbarung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht gekannt. In der Praxis ist genau das Gegenteil der Fall. Deshalb kommt es darauf an, Ratenzahlungsvereinbarungen zu verhindern, die das gesamte pfändbare Vermögen des Schuldners ausschöpfen und für andere Gläubiger, von deren Existenz der Ratengläubiger ausgeht oder ausgehen muss, nichts übrig lassen. Sinnvoll erscheint es deshalb, in etwa wie folgt zu formulieren:

*"Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt und wird dadurch die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wieder hergestellt oder gesichert, so ist die mögliche Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners für den anderen Teil unbeachtlich."*

### 4) Definition des Bargeschäfts

*(Zu Art. 1 Nr. 4 - § 142 Abs. 1 InsO-E)*

Der DAV begrüßt, dass der Regierungsentwurf die ohnehin schon unübersichtlichen Anfechtungstatbestände nicht weiter so verkomplizieren will wie noch der Referentenentwurf. Aber auch die Einführung des bis jetzt in den Anfechtungstatbeständen noch nicht verwendeten Begriffs des unlauteren Schuldnerhandelns birgt neue Auslegungsprobleme in sich und dient damit nicht der Erhöhung der Rechtssicherheit, wie dies der Regierungsentwurf in seiner Überschrift fordert. Am einfachsten wäre es, ganz auf den Bezug zu § 133 InsO zu verzichten. Fälle, in denen reine Bargeschäfte mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz getätigt werden, sind sehr selten und meist schon über § 823 Abs. 2 BGB, §§ 283 ff. StGB zu erfassen. Wenn aber an der Verquickung mit § 133 InsO festgehalten werden soll,

könnte wenigstens die zusätzliche Hürde der "Unlauterbarkeit" durch etwa folgende Formulierung vermieden werden:

"Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 - 3 InsO n. F. gegeben sind und der andere Teil *dies* erkannt hat."

## **5) Arbeitsentgeltzahlungen als Bargeschäft**

*(Zu Art. 1 Nr. 4 - § 142 Abs. 2 InsO-E)*

Eine gesetzliche Regelung der Beschränkung der Anfechtung von **Arbeitsentgeltzahlungen** halten wir zwar für entbehrlich. Da die Vorschläge des Referentenentwurfs im wesentlichen der gegenwärtigen Rechtsprechung entsprechen, bestehen gegen eine Kodifizierung aber auch keine wesentlichen Bedenken. Sinnvoll wären allerdings Ausnahmen zu Lasten von führenden Mitarbeitern und nahestehenden Personen i.S.d. § 138 Abs. 2 InsO, die in aller Regel bessere Einsicht in die Lage des Unternehmens besitzen als sonstige Arbeitnehmer, und Ausnahmen für die Anfechtung von Zahlungen, die über die insolvenzgeldfähigen Beträge hinausgehen.

Die Kodifizierung sollte außerdem zum Anlass genommen werden, solche Streitigkeiten künftig wieder den Zivilgerichten zuzuweisen. Die Gefahren für die Arbeitnehmer durch eine Zuständigkeit des BGH, die der Große Senat in seiner umstrittenen Entscheidung vom 27.9.2010 – Gms-OGB 1/09 – ZIP 2010, 2418 (s. Kritik von Ries ZInsO 2010, 2382; ders. ZInsO 2012, 1751; Krüger/Wigand ZInsO 2011, 1441; Kreft ZInsO 2009, 578; Kreft ZIP 2013, 241; Kirchhof ZInsO 2009, 1791) aufgeführt hat, werden mit der Gesetzesänderung beseitigt. Dann aber ist es Zeit, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung durch Konzentration des Rechtsweges wiederherzustellen.

## **6) Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs**

*(Zu Art. 1 Nr. 5 - § 143 InsO-E/ Art. 3 Nr. 2 - § 11 AnfG-E)*

Der DAV unterstützt unverändert das Vorhaben, die Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs an den Zeitpunkt anzuknüpfen, in dem der Insolvenzverwalter ihn erhebt. Dies entspricht dem allgemeinen Rechtssystem, das für Verzug grundsätzlich Kenntnis vom Zeitpunkt der Fälligkeit verlangt.

**Fazit**

In dem Regierungsentwurf sieht der DAV insgesamt eine Verschlechterung gegenüber dem Referentenentwurf.

Höchst bedenklich sind insbesondere die noch weiter als der Referentenentwurf gehenden Vorschläge zur Änderung der Anfechtungsregelungen für Zwangsvollstreckungen. Damit wird das grundlegende Ziel der Gläubigergleichbehandlung verletzt. In der Folge würden die durch Insolvenzanfechtung möglichen Verfahrenskostendeckungen deutlich sinken. Dieser Effekt hätte tiefgreifende Auswirkungen auf die Eröffnungsquote in Unternehmensinsolvenzverfahren.

Auch geht die Vermutung, dass ein Gläubiger, der seinem Schuldner Zahlungserleichterung oder Ratenzahlungen gewährt, dessen Zahlungsunfähigkeit nicht kannte, zu weit.

---

## 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

# Stellungnahme

Andrej Wroblewski

IG Metall Frankfurt am Main

beim bundesweiten IG Metall Vorstand zuständig  
für Arbeits- und Insolvenzrecht



## **Stellungnahme der IG Metall zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzverordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (Bundestagsdrucksache Nr. 18/7054 vom 16.12.2015) anlässlich der öffentlichen Anhörung der Sachverständigen vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 24. Februar 2016 in Berlin**

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (im Folgenden: InsO-RegE) stellt ungeachtet einiger Mängel (z. B. Nichtberücksichtigung des Problems der Drittzahlungen im Konzernzusammenhang) einen bedeutenden sozialpolitischen Fortschritt dar. Die rechtliche Möglichkeit zur Insolvenzanfechtung, zur Rückforderung von Leistungen, die die Insolvenzmasse im Vorfeld geschmälert haben, ist grundsätzlich sinnvoll. Sie liegt auch im Interesse einer Unternehmens- bzw. Betriebsfortführung aus der Insolvenz heraus oder dient wenigstens der Dotierung von Sozialplänen. Anders verhält es sich mit der Insolvenzanfechtung von Entgeltzahlungen an Arbeitnehmer. Diese stellen eine gravierende Zusatzbelastung der betroffenen Beschäftigten dar, die durch die Arbeitgeberinsolvenz ohnehin existentiellen Schädigungen bis hin zum Verlust des Arbeitsplatzes ausgesetzt sind. Eine solche Zusatzbelastung von Arbeitnehmern widerspricht dem Sozialstaatsprinzip, insbesondere dem Arbeitnehmerschutzprinzip, das auch im Rahmen des Insolvenzrechts zu beachten ist. Die rechtliche Zulässigkeit der Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgeltzahlungen gefährdet außerdem die Fortführung von Betrieben in der Unternehmenskrise. Entgeltanfechtungen des Insolvenzverwalters belasten in nicht zu rechtfertigender Weise das Verhältnis des Verwalters zu den Beschäftigten des Betriebs und damit Sanierungsmöglichkeiten, gerade dort, wo eine Unternehmens- und Betriebsfortführung noch möglich erscheint. Schließlich spielen die von Arbeitnehmern durch Insolvenzanfechtung erzielbaren Vermögenswerte im Verhältnis zur gesamten Insolvenzmasse regelmäßig keine Rolle. Es handelt sich nicht einmal um „peanuts“ im Sinne *Hilmar Koppers*.

### **Stellungnahme zu den einzelnen Vorschriften des RegE:**

#### **1.**

Ohne weiteres zu begrüßen ist die Verkürzung der Anfechtungsfrist von 10 auf 4 Jahre vor dem Eröffnungsantrag bei der Vorsatzanfechtung (**§ 133 Abs. 2 InsO-RegE**). Ebenso die neue Regelung der Zinsberechnung (**§ 143 Abs. 1 S. 2 InsO-RegE**) und zum Eröffnungsantrag (**§ 14 Abs. 1 S. 2 InsO-RegE**). Diese Neuregelungen bedeuten für alle Betroffenen einschließlich der Beschäftigten einen Fortschritt; sie sind praktisch sinnvolle und schaffen mehr Rechtssicherheit.

#### **2.**

Sinnvoll sind auch die vorgeschlagenen Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer vor unsozialen Entgeltrückforderungen durch die klarstellende Neuregelung des Bargeschäftseinwands (**§ 142 Abs. 2 S. 2 InsO-RegE**) und die Einschränkung der Anfechtbarkeit durch Zwangsvollstreckung beetriebener Zahlungen (**§ 131 Abs. 1 InsO-RegE**). Die bis zum Bundesarbeitsgericht geführten Streitigkeiten um Insolvenzanfechtungen von per Zwangsvollstreckung oder die Drohung damit betriebenen Entgeltzahlungen (z.B. BAG 3. 7. 2014, 6 AZR 451/12, Rn. 14; 24. 10. 2013, 6 AZR 466/12, Rn. 22 ff.; 31. 8. 2010, 3

# Stellungnahme

Andrej Wroblewski

IG Metall Frankfurt am Main

beim bundesweiten IG Metall Vorstand zuständig  
für Arbeits- und Insolvenzrecht



ABR 139/09, Rn. 16 ff.) werden hierdurch weitgehend vermieden. Allerdings gehen diese Regelungen, was die gegenüber dem rechtlichen Status Quo Begünstigten angeht, zu sehr in die Breite und gefährden damit in vielen Insolvenzverfahren die erzielbare Insolvenzmasse, ohne dass es hierfür eine sozialstaatliche Rechtfertigung gibt. So können auch Großgläubiger Schutz vor sozial gerechtfertigten und für das Insolvenzverfahren und die Sanierung des Unternehmens erforderlichen Anfechtungen erhalten. Hier geht der InsO-RegE mithin weit **über das Ziel hinaus**. Andererseits bleiben wichtige Probleme der Anfechtungen von Arbeitsentgelt unberücksichtigt. Die virulenten – in verschiedenen Konstellationen die Gerichte beschäftigenden – Fragen der Drittzahlungen (§ 267 BGB) von Arbeitsentgelt werden leider übersehen. Drittzahlungen (vgl. z.B. BAG 13.11.2014, 6 AZR 869/13, Rn. 27 f.; 21. 11. 2013, 6 AZR 159/12, Rn. 14 ff.; BGH 10. 5. 2007, IX ZR 146/05, Rn. 8) insbesondere im Konzernzusammenhang erfolgen dadurch, dass der Arbeitnehmer seinen Lohn zwar gezahlt bekommt, aber nicht vom Konto des Arbeitgebers, sondern über einen Dritten, z.B. „Mutterunternehmen“ des Konzerns. Obwohl die betroffenen Arbeitnehmer dies in vielen Fällen nicht einmal aus der Entgeltabrechnung erkennen können, gelten solche Zahlungen nach der Rspr. gem. § 131 InsO als inkongruent (vgl. BAG 13.11.2014, 6 AZR 869/13, Rn. 27 f.). Damit sind sie auch ohne Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit anfechtbar und nicht einmal die Bargeschäftsregelung gem. § 142 Abs. 2 S. 2 InsO-RegE bietet Schutz, weil inkongruente Deckungen nach der Rspr. des BGH (10. 5. 2007, IX ZR 146/05, Rn. 10) und des BAG (24. 10. 2013, 6 AZR 466/12, Rn. 37f.) kein Bargeschäftsprivileg genießen. Die neue Regelung in **§ 142 Abs. 1 InsO-RegE**, wonach auch für Vorsatzanfechtungen (§ 133 InsO-RegE) das Bargeschäftsprivileg gilt, wenn keine Unlauterkeit des Schuldners und Kenntnis des Gläubigers hiervon vorlag, hilft ebenfalls nicht, weil sie nach dem RegE nur für Vorsatzfälle (§ 133 InsO-RegE) nicht aber für einfache inkongruente Deckungen (§ 131 InsO) gelten soll. Das ist ein kaum nachvollziehbarer **Wertungswiderspruch**, denn die Vorsatzanfechtung steht im Stufenverhältnis über der schlichten Deckungsanfechtung (vgl. BAG 29. 1. 2014, 6 AZR 345/12, Rn. 79ff.), auch bei Inkongruenz. Die bloße Deckungsanfechtung bei Inkongruenz gem. § 131 InsO darf beim Bargeschäft nicht schlechter als Vorsatzanfechtungen gem. § 133 Abs. 1 bis 3 InsO-RegE gestellt werden (zur gebotenen Abhilfe vgl. unten 5. c).

### 3.

Eine **Alternative** zu den unter 2. besprochenen Vorschlägen existiert entgegen der Behauptung unter Buchst. C. des RegE durchaus. Sie besteht in einem gesetzlichen Arbeitnehmerprivileg als Ausnahmeregelung im Recht der Insolvenzanfechtung. Zum Beispiel könnte eine **Änderung des § 129 InsO** durch Einfügung eines neuen Abs. 3 mit folgendem Wortlaut erfolgen: *„Arbeitsentgelt unterliegt nicht der Insolvenzanfechtung.“* Alternativ könnte in § 129 Abs. 1 InsO ein neuer S. 2 eingefügt werden: *„Zahlungen und sonstige Deckungen von Arbeitsentgelt gelten als nicht nachteilig für die Gläubiger.“* Auch Zahlungen von Lohnrückständen, die länger als 3 Monate bestanden haben, wären damit anfechtungssicher. Die rechtliche Zulässigkeit der Anfechtung von Arbeitsentgelt ist nicht nur unsozial, sondern schadet auch dem wohlverstandenen Interesse der Gläubiger selbst: Sie wirkt sich sanierungsfeindlich aus, indem sie die Fortführung der Arbeit des Unternehmens bereits in seiner Krise behindert. Sie zwingt die Arbeitnehmer zur Zurückbehaltung ihrer Arbeitskraft (§ 273 BGB), also zur Leistungsverweigerung. Dann können sie Arbeitslosengeld beantragen und im Wege der sog. „Gleichwohlgewährung“ auch erhalten und behalten. Dieses müssen sie nämlich im Falle einer Insolvenz nicht zurückzahlen. Mithin werden sie zur arbeits- und sozialrechtlich zulässigen Leistungsverweigerung geradezu genötigt. Die Fortsetzung des Betriebs steht dadurch in

# Stellungnahme

Andrej Wroblewski

IG Metall Frankfurt am Main

beim bundesweiten IG Metall Vorstand zuständig  
für Arbeits- und Insolvenzrecht



Frage. Sanierungschancen werden bereits im Vorfeld der Insolvenz zerstört. Auch die Produktion von späterer Insolvenzmasse für die Gläubiger wird so gefährdet. Nach Insolvenzeröffnung vergiftet die Entgeltanfechtung das für die Unternehmensfortführung existenziell wichtige Verhältnis des Verwalters zur Belegschaft und damit dem Träger künftiger Wertschöpfung. Dem steht regelmäßig eine lediglich geringfügige Masseanreicherung auf Kosten der betroffenen Arbeitnehmer gegenüber, die – im Unterschied zu anderen Insolvenzanfechtungsmöglichkeiten – für Verfahren und Quote in der Regel irrelevant ist.

Die übrigen im Interesse der Sanierung insolventer Unternehmen, des Erhalts von Arbeitsplätzen, von Sozialplänen und der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung (§ 1 S. 1 InsO) liegenden Möglichkeiten der Masseanreicherung durch Insolvenzanfechtung blieben gänzlich unangetastet. Das sozialstaatlich gebotene Arbeitnehmerprivileg ist **kein unzulässiger Verstoß gegen das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung**. Nach der Insolvenzordnung sind Ungleichbehandlungen von Gläubigern nicht generell unzulässig (z.B. aufgrund von Insolvenzplänen, oder – für diese nachteilig - gegenüber dem Gläubiger nahestehenden Personen, § 131 Abs. 2 S. 2 InsO). Eine Anfechtungsausnahme für Arbeitnehmer aus Sozialstaatsgründen lässt die Verteilungsfunktion des Insolvenzverfahrens praktisch unberührt. Manche lehnen eine Bevorzugung der Arbeitnehmer bei der Insolvenzanfechtung dementsprechend auch nicht per se ab, sondern nur, weil andere Gläubigergruppen dem folgen könnten. Eine solche „Gleichbehandlung um der Gleichbehandlung willen“, um durch Zufügung unsozialer Nachteile gegenüber Arbeitnehmern Großgläubigergruppen davor abzuschrecken, das Gleiche zu fordern, widerspricht offensichtlich dem Sozialstaatsgedanken. Der Gesetzgeber hat hier die Aufgabe, die sozialpolitische Ausnahme so zuzuschneiden, dass sie eine aus Gründen des Sozialstaats gerechtfertigte Ausnahme bleibt.

## 4.

Wenn die sachlich gebotene umfassende Problemlösung (vgl. unter 3.) gegenwärtig politisch nicht durchsetzbar erscheint, sind die Regelungsvorschläge zu §§ 131, 133, 142 InsO-RegE immerhin ein beachtlicher Schritt zur Entschärfung der Probleme der Entgeltanfechtung. Ihre in verschiedenen eröffneten Insolvenzverfahren masseschmälernde Wirkung dürfte insgesamt gesehen zu bewältigen sein. Der im RegE teilweise verbesserte Schutz der Arbeitnehmer spielt für die Insolvenzmassen ohnehin keine Rolle; insoweit wäre – wie unter 3. ausgeführt - sogar ein vollständiges dem Sozialstaatsprinzip entsprechendes Arbeitnehmerprivileg unschädlich, da es um im Verhältnis zu den gesamten Insolvenzmassen irrelevante Summen geht. Die darüber hinausgehenden Änderungen, die sich auch zugunsten anderer Gläubigergruppen auswirken (in den Bereichen Zwangsvollstreckung und Vorsatzanfechtung), werden bei nüchterner Betrachtung nicht so gravierend sein, dass sie zu unbeherrschbaren Problemen führen und lassen das Insolvenzanfechtungsrecht in seinen wesentlichen Bestandteilen unverändert. Das gilt vor allem, wenn man zu der Regelung des **Referentenentwurfs** (RefE) zurückkehrt und nur die **Zwangsvollstreckung auf dem Gerichtswege erlangter Titel** begünstigt, aber nicht selbstgeschaffene Titel von Behörden. Schätzt man dies mit den Verteidigern des Status Quo anders ein, bietet sich der genannte Weg zu einem sozialstaatlich begründeten exklusiven Arbeitnehmerprivileg – wie unter 3. dargestellt - als Ausweg an. Solange dies an an einem realitäts- und praxisfernen Dogma einer unbedingt die Arbeitnehmer einschließenden Gläubigergleichbehandlung im Insolvenzanfechtungsrecht scheitert, sind die im Regierungsentwurf enthaltenen Neuregelungen ohne weiteres sinnvoll (vgl. unter 1.) sozialpolitisch geboten (vgl. unter 2.) und auch in ihren überschießenden Teilen noch

# Stellungnahme



**Andrej Wroblewski**  
**IG Metall Frankfurt am Main**  
beim bundesweiten IG Metall Vorstand zuständig  
für Arbeits- und Insolvenzrecht

hinzunehmen, zumal wenn die Regelung zur Inkongruenz bei Zwangsvollstreckungen auf die Fassung des RefE zurückgeführt wird.

## 5.

Es lassen sich zusammenfassend folgende einzelne Verbesserungen auf Grundlage der vorliegenden §§ 131, 142, 143 InsO-RegE benennen:

### a)

In § 131 Abs. 1 InsO sollte – wie oben unter 4. ausgeführt - zum RefE zurückgekehrt werden und nur die Vollstreckung auf dem Gerichtswege erwirkter Titel privilegiert werden.

### b)

In § 131 Absatz 1 InsO sollte ein weiterer Satz angefügt werden, der regelt, dass Drittzahlungen von Arbeitsentgelt (§ 267 BGB) keine Inkongruenz begründen. Er könnte lauten:

„Das gilt entsprechend für Drittzahlungen (§ 267 BGB) auf Arbeitsentgeltforderungen.“

### c)

Die gebotene Gleichbehandlung inkongruenter Deckungen mit der Vorsatzanfechtung unterliegenden Rechtshandlungen im Bargeschäftszeitraum (vgl. oben unter 2.) könnte durch folgende Formulierung eines S. 2 des § 142 Abs. 1 InsO-RegE angeordnet werden:

„Eine solche Kenntnis des anderen Teils ist auch erforderlich, wenn die Voraussetzungen des § 131 InsO vorliegen.“

### d)

Zumindest sollte ein weiterer Satz (S. 3) in § 142 Abs. 2 InsO-RegE eingefügt werden:

„Das gilt entsprechend bei Zahlung von Arbeitsentgelt durch Dritte (§ 267 BGB).“

### e)

§ 143 Abs. 1 InsO-RegE sollte beginnen:

„ Eine Geldschuld ist nur zu verzinsen, soweit ...“.

Damit wird deutlich gemacht, dass der Zinslauf erst mit Erfüllung der folgenden Voraussetzungen beginnt.

### f)

In Art. 2 sollte die Überleitungsvorschrift des Art. 103 InsO dahingehend geändert werden, dass sich die Verzinsung von Insolvenzanfechtungsansprüchen, die in Altverfahren nach dem Datum des Inkrafttretens geltend gemacht werden, bereits nach § 143 InsO-RegE richtet. Ansonsten würde ein bisheriges Zuwarten mit der Anfechtung, um höhere Zinsen zu erzielen, in Altfällen zweckwidrig und ohne ersichtliche Rechtfertigung honoriert.

Andrej Wroblewski  
Frankfurt am Main, 23.02.2016