

doch einen derartigen Schutz ebenso wenig, wie (nicht der Durchsetzungsmacht der §§ 97 ff. InsO unterliegende) Angaben zur Zulässigkeit des Insolvenzantrags.<sup>39</sup> Zu Recht hat der Senat seiner Entscheidung – allerdings ohne Begründung<sup>40</sup> – die (mit dem Insolvenzantrag) vom Schuldner am 1.4.2005 gemachten (unwahren) Angaben über seine Vermögensverhältnisse (Rn. 4) als verwendbar ebenso zugrunde gelegt, wie sein nachfolgendes *Schweigen entgegen seiner Mitteilungspflichten* über das gesamte Verfahren hinweg.<sup>41</sup>

Interessant für die Praxis sind schließlich auch noch die Bemerkungen des Senats zur *Strafzumessung* (Rn. 29 f.): Eine Strafmilderung (Strafrahmenverschiebung bei Unterlassens-taten gem. § 13 Abs. 2 StGB) ist durch die Annahme einer „*einheitlichen Tat des Bankrotts*“ (Rn. 29) ausdrücklich ausgeschlossen. Die (zur Vermeidung von nicht zur Bewährung

auszusetzender Freiheitsstrafe – vorliegend 2 Jahre und 9 Monate trotz weitestgehender Befriedigung der Gläubiger, Quote = 95,5 %) in Wirtschaftsstrafsachen beliebte Verhängung einer *Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe* (§ 41 StGB) muss näher begründet werden, nicht aber das Unterlassen dieser Kumulation.

39 Richter (Fn. 2), § 76 Rn. 30.

40 Anhaltspunkte dafür, dass der Schuldner einer Verwendung seiner Angaben zugestimmt hat („... nur mit Zustimmung des Schuldners ...“ – § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO; vgl. zur praxisrelevanten Entbindung bei Unternehmensinsolvenzen Richter [Fn. 2], § 76 Rn. 30 ff.), finden sich in den Beschlussgründen nicht.

41 Richter (Fn. 2), § 76 Rn. 36.

## Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzanfechtungsrechts – Privilegien für Fiskus und Kassen im Deckmantel des Arbeitnehmerschutzes

von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenzrecht/Insolvenzverwalter Henning Sämisch, Hamburg\*

Die Bundesregierung hat am 29.9.2015 den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der InsO und nach dem Anfechtungsgesetz beschlossen.<sup>1</sup> Die Bundesregierung verfolgt u.a. das Ziel, Arbeitnehmer von Rechtsunsicherheiten zu entlasten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgingen.<sup>2</sup> Für Arbeitnehmer bestehe vor allem Ungewissheit, unter welchen Voraussetzungen verspätet gezahltes Arbeitsentgelt unter das grds. anfechtungsausschließende Bargeschäftsprivileg fällt.<sup>3</sup> Der RegE ist Gegenstand einer heftig geführten Kontroverse um die Reform des Insolvenzanfechtungsrechts zwischen den Polen Rechtssicherheit einerseits und Gläubigergleichbehandlung sowie Masseanreicherung andererseits. Die Zweifel sind auch nach der öffentlichen Anhörung im federführenden Rechtsausschuss nicht ausgeräumt. Die angehörten Sachverständigen haben insbesondere Bedenken gegen die intendierten Privilegien für Fiskus und Kassen angemeldet.<sup>4</sup> Der Beitrag untersucht die Neuregelungen des RegE im Hinblick auf die mit ihnen verbundenen Einschränkungen der Anfechtungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren. Die daraus resultierende Schmälerung der Insolvenzmasse und niedrigere Eröffnungsquoten haben schädliche Folgen für die Interessen der Arbeitnehmer. Damit stellt sich die Frage, ob hinter der Absichtserklärung, Arbeitnehmer zu schützen, nicht eigentlich andere Ziele verborgen werden sollen.

### I. Würdigung der Neuregelungen des RegE im Hinblick auf die Verkürzung der Anfechtungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren

#### 1. Einschränkung der Inkongruenzanfechtung (§ 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E)

In § 131 Abs. 1 InsO soll ein neuer Satz 2 eingefügt werden, der durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherungen und Befriedigungen von der Inkongruenzanfechtung ausschließt. Damit soll gewährleistet werden, dass Gläubiger, die lediglich von den im Gesetz vorgesehenen Zwangsmitteln Gebrauch machen, keine Inkongruenzanfechtung befürchten müssen.<sup>5</sup> Die nach h.L.<sup>6</sup> und Rechtsprechung<sup>7</sup> derzeit zulässige Anfechtung von im Wege der Vollstreckung erlangten Sicherungen und Befriedigungen sei nicht interessengerecht. Künftig soll hierfür der Nachweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, auch unter Zuhilfenahme der Vermutung des § 130 Abs. 2 InsO, erforderlich sein.<sup>8</sup> Der RegE geht über den RefE<sup>9</sup> insofern noch hinaus, als er für die Privilegierung von Voll-

\* Der Autor ist Rechtsanwalt, FAInsR und Insolvenzverwalter, [www.shmf.de](http://www.shmf.de), Hamburg. Dank gilt Herrn Tjark Pogoda, LL.B. für Recherche und Mitarbeit.

1 BT-Drucks. 18/7054.

2 BT-Drucks. 18/7054, S. 1.

3 BT-Drucks. 18/7054, S. 1.

4 DGB (Hayen), Stellungnahme, S. 2; Huber, Stellungnahme, S. 3 passim; BDI (Kurz), Stellungnahme, S. 1 passim; VID (Niering), Stellungnahme, S. 1 passim; DAV (Prager), Stellungnahme, S. 3 passim; Weiland, Stellungnahme, S. 2 f., 7 f.; IG Metall (Wroblewski), Stellungnahme, S. 3 (Stellungnahmen sämtlich abrufbar unter <http://www.bundestag.de/bundestag/aus-schuesse18/a06/anhoerungen/anfechtungen-nach-der-insolvenzordnung/404438>). Einigkeit bestand in der öffentlichen Anhörung lediglich hinsichtlich der Neufassung des § 143 InsO, mit der die Verzinsung des Rückgewähranspruchs von der zusätzlichen Voraussetzung des Schuldnerverzugs oder des § 291 BGB abhängig gemacht wird.

5 BT-Drucks. 18/7054, S. 17.

6 BGH, NJW 1997, 3445, 3446; BGH, ZInsO 2000, 333; BGH, ZInsO 2003, 372; BGH, ZInsO 2004, 385; BGH, ZInsO 2008, 374; OLG Schleswig, ZInsO 2003, 129; OLG Oldenburg, ZInsO 2005, 328 f.

7 MünchKomm-InsO/Kayser, § 131 Rn. 26; HK-InsO/Kreft, § 131 Rn. 13; Smid, DZWIR 2005, 414, 415.

8 BT-Drucks. 18/7054, S. 17.

9 Dokumentation, ZInsO 2015, 624; kritisch schon zu der eingeschränkten Privilegierung im RefE Huber, ZInsO 2015, 715.

streckungserwerb darauf verzichtet, dass dieser auf einem gerichtlichen Titel beruhen muss. Die Privilegierung schließt nunmehr auch sog. „Selbsttitulierer“ – Fiskus und Sozialversicherungsträger – ein.

Durch § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E wird so eine umfassende Privilegierung der Vollstreckungsgläubiger bewirkt. Dies bricht mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, die verlangt, durch Zwangsvollstreckung in der Krise erlangte Sondervorteile einzelner Gläubiger auszugleichen.<sup>10</sup> § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E befeuert auf diese Weise den Wettlauf der Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners.<sup>11</sup> Insbesondere steht zu befürchten, dass die durch die Neuregelung privilegierten „Selbsttitulierer“ versuchen, dem Schuldner kurz vor Verfahrenseröffnung das letztvorhandene Vermögen abzuverlangen, statt bei der Annahme eines Insolvenzgrundes rechtzeitig Insolvenzantrag zu stellen.<sup>12</sup> Durch § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E fiele die InsO gar hinter das Niveau der KO 1879 zurück.<sup>13</sup>

## 2. Änderung des § 133 InsO

### a) Verkürzung des Anfechtungszeitraums (§ 133 Abs. 2 InsO-E)

Die Vorsatzanfechtung von Rechtshandlungen, die einem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, ist nach § 133 Abs. 2 InsO-E auf den Zeitraum der letzten 4 Jahre vor Insolvenzantragsstellung beschränkt.

Die Verkürzung des Anfechtungszeitraums auf 4 Jahre in § 133 Abs. 2 InsO-E ist vor dem Hintergrund, dass gerade die Fälle, die auch nach der Begründung des RegE weiterhin der zehnjährigen Missbrauchskontrolle unterliegen sollen – z.B. Bankrotthandlungen und Vermögensverschiebungen<sup>14</sup> – oftmals als unverdächtig erscheinende Rechtsgeschäfte vollzogen werden, kritisch zu betrachten; denn Gestaltungen dieser Geschäfte als Kaufvertrag, Beratungsvertrag oder Gesellschaftsvertrag wären der Vorsatzanfechtung gem. § 133 Abs. 2 InsO-E entzogen.<sup>15</sup>

### b) Abschwächung der Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners (§ 133 Abs. 3 Satz 1 InsO-E)

Mit dem Ziel, die Planungssicherheit im Geschäftsverkehr zu erhöhen, schwächt § 133 Abs. 3 Satz 1 InsO-E die dem Insolvenzverwalter zugutekommende Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners ab. Bei kongruenten Deckungen soll es für die Vermutung der Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bedürfen. Bisher genügte die Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Dadurch werden einerseits Anfechtungsrisiken für Gläubiger reduziert. Andererseits bietet die drohende Zahlungsunfähigkeit einen zeitlich betrachtet längeren Anknüpfungspunkt für die Beweisführung des Insolvenzverwalters,<sup>16</sup> der ihm § 133 Abs. 3 Satz 1 InsO-E entzogen würde.

### c) Vermutungsregel bei Zahlungserleichterungen (§ 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E)

Die Abschwächung der Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners wird durch eine „Gegenvermutung“ ergänzt: Nach § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E ist zugunsten desjenigen Anfechtungsgegners, der mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, zu vermuten, dass er zzt. der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Der RegE beabsichtigt, die in Teilen der Wirtschaft verbreitete und bewährte Praxis, mit dem Schuldner bei vorübergehenden Liquiditätsschwierigkeiten einen Zahlungsaufschub oder Ratenzahlungen zu vereinbaren und diesem damit eine Art Überbrückungsfinanzierung zu gewähren, auf rechtssicheren Boden zu stellen.<sup>17</sup>

Dieses Anliegen ist zwar berechtigt; doch ist zu bedenken, dass § 133 InsO seine Funktion als Missbrauchskontrolle nur wirksam erfüllen kann, wenn die einmal erlangte Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht durch jede kleine Zahlungserleichterung beseitigt werden kann.<sup>18</sup> § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E eröffnet die Möglichkeit, die Kontrolle durch minimale Zahlungserleichterungen zu umgehen.<sup>19</sup>

## 3. Änderung des § 142 InsO-E

### a) Erfordernis der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Unlauterkeit der Rechtshandlung des Schuldners (§ 142 Abs. 1 InsO-E)

Für die Anfechtbarkeit eines Bargeschäfts soll es nach § 142 Abs. 1 InsO-E nicht mehr genügen, dass die Voraussetzungen des § 133 InsO erfüllt sind. Hinzukommen muss, dass der Schuldner unlauter handelte und der Anfechtungsgegner dies erkannte. Eine Rechtshandlung des Schuldners soll nach der Begründung des RegE dann unlauter sein, wenn sie bei Vornahme eines Bargeschäfts einen besonderen Unwert erkennen lässt.<sup>20</sup>

10 BGH, NJW 1997, 3445 (zu § 30 Nr. 2 KO); BGH, ZInsO 2006, 553.

11 Vgl. Stellungnahme des DAV, S. 5 („vorinsolvenzliche Zwangsvollstreckungsschlachten“).

12 Ganter, WM 2015, 2117, 2118; Dahl/Schmitz/Taras, ZInsO 2016, 20, 22.

13 § 28 KO 1879: „Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schultitel erlangt, oder dass dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.“

14 BT-Drucks. 18/7054, S. 10.

15 VID, Stellungnahme, S. 9.

16 Vgl. BGH, Urt. v. 21.1.2016 – IX ZR 84/13, ZInsO 2016, 448.

17 BT-Drucks. 18/7054, S. 18.

18 VID, Stellungnahme, S. 10.

19 Zu diesem Problemkreis Maier, ZInsO 2015, 2262.

20 BT-Drucks. 18/7054, 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 →

Die unscharfe neue Voraussetzung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Unlauterkeit der Rechtshandlung des Schuldners lädt zu Umgehungen der Missbrauchskontrolle des § 133 InsO durch Bargeschäfte ein. Durch die erhöhten Anforderungen an die Anfechtbarkeit von Bargeschäften wird die Vorschrift des § 133 InsO entwertet.

**b) Koppelung des Unmittelbarkeitszusammenhangs an die „Art der ausgetauschten Leistungen“ und die „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ (§ 142 Abs. 2 Satz 1 InsO-E)**

Um den im Rahmen des Bargeschäftseinwands erforderlichen unmittelbaren Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung zu bestimmen, sind nach § 142 Abs. 2 Satz 1 InsO die „Art der ausgetauschten Leistungen“ und die „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ zu berücksichtigen. Diese Auslegungsvorgabe ist offenbar von der Absicht getragen, die Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches im Vergleich zu der bisherigen Rechtsprechung zu erweitern. Dies könnte eine ausgeweitete Anwendung der Ausnahmeregelung des § 142 InsO mit sich bringen.<sup>21</sup>

**c) Arbeitsentgelt (§ 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E)**

Schließlich stellt § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E klar, dass ein enger zeitlicher Zusammenhang im Sinne des Unmittelbarkeitsanfordernisses gegeben ist, wenn der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt gewährt und der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Entgelts 3 Monate nicht übersteigt. Die Begründung des RegE gibt an, durch diese Vorschrift die Rechtssicherheit für Arbeitnehmer zu erhöhen und ihr Vertrauen darin zu stärken, dass sie Arbeitsentgelt, das sie spätestens 3 Monate nach der Arbeitsleistung erhalten haben, auch behalten dürfen.<sup>22</sup> Nach der Verkehrsanschauung stelle die Lohnzahlung durch den Arbeitgeber an den Arbeitnehmer für Arbeitsleistungen, die nicht mehr als 3 Monate zurückliegen, nicht die Tilgung eines Kredits dar, sondern sei Entgelt für die im engen zeitlichen Zusammenhang erbrachte Arbeit.<sup>23</sup>

Mit der Neuregelung des § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E ist vordergründig ein Gewinn an Rechtssicherheit für Arbeitnehmer, die eine Anfechtung der Lohnzahlungen ihres insolventen Arbeitgebers zu befürchten haben, verbunden. Allerdings bestätigt der RegE durch § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E lediglich die höchstrichterliche Rechtsprechung. Nach einer Entscheidung des BAG liegt bereits nach geltendem Recht grds. ein Bargeschäft vor, wenn der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden 3 Monaten erbrachte Arbeitsleistungen zahlt.<sup>24</sup> Überdies ist zu bemerken, dass die Anfechtung von Lohnzahlungen gegenüber Arbeitnehmern schon vor der Entscheidung des BAG keine allzu häufige Fallgestaltung darstellte. Für die Zeit vor 2009 berichtete der DGB von insgesamt zehn bekannten Verfahren.<sup>25</sup>

Bei genauerer Betrachtung wird deutlich, dass der RegE mit § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E nicht nur Arbeitnehmer, sondern gerade auch institutionelle Gläubiger in den Genuss des Bar-

geschäftseinwands kommen lassen möchte. Ausweislich der Begründung des RegE ist der Begriff des „Arbeitsentgelts“ i.S.d. § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E im sozialversicherungsrechtlichen Sinne zu verstehen.<sup>26</sup> Die Definition des Arbeitsentgelts in § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV umfasst die Lohnsteuer<sup>27</sup> und nach verschiedenen Stimmen in der Literatur auch die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung.<sup>28</sup> Somit erweist sich § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E weniger als Schutzvorschrift für Arbeitnehmer, sondern vielmehr als Privileg für Fiskus und Sozialversicherungsträger „durch die Hintertür“. Auf diese Weise ist der Gesetzgeber bereits vor einigen Jahren mit der Änderung des § 28e Abs. 1 SGB IV vorgegangen, mit der ebenfalls die Anfechtung der Zahlung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung verhindert werden sollte.<sup>29</sup> Der BGH ist dem richtigerweise nicht gefolgt.<sup>30</sup> Diese Erweiterung des Bargeschäftsprivilegs würde zu einer erheblichen Verringerung der nach § 133 InsO gegenüber Fiskus und Kassen ausgebrachten Anfechtungen führen, da die Zahlungen an diese Gläubiger nach § 142 Abs. 1 InsO-E wohl nicht als unlauter zu betrachten wären. Zudem würden auch Anfechtungen nach §§ 130, 131 InsO ausscheiden, soweit die Zahlungen an Fiskus und Kassen innerhalb von 3 Monaten nach Arbeitsleistung erfolgt wären. Möchte man die Rechtsprechung des BAG in Gesetzesform gießen, um die seltene – wenngleich im Einzelfall eine u.U. existenzbedrohende Härte bedeutende – Anfechtung der Zahlung von Löhnen für in den vorhergehenden 3 Monaten erbrachte Arbeitsleistungen gegenüber Arbeitnehmern zu verhindern, würde es genügen, § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E auf den Nettoarbeitslohn zu beschränken. Zudem dürfte auch ohne Gesetzesänderung in Kenntnis der BAG-Rechtsprechung kein Insolvenzverwalter Lohnzahlungen anfechten. Er würde sich abgesehen von krassen Ausnahmefällen Schadensersatzpflichtig machen.

#### 4. Zwischenfazit

Insofern als § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E die Rechtsprechung des BAG aufnimmt, nach der grds. ein Bargeschäft vorliegt,

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“.

21 VID, Stellungnahme, S. 10.

22 BT-Drucks. 18/7054, S. 20.

23 BT-Drucks. 18/7054, S. 20.

24 BAG, Urt. v. 6.10.2011 – 6 AZR 262/10, ZInsO 2012, 37 Rn. 16 ff. Freilich löst § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E die Uneinigkeit, die zwischen BAG und BGH in dieser Frage besteht, auf. Der BGH entschied, dass nur Lohnzahlungen eines insolventen Arbeitgebers, die binnen 30 Tagen nach Fälligkeit bewirkt werden, das Bargeschäftsprivileg genießen (BGH, Urt. v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZInsO 2014, 1602 Rn. 31).

25 BT-Drucks. 16/11928, S. 4.

26 BT-Drucks. 18/7054, S. 20.

27 Ziegemeier, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 14 SGB IV Rn. 64.

28 Hauck/Noftz/Knospe, SGB IV, § 14 Rn. 21 f.; jurisPK-SGB IV/Werner, § 14 Rn. 57 m.w.N.; Schlegel, FS 50 Jahre BSG, S. 265 f.; a.A. Ziegemeier (Fn. 27), § 14 SGB IV Rn. 64; LPK-SGB IV/Vor, 1. Aufl., § 14 Rn. 9.

29 BR-Drucks. 746/07 v. 9.11.2007; BT-Drucks. 743/07; BT-Drucks. 16/6540; dazu Blank, ZInsO 2008, 1 ff.

30 BGH, ZInsO 2009, 2293; BGH, ZInsO 2011, 916.

wenn der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden 3 Monaten erbrachte Arbeitsleistungen zahlt, verbessert der RegE die Rechtssicherheit für Arbeitnehmer. I.Ü. ist bei einer kritischen Gesamtschau der Neuregelungen des RegE zu konstatieren, dass die Anfechtungsmöglichkeiten erheblich verkürzt werden. Zu betonen ist insbesondere die Privilegierung von Vollstreckungserwerb – nunmehr auch für „Selbsttitulierer“ – (§ 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E), die Verkürzung der Anfechtungsfrist bei Vorsatzanfechtungen auf 4 Jahre (§ 133 Abs. 2 InsO-E) und die Privilegierung von Fiskus und Kassen durch § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E. Der RegE stellt die Errungenschaft des gegenüber der KO verschärften Anfechtungsrechts der InsO infrage.<sup>31</sup> Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, hat diese Schwächung des Instituts der Insolvenzanfechtung verheerende rechtstatsächliche Folgen für Arbeitnehmer.

## II. Rechtstatsächliche Folgewirkungen der „gestutzten“ Anfechtungsvorschriften auf Arbeitnehmer

### 1. Geringere Eröffnungsquoten

Ein wesentlicher Teil, ca. 20 %, der Masseanteile in Regelinsolvenzverfahren resultiert aus Anfechtungsansprüchen.<sup>32</sup> In kleinen Regelinsolvenzen, die den weit überwiegenden Teil aller Unternehmensinsolvenzen ausmachen, liegt dieser Anteil tendenziell noch deutlich höher. Durch die Beschränkung der Anfechtungstatbestände, wie sie im RegE vorgesehen ist, werden diese Zuflüsse der Insolvenzmasse entzogen. Die bei der Eröffnungsentscheidung zu prognostizierende Masse wird sich mit den Verfahrenskosten häufiger nicht die Waage halten können. Die Gerichte würden dann gezwungen sein, den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens abzulehnen (§ 26 Abs. 1 InsO). Es steht zu befürchten, dass die Eröffnungsquoten von derzeit ca. 66 % (2014) auf das Niveau vor der großen Insolvenzsrechtsreform, die u.a. eine Verschärfung der Anfechtungstatbestände zur Überwindung der Massearmut zum Gegenstand hatte,<sup>33</sup> zurückfallen (36 % im Jahre 1998).<sup>34</sup>

a) Gelangen beantragte Insolvenzverfahren gar nicht erst zur Eröffnung, scheidet eine geregelte Sanierung des Unternehmens über das Insolvenzverfahren (vgl. § 1 Satz 1 InsO) von Anfang an aus. Sanierung bedeutet mit dem Unternehmenserhalt vor allem Arbeitsplatzerhalt – insbesondere auch sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung. So werden die Arbeitsplätze von Arbeitnehmern, die von einer Insolvenz ihres Arbeitgebers betroffen sind, gefährdet. Zu der Frage, in welchem Umfang rückläufige Eröffnungsquoten den Erhalt von Arbeitsplätzen vereiteln, finden sich direkt keine empirischen Daten. Gewichtige Anhaltspunkte lassen sich allerdings einzelnen Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes entnehmen. In Unternehmensinsolvenzverfahren, die im Jahr 2009 eröffnet wurden und bis zum 31.12.2013 abgeschlossen wurden, ist es durch Sanierungserfolge gelungen, 36.349 Arbeitsplätze zu sichern.<sup>35</sup> Ginge die Eröffnungsquote infolge der Schwächung des Anfechtungsrechts um etwa die Hälfte zurück – angesichts der Eröffnungsquoten unter Geltung der KO keine abwegige Prognose –, müss-

te man damit rechnen, dass mindestens 1/3 weniger Arbeitsplätze gesichert werden können. Im Zeitraum 2009 – 2013 wären 12.000 Arbeitsplätze verloren gegangen. Im Jahr 2014 waren an der Zahl 126.681 Arbeitnehmer von einer Insolvenz ihres Arbeitgebers betroffen,<sup>36</sup> sodass auch für die Zukunft ein beträchtlicher Arbeitsplatzverlust zu besorgen ist.

Erschwerend kommen Fehlanreize hinzu, die durch die Anfechtungssicherheit von Vollstreckungserwerb der „Selbsttitulierer“ geschaffen werden. Sie müssen eine Anfechtung nicht mehr fürchten, wenn sie dem Schuldner in der Krise das letztvorhandene Vermögen im Wege der Einzelzwangsvollstreckung abverlangen. Die Einzelzwangsvollstreckung ist in der Konsequenz wesentlich attraktiver, als bei Krisenanzeichen frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen. Dieses Vorgehen kann man weder Fiskus noch Kassen zum Vorwurf machen, entspricht es doch ihrem gesetzlichen Auftrag, Steuer- bzw. Beitragsrückstände einzuziehen. Durch die auf diese Weise verursachte zeitliche Verschleppung der Verfahrenseröffnungen werden die Sanierungschancen zusätzlich geschwächt. Dieser Effekt wird auch nicht durch die Änderung des § 14 InsO kompensiert. Die Privilegierung von Fiskus und Kassen führt aus diesen Gründen zum Verlust von Arbeitsplätzen.

b) Selbst in Fällen, in denen die Insolvenzmasse gerade dazu reicht, die Verfahrenskosten zu decken, eine Sanierung des Unternehmens aber nicht mehr möglich ist (sog. Ordnungsverfahren), liegt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Interesse der Arbeitnehmer. Für sie ist der Insolvenzverwalter als kompetenter Ansprechpartner in Bezug auf Arbeitszeugnisse, Verdienstbescheinigungen, Rentenbescheinigungen etc. wichtig.

### 2. Schmälerung der Insolvenzmasse im eröffneten Verfahren

a) Auch in Verfahren, die trotz der Verkürzung der Anfechtungstatbestände zur Eröffnung gelangen, stehen weniger finanzielle Mittel für die Sanierung des Unternehmens zur Verfügung. Der Kündigungsschutz, der in der Insolvenz des Arbeitgebers fortwirkt,<sup>37</sup> läuft leer, wo eine Sanierung wegen fehlender Mittel unmöglich wird.

b) Die arbeitnehmerschützenden Regelungen zum Betriebsübergang (§ 613a BGB) gelten auch in der Insolvenz.<sup>38</sup> Sie sollen über den Kündigungsschutz hinaus den sozialen Status

31 Zum RefE *Sämisch*, ZInsO 2015, 1658.

32 *Frind*, ZInsO 2015, 1001, 1004.

33 *Sämisch*, ZInsO 2015, 1658.

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

35 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung v. 29.4.2016 – 150/16, S. 3.

36 Statistisches Bundesamt Wiesbaden.

37 BAG, NJW 1983, 1341; beachte aber § 113 InsO zur Kündigung eines Dienstverhältnisses bei Insolvenz des Dienstberechtigten.

38 NK-ArbR/*Karhaus/Richter*, § 613a BGB Rn. 266.

der Arbeitnehmer im Hinblick auf Gehalt, Betriebszugehörigkeit etc. erhalten.<sup>39</sup> Wird einer Sanierung die finanzielle Grundlage entzogen, sind Arbeitnehmer nicht nur einem Verlust des Arbeitsplatzes ausgesetzt, sondern müssen bei einem neuen Arbeitgeber in Bezug auf Betriebszugehörigkeit und Kündigungsschutz bei Null anfangen.

c) Löhne sind nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst bei einer Betriebseinstellung als Masseverbindlichkeiten (§ 55 InsO) vorrangig zu bezahlen. Das hilft selbstverständlich nur soweit eine genügende Insolvenzmasse vorhanden ist. Wird diese durch die Privilegierung von Kassen und Fiskus geschmälert, kommt es zur Masseunzulänglichkeit (§§ 208, 209 InsO). Die Arbeitnehmer erhalten dann keine Gehaltszahlungen, sondern Arbeitslosengeld.

d) Ähnliches gilt für die Ansprüche aus einem Sozialplan, die trotz ihrer betragsmäßigen Begrenzung als Masseverbindlichkeit gem. § 123 Abs. 2 InsO im Insolvenzverfahren Priorität genießen. Vor einer Verteilung der Insolvenzmasse an die Gläubiger wird bis zu 1/3 der zur Verteilung stehenden Insolvenzmasse auf den Sozialplan und damit an die vom Arbeitsplatzverlust betroffenen Arbeitnehmer gezahlt. Auch dieses Instrument kann dort nicht greifen, wo keine ausreichende Insolvenzmasse vorhanden ist.

e) Schließlich würde durch die Schmälderung der Insolvenzmasse ein weiteres Mittel zum Unternehmenserhalt einerseits und zum sozial verträglichen Personalabbau andererseits beeinträchtigt. Der zwingend erforderliche Finanzierungsbeitrag der Insolvenzmasse zu sog. Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften (BQG) wird bei weniger Mitteln häufig nicht mehr möglich sein. Alternative Wege der Personalanpassung und die Abfederung der finanziellen Nachteile für die betroffenen Arbeitnehmer über BQG scheiden dann aus.

### III. Schlussbemerkungen

Die Neuregelungen des RegE erweisen sich als eine erhebliche Schwächung des Instituts der Insolvenzanfechtung zugunsten einer Privilegierung institutioneller Gläubiger. Dadurch setzt sich der RegE in Widerspruch zu dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes, das er ausweislich seiner Begründung verfolgen soll. Die Verkürzung der Anfechtungsmöglichkeiten führt zu niedrigeren Eröffnungsquoten und hindert durch Fehlanreize die rechtzeitige Stellung von Insolvenzanträgen. Auf diese Weise werden Sanierungserfolge und damit Arbeitsplätze gefährdet. Zudem hat die Schwächung der Insolvenzanfechtung eine Schmälderung der Insolvenzmasse im eröffneten Verfahren zur Folge. Arbeitnehmerschützende Vorschriften zum Kündigungsschutz und Betriebsübergang laufen leer, wo finanzielle Mittel für eine Sanierung fehlen. Löhne können aus der Insolvenzmasse nicht mehr gezahlt werden. Dasselbe gilt für Ansprüche aus Sozialplänen und Finanzierungsbeiträge für BQG. Zudem können infolge niedrigerer Eröffnungsquoten weniger Ordnungsverfahren durchgeführt werden. Den Arbeitnehmern fehlt der Insolvenzverwalter in diesen Fällen als Ansprechpartner für ihre Anliegen (Arbeitszeugnisse, Verdienstbescheinigungen, Rentenbescheinigungen etc.). Ein Gesetz, das seinem formulierten Ziel zuwiderläuft, ist vor dem Hintergrund des Gebots der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung<sup>40</sup> verfassungsrechtlich bedenklich. Die Legislative sollte den weiteren Gang des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens daher zum Anlass nehmen, die im RegE vorgesehenen Neuregelungen im Hinblick auf Arbeitnehmerinteressen kritisch zu überprüfen.

39 NK-ArbR/Karhaus/Richter, § 613a BGB Rn. 1.

40 BVerfGE 98, 106.

## Verschulden eines beauftragten Prozessanwalts wirkt wie eigenes Verschulden des beauftragenden Insolvenzverwalters

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3. 3. 2016 – IX ZR 119/15, ZInsO 2016, 687

von Rechtsanwältin Dr. Christoph Alexander Jacobi, Leipzig

### I. Sachverhalt

Der Insolvenzverwalter ist Beklagter; der Kläger ist Insolvenzgläubiger aus einem vormaligen Verfahren mit einer festgestellten Insolvenzforderung i.H.v. 62.765,60 €.

Der Kläger wirft dem vormaligen Insolvenzverwalter vor, eine zur Masse gehörende Forderung nicht bzw. nicht ordnungsgemäß verwertet zu haben:

- Der Verwalter beauftragte einen Prozessanwalt (aus eigener Kanzlei), der gegen die Drittschuldnerin ein Veräußerungsurteil mit Datum v. 4.2.2010 erwirkte.

- Fruchtlöse Vollstreckungsversuche folgten; anschließend wurde ein Antrag v. 19.11.2010 auf Eintragung einer Zwangssicherungshypothek infolge eines Hinweises des Verwalters gefertigt, wonach unbelastetes Immobilienvermögen bestehe. Auf Anfrage des Prozessanwalts v. 18.3.2011 ergab sich, dass dieser Antrag nicht beim Gericht eingegangen war.
- Es wurde von dem Prozessanwalt daher ein neuer Antrag gestellt mit Datum v. 21.3.2011, wiederum auf Eintragung einer Zwangssicherungshypothek. Dieser Antrag führte zur Eintragung der Sicherheit.