

## Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der InsO und dem AnfG – ein Angriff auf die Errungenschaften der InsO 1999?

von Rechtsanwält/Fachanwält für Insolvenzrecht und Insolvenzverwalter Henning Sämisch, Hamburg\*

Mit dem am 16.3.2015 veröffentlichten RefE eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der InsO und dem AnfG des BMJV<sup>1</sup> ist bekanntermaßen geplant, das Anfechtungsrecht im Interesse der Rechtssicherheit und dem Schutz kleiner und mittelständischer Unternehmen sowie der Arbeitnehmer zu reformieren. Der folgende Beitrag setzt sich mit den geplanten Änderungen vor dem Hintergrund der historischen Rolle des Anfechtungsrechts auseinander und bewertet diese abschließend kritisch im Hinblick auf deren rechtspraktischen Auswirkungen.

### I. Anfechtungsvorschriften in der KO von 1879

#### 1. Entstehungsgeschichte der KO

Die KO trat als eines der sog. „Reichsjustizgesetze“ am 1.10.1879 in Kraft.<sup>2</sup> Vorläufer und Vorbilder waren u.a. die Preußische KO von 1855 und das 5. Buch der Bayerischen Prozessordnung von 1869. Auf Veranlassung des Bundesrats entwarfen *Franz Förster* und *Carl Hagens* im Preußischen Justizministerium auf Grundlage der Preußischen KO die Vorlage einer KO. Dieser Entwurf war in der Folge zunächst Gegenstand der Beratungen einer Bundesratskommission. Nach der Weiterleitung an den Reichstag wurde die KO 1876 verabschiedet.

#### 2. Anfechtungsrecht der KO

Bereits die KO 1879 enthielt Anfechtungsvorschriften. Nach dem Grundsatz des § 22 KO waren Rechtshandlungen anfechtbar, die vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen worden sind, wenn ein Anfechtungsgrund vorlag.

§ 23 Nr. 1, 1. HS KO normierte die Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften, die der Schuldner nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag eingegangen ist. Dazu musste dem anderen Teil die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt gewesen sein. Gleiches gilt nach § 23 Nr. 2, 2. HS KO für die Anfechtungen von Rechtshandlungen, die einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährten.

Einschränkend zu § 23 Nr. 1 KO bestimmte § 27 KO, dass Wechselzahlungen des Schuldners von dem Empfänger nicht zurückgefordert werden konnten, wenn dieser nach Wechselrecht bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war.

Nach § 23 Nr. 2 KO waren Rechtshandlungen anfechtbar, die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag oder innerhalb der letzten 10 Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erfolgten und einem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte (Inkongruenz). Der Anfechtungsgegner

konnte dem Rückgewähranspruch entgehen, indem er bewies, dass ihm zzt. der Vornahme der Rechtshandlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag noch eine Absicht des Schuldners, ihn den anderen Gläubigern gegenüber zu bevorzugen, bekannt war.

§ 24 Nr. 1 KO sah die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen vor, die der Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. Voraussetzung dazu war die Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners. Gem. § 24 Nr. 2 KO unterlagen auch im letzten Jahr vor der Verfahrenseröffnung entgeltliche Verträge des Schuldners mit den dort bezeichneten ihm nahestehenden Personen der Anfechtbarkeit. Jeweils kam es auf eine Gläubigerbenachteiligung an. Der Anfechtungsgegner trug die Beweislast hinsichtlich seiner Unkenntnis von der Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen.

Anfechtbar waren auch im letzten Jahr vor der Verfahrenseröffnung von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern diese nicht lediglich gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstand hatten (§ 25 Nr. 1 KO), und die in den letzten 2 Jahren vor Verfahrenseröffnung vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen des Schuldners zugunsten seines Ehegatten (§ 25 Nr. 2 KO).

Nach § 26 KO konnten Rechtshandlungen, die früher als 6 Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, aus dem Grund der Kenntnis der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.

Nach § 28 KO war der Vollstreckungserwerb ausdrücklich anfechtbar.<sup>3</sup> Die Anfechtung ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass die „anzufechtende Rechtshandlung ... durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrests erwirkt worden ist.“

\* Rechtsanwält, Fachanwält für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, [www.shnf.de](http://www.shnf.de), Hamburg. Dank gilt Herrn stud. jur (Bucerius Law School) *Tjark Pogoda* für Recherche und Mitarbeit. *Tjark Pogoda* ist Wiss. Mitarbeiter in der Kanzlei SHNF.

1 Dokumentation ZInsO 2015, 624.

2 Vgl. zur Gesetzesgeschichte, MünchKomm-InsO/*Stürner*, Einl. Rn. 26 ff.

3 Vgl. *Hahn*, Materialien IV, S. 129, 136.

Rechtsfolge der Anfechtung war nach § 30 KO die Pflicht des Empfängers, das Erhaltene an die Konkursmasse zurück zu gewähren. Den gutgläubigen Empfänger traf diese Pflicht jedoch nur, soweit er durch die Leistung des Schuldners bereichert war. Im Gegenzug war nach § 31 KO die Gegenleistung durch aus der Konkursmasse zu erbringen, soweit die Konkursmasse um den Wert der Gegenleistung bereichert war. Die Forderung des Anfechtungsgegners gegen den Schuldner lebt wieder auf, wenn er das Empfangene zurückgewährt (§ 32 KO).

§ 33 KO ordnete an, dass eine gegen den Erblasser begründete Anfechtung gegen den Erben stattfindet.

Schließlich sah § 34 KO eine Verjährung der Anfechtungsansprüche innerhalb der Frist von einem Jahr vor.

## II. Änderungen des Anfechtungsrechts der KO bis zum Inkrafttreten der InsO

Bis zum Außerkrafttreten der KO gab es keine wesentlichen Änderungen im Insolvenzanfechtungsrecht.

Mit der Konkursnovelle von 1898<sup>4</sup> änderte der Gesetzgeber die in § 34 der KO von 1879 als Verjährungsfrist ausgestaltete einjährige Anfechtungsfrist in eine Ausschlussfrist um (§ 41 Abs. 1 KO). Dies beruhte auf dem damalig vorherrschenden Verständnis des Anfechtungsrechts als Gestaltungsrecht. Die Ausübung des Anfechtungsrechts habe die Unwirksamkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts zur Folge. Da sich diese Ansicht nicht durchgesetzt hat, war es nur folgerichtig in § 146 Abs. 1 InsO zur Verjährungsfrist zurückzukehren.<sup>5</sup> In der Konkursnovelle von 1898 wurde zudem die Anfechtungsfrist für die Absichtsanfechtung auf 30 Jahre (!) verlängert (§ 41 Abs. 1 Satz 3 KO).

Mit Wirkung zum 1.1.1981 wurde mit der GmbHG-Novelle 1980 die Anfechtbarkeit der Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen in dem neuen § 32a KO normiert, die auch der dreißigjährigen Anfechtungsfrist des § 41 Abs. 1 Satz 3 KO unterlagen.<sup>6</sup>

## III. Anfechtungsvorschriften in der Insolvenzrechtsreform zwischen 1978 und 1999

### 1. Konkurs des Konkurses

#### a) Empirischer Befund

Zu Zeiten von wirtschaftlichem Null-Wachstum und Strukturkrisen in der Folge der Ölkrise von 1973 stieg der Druck auf das damalige deutsche Konkursrecht,<sup>7</sup> in dem sich schon seit geraumer Zeit erhebliche Probleme andeuteten. § 107 KO sah vor, dass ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abzulehnen ist, wenn nicht ausreichend Masse vorhanden ist, um die nach § 58 Nr. 1 und 2 KO erforderlichen Kosten zu decken. Spiegelbildlich dazu ordnete § 204 KO an, dass ein Verfahren einzustellen ist, sobald Masse-

unzulänglichkeit ersichtlich ist. Diese beiden Vorschriften gelangten aufgrund einiger struktureller Defizite der damals geltenden KO zu einer bedauernswerten Prominenz in der Insolvenzpraxis. So wurden im Jahr 1972 52 %<sup>8</sup> aller Konkursanträge im Bereich der gewerblichen Insolvenzen auf Grundlage des § 107 KO abgelehnt. 1966 betrug der Anteil der Anträge, die aus Gründen der Masseunzulänglichkeit abgelehnt wurden, noch 31 %. Noch drastischer wird der Befund, wenn man nicht nur den gewerblichen Konkurs betrachtet. Blickt man auf die Gesamtheit der im Jahr 1974 gestellten Konkursanträge, so wurden 52,6 % nach § 107 KO abgelehnt. Bezieht man zusätzlich jene Verfahren in die Rechnung mit ein, die nach § 204 KO eingestellt wurden, ergibt sich ein Anteil von 62,5 % an sämtlichen Konkursen, die wegen Massearmut nicht zu einem Abschluss gebracht oder gar nicht erst eröffnet werden konnten. 1972 waren 63 % aller Konkurse masselos.<sup>9</sup> Nichtprivilegierte Gläubiger konnten im Jahr 1972 durchschnittlich nur mit einer verschwindend geringen Deckungsquote von 3,2 % rechnen.<sup>10</sup> Akkumuliert ergaben sich für 1972 Konkursverluste von 256 Mio. DM.<sup>11</sup> Im Angesicht dieser Zahlen war damit mit *Kilger* das Unvermögen der KO, seine Aufgabe zu erfüllen, zu konstatieren.<sup>12</sup>

#### b) Ursachen des Konkurses des Konkurses

Die Ursachen der zuvor beschriebenen „Pleite in der Pleite“ sind in der Struktur der KO sowie in dem „Gesetzgeber und vielen Richtern abhanden gekommenen Bewusstsein, dass das Insolvenzverfahren als Institut der Generalzwangsvollstreckung der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger zu dienen hat“<sup>13</sup> zu suchen.

Dieses abhandengekommene Bewusstsein äußerte sich nicht zuletzt darin, dass sich findige Gläubiger durch vielfältige Gestaltungen – Verarbeitungsklauseln, Vorausabtretungen, Konzernvorbehalte, Raumsicherungsverträge, Globalzessionen etc. pp. – bereits vor Verfahrenseröffnung „konkursfeste“ Sicherungen an dem schuldnerischen Vermögen einräumen ließen.<sup>14</sup>

Besonders hervorzuheben ist jedoch auch die Sonderrolle von Fiskus und Sozialversicherungsträgern. Diese beiden

4 RGBl. 1898, S. 612.

5 Begr. RegE, in: Kübler/Prütting, RWS-Dok. 18, 2. Aufl., S. 364; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 146 Rn. 1B.

6 BGBl. I 1980, S. 836, 848.

7 *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 8, Rn. 1.

8 Zahlen entnommen aus der Fachserie I „Geld + Kredit“ des Statistischen Bundesamts.

9 Fachserie I „Geld + Kredit“ des Statistischen Bundesamts, Reihe 3, „Zahlungsschwierigkeiten“, 1974, S. 361.

10 Fachserie I „Geld + Kredit“ des Statistischen Bundesamts, Reihe 3, „Zahlungsschwierigkeiten“, 1973, S. 23.

11 Fachserie I „Geld + Kredit“ des Statistischen Bundesamts, Reihe 3, „Zahlungsschwierigkeiten“, 1973, S. 25 f.

12 *Kilger*, KTS 1975, 142.

13 *Kilger*, KTS 1975, 142, 148.

14 Vgl. zu der Kautelarpraxis *Uhlenbruck*, NJW 1975, 897 ff.; *Kilger*, KTS 1975, 142, 148.

Gläubiger waren nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 e und 2 KO zur vorrangigen Befriedigung berechtigt.

Dem Insolvenzverwalter kam im Ergebnis nur noch die Rolle zu, auf Kosten der nichtgesicherten Gläubiger die Sicherungsrechte zu prüfen und zu bedienen, um im weiteren Verlauf die Einstellung des Verfahrens mangels ausreichender Masse anzuregen.<sup>15</sup> Der Grundsatz *par conditio creditorum* wurde damit fundamental unterlaufen. Das Konkursrecht wurde damit funktionsunfähig und konnte seiner Ordnungsfunktion nicht länger nachkommen. Es fehlte aber insbesondere auch an konturenscharfen und realitätsnahen Anfechtungstatbeständen.<sup>16</sup>

## 2. Kommission für Insolvenzrecht

### a) Leitgedanke der Kommission zum Anfechtungsrecht

Der Gesetzgeber war damit dazu aufgerufen, die Funktionsfähigkeit des Insolvenzrechts wiederherzustellen. Zur Vorbereitung einer groß angelegten Insolvenzrechtsreform wurde daher im Jahr 1978 durch den sozialdemokratischen Bundesjustizminister *Dr. Hans-Jochen Vogel* die Kommission für Insolvenzrecht ins Leben gerufen. Ein zentraler Gesichtspunkt der Kommissionsberichte war die Verbesserung der Anfechtungsmöglichkeiten, wie aus dem 1986 veröffentlichten ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht<sup>17</sup> hervorgeht.

Die Kommission für Insolvenzrecht folgert aus dem zuvor skizzierten „Konkurs des Konkurses“, dass das Insolvenzanfechtungsrecht die ihm zugewiesene Aufgabe nur unzureichend erfüllt. Diese Aufgabe besteht darin, den Bestand des schuldnerischen Vermögens insoweit zu restituieren, als es ermöglicht wird, in engem zeitlichen Zusammenhang mit Eintritt der Krise vorgenommene gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen rückabzuwickeln.<sup>18</sup>

Gestützt wird die Aussage der unzulänglichen Effektivität des Anfechtungsrechts der KO durch die Ergebnisse der im Vorfeld der Kommissionsarbeit durchgeführten rechtssoziologischen Studie „Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland“.<sup>19</sup> Demnach ist die mangelnde Durchsetzbarkeit von Anfechtungsansprüchen eine wesentliche Ursache der Massearmut vieler Konkurse. Dies erklärt sich nach Aussage der in der v.g. Studie befragten Konkursverwalter dadurch, dass die Kosten für die Durchführung von Anfechtungsprozessen aufgrund von Massearmut häufig nicht aufgebracht werden konnten. Erschwerend kamen zu kurze Anfechtungsfristen sowie Beweisschwierigkeiten hinzu.<sup>20</sup> Letztendlich konnte nur jeder zwanzigste Konkursverwalter behaupten, er habe keinerlei Schwierigkeiten bei der Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen.<sup>21</sup>

### b) Vorschläge der Kommission

Den zuvor beschriebenen Problemen entsprechend war es integraler Bestandteil der Reformagenda, die als „risikobe-

ladenes Abenteuer“ wahrgenommene Insolvenzanfechtung als wirksames Instrument zur Masseanreicherung zu (re-) etablieren.<sup>22</sup> Dazu gab die Kommission fünf Leitgedanken der Reform des Anfechtungsrechts vor:

1. Beseitigung subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen,
2. jedenfalls aber die Erleichterung des Nachweises subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen durch
  - a) Gleichstellung der vorwerfbaren Unkenntnis mit der Kenntnis der Krisentatsachen „Zahlungseinstellung“ und „Eröffnungsantrag“ oder
  - b) Umkehr der Beweislast zuungunsten des Anfechtungsgegners;
3. Verlängerung der Fristen in §§ 30 Nr. 2, 31 Nr. 2, 32, 41 Abs. 1 Satz 1 KO;
4. Einführung eines Verfahrens zur Feststellung des Zeitpunkts der Zahlungseinstellung (Zahlungsunfähigkeit);
5. redaktionelle Vereinfachung der z.T. schwer verständlichen Anfechtungstatbestände.

Die maßgeblichen Fristen zur Anfechtung gläubigerbenachteiligender Rechtshandlungen sollten fortan einheitlich vom ersten zulässigen und begründeten Eröffnungsantrag zurückgerechnet werden, um die Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich aus der Mehrzahl verschiedener Anknüpfungspunkte ergab.<sup>23</sup>

Für die Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckungen sollte das Prinzip *par conditio creditorum* den Prioritätsgrundsatz schon in einem Zeitraum von 3 Monaten vor dem Eröffnungsantrag ablösen, sobald Zahlungsunfähigkeit vorlag.<sup>24</sup> Auch wenn grds. der Gläubiger darauf vertrauen darf, die erhaltene geschuldete Leistung behalten zu dürfen, ist dieses Vertrauen nicht schutzwürdig, wenn er Kenntnis von der Krise des Schuldners hatte.<sup>25</sup> Dieser Grundsatz liegt insbesondere der Inkongruenzanfechtung zugrunde: „Ein Gläubiger, der eine ihm nicht zustehende Leistung erhält, muss Verdacht schöpfen, dass die Krise eingetreten ist oder unmittelbar bevorsteht.“<sup>26</sup> Dieser Gedanke mündet darin, dass Vollstreckungserwerb in der Krise notwendig als in-

15 Uhlenbruck, NJW 1975, 897.

16 Uhlenbruck, NJW 1975, 898.

17 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, publiziert durch das BMJ im RWS Verlag Köln, 1986.

18 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 399.

19 Gessner, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, 1978.

20 Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 38 f.

21 Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 215.

22 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 399.

23 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 401.

24 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 403.

25 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 403; übernommen in den RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 158.

26 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 406.

kongruent zu betrachten ist. Mit dem Eintritt der Krise steht dem Gläubiger nämlich kein Recht mehr zu, sich mithilfe des Prioritätsgrundsatzes der Einzelzwangsvollstreckung einen Sondervorteil gegenüber anderen Gläubigern zu verschaffen, weil der Prioritätsgrundsatz selbstverständlich der Gläubigergleichbehandlung weichen muss.<sup>27</sup> Schon der Einsatz staatlicher Zwangsmittel zur Umgehung der *par conditio creditorum* macht den Erwerb hier inkongruent.

Im Hinblick auf die subjektiven Voraussetzungen bei der Deckungsanfechtung sollte bereits die grob fahrlässige Unkenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners genügen.<sup>28</sup> Für die Anfechtung inkongruenter Deckungen innerhalb des letzten Monats vor dem Eröffnungsantrag und danach soll die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit gar unwiderleglich vermutet werden.<sup>29</sup>

Die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche der Schuldner mit dem Vorsatz, die Gläubiger zu benachteiligen, vornimmt, sollte in einer Frist von 30 Jahren (!) erfolgen können.<sup>30</sup> Zudem sollte in diesem Bereich die Beweisführung für den Insolvenzverwalter insofern erleichtert werden, als dass er nunmehr lediglich den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners zu beweisen haben sollte. Die Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Vorsatz des Schuldners wird vermutet, wenn der Insolvenzverwalter Kenntnis von der Benachteiligung der übrigen Gläubiger beweisen kann.<sup>31</sup>

### 3. Weiterer Verlauf der Insolvenzrechtsreform

1989 legte das BMJ einen RefE vor, 1992 beschloss die Bundesregierung den RegE einer InsO, die durch den Bundesrat und vor allem den Rechtsausschuss des Bundestages Änderungen erfuhr. So wurde zwar die noch von der Kommission für Insolvenzrecht angeregte Gleichstellung der positiven Kenntnis von den Krisentatsachen mit der grob fahrlässigen Unkenntnis im Rahmen der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen durch den Bundestag aufgegeben<sup>32</sup> und auch die Anfechtungsfrist von 30 Jahren für die Vorsatzanfechtung auf nunmehr nur 10 Jahre reduziert.<sup>33</sup> Doch hatte das zentrale Anliegen, die Funktionsfähigkeit des Insolvenzrechts durch eine verbesserte Masseanreicherung wiederherzustellen, bis zur endgültigen Verabschiedung der neuen InsO, die 1994 verabschiedet wurde und zum 1.1.1999 in Kraft trat, Bestand. Dementsprechend findet sich die Absichtsbekundung, das Anfechtungsrecht zu verschärfen, an exponierter Stelle auf dem Vorblatt der Gesetzesbegründung zur InsO 1999.<sup>34</sup> Die Gesetzesbegründung beschreibt die Notwendigkeit eines verschärften Anfechtungsrechts trefflich: „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.“<sup>35</sup>

Zu Recht wird daher die Verschärfung der Insolvenzanfechtung im Interesse der Masseanreicherung und Gläubigergleichbehandlung als wesentliche Errungenschaft der Insolvenzrechtsreform 1999 bewertet.<sup>36</sup>

## IV. Referentenentwurf vom 16.3.2015

### 1. Entstehungsgeschichte und Motivationen

Der nun vorliegende RefE ist einzuordnen in eine Linie mit vorwiegend seit dem Jahr 2005 angestrebten Versuchen, das Anfechtungsrecht im Sinne der Durchsetzung gruppenspezifischer Interessen zu „reformieren“.<sup>37</sup> Anzuführen ist in diesem Zusammenhang bspw. der „Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ aus dem Jahr 2006, der vorsah, den Vollstreckungserwerb aus dem Anwendungsbereich der Inkongruenzanfechtung auszuschließen.<sup>38</sup> Durch die Änderung des § 28e Abs. 1 SGB IV wollte man die Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherungsbeiträge unanfechtbar gestalten.<sup>39</sup> Dem ist der BGH allerdings nicht gefolgt.<sup>40</sup> Im Wege des Haushaltsbegleitgesetzes aus dem Jahr 2011 sollte das Fiskusprivileg wiedereingeführt werden,<sup>41</sup> was letztlich aufgrund heftiger Kritik<sup>42</sup> unterblieb.

Im Koalitionsvertrag der Bundesregierung v. 27.11.2013 findet sich bekanntermaßen erneut die Absicht, das Insolvenzanfechtungsrecht „auf den Prüfstand zu stellen“, um die Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr sowie das Vertrauen auf die Beständigkeit des Arbeitslohns zu schützen.<sup>43</sup> Das vorläufige Ergebnis dieser Überprüfung liegt nun in Form des RefE vor.<sup>44</sup> Der RefE beruft sich dabei auf die

27 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 408; so auch BGHZ 136, 309, 312 ff.

28 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 404, 405, 407.

29 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 407.

30 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 417.

31 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 418.

32 Begr. Rechtsausschuss, in: Kübler/Prütting, RWS-Dok. 18, 2. Aufl., S. 342, 347.

33 Begr. Rechtsausschuss, in: Kübler/Prütting, RWS-Dok. 18, 2. Aufl., S. 349.

34 BT-Drucks. 12/2443, Vorblatt unter B 3.

35 BT-Drucks. 12/2443, S. 82.

36 BGH, ZInsO 2014, 1602 Rn. 25; Kayser, NJW 2014, 422; Gehrlein, NZI 2014, 481; Bork, ZIP 2014, 797; Huber, ZInsO 2013, 1049, 1051, 1054; ders., ZInsO 2015, 713, 715.

37 Dazu Huber, ZInsO 2015, 713.

38 Vgl. Huber, ZIP 2007, 501.

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

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

41 Beschluss der Bundesregierung v. 5.11.2009, ZInsO 25/2010, II.

42 ZIP 2010, 1317; Bauer, ZInsO 2010, 1917; Stapper, ZInsO 2010, 1880; Kahlert, ZIP 2010, 1887.

43 Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD, S. 25.

44 Vgl. die kritische Bestandsaufnahme der Motive des Entwurfs bei Hölzle, ZIP 2015, 662.

Stellungnahme von Wirtschaftsverbänden,<sup>45</sup> deren Interessengruppen durch das geltende Anfechtungsrecht mit „unverhältnismäßigen und unkalkulierbaren Risiken“ belastet seien.<sup>46</sup> Glücklicherweise sind die zunächst ausgearbeiteten Eckpunkte zum Anfechtungsrecht nicht in einem Schnellschuss in die InsO eingefügt worden, sondern es findet ein reguläres Gesetzgebungsverfahren mit den entsprechenden Anhörungen in den Ausschüssen statt.

## 2. Vorgeschlagene Änderungen im Einzelnen

Gesetzgeberischer Anspruch der gegenständlichen Insolvenzrechtsreform ist es laut der Begründung des RefE nicht, die bestehende Regelungssystematik des Anfechtungsrechts grundlegend zu ändern. Vielmehr seien lediglich punktuelle Neujustierungen im Interesse der Rechtssicherheit und zum Schutze von Arbeitnehmern angezeigt.<sup>47</sup> Im folgenden sei auf einige Programmpunkte des RefE eingegangen, die sich jeweils daran messen lassen müssen, nicht die Grundfesten des bestehenden Anfechtungsrechts zu berühren.

### a) Änderung des § 131 InsO

In § 131 Abs. 1 InsO soll ein neuer Satz 2 eingefügt werden, der durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung und Befriedigung aus dem Tatbestand der Inkongruenzanfechtung ausschließen möchte. Damit sollen Gläubiger, der RefE nennt dabei namentlich kleine und mittelständische Unternehmen sowie Arbeitnehmer, geschützt werden, die bereits Aufwand und Kosten einer gerichtlichen und vollstreckungsrechtlichen Durchsetzung ihrer Ansprüche auf sich genommen haben. Die nach h.L. und Rechtsprechung 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. Eine Deckung sei nicht bereits deshalb als inkongruent zu betrachten, weil sie aufgrund eines gerichtlichen Titels erlangt worden ist. Die Herausnahme vollstreckungsrechtlich erlangter Deckungen aus der Inkongruenzanfechtung beschränkt sich allerdings auf solche Deckungen, die auf der Basis eines gerichtlichen Titels erlangt wurden. Anfechtbar bleiben damit grds. Deckungen, die von Gläubigern erlangt wurden, die ihren Titel selbst schaffen, insbesondere also Sozialversicherungsträger und Fiskus. Nach § 66 Abs. 4 SGB X haben allerdings die Sozialversicherungsträger auch die Möglichkeit, sich der Vollstreckungsgerichte zu bedienen.

Im Ergebnis bedeutet der § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E damit eine umfassende Privilegierung der Vollstreckungsgläubiger. Dies bricht mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, die auch verlangt, durch Zwangsvollstreckung erlangte Sondervorteile einzelner Gläubiger auszugleichen.<sup>48</sup> § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E führt zudem zu einem verstärkten Wettlauf von Vollstreckungen in das Vermögen des Schuldners. Mit dieser Privilegierung von Vollstreckungs-

gläubigern fällt die InsO damit gar hinter das Niveau der KO von 1879 zurück.<sup>49</sup>

### b) Änderung des § 133 InsO

Die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO soll fortan zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen differenzieren. Die Anfechtung kongruenter Deckungen soll sich auf Fälle bei bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit beschränken. Zudem bedarf es einer „unangemessenen“ Gläubigerbenachteiligung, die insbesondere dann nicht gegeben ist, wenn der Gläubiger die Leistung in der Art und zu der Zeit zu beanspruchen hatte und der Schuldner zzt. der Rechts-handlung noch nicht zahlungsunfähig war. Drohende Zahlungsunfähigkeit genügt nicht. Gem. § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO-E liegt eine unangemessene Gläubigerbenachteiligung nicht vor, wenn für die Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in dessen Vermögen gelangt, die zur Fortführung seines Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich ist, oder Bestandteil eines ernstesten Sanierungsversuchs ist. Die Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit wird in § 133 Abs. 3 Satz 1 InsO-E durch die Kenntnis der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit ersetzt. Nach § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO-E indizieren weder der Abschluss einer Zahlungsvereinbarung nach § 802b Abs. 2 1 ZPO, noch das Ersuchen einer Zahlungserleichterung nach den geschäftlichen Gepflogenheiten die Kenntnis des anderen Teils vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners. Nach § 133 Abs. 2 InsO-E verkürzt sich die Anfechtungsfrist bei Deckungsgeschäften auf nur 4 Jahre.

Kernanliegen der Neufassung der Vorsatzanfechtung durch die InsO war, dem Insolvenzverwalter die Beweisführung und damit die tatsächliche Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs zu erleichtern.<sup>50</sup> Aus diesem Grund wird die Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners vermutet, wenn dieser wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte.<sup>51</sup> Genau diese intendierte Beweiserleichterung wird durch den RefE angegriffen, der mit § 133 Abs. 3 Satz 1 InsO-E im Fall kongruenter Deckungen nur noch die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der tatsächlich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit genügen lassen will. Der Umstand, dass der Insolvenzverwalter danach die Kenntnis des Anfechtungsgegners von einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit beweisen muss, würde ihn vor nicht unerhebliche Beweisschwierigkeiten stellen. Ohne die Beweiserleichterung im Grundsatz zu akzeptieren, wäre es kaum möglich, einen

45 Positionspapier des BDI und des ZDH, ZInsO 2013, 2312.

46 RefE, S. 8. s. auch *Reiners*, ZInsO 2015, S. 1192 f.; zu Recht dagegen *Frind*, ZInsO 2015, 1194 f.

47 RefE, S. 1.

48 *Huber*, ZInsO 2015, 715.

49 Vgl. § 28 KO 1879.

50 Begr. RegE, in: *Kübler/Prütting*, RWS-Dok. 18, 2. Aufl., S. 349.

51 Begr. RegE (Fn. 50), S. 349.

Anfechtungsprozess zu führen, bei dem es auf die subjektiven Voraussetzungen im Rahmen der Vorsatzanfechtung ankommt. Übrig blieben alleine deliktische Ansprüche aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. Damit wird die Funktion der Vorsatzanfechtung als Instrument zur Prävention ungeordneter Insolvenzen und zur Masseanreicherung beeinträchtigt.<sup>52</sup> Auch die Verkürzung der Anfechtungsfrist bei Deckungshandlungen in § 133 Abs. 2 InsO-E auf 4 Jahre ist kritisch zu bewerten. Denn die Zehnjahresfrist ist gerade vor dem Hintergrund notwendig, dass gut beratene „Insider“ im Vorfeld der Insolvenz auch langfristig planen. Deshalb dürfen gläubigerbenachteiligende Vermögensverschiebungen weit im Vorfeld der Krise nicht *a priori* der Anfechtung entzogen werden.<sup>53</sup> Im Ergebnis würde diese Regelung bedeuten, dass etwa in dem Insolvenzverfahren *Middelhof*,<sup>54</sup> wo ggf. nach geltendem Recht Anfechtungsansprüche bereits seit 2009 vorhanden sind, diese allein durch die Verkürzung der Anfechtungsfrist nicht geltend gemacht werden. Ob das mit einem vermeintlichem Mehr an Rechtssicherheit gemeint ist, mag bezweifelt werden.

### c) Änderung des § 142 InsO

Der RefE will auch die Anwendbarkeit des Bargeschäftswandels konkretisieren. § 142 Satz 2 InsO-E stellt klar, dass auch dann ein unmittelbarer Austausch von Leistungen gegeben ist, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang steht. In Bezug auf Arbeitsleistungen wird dieser Zusammenhang in § 142 Satz 3 InsO-E als gegeben betrachtet, wenn zwischen Arbeitsleistung und Entgeltgewährung nicht mehr als 3 Monate liegen.

Die Einfügung der Bewertungskriterien „Art der ausgetauschten Leistungen“ und „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ zur Definition des Bargeschäfts in § 142 InsO-E verwässern den Bargeschäftsbegriff.<sup>55</sup> Es werden Auslegungsschwierigkeiten begründet, die Sand im Getriebe der Anfechtungspraxis sind. Für Beweisfragen müssten u.U. vermehrt Sachverständige bemüht werden, was einen weiteren Kostenaufwand begründet.

### d) Änderung des § 143 InsO

Schließlich soll verhindert werden, dass mit der Geltendmachung anfechtungsrechtlicher Ansprüche gezögert wird und die Fristen voll ausgereizt werden, um die Verzinsung der Ansprüche seit Verfahrenseröffnung auszuschöpfen. Nach § 143 Abs. 1 Satz 3 InsO-E sind Zinsen nur noch fällig, wenn die Voraussetzungen des § 291 BGB vorliegen oder Schuldnerverzug gegeben ist.

## 3. Rechtstatsächliche Folgen des Vorhabens

In dem RefE v. 16.3.2015 heißt es, die vorgeschlagenen Änderungen brächten keine Kosten für die Wirtschaft und die öffentlichen Haushalte mit sich.<sup>56</sup> Dies ist gerade vor dem Hintergrund des zuvor beschriebenen historischen Zusammenhangs der Insolvenzanfechtung als Mittel zur Massean-

reicherung weit gefehlt. Vielmehr ist mit gravierenden Beeinträchtigungen der aktuellen Insolvenzpraxis zu rechnen.

### a) Unmittelbare Folgen

#### aa) Geringere Eröffnungsquoten

Der RefE verkennt insbesondere die Bedeutung des Anfechtungsrechts dabei, überhaupt einen positiven Eröffnungsbeschluss zu ermöglichen (§ 26 Abs. 1 InsO). Ein wesentlicher Teil, ca. 20 %, der Masseanteile in Regelinsolvenzverfahren resultieren nämlich aus Anfechtungsansprüchen.<sup>57</sup> So ist es gerade auch durch ein verschärftes Anfechtungsrecht gelungen, die mageren Eröffnungsquoten von ca. 33 % noch zu Zeiten der KO auf ca. 75 % zu steigern.<sup>58</sup> Diese Funktion des Anfechtungsrechts ist umso bedeutsamer im Fall sog. „Ordnungsverfahren“, bei denen die Verfahrenskosten des § 54 InsO bei der Eröffnung voraussichtlich nur sehr knapp gedeckt sind. Dies betrifft namentlich Sachverhalte, die bereits eingestellte Betriebe betreffen, und die sog. „Firmenbestände“.<sup>59</sup> Durch die Beschränkung der Anfechtungstatbestände, wie sie im RefE vorgesehen ist, insbesondere aber durch die Verkürzung der Inkongruenzanfechtung des § 131 InsO, die wegen des Fehlens subjektiver Voraussetzungen ein besonders effektives Mittel zur Masseanreicherung darstellt, werden sich die bei der Eröffnungsentscheidung zu prognostizierenden Massezuflüsse mit den Verfahrenskosten häufiger nicht die Waage halten können. Unweigerlich ist damit ein Rückgang der Eröffnungsquoten verbunden. Aus dem Zusammenspiel der geplanten Änderungen wird geradezu darauf hingearbeitet werden, dass Verfahren nicht zur Eröffnung gelangen zu lassen. Die maßgebliche Errungenschaft der Insolvenzrechtsreform wird damit aufs Spiel gesetzt.

#### bb) Absenkung der Sanierungsmöglichkeiten

Die so zu erwartende rückläufige Zahl der Verfahrenseröffnungen wird auch dazu führen, dass die Möglichkeit der Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens häufiger ausgeschlossen ist. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn kein Insolvenzantrag mehr gestellt wird, sondern die Gläubiger Befriedigung im Wege der Einzelzwangsvollstreckung suchen, da sie die Anfechtbarkeit zukünftig nur noch in vermindertem Umfang zu fürchten hätten. Auch werden Gläubiger weniger geneigt sein, Sanierungsoptionen nach dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) zu unter-

52 *Kayser*, NJW 2014, 422; *Gehrlein*, NZI 2014, 481, 482.

53 *Kayser*, ZIP 2014, 1966.

54 Der Fall beschwört eine Planinitiative herauf: Interview mit dem vorläufigen Verwalter *Thorsten Fuest* in INDat-Report, Ausgabe 4/15.

55 *Huber*, ZInsO 2015, 713, 718.

56 RefE, S. 3.

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

58 *Creditreform*, ZInsO 2012, 117, 124.

59 *Frind*, ZInsO 2015, 1001, 1005.

stützen. Denn die Einzelzwangsvollstreckung verspricht häufiger als zuvor eine anfechtungssichere Befriedigung. Gleiches gilt generell für außergerichtliche Sanierungen. Kaum wird die Krise durch einen außergerichtlichen Einigungsversuch offenbart, beginnt unmittelbar Titulierung und Vollstreckung von Forderungen, da die Wahrscheinlichkeit der Anfechtungssicherheit steigt.

### cc) Pfändungswettlauf

Zudem entfällt die bedeutsame präventive Funktion des Insolvenzanfechtungsrechts. Müssen Gläubiger eine Anfechtung von Rechtshandlungen, die ihnen in der Krise eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, nicht mehr fürchten, werden sie kautelarisch verstärkt, von der Vereinbarung anfechtungssicherer Sicherungsrechte Gebrauch machen. Mit zunehmender Verschärfung der Krise des Schuldners ist also mit einem „Pfändungswettlauf“ zu rechnen, der den Insolvenzmassen weiteres Vermögen entzieht. Dies sind doch jedoch gerade Symptome, welche den „Konkurs des Konkurses“ kennzeichneten und verursachten. Richtigerweise sollten nach den Ideen der Kommission für Insolvenzrecht diese Erscheinungen gerade auch durch ein verschärftes Insolvenzanfechtungsrecht beseitigt werden.

Insbesondere die Privilegierung der zwangsvollstreckenden Gläubiger durch § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E ist vor diesem Hintergrund kritisch zu betrachten. Jeder Gläubiger, der sich der Zahlungskrise des Schuldners gewahr wird, wird aus Eigeninteresse rasch die Zwangsvollstreckung betreiben. Auf diese Art und Weise wird dem Schuldner massiv Vermögen entzogen, sodass eine Sanierung häufiger unmöglich werden dürfte. Benachteiligt werden so Gläubiger, die den Weg der Zwangsvollstreckung faktisch nicht beschreiten können, da sie anderenfalls fürchten, einen bedeutenden Kunden zu verlieren. Betroffen sind davon also vorwiegend kleine und mittelständische Unternehmen und Handwerkerbetriebe. Gleiches gilt für Arbeitnehmer, die nach der Lebenserfahrung kaum die Vollstreckungsgerichte wegen ausbleibender Lohnzahlungen ersuchen. Wenn sie diesen Weg beschreiten, wird unnötig Geld für die Durchsetzung ihrer Forderung aufgewendet, denn meist kommt der Titel für eine erfolgreiche Vollstreckung zu spät.

Wichtig ist dieser Aspekt vor allem auch vor dem Hintergrund der Verfahren, an denen eine Vielzahl von Verbrauchern als Gläubiger beteiligt ist (z.B. Prokon und Teldafax). Hier wird erst durch ein eröffnetes Verfahren die Durchsetzung der *par conditio creditorum* ermöglicht. In einem Pfändungswettlauf ist es für Großgläubiger dann ein Leichtes, Verbraucher zu überbieten, die ihre Forderungen anders als erfahrene große Akteure nicht besichern lassen.

### dd) Anreiz zu missbräuchlichen Gestaltungsmöglichkeiten

Die Verkürzung der Anfechtungsfrist für die Vorsatzanfechtung auf 4 Jahre setzt Anreize zu missbräuchlichen

Gestaltungsmöglichkeiten, die eine Auszehrung der potenziellen Insolvenzmasse zur Folge haben können. Die für eine Verkürzung der Anfechtungsfrist angeführte Begründung, dass so eine erhöhte Rechtssicherheit geschaffen würde, verfängt nicht. Denn auch „unangemessene“ Gläubigerbenachteiligungen werden davon erfasst. Im Ergebnis bedeutet dies, dass vergütete untaugliche Sanierungsmaßnahmen außerhalb der Vierjahresfrist anfechtungssicher wären. Es wird ein Anreiz zur künstlichen Verlängerung des Todeskampfes des bereits zahlungsunfähigen Unternehmens bis zum Ablauf von 4 Jahren geschaffen. Auf diese Weise können Schäden bei neu hinzutretenden Gläubigern entstehen. Gleiches gilt für die Neuorganisation von Sicherheiten, die einen ungerechtfertigten Entzug von Vermögen für ungesicherte Gläubiger darstellt. Die Motivation zur Stellung eines Insolvenzantrags, der die Sanierung im Insolvenzverfahren ermöglicht, entfällt. Denn es wird zukünftig nur erforderlich sein, einen Zeitraum von 4 Jahren abzuwarten, um vor der Anfechtung sicher zu sein. Dieses Ergebnis ist ein Rückfall hinter die Regelungen der KO. Daher wird dieser Vorschlag zu Recht von *Kayser* kritisiert.<sup>60</sup> Mag hier als Beispielsfall das noch nicht eröffnete Verfahren *Middelhoff* dienen, bei welchem die drohende Zahlungsunfähigkeit mit der Einleitung des Karstadt Verfahrens möglicherweise zu vermuten ist.<sup>61</sup> Eine generelle Verkürzung schafft den Anreiz einfach 4 Jahre abzuwarten.

Sofern man den Vorstellungen der Reformbefürworter<sup>62</sup> entgegenkommen und die Anfechtungsfrist auf 4 Jahre verkürzen will, aber das oben beschriebene Szenario vermeiden möchte, bietet sich eine grundsätzliche Festsetzung der Anfechtungsfrist auf 4 Jahre an. Dabei ist es aber bei „unangemessenen“<sup>63</sup> Gläubigerbenachteiligungen und Besicherungen von Darlehensansprüchen der Gesellschafter bei der Zehnjahresfrist zu belassen. Es wird dann Aufgabe der Rechtsprechung sein, das Tatbestandsmerkmal der „unangemessenen“ Gläubigerbenachteiligung auszufüllen. Dieses Ergebnis müsste den Befürwortern der Verkürzung entgegenkommen, denn wer nicht an einer unangemessenen Gläubigerbenachteiligung beteiligt ist, hat die Anfechtung nach Ablauf von 4 Jahren nicht mehr zu befürchten. Die sich aus der längeren Frist für die Anfechtung „unangemessener“ Benachteiligungen ergebende höhere Quote kommt diesen Gläubigern zugute. Bei der Vielfältigkeit der Gestaltungsmöglichkeiten und der Fantasie bei der Sicherung eigener Ansprüche wird es Aufgabe der Rechtsprechung sein, hier Einzelfallgerechtigkeit zu schaffen.

### b) Mittelbare Folgen

Der selbstverständlich eintretende Rückgang der Eröffnung von Verfahren wird auch mittelbare Folgen insbe-

60 *Kayser*, ZIP 2014, 1966 ff.

61 S. Fn. 54.

62 S. die Ankündigung des Abdrucks der Stellungnahmen einzelner Verbände beginnend in ZInsO 2015, 1252 ff. beginnend mit der Stellungnahme des BV-ESUG.

63 Dazu *Huber*, ZInsO 2015, 713, 716; *Frind*, ZInsO 2015, 1007.

sondere in Bezug auf die Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts zeitigen. Um die mittelbaren Folgen der geplanten Schwächung des Instruments der Anfechtung zu ermessen, stelle man sich vor, wie sich die Lage um einen an sich insolvenzreifen Schuldner gestalten würde, wenn mangels Verfahrenseröffnung kein Insolvenzverwalter zur Abwicklung des Verfahrens mehr zur Verfügung stünde.

Der Insolvenzverwalter hat Einsicht in sämtliche Geschäftsunterlagen des Schuldners und verfügt über Erfahrung und Sachverstand – rechtlich wie betriebswirtschaftlich – hinsichtlich der Abwicklung und Sanierung krisenbetroffener Betriebe. Dies ermöglicht nicht nur dem Insolvenzverwalter selbst die Erfüllung seiner Aufgaben, sondern auch Gläubiger und staatliche Organe werden entlastet. Der Insolvenzverwalter leistet eine in der Praxis oft mühselige und anspruchsvolle Aufklärungsarbeit im Hinblick auf den der Insolvenz zugrunde liegenden Sachverhalt.

Das eröffnete Insolvenzverfahren als Erkenntnisquelle für Sicherungsgläubiger, für ungesicherte Gläubiger, für Behörden, für Kreditversicherer sowie insbesondere für die Staatsanwaltschaft, Sozialversicherungsträger, Arbeitnehmer und Steuerbehörden entfele aber gerade, wenn es in Ermangelung von Anfechtungsansprüchen zu keiner Verfahrenseröffnung kommt. Es bleibt i.d.R. für die nunmehr außerhalb des eröffneten Insolvenzverfahrens zu erledigenden Aufgaben als Erkenntnisquelle lediglich das Negativgutachten des Insolvenzverwalters. Bei einer Eröffnung ist der Verwalter dagegen handlungsfähig und steht für alle Beteiligten zur Verfügung.

Für Arbeitnehmer würde das Fehlen eines Insolvenzverwalters bedeuten, dass i.d.R. keinerlei Lohnunterlagen mehr verfügbar sind. Insolvenzgeldbescheinigungen sowie Zeugnisse können nicht erstellt werden und persönliche Unterlagen verbleiben im Unternehmen. Die unterbliebene Eröffnung eines Verfahrens verursacht also nicht unerheblichen Aufwand und Kosten bei Arbeitnehmern sowie bei der Agentur für Arbeit.

Gleiches gilt für die Steuerbehörden. Abschlüsse werden nicht mehr erstellt, Steuererklärungen nicht länger abgegeben, Schätzungen bleiben bestehen und Steuerstraftaten unentdeckt.

Sicherungsgläubiger konkurrieren außerhalb eines Verfahrens um die schnellst mögliche Verwertung ihrer Sicherheiten. Kreditversicherer haben ebenfalls keine Erkenntnisquellen. Gläubiger werden i.d.R. nicht über den Abweisungsantrag informiert und betreiben weiterhin unter Inanspruchnahme der Gerichtsvollzieher sinnlose Vollstreckungen. Eine ordnungsgemäße Rückgabe gemieteter Flächen findet nicht statt.

In fast jedem Verfahren ist der Insolvenzverwalter zudem Ansprechpartner für die Strafverfolgung. Bei den im Zusammenhang mit Unternehmenskrisen virulenten Straftat-

beständen der Insolvenzverschleppung (§ 15a InsO), des Eingehungsbetrugs (§ 263 Abs. 1 StGB), dem Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) sowie den Insolvenzstraftaten der §§ 283 ff. StGB kommt es wesentlich darauf an, die Krisenumstände zu erfassen und zu verstehen. Zudem bedarf es häufig auch der Ermittlung des Zeitpunkts, zu dem die Merkmale der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eingetreten sind, was häufig nur im eröffneten Verfahren gelingt. Dies stellt die Staatsanwaltschaften vor dem Hintergrund mangelnder personeller Ausstattung sowie einer mit Unternehmenskrisen oftmals verbundenen Flut an Unterlagen und Informationen vor erhebliche Schwierigkeiten, die sich auch in erhöhten Kosten für die öffentliche Hand niederschlagen. Während die Geschäftsunterlagen im eröffneten Verfahren nach Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis durch den Verwalter ausgewertet werden, müssten diese bei einer Ablehnung mangels Masse durch die Staatsanwaltschaften selbst zur Strafverfolgung aufwendig gesichert und untersucht werden. Eine effektive Strafverfolgung wird nur durch die zusätzliche Beschäftigung von EDV-Spezialisten und Buchhaltern bei der Polizei oder der Staatsanwaltschaft möglich sein, was eine Anpassung der Personalbemessung erfordern würde.<sup>64</sup> Der Insolvenzverwalter kann auch nicht in Strafverfahren als sachverständiger Zeuge dienen, wenn entsprechende Insolvenzverfahren nicht eröffnet werden.

Der für die Strafverfolgung durch eine Verringerung der Eröffnungsquoten zu erwartende Mehraufwand wird zudem dadurch verschärft, dass es ohne ein eröffnetes Verfahren vermehrt dazu kommen dürfte, dass Gläubiger Strafanträge stellen. Im eröffneten Verfahren verzichten die Gläubiger wegen ihrer Teilnahme an eben jenem Insolvenzverfahren hierauf regelmäßig.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich im Zusammenhang mit Regressansprüche einer insolventen Gesellschaft gegen ihre Organe, die ohne ein eröffnetes Verfahren von jedem einzelnen Gläubiger selbst geltend gemacht werden müssten. Ansonsten macht der Insolvenzverwalter diese Ansprüche gebündelt geltend und ist hierzu auch am besten in der Lage. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens dient auch maßgeblich dazu, der Insolvenzverschleppung zumindest zivilrechtlich Herr zu werden, indem die Geschäftsführung der insolventen Gesellschaft aus § 15a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB in Anspruch genommen wird. Der Umfang solcher Ansprüche wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass es bei einer rechtzeitigen Antragsstellung unter Wahrung des § 15a InsO im Grunde gar nicht zu masselosen Insolvenzen kommen dürfte.<sup>65</sup>

64 Die Personalvollkosten pro Jahr für eine A 9 Stelle betragen rd. 80.000 € pro Jahr.

65 BGH, ZInsO 2008, 859.



Hinsichtlich der Kosten, die für das Eröffnungsverfahren entstehen, ist zu bemerken, dass diese im Wege der Zweitschuldnerhaftung durch den Antragsteller oder durch die Staatskasse zu tragen wären, sollte der Eröffnungsantrag „mangels Masse“ abgewiesen werden. Zwar haftet für die Verfahrenskosten grds. das insolvente Unternehmen, doch ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Kosten durch dieses erbracht werden, verschwindend gering. Mit erhöhtem finanziellen Aufwand für die öffentliche Hand ist gerade vor dem Hintergrund zu rechnen, dass als Antragsteller in der Praxis häufig die Sozialversicherungsträger und Finanzämter fungieren.<sup>66</sup> Gleiches gilt für den Bereich der Verfahrenskostenstundung nach § 4a InsO. Entsprechende Anträge der Schuldner können häufiger abgelehnt werden, wenn sich prognostisch Anfechtungsansprüche ermitteln lassen, die eine vorrangige Deckung der Verfahrenskosten durch die Masse ermöglichen (§§ 209, 54 InsO). Derart entfallen auf die öffentlichen Haushalte geringere Stundungskosten, für die jene schätzungsweise bereits nach geltendem Recht ca. 83 Mio. € jährlich eintreten.<sup>67</sup> Der Umstand, dass mit der Anfechtung auch in den Verbraucherinsolvenzverfahren ggf. eine Kostendeckung erreicht werden kann, wird bei der Betrachtung außen vor gelassen.

Der Einwand, dass sich der Personalbedarf bei den Insolvenzgerichten bei einer verringerten Anzahl eröffneter Verfahren reduzieren würde, geht fehl, da i.d.R. die über das GKG erhobenen Gerichtskosten zu einer Deckung führen. Detailliertere Angaben sind nur bei einer spezifischen Erhebung möglich. Hier werden die Haushaltspolitiker (Justizhaushalt) der Länder gefragt sein.

## V. Fazit

Dem Insolvenzanfechtungsrecht kommt als durch die Insolvenzrechtsreform zwischen 1978 und 1999 ausgestaltetes effektives Mittel der Masseanreicherung historisch eine wesentliche Funktion bei der Überwindung des „Konkurses des Konkurses“ und der Durchsetzung der Gläubigergleichbehandlung zu.

Die im RefE vorgesehenen Änderungen des Anfechtungsrechts überschreiten das Maß „punktueller Neujustierungen“ und verkürzen die Anfechtungstatbestände maßgeblich. Sie fallen z.T. hinter die Vorschriften der KO zurück. Sie schaffen Fehlanreize, denn die anfechtungssichere Einzelzwangsvollstreckung für gerade nicht zur frühzeitigen Antragstellung. Damit werden Sanierungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren vergeben. Der vermeintliche

Gewinn von Rechtssicherheit ist nicht vorhanden. Die geplanten Änderungen belohnen ein Weiterwirtschaften bis zur Erreichung der Anfechtungssicherheit und verursachen dadurch bei später hinzukommenden Gläubigern (Zwangsgläubiger) Schäden. Ohne Not sollen Anfechtungsfristen verkürzt werden. Denn auch unter geltendem Recht ist es möglich, anfechtungssicher Zahlungen entgegenzunehmen – etwa in Form des Bargeschäfts. Es bedarf dazu nur einer fachkundigen Beratung. Insolvenzverwalter können zudem grds. nur erfolgreich eine Anfechtung durchsetzen, wenn sie mittels eines Liquiditätsstatus den Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit ermitteln.<sup>68</sup> Rechtssicherheit und Planbarkeit ist mit den vorgeschlagenen Änderungen ohnehin nicht erreicht.

Als unmittelbare Folge ist mit dem Rückgang der Eröffnungsquoten in erheblichem Umfang zu rechnen. Zulasten von Arbeitnehmern, mittelständischen Unternehmen und Verbrauchern werden ggf. große Gläubiger privilegiert. Mittelbar lassen sich durch weniger eröffnete Verfahren zivilrechtliche Regressansprüche schlechter verfolgen. Dadurch, dass keine weiteren Erkenntnisse im eröffneten Verfahren vorliegen und der Insolvenzverwalter nicht als Ansprechpartner für Finanzämter und Staatsanwaltschaften dienen kann, kommen auf die öffentliche Hand Mehrkosten zu. Der RefE geht daher zu Unrecht davon aus, dass durch die geplanten Änderungen keine Kosten für Wirtschaft und öffentliche Haushalte entstünden.

Er würdigt insbesondere nicht die historische Rolle des Anfechtungsrechts und wirft die Errungenschaften der InsO-Reform von 1999 für die Ordnungsfunktion ohne Not über Bord. Dabei ist Vorsicht geboten. Bei der Reform des Insolvenzanfechtungsrechts handelt es sich nämlich um eine „Operation am Nervengewebe“ des Insolvenzrechts. „Ein Organismus kann ohne sein Nervensystem nicht funktionieren, und auch das Insolvenzrecht kann seine Aufgaben nicht erfüllen, wenn es kein funktionstüchtiges Insolvenzanfechtungsrecht gibt.“<sup>69</sup>

66 Frind, ZInsO 2015, 1001, 1005.

67 S. dazu ausführlich Frind, ZInsO 2015, 1001, 1005.

68 BGH, ZInsO 2015, 1056.

69 Aus der Rede des Bundesjustizministers Heiko Maas auf dem 12. Insolvenztage am 19.3.2015 in Berlin.