

POSITIONSPAPIER

**des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI) und
des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks (ZDH)**

Ausufernder Anwendungsbereich der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung lähmt Unternehmenspraxis

I. Problemaufriss

Die deutsche Industrie und das Handwerk sind sich der ordnenden und anspruchssichernden Funktion des Insolvenzrechts bewusst. Im Insolvenzfall eines Schuldners ist es für die Gesamtheit der Gläubiger von großer Bedeutung, dass ihre Interessen gewahrt bleiben. Ihre finanziellen Interessen müssen im Mittelpunkt des Verfahrens stehen. Neben dem Bemühen um eine Sanierung des schuldnerischen Unternehmens umfassen diese sowohl die gemeinschaftliche finanzielle Befriedigung im Liquidationsfalle als auch den Ausschluss ungerechtfertigter Rechte. Dazu dient unbestritten und anerkannt auch das Insolvenzanfechtungsrecht.

Das Anfechtungsrecht gibt den Insolvenzverwaltern mit den §§ 130 - 132 InsO wirksame Anfechtungsmittel an die Hand, masseschmälernde Handlungen in zeitlicher Nähe zum Insolvenzantrag (bis zu drei Monaten) unter geringen Voraussetzungen rückgängig zu machen. Die Vorsatzanfechtung des § 133 Abs. 1 S. 1 InsO umfasst hingegen Handlungen bis zu zehn Jahren vor Antragstellung. Sie setzt deshalb den Nachweis des Vorsatzes des Schuldners zur Gläubigerbenachteiligung und der entsprechenden Kenntnis des Gläubigers voraus.

In den letzten Jahren ist die Anwendung der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung aus der Balance geraten. Die Praxis klagt über eine zunehmend extensive Auslegung des § 133 Abs. 1 InsO durch die höchstrichterliche Rechtsprechung¹. Insbesondere die Aneinanderreihung subjektiver Merkmale um Kenntnis und Kenntnisvermutung hinsichtlich Beweisanzeichen und Anknüpfungstatsachen für das Vorliegen einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit bzw. Gläubigerbenachteiligung führen zu einem zu weiten Anwendungsbereich der Norm. Industrie und Handwerk beobachten in dem vorgenannten Rechtszusammenhang eine deutliche Zunahme von erhobenen Anfechtungsansprüchen, die sich meistens auf die Anfechtung von geschäftsüblichen Zahlungen auf erhaltene Lieferungen und Leistungen im laufenden Geschäftsbetrieb beziehen. Unternehmen sehen sich mit zahlreichen (nicht selten in Verbin-

¹ BGH IX ZR 159/06 vom 13. August 2009; BGH IX ZR 70/08 vom 1. Juli 2010; BGH IX ZR 134/10 vom 30. Juni 2011; BGH IX ZR 239/09 vom 15. März 2012; BGH IX ZR 3/12 vom 6. Dezember 2012. u.a.

derung mit Prozesskostenhilfe erhobenen) Anfechtungsklagen konfrontiert. Gelegentlich erreichen sie auch schlicht Mahnbescheide oder wenig substantiierte Anspruchsbegründungen, die vereinzelt wie Serienanfechtungen anmuten.

Wesentliche Ursache für die weitgehende BGH-Rechtsprechung ist der zu offene Wortlaut des § 133 Abs. 1 InsO. Verbunden mit den durch den BGH herausgearbeiteten Beweiszeichen sollen etwa bereits schleppende Zahlungen oder mit dem Vertragspartner abgeschlossene Ratenzahlungsvereinbarungen zu einer (vermuteten) Kenntnis des Vertragspartners von der Zahlungsunfähigkeit des späteren Insolvenzschuldners und damit zu einer (vermuteten) Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Insolvenzschuldners führen. Andere Tatbestandsvoraussetzungen wie der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners werden von der höchstrichterlichen Rechtsprechung dann ohne größere Anforderungen „mitvermutet“. Folge der neuen BGH-Rechtsprechung ist, dass von vielen Unternehmen bereits bei ersten Anzeichen von Liquiditätsproblemen des Geschäftspartners die Zusammenarbeit i.d.R. dann unumkehrbar abgebrochen werden müsste, um etwaige zukünftige Anfechtungsrisiken zu vermeiden. Die negativen Konsequenzen eines solchen Handelns auch auf Sanierungsbemühungen des Unternehmens wären deutlich spürbar. Wenngleich das Problem der zum Teil immer noch verspäteten Antragstellungen besteht und die Insolvenzanfechtung teilweise als gebotenes Mittel zur Herstellung der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger dient, so gilt es doch zugleich, mit Augenmaß auch einen effektiven Lieferantenschutz zu berücksichtigen und zu gewährleisten.

Zudem ist es selbst bei Vorliegen eines schuldnerischen Vorsatzes zur Gläubigerbenachteiligung realitätsfern, dem jeweiligen Vertragspartner zu unterstellen, er wäre jederzeit in der Lage, diesen zu erkennen. Individuelle Vereinbarungen zur Abfederung saison- oder marktbedingter Besonderheiten sind betriebswirtschaftlich feste Bestandteile einer Vielzahl von Vertragsbeziehungen. Zur pauschalen Annahme einer Kenntnis des Gläubigers vom schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz sind sie gänzlich ungeeignet. Der flexible Einsatz unterstützender Maßnahmen unter Vertragspartnern ist gängige Praxis – weit ab von einer vorsätzlichen Benachteiligung der Gläubigergesamtheit. Hierfür gibt es eine Vielzahl von Interessen der jeweiligen Gläubiger: So kann es von Vorteil sein, einen langjährigen Vertragspartner zu unterstützen, um die Lieferung seiner qualitativ hochwertigen Güter fortwährend sicherzustellen oder gar eine angelaufene Restrukturierung nicht zu gefährden. Auch kann der Bestand dauerhafter Vertragsbeziehungen einen hohen betriebswirtschaftlichen Mehrwert gegenüber einem häufigen Wechsel des Vertragspartners haben. Dabei geht es nicht um eine Übervorteilung anderer Gläubiger oder die Sicherung einseitiger Vorrechte, sondern um die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs auf den jeder (vor-) insolvenzliche Sanierungsversuch angewiesen ist. Die hier zu ziehende Trennlinie zu missbräuchlichen und somit beabsichtigten Praktiken zu Gunsten eines Gläubigers kommt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 133 Abs. 1 InsO, die naturgemäß eine Einzelfallrechtsprechung ist, nicht hinreichend zum Ausdruck.

Da es oftmals an einem tatsächlichen Zusammenhang einer Insolvenz mit der wirtschaftlichen Lage vor Monaten oder sogar mehreren Jahren fehlt, ist der Anfechtungszeitraum für Gläubiger in Konstellationen, in denen das Vorliegen eines Vorsatzes lediglich vermutet

oder mit Anknüpfungstatsachen gearbeitet wird, unter den geltenden Voraussetzungen unzumutbar lang. Genauso wie der Anfechtungsgegner mangels Einblick in die betrieblichen Zahlen des Schuldners anhand einiger Beweiszeichen nicht wissen kann, wie es um die Liquidität des Schuldners steht, so kann es ihm erst recht nicht gelingen, wie von der Rechtsprechung erwartet, das Gegenteil zur eigenen Verteidigung darzulegen.

Der Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung des späteren Insolvenzschuldners umfasst nach der BGH-Rechtsprechung in subjektiver Hinsicht nicht nur die Kenntnis, sondern zugleich die billigende Inkaufnahme der Gläubigerbenachteiligung, welche schon dann gegeben sein soll, wenn der spätere Insolvenzschuldner seine eigene drohende Zahlungsunfähigkeit kannte. Entgegen der früheren Rechtsprechung wird folglich nicht mehr auf die unlautere oder betrügerische Erfüllung einer Rechtspflicht abgestellt. Vielmehr sind nun bereits Zahlungen auf alltägliche Warenlieferungen oder Geschäfte in den Anfechtungsfokus geraten, die in gleicher Weise durch den vorläufigen Sach- oder Insolvenzverwalter befürwortet oder getätigt würden, um die Produktion aufrecht zu erhalten und hierdurch für neuen Zufluss zur Masse zu sorgen.

Als Konsequenz der BGH-Rechtsprechung erkennen wir eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Während der Anfechtungszeitraum von drei Monaten entsprechend der §§ 130 - 132 InsO einen überschaubaren Risikohorizont darstellt, können sich Unternehmen wegen der neueren BGH-Rechtsprechung über einen Zeitraum von bis zu zehn Jahren nicht sicher sein, ob erhaltene Zahlungen ihrer Vertragspartner tatsächlich bestandskräftig sind oder gegebenenfalls an einen Insolvenzverwalter auch nach Jahren zurückbezahlt werden müssen. Im Vergleich zu anderen europäischen Rechtsordnungen handelt es sich insofern um einen erheblich längeren Zeitraum der Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen. Hinzu kommt, dass sich unerwartete (Insolvenz-) Forderungen – gerade für kleine und mittelständische Betriebe – auch auf Gläubigerseite existenzgefährdend auswirken können. Hier muss der Gesetzgeber korrigierend tätig werden.

Darüber hinaus sind nach der BGH-Rechtsprechung selbst Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus titulierten Forderungen zehn Jahre anfechtbar, wenn dem Schuldner im Rahmen der Zwangsvollstreckung Entgegenkommen gewährt wird, was vom Gesetz ausdrücklich als Regelfall vorgesehen ist.² Auch vermeintlich gesetzlich besicherte Steueransprüche wurden schon Opfer der extensiven Anfechtungsrechtsprechung.³ Dabei werden nicht einmal mehr Handlungen angefochten, sondern nur noch einzelne unerwünschte Wirkungen, auch wenn die Handlung insgesamt vorteilhaft für die Masse war.⁴

II. Forderungen zur praxisgerechten Modernisierung

Das scharfe Schwert der zehnjährig einsetzbaren Vorsatzanfechtung muss auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen die hiermit verbundene Sanktion angemessen ist. Daher schlagen wir vor, in § 133 Abs. 1 S. 1 InsO künftig eine zielgerichtete „Absicht“ des

² BGHZ 155, 75.

³ BGH, Urteil vom 9. Juli 2009, IX ZR 86/08.

⁴ BGH, Urteil vom 7. Mai 2013, IX ZR 191/12.

Schuldners zu verlangen, „seine Gläubiger zu benachteiligen.“ Hierdurch würde dem Wortlaut nach klar zum Ausdruck gebracht, dass es darauf ankommt, das zielgerichtet Gläubiger benachteiligende Verhalten zu sanktionieren und nicht zugleich eine lediglich als Nebenfolge billigend in Kauf genommene, mögliche Gläubigerbenachteiligung mit zu erfassen. Da allerdings auch die ehemals geltende Konkursordnung von einer „Absichtsanfechtung“ sprach, die höchstrichterliche Rechtsprechung aber gleichwohl bis zur Einführung der Insolvenzordnung jeden Vorsatz hatte genügen lassen, sollte in der Begründung entsprechend dargelegt werden, dass mit dem Wort „Absicht“ tatsächlich der *terminus technicus* im Sinne eines bewussten und zielgerichteten Handelns gemeint ist. Damit wäre im Normtext verbal wie auch durch den erklärten Willen des Gesetzgebers klargestellt, dass es sich – wie von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis zum Jahr 2003 praktiziert – um eine Rechtshandlung des späteren Insolvenzschuldners handeln muss, die „im Wesentlichen“ auf eine Benachteiligung seiner Gläubiger gerichtet ist oder bei der es dem späteren Insolvenzschuldner jedenfalls „mehr darauf ankommt“, seine Gläubiger zu benachteiligen, als die Pflicht gegenüber seinem Vertragspartner zu erfüllen.

Durch die Ersetzung des Vorsatzes der Gläubigerbenachteiligung durch die entsprechende Absicht wird dem Änderungsziel hinreichend Rechnung getragen, nach dem Ratenzahlungs-, Stundungs- und Verzichtsvereinbarungen von der Anwendung des § 133 Abs. 1 InsO im Regelfall nicht erfasst sein sollen. Etwaige Fälle, die eine bewusste und zielgerichtete Benachteiligung der Gläubiger im Sinne einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht durch Ratenzahlungs-, Stundungs- und Verzichtsvereinbarungen zum Gegenstand haben, sollten hingegen weiterhin vom Anwendungsbereich des § 133 Abs. 1 InsO erfasst sein. Eine indirekte Privilegierung einzelner Gläubigergruppen z.B. durch Herausnahme aus Anfechtungstatbeständen lehnen Industrie und Handwerk mit Verweis auf die Gleichbehandlung aller Gläubiger ab.

Aus unserer Sicht ist gerade im Hinblick auf die vorbeschriebenen Liefer- und Leistungsbeziehungen weder anhand rechtlicher Überlegungen nachvollziehbar noch wirtschaftlich vertretbar, dass auch auf Bargeschäfte, die den üblichen Liefer- und Leistungsverkehr betreffen, im Rahmen der heute unter § 133 Abs. 1 InsO diskutierten Fälle der Bargeschäftseinwand nach § 142 InsO nicht greifen soll. Der Vorbehalt des § 142 InsO findet zwar dem Grunde nach nur begrenzte Anwendung, da eine alltägliche Lieferung im Sinne eines Bargeschäfts bereits begrifflich eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung ausschließen muss. Erfasst sind derzeit jedoch Fälle, in denen der Vertragspartner weiß, dass der spätere Insolvenzschuldner das (angemessene) Entgelt, welches dieser für die Veräußerung eines Vermögensgegenstandes erhalten hat, den Gläubigern entziehen kann. Gleiches gilt bei nachträglichem Wertverlust einer dem späteren Insolvenzschuldners gelieferten Ware. Bliebe es beim Vorbehalt des § 142 InsO, wären vor dem Hintergrund der aktuellen, extensiven höchstrichterlichen Rechtsprechung Bargeschäfte bei entsprechend zugrunde liegenden Konstellationen nahezu immer erfasst. Ein Blick in andere europäische Rechtsordnungen – etwa nach Spanien oder Italien – zeigt, dass auch dort Rechtshandlungen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit, die unter geschäftsüblichen Bedingungen erfüllt werden, nicht anfechtbar sind.

III. Fazit

BDI und ZDH fordern den Gesetzgeber nachdrücklich auf, sanktionierende Rechtsfolgen aus dem Bereich der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung auf solche Rechtsgeschäfte zu beschränken, die von einer schuldnerischen Gläubigerbenachteiligungsabsicht getragen sind und tatsächlich mindernden Einfluss auf die entsprechende Vermögensmasse haben. Die aufgezeigten Schritte zur Änderung der Insolvenzordnung sind zügig umsetzbar und würden die große Mehrheit redlich handelnder Unternehmen von einer erheblichen Belastung und langjährigen Rechtsunsicherheit befreien.

Berlin, den 14. Oktober 2013

Ansprechpartner:

für den Bundesverband der Deutschen Industrie:

RA Bernhard Stehfest (Tel: 030-20281560).

für den Zentralverband des Deutschen Handwerks:

RA Dr. Markus Peifer (Tel: 030- 20619-353)