

## **Kurzstellungnahme**

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

**Stand: 29.10.2015**

## I. Einleitung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels. Insgesamt erwirtschaften in Deutschland rund 300.000 Einzelhandelsunternehmen mit drei Millionen Beschäftigten an 450.000 Standorten einen Umsatz von über 450 Mrd. Euro jährlich. Der Einzelhandel ist nach Industrie und Handwerk der drittgrößte Wirtschaftszweig in Deutschland. Der HDE hat 100.000 Mitgliedsunternehmen aller Branchen, Standorte und Größenklassen.

Zu den Mitgliedern des HDE gehören neben den großen deutschen Einzelhandelsunternehmen aus dem food- und non-food-Bereich auch Versand- und Online-Händler sowie zahlreiche kleine und mittelständische Betriebe und Fachgeschäfte.

In der Vergangenheit wurden von Unternehmen aller Größenklassen Probleme in Zusammenhang mit dem geltenden Insolvenzanfechtungsrecht und der einschlägigen Rechtsprechung beklagt.

Im Zentrum der Kritik steht die Möglichkeit der „Vorsatzanfechtung“ (§ 133 Abs. 1 S. 1 InsO). Danach kann der Insolvenzverwalter masseschmälernde Handlungen in zeitlicher Nähe zum Insolvenzantrag im Interesse der Gläubigergemeinschaft rückgängig machen, selbst wenn die entsprechenden Handlungen bis zu zehn Jahre vor Antragsstellung stattgefunden haben. Unmittelbar betrifft diese Regelung zwar auf den ersten Blick die Lieferanten des Einzelhandels. Die Einzelhandelsunternehmen am Ende der Lieferkette spüren aber ebenfalls negative Folgen, die mittelbar aus der geltenden Rechtslage in Verbindung mit der einschlägigen Rechtsprechung resultieren. Sie sind aber auch nicht selten als Anfechtungsgegner direkt negativ von der Praxis der Vorsatzanfechtung betroffen.

So haben sich Probleme aus der Tatsache ergeben, dass die Rechtsprechung die notwendigen Voraussetzungen für eine Vorsatzanfechtung zunehmend extensiv auslegt und dies von Insolvenzverwaltern zum Anlass genommen wird, massenhaft Vorsatzanfechtungen geltend zu machen.

Da die Rechtsprechung bereits bei schleppender Zahlung oder bei der Vereinbarung von Ratenzahlungen eine Kenntnis des Lieferanten von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Einzelhändlers als späteren Insolvenzschuldner und somit einen Vorsatz zur Benachteiligung der anderen Gläubiger unterstellt, weigern sich die Lieferanten des Einzelhandels häufig selbst in langjährigen Vertragsbeziehungen, vorübergehend liquiditätsschwachen Einzelhändlern mit Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarungen über den wirtschaftlichen Engpass hinwegzuhelfen und sie weiter mit Waren zu beliefern. Dahinter steht die bedauerliche, aber durchaus nachvollziehbare Sorge der Lieferanten, bei einer möglichen späteren Insolvenz des Einzelhändlers die für die Warenlieferung erhaltenen Zahlungen wieder an den Insolvenzverwalter herausgeben zu müssen. Damit werden in der Praxis Restrukturierungen und der Erhalt wirtschaftlich angeschlagener Einzelhandelsunternehmen gefährdet.

Häufig sind Einzelhändler aber auch unmittelbar als Gläubiger von der Insolvenzanfechtungspraxis betroffen, wenn z.B. Flächen in Ladengeschäften untervermietet oder Waren an den Lieferanten gegen Rückzahlung des Kaufpreises retourniert wer-

den. Im Insolvenzfall werden dann vom Insolvenzverwalter die vom Schuldner an den Einzelhändler geleisteten Mietzahlungen über Jahre hinweg zurückgefordert oder bei retournierten Waren die Rückzahlungen über lange Zeiträume hinweg angefochten. Die Schäden bei den betroffenen Einzelhändlern summieren sich nicht selten im konkreten Anfechtungsfall auf sechsstelligen Beträge. Die Einzelhändler haben sich dabei im Vorfeld im Regelfall lediglich geschäftsüblich verhalten und z.B. Zahlungserleichterungen gewährt, waren in Bezug auf die später eingetretene Insolvenz arglos, konnten die Anfechtung regelmäßig nicht voraussehen und keine Rückstellungen bilden.

Diesen Zustand halten wir für sehr problematisch. Eine Änderung der Rahmenbedingungen ist daher dringend geboten und wird von uns seit Jahren angemahnt.

## **II. Grundsätzliches zu dem Gesetzentwurf**

Der HDE begrüßt daher ausdrücklich das mit dem vorliegenden Gesetzentwurf verfolgte Ziel der Bundesregierung, durch gesetzliche Änderungen in der Insolvenzordnung einen angemesseneren Ausgleich zwischen den Insolvenzgläubigern und den insolvenzanfechtungsrechtlichen Anspruchsgegnern zu schaffen. Völlig zu Recht wird in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass heute Erfüllungsleistungen der Anfechtung unterworfen werden, ohne dass diese auf den ersten Blick den Verdacht rechtfertigen, die Gläubiger sollten dadurch benachteiligt werden. Dies gilt insbesondere für Erfüllungsleistungen, die nach dem Ersuchen um geschäftsübliche Zahlungserleichterungen erbracht wurden.

Wie unter Gliederungspunkt I. beschrieben wurde, hat die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verbunden mit der Anfechtungspraxis der Insolvenzverwalter dazu geführt, dass die Lieferanten aus Furcht vor späteren Anfechtungen bei vorübergehenden wirtschaftlichen Schiefslagen von Einzelhändlern deren Belieferung einstellen und damit die wirtschaftliche Situation des betroffenen Händlers weiter verschlechtern. Diese Situation kann im Übrigen grundlos geschäftliche Existenzen gefährden, verhindert mögliche Sanierungen und vernichtet Arbeitsplätze. Ebenso inakzeptabel ist es, wenn Einzelhändler Zahlungen eines Geschäftspartners, die vor vielen Jahren geleistet wurden, an den Insolvenzverwalter herausgeben müssen, obwohl sie sich im Vorfeld lediglich geschäftsüblich verhalten haben und tatsächlich keine Absicht bestand, die Gläubigergemeinschaft zu benachteiligen.

Das Vorhaben der Bundesregierung, die Insolvenzanfechtung an Tatbestände zu knüpfen, die von den Betroffenen erkannt und nachvollzogen werden können und die im Zusammenspiel mit den sich an sie knüpfenden Rechtsfolgen auch im Übrigen eine Gewähr dafür bieten, dass die Betroffenen nicht in unverhältnismäßiger Weise belastet werden, wird daher vom HDE uneingeschränkt unterstützt. Entsprechende Änderungen der InsO sind schon seit Jahren überfällig. Soweit dieses Ziel nun durch eine punktuelle Neujustierung des Insolvenzanfechtungsrechts erreicht werden soll, findet auch dieses Vorhaben unsere Zustimmung. Ein solches Vorgehen erscheint dem HDE auch sachgerecht, weil auf diese Weise eine Änderung der Regelungssystematik der InsO unterbleibt und neue Rechtsunsicherheiten vermieden werden. Die im Entwurf vorliegenden Änderungen sind nach unserer Einschätzung auch grund-

sätzlich geeignet, die Vorsatzanfechtung für den Geschäftsverkehr soweit wie möglich kalkulierbar und planbar zu gestalten.

Der HDE schlägt im Folgenden lediglich einige wenige Änderungen vor, mit denen die vom Gesetzgeber formulierte Zielsetzung noch besser erreicht werden kann. Wir beschränken uns dabei auf die geplanten Änderungen der InsO (Art. 1).

### **III. Zu den gesetzlichen geplanten Änderungen im Einzelnen**

#### Art. 1 Ziff. 1 a) Abs. 1 (§ 131 Abs. 1 InsO-E)

Durch eine Ergänzung des Abs. 1 soll sichergestellt werden, dass eine Deckungshandlung nicht schon deshalb als inkongruent angesehen und damit leichter angefochten werden kann, weil sie durch Zwangsvollstreckung erwirkt worden ist.

Die Zielsetzung ist richtig und wird unterstützt. Das Vertrauen des Gläubigers in den Bestand einer geleisteten Zahlung, die im Rahmen einer Zwangsvollstreckung geleistet wurde, sollte nicht ohne Not unterhöhlt werden. Auch ist nicht zu erkennen, warum der Gläubiger Zweifel in Bezug auf die Zahlungsfähigkeit seines Schuldners nur deshalb haben sollte, weil die Deckungshandlung erst durch eine Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt wurde. Richtiger Weise gilt dies nach dem Regierungsentwurf auch nicht nur für vollstreckbare Titel, die „in einem gerichtlichen Verfahren“ erlangt wurden, sondern für alle Deckungshandlungen im Zuge einer Zwangsvollstreckung. Die ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehene entsprechende Einschränkung war nicht nachvollziehbar, weil der Gläubiger auch in anderen Fällen der Zwangsvollstreckung – z.B. aufgrund eines notariellen Titels - auf den Bestand einer auf dieser Grundlage erbrachten Leistung ebenso vertrauen darf wie bei Vorliegen eines gerichtlichen Titels.

#### Art. 1 Ziff. 2 a) (§ 133 Abs. 2 und 3 InsO-E)

##### *a) § 133 Abs. 2 InsO-E*

Mit der Regelung des § 133 Abs. 2 InsO-E wird der Anfechtungszeitraum für Deckungshandlungen von derzeit zehn Jahren auf vier Jahre verkürzt.

Eine Verkürzung des Anfechtungszeitraums halten wir für dringend geboten, um den Unternehmen mehr Planungssicherheit zu gewähren. Insbesondere der bisher unverhältnismäßig lange Zeitraum von bis zu zehn Jahren hat die wirtschaftliche Unsicherheit bei den betroffenen Unternehmen erhöht und damit die Kalkulation möglicher wirtschaftlicher Risiken erheblich erschwert.

Wir halten allerdings den nun vorgesehenen Zeitraum von vier Jahren weiterhin für zu lang. Die Anlehnung an § 134 Abs. 1 InsO halten wir auch für nicht sachgerecht, da der in § 134 InsO geregelte Fall der unentgeltlichen Leistungen kaum mit dem hier in Rede stehenden Sachverhalt der Deckungshandlung, die immer auch eine Gegenleistung umfasst, verglichen werden kann.

Vertretbar und sachgerecht wäre dagegen aus unserer Sicht ein Zeitraum von zwei Jahren, wie er auch in § 133 Abs. 2 InsO vorgesehen ist. Damit wäre für die betroffenen Unternehmen nach einem immerhin überschaubaren Zeitraum das Damoklesschwert möglicher Anfechtungen beseitigt und in höherem Maße Rechts- und Planungssicherheit wieder hergestellt. Zudem würde die Akzeptanz der entsprechenden gesetzlichen Regelung erhöht, die angesichts des derzeit geltenden und in der Praxis auf Unverständnis stoßenden Zeitraums von 10 Jahren stark gelitten hat.

#### *b) § 133 Abs. 3 Inso-E*

Nach § 133 Abs. 3 S. 1 InsO-E soll die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners erst vermutet werden, wenn er dessen eingetretene Zahlungsunfähigkeit zur Zeit der Handlung kannte oder wusste, dass eine unangemessene Gläubigerbenachteiligung vorlag. Diese Abschwächung der Vermutungsregel bei kongruenten Deckungen wird ausdrücklich begrüßt.

Satz 2 stellt weiterhin klar, dass bei Zahlungsvereinbarungen mit dem Schuldner oder bei Gewährung von sonstigen Zahlungserleichterungen durch den Gläubiger vermutet wird, dass der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Der Insolvenzverwalter trägt somit die Beweislast für die positive Kenntnis des Schuldners.

Diese Klarstellungen für kongruente Deckungen sowie die vorgesehene Beweislastverteilung werden vom HDE besonders positiv bewertet, weil sie die Rechtssicherheit für Unternehmen erhöhen, wirtschaftliche Risiken begrenzen und den Erhalt von wirtschaftlich angeschlagenen Unternehmen erleichtern, in dem auf diese Weise mehr Spielraum für Restrukturierungen und den Erhalt bestehender Unternehmen und Arbeitsplätze geschaffen wird. Insbesondere Satz 2 stellt sicher, dass nachvollziehbares, geschäftsübliches und – im Hinblick auf die Zielsetzung der InsO, den Erhalt angeschlagener Unternehmen möglichst zu gewährleisten – wirtschaftlich sinnvolles Gläubigerverhalten im Zuge einer drohenden Insolvenz nicht durch eine spätere Anfechtung völlig zu Unrecht sanktioniert wird. Ein branchenüblicher Zahlungsaufschub wird damit richtiger Weise in Zukunft ebenso wenig die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners begründen können wie die Vereinbarung einer Ratenzahlung. Völlig zu Recht verlieren diese Verhaltensweisen damit auch eine mögliche Indizwirkung im Hinblick auf die Kenntnis des Gläubigers in Bezug auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.

#### Art. 1 Ziff. 4 (§ 142 InsO-E)

Nach dem im Gesetzentwurf neu gefassten § 142 InsO-E ist bei Bargeschäften die Anfechtung einer Leistung des Schuldners nur möglich, wenn die Voraussetzungen des § 133 InsO-E vorliegen und der Gläubiger die Unlauterkeit des Schuldners kannte (Abs. 1).

Die Kenntnis des Gläubigers im Hinblick auf die Unlauterkeit der Schuldnerhandlung erhöht in praxisgerechter Weise die Voraussetzungen für eine Insolvenzanfechtung bei Bargeschäften. Bisher erkennt die Rechtsprechung das Vorliegen eines Bargeschäfts zwar als Beweisanzeichen im Hinblick auf einen fehlenden Gläubigerbenachteiligungsvorsatz an. Die weitere, von der Rechtsprechung formulierte Voraussetzung einer „Fortführungsnotwendigkeit“ ist in der Praxis allerdings nur selten gegeben, so dass eine Vorsatzanfechtung gleichwohl häufig auch bei Bargeschäften erfolgen kann. Dies ist nicht sachgerecht, weil bei Bargeschäften für die Leistung des Schuldners eine äquivalente Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt ist und daher eine Gläubigerbenachteiligung nicht auf der Hand liegt und auch in der Praxis den Ausnahmefall bildet. Der Gläubiger kann zudem als Dritter ohne Kenntnis der konkreten Unternehmenssituation seines Schuldners im Vorfeld auch nur schwer prüfen, ob seine Gegenleistungen den Gläubigern tatsächlich konkreten Nutzen bringen wird. Die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien sind daher lebensfremd und stellen kaum erfüllbare Anforderungen an den Gläubiger.

Es ist daher völlig richtig, wenn mit dem Gesetzentwurf bargeschäftliche Austausch grundsätzlich vom Bargeschäftsprivileg in Zusammenhang mit der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung erfasst werden und eine Anfechtung nur für den Ausnahmefall in Betracht kommt, dass der Gläubiger die Unlauterkeit des Schuldners kannte. Damit wird die Vorsatzanfechtung bei Bargeschäften auf die Ausnahmefälle mit besonderem Unwertcharakter beschränkt, weil vom Schuldner z.B. eine gezielte Benachteiligung der Gläubiger intendiert wird. Auf diese Weise wird erfreulicher Weise sichergestellt, dass Bargeschäfte, die der allgemeinen Fortführung des Geschäftsbetriebs dienen, von der Insolvenzanfechtung nicht mehr betroffen sind. Dadurch wird für Gläubiger, die eine Geschäftsfortführung ermöglichen wollen, die notwendige Rechtssicherheit erreicht.

In § 142 Abs. 2 S. 1 InsO-E werden die Voraussetzungen des Bargeschäfts gem. § 142 Abs. 1 InsO-E („unmittelbar gleichwertige Gegenleistung“) legal definiert. Danach erfolgt die Leistung „unmittelbar“, wenn sie „unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang“ mit der Gegenleistung erfolgt. Auch diese Konkretisierung schafft mehr Rechtssicherheit und wird begrüßt.

#### Art. 1 Ziff. 5 (§ 143 Abs. 1 InsO-E)

Nach der Neuregelung sollen Zinsen vom Insolvenzverwalter erst geltend gemacht werden können, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder die des § 291 BGB vorliegen, darüber hinaus sind Ansprüche des Insolvenzverwalters auf Herausgabe von Nutzungen ausgeschlossen.

Mit dieser Regelung sollen die Missbrauchsmöglichkeiten, die aus dem Umstand resultieren, dass de lege lata ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens insbesondere Prozesszinsen geltend gemacht und Nutzungen herausverlangt werden können, eingeschränkt werden.

Diese Maßnahme ist dringend geboten. Wie auch in der Gesetzesbegründung festgestellt wird, machen heute Insolvenzverwalter Anfechtungsansprüche erst sehr spät geltend, um die im Niedrigzinsumfeld marktunüblich hohen Verzugszinsen von 5 Prozent über dem jeweiligen Basiszinssatz für eine möglichst lange Zeitspanne in Anspruch nehmen zu können. Die somit durch die gesetzliche Regelung einerseits und die Finanzmarktsituation andererseits gesetzten Fehlanreize müssen dringend auf ein vertretbares Maß minimiert werden.

Die vorgesehenen Einschränkungen der Möglichkeiten des Insolvenzverwalters, Zinsen und die Herausgabe von Nutzungen zu verlangen, gehen zwar in die richtige Richtung. Die vorliegende Regelung genügt aber nach unserer Auffassung noch nicht. Sie lässt dem Insolvenzverwalter nämlich immer noch die Möglichkeit, den Anspruchsgegner durch eine Mahnung in Schuldnerverzug zu versetzen und so den Beginn der Verzinsung einzuleiten, gleichzeitig aber auf die Erhebung der Anfechtungsklage bis kurz vor Eintritt der Verjährung zu verzichten. Auf diese Weise könnte sich der Insolvenzverwalter auch in Zukunft einen maximalen Zinsgewinn sichern, der schon der Höhe nach unter keinen Umständen mit einer soliden Kapitalanlage zu erzielen wäre.

Um das bestehende Missbrauchspotential wirksam auf ein vernünftiges Maß zu beschränken, sollte die Pflicht zur Verzinsung einer Geldschuld erst mit Erhebung der Anfechtungsklage durch den Insolvenzverwalter eintreten.

#### **IV. Zusammenfassung**

Der HDE unterstützt die mit dem Gesetzentwurf verfolgte Zielsetzung der Bundesregierung ausdrücklich. Grundsätzlich begrüßen wir die vorgesehenen gesetzlichen Änderungen im Insolvenzanfechtungsrecht. Sie gehen in die richtige Richtung, sind grundsätzlich geeignet, bestehende Missstände sowie Fehlanreize zu beseitigen und dienen dem Erhalt von Unternehmen und Arbeitsplätzen.

Zur besseren Zielerreichung schlagen wir allerdings noch folgende Änderungen vor:

- Der Anfechtungszeitraum nach § 133 Abs. 2 InsO sollte nicht nur auf vier, sondern auf zwei Jahre verkürzt werden.
- Zinsen von fünf Prozent über dem Basiszinssatz sowie die Herausgabe von Nutzungen sollten vom Insolvenzverwalter erst vom Zeitpunkt der Erhebung der Anfechtungsklage beansprucht werden können.

Kontakt:

Dr. Peter Schröder

Tel. 030 72625046

Schröder@hde.de