

Aktuelles zum Anfechtungsrecht

Karsten Kiesel

Rechtsanwalt

Aktueller Stand der Reform

- ❖ Referentenentwurf des Justizministeriums vom 16.03.2015 (RefE) ist überholt
- ❖ Aktuell:
Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 29.09.2015 (RegE)
- ❖ Stellungnahme Bundesrat vom 27.11.2015 (BRatsDrs. 495/15, ZInsO 15, 2525)
- ❖ Erste Lesung im Bundestag am 15.01.2016
- ❖ Sachverständige werden in Ausschüssen gehört



Regierungsentwurf: Überblick zur InsO 1

- ❖ § 131 Abs. 1 InsO: Sicherung und Befriedigung durch Zwangsvollstreckung oder Leistung zur Abwendung sind nicht per se inkongruent
 - Zeitliche Vorverlagerung des Gesamtvollstreckungsprinzips wird rückgängig gemacht, die Einzelzwangsvollstreckung gestärkt
 - Fiskus und Sozialversicherungsträger privilegiert durch Selbsttitulierungsmöglichkeiten
 - ↔ RefE: nur im gerichtlichen Verfahren erlangte vollstreckbare Titel
 - ➔ Relevanz der Neuregelung für Banken ist beschränkt; Factoring- und Inkassounternehmen können ggf. profitieren

Regierungsentwurf: Überblick zur InsO 2

❖ § 133 InsO:

- Bei Deckungsgeschäften ist Anfechtungsfrist auf **vier Jahre** (statt derzeit zehn Jahre) verkürzt; auch für **inkongruente** Deckungen
- Bei **kongruenter Deckung** Vermutung für eine Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners erst bei **eingetretener** Zahlungsunfähigkeit (bisher genügt drohende ZU)
- **Ratenzahlungsvereinbarungen** und sonstige **Zahlungserleichterungen** führen zur Vermutung (BRat: schließen aus), dass Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte
- ↔ RefE: Normierung des ernsthaften **Sanierungsversuchs**
- ↔ RefE: „Unangemessene“ Gläubigerbenachteiligungen erforderlich

Regierungsentwurf: Überblick zur InsO 3

❖ § 142 InsO:

- Erweiterung des Bargeschäfts auf die Vorsatzanfechtung bei kongruenten Handlungen
- Bargeschäfte nur noch anfechtbar, wenn Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung vorliegen UND der Anfechtungsgegner **erkannt** hat, dass der Schuldner **unlauter** handelte
 - ➔ **Anlass: Urteil des BGH zur Verlustfortführung, BGH ZIP 2015, 589**
Stellungnahme BRat: „unlauter“ streichen
- Definition des Unmittelbarkeitskriterium
 - Allgemeine: Leistungsaustausch nach den „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ in „engem zeitlicher Zusammenhang“
 - Arbeitnehmer: **drei Monaten** zwischen Leistung und Zahlung genügen

Regierungsentwurf: Überblick zur InsO 4

❖ § 143 InsO:

- Rückgewähransprüche auf Geldleistung sind erst **ab Verzug** oder ab Rechtshängigkeit zu verzinsen (mit 5 % über Basiszinssatz)
heute: Verzinsungspflicht **spätestens** ab Eröffnung; z.T. ab Zahlung
- Geplante Neuregelung findet breite Zustimmung



Exkurs: Derzeitige Situation bei Bargeschäft 1

- ❖ § 142 InsO (Bargeschäft)
Anfechtungsprivileg erfordert einen **unmittelbaren** und **gleichwertigen kongruenten** Leistungsaustausch
 - Keine Inkongruenz (bei Nachbesicherung ausgeschlossen)
 - Zeitliche Unmittelbarkeit (sog. Bargeschäftszeitraum; +/- 30 Tage)
 - Gleichwertigkeit erforderlich (neuer Sanierungskredit gg. angem. Sicherheit; nicht bei Neu- und Altdarlehen gegen neue Sicherheit)

- ❖ Jedoch besteht eine Ausnahme für das Privileg in § 142 2. Halbsatz InsO: „... anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO (Vorsatzanfechtung) gegeben sind.“

Exkurs: Derzeitige Situation bei Bargeschäft 2

- ❖ Inwieweit § 142 InsO eine Privilegierungswirkung überhaupt entfalten kann, richtet sich nach der Auslegung des § 133 InsO
- ❖ Denkbar ist enge Auslegung von § 133 InsO
→ nur evident gläubigerschädigende Rechtshandlungen, i.S.v. „Beiseite schaffen“
- ❖ BGH bevorzugt aber weite Auslegung:

→ § 133 InsO hat dadurch einen deutlich erweiterten weiteren Anwendungsbereich

→ Privilegierung des § 142 InsO für Anfechtungsgegner wird dadurch eingeschränkt

Die bargeschäftsähnliche Lage 1

- ❖ Wenn das Bargeschäftsprivileg in § 142 InsO nicht leerlaufen soll, bedarf es bei § 133 InsO eines Korrektivs
- ❖ Korrektur kann nicht über den Begriff des Bargeschäfts erfolgen; Gesetzgeber lässt die Anfechtung nach § 133 InsO auch bei Bargeschäften ausdrücklich zu
- ❖ Lösungsweg der herrschenden Meinung und des BGH: Bei „**bargeschäftsähnlicher Lage**“ handelt Schuldner grds. **nicht** mit Vorsatz seine Gläubiger zu benachteiligen (z. B. BGH, NJW – Spezial, 2014, 662 (663); näher zur Problematik auch Kayser, WM 2013, 293 (298))
 - Korrektur über Auslegung der subj. Voraussetzungen bei § 133 InsO
 - Einschränkung unterliegt in besonderem Maße der Wertung durch die Rechtsprechung; Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit fehlen

Definition der „bargeschäftsähnlichen“ Lage

- ❖ BGH: Bargeschäftsähnliche Lage gegeben, wenn bei **kongruenter Leistung** der Schuldner diese **Zug um Zug** gegen eine zur **Fortführung des Unternehmens unentbehrliche** Gegenleistung erbringt, die den **Gläubigern im Allgemeinen nützt** (BGH ZIP 2015, 585 (588))



Konkretisierung der bargeschäftsähnlichen Lage durch BGH ZIP 2015, 585 ff. (1)

❖ BGH ZIP 2015, 585 (588):

Selbst wenn eine bargeschäftsähnliche Situation in dem genannten Sinne vorliegt, wird sich der Schuldner der eintretenden mittelbaren Gläubigerbenachteiligung jedoch gleichwohl bewusst werden, wenn er weiß, dass er trotz Lieferung zu marktgerechten Preisen **fortlaufend unrentabel arbeitet** und deshalb bei der Fortführung seines Geschäfts mittels der durch bargeschäftsähnliche Handlungen erworbenen Gegenstände **weitere Verluste anhäuft**, die die Befriedigungsaussichten der Gläubiger weiter mindern, ohne dass auf längere Sicht Aussicht auf Ausgleich besteht.

Konkretisierung der bargeschäftsähnlichen Lage durch BGH ZIP 2015, 585 ff. (2)

❖ Zusammenfassung und Folgerungen:

- Selbst bei Vorliegen eines Bargeschäfts oder bargeschäftsähnlichen Lage kann auf Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Vorsatzanfechtung begründet sein
- Die bargeschäftsähnliche Lage verhindert nicht eine in der Praxis nicht zuverlässig voraussehbare Gesamtabwägung (§ 286 ZPO) der Beweisanzeichen bei der Feststellung des Vorsatzes des Schuldners



Konkretisierung der bargeschäftsähnlichen Lage durch BGH ZIP 2015, 585 ff. (2)

- Hier würde auch nicht der – veraltete – Referentenentwurf weiterhelfen, welcher sich in die Tradition der bisherigen Auslegung der „bargeschäftsähnlichen Lage“ stellte
- Rechtssicherheit kann geschaffen werden durch
 1. Einschränkung der Vorsatzanfechtung und/oder
 2. Erweiterung der Bargeschäftsregelung auf die Vorsatzanfechtung

Reform des Bargeschäfts durch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung (1)

- ❖ § 133 InsO wird ausgeschlossen, soweit die (zu Gunsten des Anfechtungsgegners geänderten) Voraussetzungen des Bargeschäfts des § 142 InsO vorliegen
- ❖ Eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Schuldner unlauter handelte und der Anfechtungsgegner dies erkannte
- ❖ Voraussetzung für Privilegierung ist Kongruenz der vom Anfechtungsgegner erhaltenen Leistung

Reform des Bargeschäfts durch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung (2)

- ❖ Unlauterkeit liegt nicht schon dann vor, wenn der Schuldner erkennt, dass die Fortführung des Unternehmens unrentabel ist
 - Unlauterkeit bei gezielte Benachteiligung von Gläubigern
 - Unlauterkeit bei Verschleudern und bei Gegenleistungen, die den Gläubigern unter keinen erdenklichen Gesichtspunkten nutzen (flüchtige Luxusgüter)
 - Abstoßen betriebsnotwendigen Betriebsvermögens ist unlauter

Die Auswirkungen des Regierungsentwurfs auf den Überbrückungskredit

- ❖ Kredit zur kurzfristigen Deckung eines vorübergehenden Liquiditätsbedarfs in der Krise, insbesondere um Liquidität bis zur Fertigstellung eines Sanierungsgutachtens zu gewährleisten
- ❖ Es liegt noch kein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes, mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt (...) Sanierungskonzept vor, welches den Benachteiligungsvorsatz i.R.d. Vorsatzanfechtung regelmäßig ausschließt

Ältere BGH-Entscheidung hatte Insolvenzanfechtung gleichwohl ausgeschlossen

- ❖ Die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen dürfen nicht allein schon deshalb bejaht werden, weil ein Sanierungsversuch (noch) nicht hinreichend fachgerecht vorbereitet wurde. Gläubiger, die mit aus ihrer Sicht tauglichen Mitteln die Sanierung anstreben, handeln subjektiv redlich (BGH 1989, 248, 251)
- ❖ Neue BGH-Linie ungewiss, Lauterkeit auf Basis Regierungsentwurf aber u.E. i.d.R. anzunehmen

Die Situation der für den Überbrückungskredit bestellten Sicherheiten

- ❖ Kreditinstitut kann versuchen, ein Bargeschäft nach § 142 InsO darzustellen durch die Bestellung von Sicherheiten Zug um Zug gegen angemessene neue Kreditmittel

Achtung !

- Mitbesicherung von bereits ausgereicherter Valuta ist inkongruent
- Bargeschäfte sind bei Inkongruenz ausgeschlossen
- gestufte Besicherung oder Teilbarkeit der Sicherheit kann die Inkongruenz ggf. verhindern; es verbleibt aber ein Restrisiko

Problem: Bestellung revolvingierender Sicherheiten für einen (Überbrückungs-)Kredit

- ❖ Globalzession, Raumsicherungsübereignung sind revolvingierende Sicherheiten
- ❖ Revolvingierende Sicherheiten sind jedoch nur beschränkt bargeschäftsfähig/anfechtungsfest
- ❖ Für die Frage der Insolvenzanfechtung kommt es auf den Zeitpunkt der Erlangung der konkreten Vermögensgegenstände an

Mechanismus der Sicherheitenbestellung bei revolvingierenden Sicherheiten

- ❖ Sicherheitenvertrag erfasst mit Abschluss die bestehenden Vermögensgegenstände (z.B. Forderungen)
 - Bargeschäft möglich

- ❖ Künftig entstehende Vermögensgegenstände (z.B. künftige Forderungen) werden revolvingierend ab Entstehung bzw. Rechtserwerb durch den Kunden mit einbezogen
 - Kein Bargeschäft möglich, wenn Valuta an Kunden zuvor ausgereicht; für die Bösgläubigkeit kommt es auf den jeweiligen Zeitpunkt des Erwerbs an

Was passiert, wenn Sanierungsgutachten negativ ausfällt ...

- ❖ Ab diesem Zeitpunkt sind alle Beteiligten bösgläubig, nach der Reform zumindest wenn Zahlungsunfähigkeit erkennbar eingetreten ist; aktuell reicht schon die drohende Zahlungsunfähigkeit für die Vermutungen
- ❖ Soweit sich Insolvenzantrag bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit verzögert, sind die in der Zwischenzeit durch die Bank erworbenen revolvingierenden Sicherheiten kaum noch zu verteidigen (Bargeschäft scheidet aus)



Was kann die Bank tun?

- ❖ Für die Besicherung eines Überbrückungskredites möglichst keine revolvingenden Sicherheiten verwenden
- ❖ Keine Nachbesicherung von Altverbindlichkeiten oder jedenfalls nur gestufte Besicherung
- ❖ Bei ggf. eingetretener Zahlungsunfähigkeit muss diese durch Überbrückungskredit bzw. weitere vorgelagerte Maßnahmen beseitigt sein
- ❖ Alles tun, damit möglichst rasch nach dem negativen Sanierungsgutachten ein Insolvenzantrag gestellt wird

Exkurs: Revolvierender Sicherheiten in der Organhaftung

- ❖ **Haftung des Geschäftsführers (GF) nach § 64 GmbHG für Zahlungen bzw. Masseverlust nach Insolvenzreife**
 - Haftung tritt SOFORT mit Insolvenzreife ein; Drei-Wochen-Frist nur für die Strafbarkeit und Schadenersatz
- ❖ **Haftung des GF für**
 - Auszahlungen aus Guthaben
 - Eingänge (!) auf debitorische Konten (Forderungsverlust der Masse zu Gunsten der Bank)
- ❖ **Unterliegt die eingegangene Forderung der Globalzession der Bank, gelten nun Besonderheiten BGH, WM 2015, 1467, 1469**
 - Haftung trifft den GF, wenn abgetretene Forderung nach Insolvenzreife entstand oder werthaltig wurde

Exkurs: Revolvierender Sicherheiten in der Organhaftung

Globalzession Unternehmen - Bank Für KK-Kredit; Keine Insolvenzreife	10/16
Bestellung A bei Unternehmen Zahlungsfrist acht Wochen	12/16
Lieferung Unternehmen an A = Werthaltigmachen Forderung A	13/16
Eintritt der Insolvenzreife beim Unternehmen Bestellung B bei Unternehmen;	14/16
Lieferung an B ohne Zahlungsziel = Werthaltigmachen Forderung B	05/16
Eingang Zahlung B auf KK-Konto → HAFTUNG GF NACH § 64 GmbHG	06/16
Ende „Insolvenzantragsfrist“ § 15a InsO INSOLVENZANTRAG	07/16
Eingang Zahlung des A bei Bank → KEINE HAFTUNG GF nach § 64 GmbHG	08/16
	09/16
Anordnung Sicherungsmaßnahmen und Bestellung vIV	10/16
	11/16
	12/16

Exkurs: Revolvierender Sicherheiten in der Organhaftung

- ❖ GF erhält durch die Entscheidung keine „Freibrief“ sondern nur eine „Schonfrist“;
- ❖ Privilegierter Zeitraum:
Zwischen der Leistungserbringung ggü. dem Kunden nach Insolvenzreife und erwarteter Zahlungseingang
 - Privilegierung für redliche Geschäftsführer bei üblichen Zahlungsfristen für Kunden
 - Im Rahmen der Drei-Wochen-Frist wird angemessene Antragsvorbereitung ermöglicht, ohne dass der GF zur Umleitung auf eine neu eingerichtetes Guthabenkonto bei einer anderen Bank gezwungen wird



Schultze & Braun

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.



Rechtsanwalt
Karsten Kiesel
Paulinenstr. 41
70178 Stuttgart

+ 49 (0)711/23889-0
KKiesel@schubra.de