



7. DEUTSCHER INSOLVENZRECHTSTAG 2010

- WISSENSCHAFT, RECHTSPRECHUNG, PRAXIS -

17. bis 19. MÄRZ 2010

**Workshop IV:
Anfechtung - Wenn BGH auf Realität trifft**

Rechtsanwalt Dr. Friedrich L. Cranshaw, Mannheim

7. Deutscher Insolvenzrechtstag

- Wissenschaft, Rechtsprechung, Praxis

Berlin, 17. bis 19. März 2010

Workshop IV

Anfechtung - Wenn BGH auf Realität trifft

Rechtsanwalt

Dr. Friedrich L. Cranshaw

Mannheim

Bemerkungen/Thesen

1. Gesetzgeberische Erwägungen zu vorinsolvenzlichen Reorganisationsverfahren

Sollte es, wie von der Politik postuliert, zu vorinsolvenzlichen Restrukturierungs-/Reorganisations-/Sanierungsverfahren **aufgrund gesetzlicher Regelungen** außerhalb der InsO kommen, ergeben sich daraus zugleich Schnittstellen zum Insolvenzanfechtungsrecht. [Solche Verfahren führen zugleich zu Schnittstellen zum Internationalen Privatrecht/Insolvenzrecht der europ. Union bei cross border-Reorganisationen bzw. zu Problemen, da die EulnsVO nur Gesamtverfahren mit Vermögensbeschlagnahme umfasst, siehe Art. 1 Abs. 1 EulnsVO.]

2. Die außergerichtliche Sanierung

Die heutigen – politisch gewünschten – außergerichtlichen Sanierungen stehen in einem erheblichen Spannungsfeld zu den strikten Vorgaben der Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung, namentlich zu § 133 InsO, wobei die operationellen Unwägbarkeiten durch Sanierungsgutachten nach Maßgabe der Rechtsprechung und z.B. nach IDW S 6 nicht vollends verneint werden können. Fraglich erscheint, ob in diesem Kontext die Neufassung (besser: Interimsfassung) des § 19 Abs. 2 InsO wirklich durchgreifend weiterhilft. Es stellt sich übrigens vor dem Hintergrund der öffentlichen, insbesondere auch der erwähnten politischen Diskussion, die Frage eines Paradigmenwechsels, ob nämlich tatsächlich die Insolvenzeröffnung möglichst frühzeitig erfolgen (Erwägungen des Gesetzgebers der InsO) soll oder ob man sie tendenziell vermeiden möchte.

3. Mietzessionen in der Immobilienfinanzierung, die jüngste Änderung erst begründeter Rechtsprechung

Die kürzliche erneute **Änderung der Rechtsprechung** zur Frage der Anfechtbarkeit der Mietzession aus Immobiliarmietverträgen auch dann, wenn der Zessionar (= Sicherungsnehmer = Gläubiger) ein in Umfang und Rang hinreichendes Grundpfandrecht inne hat (BGH, Urt. v. 9.11.2006 – IX ZR 133/05, u.a. DZWIR 2007, 159 = ZInsO 2006, 1321; Aufgabe dieser Rechtsprechung im Urt. v. 17.09.2009 – IX ZR 106/08, juris, Rn. 17,18), führt jedenfalls bis zur Insolvenzeröffnung zu vermeidbaren Kosten für den Schuldner als Folge der zu erwartenden Zwangsverwaltungen. Nicht recht nachvollziehbar ist unter dem Aspekt der Rechtssicherheit der erneute Wandel der erst 2007 begründeten Rechtsprechung zur fehlenden Anfechtbarkeit in den umrissenen Grenzen.

4. Die Reduzierung der Finanzierungsbasis durch die Unwägbarkeiten der Anfechtung wegen „Werthaltigmachung“

Kann eine Finanzierung nur gegen Sicherheit durch *fiduziarische nicht akzessorische Sicherungsrechte* am Umlaufvermögen dargestellt werden, führt die Rechtsprechung zur Sicherungszession mit der - wenn auch kongruenten - grundsätzlichen Anfechtbarkeit der sog. „*Werthaltigmachung*“ zu nicht unerheblicher Rechtsunsicherheit im Einzelfall und zur Relativierung der Sicherheit, die der Unterstützung der Sanierung entgegen wirkt (siehe z.B. BGH, Ur. v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, BGHZ 174, 297 = DZWIR 2008, 193; Ur. v. 29.11.2007 – IX ZR 165/05, DZWIR 2008, 191 = ZIP 2008, 372; Urteile v. 26.06.2008 – IX ZR 47/05, DZWIR 2008, 424 und IX ZR 144/05, DZWIR 2008, 427).

5. Mehrfachinanspruchnahmen und gesamtschuldnerische Haftung des Anfechtungsgegners

Problematisch ist in den in Ziff. 4 geschilderten Fällen die **gesamtschuldnerische Haftung** nach der Rechtsprechung. Die Anfechtungsproblematik verlagert sich auf den Gesamtschuldnerausgleich der etwa mehreren Anfechtungsgegner. Ungelöst scheint die Frage, inwieweit beim Gesamtschuldnerausgleich eine Abstufung nach den verschiedenen Anfechtungstatbeständen vorzunehmen ist. Die gesetzliche Regel des § 426 Abs. 1 Satz 1, 1. HS BGB scheint jedenfalls keine befriedigende Lösung.

Daneben steht in den Fällen des § 134 InsO, der in den letzten Jahren als Anfechtungsgrundlage erhöhte Bedeutung erlangt hat (siehe u.a. BGH, Ur. v. 1.06.2006 – IX ZR 159/04, DZWIR 2006, 389 = ZInsO 2006, 712 sowie das Ur. v. 30.03.2006 – IX ZR 84/05, DZWIR 2006, 348 = ZIP 2006, 957), das **Risiko der Mehrfachinanspruchnahme des Zahlungsempfängers** sowohl in der Insolvenz des Zahlungspflichtigen (§§ 130 f. InsO) als auch des Dritten bzw. „Leistungsmittlers“ (zu jenen Fällen vgl. BGH, Ur. v. 22.10.,2009 – IX ZR 182/08, juris; Ur. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 ff. = DZWIR 2008, 157 = ZInsO 2008, 106). Zwar hat der BGH hier eine Rangfolge zwischen Deckungsanfechtung und „Schenkungsanfechtung“ gesehen, zugleich aber dem Zahlungs-/„Zuwendungsempfänger“ das Risiko der „Insolvenz mehrerer Personen“ auferlegt, was nicht unbillig sei.

6. Praktische Probleme und Folgerungen aus der Rechtsprechung des BGH zum Lastschriftwiderruf

Beim sog. „**Lastschriftwiderruf**“, dessen Problematik in mittlerweile sehr zahlreichen Entscheidungen des BGH und der Instanzgerichte abgehandelt wurde, besteht bekanntermaßen eine Schnittstelle zum Anfechtungsrecht und zwar im Hinblick auf den **Zahlungsempfänger** des Insolvenzschuldners, der seine fälligen Ansprüche durch Lastschrifteinzug im Einziehungsermächtigungsverfahren realisiert hat. Neben der bestehenden **Notwendigkeit der Lösung der Divergenzen zwischen dem 9. und dem 11. Senat** des BGH zu der Frage der Widerrufsbefugnis des (vorläufigen) Verwalters steht die Frage, wer sachgerecht das **Risiko des Ausfalls** beim Zahlungsempfänger, d.h. wer dessen **Bonitätsrisiko** trägt. Die bestehende Rechtsprechung des 9. Senats führt dazu, dass der Insolvenzmasse nicht nur das Anfechtungsrisiko auf der Ebene des

Zahlungsempfängers abgenommen wird. Regelmäßig dürfte nämlich die Anfechtung gegen den Zahlungsempfänger nur wegen Kongruenz („fällige Rechnung“) möglich sein, bei der es nicht selten an den subjektiven Voraussetzungen beim Zahlungsempfänger fehlen dürfte, auch wenn man § 130 Abs. 2 InsO heranzieht. Nicht nachvollziehbar ist aber, dass die Zahlstelle aufwändig den Bereicherungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger verfolgen muss, wobei freilich weitaus gravierender ist, dass sie zudem das Ausfallrisiko auf der Ebene des Zahlungsempfängers trägt. Im Extremfall führt das dazu, dass sie - bei Entstehung eines Guthabens als Folge der Wiedergutschrift bei Verweigerung der Genehmigung durch den (vorläufigen) Verwalter - ggf. erhebliche Beträge an die Masse erstatten muss, deren Verfolgung beim Zahlungsempfänger erfolglos ist. Besonders unverständlich wäre im letzteren Fall, wenn die Zahlstelle nach längerem Rechtsstreit Zahlung erhielte mit dem Hinweis, dass dem Zahlungsempfänger die Zahlungsunfähigkeit drohe mit der etwaigen Folge der späteren Rückzahlung nebst Zinsen an die Masse des Zahlungsempfängers unter dem Aspekt der Anfechtung. Hinzu kommt ein **prozessuales Risiko** dergestalt, dass der Zahlungsempfänger im Bereicherungsrechtsstreit obsiegt, ggf. abhängig davon, ob das erkennende Gericht der Auffassung des 9. oder des 11. ZS zuneigt und daher die Gutschrift der Zahlstelle für rechtlich zutreffend hält oder nicht. Zu beachten ist auch, dass die **Informationsbasis der Zahlstelle** zum Erhalt der Daten über den Zahlungsempfänger schmal ist, wobei man freilich den widerrufenden (vorläufigen) Insolvenzverwalter aus der bestehenden Vertragsbeziehung zur Zahlstelle mindestens für verpflichtet halten muss, den Prozessgegner so genau anzugeben, dass der Zahlstelle der Rechtsstreit möglich wird.

Sachgerecht im Sinne der **Risikoverteilung nach Risikosphären** erscheint daher, den Verwalter als Rechtsfolge des „Lastschriftwiderrufs“ auf die Zession der Kondiktionsansprüche der Zahlstelle gegen den Zahlungsempfänger zu verweisen.

7. Tatsächliche Beseitigung der Einzelzwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher als Konsequenz jüngster Rechtsprechung zu § 133 InsO ?

Die aktuelle Rechtsprechung zu § 133 InsO (BGH, Urt. v. 10.12.2009 – IX ZR 128/08, ZInsO 2010, 226 ff. = ZIP 2010, 191 ff. = WM 2010, 360 ff., gegen OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.06.2008 – 8 U 198/07, NZI 2008, 655 ff.) macht die Beauftragung des Gerichtsvollziehers und die Gesetzeslage nach § 806b ZPO obsolet, der Gläubiger muss daher den Gerichtsvollzieher anweisen, keinerlei Ratenzahlungen zu akzeptieren, sondern „kompromisslos“ zu vollstrecken. Als Folge der weitgehend bargeldlosen Abwicklung des Zahlungsverkehrs führt die über geringfügige Beträge hinausgehende Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher heute nicht mehr zum Erfolg. Der Pfändungsauftrag an den Gerichtsvollzieher ist damit künftig (jedenfalls noch mehr als bislang) nichts mehr anderes als die „lästige“ Durchgangsstufe zur Ableistung der eidesstattlichen Versicherung.

8. Diskussionspunkte zur Rechtsprechung zu der unentgeltlichen Leistung gem. § 134 InsO

Die Rechtsprechung zu § 134 InsO umfasst zutreffend **nicht** die Besicherung eigener Verbindlichkeiten, gleichgültig, ob die Besicherung anfänglich oder nachträglich erfolgt.

Unentgeltlichkeit ist in dergleichen Fällen zu verneinen. Anfechtungsrelevante Sachverhalte decken die §§ 131, 133 InsO hinlänglich ab, deren praktische Wirksamkeit bei anderer Auffassung entscheidend beeinträchtigt wäre. Das jüngste Urteil des BGH in diesem Kontext (v. 7.05.2009, DZWIR 2009, 461 = ZInsO 2009, 1056 = NJW 2009, 2065) hat zu Unsicherheiten bzw. Mutmaßungen in der Literatur über die Tragweite der Entscheidung geführt, die indes unbegründet sind (vgl. insbesondere auch das Ur. v. 22.07.2004 – IX ZR 183/03, ZInsO 2004, 967).

9. Anfechtungsfragen und Konkurrenzen nach der durch das MoMiG geschaffenen Rechtslage

Bei den zahlreichen durch das MoMiG aufgeworfenen Problemen bedarf es einer Reihe von Klärungen für die Unternehmen. Zum einen führt zu beachtlicher Unsicherheit die Frage, nach welchem Zeitraum die Aufgabe der Gesellschafterposition (deren problematische Quote auch bei der AG nur mehr – unverständlich - bei 10% liegt) zur Verneinung des Nachrangs- und Anfechtungsrisikos führt. Es spricht angesichts der Wertungen des Gesetzgebers dafür, dass das jedenfalls nach „Jahr und Tag“ der Fall ist, wenn demzufolge die Beteiligung mehr als ein Jahr aufgegeben wurde oder auf 10% abgesunken ist. Zum Weiteren bedarf die wenn auch wohl seltene Kollision des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO mit § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO der Lösung dahingehend, dass der Wegfall der Anfechtbarkeit zugleich die Nachrangproblematik aufhebt, da ansonsten § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO leer liefe.

10. Anfechtung gegenüber dem Fiskus und Sozialversicherungsträgern, Problematik der Auskunft

Im Interesse der par conditio creditorum (ein tragendes Element jeden Gesamt(vollstreckungs)verfahrens; die par conditio ist somit zutreffend auch wesentliches Element der EulnsVO, vgl. dort z.B. Art. 20 Abs. 2) ist der Rechtsprechung des BGH zu § 28e SGB IV im Ergebnis zuzustimmen, da die vom Gesetzgeber gegebene Begründung der Vorschrift die Verneinung der Anfechtbarkeit nicht stützt. Die öffentlichen Gläubiger mit Forderungen aus hoheitlichem Handeln sind anfechtungsrechtlich **nicht besser** zu stellen als andere Gläubiger, aber selbstverständlich auch **nicht schlechter**. Letzteres wäre der Fall, wenn sie nach instanzgerichtlicher Rechtsprechung von **Verwaltungsgerichten nach den Informationsfreiheitsgesetzen** Auskünfte und Akteneinsicht gewähren müssten, die dem Verwalter erst die **Basis für die Anfechtung** bereiten (vgl. VG Neustadt, Ur. v. 17.09.2009, 4 K 639/09-NW, juris, entgegen – wenn auch unter anderem rechtlichen Aspekt - BGH, Ur. v. 13.08.2009, IX ZR 58/06, ZInsO 2009, 1810). Zum einen können sie sich zwar den Schuldner aufgrund des jeweiligen gesetzlichen Regelwerks nicht aussuchen, dennoch ist die **schnellere Titulierung** ein zu ihren Gunsten sprechendes Element. Auf der anderen Seite können sich auch andere bedeutende Gläubigergruppen der Verbindung mit dem späteren Insolvenzschuldner nicht ohne Weiteres entziehen, man denke an die Arbeitnehmer, aber auch an den Kreditgeber, der erst nach Vorliegen gesetzlicher oder vertraglicher Voraussetzungen kündigen kann, will er sich nicht Schadenersatzansprüchen aussetzen. Im Regelfall

haben die Behörden auch tiefgreifendere Kenntnisse über die Situation des späteren Insolvenzschuldners als andere Gläubiger.

11. Anfechtung gegenüber Arbeitnehmern

Im Interesse der Arbeitnehmer sind mehrere **Aspekte** anfechtungsrechtlich zu beachten: Einmal bedarf es der umgehenden **Klärung des Rechtsweges** (vgl. BGH, Beschl. v. 2.04.2009 – IX ZB 182/08, ZInsO 2009, 820 ff. = NJW 2009, 1968 ff.; aA das BAG, zuletzt im Beschl. v. 15.07.2009 – GMS-0GB 1/09, DZWIR 2009, 407 = ZIP 2009, 1687). Dabei spielt es letzten Endes keine Rolle, ob der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten oder den Arbeitsgerichten bejaht wird, in beiden Fällen handelt es sich um Zivilgerichte.

Von größerer Bedeutung für die ggf. betroffenen Arbeitnehmer, bezüglich derer weitgehend **§ 142 InsO** spricht, ist der Umstand, dass bei etwa bejahter Anfechtbarkeit der Insolvenzforderung nach **§§ 183 ff. SGB III** - von Ausnahmen etwa unlauteren Verhaltens abgesehen - **uneingeschränkt aufrecht erhalten** wird (Folge der RL 2002/74/EG, str.).

Zudem ist die Anfechtung, wenn überhaupt, im Allgemeinen nur wegen **Kongruenz** möglich, wobei die subjektiven Voraussetzungen des § 130 InsO selten vorliegen dürften. Die potentielle Anfechtbarkeit wirkt zudem der Begleitung der Sanierung durch diese Gläubigergruppe entgegen (siehe insb. BGH, Urt. v. 19.02.2008 – IX ZR 62/08, BGHZ 180, 63 ff. = ZInsO 2009, 515 ff. = DZWIR 2009, 254 ff.).

12. Geduldete Kontoüberziehungen

Rasche Änderung erst jüngst begründeter Rechtsprechung prägt auch die Entscheidung zu den sog. „geduldeten Kontoüberziehungen“ (BGH, Urt. v. 11.01.2007 – IX ZR 3/05, BGHZ 170, 276 = DZWIR 2007, 248 = ZInsO 2007, 269, „mangels Gläubigerbenachteiligung“ keine Anfechtung; dagegen Urt. v. 8.10.2009 – IX ZR 191/05, ZInsO 2009, 2060 = NJW 2009, 3362, „der Senat [hält] an seiner bisherigen Auslegung des § 129 Abs. 1 InsO [bei Zahlungen aus] Überziehungskredit nicht mehr fest“). Dergleichen rasche Rechtsänderungen sind nicht problemfrei, wenn auch die 2007 entwickelte Rechtsprechung tendenziell zu Lasten des Geldkreditgebers gegangen ist, der durch die Rückführung der Überziehung zwar kongruente, aber immerhin doch noch anfechtbare Deckung erhalten hat. Unter diesem Aspekt stellt sich die Entscheidung aus 2009 freilich als Korrektur ihrerseits nicht unproblematischer Rechtsprechung aus 2007 dar.

13. Anfechtungsklagen nach Rechtskraft der Bestätigung eines Insolvenzplans

Dem Gesetzgeber, nicht jedoch der Rechtsprechung, ist das Problem geschuldet, dass die Ermächtigung des Insolvenzverwalters zur Führung von Anfechtungsklagen im Falle der Bestätigung eines Insolvenzplans auf bereits rechtshängige Klagen beschränkt ist, wobei zudem eine Regelung im gestaltenden Teil des Insolvenzplans notwendig ist, § 259 Abs. 3 InsO, BGH, Urt. v. 10.12.2009 – IX ZR 206/08, ZInsO 2010, 82 ff.).

14. Operationelle Risiken bei Existenzgründerfinanzierungen ?

Sind statistisch junge Unternehmen tendenziell stärker insolvenzgefährdet als am Markt etablierte, so würde eine Rechtsprechung, die beim stets bedauerlichen Scheitern des Existenzgründers denselben Maßstab anlegt wie bei der Sanierung bestehender Unternehmen und „rigoros“ § 133 InsO anwendet, der erwünschten Gründung von Unternehmen im Wege stehen. Bei den bestehenden ökonomischen Unsicherheiten wäre dann eine Finanzierung nicht selten nur schwer zu vertreten. Zu beachten ist zudem, dass Existenzgründungen häufig mit öffentlichen Fördermitteln begleitet werden, wobei auch von der fördernden Stelle auf die Folgerichtigkeit des Konzeptes geachtet wird. Bringt der Existenzgründer noch eine für den Unternehmensplan vernünftige Eigenkapitalquote mit, ist für die Annahme, die Absicherung der Finanzierungsmittel sei unter § 133 InsO zu subsumieren, kein Raum. Die notwendige Korrektur durch die Entscheidung des BGH v. 5.3.2009 (IX ZR 85/07, u.a. ZInsO 2009, 873 ff.) ist daher zu begrüßen. Es geht allerdings weniger darum, dass „nahezu das gesamte Vermögen“ auf den Gläubiger zur Besicherung übertragen wird, sondern um die sachgerechte Besicherung des Finanzierungsrisikos eines neu gegründeten, ggf. technisch innovativen Unternehmens, dessen Geschäft mit Ausnahme der Möglichkeiten, die die Eigenkapitalquote bietet, vorfinanziert wird.

15. Die Parallelität von Ansprüchen nach dem AnfG und der InsO in den Fällen des Verfahrens nach den §§ 311 ff. InsO; die Fälle der Überleitung der Gläubigeranfechtung in die Insolvenzanfechtung

Die Schnittstelle der Insolvenzanfechtung zur Gläubigeranfechtung nach dem AnfG (siehe BGH, Urt. v. 3.12.2009 – IX ZR 29/08, ZInsO 2010, 230 ff. = WM 2010, 269 ff.) scheint im Hinblick auf die Rechtsfolge nicht recht zufriedenstellend gelöst (in den Fällen der §§ 311 ff. InsO), da sich in der Insolvenz des Schuldners die Rechtsfolgen des § 11 AnfG und des § 143 InsO nicht vollständig decken. Die Annahme hingegen, der Gläubiger, der den Anfechtungsrechtsstreit nach dem AnfG begonnen habe, werde ihn im Interesse der Masse fortsetzen, ist nur dann wirklich praxisgerecht, wenn ihm letztlich das Ergebnis des Rechtsstreits uneingeschränkt zur Verfügung steht oder der auf ihn entfallende Anteil wirtschaftlich interessant ist und ihm die Masse das Kostenrisiko des Rechtsstreits ganz weitgehend abnimmt.