



## **7. DEUTSCHER INSOLVENZRECHTSTAG 2010**

**- WISSENSCHAFT, RECHTSPRECHUNG, PRAXIS -**

**17. bis 19. MÄRZ 2010**

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

Rechtsanwalt/Wirtschaftsprüfer Ludger Westrick, Bonn

KANZLEI WESTRICK

LUDGER WESTRICK RA WP

Hensstraße 12  
D-53173 Bonn

Rheinallee 11  
D-53579 Erpel

Tel. +49 (0)228 93 47 - 0  
Fax +49 (0)228 93 47 - 99

kanzlei@westrick.de

7. Deutscher Insolvenzrechtstag, Berlin

17. bis 19. März 2010

Workshop IV:

Anfechtung – Wenn der BGH auf Realität trifft

Sicht des Sanierers vor und in der Insolvenz

I. Eigenverwaltung und Insolvenzplan, die Angebote des Gesetzgebers an den redlichen Unternehmer/Schuldner, bleiben weitgehend ungenutzt.

Das Planinitiativrecht des Schuldners wird durch die Rechtsprechung des BGH zur Vergütung des anwaltlichen Beraters in der Krise erheblich beeinträchtigt.

Eine Krisenberatung erfolgt typischer Weise erst, wenn Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, mindestens aber droht. Sanierungskonzepte und Insolvenzpläne, seien sie auf Fortführung oder auf Liquidation gerichtet, werden erst nach Zahlungsunfähigkeit erstellt. Auf Vorrat erstellten Plänen fehlt der Realitätsbezug.

Krisenberater erfüllen wie Kreditgeber in der Krise stets die subjektiven Voraussetzungen von §§ 130 und 133 InsO.

Bisher hat der BGH eine vorsätzliche Benachteiligung nach § 133 InsO nur angenommen, wenn das Honorar nach Insolvenzantrag beim Berater eingegangen ist, BGH Urteil vom 13.04.2006 IX ZR 158/05. Das ist zu begrüßen, aber nicht mit dem eher zufälligen Datum des Zahlungseingangs zu begründen. Vielmehr sollte die erkennbar gewordene Absicht des Schuldners ausschlaggebend sein.

Vor einer Anfechtung nach § 130 InsO bewahrt der BGH den Krisenberater nur, wenn zwischen dem Eingang der Vergütung beim Berater und dem Beginn seiner Leistung nicht mehr als 30 Tage liegen. Für künftige Tätigkeiten kann sich der Anwalt anfechtungsfest nur durch einen Vorschuss für seine Tätigkeit innerhalb der nächsten 30 Tage sichern. Danach könne der Anwalt seine Tätigkeit einstellen bzw. einen neuen Vorschuss anfordern, BGH Urteil vom 13.04.2006 IX ZR 158/05 und Urteil vom 6.12.2007 IX ZR 113/06.

Diese Regelungen wirken sanierungsfeindlich.

Der Schuldner soll auch im Stadium der Zahlungsunfähigkeit noch in die Lage versetzt werden, mit Bargeschäften sein Unternehmen am Leben zu halten. An der Wahrnehmung seiner Rechte, seine Krise mit Eigenverwaltung und Insolvenzplan zu meistern, sieht er sich indessen gehindert, es sei denn er ist liquide genug, einen Vorschuss für die jeweils kommenden 30 Tage der Tätigkeit des Krisenberaters zu leisten und ggf. zusätzlich dessen laufende Rechnungen jeweils spätestens 30 Tage nach Aufnahme der Tätigkeit zu bezahlen.

Krisen mittelständischer Unternehmen sind aber nicht von der Art, dass diese Zahlungen jeweils fristgerecht erfolgen können. Wenn der Krisenberater deshalb seine Tätigkeit unterbricht oder einstellt, wirkt dies kontraproduktiv. Sanierungschancen können damit verpasst werden, und unüberwindliche Sanierungshemmnisse entstehen.

Aber selbst wenn ein Krisenunternehmen seinen Berater möglicherweise über Monate hinweg anfechtungsfest bezahlt hat, laufen die dem Schuldner zur Bewältigung seiner Krise zur Verfügung gestellten Instrumente leer, weil der „prepackaged deal“ nach Einreichung des Insolvenzantrags mit Insolvenzplan der Anpassung und Umsetzung bedarf.

Leider bleiben mit dem Insolvenzantrag eingereichte Pläne beim Insolvenzgericht erst einmal liegen und werden vom Richter nicht alsbald nach § 231 InsO vorgeprüft.

Begründet wird dies zu Unrecht mit § 232 InsO, wonach das Gericht den vom Schuldner eingereichten Plan dem Insolvenzverwalter vorlegt. Richtigerweise hat die Vorprüfung nach § 231 InsO vor Einholung der Stellungnahmen nach § 232 InsO zu erfolgen. Wenn dann nach 3-monatigem Antragsverfahren und separatem Berichts- und Prüfungstermin bis zum Erörterungs- und Abstimmungstermin 5 – 6 Monate vergangen sind, ist der mit dem Antrag eingereichte Plan überholt und hat keine Chance, von den Gläubigern angenommen zu werden.

Vorschüsse, die eine Tätigkeit des Beraters in dieser für den Verlauf des Verfahrens entscheidenden Insolvenzantragsphase decken, wären wegen Überschreitens der 30-Tage-Grenze nach § 130 Abs. 1 Ziff. 1. bzw. 2. InsO mindestens größtenteils anfechtbar.

## II. Der Schuldner benötigt in der Krise professionelle Unterstützung

Zur

- Erstellung von außergerichtlichen Sanierungskonzepten nach IDW S 6 IDW FN 2009, 578 ff,
- Insolvenzplänen nach § 217 ff InsO, seien sie auf Fortführung oder auf Abwicklung gerichtet, sowie
- zur Plananpassung und
- Umsetzung

bedarf der Schuldner professioneller Unterstützung.

Die Gläubiger verlieren die ihnen vorbehaltenen Optionen auf Eigenverwaltung und einen Insolvenzplan des Schuldners, wenn dieser – wie derzeit üblich – mit dem Insolvenzantrag praktisch ausgeschaltet und bereits vom vorläufigen Verwalter aus der Unternehmerrolle verdrängt wird.

Zum Nachteil der Masse verspielt diese Verfahrensweise den Kredit, das Wissen, die Beziehungen und die Mitarbeit des Unternehmers.

### III. Schuldner richten sich auf diese Handhabe ein

- indem sie von Anfang an das Risiko tragende Unternehmen mit so wenig Kapital wie möglich ausstatten,
- die Insolvenz verschleppen und
- die Masse mit anfechtbaren Rechtsgeschäften vor dem Zugriff des Verwalters zu retten versuchen.

### IV. Anliegen an die Rechtsprechung zur Anfechtung der Honorare des Krisenberaters

Um das Potential der Mitarbeit des Schuldners und seiner Berater bei der Bewältigung der Krise im Insolvenzverfahren nicht zu verspielen ist zu fordern:

- Eine Benachteiligungsabsicht iSv § 133 InsO ist zu verneinen, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommt, seine Rechte und Pflichten im Insolvenzverfahren wahrzunehmen.
- Bargeschäfte bei Dienstleistungen des Sanierungsberaters hängen nicht von der Einhaltung starrer 30-Tage-Fristen ab, sondern davon, ob
  - Leistung und Gegenleistung zueinander in einem üblichen zeitlichen Zusammenhang
  - und in einem angemessenen Verhältnis stehen und
  - ob ein Interesse der Gläubigersamtheit an der Beratungsleistung nicht von vornherein auszuschließen ist.

### V. Weitere Vorschläge zur Effizienzsteigerung von Unternehmensinsolvenzen:

- Die Vorverfahren sind in der Regel auf einen Monat abzukürzen. Das Massemachen zu Lasten des Insolvenzgeldes hat wegen der Umlagen auf die gewerbliche Wirtschaft ohnehin etwas Anstößiges.
- Im Vorverfahren sind bei Eigenantrag lediglich ein Vollstreckungsverbot und ein Sachverständigengutachten anzuordnen.
- Der Sachverständige ist auch danach zu befragen, ob Eigenverwaltung die Masse gefährdet bzw. das Verfahren verzögert, § 270 InsO.

- Mit dem Insolvenzantrag eingereichte Insolvenzpläne sind vom Richter bereits im Vorverfahren vorzuprüfen.
- Bei Eigenanträgen mit aussagekräftigen, aktuellen Unterlagen zur Vermögens- und Ertragslage ist Eigenverwaltung grundsätzlich zuzulassen.
- Berichts-, Prüfungs- und Erörterungs- und Abstimmungstermin sind am gleichen Tag hintereinander zu terminieren.