

## Insolvenzanfechtung erfolgreich vermeiden und abwehren – Kommunen im Fokus

Von Dr. Olaf Hiebert, Düsseldorf\*)

Das Recht der Insolvenzanfechtung (§§ 129ff. InsO) ist seit jeher zentrales Thema in Wissenschaft<sup>1)</sup> und Praxis. Zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen<sup>2)</sup> allein im Jahr 2015 – vor allem zu der besonders umstrittenen Vorschrift des § 133 InsO – und eine anhaltende Diskussion in Verbänden<sup>3)</sup> belegen dies. Mittlerweile liegt auch ein Referentenentwurf<sup>4)</sup> zur Reform des Insolvenzrechts vor, der ebenfalls Gegenstand einer breiten Diskussion<sup>5)</sup> in der Literatur ist. Im Mittelpunkt stehen hierbei Anfechtungen von Zahlungen an Lieferanten. Derartige Fälle haben es bis in eine breitere Öffentlichkeit<sup>6)</sup> geschafft. Dabei sind neben den Privaten vor allem der Fiskus und die Sozialversicherungsträger sowie auch die Kommunen als Abgaben und Steuergläubiger besonders stark von Anfechtungen betroffen. Sie geraten leicht und regelmäßig in das Visier der Insolvenzverwalter. Der Grund hierfür liegt in einem strikten Mahnwesen und der häufigen Drohung mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die dann aber nicht umgesetzt werden. Besonders ärgerlich ist es, wenn ein Betrag mühsam zwangsvollstreckt wird und die Kommune dann selbst den Insolvenzantrag so stellt, dass die Vollstreckungshandlung noch im Dreimonatszeitraum liegt. Hier kann allein schon durch ein geschickteres Verhalten bei der Stellung von Fremdanträ-

gen das Anfechtungsrisiko erheblich gesenkt werden. Dies ist nur ein Beispiel. Der nachfolgende Beitrag zeigt, wie Anfechtungsrisiken bereits im Vorfeld einer Insolvenz und im Rahmen der Korrespondenz mit einem Insolvenzverwalter vermieden werden können.

### I. Anfechtungsrisiken vermeiden

Schon lange vor der Insolvenz des Beitragsschuldners kann auch die zuständige Behörde<sup>7)</sup> viel unternehmen, um Anfechtungsrisiken zu vermeiden oder zumindest erheblich zu verringern. Das Verhalten der Behörde bei sich abzeichnenden wirtschaftlichen Problemen des Schuldners ist entscheidend. Es stellt sich vor allem die Frage, wie sich die Behörde verhalten soll, wenn der Schuldner unregelmäßig zahlt, also verspätet oder nur unvollständig, z. B. im Wege von Teilzahlungen.

#### 1. Der sicherste Weg: Titulieren und Vollstrecken

Der sicherste Weg ist es, die eigene Forderung zu titulieren und zu vollstrecken, denn die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO setzt eine Rechtshandlung des Schuldners voraus. Die Vollstreckung durch einen Gerichtsvollzieher oder die Drittschuldnerzahlung der kontoführenden Bank sind keine Rechtshandlung des Schuldners, was eine Anfechtung innerhalb der besonders langen Frist<sup>8)</sup> des § 133 Abs. 1 InsO mit der Folge ausschließt, dass eine Anfechtung nur noch möglich ist, wenn die Vollstreckung binnen drei Monaten vor dem Insolvenzantrag erfolgt ist. Aber auch hier ist an mehreren Stellen Vorsicht geboten.

#### a) Erstes Problem: Vollstreckungshandlungen als Rechtshandlung des Schuldners

Problematisch ist es, wenn der Schuldner im Hinblick auf bereits eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen Überweisungen oder andere Zahlungen vornimmt. Solange der Schuldner noch über seine Zahlungsmittel verfügen kann und die Zahlung selbst vornimmt, liegt eine Rechtshandlung des Schuldners i. S. d. § 133 Abs. 1 InsO vor<sup>9)</sup>. Dies soll selbst dann gel-

\*) Dr. Olaf Hiebert ist Rechtsanwalt der Sozietät Buchalik Brömmekamp in Düsseldorf und auf das Recht der Insolvenzanfechtung spezialisiert.

1) Vgl. z. B. Huber, ZInsO 2015, 713 ff.; Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073 ff.; Foerste, ZInsO 2013, 897; Ganter, WM 2014, 49, 51; Kayser, NJW 2014, 422 ff.; Strandmann, ZInsO 2014, 538 ff.

2) Zuletzt wieder: BGH, Beschluss vom 7. 5. 2015 – IX ZR 95/14 – N.N.; BGH, Beschluss vom 30. 4. 2015 – IX ZR 149/14 – ZInsO 2015, 1441 ff.; BGH, Beschluss vom 16. 4. 2015 – IX ZR 6/14 – ZInsO 2015, 898; BGH, Beschluss vom 26. 3. 2015 – IX ZR 134/13 – ZInsO 2015, 1077 ff.; BGH, Beschluss vom 12. 2. 2015 – IX ZR 180/12 – ZInsO 2015, 628 ff.

3) Vorschlag des Gravenbrucher Kreises zur Reform des Anfechtungsrechts, Stand Juli 2014, ZInsO 2014, 1704 ff.; Vgl. hierzu Positionspapiere und Stellungnahmen diverser Wirtschafts- und Inkassoverbände (z. B. BDI, ZDH, BDIU), abgedruckt in ZInsO 2013, 2312, abrufbar im Internet und kürzlich die Pressemitteilung des Bundesverbandes Deutscher Inkassounternehmen e. V. BDIU vom 14. 1. 2015 in ZInsO 5/2015, IV: „69 Prozent aller Inkassounternehmen melden Anfechtungen nach § 133 Abs. 1 InsO innerhalb der letzten zwei Jahre. In 82 Prozent der Fälle müssen die Unternehmen das Geld an den Insolvenzverwalter zurückzahlen“.

4) „Entwurf“ eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz“ des BMJV vom 16. 3. 2015, abgedruckt z. B. in ZInsO 2015, 624 ff.

5) Frind, ZInsO 2015, 1001 ff.; Jungclauss/Keller, NZI 2015, 297 ff.; Hölzle, ZIP 2015, 662 ff.

6) Vgl. Beitrag des ARD-Magazins „plusminus“, Sendung vom 8. 7. 2015, und des Magazins „quer“ im BR vom 25. 6. 2015.

7) Der Begriff Behörde soll hier als Oberbegriff für die Kommunen und ihre zuständigen Abteilungen genannt werden.

8) Derzeit zehn Jahre, gerechnet ab dem Tag der Stellung des Insolvenzantrages. In der Diskussion ist eine Verkürzung der Frist auf vier Jahre.

9) Ständige Rechtsprechung: Zuletzt wieder BGH, Urteil vom 7. 5. 2015 – IX ZR 95/14 – ZInsO 2015, 1262 ff., Rn. 8.

ten, wenn das Guthaben vor der Überweisung des Schuldners zugunsten des Gläubigers gepfändet und zur Einziehung überwiesen wurde<sup>10)</sup>. Eine Absprache zwischen Behörde und Schuldner über die Begründung des Pfändungspfandrechtes ermöglicht die Anfechtung desselben nach § 133 Abs. 1 InsO<sup>11)</sup>. Etwaige Absprachen zwischen Schuldner und Behörde dürfen daher auf keinen Fall aktenkundig gemacht oder anderweitig dokumentiert werden.

Leistet der Schuldner bei Erscheinen des Gerichtsvollziehers oder Vollziehungsbeamten freiwillig, soll hierin – trotz laufender Vollstreckungshandlung – nach der Rechtsprechung<sup>12)</sup> gleichwohl eine Rechtshandlung des Schuldners liegen. Man unterscheidet in der Tat danach, ob der Gerichtsvollzieher, bildlich gesprochen, in die Kasse greift, oder der Schuldner in die Kasse greift, um das Geld an den Gerichtsvollzieher herauszugeben. Wie der Gerichtsvollzieher vollstreckt, kann der gewöhnliche Gläubiger nur bedingt steuern. Die Kommune könnte indes ihre Vollziehungsbeamten anweisen, sich entsprechende Beträge nicht aushändigen zu lassen, sondern selbst in der Kasse nachzuschauen und entsprechende Beträge zu entnehmen. Dieses Vorgehen ist freilich etwas rabiat und unhöflich, schließt eine Rechtshandlung des Schuldners aber zumindest aus. Besser ist es da schon, einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss/Einziehungsverfügung zu erwirken, um eine Drittschuldnerzahlung der kontoführenden Bank zu erhalten. Denn darin liegt anerkanntermaßen keine Rechtshandlung des Schuldners. Aber auch insoweit bestehen Risiken.

### **b) Zweites Problem: Auffüllen des Girokontos als anfechtbare Rechtshandlung**

Drittschuldnerzahlungen sind keine Rechtshandlungen des Schuldners, da das kontoführende Geldinstitut aufgrund des Gerichtsbeschlusses bzw. Bescheides eine Überweisung zu Lasten des Kontos des Schuldners an den Gläubiger bzw. dessen Bank vornimmt. Diese gesicherte Erkenntnis ist ärgerlich für den anfechtungswilligen Insolvenzverwalter. Die Lösung wurde in folgender Argumentation gesehen: Indem der Schuldner durch das Veranlassen oder bloße Zulassen von Gutschriften auf dem bei einem Geldinstitut für ihn geführten Girokonto ein pfändbares Kontoguthaben ansammelt, ermöglicht er erst die erfolgreiche Pfändung des Gläubigers. Dieses „Auffüllen“ des Girokontos ist als Rechtshandlung des Schuldners anfechtbar. Auch wurde argumentiert, dass es anfechtbar sei, wenn der Schuldner im Fall der Pfändung seines Girokontos erwartbare Zahlungen nicht auf ein ungepfändetes Girokonto umleitet, indem er beispielsweise seine Kunden bittet, auf dieses andere Konto zu zahlen. Der BGH<sup>13)</sup> ist dieser Argumentation erfreulicherweise bislang nicht gefolgt:

„Weder in der unterbliebenen Eröffnung eines neuen Kontos noch in der fehlenden Anweisung an die Drittschuldner, zu

Barzahlungen überzugehen, kann ein der Rechtshandlung nach § 133 Abs. 1 InsO gleichgestelltes Unterlassen (§ 129 Abs. 2 InsO) gesehen werden.“

Dass der Fall bis zum BGH in die 3. Instanz geht, zeigt aber erneut, dass Verwalter bzw. deren Prozessbevollmächtigte dazu neigen, ambitionierte rechtliche Begründungen zu nutzen und den Instanzenzug auszureizen. Die Behörde muss sich hier standfest zeigen.

### **c) Drittes Problem: Stillhalten des Schuldners als anfechtbare Rechtshandlung**

Das vorbezeichnete Urteil des BGH<sup>14)</sup> ist für die Gläubiger zwar einerseits positiv, es enthält andererseits aber „Sprengstoff“:

„Bei der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO ergibt sich aus deren subjektiven Voraussetzungen die weitergehende Anforderung, dass die gebotene Handlung bewusst und wenigstens unter Inkaufnahme der Gläubigerbenachteiligung unterlassen worden sein muss (vgl. Jaeger/Henckel, a. a. O. Rn. 18). Die untätige Hinnahme von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen muss also gerade in der Vorstellung und mit dem Willen erfolgen, dass durch das Unterlassen einer möglichen Handlung die anstehende Vermögensverlagerung auf den vollstreckenden Gläubiger gefördert wird (vgl. BGH, Urteil vom 3. 2. 2011 a. a. O. Rn. 10). Für ein entsprechend zielgerichtetes Unterlassen (vgl. MünchKomm-InsO/Kayser, a. a. O. § 133 Rn. 7) reicht es nicht aus, dass der Schuldner die Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers lediglich geschehen lässt. Vielmehr hat er andere Handlungsmöglichkeiten zum Schutz der Gläubiger Gesamtheit in Erwägung zu ziehen und muss hiervon bewusst im Interesse einzelner Gläubiger absehen. Dieses Bewusstsein kann vorhanden sein, wenn von der Geltendmachung bestehender Erstattungsansprüche kein Gebrauch gemacht wird (vgl. BGH, Urteil vom 22. 12. 2005, a. a. O. S. 348 f.) oder erfolgversprechende Rechtsbehelfsmöglichkeiten gegen eine rechtswidrige Vollstreckung nicht genutzt werden (vgl. BGH, Urteil vom 30. 4. 1959 – VIII ZR 179/58 – WM 1959, 891, 892; vom 3. 2. 2011, a. a. O. Rn. 10).“

Dies führt zu einem dritten Problem: Einige Insolvenzverwalter versuchen, das Stillhalten des Schuldners im Fall der Titulierung durch Mahn- und Vollstreckungsbescheid, also das Unterlassen eines Widerspruchs gegen diese Bescheide, anzufechten. Zwar muss der Schuldner nur Rechtsbehelfe gegen rechtswidrige Vollstreckungen nutzen. Sofern er aber in Absprache mit dem Gläubiger die Titulierung und Vollstreckung hinnimmt, stellt dies ein zielgerichtetes Unterlassen und eine bewusste Entscheidung des Schuldners dar, von ihm erwogene Handlungsmöglichkeiten zum Schutze der Gläubiger Gesamtheit nicht zu nutzen. Hieraus folgt für den Gläubiger, dass sich jede Absprache mit dem Schuldner verbietet. Auf keinen Fall dürfen solche Absprachen dokumentiert werden. Schon eine E-Mail oder Telefonnotiz im Haus des späteren Insolvenzschaftners ist ein ideales Beweismittel für den Insolvenzverwalter.

10) BGH, Urteil vom 21. 11. 2013 – IX ZR 128/13 – ZInsO 2014, 31 ff. Rn. 9 KKZ 2014, 237.

11) BGH, Urteil vom 21. 11. 2013 – IX ZR 128/13 – ZInsO 2014, 31 ff. Rn. 14.

12) BGH, Urteil vom 10. 12. 2009 – IX ZR 128/08 – ZInsO 2010, 226 ff. Rn. 10 ff. = KKZ 2011, 203, LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 12. 12. 2014 – 1 Sa 501/14 Rn. 20; OLG Koblenz, Urteil vom 25. 6. 2010 – 10 U 924/09 – UV-Recht Aktuell, 2010, 851 ff. (Übergabe eines Schecks an den Gerichtsvollzieher).

13) Urteil vom 16. 1. 2014 – IX ZR 31/12 – ZInsO 2014, 293 ff. Rn. 11 = KKZ 2015, 209.

14) Ebd.

**d) Fazit**

Die Titulierung und Vollstreckung der Forderung ist immer noch der sicherste Weg, eine Anfechtung nach § 133 InsO zu vermeiden. Im Hinblick auf eine mögliche Umsetzung der geplanten Gesetzesänderung, die vollstreckte Forderungen umfassend vor eine Anfechtung schützen möchte, wird dies umso mehr gelten.

**2. Zahlungen Dritter – Der Königsweg?**

Zahlungen aus dem Vermögen Dritter sind grundsätzlich nicht gläubigerbenachteiligend und damit nicht anfechtbar, weil das Vermögen Dritter den Gläubigern des Insolvenzschuldners nicht als Haftungsmasse zur Verfügung steht. Zahlungen Dritter sind – sofern diese nicht selbst insolvenzgefährdet sind – folglich ein gutes Mittel, um Anfechtungen zu vermeiden. Aber auch hier ist Vorsicht geboten. Zu Recht fragt man sich, weshalb ein Dritter denn eine Verbindlichkeit des Schuldners begleichen sollte. Allzu oft hat der Schuldner selbst einen Anspruch gegen den Dritten, der nur im Hinblick auf diese eigene Verpflichtung gegenüber dem Schuldner leistet. Und da beginnt das Problem. Denn verliert der spätere Insolvenzschuldner einen Anspruch gegen seinen Schuldner (Drittschuldner), weil er auf Weisung des Schuldners an den Gläubiger leistet, so liegt hierin wiederum eine Gläubigerbenachteiligung, mit der Konsequenz, dass der Insolvenzverwalter auch den eigentlich von einem Dritten geleisteten Betrag im Wege der Anfechtung zurückverlangen kann.

**3. Die positive Kenntnis von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners**

Eine gute Lösung für Gläubiger ist es, sich positive Kenntnis von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu verschaffen und dies auch zu dokumentieren, also im besten Fall aktenkundig zu machen. Dies setzt voraus, dass der Gläubiger Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners nehmen und prüfen kann, dass keine Zahlungsunfähigkeit droht. Erforderlich sind folglich das Einverständnis des Schuldners und ein mitunter nicht unerheblicher Prüfungsaufwand. Idealerweise lässt der Gläubiger ein IDW S6 Gutachten oder ein vergleichbares Gutachten von einem Experten erstellen. Diese sind mitunter aber recht teuer, und es wirkt – je nach Umfang der Geschäftsbeziehung – als würde man „mit Kanonen auf Spatzen schießen“. Als praktikablere, kleine Lösung, hat sich die Vorlage und Dokumentation aktueller Summen-Saldenlisten (SuSa), Offene-Posten-Listen (OPOS-Listen) und betriebswirtschaftlicher Auswertungen (BWA) bewährt. Eine Anfrage bei Creditreform, Schufa oder vergleichbaren Auskunftsdateien sowie die Prüfung des Jahresabschlusses im eBundesanzeiger sind bewährte flankierende Maßnahmen. Auch der Einblick in die Girokonten des Schuldners ist denkbar. Vorteilhaft ist, dass auch Insolvenzverwalter sich gerade diese Unterlagen ansehen. Kommt man nach der Prüfung zu dem Ergebnis, dass beispielsweise in der OPOS-Liste keine überfälligen Forderungen verzeichnet sind, ist man vergleichsweise auf der sicheren Seite. Überfällige Forderungen sollten hinterfragt und das Ergebnis dokumentiert werden. Sind Forderungen zum Beispiel gestundet oder stehen sie begründet im Streit, ist dies unschädlich.

Der Nachteil dieser Lösung ist freilich: Zeigen die Unterlagen drohende Zahlungsunfähigkeit, sollte die Prüfung gerade nicht dokumentiert werden. Es ist sinnvoll, mit dem Schuldner dann die Möglichkeit einer Sanierung unter Insolvenzschutz im Wege eines Eigenverwaltungsverfahrens unter Umsetzung eines Insolvenzplankonzeptes (Schutzschirmverfahren etc.) zu diskutieren, um den Schuldner rechtzeitig zu sanieren und so dauerhaft zu erhalten. In der Folge sind dann zwar alle erhaltenen Zahlungen anfechtbar, sofern der Verwalter diese Gespräche nachweisen kann. Aber wenigstens besteht eine bessere Aussicht, das Unternehmen nach erfolgreicher Sanierung als Steuer-, Abgaben- und Beitragszahler behalten zu können.

**II. Sofortmaßnahmen zur Begrenzung des Anfechtungsrisikos – was tun bei unregelmäßigen Zahlungen?**

Ungeachtet der vorbezeichneten, wohlüberlegten Lösungen können einige Sofortmaßnahmen helfen, das Anfechtungsrisiko erheblich zu mindern. Sehr wichtig ist es, rechtzeitig zu handeln. Ein entschlossenes Handeln ist bereits dann angezeigt, wenn der Schuldner nicht mehr pünktlich oder nicht vollständig zahlt. Teilzahlungen sind ein Alarmzeichen.

**1. Alarmzeichen**

Folgende Tatsachen sollten die Behörde alarmieren und veranlassen, die unter II. 2. beschriebenen Sofortmaßnahmen zur Begrenzung des Anfechtungsrisikos zu ergreifen:

- Der Schuldner zahlt verspätet, schleppend, nicht oder nicht vollständig
- Lastschriften „platzen“, werden also mangels Deckung nicht eingelöst bzw. zurückgegeben
- Der Schuldner zahlt in anderer Form als vereinbart; er tritt z. B. Forderungen gegen Dritte erfüllungshalber ab
- Der Schuldner tritt – möglicherweise mit Unternehmensberatern oder Anwälten – an die Behörde heran, um eine Stundungs- und Ratenzahlungsvereinbarung oder einen Vergleich über den Erlass von Schulden („Schuldenschnitt“) zu schließen
- In der Presse wird über wirtschaftliche Schwierigkeiten Ihres Schuldners berichtet

**2. Maßnahmen zur Minderung des Anfechtungsrisikos**

Folgende Maßnahmen mindern das Risiko einer Insolvenzanfechtung:

- Stellen Sie sicher, dass künftige Zahlungen zuerst auf künftige Steuern, Abgaben oder Beiträge angerechnet werden. Der Schuldner soll immer auf die „neueste Forderung“ zahlen. Der Schuldner kann und muss bestimmen, worauf er zahlt, da nach dem Gesetz die Zahlung sonst auf die älteste Forderung angerechnet wird. Bei der Überweisung auf eine klare Tilgungsbestimmung achten.
- Soweit nach Gesetz und Verwaltungsvorschriften zulässig, sollten in Bescheiden, Mahnungen etc. großzügigere Zahlungsziele eingeräumt werden.
- Vermeiden Sie Mahnungen, Drohungen mit Klage, Vollstreckung oder Insolvenz, Anwaltsschreiben und jedwede

Äußerung zum Zahlungsverhalten sowie zur Zahlungsfähigkeit Ihres Schuldners, die dokumentiert werden könnte. Dies gilt insbesondere für E-Mails, SMS, Faxe und Briefe, aber auch interne Protokolle. Weisen Sie Ihre Mitarbeiter entsprechend an! Wenn es sein muss: anrufen.

Es gilt die goldene Regel: Wenn Sie mit der Vollstreckung drohen, dann vollstrecken Sie auch sofort. Für Vollstreckungen gilt die kurze Anfechtungsfrist von drei Monaten; im Übrigen zehn Jahre!

### III. Stundungs- und Ratenzahlungsvereinbarungen

Als besonders problematisch und Ausgangspunkt extrem vieler Anfechtungsbegehren haben sich in der Vergangenheit Stundungs- und Ratenzahlungsvereinbarungen herausgestellt.

#### 1. Hintergrund

Kann ein Schuldner bei der Fälligkeit der Forderung des Gläubigers nicht oder nicht vollständig zahlen und bittet ihn deshalb um den Abschluss einer Stundungs- und Ratenzahlungsvereinbarung, so wurde dies seit dem „Nikolausurteil“ des BGH<sup>15)</sup> als Beweiszeichen dafür gewertet, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist und der Gläubiger dies aufgrund der Bitte des Schuldners auch weiß.

#### 2. Abmilderung durch den BGH

Der BGH<sup>16)</sup> hat die Problematik in einer neueren Entscheidung etwas entschärft, indem er klargestellt hat:

„Die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung ist, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält, als solche kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. [...] Eine Bitte um Ratenzahlung ist nur dann ein Indiz für eine Zahlungseinstellung, wenn sie vom Schuldner mit der Erklärung verbunden wird, seine fälligen Verbindlichkeiten (anders) nicht begleichen zu können.“

Der Gläubiger muss also entsprechend argumentieren. Allerdings werden in der Praxis die meisten Vereinbarungen wohl gerade aufgrund der mangelnden Leistungsfähigkeit des Schuldners getroffen. Zumindest deutet die Kommunikation zwischen Gläubiger und Schuldner, die in der Praxis ein wichtiges Beweismittel des Verwalters ist, darauf hin.

#### 3. Stundungs- und Ratenzahlungsvereinbarung schließen? Ja, aber ...

Wenn Stundungs- und Ratenzahlungsvereinbarungen erforderlich werden, können Anfechtungsrisiken dadurch gemindert werden, dass jede Aussage zu einer Zahlungsunfähigkeit vermieden wird. Zudem sollte die Vereinbarung so gestaltet sein, dass der Schuldner „Luft zum Atmen“ hat. Geringer bemessene Raten, längere Laufzeiten, keine harten Verfallsklauseln sind die richtigen Instrumente hierfür. Scheitert die Vereinbarung, sollte sofort vollstreckt werden. Die Besicherung bestehender Verbindlichkeiten sollte mit Vermögen erfolgen, das nicht im Eigentum des Schuldners steht.

15) Urteil vom 6. 12. 2012 – IX ZR 3/12 – ZlInsO 2013, 190ff.

16) Beschluss vom 16. 4. 2015 – IX ZR 6/14 – ZlInsO 2015, 898ff.

### IV. Was tun, wenn der Insolvenzverwalter kommt – Anfechtungsansprüche abwehren

Anfechtungsbegehren der Insolvenzverwalter kann erfolgreich entgegengetreten werden.

#### 1. Kommunikation mit dem Insolvenzverwalter und IFG

Insolvenzverwalter haben mit den von ihnen behaupteten Anfechtungsansprüchen vor allem deshalb so viel Erfolg, weil Ihnen die potenziellen Anfechtungsgegner die notwendigen Informationen selbst liefern. Während private Gläubiger jedwede Auskunft verweigern können, sehen sich Behörden mit einem ganz besonderen Problem konfrontiert, dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) des Bundes und der Länder. Zu der Frage, ob Behörden verpflichtet sind, solche Informationen zu offenbaren, die mittelbar oder sogar offensichtlich dazu geeignet sind, Insolvenzanfechtungsansprüche zu ermitteln, sind inzwischen zahlreiche Urteile<sup>17)</sup> ergangen, die ausnahmslos von dem Bestehen eines Auskunftsanspruchs des Insolvenzverwalters ausgehen. Das Verwaltungsgericht Aachen<sup>18)</sup> führt in aller Klarheit aus: „Das IFG NRW nimmt in Kauf, dass der Informationszugang eine etwaige Insolvenzanfechtung mit der Folge von Rückzahlungsansprüchen zu Lasten der Finanzverwaltung im Insolvenzverfahren erleichtert.“

Das Informationsfreiheitsgesetz stellt damit einen erheblichen Nachteil für die Kommunen dar. Der Insolvenzverwalter erhält die Informationen zum Kenntnisstand der Behörden im Zeitpunkt der Zahlungen des Schuldners „frei Haus“. Bestehende Rückstände, Teilzahlungen, Mahnungen und Vollstreckungen werden offenbar. Allerdings führt die bloße Beteiligung einer Kommune an einer juristischen Person des Privatrechts richtigerweise nur zu einer begrenzten Informationspflicht, die sich nicht auf das Zahlungsverhalten erstreckt<sup>19)</sup>.

#### 2. Zahlungsaufforderungen nicht voreilig akzeptieren

Keinesfalls sollte eine Zahlungsaufforderung des Insolvenzverwalters ohne Prüfung durch einen Spezialisten für Insolvenzanfechtung erfüllt werden. Die Erfahrung zeigt, dass viele Anfechtungsansprüche ins Blaue hinein geltend gemacht werden und nach Grund oder Höhe nicht begründet sind. Die Behörde sollte sich von Beschlüssen und Rechtsprechungs zitaten, die Ihnen der Insolvenzverwalter vorhält, nicht verwirren lassen. Das Schreiben des Verwalters oder eines beauftragten Rechtsanwalts enthält meist seitenweise Satzbausteine und versucht durch Bezugnahme auf zahlreiche Urteile zu suggerieren, dass der vorliegende Fall eindeutig sei. Letztendlich sollte die Behörde zahlen, um weitere Kosten und einen unnötigen Rechtsstreit zu vermeiden. Mit dem konkreten Sachverhalt hat der Inhalt des Schreibens allerdings häufig

17) VG Schleswig-Holstein, Urteil vom 31. 10. 2014 – 8 A 1/14 – ZlInsO 2014, 2385ff.; OLG Rostock, Urteil vom 28. 1. 2015 – 6 U 6/14 – ZlInsO 2015, 847ff.; OVG NRW, Urteil vom 15. 6. 2011 – 8 A 1150/10 – ZlInsO 2011, 1553ff., bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 14. 5. 2012 – 7 B 53/11 – ZlInsO 2012, 1268ff.; VG Münster, Urteil vom 27. 6. 2014 – 1 K 101/14 sowie – 1 K 2729/13; VG Köln, Urteil vom 27. 3. 2014 – 13 K 602/13; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 16. 9. 2010 – 17 K 5018/09.

18) Urteil vom 19. 3. 2014 – 8 K 1816/13.

19) So für die Verschwiegenheitspflichten des privaten Gesellschaftsrechts, VG Mainz, Urteil vom 22. 4. 2015 – 3 K 1478/14.MZ – juris, Rn. 39.

nicht viel zu tun. In dem Schreiben werden unzählige Indizien genannt, die in einem anderen Fall einmal geeignet waren, den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des späteren Insolvenzschuldners und die Kenntnis des Zahlungsempfängers hiervon im Zeitpunkt der Zahlung zu belegen. Allerdings sind diese Indizien für den vorliegenden Sachverhalt oft nicht einschlägig. Zudem ist stets eine Gesamtschau der Verhältnisse erforderlich, um den Anspruch zu begründen.

### 3. Im Zweifel prozessieren

Ein Rechtsstreit wird in Deutschland nicht entschieden, indem ein vergleichbarer Fall herangezogen wird, sondern der Richter hat zu prüfen, ob ein Sachverhalt den Tatbestand einer Rechtsnorm erfüllt, die einen Anspruch begründet. In der Würdigung der Beweise und Beweistatsachen ist er frei. So und nicht anders verhält es sich auch mit dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und der Kenntnis des Zahlungsempfängers nach § 133 Abs.1 InsO<sup>20)</sup>. Es gibt abweichende Urteile, die Rechtsprechung ist im Wandel, und es kommt immer auf den Einzelfall an. So hat das OLG Düsseldorf<sup>21)</sup> entschieden, dass die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO für eine Kenntnis eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners nicht vorliegt, wenn sich die Kenntnis des Anfechtungsgegners<sup>22)</sup> von der Liquiditätssituation des Schuldners darauf beschränkt, dass dieser Sozialversicherungsbeiträge über einen längeren Zeitraum regelmäßig mit einer Verspätung von drei bis sieben Wochen zahlt. Daraus soll ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht zweifelsfrei die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners folgen. Auch haben Gerichte<sup>23)</sup> schon entschieden, dass bei einer Barzahlung an den Gerichtsvollzieher oder einen Vollstreckungsbeamten in den Räumlichkeiten des Schuldners in der Regel davon auszugehen ist, dass diese Zahlungen keine Rechtshandlungen des Schuldners sind. Die Behörde sollte also nicht voreilig die Waffen strecken und zahlen.

### V. Zusammenfassung

1. Die Kommune kann das Risiko der Insolvenzanfechtung durch geschicktes Verhalten erheblich verringern.
2. Bevor die Kommune als Gläubiger einen Insolvenzantrag stellt (Fremdantrag), sollte sie prüfen, wann zuletzt vollstreckt wurde, und den Antrag gegebenenfalls zurückstellen, bis der Dreimonatszeitraum verstrichen ist.
3. Die zügige Titulierung und Vollstreckung von Forderungen bietet Kommunen im Fall der späteren Insolvenz des Schuldners den besten Schutz gegen eine Insolvenzanfechtung durch Insolvenz- oder Sachwalter.
4. Im Fall der Vollstreckung ist darauf zu achten, dass der Vollstreckungsvorgang nicht als Rechtshandlung des Schuldners gewertet werden kann, damit eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO ausgeschlossen ist.
5. Auch im Fall der Vollstreckung verbieten sich Absprachen mit dem Schuldner, da ein gezieltes Auffüllen des

gepfändeten Kontos oder auch nur eine zielgerichtete untätige Hinnahme von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von der Rechtsprechung im Einzelfall als nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbare Rechtshandlung gewertet werden können. Jedenfalls dürfen etwaige Absprachen im Hinblick auf die Informationsfreiheitsgesetze der Länder und des Bundes auf keinen Fall aktenkundig gemacht werden, weil Insolvenzverwalter nach Maßgabe dieser Gesetze auch dann Akteneinsicht bzw. Auskunft über Zahlungen, Mahnungen und Vollstreckungshandlungen erlangen können, wenn diese zur Identifizierung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen genutzt werden.

6. Insolvenzverwalter nutzen die Geschäftspapiere der späteren Insolvenzschuldner, um Anfechtungsansprüche zu ermitteln. Daher ist die Kommunikation mit dem Schuldner entsprechend anzupassen.
7. Die positive Kenntnis von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist am besten geeignet, eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO zu vermeiden. Allerdings ist der Prüfungsaufwand erheblich und eine Schulung der Mitarbeiter erforderlich. Zudem kann im Rahmen der Prüfung die drohende Zahlungsunfähigkeit gerade offenbar und dann aktenkundig werden.
8. Eine Reihe von Alarmanzeichen sollten Sofortmaßnahmen zur Minderung des Anfechtungsrisikos auslösen (vgl. II. 1. und 2.).
9. Stundungs- und Ratenzahlungsvereinbarungen stellen nach wie vor ein Anfechtungsrisiko dar. Das Risiko kann durch eine entsprechende Gestaltung der Vereinbarung aber deutlich verringert werden.
10. In der Kommunikation mit dem Insolvenzverwalter gilt grundsätzlich, dass die Behörde wie private Dritte keine Hinweise auf Anfechtungsansprüche liefern oder Auskünfte erteilen müssen. Auskünfte im Rahmen der Informationsfreiheitsgesetze müssen indes erteilt werden, was eine Verteidigung gegen eine Anfechtung deutlich erschwert.
11. Ein auf die Insolvenzanfechtung gestütztes Zahlungsverlangen des Insolvenzverwalters sollte ohne eine Prüfung durch einen auf das Recht der Insolvenzanfechtung spezialisierten Anwalt nicht voreilig akzeptiert werden. Ansprüche werden häufig „ins Blaue hinein“ und nur unzureichend vorbereitet geltend gemacht. Die Anfechtungsschreiben bestehen nicht selten aus Satzbausteinen und führen zahlreiche Rechtsprechungszitate auf, die beeindrucken sollen, mit dem konkreten Fall aber häufig nichts zu tun haben.
12. Da die Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung nicht einheitlich ist und zudem einem steten Wandel unterliegt, stehen die Chancen für einen wirtschaftlich vernünftigen, außergerichtlichen Vergleich gut. Eine versierte Verteidigung ermöglicht es zudem auch vor Gericht, Ansprüche abzuwehren oder zumindest gut zu vergleichen.

20) BGH, Urteil vom 30. 4. 2015 – IX ZR 149/14 – juris, Rn. 7.

21) OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. 2. 2015 – I-12 U 22/14, 12 U 22/14 – juris.

22) Im Fall ein Sozialversicherungsträger.

23) LG Mannheim, Urteil vom 13. 7. 2012 – 11 O 42/12 – NZI 2012, 848ff.; OLG Frankfurt, Urteil vom 13. 1. 2012 – 4 U 113/11 – MDR 2012, 373f.