

# 03.18

# KSI

## Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

### Wirtschaft Recht Steuern

14. Jahrgang  
Mai/Juni 2018  
Seiten 97–144

[www.KSIdigital.de](http://www.KSIdigital.de)

#### Herausgeber:

*Peter Depré*, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

*Dr. Lutz Mackebrandt*, Unternehmensberater

*Gerald Schwamberger*, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

#### Herausgeberbeirat:

*Prof. Dr. Markus W. Exler*, Fachhochschule Kufstein

*Prof. Dr. Paul J. Groß*, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

*WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth*, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

*Dr. Harald Krehl*, Senior Advisor, Wendelstein

*Prof. Dr. Jens Leker*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

*Prof. Dr. Andreas Pinkwart*, HHL Leipzig Graduate School of Management

*Prof. Dr. Florian Stapper*, Rechtsanwalt, Stapper Insolvenz- und Zwangsverwaltung, Leipzig

*Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck*, Richter a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

*Prof. Dr. Henning Werner*, Dekan der Fakultät für Wirtschaft, SRH Hochschule Heidelberg

#### Strategien Analysen Empfehlungen

Die Neufassung des IDW S 6 und seine Akzeptanz bei den Banken [Burkhard Jung / Eva Ringelspacher / Dr. Fabian Meißner, 101]

Zur besonderen Bedeutung der Creditor Relations bei auszuweitender bzw. komplizierterer Fremdfinanzierung [Dr. Bernhard Becker / Jan Handzlik / Felix Knoll / Prof. Dr. Stefan Müller, 106]

Geschäftsführerhaftung: Ein unkalkulierbares Risiko? [Prof. Dr. Florian Stapper / Dr. Benjamin Böhme, 111]

Der Fiskus als Massegläubiger erster Klasse [Dr. Andreas Schwarz / Arne Joachim Hammerich, 117]

#### Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Entwicklung des deutschen Restrukturierungsmarkts [Norbert Strecker / Michael Schmitt / Dr. Volker Beissenhirtz, 121]

Vorsicht bei Finanzspritzen von Gesellschaftern [Dr. Ulrich Viefers, 124]

Innenansichten aus der Restrukturierungspraxis [Prof. Dr. Markus W. Exler, 126]

Vermutung der Zahlungsunfähigkeit [Dr. Hans-Jürgen Hillmer, 129]

Von der KSI-Redaktion für Sie nachgefragt:

## Was hat die Reform der Insolvenzanfechtung gebracht?

Eine Zwischenbilanz: Kaum spürbare Verbesserungen für Gläubiger

Beantwortet von Dr. Olaf Hiebert\*

**Vor ca. einem Jahr ist die Reform der Insolvenzanfechtung in Kraft getreten – Zeit für eine erste Zwischenbilanz, die wir im Gespräch mit Dr. Olaf Hiebert ziehen konnten. Im Ergebnis können Gläubiger Risiken einer Insolvenzanfechtung nach der Reform oft leider noch weniger einschätzen; offenbar werden die Ziele des Reformgesetzgebers und der BGH-Rechtsprechung von den Gerichten nicht beachtet.**

**KSI-Redaktion:** Insolvenzverwalter fordern im Rahmen der Anfechtung eigentlich berechnete Zahlungen für Lieferungen und Dienstleistungen von Unternehmen zurück, wenn der Kunde später in die Insolvenz geht. Einige Verwalter übertrieben es jedoch in den vergangenen Jahren mit den Rückforderungen und setzten teilweise fragwürdige Mittel ein. Die Reform des Anfechtungsrechts sollte das Vorgehen stoppen – ist das gelungen?

**Olaf Hiebert:** Nicht im Geringsten; zwar waren die Erwartungen an die am 5. 4. 2017 in Kraft getretene Gesetzesänderung entsprechend groß. Doch schon damals warnten spezialisierte Rechtsanwälte und Bundesrichter vor der Wirkungslosigkeit der Reform. Nun, ein Jahr später sollten sie Recht behalten – das Risiko einer Anfechtung ist unverändert hoch und die Gerichte setzen die Reform nur teilweise um.

**KSI-Redaktion:** Versuchen wir einmal, diese Gesamteinschätzung aufzubrechen – Wie steht es um die Zahl der Anfechtungen?

**Olaf Hiebert:** Ein Jahr nach der Reform ist die Zahl der Anfechtungen vor allem gegen Lieferanten und Dienstleister sogar noch einmal deutlich gestiegen. Ein Umdenken hat bei den meisten Insolvenzverwaltern offenbar nicht stattgefunden. Die Gründe hierfür dürften zunächst an dem wirtschaftlichen Interesse der Insolvenzverwalter liegen. Eine erfolgreiche Anfechtung spült Geld in die leeren Kassen der insolventen Unternehmen und an diesen Einnahmen orientiert sich später das Verwalterhonorar.

**KSI-Redaktion:** Welche Rolle spielt die Karlsruher BGH-Rechtsprechung?

**Olaf Hiebert:** Die Rechtsprechung des BGH hat zur Verunsicherung maßgeblich beigetragen, sie war in den vergangenen beiden Jahren teilweise missverständlich und keineswegs eindeutig. Ich gehe sogar noch weiter: Die Rechtsprechung ist derzeit nicht nachvollziehbar. Zwar schränken einige Urteile nach der Reform die Anfechtbarkeit ein, doch andere erleichtern sie und machen es den Verwaltern einfach, ihre Forderungen durchzusetzen. Und zudem sehe ich ein hohes Missbrauchspotential in den neuen Urteilen.

**KSI-Redaktion:** Worin besteht dieses Missbrauchspotenzial?

**Olaf Hiebert:** Nun können Insolvenzverwalter in Anfechtungsschreiben an die Gläubiger weitere aktuelle Urteile anführen, die scheinbar belegen sollen, dass der Gläubiger i. d. R. Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat. Mit dieser Kenntnis wäre eine Anfechtungsforderung berechtigt. Insbesondere das Urteil des BGH vom 18. 1. 2018<sup>1</sup> ist so ein Fall und wird bei Insolvenzverwaltern schon genutzt. Solche Schreiben machen natürlich Eindruck und schüchtern viele Gläubiger ein. Somit ist das Ziel des Gesetzgebers, die Flut der Insolvenzanfechtungen zu begrenzen und mehr Rechtssicherheit zu schaffen, leider bereits jetzt als verfehlt zu beurteilen.

**KSI-Redaktion:** Wie sieht das denn die Richterschaft?

**Olaf Hiebert:** M. E. ist infolge der komplizierten Änderungen eine Überforderung der Gerichte absehbar. Auch auf Seiten der Richter macht sich Unmut über die Reform breit: Sie sehen in der neuen Gesetzgebung zahlreiche Unwägbarkeiten und Auslegungsfragen. Manche Begrifflichkeiten in den Gesetzestexten sind noch gar nicht definiert und müssen erst durch die Instanzen geklärt werden. Weiterhin sind bisher nur wenige Gerichte der Forderung nach der Einrichtung von Spezialkammern und Senaten für Insolvenzsachen gefolgt. Somit muss immer noch ein Richter, der sonst Miet- oder Bausachen bearbeitet, die komplexen Anfechtungsvorschriften durchdringen und teilweise Grundsatzentscheidungen fällen; wie soll das gehen? Rechtssicherheit sieht anders aus und Richter, die sich nicht auf das Insolvenzrecht spezialisiert haben, werden gnadenlos überfordert sein. Das war auch bislang schon so und ist aus meiner Sicht für den rechtssuchenden Bürger schlicht eine Zumutung.

**KSI-Redaktion:** Knackpunkt ist ja meist die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit, eigentlich kein neues Thema, oder?

**Olaf Hiebert:** Das Anfechtungsrecht war schon immer eine schwierige Materie. Nach

\* Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht Dr. Olaf Hiebert von der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwalts-gesellschaft mbH ist auf das Recht der Insolvenzanfechtung spezialisiert und vertritt Mandanten bundesweit.

<sup>1</sup> Az.: IX ZR 144/16, vgl. dazu ZInsO 2018 S. 511 ff.

der maßgeblichen Vorschrift des § 133 InsO ist eine Zahlung anfechtbar, wenn der Gläubiger zum Zeitpunkt der Zahlung nachweislich wusste, dass der Schuldner zahlungsunfähig war. Hintergrund ist, dass der Schuldner mit seiner Zahlung an den einen Gläubiger die anderen Gläubiger benachteiligt, die durch die Insolvenz nun leer ausgehen oder nur eine kleine Quote auf ihre Forderung erhalten. Das gilt sowohl nach altem wie auch nach neuem Recht. Nach wie vor ist die Beweisführung kompliziert und orientiert sich nicht am geschäftlichen Alltag. Im Wege gesetzlicher Vermutungen und Erwägungen der Rechtsprechung werden dann sowohl der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz als auch die Kenntnis des Gläubigers hiervon für völlig normale Rechtsgeschäfte konstruiert.

**KSI-Redaktion:** Klassische Lieferantenbeziehungen sind ins Zwielficht geraten?

**Olaf Hiebert:** Ja, denn es geht meist nicht um Vermögensverschiebungen im Vorfeld einer Insolvenz, wie etwa im Fall der ehemaligen Drogeriekette Anton Schlecker. § 133 InsO war ursprünglich einmal für diese klaren Fälle in das Gesetz aufgenommen worden, als sog. Absichtsanfechtung. Tatsächlich aber liegt der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nach Ansicht der Rechtsprechung bereits dann vor, wenn ein Schuldner bei der Zahlung an einen Gläubiger weiß, dass er nicht alle seine Gläubiger wird bezahlen können. Dies gilt selbst dann, wenn der Schuldner an einen Gläubiger zahlt, der einen berechtigten und völlig unreddefreien Anspruch hat – also die klassische Lieferbeziehung. Ob der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit tatsächlich kannte, ist vor Gericht vollkommen unerheblich. Denn Verwalter und Gerichte nehmen erst viele Jahre später eine Bewertung im Nachhinein vor und prüfen, ob rein objektiv eine Zahlungsunfähigkeit vorlag. Im Nachhinein ist man aber bekanntlich immer schlauer und Geschäftsführer nehmen die Tatsachen – durchaus berechtigt – anders wahr und sind subjektiv davon ausgegangen, alle Forderungen begleichen zu können und damit alle Gläubiger gleich zu behandeln.

**KSI-Redaktion:** Was hat sich denn insoweit mit der Gesetzesreform überhaupt geändert?

**Olaf Hiebert:** Tatsächlich hat die Gesetzesreform an der Auslegung, wann der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit kannte, nicht viel

verändert. Lediglich das Beweisanzeichen der Ratenzahlungsvereinbarung wurde abgeschwächt. Eine Ratenzahlungsvereinbarung oder die Gewährung einer sonstigen Zahlungserleichterung allein reichen für die Annahme der Kenntnis des Gläubigers nicht mehr aus. Hierzu hat der Gesetzgeber eigens den neuen Absatz 3 dem § 133 InsO angefügt, der aber ohnehin nur die BGH-Rechtsprechung aus dem Jahr 2016 bis 2017 umsetzt. Dafür verkomplizieren die weiteren Gesetzesänderungen die Rechtslage. So muss für die Frage des Anfechtungszeitraums, der vom Tag des Insolvenzantrags zurückgerechnet wird, künftig zwischen Deckungshandlung und Vermögensverschiebung unterschieden werden. Je nachdem gilt ein Anfechtungszeitraum von vier oder zehn Jahren. Unter den Begriff der Deckungshandlung fällt insbesondere der klassische Leistungsaustausch. Ob aber bei der Zahlung einer überfälligen Forderung an einen langjährigen Geschäftspartner die Deckungshandlung im Mittelpunkt steht oder nicht doch eine Vermögensverschiebung angestrebt wurde, ist wiederum Auslegungssache. Wie der Insolvenzverwalter argumentieren wird, ist klar und voilà: Schon sind wir wieder beim langen Anfechtungszeitraum von zehn Jahren.

**KSI-Redaktion:** Gibt es neben viel Schatten auch Licht?

**Olaf Hiebert:** Einzig die Klarstellung, dass der Austausch von Leistungen binnen 30 Tagen als sog. Bargeschäft nicht anfechtbar ist, ist zu begrüßen, obwohl im Wesentlichen nur die BGH-Rechtsprechung aus dem Jahr 2017 zur bargeschäftsähnlichen Lage umgesetzt wird. Einige Gerichte missverstehen dieses BGH-Urteil, insoweit freut mich die Klarstellung des Gesetzgebers. Ein Wermutstropfen bleibt: Im Fall der Unlauterkeit sind auch solche Leistungsaustauschgeschäfte anfechtbar. Es liegt damit auf der Hand, welchen Einwand Insolvenzverwalter künftig bringen werden. Und in der klassischen Lieferantenbeziehung nützt der Bargeschäftseinwand ohnehin nichts.

**KSI-Redaktion:** Was meinen Sie? Lieferantenkredite bleiben auch nach neuem Recht ein großes Anfechtungsrisiko?

**Olaf Hiebert:** Das ist leider so, weil hier ein ganz praktisches Problem darin liegt, dass Leistungen selten innerhalb von 30 Tagen

ausgetauscht werden. Vielmehr vergeht zwischen der Lieferung der Ware und deren Bezahlung regelmäßig deutlich mehr Zeit. Entscheidend ist nämlich nicht das Rechnungsdatum, sondern das Datum der konkreten Leistungserbringung: Wann wurde das Produkt geliefert, die Dienstleistung durchgeführt oder die Mietsache überlassen. Die jeweilige Gegenleistung muss dann theoretisch binnen 30 Tagen erfolgen, sonst liegt kein Bargeschäft vor. Der im Wirtschaftsverkehr so dringend benötigte Lieferantenkredit wäre damit tot. Interessant ist, dass das Landgericht Würzburg in einer aktuellen Entscheidung<sup>2</sup> nicht auf den Leistungszeitpunkt, sondern auf das Rechnungsdatum abstellt. Damit vergrößert das Gericht den Anwendungsbereich des Bargeschäfts etwas. Es handelt sich aber bislang um eine Mindermeinung. Warten wir ab, ob andere Gerichte diese Entwicklung aufnehmen. Sie sehen, mit der Rechtssicherheit ist es nicht weit her.

**KSI-Redaktion:** Wurde nicht die BGH-Rechtsprechung mit der Zeit immer gläubigerfreundlicher?

**Olaf Hiebert:** Es stimmt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung die Hürden für eine Anfechtung deutlich heraufgesetzt hat. Einzelne Beweisanzeichen – wie etwa eine bloße Ratenzahlungsvereinbarung – genügen nicht mehr für den zwingenden Schluss auf die Kenntnis des Gläubigers von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit. Wenn auch völlig unübersichtlich, so doch zumindest chancenvermittelnd wurde die Rechtsprechung von Anfechtungsexperten gesehen.

**KSI-Redaktion:** Von der Reform versprochen sich viele Experten deutlichen Rückenwind auch für Altfälle, da der Wille des Gesetzgebers, den Gläubiger vor einer Anfechtung zu schützen, mit der Reform mehr als deutlich geworden ist.

**Olaf Hiebert:** Leider überwiegt auch hier die Ernüchterung. Denn die Richter bei den Land- und Oberlandesgerichten setzen die vorerwähnte neue Rechtsprechung nicht um oder entscheiden völlig identische Fälle ganz unterschiedlich. Viele Gläubiger haben

<sup>2</sup> Urteil v. 6. 2. 2018 – 71 O 1592/16, NZI 2018 S. 271 ff.

oft aber nicht die Kraft für einen Instanzenzug über mehrere Jahre bis zum BGH, zumal Entscheidungen auch nicht in jedem Fall vom BGH geprüft werden können. Wenn Betroffene ein kleines oder mittelständisches Unternehmen führen und über ihnen schwebt über Jahre das Damoklesschwert einer Rückzahlung von mehreren 100.000 € nebst sich täglich erhöhender Zinsen und Prozesskosten, brauchen sie starke Nerven. Schon deshalb werden sich zahlreiche Mandanten auf einen schlechten Vergleich mit dem Insolvenzverwalter einlassen. Das wissen die Richter der unteren Instanzen und

die Insolvenzverwalter. Der Vergleichsdruck in Anfechtungsfällen ist dementsprechend hoch.

**KSI-Redaktion:** Haben Sie noch Hoffnung auf bessere Zeiten?

**Olaf Hiebert:** Die Sache ist zugegebenermaßen schwierig, weil die Insolvenzanfechtung im Grunde eine gerechte Sache und unverzichtbar ist. Mein Kollege Buchalik und ich haben schon im Jahr 2015 herausgearbeitet, dass eine sachgerechte Beweiswürdigung seitens der Richterschaft der Schlüssel für eine interessengerechte Insol-

venzanfechtung ist<sup>3</sup>. Die Hürden für die Kenntnis des Gläubigers sollten hochgesetzt werden. Auch die Ausweitung des Bargeschäftszeitraums würde helfen. So könnte ein Leistungsaustausch binnen sechs Monaten grundsätzlich von der Anfechtung angenommen werden. Politisch scheint mir dies aber nicht umsetzbar. Das hat das Gesetzgebungsverfahren zur letzten Reform wieder einmal sehr deutlich gezeigt.

---

<sup>3</sup> Vgl. zum Thema zuletzt Hiebert, KSI 03/2017 S. 113.