

Insolvenzanfechtung von Zins und Tilgung in der Krise: ein verkanntes Risiko

Von Jan Roth



Bereits mit dem ersten Zahlungsrückstand eines Darlehensnehmers besteht für Kreditgeber das Risiko, danach noch erhaltene Leistungen des Kunden in dessen späterer Insolvenz aufgrund der Insolvenzanfechtung an den Insolvenzverwalter herausgeben zu müssen. Der Anfechtungszeitraum beträgt dabei zehn Jahre. Dieses Risiko wird nach Einschätzung des Autors von vielen Kreditinstituten verkannt. Am wirkungsvollsten minimieren ließe es sich durch sofortige Kreditkündigung und Verwertung der vorhandenen Sicherheiten. Alternativ rät der Autor zum sofortigen Abschluss einer Sanierungsvereinbarung unter Aussetzung aller Zahlungen. Red.

Gewöhnlich finden in der Krise eines Darlehensnehmers Gespräche zwischen Bank und Kreditnehmer statt. Der Kreditnehmer bemüht sich um Zwischen- oder Umfinanzierungen. Forsches Handeln wie etwa sofortige Kreditkündigung oder gar unverzüglicher Übergang zur Verwertung vorhandener Sicherheiten sind in schwierigen Zeiten an den Finanzmärkten aus der Mode gekommen. Insbesondere dann, wenn der Darlehensnehmer zumindest regelmäßige Teilleistungen erbringt, also zum Beispiel Zinsen zahlt und lediglich die Tilgungen aussetzt, halten Kreditinstitute oft lange Zeit still.

Die Bank reagiert somit zunächst nicht auf deutliche Anzeichen der Krise des Kreditnehmers. Durch ihr zögerliches Verhalten schöpft sie vielmehr die noch vorhandene Liquidität ab, indem sie die eingehenden (Teil-)Zahlungen entgegen nimmt, weil der Kreditnehmer naturgemäß versucht ist, eine Kündigung des existenznotwendigen Kredits zu vermeiden.

In manchen Fällen versucht das Kreditinstitut sogar, noch die Kontrolle über Zins- und Tilgungsleistungen zu behalten und übernimmt faktisch das Cash-Management für ihren Kunden, indem sie selbst dessen laufende Erträge wie Mieten vereinnahmt und die laufenden Kosten – mehr oder weniger nach ihrem Gusto – bedient. Jede dieser Alternativen birgt für die Bank immense Insolvenzanfechtungsrisiken.

Die letztere Variante, also der Versuch, zu steuern, welche Ausgaben der Kreditnehmer tätigt – ist dabei die gefährlichste. Im Gegensatz zur Zwangsverwaltung werden dabei nämlich nicht systematisch alle

Gläubiger bedient; manche fallen dabei aus. Soweit Kreditgeber in der Liquiditätskrise ihres Kreditnehmers still halten, obwohl dieser auf seine laufenden Zins- und Tilgungsverpflichtungen nicht vollständig und rechtzeitig bei Fälligkeit leistet, wird man wohl von einer faktischen Kreditierung durch den Kreditgeber sprechen dürfen.

Risiko der Insolvenzanfechtung

Für den Kreditgeber sind die Zahlungen, die er in der Krise von seinem Darlehensnehmer noch erhält, jedoch keineswegs sicher, selbst wenn er freilich im jeweiligen Zahlungszeitpunkt einen fälligen, durchsetzbaren und einreddefreien Anspruch auf diese Leistungen hat. Mit der Insolvenzanfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung nach § 133 InsO steht dem Insolvenzverwalter nämlich ein äußerst wirksames Instrument zur Verfügung, beim Vorliegen bestimmter Umstände Zahlungen über einen Zeitraum von zehn Jahren vor Insolvenzantragstellung anzufechten und von dem Zahlungsempfänger herauszuverlangen. Ob er auf die Leistung einen Anspruch hatte oder nicht, ist unerheblich.

Die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners wird gemäß § 133 Abs. 1 S. 2 InsO vermutet, wenn er dessen drohende Zahlungsunfähigkeit kannte und von der gläu-

Zum Autor

Dr. Jan Roth ist Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter, Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht und Lehrbeauftragter an der Goethe-Universität, Frankfurt am Main.

bigerbenachteiligen Wirkung der Rechts- handlung wusste.

Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers

Nach § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zum Zwecke der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit sind in einem Liquiditätsplan die fälligen – und vom Gläubiger ernstlich eingeforderten¹⁾ – Verbindlichkeiten den liquiden Zahlungsmitteln und den in einem Drei-Wochen-Zeitraum zu generierenden Liquiditätszuflüssen gegenüberzustellen.²⁾ Ergibt sich dabei eine Liquiditätslücke von mehr als zehn Prozent, so ist in der Regel von Zahlungsunfähigkeit auszugehen.³⁾

Leistet der Kreditnehmer die fälligen Zins- und Tilgungsverpflichtungen nicht an seinen Kreditgeber, so liegt Zahlungsunfähigkeit in aller Regel vor. Durch das eingangs geschilderte Stillhalten der Bank gegenüber dem Kreditnehmer ändert sich zunächst einmal nichts an dem Bestehen der fälligen Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Kreditgeber. Vor allem lässt sich dafür nichts aus der „Ehegatten-Entscheidung“ des BGH⁴⁾ herleiten.

Der Ehegatten-Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem ein Ehemann als Mietschuldner seiner Ehefrau als Vermieterin aus bestehendem Mietverhältnis in nicht unerheblichem Umfang Mietzins schuldete. Der BGH hatte unter anderem zu entscheiden, ob diese Verbindlichkeiten bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes zu berücksichtigen seien.

Der BGH entschied, dass Verbindlichkeiten nur dann bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit berücksichtigt werden können, wenn sie ernstlich eingefordert sind. Allerdings hatten Gläubigerin und Schuldner in diesem Fall zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt, dass die entstandenen

Mietforderungen beglichen werden sollten. Im Gegenteil: Die Ehefrau hatte aus persönlichen Gründen gar kein Interesse an einer konsequenten Durchsetzung ihrer Forderungen.

Diese Entscheidung kann allerdings keineswegs auf die für diesen Beitrag interessierende Frage der Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers einer Bank übertragen werden. Bank und Kreditnehmer haben nämlich diametral entgegengesetzte wirtschaftliche Interessen. Der BGH hat mit der Ehegatten-Entscheidung vielmehr der Sonderkonstellation von Eheleuten Rechnung getragen, deren wirtschaftliche Interessen naturgemäß gleichgerichtet sind.

Erzwungene Stundungen bei Lohnforderungen

Demgegenüber hat der BGH in einer nachfolgenden Entscheidung festgestellt, dass erzwungene Stundungen die Zahlungsunfähigkeit nicht beseitigen.⁵⁾ Erzwungene Stundungen liegen dann vor, wenn der Schuldner seine fälligen Verbindlichkeiten mangels liquider Mittel nicht mehr oder nur noch mit Verzögerungen begleicht, die Gläubiger jedoch nicht sofort klagen und vollstrecken, weil sie dies ohnehin für aussichtslos halten oder nicht den sofortigen Zusammenbruch des Schuldners verantworten wollen.

Dies hat der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit Lohnrückständen von Arbeitnehmern judiziert, die aus Angst um ihren Arbeitsplatz oder empfundener Verbundenheit mit ihrem Arbeitgeber ihre Löhne nicht lautstark eingefordert hatten. Die Arbeitnehmer haben jedoch regelmäßig ein Interesse daran, dass ihre Löhne gezahlt werden. Fordern sie ihre Löhne trotz Nichtzahlung durch den Arbeitgeber nicht nach Ablauf der Fälligkeit ein, so sind sie als bloß erzwungenermaßen gestundet sehr wohl im Liquiditätsstatus des Arbeitgebers zu passivieren und daher bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen.

Ausführungen zum ernstlichen Einfordern fehlen in der genannten Entscheidung des BGH. Offenbar kommt es auf dieses Erfordernis dann nicht an, wenn das Interesse des Gläubigers, Zahlung auf seine fälligen Forderungen zu erhalten, offenbar ist, weil entgegenstehende Anhaltspunkte (wie dies in der Ehegatten-Entscheidung der Fall ist) fehlen.

Auch Krisengespräche sind „ernsthafte Einfordern“

Dies wirft die Frage auf, wann ein ernstliches Einfordern der Bank gegenüber dem Darlehensnehmer vorliegt, seiner Zahlungsverpflichtung nachzukommen. Für das Erfordernis des ernsthaften Einforderns stellt der BGH fest, dass es auf eine Gläubigerhandlung ankommt, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, ergibt.⁶⁾ Mithin ist ein ernsthaftes Einfordern der Bank dann gegeben, wenn sie zu erkennen gibt, dass sie an ihrem Darlehensrückzahlungsanspruch festzuhalten gedenkt.

Somit muss in jedem Verhalten der Bank, mit dem sie signalisiert, dass sie mit dem Verhalten des Darlehensnehmers in der konkreten Form der Kreditrückführung nicht einverstanden ist, ein ernsthaftes Einfordern zu sehen sein. Alle unternommenen Anstrengungen der Bank, die dem Darlehensnehmer mögliche Handlungsoptionen aufzeigen, seien es Krisengespräche oder die Aufforderung, den Kredit zurückzuzahlen, sind daher erkennbar zielgerichtete Handlungen der Bank, an ihrem Anspruch auf Begleichung der Forderung, also ihrem Anspruch auf Erfüllung, festhalten zu wollen und mithin auch ein ernsthaftes Einfordern.

Stillhalten der Bank ist „erzwungene Stundung“

Aber selbst wenn die Bank gar nicht tätig wird, muss im Sinne der Lohnrückstands-Entscheidung des BGH aufgrund

der Gegenläufigkeit der wirtschaftlichen Interessen von Bank und Kunde eine „erzwungene Stundung“ angenommen werden, die auch nicht dazu führt, dass die betreffenden fälligen Verbindlichkeiten aus dem Liquiditätsstatus des Darlehensnehmers fortgelassen werden dürfen.

Für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers einer Bank bedeutet dies, dass das bloße Abwarten oder Diskussionen zwischen Bank und Kreditnehmer um Umfinanzierungen oder irgendwelche Krisengespräche nicht (und noch nicht einmal vorübergehend) dazu führen können, dass die fälligen Forderungen der Bank aus dem Liquiditätsstatus des Kreditnehmers weggelassen werden könnten. Zahlt der Kreditnehmer fällige Zins- und Tilgungsraten schlicht aus Mangel an liquiden Mitteln nicht, so entstehen erzwungene Stundungen analog der Lohnrückstands-Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

Vermutete Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit

Die Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners wird vermutet, wenn der Gläubiger im Zeitpunkt der anzufechtenden Leistung Kenntnis von der zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners hatte. Die Rechtsprechung hat die Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit recht weit ausgedehnt.⁷⁾ So führt bereits die Kenntnis von konkreten Umständen, die mehr oder weniger zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, dazu, dass auch die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit vermutet werden kann.⁸⁾

In anderem Zusammenhang hat der BGH zur Frage, wann der Gläubiger von Umständen Kenntnis hat, die zwangsläufig auf eine mindestens drohende Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, darauf hingewiesen, dass die Kenntnis des anderen Teils vom Benachteiligungsvorsatz des

Schuldners gemäß § 133 Abs. 1 S. 2 InsO vermutet wird, wenn er wusste, dass der Schuldner seine Verbindlichkeiten bei dem späteren Anfechtungsgegner über einen längeren Zeitraum hinweg ständig in beträchtlichem Umfang nicht ausgeglichen hatte und diesem den Umständen nach bewusst sei, dass es noch weitere Gläubiger mit ungedeckten Ansprüchen gebe.⁹⁾ Für die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit reicht es bereits aus, dass Zahlungen – wenn auch vollständig – über mehrere Monate hinweg nicht bei Fälligkeit, sondern verspätet geleistet worden sind.¹⁰⁾

Schleppend bediente Immobilienkredite als Indiz

Zwar liegt die Annahme von Zahlungsunfähigkeit bei einer Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen vor allem deswegen nahe, weil die Nichtabführung von Sozialversicherungsabgaben gemäß § 266 a StGB strafbar ist.

Für den für diesen Beitrag interessierenden Komplex schleppend bedienter Kredite kann jedoch zumindest dann nichts Anderes gelten, wenn die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit eines Schuldners von dem betreffenden nur schleppend bedienten Kredit abhängig ist, wie es vor allem im Bereich der großen Immobilienkredite der Fall ist. Kündigt die Bank hier die bestehenden Kredite und fordert sofortige Rückzahlung, so sind die Darlehensnehmer nämlich in aller Regel sofort insolvenzreif, weil sich anderweitige Finanzierungen derzeit kaum auf die Schnelle finden lassen.

Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit für Kreditinstitute schlecht zu widerlegen

Anders als Krankenkassen hat die Bank aber unabhängig von ihrer existenziellen Bedeutung für den Kreditnehmer in aller Regel sogar genaue Detailkenntnisse über die wirtschaftlichen Verhältnisse ihres Darlehensnehmers.

■ Ihr liegen Bilanzen, BWA, Kontobewegungen, Vermietungsstände, Debitorenlisten, mitunter sogar Kreditorenlisten und ähnliches mehr vor.

■ Oft werden sogar Möglichkeiten der Umfinanzierung oder eines Verkaufs der Assets des Darlehensnehmers zur Überwindung des Liquiditätsengpasses zwischen Bank und Darlehensnehmer besprochen.

Angesichts solcher Umstände wird es der Bank wohl kaum gelingen können, die Vermutung von der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit ihres Kreditnehmers zu widerlegen.

Anfechtungsrisiko ab dem ersten Rückstand

Für den Kreditgeber tickt somit die Uhr ab dem ersten Zahlungsrückstand des Darlehensnehmers. Bereits mit dem ersten Rückstand, gleich ob Zins oder Tilgung, ganz oder teilweise, für wenige Tage oder mehrere Monate besteht grundsätzlich ein Anfechtungsrisiko hinsichtlich sämtlicher Leistungen, die der Kreditgeber später noch von seinem Darlehensnehmer erhält – selbst wenn diese dann wieder vertragsgemäß, also in voller Höhe und bei Fälligkeit erbracht werden sollten.

Nur wenn die Zahlungsunfähigkeit nachhaltig wieder beseitigt worden sein sollte, sind spätere Zahlungen der Anfechtung entzogen.¹¹⁾ Die Beweislast für den Wegfall der Zahlungsunfähigkeit trägt der Anfechtungsgegner.¹²⁾ Da stellt sich doch die Frage, was die Bank ab dem ersten Zahlungsrückstand ihres Darlehensnehmers überhaupt tun kann, um ihr Anfechtungsrisiko zu reduzieren.

Untätigkeit ist die schlechteste Lösung

Die schlechteste Lösung ist sicherlich Untätigkeit, denn diese führt automatisch in den Bereich der erzwungenen Stundung,

ändert nichts an der zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers und drängt obendrein noch die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Kunden auf.

Schnelle Reaktion ist also gefragt. Das Anfechtungsrisiko ließe sich zweifelsohne am wirkungsvollsten minimieren, wenn sofort konsequent mit Kreditkündigung, Zwangsverwaltung und Verwertung der vorhandenen Sicherheiten reagiert würde. Doch diese Option scheidet in vielen Fällen schon zur Begrenzung des eigenen Kreditausfallrisikos aus.

Zahlungen bis zur Sanierung aussetzen

Es bleibt also kaum etwas anderes übrig, als dass sich der Kreditgeber einigermaßen in anfechtungsrechtlich vermintes Gebiet begibt. Tut er dies, so ist schnelles und entschlossenes Handeln dringend vonnöten, um zu vermeiden, dass Zahlungen des Darlehensnehmers in der Krise erfolgen.

■ Schließen Kreditgeber und Darlehensnehmer unmittelbar nach dem Eintritt des ersten Zahlungsrückstandes eine (allen insolvenzrechtlichen Anforderungen genügende!) Sanierungsvereinbarung, so kann es gelingen, diesen einmaligen Zahlungsrückstand als bloße Zahlungsstockung des Darlehensnehmers erscheinen zu lassen, der die Anforderungen an die Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllt.

■ Gelingt der Abschluss einer die Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers auf Dauer sicherstellenden Vereinbarung nicht in dieser kurzen Zeit (wovon für die allermeisten Fälle auszugehen sein dürfte), dann muss es darum gehen, Zahlungen des Darlehensnehmers erst dann wieder zu erhalten, wenn dieser nachhaltig saniert ist.

Da Sanierungsvereinbarungen ihrerseits anfechtbar sein können, ist hier beson-

deres Augenmerk darauf zu legen, dass insoweit ein Anfechtungsrisiko ausgeschlossen wird. Die Sanierungsvereinbarung muss dann die Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers nachhaltig beseitigen, wobei hieran hohe Anforderungen zu stellen sind.¹³⁾

Anforderungen an Sanierungsvereinbarungen

Da der Kreditgeber in einer späteren Anfechtungssituation den Nachweis bezüglich des Wegfalls der Zahlungsunfähigkeit führen muss, ist größter Wert auf eine lückenlose und fundierte, vor allem alle rechtlichen Risiken des Darlehensnehmers umfassende, alle Fälligkeiten einbeziehende Dokumentation seiner Liquiditätslage zu legen.

Es muss mindestens ein objektiv nachvollziehbarer und wirtschaftlich solider Liquiditätsplan für einen längeren Zeitraum erstellt werden. Dabei sind sämtliche gegenwärtigen und in absehbarer Zukunft eintretenden und fällig werden Verbindlichkeiten daraufhin zu untersuchen, ob und inwieweit sie in einen allen insolvenzrechtlichen Vorschriften genügenden Liquiditätsplan einzustellen sind. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Darlehensnehmers muss nachhaltig wiederhergestellt werden.

Rückwirkende Vereinbarungen begegnen dabei besonderen Problemen.¹⁴⁾ Der Teufel steckt jedoch wie immer im Detail – eine pauschal für alle Fälle notleidender Kredite geltende Handlungsempfehlung kann diese Option freilich nicht darstellen.

Für Kreditgeber besteht ab dem ersten Zahlungsrückstand des Darlehensnehmers das Risiko, hernach noch erhaltene Leistungen des Darlehensnehmers in dessen späterer Insolvenz aufgrund der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO an den Insolvenzverwalter herausgeben zu müssen. Der Anfechtungszeitraum beträgt dabei zehn Jahre.

Bleibt der Kreditgeber bei dem ersten Zahlungsrückstand untätig, verschärft sich sein Anfechtungsrisiko. Geht er so schnell wie möglich zur Kündigung des Kreditengagements, Rückforderung, Verwertung von Sicherheiten und Zwangsverwaltung über, ist sein Anfechtungsrisiko gering. Soll diese Option nicht gewählt werden, so sollten zügigst insolvenzfeste Sanierungsvereinbarungen geschlossen werden, die die Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers nachhaltig beseitigen.

Andernfalls werden sich die Kreditinstitute in Zukunft mit einer Vielzahl von Anfechtungsansprüchen von Insolvenzverwaltern konfrontiert sehen, die Zahlungen von Zins und Tilgung in den letzten zehn Jahren vor dem Insolvenzantrag ins Visier nehmen. Die Erfolgsaussichten, sich gegen solche Ansprüche zur Wehr zu setzen, dürften gering sein.

Anmerkungen

¹⁾ Kirchhof in: HK-InsO, § 17, Rn. 19; Eilenberger in: MüKo-InsO, § 17, Rn. 18.

²⁾ Eilenberger in: MüKo-InsO, § 17, Rn. 19.

³⁾ BGH v. 24.05.2005 - IX ZR 123/04 - ZInsO 2005, 807; Schmerbach in: FK-InsO, § 17, Rn. 20; Eilenberger in: MüKo-InsO, § 17, Rn. 24.

⁴⁾ BGH v. 19.07.2007 - IX ZB 36/07 - BGHZ 173, 286.

⁵⁾ BGH v. 14.02.2008 - IX ZR 38/04 - DZWIR 2008, 289-291, Rn. 22, 23.

⁶⁾ BGH v. 19.07.2007 - IX ZB 36/07 - BGHZ 173, 286, Rn. 17, 18.

⁷⁾ BGH v. 17.07.2003 - IX ZR 272/02 - ZIP 1799, 1801; BGH v. 17.02.2004 - IX ZR 318/01 - ZIP 2004, 669, 671; BGH v. 13.05.2004 - IX ZR 190/03 - ZIP 2004, 1512, 1514.

⁸⁾ BGH v. 17.07.2003 - IX ZR 272/02 - ZIP 1799, 1801; BGH v. 17.02.2004 - IX ZR 318/01 - ZIP 2004, 669, 671.

⁹⁾ BGH v. 27.05.2003 - IX ZR 169/02 - ZIP 2003, 1506, Rn. 26, 27.

¹⁰⁾ BGH v. 12.10.2006 - IX ZR 228/03 - ZIP 2006, 2222, Rn. 27, 28.

¹¹⁾ BGH v. 25.10.2001 - IX ZR 17/01 - BGHZ 149, 100.

¹²⁾ BGH v. 27.03.2008 - IX ZR 98/07 - ZIP 2008, 930, Rn. 23; vgl. Hess, Kommentar zur InsO, § 133, Rn. 111; Kirchhof in: MüKo-InsO, § 133, Rn. 25.

¹³⁾ BGH v. 25.10.2001 - IX ZR 17/01 - BGHZ 149, 100, 109; BGH v. 20.11.2001 - IX ZR 48/01 - BGHZ 149, 178, 188; BGH v. 8.12.2005 - IX ZR 182/01 - NZI 2006, 159, 162; Jacoby, LMK 2007, 243216; Uhlenbruck, BGH Report 2005, 1356 ff.; Tetzlaff, jurisPR-InsR 23/2007 Anm. 3; Zeuner, jurisPR-InsR 1/2005 Anm. 6; Eilenberger in: MüKo-InsO, § 17, Rn. 34 ff.

¹⁴⁾ Vgl. zu den Anforderungen an einen späteren Wegfall der Zahlungsunfähigkeit: BGH v. 27.03.2008 - IX ZR 98/07 - NZI 2008, 366; BGH v. 12.10.2006 - IX ZR 228/03 - MDR 2007, 488; BGH v. 25.10.2001 - IX ZR 17/01 - BGHZ 149, 100; BGH v. 20.11.2001 - IX ZR 48/01 - ZIP 2002, 87, 90; Eilenberger in: MüKo-InsO, § 17, Rn. 35.