# Insolvenzanfechtung – Unternehmer in der Krise?

#### Besserer Gläubigerschutz durch ESUG

Dr. Hubertus Bartelheimer, Mike Zerbst

Bis zu zehn Jahre nach Eintritt einer Insolvenz können Insolvenzverwalter geleistete Zahlungen zurückfordern. Unternehmen sollten daher bei unregelmäßigen Zahlungen ihrer Kunden aufmerksam werden, um das sogenannte Anfechtungsrisiko zu minimieren. Zugleich eröffnet das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) neue Wege in der Unternehmenssanierung. Der Beitrag informiert über den aktuellen Sachstand einer Vorsatzanfechtung und Chancen einer Planinsolvenz. (Red.)

Wird ein Kunde insolvent, müssen Forderungen ganz oder teilweise abgeschrieben werden. Doch es kann für den Gläubiger noch schlimmer kommen. Denn immer häufiger verlangen Insolvenzverwalter Zahlungen eines inzwischen insolventen Kunden vom Unternehmen zurück – die Begründung lautet Insolvenzanfechtung. Die gesetzliche Grundlage für die Insolvenzanfechtung liegt in §133 Insolvenzordnung (InsO) begründet. Danach kann der Insolvenzverwalter

bereits geleistete Zahlungen eines insolventen Schuldners an seine Gläubiger zurückverlangen – sogar bis zu zehn Jahre rückwirkend, sofern andere Gläubiger vorsätzlich benachteiligt wurden.

Die Insolvenzanfechtung soll nach dem Willen des Gesetzgebers unberechtigte Vermögensverschiebungen im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens rückgängig machen. Ausgeübt wird dieses Recht durch den Insolvenzverwalter. Allein die Geltendmachung dieses Rechts erhöht dabei seine Vergütungsansprüche. In Zeiten rückläufiger Insolvenzen und geringerer Einnahmequellen im Zusammenhang mit dem neuen Insolvenzrecht ist die Anfechtung auch unter diesem Gesichtspunkt zu einem probaten Mittel zur Einnahmenerzielung bei vielen Insolvenzverwaltern geworden.

Immer häufiger werden Lieferanten, die vor Jahren – auf Wunsch ihres Kunden – zunächst Zahlungen gestundet haben und im Rahmen der Stundung bezahlt wurden, nach einer oft Jahre später eintretenden Insolvenz des Kunden vom Insolvenzverwalter aufgefordert, die Zahlung zurückzugewähren. Der Insolvenzverwalter beruft sich auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH) zu § 133 Absatz 1 InsO, bei der der BGH einen ähnlichen Sachverhalt zulasten eines Lieferanten entschieden hat. Auch die Wirksamkeit der Bestellung von Kreditsicherheiten für Banken wird von Insolvenzverwaltern immer häufiger infrage gestellt.

Als der Bundestag im vergangenen Jahr die Reform der Insolvenzanfechtung verabschiedet hat, sollte damit den Gläubigern mehr Rechtssicherheit gegeben und die ausufernden Rückzahlungsforderungen der Insolvenzverwalter gestoppt werden. Doch auch nach der Reform blieb das Anfechtungsrisiko für Gläubiger unvermindert hoch. Die inzwischen geänderte Rechtsprechung des BGH zur Anfechtung mittels Zwangsvollstreckung erlangter Deckungen geht daher in die richtige Richtung: Sie kann mit dazu beitragen, die Vorsatzanfechtung für den Geschäftsverkehr

#### DIE AUTOREN:

Dr. Hubertus Bartelheimer, Berlin,

ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht. Er ist ge-

schäftsführender Gesellschafter der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf, und leitet die Niederlassungen Berlin und Dresden.

E-Mail: hubertus.bartelheimer@buchalik-broemmekamp.de



ist Rechtsanwalt in der Berliner Niederlassung der Buchalik Brömme-

kamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in den Bereichen Insolvenzanfechtung, Geschäftsführerhaftung sowie Insolvenzrecht und Sanierung.

E-Mail: mike.zerbst@ buchalik-broemmekamp.de



kalkulierbarer und planbarer zu machen.

#### Anfechtungsrisiko für Leasing-Geber

Anfechtbar ist - im Rahmen einer Unternehmensinsolvenz – jede Vermögensverschiebung, die einen Gläubiger zum Nachteil der anderen Gläubiger bevorzugt, wenn der bevorzugte Gläubiger davon Kenntnis hat. Erfasst ist damit also nicht nur, wenn illegal Vermögenswerte beiseite geschafft werden ("Haus an den Ehepartner"), sondern zum Beispiel auch der Lieferant, dessen Kunde nicht pünktlich zahlt. Hat ein Lieferant Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit, muss er alle ab der verzögerten Zahlung erhaltenen weiteren Zahlungen an den späteren Insolvenzverwalter des Kunden erstatten.

Auch für Banken und Leasing-Geber bestehen diese Risiken. Stellt eine Bank oder Leasing-Gesellschaft ein unregelmäßiges Zahlungsverhalten ihres Kunden fest, zahlt dieser verspätet, nicht oder nicht vollständig, ist Eile geboten.

Kredit- oder Leasing-Geber sollten Maßnahmen zur Minderung des Anfechtungsrisikos ergreifen. Hierzu gehört, sicherzustellen, dass künftige Zahlungen ihres Kunden zuerst auf künftige Leistungen angerechnet werden. Andernfalls werden diese Zahlungen kraft Gesetzes auf die ältesten Forderungen angerechnet. Dies birgt aber ein enormes Anfechtungsrisiko. Der Zahler sollte daher bei der Überweisung auf eine entsprechende Tilgungsbestimmung achten. Zudem sollten Kredit- oder Leasing-Geber zur Durchsetzung ihrer Forderungen nicht mit der Stellung eines Insolvenzantrages oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen drohen.

#### Risiko Zwangsvollstreckung

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung am 5. April 2017 hat das Recht der Insolvenzanfechtung durch die Rechtsprechung eine rasante Entwicklung genommen.

Anlass der Gesetzesreform war vor allem die Kritik an der Behandlung Ratenzahlungsvereinbarungen und sonstigen Zahlungserleichterungen durch die Rechtsprechung gewesen. Die kritische Beurteilung erfolgte, obwohl Stundungsbitten des Schuldners oder dessen Bitten um eine Ratenzahlungsvereinbarung für sich allein betrachtet gar nicht heikel waren. Sie allein hatten nie genügt, um die sogenannte "Kenntnis des anderen Teils" von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners im Sinne des § 133 Absatz 1 Nr. 2 InsO zu begründen.

Indizielle Bedeutung gewannen derartige Vereinbarungen vor Gericht allenfalls unter besonderen Umständen. Etwa wenn sie nicht den Gepflogenheiten des Rechtsverkehrs entsprechen und weitere verdächtige Umstände erkennen lassen, dass der Gläubiger um den Vorsatz des Schuldners wusste, ihn zu bevorteilen und seine übrigen, womöglich weniger stark drängenden Gläubiger zu benachteiligen. Dazu gehören neben der Nichteinhaltung von Ratenzahlungsvereinbarungen und die Begründung neuer, erheblicher Zahlungsrückstände insbesondere eigene Erklärungen des Schuldners, fällige Verbindlichkeiten nicht begleichen zu können.

Dementsprechend können auch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zum Forderungsbeitreiben als maßgebliche Beweisanzeichen für eine Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners gelten. Folglich sind von der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung vor allem solche Gläubiger betroffen, deren For-

derungen der Schuldner nicht freiwillig bezahlt hat, sondern die erst durch Zwangsvollstreckung erfüllt worden sind.<sup>1</sup>

#### Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung

Mit seinem Urteil vom 22. Juni 2017 - IX ZR 111/14 hat der BGH aber die Anforderungen der gesetzlichen Vermutung des § 133 Absatz 1 Nr. 2 InsO deutlich angehoben. Danach ermöglicht die zwangsweise Durchsetzung einer Forderung für sich betrachtet keinen zwingenden Schluss mehr auf die Zahlungsunfähigkeit oder die Zahlungseinstellung des Schuldners. Die Vorsatzanfechtung beruht nicht auf dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Vielmehr schützt sie das Interesse der Gläubiger, dass der Schuldner ihre prinzipiell gleichen Befriedigungschancen nicht beeinträchtigt.2 Daher unterliegt der Gläubiger, welcher sich mangels näherer Kenntnisse über die Liquiditätslage des Schuldners der Zwangsvollstreckung bedient, außerhalb der letzten drei Monate vor Insolvenzantragstellung grundsätzlich keinen vom Anfechtungsrecht ausgehenden Beschränkungen.

Zum Schutz vor einer möglichen Zahlungsunwilligkeit, bewussten Zahlungsverzögerungen oder einem erzwungenen Lieferantenkredit muss es dem Gläubiger, welchem gegenüber erstmalig ein Zahlungsrückstand auftritt und der über keine weiteren Erkenntnisse zur Zahlungsfähigkeit des Schuldners verfügt, möglich sein, seine Forderung ohne Anfechtungsrisiko auf dem gerichtlichen Weg durchzusetzen. Damit hat der BGH die Gefahr der Vorsatzanfechtung gegenüber einem Gläubiger, der seinen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgt, beträchtlich eingeschränkt.

Der Rückschluss auf die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners setzt nunmehr voraus,

Vgl. BGH-Urteil vom. 18. Dezember 2003 – IX ZR 199/02.

<sup>2)</sup> Vgl. BGH-Urteil vom 10. Februar 2005 – IX ZR 211/02.



dass andere Erklärungsmöglichkeiten hinreichend sicher ausscheiden. Es kommt also auf weitere Indizien für eine Zahlungseinstellung an. Dazu zählt das durch einjährige Nichtzahlung offenbarte Unvermögen des Schuldners, erhebliche Verbindlichkeiten zu tilgen.<sup>3</sup>

#### Zahlungsvereinbarung

Daneben begrenzt der BGH mit seinem Urteil vom 6. Juli 2017 – IX ZR 178/16 die Vorsatzanfechtung bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen um eine weitere Facette. Erklärt sich danach der Schuldner einer geringfügigen Forderung gegenüber dem Gerichtsvollzieher zum Abschluss einer Zahlungsvereinbarung bereit, muss der Gläubiger allein aus diesem Umstand nicht zwingend darauf schließen, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

Zwar setzt der Abschluss einer Zahlungsvereinbarung das Nichtvorfinden pfändbarer Gegenstände und damit den fruchtlosen Verlauf eines Vollstreckungsversuchs voraus. Dieser Umstand kann grundsätzlich als eine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung des Schuldners gewertet werden.4 Allein der Abschluss einer Zahlungsvereinbarung begründet jedoch keine Anfechtbarkeit der empfangenen Zahlungen. Dazu müssen dem Gläubiger im Rahmen der Zwangsvollstreckung weitere, verdächtige Umstände offenbar werden. Die - durch den Gerichtsvollzieher mitgeteilte - Fähigkeit und Bereitschaft des Schuldners, die ausstehende Schuld kurzfristig in Teilbeträgen zu tilgen, genügt dazu

nicht. Andernfalls wäre ein Gläubiger gehalten, sein Einverständnis zum Abschluss einer solchen Vereinbarung aufgrund der hierdurch erst eröffneten Vorsatzanfechtung zu versagen.<sup>5</sup>

Die beiden Urteile des BGH vom 22. Juni 2017 und 6. Juli 2017 wirken sich positiv aus. Sie können diejenigen Gläubiger von der Vorsatzanfechtung ausnehmen, die erst über die kostenträchtige Zwangsvollstreckung Befriedigung erlangt haben, weil der Schuldner unter allen seinen Gläubigern gerade sie nicht bevorzugen wollte.

#### Mitwirkende Rechtshandlung

Zu diesem Ergebnis trägt auch die Entscheidung des BGH vom 1. Juni 2017 – IX ZR 48/15 bei. Hiernach kann eine vom Anfechtungsgegner durch Zwangsvollstreckung bewirkte Vermögensverlagerung nur dann auch als Rechtshandlung des Schuldners im Sinne von § 133 Absatz 1 Satz 1 InsO gewertet werden, wenn der Schuldner einen Beitrag zum Erfolg der Zwangsvollstreckung geleistet hat. Dieser Beitrag muss ein der Vollstreckungstätigkeit des Gläubigers vergleichbares Gewicht haben.

Die vom Anfechtungsgegner durch Zwangsvollstreckung bewirkte Vermögensverlagerung gilt danach nicht automatisch als Rechtshandlung des Schuldners. Voraussetzung dafür ist, dass sich der Schuldner angesichts einer bevorstehenden oder bereits eingeleiteten Zwangsvollstreckungsmaßnahme anders verhält als ohne die Zwangsvollstreckung. Ansonsten beschränkt er sich nur darauf, die Zwangsvollstreckung des Gläubigers hinzunehmen.

Auch dieses Urteil ist zu begrüßen. Bislang konnte eine mitwirkende Rechtshandlung des Schuldners ausreichend sein, ohne dass sie die einzige Ursache für die Gläubigerbenachteiligung bilden musste.<sup>6</sup> Damit

geht die geänderte Rechtsprechung des BGH zur Anfechtung mittels Zwangsvollstreckung erlangter Deckungen in die richtige Richtung. Zur Minimierung insolvenzrechtlicher Risiken kann gegebenenfalls auch die Wahl des geeigneten Insolvenzverfahrens durch den Schuldner beitragen.

### Regelinsolvenzen vermeiden

Jedes Jahr beantragen in Deutschland rund 20 000 Unternehmen ein Insolvenzverfahren. Damit werden regelmäßig Werte zwischen 20 und 40 Milliarden Euro und mehr als 100 000 Arbeitsplätze vernichtet. Viele Gläubiger verlieren ihre Kunden durch die Insolvenz, wenn die Unternehmen liquidiert oder verkauft werden.

Auch die Befriedigungsquote der Gläubiger in den Regelinsolvenzverfahren lässt zu wünschen übrig. Laut Statistischem Bundesamt liegt die Deckungsquote über alle Unternehmensinsolvenzen, die im Zeitraum 2012 bis 2016 eröffnet wurden, im Durchschnitt lediglich bei 4,1 Prozent.<sup>7</sup>

#### Sanierung unter Insolvenzschutz

Dabei wären tausende insolvenzgefährdete Unternehmen zu retten, wenn sich die Verantwortlichen rechtzeitig mit einer Sanierung unter Insolvenzschutz auseinandersetzen würden. Allerdings meiden viele Unternehmen ein gerichtliches Verfahren und melden erst Insolvenz an, wenn auch die letzten finanziellen Reserven erschöpft sind.

Mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) will der Gesetzgeber die Stigmatisierung der Insolvenz überwinden und Unternehmen in einer Krisensituation den Weg ebnen, sich über eine Insolvenz zu sanieren. Das ESUG eröffnet betroffenen Unternehmern eine Vielzahl von Mög-

Vgl. BGH-Urteil vom 18. Januar 2018 – IX ZR 144/16; BGH-Urteil vom 25. Februar 2016 – IX ZR 109/15.

<sup>4)</sup> Vgl. BGH-Urteil vom 20. November 2001 – IX ZR 48/01.

<sup>5)</sup> Vgl. aber Urteil vom Bundesarbeitsgericht vom 20. September 2017 – 6 AZR 58/16.

<sup>6)</sup> Vgl. BGH-Urteil vom 16. Januar 2014 – IX ZR 31/12.

<sup>7)</sup> Statistisches Bundesamt: Bis 2016 beendete Insolvenzverfahren: Gläubiger erhielten durchschnittlich 2,6 Prozent ihrer Forderungen zurück, Pressemitteilung Nr. 113 vom 28. März 2018

lichkeiten, Liquidität zu generieren, die sie für die Sanierung benötigen. Löhne und Gehälter werden bis zu drei Monate als Insolvenzgeld aus einem Topf gezahlt, der allein aus Arbeitgeberbeiträgen gefüllt wird.

Während des zumeist dreimonatigen vorläufigen Verfahrens zahlen betroffene Unternehmen im Ergebnis weder die Umsatzsteuerzahllast noch Lohnsteuer oder sonstige Steuern. Weiterhin können sie sich unter anderem von zu teuren Mietverträgen und verlustreichen Kundenaufträgen befreien. Wie im Regelinsolvenzverfahren müssen und dürfen Rechnungen, die bis zur Antragstellung noch offen sind, nicht mehr gezahlt werden. Diese gesetzlich geregelten Anreize sollen Unternehmen bewegen, möglichst frühzeitig eine Insolvenz als Sanierungsoption ins Auge zu fassen.

#### Sanierungskultur stärken

Am Ende des Verfahrens steht ein Sanierungsplan, der die Entschuldung des Unternehmens sowie die Befriedigung gesicherter und ungesicherter Gläubiger regelt. Diesem Plan müssen die Gläubiger zustimmen.

Im Vergleich zu den Regelinsolvenzverfahren konnte im Rahmen einer aktuellen Studie des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht (DIAI) e.V. in Kooperation mit dem Bundesverband ESUG und Sanierung Deutschland e.V. (BV ESUG) und der Westfälischen Hochschule, Recklinghausen, festgestellt werden, dass die Planquoten in Eigenverwaltungsverfahren deutlich höher liegen:8 "Aus der Untersuchung von 63 erfolgreich vom Insolvenzgericht bestätigten Insolvenzplänen ging hervor, dass in 52,38 Prozent der Fälle den ungesicherten nicht nachrangigen Insolvenzgläubigern eine Planquote zwischen 5 und 10 Prozent angeboten werden konnte. In 15,87 Prozent der Verfahren erhielten die Gläubiger sogar eine Quote zwischen 10 und 22 Prozent. Für ungesicherte Kleingläubiger ließ sich in neun Verfahren darüber hinaus eine durchschnittliche Quote von 52 Prozent erzielen. Die durchschnittliche Quote in Insolvenzplanverfahren liegt damit deutlich über 10 Prozent. Im Falle der Nichtannahme des Plans und damit der Liquidationsquote für die Gläubiger zu erwarten gewesen."9

Insgesamt nutzten im vergangenen Jahr etwa 250 insolvenzgefährdete Unternehmen diese Option zur Sanierung. Diese Zahl ist relativ hoch, denn von den rund 20 000 Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2017 eigneten sich allenfalls 500 bis 600 für ein solches Verfahren. Von den 50 größten von einer Insolvenz betroffenen Unternehmen haben allerdings fast 70 Prozent das Eigenverwaltungsverfahren als Sanierungsinstrument genutzt.

Das ESUG hat die Sanierungskultur in Deutschland gestärkt. Die Erfolgsfaktoren der Planinsolvenz in Eigenverwaltung, ein plausibles Sanierungskonzept, eine gesicherte Geschäftsfortführung und eine Einbindung der Stakeholder und des Insolvenzgerichts haben dazu geführt, dass in der Krise eines Unternehmens inzwischen auch eine strategische Insolvenzoption in der Sanierungsberatung eine wichtige Rolle einnimmt. Mit dem ESUG wird endlich Abschied genommen von der bloßen Abwicklung und Zerschlagung krisenbefangener Unternehmen. ◀

#### BERATUNG FÜR FACTORING-UNTERNEHMEN

# Professionelles Know-how aus den Business- und IT-Bereichen des Factoring.

Wir sind ein anerkanntes Beratungsunternehmen für Factoringgesellschaften.

Mit über 20 Jahren Branchen-Erfahrungen aus den Business- und den IT-Bereichen als Geschäftsführer, COO und CIO bürgen wir für professionelle und in der Praxis überzeugende Beratungsleistungen.

Kümmern Sie sich um Ihr Kerngeschäft und wir kümmern uns komplett um Ihre Projekte und deren Management, M&A-Betreuung, um Workflowanalysen und Fachkonzeptionen, Einführung oder Änderung von Factoring-Softwarelösungen, Betreuung von Factoring-Software, Factoring-Organisation, Strategien, Prozessmanagement, Re-Organisation, IT-Management, MaRisk, Compliance, BAIT, Mitarbeiterausbildung oder um z.B. den Komplettaufbau eines Factoring-unternehmens/Factoringabteilung u.v.m.



## HANACEK FACTORING Consulting & Solutions e.K.

Henning Hanacek

Im Hag 12

D-55559 Bretzenheim (Germany)

Tel.: 0049 (0)671 2984 69-28 Fax: 0049 (0)671 2984 69-81 Mobil: 0049 (0)160 9680 4734 Mail: Henning@HanacekFCS.de Web: www.HanacekFCS.de

Mitglied im

Factoring-Competence-Center.de

<sup>8)</sup> Vgl. DIAI, BV ESUG und Sanierung Deutschland, Westfälische Hochschule (2018): Studie "Unternehmerische Praxiserfahrungen in Eigenverwaltungsverfahren unter dem ESUG und Regelinsolvenzverfahren", abrufbar unter www.bv-esug.de

<sup>9)</sup> Ebenda.