

**Die „unangemessene Benachteiligung“ im  
Referentenentwurf eines Gesetzes zur  
Verbesserung der Rechtssicherheit bei  
Anfechtungen nach der InsO und nach dem AnfG –  
Thesen zu § 133 Abs. 1 Satz 1, 2 RefE**

RA, FA InsR Joachim Büttner, 8. Jahrestagung NIVD  
04.09.2015

## **Programm:**

- > I. Vorbemerkung**
- > II. Vergleich § 133 Abs. Satz 1 InsO /§ 133 Abs. 1 Satz 1, 2 RefE**
- > III. Thesen**
- > IV. Ergebnisse und Folgerungen**

# I. Vorbemerkung

- Beschränkung geboten

## **II.**

### **Vergleich**

**§ 133 Abs. 1 Satz 1 InsO/**

**§ 133 Abs.1 Satz 1, 2 RefE**

## § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte.

## § 133 Abs. 1 Satz 1 RefE

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz seine Gläubiger **unangemessen** zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte.

## § 133 Abs. 1 InsO

- Keine Entsprechung

## § 133 Abs. 1 Satz 2 RefE

Eine unangemessene Benachteiligung liegt nicht vor, wenn

1. für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, die zur Fortführung seines Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich ist oder
2. die Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuch ist.

## § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO

Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

## § 133 Abs. 1 Satz 3 RefE

Es wird vermutet, dass der andere Teil den Vorsatz des Schuldners kannte, wenn er zur Zeit der Rechtshandlung wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte und dass die Handlung die Gläubiger unangemessen benachteiligte.



## § 133 InsO

- Keine Entsprechung, s. § 133 Abs. 1 Satz 1 (10 Jahre)

## § 133 Abs. 2 RefE

Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 Satz 1 vier Jahre.

## § 133 InsO

- Keine Entsprechung

## § 133 Abs. 3 Satz 1 RefE

Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt bei der Vermutung nach Absatz 1 Satz 3 an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die eingetretene.

## § 133 InsO

- Keine Entsprechung

## § 133 Abs.3 Satz 2 RefE

Die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz kann nicht allein daraus vermutet werden, dass

1. der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung nach § 802 b Abs. 2 Satz 1 der Zivilprozessordnung abgeschlossen hat oder
2. der Schuldner beim anderen Teil im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat.

# III. Thesen

# **1. These: Reformbedarf besteht nicht.**

## → **Wirtschaftsverkehr, Geschäftsverkehr:**

- „Schutz“ durch Maßnahmen im Zeitraum

## Zeitraum:

→ Zehn Jahre sind lang, aber realistisch

§ 41 Abs. 1 Satz 3 KO:

„Die Anfechtung nach § 31 Nr. 1 ...ist ausgeschlossen, wenn seit der Vornahme der Handlung dreißig Jahre verstrichen sind.“

**...das Unglück schreitet schnell, die Krise dauert lang:**



## **LG Hamburg vom 25. Juni 2015, 334 O 294/14:**

„**Seit dem Jahr 2001** kam es seitens der Schuldnerin gegenüber der XXX sowie gegenüber anderen Sozialversicherungsträgern wiederholt zu Rückständen bei den Beitragszahlungen, so dass die Sozialversicherungsträger sich zu Vollstreckungsankündigungen und Vollstreckungsmaßnahmen gezwungen sahen. Der Kläger hat hierzu beispielsweise als Anlage K 25 das Beitragskonto der XXX vorgelegt, aus diesem ergibt sich eine fast durchgängige Säumnis mit Beitragszahlungen und die Erhebung von Säumniszuschlägen.“

## **LG Hamburg vom 25. Juni 2015, 334 O 294/14:**

„... Wir bedanken uns für die Einreichung Ihres Jahresabschlusses per **31.12.2003**. Wir haben die Bilanz analysiert und möchten Ihnen Folgendes mitteilen:

Die Bilanz weist ein Minuskapital von 122.145,28 € aus.

Das Stammkapital ist durch Bilanzverlust/gewinnübersteigende Entnahmen aufgezehrt.

Dadurch liegt unseres Erachtens eine Überschuldung der Gesellschaft vor."

„Das Insolvenzverfahren wird wegen  
Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung heute  
am 09.03.2011, um 17:19 Uhr eröffnet.“

## **Wirtschaftsverkehr, Geschäftsverkehr:**

### **→ Maßnahmen:**

- Vorbeugen im Debitorenmanagement („Augen auf, sonst Beutel auf“)
- Versichern →

## **PRESSEMITTEILUNG auf einer Homepage eines Kreditversicherers**

**8. Juni 2015** – Wenn der Insolvenzverwalter zur Kasse bittet, hat dies für Lieferanten der insolventen Firmen oft unkalkulierbare Bilanzrisiken. Der Grund: Die aktuelle deutsche Rechtsprechung ermöglicht Rückforderung von bereits geleisteten Zahlungen bis zu 10 Jahre rückwirkend. Der weltweit führende Kreditversicherer XXX bietet mit seiner Insolvenzanfechtungspolice deshalb bereits seit Sommer 2014 einen Langzeitschutz für Unternehmen – und weitet diesen nun nochmals erheblich aus. XXX bietet ab sofort neun verschiedene Optionen (statt bisher fünf) mit Versicherungssummen von bis zu 10 Millionen Euro (bisher 2,5 Mio. Euro und höhere Summen auf Anfrage) an – mit sofortiger Rückwärtsdeckung in voller Höhe und für die gesamten 10 Jahre. Auch Rechtsverfolgungskosten sind in der Anfechtungsversicherung enthalten – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens.

## Alternative zur Versicherung:

- Rückstellungen bilden, § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB (vgl. dazu Klusmeier, DStR 2014, 2056 ff.)
- Voraussetzungen:
  - Erträge;
  - **Wissen**, über Risiko, dann Gestaltung mit StB

→ Wissen ?

→ Problemlos, nach der teilweise wenig sachlich  
geführten Debatte; jeder weiß Bescheid;

→ Im Übrigen:

→ jeder Kaufmann wusste seit jeher, wann sein  
Kunde nicht mehr kann,...

*„ ... vornehmlich aber/wann sie umb Termin und Frist bitten/dann ihre Glaubiger schließen nothwendig daraus/daß es mit ihren Schuldner übel stehe/woraus folget/daß dieselben alle auf einmahl bezahlet seyn wollen/welches ihren Austritt veruhrsachet/und das Falliment offenbahret.“*

Jacob Savary (Der vollkommene Kauff- und Handelsmann, zitiert nach Neudruck der deutschen Übersetzung Genf **1676**, Frankfurt am Main 1968).



**->Arbeitnehmer:**

**- kein relevanter Zeitraum**

**- keine Maßnahmen nötig**

Begrenzung durch BGH vom 19.02.2009, IX ZR 62/08 (BGHZ 180, 63 ff.):

Arbeitnehmer wissen grundsätzlich nichts und es bestehen keine Erkundigungspflichten, wenn nicht besonderes Wissen vorbelastet.

BGHZ 180, 63, Leitsatz 1 juris:

„Weiß ein Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber in der Krise noch Zahlungen auf rückständige Lohnforderungen erbringt, dass der Arbeitgeber außerdem noch anderen Arbeitnehmern Lohn schuldig ist, rechtfertigt allein diese Kenntnis nicht den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung des Arbeitgebers.“

BGHZ 180, 63, Leitsatz 2 juris:

„Ist der Gläubiger ein Arbeitnehmer des Schuldners ohne Einblick in die Liquiditäts- oder Zahlungslage des Unternehmens, trifft ihn in der ihm bekannten Krise insoweit keine Erkundigungspflicht.“

## **2. These: Die Ausgangspunkte sind falsch**

## Behauptung RefE

- „Überforderte Instanzgerichte“
- „Überbordende Komplexität“

## Stellungnahme

→ Nein: doch nicht beim Nachteil; im Übrigen: Landesjustizverwaltungen: Spezialkammern

→ Nein: doch nicht der Nachteil; auch nicht Vorsatz: Zahlungseinstellung oder ZU für den Vorsatz (Kataloge in BGH vom 13. April 2006, IX ZB 118/04; BGH vom 30.06.2011, IX ZR 134/10); komplex bei dZU oder Überschuldung als Ansatz

## Behauptung RefE

- „*Bitte um Stundung =  
Beweisanzeichen Vorsatz*“

## Stellungnahme

- → Nein: kein Bezug zum  
Nachteil, im Übrigen: Nein,  
vgl. BGH vom 12.10.2006, IX  
ZR 228/03, Tz. 15 mwN;  
BGH vom 16.04.2015, IX ZR  
6/14, Leitsatz; BGH vom  
30.04.2015, IX ZR 149/14,  
Tz. 10

# **3. These: Der Entwurf erhöht die Komplexität**

## Struktur § 133 Abs. 1 S. 1 InsO

### → Obj. TB:

- > Rechtshandlung (b.10 J.)
- > Nachteil (Mehrunge Passiva/Minderung Aktiva)

### → Subj. TB:

- > Vorsatz
- > Kenntnis vom Vorsatz

## Struktur § 133 Abs. 1 S. 1 RefE

### → Obj. TB:

- > Rechtshandlung (b. 10/4 J.)

→ **Wertung: Nachteil** →  
unangemessen oder  
angemessen

### → Subj. TB:

- > Vorsatz, **unangemessen** zu benachteiligen
- > Kenntnis vom Vorsatz, **unangemessen** zu benachteiligen



Begründung, A. Allgemeiner Teil I. Seite 8:  
„Es bedarf eines angemessenen Ausgleichs  
zwischen den durch das Anfechtungsrecht  
geschützten Befriedigungsaussichten der  
Insolvenzgläubiger und den legitimen  
Erwartungen und Interessen derjenigen, die sich  
insolvenzanfechtungsrechtlichen Ansprüchen  
ausgesetzt sehen.“

Aber: Massiver Eingriff in das Strukturprinzip

## Beispiele unangemessener Nachteile in der Begründung:

->Bankrott

->Vermögensverschiebungen

->anrühige Vertragsgestaltungen

->nachteilige Vereinbarungen für den Insolvenzfall

Angemessene Benachteiligung soll klingen wie:

„Das darf man.“

oder

„Das war doch nicht schlimm.“

Keine Legaldefinition, sondern negative  
Umschreibung in § 133 Abs. 1 Satz 2 RefE:

## → Unangemessene Benachteiligung fehlt => angemessene Benachteiligung liegt vor

(§ 133 Abs. 1 Satz 2 RefE):

„Eine unangemessene Benachteiligung liegt nicht vor,  
wenn

1. für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine  
gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt,  
die zur Fortführung seines Unternehmens oder zur  
Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich ist

oder

2. die Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften  
Sanierungsversuch ist.“

## Verlagerung:

- > Statt Vorsatzausschluss (vgl. BGH 12.02.2015, IX Zr 180/12, Ls. 1 juris)
- > Prüfung im Nachteil
- > also möglichst früh den Anspruch erledigen

BGH vom 12.02.2015, IX ZR 180/12, Leitsatz 1 juris:  
„Kennt der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit,  
kann das daraus folgende starke Beweisanzeichen  
für seinen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei der  
Befriedigung eines Gläubigers entfallen, wenn der  
mit diesem vorgenommene Leistungsaustausch  
bargeschäftsähnlichen Charakter hat und zur  
Fortführung des Unternehmens notwendig ist.“

Verlagerung →

Unklare Begriffe (Rechtssicherheit ??):

→ Leistung des Schuldners (§ 133 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 1 RefE; vgl. § 134 InsO) gleichbedeutend mit Rechtshandlung in (§ 133 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 2 RefE)?



Verlagerung: Verschiedene unbestimmte Rechtsbegriffe (Rechtssicherheit?):

§ 133 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 1 RefE:

→ gleichwertige Gegenleistung in Vermögen des Schuldners, die zur Fortführung seines Unternehmens erforderlich ist

→ gleichwertige Gegenleistung in Vermögen des Schuldners, die zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich ist

Verlagerung: Verschiedene unbestimmte  
Rechtsbegriffe (Rechtssicherheit?):

§ 133 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 2 RefE:

„Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften  
Sanierungsversuch ist“

→ „Fortführung seines Unternehmens...“

→ „erforderlich“

**Fortführung ist keine Selbstverständlichkeit:**

-> Regelvermutung des § 255 Abs.1 Satz 1 HGB,

**aber:**

„Entgegenstehende rechtliche oder tatsächliche Gegebenheiten“

## → Dazu nun:

“Hinweise der Bundessteuerberaterkammer zu den Grundsätzen für die Erstellung von Jahresabschlüssen in Bezug auf Gegebenheiten, die der Annahme der Unternehmensfortführung entgegenstehen (Rechtsstand 22. April 2015)“:

->**tatsächliche Gegebenheiten:** wirtschaftliche Schwierigkeiten, bis hin zur drohenden Zahlungsunfähigkeit,

-> **rechtliche Gegebenheiten:** z. B. Zahlungseinstellung, Überschuldung...

- entgegenstehende Gegebenheiten, =>
- angemessener Nachteil nur über § 133 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 2 RefE möglich,
- ausgeschlossen, wenn keine Sanierungsfähigkeit im Sinne § 270b InsO mehr?

→ Sanierungskonzept: vgl. BGH vom 03.04.2014, IX ZR 201/13, Tz. 40 juris

## **BGH vom 03.04.2014, IX ZR 201/13, Tz. 40 juris**

Voraussetzung ist, dass zu der Zeit der angefochtenen Handlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegt, das beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 52/10, WM 2013, 763 Rn. 11). Die bloße Hoffnung des Schuldners auf eine Sanierung räumt jedoch seinen Benachteiligungsvorsatz nicht aus, wenn die dazu erforderlichen Bemühungen über die Entwicklung von Plänen und die Erörterung von Hilfsmöglichkeiten nicht hinausgekommen sind (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2011 - IX ZR 156/09, WM 2012, 146 Rn. 11).

## **Fortführung, unabhängig von entgegenstehenden Gegebenheiten:**

Der „angemessenheitsschädliche“ EV:

Wenn verl./erw. EV

=>kein unmittelbarer Austausch gleichwertiger  
Leistungen (vgl. BGH vom 12.02.2015, IX ZR  
180/12, Leitsatz 2 juris)

=>kein angemessener Nachteil



BGH vom 12.02.2015, IX ZR 180/12, Leitsatz 2  
juris:

„Das Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz entfällt trotz Belieferung des Schuldners nicht, wenn es wegen eines verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts des Geschäftspartners an dem erforderlichen unmittelbaren Austausch gleichwertiger Leistungen fehlt ...

BGH vom 12.02.2015, IX ZR 180/12, Leitsatz 2  
juris (Fortsetzung)

„oder der Schuldner weiß, dass mit der Fortführung des Unternehmens weitere Verluste anfallen, die für die Gläubiger auch auf längere Sicht ohne Nutzen sind.“

⇒ für den Geschäftsverkehr ist das Merkmal  
„nicht unangemessener Nachteil“ wohl nicht  
sinnvoll anwendbar

---Arbeitnehmer?

---SVT, FA?

Aber bei der „**Sicherung des Lebensbedarfs**“?  
-> Schutzrichtung: ArbN + Geschäftsverkehr!  
-> blinder Passagier aus der Privatinsolvenz

# IV.

## Ergebnisse und Folgerungen

- kein Bedarf
- falsche Ausgangspunkte in der Begründung
- Komplexität erhöht, ohne für den Wirtschaftsverkehr tauglich zu sein; keine Rechtssicherheit
- Überlegungen übertragbar auf AnfG

- Reizentscheidungen erneut (ggf. mit anderem, angepasstem Vortrag der Kläger)
- BGH v. 13.08.2009, IX ZR 159/06
- BGH v. 01.07.2010, IX ZR 70/08
- BGH v. 30.06.2011, IX ZR 134/10
- BGH v. 15.03.2012, IX ZR 239/09
- BGH v. 06.12.2012, IX ZR 3/12 (L+L)

- Zu bedenken: Jeder Eingriff in das System § 133 InsO mit dem Ziel, Anfechtungsmöglichkeiten zu beschneiden, mindert die Möglichkeit der Landesjustizverwaltungen sich von den Kosten der Stundungsverfahren zu erholen



- § 64 GmbHG und §§ 129 ff. InsO sind Schwestervorschriften (vgl. Gehrlein, ZInsO 2015, 477 ff.); der GF wird sich künftig darauf berufen, die Gläubiger nur angemessen benachteiligt zu haben, um nicht haften zu müssen („Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes“)

**Vielen Dank!**