Norddeutsches
Insolvenzforum
Hamburg e.V.

22. Norddeutscher Insolvenzrechtstag 2020 – „Finanzierung in Krise und Insolvenz“ 06. und 07. Februar 2020 – im Grand Elysée Hotel Hamburg

Konferenztag 1

DONNERSTAG, 14. FEBRUAR 2019

ab 17.30 Uhr	Begrüßung der Teilnehmer/Ausgabe der Unterlagen
18.00 Uhr	**Eröffnung des Norddeutschen Insolvenzrechtstags** **durch den Vorsitzenden des NIF e. V. RA Dr. Gideon Böhm** Grußwort aus der Justizbehörde durch den Leiter des Amtes für Justizvollzug und Recht Dr. Holger Schatz
18.30 Uhr	**Thema 1: Kredite in der Krise – Bankenregulatorik, Kostendruck und andere Entscheidungsfaktoren** Einführungsvortrag: Hans Joachim Weidtmann, Frankfurt Moderation: Frank Grell
ab ca. 20.00 Uhr	Snacks und Drinks im Grand Elysée Hotel Hamburg

Konferenztag 2

FREITAG, 15. FEBRUAR 2019

ab 8.30 Uhr	Begrüßung der Teilnehmer/Ausgabe der Unterlagen
9.15 Uhr	**Thema 2: Echte und unechte Massekredite** Vors. RiBGH a. D. Hans Gerhard Ganter, Weil der Stadt Moderation: Prof. Dr. Reinhard Bork
10.45 Uhr	Kaffeepause
11.15 Uhr	**Thema 3: Finanzierungssicherheit – die Harmonisierung von Anfechtungsrechten in der EU** Prof. Dr. Reinhard Bork, Hamburg Moderation: RiAG Dr. Axel Herchen
12.45 Uhr	Mittagspause
14.00 Uhr	**Thema 4: Stundung und Verfahrenskostendeckung – zur Zukunft des Privatinsolvenzverfahrens** RiAG Dr. Peter Laroche, Köln Moderation: RiAG Frank Frind
15.15 Uhr	Kaffeepause
15.45 Uhr	**Thema 5: Sanierungskredite – Insolvenzfestigkeit von Sicherheiten und Gebührenabreden** RiBGH Prof Dr. Markus Gehrlein, Karlsruhe Moderation: RA Dr. Thorsten Bieg
ca. 17.00 Uhr	Ende der Veranstaltung

Vorstand
Dr. Gideon Böhm
Frank Grell
Dr. Axel Herchen

Beirat
Prof. Dr. Reinhard Bork
Frank Frind
Dr. Thorsten Bieg

Norddeutsches
Insolvenzforum
Hamburg e.V.

Große Bleichen 8
20354 Hamburg

info@insoforum.de
www.insoforum.de

Norddeutsches
Insolvenzforum
Hamburg e.V.

22. Norddeutscher Insolvenzrechtstag 2020 –
„Finanzierung in Krise und Insolvenz“
06. und 07. Februar 2020 – im Grand Elysée Hotel Hamburg

Thema 1: Kredite in der Krise – Banken - Regulatorik, Kostendruck und andere Entscheidungsfaktoren

Hans Joachim Weidtmann, Commerzbank Frankfurt

Hier: kurze Zusammenfassung des Vortrages

„Krisenunternehmen“ im engeren Bankverständnis sind Unternehmen, die aufgrund ihrer aktuellen wirtschaftlichen Entwicklung in Schwierigkeiten geraten sind (Ertrags, Kapital-, Liquiditätsprobleme) und somit einer Unternehmensrestrukturierung bedürfen. Dabei ist eine möglichst frühzeitige und umfassende Restrukturierung im Interesse von Unternehmen und Bank. Banken und insbesondere Hausbanken übernehmen daher grundsätzlich einen aktiven Ansatz bei der Behandlung von erhöht risikobehafteten Kredit-Engagements, denn für sie stehen der Kunde, seine Gesundung und der Erhalt der Geschäftsverbindung im Vordergrund!

Die Finanzierungsstrukturen und das rechtlichen Umfeldes haben in den letzten Jahren allerdings deutlich an Komplexität gewonnen. Hinzu kommen zunehmende regulatorische und bilanzielle Anforderungen an das (Sanierungs-) Kreditgeschäft der Kreditinstitute verbunden mit einem steigenden Kosten- und Margendruck. Nach wie vor steht der Kunde, seine Gesundung und der Erhalt der Kundenverbindung für die Banken im Vordergrund, aber die Struktur der Sanierung muss auch im Einklang mit den Rahmenbedingungen der jeweiligen Bank stehen.

Der Vortrag soll im wesentlichen die zunehmenden Herausforderungen der Restrukturierung und dessen Finanzierung für die Banken angesichts des veränderten Umfeld aufzeigen.

22. Norddeutscher Insolvenzrechtstag 2020

Echte und unechte Massekredite

VorsRiBGH a.D. Dr. Hans Gerhard Ganter

Arten des Massekredits

- Den Massekredit gibt es in zwei Unterarten: als echten und als unechten Massekredit.
- Es bestehen viele Gemeinsamkeiten, aber auch wesentliche Unterschiede.

Echter und unechter Massekredit; Gemeinsamkeiten

- Beide können sowohl im vorläufigen als auch im eröffneten Insolvenzverfahren gewährt werden.
- An beiden sind jeweils dieselben Personen beteiligt.
- Gemeinsam ist der Verwendungszweck.
- Gemeinsam ist das grundsätzliche Erfordernis einer seriösen Liquiditätsplanung.
- Gemeinsam ist i.d.R. auch das Erfordernis einer Besicherung des Kredits.

Echter und unechter Massekredit; Unterschiede

- Beim echten Massekredit bekommt der Schuldner „frisches Geld“, beim unechten nicht, aber er kann aus der Verwertung des Sicherungsgutes Liquidität schöpfen.
- Beim echten Massekredit wird die Kreditsumme betragsmäßig festgelegt, beim unechten nicht.
- Beim unechten Massekredit kann für die Verzinsung kein bestimmter Prozentsatz festgelegt werden.

Der echte Massekredit; dazu AG Hamburg, Beschl. v. 16.4.2019, NZI 2019, 807

Sachverhalt:

Die Schuldnerin hatte im Eröffnungsverfahren beantragt, sie zu ermächtigen, Verpflichtungen aus einem partiarischen Darlehen i. H. v. 100 Mio. € als Masseverbindlichkeiten begründen zu dürfen. Andernfalls drohe die Stilllegung von Betriebsteilen. Das Darlehen sollte nachrangig sein. Im Befriedigungsfall sollten die Darlehensgeber neben 10 % Zinsen p.a. und einer Bearbeitungsgebühr von einmalig 5 Mio. € eine Erlösbeteiligung erhalten.

Der echte Massekredit; dazu AG Hamburg, Beschl. v. 16.4.2019, NZI 2019, 807

Ergebnis:

Das AG hat dem Antrag – ausgenommen die die „Aufwertung“ des Anspruchs auf die Erlösbeteiligung – stattgegeben.

- Die Einzelermächtigung bezüglich des Darlehens könne erteilt werden, obwohl keine Liquiditätsplanung vorgelegt worden sei.
- Die „Aufwertung“ des Anspruchs auf die Erlösbeteiligung würde unzulässiger Weise die zwingende Befriedigungsreihenfolge der Insolvenzordnung abändern.

Der echte Massekredit; die gerichtliche Ermächtigung im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren

- Das Insolvenzgericht kann den Schuldner im eigenverwalteten Eröffnungsverfahren ermächtigen, Masseverbindlichkeiten zu begründen (BGH NZI 2019, 236 Rn. 15 f.; AG Hamburg, aaO).
- Diese Entscheidung über die Ermächtigung steht – anders als bei der Ermächtigung nach § 270b Abs. 3 InsO – im gerichtlichem Ermessen (BGH NZI 2019, 236 Rn. 16 a.E.).

Der echte Massekredit; Korrektur einer inhaltlich beschränkten Ermächtigung im Wege der Erfüllungswahl?

- Problem, ob etwa bei einem partiarischen Darlehen der Anspruch auf die Erlösbeteiligung vereinzelt werden kann und sich somit einem Teil der Darlehenssumme zuordnen lässt.
- Gegen die Möglichkeit einer Korrektur im Wege der Erfüllungswahl spricht, dass damit die formelle Rechtskraft des negativen Aufwertungsbeschlusses missachtet und die Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens beeinträchtigt würde.

Der unechte Massekredit; Notwendigkeit

- Ist das gesamte Umlaufvermögen zur Sicherheit übertragen, wäre es ohne einen unechten Massekredit nicht möglich, den Betrieb fortzuführen (AG Hannover ZIP 2018, 2382).
- Das ist im Falle von revolvierenden Globalsicherheiten (Globalzession, Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand) nicht anders.

Der unechte Massekredit; Notwendigkeit

- Für den Fall revolvierender Globalsicherheiten hatte *Ganter* im Jahr 2007 erwogen, dem Insolvenzgericht die Rechtsmacht zuzusprechen, im Rahmen einer Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO die Verwendung der Sicherheiten für betriebliche Zwecke zu erlauben (*Ganter*, NZI 2007, 549, 552).
- Aber bereits im Jahr 2010 hat er darauf aufmerksam gemacht, der vorläufige Insolvenzverwalter könne mit dem Globalzessionar vereinbaren, dass er die eingezogenen Gelder in dem Umfang für die Zwecke der Betriebsfortführung verbrauchen darf, in dem durch die Betriebsfortführung neue werthaltige Forderungen entstehen (*Ganter*, NZI 2010, 551, 553).

Der unechte Massekredit; Notwendigkeit

Die beiden Standpunkte unterscheiden sich darin, dass die „Verwendungsermächtigung“ ohne eine Vereinbarung mit dem Sicherungsnehmer auskommt, während die Einzelermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten nur den Weg zu Verwertungsvereinbarungen ebnet.

Der unechte Massekredit; Notwendigkeit

Richtigerweise muss zusammenkommen:

- die gerichtliche Ermächtigung, Masseverbindlichkeiten zu begründen (die „Verwendungsermächtigung“ nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO genügt nicht), und
- eine Vereinbarung zwischen den Parteien des Sicherungsvertrages, die es dem vorläufigen Insolvenzverwalter wie auch dem Schuldner in der vorläufigen Eigenverwaltung erlaubt, Erlöse aus der Verwertung von Sicherungsgut für Zwecke des schuldnerischen Betriebes zu vereinnahmen.

Beides kennzeichnet den unechten Massekredit.

Der unechte Massekredit; Vorteile

- Für den Kreditnehmer bietet der unechte Massekredit den Vorteil, dass er auch dann gewährt werden kann, wenn der Kreditnehmer über keine freien Sicherheiten mehr verfügt.
- Für den Kreditgeber besteht der Vorteil, dass er sein bisheriges Engagement nicht erhöhen muss und der Anspruch auf Rückzahlung des unechten Massekredits eine Masseverbindlichkeit i. S. des § 55 InsO darstellt.

Der unechte Massekredit; Rechtsnatur

- Der unechte Massekredit ist nach ganz h.M. ein Darlehen im Sinne des § 488 BGB.
- Durch dieses Vereinbarungsdarlehen werden dem Kreditnehmer (bei einer Globalzession also dem Zedenten) die Erlöse aus der Verwertung der Umlaufsicherheiten kreditiert.
- Ein Sicherheitentausch liegt nicht vor.

Der unechte Massekredit; Rückführung

- Grundsätzlich ist der unechte Massekredit aus dem laufenden Betrieb zurückzuführen und nicht durch Sicherheitenverwertung.
- Zu dieser kommt es nur, wenn die Rückzahlungspflichten nicht oder nicht fristgerecht erfüllt werden; der Kreditgeber kann dann – nach erneutem Widerruf der Einziehungs- oder Veräußerungsermächtigung – auf seine Verwertungsrechte aus dem Zessions- oder Sicherungsübereignungsvertrag zurückgreifen.

Der unechte Massekredit; Verhältnis des neuen Kredits zu dem alten

- Hierzu werden verschiedene Ansichten vertreten.
- Richtig erscheint, dass durch die Kreditierung der Erlöse die an sich bestehen bleibende alte Schuld, die auf Herausgabe der Verwertungserlöse gerichtet ist, lediglich abgeändert und nicht durch eine neue ersetzt wird.
- Eine Leistung auf den unechten Massekredit ist auf den Altkredit anzurechnen.

Der unechte Massekredit; Umfang

- Maßgeblich ist das Risiko des Kreditgebers.
- So wie beim Kontokorrentkredit das Risiko des Kreditgebers nicht nach den kumulierten Beträgen der einzelnen Auszahlungen bemisst, ist beim unechten Massekredit nicht die Summe der Entnahmen maßgeblich, sondern der höchste Einzelkredit.

Der unechte Massekredit; Umfang

- Die Summe der Verwertungserlöse muss bereinigt werden unter Berücksichtigung der Erlösbeteiligung, die der Masse kraft Gesetzes (§§ 170, 171 InsO) oder auf Grund einer Vereinbarung zusteht, und der Kosten einer außergerichtlichen Beitreibung.
- Der Kreditbetrag ist gedeckelt durch den Betrag, der für die vollständige Rückführung aller Forderungen des Kreditgebers erforderlich ist.

Der unechte Massekredit; Verzinsung

- Der unechte Massekredit kann verzinslich vereinbart werden (str.).
- Da die Höhe des unechten Massekredits nicht in einem Betrag festgelegt werden kann, ist eine Verzinsung mit einem bestimmten prozessualen Wert der Hauptsumme nicht möglich.
- Es wird empfohlen, eine feste Vergütung – als pauschalierter Zinssatz – für die gesamte Laufzeit zu vereinbaren.

Der unechte Massekredit; Verwendungszweck

- Wesentlicher Bestandteil der Vereinbarung über die Gewährung eines unechten Massekredits ist, dass die vereinnahmte Liquidität nur für die Finanzierung der Betriebsfortführung verwendet werden darf.
- Der Kreditgeber ist nicht verpflichtet, die Einhaltung des Verwendungszwecks zu überwachen.

Der unechte Massekredit; Laufzeit

- Die Laufzeit kann frei vereinbart werden.
- Wird der in einem vorläufigen Verfahren gewährte unechte Massekredit auch im eröffneten Insolvenzverfahren benötigt, wovon regelmäßig auszugehen sein wird, wird empfohlen, dass der Kreditgeber mit dem endgültigen Verwalter bzw. dem eigenverwaltenden Schuldner für das eröffnete Verfahren einen neuen Massedarlehensvertrag abschließt.
- Es kann vereinbart werden, dass der Kredit über die Verfahrensaufhebung hinaus bestehen bleiben soll.

Der unechte Massekredit; Informations- und Verhaltenspflichten

- Der Darlehensnehmer sollte verpflichtet werden, den Darlehensgeber unverzüglich zu unterrichten, wenn in dem fortgeführten Geschäftsbetrieb kein positiver Deckungsbetrag mehr erwirtschaftet wird.
- Dem Darlehensnehmer kann auferlegt werden, seine Forderungen aus der Betriebsfortführung ausschließlich über an der Darlehensgeber verpfändete Konten einzuziehen.
- Rechnungslegungspflicht

Der unechte Massekredit; Change-of-Control-Klausel

- Insbesondere Kreditinstitute verwenden eine solche Klausel, wonach das (vorläufige) Insolvenzverfahren durch RA XY als Insolvenzverwalter/Sachwalter begleitet werden soll, um eine Person ihres Vertrauens in der Verantwortung zu haben.
- Soll die Klausel dazu dienen, eine dem Gläubiger gewogene, somit nicht unabhängige Person als (vorläufigen) InsV/Sachwalter zu installieren und deswegen das Gericht unter Druck zu setzen, wird man sie als unzulässig ansehen müssen.

Der unechte Massekredit; Kündigungsgründe

Kündigungsgründe sind insbesondere:

- Missachtung des vereinbarten Verwendungszwecks,
- Ablehnung der Insolvenzeröffnung mangels Masse,

Keinen Kündigungsgrund stellt es dar

- wenn der vorläufige Insolvenzverwalter/Sachwalter im Zuge der Verfahrenseröffnung durch einen anderen als Insolvenzverwalter/Sachwalter ersetzt wird (str.).

Der unechte Massekredit; Besicherung (im Anschluss an Blatt 17)

- Als Sicherheit kommen ein erstrangiges Pfandrecht an den Bankkonten des Kreditnehmers sowie die Verwertungskostenerstattungsansprüche in Betracht.
- Das nach Insolvenzeröffnung neu entstehende Umlaufvermögen dürfte als Sicherungsmittel untauglich sein.

Der unechte Massekredit; Zustimmungsbedürftigkeit

- Der unechte Massekredit ist für die Betriebsfortführung von besonderer Bedeutung, so dass ein vorläufiger Gläubigerausschuss – sofern ein solcher besteht – dessen Aufnahme zustimmen muss.
- In der vorläufigen Eigenverwaltung ist nach § 270a Abs. 1 Satz 2, § 275 Abs. 1 Satz 1 InsO regelmäßig die Zustimmung des vorläufigen Sachwalters erforderlich.

Der unechte Massekredit; Anfechtungsrisiken

- Der unechte Massekredit „funktioniert“ nur, wenn die Wertauffüllung gewährleistet ist, und dies ist nur der Fall, wenn eine Anfechtung ausscheidet.
- Soweit durch die Aufnahme eines unechten Massekredits Masseverbindlichkeiten begründet werden, können diese anfechtungsrechtlich nicht rückabgewickelt werden.

Der unechte Massekredit; Anfechtungsrisiken

- Wird das Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet, so entstehen keine Masseverbindlichkeiten, was ein Ausfallrisiko des Kreditgebers begründet.
- Die i.R. eines unechten Massekredits getroffene Vereinbarung erfüllt die Voraussetzungen des § 142 InsO: rechtsgeschäftliche Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung; Ziel ist der Austausch gleichwertiger Leistungen.

Der unechte Massekredit; Haftungsrisiken

Haftungsrisiken für den Kreditgeber (wegen Kredittäuschung; Insolvenzverschleppung) bestehen i.d.R. nicht.

Der unechte Massekredit; Haftungsrisiken

Haftungsrisiken für den (vorl.) Ins-Verw.:

- wenn bei der Kreditaufnahme absehbar war, dass sich die Betriebsfortführung konstant defizitär gestalten würde, so dass am Ende nicht genügend Sicherheiten „nachwachsen“ würden, um den unechten Massekredit zurückführen zu können.
- Wenn der vorl. Ins-Verw. die aufgrund einer gerichtl. Anordnung eingezogenen zedierten Forderungen ohne Verwertungsvereinbarung verwendet, falls die Insolvenzmasse den „zwangsweise“ vom Sicherungsgläubiger gewährten Kredit nicht zurückgewähren kann.

Der unechte Massekredit; Haftungsrisiken

Haftungsrisiken für den (vorl.) Sachwalter:

- Nach § 274 Abs. 1 InsO gilt für die Haftung des Sachwalters Haftung § 60 InsO entsprechend. § 61 InsO wird nicht erwähnt, soll aber nach einer Literaturmeinung ausnahmsweise eingreifen, wenn das Insolvenzgericht die Wirksamkeit einer Rechtshandlung nach § 277 Abs. 1 Satz 1 InsO von der Zustimmung des Sachwalters abhängig macht und durch die erteilte Zustimmung nicht erfüllbare Masseverbindlichkeiten begründet werden (§ 277 Abs. 1 Satz 3 InsO). M.E. zweifelhaft.

Der unechte Massekredit; Haftungsrisiken

- Abzulehnen ist m.E. die in einem solchen Fall vereinzelt befürwortete Haftung des vorl. Sachwalters nach § 61 InsO, weil § 277 Abs. 1 Satz 3 InsO weder in § 270a Abs. 1 Satz 3 noch in §§ 274, 275 InsO in Bezug genommen ist.
- Es ist üblich, die persönliche Haftung des Verwalters/Sachwalters – ausgenommen die Fälle des Vorsatzes (der kaum vorstellbar ist) und der groben Fahrlässigkeit – auszuschließen.

Der unechte Massekredit; Haftungsrisiken

Haftungsrisiko für den eigenverwaltenden Schuldner:

- Eine Haftung des Schuldners (natürliche Person) ergibt sich aus § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO (BGHZ 218, 290 Rn. 21, 23).
- Anerkannt ist inzwischen auch eine Außenhaftung der eigenverwaltenden Organe des Schuldnerunternehmens analog §§ 60, 61 InsO (BGHZ 218, 290 Rn. 47).

Finis

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Fakultät für
Rechtswissenschaft

Reinhard Bork

Finanzierungssicherheit – die Harmonisierung von Anfechtungsrechten in der EU –

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

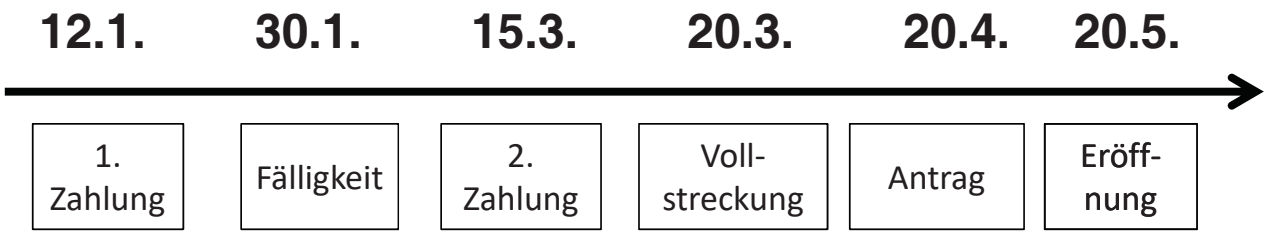
Überblick

- **Anfechtungsrecht**
- **Unterschiede in den Anfechtungsrechten**
- **Harmonisierungsbedarf**
- **Das Forschungsprojekt zur Harmonisierung von Anfechtungsrechten**
- **Prinzipien-orientierte Harmonisierung**

Insolvenzanfechtung

- **Beseitigung von Rechtshandlungen,**
- **die nach materiellem Recht wirksam sind,**
- **aber die Gläubigergesamtheit benachteiligen,**
- **als eine Folge der Verfahrenseröffnung.**

Beispiel 1



Gläubiger G erhält Zahlungen von Schuldner S (12.1., 15.3.) und Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung (20.3.) vor dem Insolvenzantrag.

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Unterschiede I: Deckungen

- **Objektive Voraussetzungen**
  - **Rechtshandlungen nur des Schuldners?**
  - **Nur inkongruente" Deckungen?**
  - **Materielle Insolvenz des Schuldners erforderlich?**
  - **Suspektfrist?**
- **Subjektive Voraussetzungen**
  - **auf Seiten des Schuldners?**
  - **auf Seiten des Gläubigers?**

Unterschiede I: Deckungen

→ **Rechtshandlung zugunsten eines Gläubigers, der ohne diese Rechtshandlung schlechter gestellt wäre**

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Unterschiede I: Deckungen

Voraussetzung	England/Wales	Frankreich	D	USA
Rechtshandlung nur des Schuldners	ja	nein	nein	nein
Unterscheidung kongruente/inkongruente Deckungen	nein	ja	ja	nein
materielle Insolvenz erforderlich	ja	ja	ja	ja
Suspektfrist	6 Monate	max. 18 Monate	3 Monate	3 Monate

Unterschiede I: Deckungen

Voraussetzung	England/Wales	Frankreich	D	USA
subjektive Merkmale auf Seiten des Schuldners	desire to put the creditor in a better position	nein	nein	nein
subjektive Merkmale auf Seiten des Gläubigers	nein	Kenntnis der materiellen Insolvenz (nur für kongruente Deckungen)	Kenntnis der materiellen Insolvenz (nur für kongruente Deckungen)	nein
Sanierungsprivileg	Vermutung gegen den subj. Tatbestan		nur bzgl. Bargeschäften	

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Unterschiede I: Deckungen

Voraussetzung	England/Wales	Frankreich	D	USA
Sanierungsprivileg	Vermutung gegen den subj. Tatbestand	Ermessen des Gerichts bei Bargeschäften	nur bzgl. Barge-schäften	nur bzgl. Barge-schäften

Beispiel 2

Schuldnerin S schenkt ihrem Mann M zwei Jahre vor Insolvenzantrag zum Geburtstag ein Auto.

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Unterschiede II: Unentgeltliche Leistungen

- **Objektive Voraussetzungen**
  - **Rechtshandlungen nur des Schuldners?**
  - **Was heißt “unentgeltlich”?**
  - **Materielle Insolvenz des Schuldners erforderlich?**
  - **Suspektfrist?**
- **Subjektive Voraussetzungen**
  - **auf Seiten des Schuldners**
  - **auf Seiten des Anfechtungsgegners?**
- **Ausnahme für Gelegenheitsgeschenke?**

UnterscHiede II: Unentgeltliche Leistungen

Voraussetzung	England/Wales	Frankreich	D	USA
Rechtshandlung nur des Schuldners	ja	ja	ja	ja
Leistung ohne äquivalente Gegenleistung erfasst	ja	ja	ja	ja
materielle Insolvenz erforderlich	ja	ja	nein	ja
Suspektfrist	2 Jahre (5 Jahre in Personalin-solvenzen)	max. 18/24 Monate	4 Jahre	2 Jahre

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Unterschiede II: Unentgeltliche Leistungen

Voraussetzung	England/Wales	Frankreich	D	USA
subjektive Voraussetzungen beim Schuldner	good faith-Einwand für den Anfechtungsgegner („debtor acted for the purpose of continuing business“)	nein	nein	nein
subjektive Voraussetzungen beim Anfechtungsgegner	nein	nein	nein	nein
Ausnahme für Gelegenheitsgeschenke	nein	nein	ja	charity contributions

Beispiel 3

- **Schuldner S bezahlt eine fällige Schuld bei G ein Jahr vor Insolvenzantrag.**
- **Beide Parteien wissen, dass S bereits zahlungsunfähig ist.**

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Unterschiede III: Vorsatzanfechtung

- **Insolvenzrecht oder Deliktsrecht?**
- **Objektive Voraussetzungen**
  - **Rechtshandlungen nur des Schuldners?**
  - **Materielle Insolvenz erforderlich?**
  - **Suspektfrist?**
- **Subjektive Voraussetzungen**
  - **auf Seiten des Schuldners**
  - **auf Seiten des Anfechtungsgegners**

Unterschiede III: Vorsatzanfechtung

Voraussetzung	England/Wales	Frankreich	D	USA
Insolvenzrecht oder Deliktsrecht	Insolvenzrecht	Deliktsrecht	Insolvenz-recht	Insolvenz-recht
Rechtshandlung nur des Schuldners	ja	ja	ja	ja
erfasste Rechts-handlungen	Unentgeltliche Leistungen	alle	alle	alle
materielle Insolvenz erforderlich	nein	nein	nein	nein
Suspektfrist	keine	keine	10 Jahre	2 Jahre

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Unterschiede III: Vorsatzanfechtung

Subjektive Voraus-setzungen	England/Wales	Frankreich	D	USA
auf Seiten des Schuldners	purpose to prejudice creditors	Betrügeri-sche Absicht	Gläubigerbe-nachteiligungs-vorsatz	Betrügeri-sche Absicht
auf Seiten des Anfechtungsgegners	keine	keine	Kenntnis vom Gläubigerbe-nachteiligungs-vorsatz	keine

Beispiel 4

- **G ist Gesellschafter der S GmbH.**
- **G hat der S GmbH ein Darlehen gewährt.**
- **S GmbH zahlt das Darlehen sieben Monate vor dem Insolvenzantrag zurück.**

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Unterschiede IV: Zahlungen an Gesellschafter

- **Objektive Voraussetzungen**
  - **Rechtshandlungen nur des Schuldners?**
  - **Alle Gesellschafter/Gesellschaften erfasst?**
  - **Alle Ansprüche erfasst?**
  - **Materielle Insolvenz der Gesellschaft erforderlich?**
  - **Suspektfrist?**
- **Subjektive Voraussetzungen**
  - **auf Seiten der Gesellschaft**
  - **auf Seiten des Gesellschafters**

Unterschiede IV: Zahlungen an Gesellschafter

Voraussetzung	England/Wales	Frank-reich	D	USA
Sondernorm	nein	nein	ja	ja
Rechtshandlung nur des Schuldners	-	-	ja	ja
erfasste Gesell-schaften	-	-	alle ohne na-türliche Person als Vollhafter	partnerships
erfasste Verbindlich-keiten	-	-	Darlehen und gleichgestellte Forderungen	alle
materielle Insolvenz erforderlich	-	-	nein	ja

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Unterschiede IV: Zahlungen an Gesellschafter

Voraussetzung	England/Wales	Frankreich	D	USA
Suspektfrist	-	-	1 Jahr	2 Jahre
subj. Voraussetzun-gen auf Seiten der Gesellschaft	-	-	nein	nein
subj. Voraussetzun-gen auf Seiten des Gesellschafters	-	-	nein	nein

Harmonisierungsbedarf

- **Anfechtungsrechte in Europa unterscheiden sich stark.**
- **Das behindert den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr, Insolvenzverfahren und Sanierungen.**
- **Art. 16 EuInsVO ist keine Lösung.**

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Regeln in der Euinsvo

Art. 7(2)(m): Das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung regelt, unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird und wie es durchzuführen und zu beenden ist. Es regelt insbesondere, (…) welche Rechtshandlungen nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen.

Art. 16 : Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe m findet keine Anwendung, wenn die Person, die durch eine die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Handlung begünstigt wurde, nachweist, dass a) für diese Handlung das Recht eines anderen Mitgliedstaats als des Staates der Verfahrenseröffnung maßgeblich ist und b) diese Handlung im vorliegenden Fall in keiner Weise nach dem Recht dieses Mitgliedstaats angreifbar ist.

Harmonisierungsbedarf

- **Anfechtungsrechte in Europa unterscheiden sich stark.**
- **Das behindert den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr, Insolvenzverfahren und Sanierungen.**
- **Art. 16 EuInsVO ist keine Lösung.**
- **Harmonisierung ist erforderlich.**
- **UNCITRAL Modellgesetz nicht hinreichend detailliert.**

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Das Harmonisierungsprojekt

- **Erster Probelauf über CERIL (Conference of European Restructuring and Insolvency Law) für Deckungen**
- **INSOL Europe Academic Forum Athens 2018**
- **Internationale Arbeitsgruppe**
- **Unterstützung durch die Radboud University Nijmegen**
- **Unterstützung durch die DFG**

Das Harmonisierungsprojekt

- **Ansatz: Prinzipienorientierte Herangehensweise**
  - **Herausarbeiten der Grundprinzipien**
  - **Identifizierung der Probleme**
  - **Lösung der Probleme**

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Vorteile der Prinzipienorientierung

- **Stärkt wechselseitiges Vertrauen**
- **Fördert den Austausch von Ideen und Meinungen**
- **Fördert die Akzeptanz von Lösungen**

Prinzipien des ANfechtungsrechts

- **Optimale Masseverwertung/Gläubigerbefriedigung**
- **Gläubigergleichbehandlung**
- **Vertrauensschutz**

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Erste Ergebnisse

- **Alle Rechtsordnungen stützen sich auf den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz,**
- **aber nur für die Deckungsanfechtung.**
- **Dazu wird dieser Grundsatz vorverlagert,**
- **aber beschränkt durch das Vertrauensschutzprinzip.**

Erste Ergebnisse

- **Ansätze für Vertrauensschutz**
  - **Erfordernis materieller Insolvenz**
  - **Suspektfrist**
  - **subjektive Voraussetzungen**
  - **Beweislast**
  - **Verjährung**

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Zeitplan

Bildung der Arbeitsgruppe	**November 2018**	✔
Fragebogen (1. Fassung)	**Januar 2019**	✔
Fragebogen (Endfassung) an Mitglieder der Arbeitsgruppe	**März 2019**	✔
1. Konferenz (Amsterdam): Diskussion des Fragebogens	**9./10. Mai 2019**	✔
Länderberichte	**1. Dezember 2019**	✔
2. Konferenz (Hamburg): Diskussion der Länderberichte	**1.-3. April 2020**	
1. Entwurf eines Vorschlags	**Dezember 2020**	
3. Konferenz: Diskussion des Entwurfs	**Januar 2021**	
Endfassung des Vorschlags	**März 2021**	
4. Konferenz (Brüssel): Vorstellung des Vorschlags	**April 2021**	

Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

bork@uni-hamburg.de

Norddeutscher Insolvenzrechtstag 2020

Stundung und Verfahrenskostendeckung –zur Zukunft des Privatinsolvenzverfahrens

Hamburg
07. Februar 2020
Dr. Peter Laroche

Übersicht

- Die Änderungen in der Privatinsolvenz durch die RL Sanierung und Insolvenz
- Potentielle Auswirkungen der Verkürzung auf 3 Jahre für Insolvenzpläne/Schuldenbereinigungspläne etc. (Blick „in die Glaskugel“)
- Verwalterauswahl in Privatinsolvenzverfahren
- Neue InsBekV
- Vorschläge von VID/NIVD zur Vergütungsreform in Privatinsolvenzverfahren
- Aus der Rechtsprechung zur Privatinsolvenz

Die Änderungen in der Privatinsolvenz durch die RL Sanierung und Insolvenz

Informationsblatt zur Pressemitteilung „Verkürzte Restschuldbefreiung auch für über-schuldete Verbraucherinnen und Verbraucher“ vom 6. November 2019

Gerechnet vom Tag des Inkrafttretens der Richtlinie am 16. Juli 2019 soll die Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens ab dem 17. Dezember 2019 je abgelaufenen vollen Monat um einen Monat verkürzt werden, um sich im Laufe der Übergangszeit auf die künftige Länge von drei Jahren sukzessive zu reduzieren.

Damit wird in der Übergangszeit der Anreiz genommen, die Einleitung des Verfahrens aufzuschieben.

Die geplanten verkürzten Fristen lassen sich auch der folgenden Tabelle entnehmen:

Datum der Insolvenzantragstellung:	Dauer der regelmäßigen RSB-Frist:
vor dem 17. Dezember 2019	72 Monate (sechs Jahre)
zwischen dem 17. Dezember 2019 und 16. Januar 2020	67 Monate (fünf Jahre und sieben Monate)
zwischen dem 17. Januar 2020 und 16. Februar 2020	66 Monate (fünf Jahre und sechs Monate)
… …	
zwischen dem 17. Juli 2020 und 16. August 2020	60 Monate (fünf Jahre)
… …	
zwischen dem 17. Juli 2021 und 16. August 2021	48 Monate (vier Jahre)
… …	
zwischen dem 17. Mai 2022 und 16. Juni 2022	38 Monate (drei Jahre und zwei Monate)
zwischen dem 17. Juni 2022 und 16. Juli 2022	37 Monate (drei Jahre und ein Monat)
Ab 17. Juli 2022	36 Monate (drei Jahre)

Der Zeitraum 17.07.-16.08.2025 wird damit der Monat der Restschuldbefreiung,

da in diesem Zeitraum für alle ab dem 17.12.2019 bis 16.07.2022 beantragten Verfahren Restschuldbefreiung erteilt wird.

=> Die (in Juli/August 2025 !) zu erwartende temporär hohe Belastung der Gerichte kann zu Verzögerungen bei der Beschlussfassung führen.

Verwalterauswahl in Privatinsolvenzverfahren

- **Insolvenzverwaltung im Privatinsolvenzverfahren keineswegs** um **eine triviale Angelegenheit**.
- Es ist zweifelhaft, wenn die Bewährung in Privatinsolvenzverfahren Voraussetzung dafür sein soll, sich für größere Verfahren zu „qualifizieren“.
- Es sollte deshalb eine **Trennung der Berufsbilder** von Privatinsolvenzverwalter und Unternehmensinsolvenzverwalter, idealerweise noch des Sanierungsverwalters als dritter Gruppe erfolgen.

- Eine auf **Privatinsolvenzen ausgerichtete Kanzlei kann in ihrer Struktur deutlich schlanker** gehalten werden kann als eine Unternehmensinsolvenzverwalterkanzlei.
- Ein großes Büro mit Wirtschaftsjuristen, Buchhaltern etc. dürfte in aller Regel nicht erforderlich sein.
- Vielmehr dürfte selbst z.B. ein Einzelanwalt oder Steuerberater vielfach in der Lage sein, Privatinsolvenzverfahren angemessen auch ohne großen Apparat abwickeln zu können.

- Die erfolgreiche Insolvenzverwaltung in der Privatinsolvenz hängt auch davon ab, dass die Chemie zwischen Verwalter und Schuldner stimmt.
- Vorschläge des Schuldners bzw. seines Beraters **zu Verwalterprofilen** sollten mehr als bisher erwogen werden.
- Jedenfalls können und sollten sich die strukturellen Unterschiede zwischen Unternehmens- und Privatinsolvenzverwaltung auch bei der Verwalterauswahl wiederspiegeln.

Vom Schuldner zu benennende Kriterien können sein:

- **Sprachkenntnisse, insb. wenn der** Schuldner etwa des Deutschen nicht oder nur wenig mächtig ist.
- **Wirtschaftlich zusammenhängende Verfahren**, etwa auf den Insolvenzantrag eines Ehegatten oder auf die Insolvenz der Gesellschaft, deren Geschäftsführer der Schuldner ist.

- **Besondere Lebenssituationen**.
  - Bsp.: Schuldnerin wohnt im Frauenhaus.
  - Psychiatrische Erkrankungen: hier ist ein besonders emphatischer Verwalter mehr gefragt als der beste Unternehmenssanierer, wenn dieser keine Rücksicht auf die persönlichen Umstände des Schuldners nimmt.

Neue InsBekV

Erste Verordnung zur Änderung der Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet

BRat Drs 338/19 vom 31.07.2019

=> Umsetzung europarechtlicher Vorgaben der EuInsVO

§ 2 - Datensicherheit, Schutz vor Missbrauch

Die eingeschränkte Detailsuche unter www.insolvenzbekanntmachungen.de, die 2 Wochen nach der Veröffentlichung greift,

wird deutlich reduziert.

Sie betrifft nur noch Verfahren**, in denen der Schuldner eine natürliche Person ist, die keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder ausgeübt hat.**

=> Informationsrechte der Gläubiger werden deutlich ausgeweitet.

§ 5 - Übergangsregelung

Gilt für Insolvenzverfahren, die ab dem 26. Juni 2018 eröffnet sind.
Hintergrund: Vorgabe von Artikel 24 Absatz 1 EuInsVO

Inkrafttreten:
30.06.2021

Hintergrund: Artt. 25 iVm 27 EuInsVO - Europäische Vernetzung der Insolvenzregister zum 30. Juni 2021

Vorschläge von VID/NIVD zur Vergütungsreform in Privatinsolvenzverfahren

Erhöhung der Staffelvergütung und der Mindestvergütung

§ 2 Abs. 1 InsVV-E:

Der Insolvenzverwalter erhält in der Regel
von den ersten ~~25 000~~ 35 000 Euro der Insolvenzmasse ~~40~~ 50 vom Hundert,
von dem Mehrbetrag bis zu ~~50 000~~ 70 000 Euro ~~25~~ 30 vom Hundert,…

§ 2 Abs. 2 S. 1 InsVV- E:

Haben in dem Verfahren nicht mehr als 10 Gläubiger ihre Forderungen angemeldet, so soll die Vergütung in der Regel mindestens ~~1 000~~ 1 650 Euro betragen

Abschaffung des Abschlagstatbestandes § 3 Abs. 2 lit. e) InsVV (Abschlag wegen überschaubarer Vermögensverhältnisse)

Begründung: Die angeregte Erhöhung der Mindestvergütung würde ohne die angeregte Streichung (…) die Reformbemühungen konterkarieren.

Streichung des § 13 InsVV (Mindestvergütung des Verbraucherinsolvenzverwalters)

(Ermäßigung der Vergütung, wenn Vermögens- und –Gläubigerverzeichnis von einer geeigneten Person oder Stelle erstellt wurden)

Begründung: Die vom Gesetzgeber unterstellte signifikante Arbeitserleichterung hat sich in der Praxis nicht ergeben.

§ 14 Abs. 2 InsVV-E (Regelvergütung des Treuhänders)

„Der Treuhänder erhält
von den ersten ~~25.000~~ 35 000 Euro ~~5~~ 6 vom Hundert,
von dem Mehrbetrag bis ~~50.000~~ 70 000 Euro ~~3~~ 4 vom Hundert und
von dem darüber hinausgehenden Betrag ~~1~~ 2 vom Hundert."

§ 14 Abs. 3 InsVV-E (Mindestvergütung des Treuhänders)

[1]Die Vergütung beträgt mindestens ~~100~~ 500 Euro für jedes Jahr der Tätigkeit des Treuhänders. [2]Hat er die durch Abtretung eingehenden Beträge an mehr als 5 Gläubiger verteilt, so erhöht sich diese Vergütung je angefangene 5 Gläubiger um ~~50~~ 85 Euro.

Begründung zu § 14 Abs. 2 InsVV-E:

Die Erhöhung der Mindestvergütung des Treuhänders in § 14 Abs. 3 Satz 1 InsVV ist nach Auffassung der NIVD zwingend, um eine Bearbeitung auch dieser Verfahren mit angemessener Vergütung zu ermöglichen. Um die spürbare Erhöhung in den zahlreichen Stundungsverfahren zu rechtfertigen, ist darauf hinzuweisen, dass die Insolvenzgerichte den Aufgabenbereich des Treuhänders zum Teil faktisch erweitern; nicht selten verbunden mit dem Hinweis, dass sich dies zwar nicht aus § 292 InsO ergebe, aber dennoch gewünscht werde.

§ 15 Abs. 1 InsVV-E (Vergütung für Überwachung Obliegenheiten)

Hat der Treuhänder die Aufgabe, die Erfüllung der Obliegenheiten des Schuldners zu überwachen (§ 292 Abs. 2 der Insolvenzordnung), so erhält er eine zusätzliche Vergütung. [2]Diese beträgt regelmäßig ~~35~~ 60 Euro je Stunde.

- Die vorgeschlagenen Regelungen haben ganz erhebliche Auswirkungen auf die Stundung. Verfahrenskostendeckung wird bei Umsetzung noch seltener erreicht werden können.
- Allerdings wird es voraussichtlich künftig keine Verkürzung der Restschuldbefreiung bei Kostendeckung mehr geben, sodass die Zusatzbelastungen im Wesentlichen zu Lasten der Staatskasse und den Gläubigern gehen werden.

Blick „in die Glaskugel“:

Potentielle Auswirkungen der Verkürzung auf 3 Jahre sowie der vorgeschlagenen Erhöhung der Verwaltervergütung auf Insolvenzpläne/Schuldenbereinigungspläne etc.

- Die Verkürzung der RSB auf drei Jahre verringert den Anreiz zu freiwilligen Zahlungen zur Kostendeckung, da eine Verkürzung des Verfahrens um ein Jahr nach § 300 Abs. 1 Nr. 5 InsO wohl nicht mehr vorgesehen wird.
- Auch SBP und Insolvenzpläne mit Zahlungen Dritter dürften an Relevanz verlieren.
- Wesentliche Auswirkungen auf die Zahlungsmoral sind wohl nicht zu erwarten, dafür ist das Verfahren immer noch zu lang und sind die weiteren Folgen (negativer Score) zu gravierend.

Die vorgeschlagene Erhöhung der Mindestvergütung und der Treuhändervergütung würde zu mehr als einer Verdoppelung der Kosten führen, von

aktuell rund 1.300 EUR netto

(800 EUR Mindestvergütung und 5 x 100 EUR Treuhändervergütung)

künftig: 2.650 EUR netto

(1.650 EUR Mindestvergütung, 2x500 Treuhändervergütung)

Diese zusätzliche Belastungen haben Gläubiger und Schuldner (über § 4b Abs. 2 S. 4 InsO bis vier Jahre nach Verfahrensaufhebung), hilfsweise die Staatskasse zu tragen habe.

Es ist m.E. zweifelhaft, ob derart hohe Verfahrenskosten (incl. Auslagen und Ust. rund 3.000 EUR) mit dem Ziel einer effektiven RSB vereinbar und damit europarechtlich zulässig sind.

Aus der Rechtsprechung zur Privatinsolvenz

Anerkennung einer Schuldnerberatungsstelle in anderem Bundesland
OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 30.10.2019 – 4B 1060/19

- Die Anerkennung einer Schuldnerberatungsstelle in einem anderen Bundesland genügt nicht, um Zweigstellen in NRW zu betreiben.
- Die Antragstellerin, eine gemeinnützige GmbH mit Sitz in Hamburg, darf ihre Schuldnerberatungsstellen in Köln, Bonn und Unna nicht deshalb betreiben, weil sie von hamburgischen Behörden als "geeignete Stelle" zur Schuldnerberatung nach der Insolvenzordnung anerkannt ist.
- Dies gilt auch für Zweig-, Neben- und Außenstellen von in anderen Ländern anerkannten Beratungsstellen.
- Unter dem Begriff der "Stelle" sei schon bisher nur die lokale Organisationstruktur zu verstehen, die die Aufgaben der Schuldnerberatung tatsächlich wahrnimmt. Eine Anerkennung der in Nordrhein-Westfalen tätigen Beratungsstellen hat daher nicht aus der Anerkennung der Antragstellerin in Hamburg hergeleitet werden können. Einer Übergangsregelung hat es daher nicht bedurft.

§ 1 AG InsO NRW in der Fassung vom 1.2.219

Geeignete Personen und Stellen im Verbraucherinsolvenzverfahren

Als geeignet im Sinne des § 305 Absatz 1 Nummer 1 der Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) geändert worden ist, sind anzusehen

1. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Steuerberaterinnen und Steuerberater, Wirtschaftsprüferinnen und Wirtschaftsprüfer sowie vereidigte Buchprüferinnen und Buchprüfer, es sei denn, die Person betreibt neben den Aufgaben nach § 5 auch gewerblich Kredit-, Finanz-, Finanzvermittlungs- oder ähnliche Dienste, und

2. Stellen, die von der nach § 3 Absatz 1 zuständigen Behörde des Landes Nordrhein-Westfalen als geeignet anerkannt worden sind, wobei Zweig-, Neben- und Außenstellen sowie sonstige räumlich getrennte Teile von anerkannten Beratungsstellen jeweils als eigene Stelle gelten, für die eine eigene Anerkennung erforderlich ist.

Vertretungsbefugnis in IN-Verfahren

AG Hamburg – 67a IN 338/19

– Steuerberater ist als Vertreter des Schuldners im Regel-Insolvenzverfahren nach § 4 InsO, § 179 Abs. 3 ZPO zurückzuweisen: § 305 Abs. 4 S. 1 InsO ist nicht entsprechend anwendbar.

(Verfassungsbeschwerde unter BvR 1987/19 anhängig; dazu Weßling, ZInsO 2019, 2511 mit Nachweisen für die Gegenansicht.)

Erneute Stundung nach Aufhebung Stundung wegen Pflichtverletzung

LG Darmstadt, Beschl. v. 8. 11. 2019 – 5 T 600/19, ZInsO 2019, 2542

Wirkt sich die Verletzung der Mitwirkungspflicht des Schuldners (Vorlage der Erklärung über persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse) nicht als Grund für die Versagung der Restschuldbefreiung aus, ist ein erneuter Antrag nach Vorlage der erforderlichen Unterlagen ausnahmsweise zulässig.

Wird die Stundung der Verfahrenskosten wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten aufgehoben, die aus dem gleichen Grund mögliche Versagung der Restschuldbefreiung nicht ausgesprochen, weil kein Versagungsantrag gestellt, kann der damit evidente Wertungswiderspruch dadurch vermieden werden, dass der erneute Antrag auf Verfahrenskostenstundung ausnahmsweise als zulässig erachtet wird.

(Keine) Verfahrenskostenstundung bei überwiegend dinglich gesicherten Forderungen

LG München, Beschl. v. 30.5.2017 – 14 T 7607/17, ZInsO 2019, 2171

Da eine Stundung der Verfahrenskosten für das Insolvenz- bzw. Restschuldbefreiungsverfahren nur dann zu gewähren ist, wenn das Insolvenzverfahren in seiner Gesamtheit Erfolgsaussichten verspricht, mithin also der Schuldner nach Abschluss des Verfahrens seine Schulden verliert, ist die Verfahrenskostenstundung auch dann zu versagen, wenn ein solcher wirtschaftlicher Neustart des Schuldners deshalb nicht erreichbar ist, weil die wesentlichen am Verfahren beteiligten Forderungen als dinglich gesichert und abgesondert zu befriedigende unbewegliche Gegenstände von der Restschuldbefreiung ohnehin nicht umfasst wären. Der Einsatz von staatlichen Mitteln im Rahmen einer Stundung ist dann nicht gerechtfertigt.

Zurückweisung eines Plans wegen fehlender Berücksichtigung der Massekostendeckung

LG Düsseldorf, Beschl. v. 28. 11. 2018 – 25 T 556/18, ZInsO 2019, 913 (Beschwerde zu AG Düsseldorf v. 5.8.2018)

Leitsatz der Redaktion:

Obgleich die Masseunzulänglichkeit als solche seit Einfügung des § 210a InsO keinen zwingenden Ausschlussgrund für das Insolvenzplanverfahren mehr darstellt, ist gleichwohl bei offensichtlich fehlender Deckung der Masseverbindlichkeiten die Zurückweisung eines "normalen" Planes möglich.

Keine Stundung von Verfahrenskosten im Insolvenzplanverfahren

AG Düsseldorf, Beschl. v. 6.8.2018 – 502 IN 88/17, ZInsO 2019, 578

Leitsatz der Redaktion:

Die Stundung der Verfahrenskosten nach §§ 4a – d InsO gilt nur für die reguläre Abwicklung eines Insolvenzverfahrens, nicht jedoch für die Besonderheit des Planverfahrens. Vielmehr sind vom Schuldner für ein Planverfahren auch die Verfahrenskosten aufzubringen.

(Arg.: § 258 Abs. 2 InsO: Vor Verfahrensaufhebung sind die Kosten zu berichtigen; sowie zwingende Befriedigungsreihenfolge, vgl. §§ 53, 201 InsO)

Streitwertbestimmung im Schuldenbereinigungsplanverfahren

LG Gera, Beschl. v. 16.08.2019 – 5 T 355/19, ZInsO 2019, 1968, InsbürO 2019, 512

Leitsatz des Bearbeiters:

Zur Bestimmung des Streitwerts im Schuldenbereinigungsplanverfahren ist nicht auf die im Plan angebotenen Zahlungen, sondern auf das Vermögen des Schuldners zum Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens abzustellen.

Beiordnung eines Anwalts für den Schuldner im Versagungsantragsverfahren

AG Göttingen, Beschl. v. 4. 7. 2018 – 74 IK 194/16, ZInsO 2018, 1991

1. Stellt ein Insolvenzgläubiger einen Versagungsantrag gem. §§ 290 ff. InsO, kommt den Stundungsfällen regelmäßig die Beiordnung eines Rechtsanwaltes gem. § 4a Abs. 2 InsO in Betracht.
2. Zur Ermöglichung einer zügigen Entscheidung kann die Beiordnung auch dann erfolgen, wenn noch kein Schlusstermin bzw. ein den Schlusstermin ersetzendes schriftliches Verfahren angeordnet worden ist.

UNIVERSITÄT MANNHEIM

RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein

Sanierungskredite - Insolvenzfestigkeit von Sanierungskrediten und Gebührenabreden

7. Februar 2020, Hamburg

- Krise eines Unternehmens
- - Liquiditätsbedarf zwecks Fortführung: Notwendigkeit von Sanierungskrediten
- - Beratungsbedarf der Verantwortlichen: Problem der anfechtungsfesten Vergütung

© 2020 RiBGH Professor Dr. Markus Gehrlein

UNIVERSITÄT MANNHEIM

- **I. Sanierungskredite**
- Kreditvergabe in Sanierungsfällen an Besicherung des Kreditgebers geknüpft
- Interesse des Kreditgebers an anfechtungsfester Sicherung

© 2020 RiBGH Professor Dr. Markus Gehrlein

- **1. Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO)**

  a) Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Gläubigerbenachteiligung
- Keine unmittelbare Benachteiligung, wenn Schuldner als Gegenleistung für Sicherung Darlehensmittel erhält
- Unmittelbare Benachteiligung gegeben, wenn Sicherung auch Altkredite abdeckt, weil es insoweit an Gegenleistung fehlt
- Mittelbare Benachteiligung, wenn Darlehensmittel als Gegenleistung der Sicherung bei Verfahrenseröffnung nicht mehr vorhanden sind
- b) Fehlende Gläubigerbenachteiligung bei wertausschöpfender Belastung eines Grundstücks (BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, WM 2016, 1455)
- Bei Gläubigeranfechtung ist Versteigerungserlös maßgeblich
- Bei Insolvenzanfechtung ist für Prüfung einer mittelbaren Benachteiligung grundsätzlich auf Erlös freihändiger Verwertung abzustellen
- Geht es um unmittelbare vor Verfahrenseröffnung eingetretene Benachteiligung, ist Versteigerungserlös maßgeblich

UNIVERSITÄT MANNHEIM

- **2. Deckungsanfechtung (§§ 130, 131 InsO)**
- Anfechtung von Befriedigung oder Sicherung einer Forderung in kritischer Zeit
- **a) Anfechtungsgegner**
- Gläubiger einer gegen den Schuldner gerichteten Forderung ist als Anfechtungsgegner anzusehen
- Betreibt Gläubiger eines Sanierungskredits die Zwangsverwaltung eines Grundstücks, zieht Verwalter die Forderungen gegen den Mieter ein: In der Insolvenz eines Mieters können Mietzahlungen gegenüber Zwangsverwalter bzw. Eigentümer und Vermieter des Grundstücks angefochten werden, aber nicht gegenüber Gläubiger als Nutznießer der Zwangsverwaltung: Er ist nicht Gläubiger der Mietforderung
- BGH, Urt. v. 19.10.2017 – IX ZR 289/14, WM 2018, 238

- **b) Kongruente Deckung**
- Kongruente Deckung ist unverdächtig und deshalb nur bei Kenntnis des Gläubigers von Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenzantrag anfechtbar
- Zahlungsunfähigkeit wird nach Verhandlungen über Sanierungsdarlehen dem Darlehensgeber vielfach bekannt
- **c) Bargeschäft**
- Anfechtung nach § 130 InsO ist dann nur im Falle eines Bargeschäfts (§ 142 InsO) ausgeschlossen
- Darlehensrückzahlung bildet mangels Leistungsaustausch kein Bargeschäft
- BGH, Beschl. v. 7.5.2013 – IX ZR 271/12, NZI 2013, 816
- Gewährung einer Sicherheit als Gegenleistung für ein Sanierungsdarlehen kann Bargeschäft bilden
- Notwendigkeit einer Vertragsabrede als Grundlage des Austauschs
- Notwendigkeit eines unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs bei Eintragung eines Grundpfandrechts binnen zweieinhalb Monat nach Darlehensauszahlung gewahrt
- BGH, Urt. v. 21.5.1980 - VIII ZR 40/79, NJW 1980, 1961

UNIVERSITÄT MANNHEIM

- **d) Inkongruente Deckung**
- Inkongruenter Deckung von Gesetz als verdächtig erachtet: Erleichterte Anfechtbarkeit, sofern Zahlungsunfähigkeit des Schuldners objektiv feststeht (§ 131 Abs. 1 InsO)
- Aus Forderung folgt kein Anspruch auf deren Sicherung
- Gewährung einer Sicherung nur kongruent, wenn Anspruch gerade auf gewährte Sicherung bestand
- Inkongruenz nachträglicher Sicherung (BGH, Urt. v. 10.1.2013 – IX ZR 13/12 , NJW 2013, 611), auch wenn neben Neu- zugleich Altforderung besichert (BGH, Urt. v. 12.11.1992 – IX ZR 236/91, ZIP 1993, 276)
- Kein Anspruch auf Sicherung nach strafbarer Schädigung (BGH, Urt. v. 18.3.2010 - IX ZR 57/09, NZI 2010, 439)

- **e) Kongruenz durch Abschluss einer Kongruenzvereinbarung**
- Kongruenz einer bargeschäftlichen Drittzahlung bei entsprechender nachträglicher Kongruenzvereinbarung (§§ 130, 142 InsO)
- Kongruenzvereinbarung muss vor erstem Leistungserfolg geschlossen werden (vor Übergabe der Kauf- oder Mietsache)
- Abschluss der Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, soll eigenes Forderungsrecht geschaffen werden auch mit Drittem
- Unanfechtbarkeit der Kongruenzvereinbarung als Grundlage eines Baraustauschs: Vereinbarung der Sicherung kann bis Darlehensauszahlung getroffen werden
- BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243

3. Vorsatzanfechtung

Sanierungsgedanke auch bei Vorsatzanfechtung von Bedeutung

a) Benachteiligungsvorsatz und Kenntnis

Indiz für Benachteiligungsvorsatz und Kenntnis

- Wissen um Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (BGH, Urt. v. 24.10.2013 – IX ZR 104/13, ZInsO 2013, 2378)
- Inkongruenz nebst Zweifeln an Liquidität des Schuldners (BGH, Urt. v. 7.11.2013 – IX ZR 248/12, NJW 2014, 46)

b) Gegenindiz des ernsthaften, aber gescheiterten Sanierungsversuchs

Indizien des Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und der Inkongruenz können bei des ernsthaftem, aber gescheiterten Sanierungsversuch zurücktreten

- Schuldnerseite: Schlüssiges Sanierungskonzept, das in Anfängen umgesetzt, Erfolg rechtfertigt
- - Nicht notwendig alle Gläubiger bei Forderungsverzicht der Hauptgläubiger
- - Beurteilung durch brachenkundigen Fachmann; keine bestimmten Formalien (IDW S 6)

- **aa) Anforderungen an ernsthaften, aber gescheiterten Sanierungsversuch bei Sanierung durch Forderungsverzicht**
- Ausfall bestimmter Forderungen bei rentabler Arbeitsweise des Schuldners
- Schlüssige Darlegung dahingehender Umstände
- Keine Kenntnis des Vorsatzes bei Annahme quotaler Zahlung an alle Gläubiger
- BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, WM 2016, 1182
- **bb) Anforderungen an ernsthaften, aber gescheiterten Sanierungsversuch bei Sanierung durch Restrukturierung**
- Darlegung wesentlicher Grundlagen des Konzepts durch Schuldner bzw. Berater
- Art und Höhe der Verbindlichkeiten (Finanzlage); neues Kapital, neue Darlehen
- Allein Reduzierung Schulden bei fortbestehender Krise nicht erfolgsversprechend
- Aus Sicht des Gläubigers gute Chancen für Sanierung
- BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, WM 2016, 1182

UNIVERSITÄT MANNHEIM

- **cc) Umsetzung im Einzelfall**
- Fall: Zahlungsunfähige Schuldnerin schließt mit Beklagter Ratenzahlungsvereinbarung über monatlich 15.000 €. Verwalter ficht vier Zahlungen über 60.000 € an. Nach Stattgabe führt Revision zur Zurückverweisung (BGH, Urt. v. v. 28.3.2019 – IX ZR 7/18).
- Lösung: Subjektive Erfordernisse der Vorsatzanfechtung können fehlen
- Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit gestattet Schlussfolgerung auf Benachteiligungsvorsatz des Schuldners: Unbedenkliche Willensrichtung bei ernsthaftem, aber gescheiterten Sanierungsversuch
- - Darlegung eines schlüssigen Sanierungskonzepts
- - Auslöser der Schieflage benannt: Umsatzrückgang, schlechte Auftragslage, nachteilige Kostenstruktur, zu geringes Eigenkapital
- - Maßnahmen zwecks Sanierung: Stillhalteabkommen über 2,8 Mio. €, neues Eigenkapital, Personalbestand reduziert, Miete abgesenkt, Anschlussfinanzierung gelungen
- - Überzeugung der Geschäftsleitung von Schlüssigkeit des Konzepts
- - Bei dieser Sachlage entfällt Vorsatz
- Kenntnis des Anfechtungsgegners von Benachteiligungsvorsatz bei Wissen um Zahlungsunfähigkeit des Schuldners
- - Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit verliert an Bedeutung bei ernsthaftem, aber gescheiterten Sanierungsversuch: Geringere Darlegungsanforderungen des Anfechtungsgegners
- - Empfang der Zahlungen nach Mitteilung des Konzepts durch Berater

- **c) Gegenindiz des Bargeschäfts**
- **aa) Altrecht bis 2017**
- Indiz der Zahlungsunfähigkeit tritt bei Bargeschäft im Sinne des § 142 InsO aF zurück: Kein Benachteiligungsvorsatz und keine Kenntnis bei für Betriebsfortführung nützlichem Bargeschäft
- Subjektiver Tatbestand entfällt, wenn gleichwertige Gegenleistung in Vermögen des Schuldners gelangt
- Kenntnis des Vorsatzes bei Bargeschäft, wenn Gläubiger unrentable Arbeitsweise des Schuldners kennt
- BGH, Urt. v. 4.5.2017 – IX ZR 285/16, BB 2017, 1426
- Schlussfolgerung: In Sanierungsfällen entfallen subjektive Merkmale nicht wegen Baraustausch, weil unrentable Arbeitsweise bekannt ist; es kommt nur Erleichterung nach Grundsätzen des ernsthaften aber gescheiterten Sanierungsversuchs in Betracht

UNIVERSITÄT MANNHEIM

- **bb) Neurecht**
- Vorsatzanfechtung greift bei Bargeschäft nur, wenn Gläubiger erkennt, dass Schuldner unlauter handelt
- Unlauterkeit des Schuldners erfordert mehr als bloße Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit
- Unlauterkeit bei gezielter Benachteiligung anderer Gläubiger, bei Vermögensverschwendung durch Kauf von Luxusgütern oder bei Abstoßen des Betriebsvermögens, um Gegenwert Gläubigern zu entziehen
- Schlussfolgerung: Bei Bargeschäften greift nur ausnahmsweise Vorsatzanfechtung durch, nicht schon bei Wissen um unrentable Arbeitsweise

- **III. Gebührenabreden**
- Krisenunternehmen benötigt rechtliche oder wirtschaftliche Beratung: Problem der Anfechtbarkeit von Honorarzahlungen
- **1. Gläubigerbenachteiligung**
- Honorarzahlung kann unmittelbar benachteiligend wirken, wenn bei objektiv aussichtslosen Sanierungsversuchen Gegenleistung des Beraters wertlos ist
- Lediglich mittelbare Benachteiligung bei Vergütung angemessener Beratungsleistungen, wenn Sanierung fehlschlägt
- **2. Keine Deckungsanfechtung bei Bargeschäft (§§ 130, 142 InsO)**
- **a) Zeitliche Anforderungen**
- Notwendigkeit zeitlicher Teilbarkeit: Kein Bargeschäft, wenn zwischen Beginn anwaltlicher Tätigkeit und Vergütung mehr als 30 Tage liegen
- Vorschussanforderung für Beratung bis zu 30 Tagen
- BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, NJW 2008, 659

UNIVERSITÄT MANNHEIM

- Bei Vorleistungspflicht Zahlung ist binnen 30 Tage nach Ende der Tätigkeit bargeschäftlich; dies gilt für Arbeitnehmer
- BGH, Urt. v. 10. Juli 2014 – IX ZR 192/13 , BGHZ 202, 59
- Möglicherweise entspricht dieser Gedanke heute den allgemeinen Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs
- **b) Wertäquivalenz**
- Keine Aushöhlung der Masse durch aussichtslose Sanierung
- BGH, Urteil v. 11.6.1980 – VIII ZR 62/79, BGHZ 77, 250, 253
- Keine wertäquivalente Gegenleistung bei fehlendem praktischen Nutzen
- Keine Beratungszahlung für Stellung des Insolvenzantrags
- BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, NJW 2008, 659

- **3. Vorsatzanfechtung; Bargschäft**
- **a) Altrecht**
- Kein Benachteiligungsvorsatz und keine Kenntnis bei für Betriebsfortführung nützlichem Bargeschäft
- Daran fehlt es bei Vergütung eines Anwalts, der gegen § 64 GmbHG verstoßende Zahlungen gestattet
- BGH, Beschl. v. 14.4.2014 – IX ZR 221/11
- Keine Benachteiligungsvorsatz bei Vergütung nützlicher Beratungsleistungen: sachgemäße Vorbereitung eines Sanierungsversuchs
- BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, NJW 2008, 659
- **b) Neurecht**
- Keine Unredlichkeit bei sanierungswillen

- **IV. EU-Restrukturierungsrichtlinie**
- Anfechtungsfestigkeit von Sanierungskrediten und Beratungsleistungen auch nach EU-Restrukturierungsrichtlinie (Art. 17)
- Schutz für Darlehensgeber neuer Finanzierungen durch Befreiung von Sanktionen des Insolvenzanfechtungsrechts
- Vorrang gegenüber sonstigen Insolvenzforderungen oder gar Masseverbindlichkeiten möglich
- Präventive Kontrolle durch Gläubigerausschuss, Restrukturierungsbeauftragten oder das Gericht: Gefahr der Verzögerung
- Schutz wird durch Art. 18 auf Transaktionskosten außerhalb der Finanzierung erstreckt

Sanierungskredite – Insolvenzfestigkeit von Sanierungskrediten und Gebührenabreden[1]

von Richter am BGH Prof. Dr. Markus Gehrlein, Karlsruhe

Es liegt auf der Hand, dass ein in der Krise befindliches Unternehmen einen hohen Liquiditätsbedarf hat und auf verschiedenen Gebieten, sei es wirtschaftlicher Art mit dem Ziel einer Restrukturierung, sei es rechtlicher Art im Blick auf die Umsetzung einer Restrukturierung oder die aus einer nicht zu beseitigenden Insolvenzreife zu ziehenden Konsequenzen, Beratung benötigt. Drängende Gläubiger wollen befriedigt werden, zugleich ist das Unternehmen auf Beratung angewiesen, sind doch vielfach Entscheidungen erheblicher wirtschaftlicher und rechtlicher Tragweite zu treffen. Mögliche Vertragspartner, seien es Kreditgeber oder Berater, werden sich nur engagieren, wenn sie nicht fürchten müssen, Ansprüche auf die ihnen geschuldete Gegenleistung zu verlieren. Es besteht ein schwieriges Spannungsfeld, weil einerseits die Masse vor einer Ausplünderung sozusagen kurz vor Toresschluss im Vorfeld der Insolvenz zu schützen ist, andererseits aber berechtigte Interessen solcher Gläubiger, die sich für den Fortbestand des Unternehmens engagieren, Beachtung verdienen.

A. Sanierungskredite

Ein Sanierungskredit ist dadurch gekennzeichnet, dass der Kreditgeber den Zweck verfolgt, mit seinem Darlehen zur wirtschaftlichen Gesundung des in einer finanziellen Schieflage befindlichen Unternehmens beizutragen. Da eine Sanierung naturgemäß fehlschlagen kann, wird der Kreditgeber zu einer Darlehensgewährung nur gegen Erhalt einer Sicherung bereit sein. Darum stellt sich vor allem die Frage, ob der Darlehensgeber eine Anfechtung der ihm gewährten Sicherung befürchten muss.

I. Gläubigerbenachteiligung

1. Grundsatz

a) Unmittelbare, mittelbare Benachteiligung

Unmittelbar ist eine Benachteiligung, die ohne Hinzukommen späterer Umstände schon mit der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung selbst eintritt. Maßgeblicher Zeitpunkt dafür ist derjenige der Vollendung der Rechtshandlung. Der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung ist isoliert mit Bezug auf die konkret angefochtene Minderung des Aktivvermögens zu beurteilen. Dabei sind lediglich solche Folgen zu berücksichtigen, die an die anzufechtende Rechtshandlung selbst anknüpfen. Erhält der Schuldner für das, was er aus seinem Vermögen weggibt, unmittelbar eine vollwertige Gegenleistung, liegt keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung vor.[2] Für eine mittelbare Benachteiligung der Insolvenzgläubiger reicht es aus, wenn es zwar an einer unmittelbaren Benachteiligung durch die Rechtshandlung fehlt, sich aber im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Anfechtungsprozess ergibt, dass die Möglichkeit der Gläubiger, sich aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen, durch das Hinzutreten weiterer Umstände beeinträchtigt wurde.[3]

b) Kreditsicherheiten

Die Besicherung von Sanierungskrediten unterliegt den allgemeinen Regeln über die Gläubigerbenachteiligung durch Kreditsicherheiten. Allein eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung entfällt, soweit im Rahmen eines Sanierungsversuchs für einen Kredit eine angemessene Sicherheit bestellt wird. Das gilt regelmäßig auch, sofern der Kreditnehmer zu dieser Zeit bereits überschuldet ist, weil unabhängig davon die Leistung des Kreditgebers vollwertig ist. Dagegen werden die Insolvenzgläubiger sogar unmittelbar benachteiligt, sofern sich die Sicherheit nicht allein auf die ausgereichten Kredite beschränkt, sondern auch Altkredite miteinbezieht. Beim Scheitern der Sanierungsbemühungen tritt bei nachfolgender Insolvenz eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung ein, soweit die gewährten Kreditmittel bei Insolvenzeröffnung nicht mehr in der Masse sind.[4] Wird das Vermögen des Schuldners ohne vollen Wertersatz im Wege der übertragenden Sanierung auf einen anderen zur Betriebsfortführung übertragen, so werden die Altgläubiger durch diesen Entzug der Haftungsmasse unmittelbar benachteiligt, wenn es hierbei nicht zu einer befreienden Schuldübernahme kommt.[5] Schließt der spätere Insolvenzschuldner einen Sanierungsvergleich ab und zahlt er die vereinbarten Quoten aus, so werden – wenn danach ein Insolvenzverfahren eröffnet wird – die Insolvenzgläubiger durch die Vermögensminderung grds. in vollem Umfang benachteiligt; ein Einwand der begünstigten Gläubiger, dass sie einen Betrag von gleicher Höhe auch als Insolvenzquote erhalten hätten, ist im Anfechtungsprozess bedeutungslos.[6]

2. Wertausschöpfende Belastung

Kommt es zur Verwertung einer dem Kreditgeber gewährten Sicherung, setzt die Anfechtung nach §§ 130 ff. InsO den Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO) voraus. Bei der Gewährung eines Grundpfandrechts kann

eine Gläubigerbenachteiligung ausscheiden, wenn das Grundstück wertausschöpfend belastet ist und der Anfechtungsgegner Inhaber eines nachrangigen Grundpfandrechts ist. In diesem Zusammenhang sind mitunter schwierige Differenzierungen notwendig. Vorab ist bedeutsam, ob es sich um eine Gläubigeranfechtung (§§ 1 ff. AnfG) oder eine Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) handelt. Geht es um eine Insolvenzanfechtung, können sich je nach dem anzuwendenden Tatbestand abweichende Berechnungsgrundlagen für die Frage der wertausschöpfenden Belastung ergeben.

a) Gläubigeranfechtung

In Ansehung der Gläubigeranfechtung ist geklärt, dass die Übertragung eines dinglich belasteten Grundstücks ebenso wie seine zusätzliche dingliche Belastung nur dann eine objektive Gläubigerbenachteiligung (§ 1 Abs. 1 AnfG) zeitigt, wenn der in der Zwangsversteigerung erzielbare Erlös des Grundstücks die vorrangigen Belastungen und die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens überstiegen hätte.[7]

b) Insolvenzanfechtung

Der Insolvenzverwalter ist trotz Fehlens einer entsprechenden Regelung – anders als der die Anfechtung (§§ 1 ff. AnfG) betreibende Gläubiger oder ein Absonderungsgläubiger – auch zur freihändigen Veräußerung des belasteten Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts berechtigt.[8] Deswegen kann für die Feststellung einer wertausschöpfenden Belastung grds. der Wert einer freihändigen Veräußerung angesetzt werden. Dies gilt aber nur, wenn der Insolvenzverwalter zu einer solchen freihändigen Veräußerung tatsächlich rechtlich in der Lage ist.[9] Fehlt dem Insolvenzverwalter die Befugnis zu einer freihändigen Veräußerung, weil der für den Eintritt der Gläubigerbenachteiligung maßgebliche Zeitpunkt vor der Verfahrenseröffnung liegt oder einer freihändigen Verwertung die von einem dinglichen Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung entgegensteht, ist der in einer Zwangsversteigerung zu erwartende Erlös maßgeblich.[10]

aa) Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung

Bedarf es der Prüfung, ob vor Verfahrenseröffnung durch die Übertragung eines mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücks oder seine zusätzlichen dingliche Belastung eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung (§ 133 Abs. 2 InsO) eingetreten ist, kann mangels einer zu diesem Zeitpunkt gegebenen Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters nur der in einem Zwangsversteigerungsverfahren zu erwartende Erlös zugrunde gelegt werden. Es muss nämlich wegen der Notwendigkeit einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung abgestellt werden, der sich in der grundbuchmäßigen Eintragung manifestiert und damit notwendigerweise vor der Verfahrenseröffnung liegt.[11] Gläubiger, deren Gesamtinteressen der Insolvenzverwalter erst nach Verfahrenseröffnung verantwortet, hätten im maßgeblichen Zeitpunkt Befriedigung aus dem Grundstück nur auf der Grundlage der §§ 1 ff. AnfG im Wege der Zwangsversteigerung erlangen können. Anspruch auf den bei einer freihändigen Veräußerung realisierbaren Verkehrswert hätten die Gläubiger nicht gehabt. Die Frage der Benachteiligung kann folglich nicht danach beantwortet werden, welchen Verkehrswert ein Grundstück hatte.[12] Wegen des im Insolvenzanfechtungsrecht geltenden Verbots einer hypothetischen Betrachtungsweise kann der Verkehrswert des Grundstücks nicht aus der Erwägung für maßgeblich erklärt werden, dass ein bereits im Zeitpunkt der Eintragung der Sicherungshypothek bestellter Insolvenzverwalter zu einer freihändigen Veräußerung befugt gewesen wäre.[13]

bb) Mittelbare Gläubigerbenachteiligung

Für eine mittelbare Benachteiligung der Insolvenzgläubiger reicht es aus, wenn es zwar an einer unmittelbaren Benachteiligung durch die Rechtshandlung fehlt, sich aber im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Anfechtungsprozess ergibt, dass die Möglichkeit der Gläubiger, sich aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen, durch das Hinzutreten weiterer Umstände beeinträchtigt wurde.[14] Betreibt ein absonderungsberechtigter Gläubiger die Zwangsversteigerung, kann auf den bei einer freihändigen Veräußerung zu erzielenden Erlös abgestellt werden, wenn der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung gem. § 30d Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 ZVG unter Berufung darauf, dass durch die Versteigerung eine angemessene Verwertung der Insolvenzmasse wesentlich erschwert würde, die Einstellung der Zwangsversteigerung erwirkt und zu einer freihändigen Veräußerung schreitet. Die Regelung will den technisch-organisatorischen Verbund des Schuldnervermögens zum Zwecke einer möglichst günstigen Verwertung erhalten und eine Versteigerung zur Unzeit verhindern. Zentrales Erfordernis für die Anwendung der Vorschrift bilden konkrete Anhaltspunkte, denen zufolge der Verwalter durch eine alsbaldige freihändige Veräußerung sowohl im Interesse der Absonderungsgläubiger als auch der Gläubigergesamtheit einen wesentlich höheren Veräußerungserlös als im Zwangsversteigerungsverfahren erzielen kann. Nimmt der Insolvenzverwalter die rechtliche Möglichkeit, einer Zwangsversteigerung durch absonderungsberechtigte Gläubiger zu begegnen, nicht wahr, bemisst sich eine Gläubigerbenachteiligung notwendigerweise nach dem konkreten Versteigerungserlös.[15] Es ist also der Versteigerungserlös zugrunde zu legen, wenn der Verwalter die Zwangsversteigerung des zur Masse gehörenden Grundstücks duldete und folglich an einer freihändigen Veräußerung des belasteten Grundstücks gehindert war.[16]

II. Deckungsanfechtung

Die in §§ 130, 131 InsO geregelte Deckungsanfechtung unterwirft die Befriedigung und Sicherung einer Forderung

innerhalb der kritischen Zeit von 3 Monaten vor Antragstellung und danach der Insolvenzanfechtung. Die Deckung bildet den Oberbegriff für jede Befriedigung oder Sicherung einer Forderung. Der Sanierungsdarlehensgeber hat folglich die Deckungsanfechtung zu gewärtigen, wenn sein Darlehen in der kritischen Zeit besichert wird und er um die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners weiß. Handelt es sich um ein Sanierungsdarlehen, wird nicht selten die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gegeben sein. Ein Anfechtungsrisiko besteht trotz Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit nicht, wenn die Sicherung Bestandteil eines Bargeschäfts (§ 142 InsO) ist.

1. Anfechtungsgegner: Gläubiger einer gegen den Schuldner gerichteten Forderung

Es kann geschehen, dass der Gläubiger eines Sanierungsdarlehens auf der Grundlage einer von ihm beantragten Zwangsverwaltung aus Mietzahlungen befriedigt wird. Selbst wenn dies in der kritischen Zeit erfolgt, ist damit nicht gesagt, dass nach Insolvenz des Mieters die von dem Insolvenzverwalter betriebene Deckungsanfechtung durchgreift. Die Deckungsanfechtung richtet sich gegen den Inhaber der getilgten Forderung. Die Bestimmung dieser Person wirft im Zwangsverwaltungsverfahren Schwierigkeiten auf. Werden in einem Zwangsverwaltungsverfahren etwa bei einem später insolventen Mieter Forderungen beigetrieben, ist Zahlungsempfänger und Anfechtungsgegner der Zwangsverwalter, der für den Grundstückseigentümer tätig wird. Soweit eingezogene Forderungen von dem Insolvenzverwalter an dinglich gesicherte Gläubiger, etwa eine Bank als Sanierungsdarlehensgeberin, ausgeschüttet werden, sind diese keine Anfechtungsgegner, weil sie nicht Gläubiger der getilgten (Miet-)Forderung sind. Anfechtungsgegner ist vielmehr der für den Grundstückseigentümer tätige Zwangsverwalter.

a) Insolvenzgläubiger

Die Anfechtungstatbestände setzen jeweils voraus, dass eine andere Person durch die Rechtshandlung eine Vermögenszuwendung erhalten hat. In den Fällen der §§ 130, 131 InsO muss es sich um eine dem Insolvenzgläubiger gewährte Sicherung oder Befriedigung handeln. Die Deckungsanfechtung richtet sich also ausschließlich gegen Gläubiger des Schuldners. Insolvenzgläubiger ist jeder persönliche Gläubiger, der einen zzt. der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat. Es kommt mithin darauf an, ob der Gläubiger in der Insolvenz eine Forderung i.S.d. § 38 InsO oder einen nachrangigen Anspruch (§ 39 InsO) gehabt hätte. Zu diesem Personenkreis gehören Inhaber einer Darlehensforderung wie auch eines Befreiungsanspruchs.[17]

b) Mittelbare Zuwendung

Der Sanierungsdarlehensgeber ist als Vollstreckungsgläubiger nicht zur Rückgewähr von Zahlungen verpflichtet, die der spätere Insolvenzschuldner anfechtbar an den Zwangsverwalter geleistet und dieser an den dinglich gesicherten Gläubiger ausgeschüttet hat. Mittelbare Zuwendungen, die über einen unmittelbaren Leistungsempfänger an einen Gläubiger weitergeleitet werden, werden so behandelt, als habe der befriedigte Gläubiger unmittelbar vom Schuldner erworben. Der Rückgewähranspruch richtet sich in solchen Fällen grds. gegen den, der infolge der anfechtbaren Handlung den Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners erhalten hat.[18] Soweit demgegenüber die Vermögensübertragung unmittelbar auch eigene Rechte oder Pflichten der Zwischenperson – etwa als (Mit-)Schuldner oder Sicherungsnehmer – berührt, diese also nicht als Zahlungs- und Verrechnungsstelle eingeschaltet ist, richtet sich der Anfechtungsanspruch grds. gegen die Zwischenperson.[19]

c) Zwangsverwalter als Anfechtungsgegner

Während laufender Zwangsverwaltung kann allein der Zwangsverwalter als Anfechtungsgegner in Anspruch genommen werden. Dieser wird als Partei kraft Amtes tätig und hat selbstständig, aber für Rechnung des Vollstreckungsschuldners dessen Vermögen zum Zwecke der Befriedigung des Sanierungsdarlehensgebers als Vollstreckungsgläubiger und Dritten zu verwalten. Er ist von Weisungen des Vollstreckungsschuldners und des Vollstreckungsgläubigers unabhängig und unterliegt bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben nur den Vorgaben des Vollstreckungsgerichts. Er hat sowohl die berechtigten Interessen des Vollstreckungsgläubigers und als auch die des Vollstreckungsschuldners zu beachten. Darüber hinaus ist der Zwangsverwalter bis zur Aufhebung des Zwangsverwaltungsverfahrens hinsichtlich der Geltendmachung der Rechte des Eigentümers aus den das beschlagnahmte Objekt betreffenden Mietverhältnissen Prozessstandschafter, Titelgläubiger und Klauselberechtigter.

Der Zwangsverwalter ist auch insoweit Anfechtungsgegner, als er an den Vollstreckungsgläubiger Zahlungen aus anfechtbar vereinnahmten Mieten geleistet hat. Dadurch werden die an den Zwangsverwalter geleisteten Zahlungen nicht zu mittelbaren Zuwendungen an den Vollstreckungsgläubiger. Die Mietzahlungen werden nicht vom Schuldner mithilfe einer Mittelsperson an den gewünschten Empfänger verschoben. Der Vollstreckungsgläubiger hat keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Zwangsverwalter auf Auskehr der vom Schuldner empfangenen Beträge. Die Mieten sind bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise an den Vollstreckungsschuldner erbracht, dessen Verwaltungsbefugnis allerdings während des Zwangsverwaltungsverfahrens ausschließlich vom Zwangsverwalter wahrgenommen wird.[20]

2. Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung

Die §§ 130, 131 gestatten die Anfechtung von in der kritischen Zeit bewirkten Deckungen. Die Berechnung der

Anfechtungsfrist bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung (§ 140 Abs. 1 InsO). Für die Anfechtung einer Rechtshandlung, deren Gültigkeit eine Grundbucheintragung erfordert, ist grds. der Zeitpunkt der Eintragung maßgebend. Davon abweichend gilt eine Rechtshandlung gem. § 140 Abs. 2 Satz 1 InsO bereits in dem Zeitpunkt als vorgenommen, in dem die übrigen Voraussetzungen für das Wirksamwerden erfüllt sind, die Willenserklärung des Schuldners für ihn bindend geworden ist und der andere Teil den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung gestellt hat. Durch einen von einem Notar auf der Grundlage des § 15 GBO gestellten Eintragungsantrag erlangt der Erwerber keine i.S.d. § 140 Abs. 2 Satz 1 InsO geschützte Rechtsposition, weil der Notar gem. § 24 Abs. 3 Satz 1 BNotO einen solchen Antrag ohne Zustimmung des Berechtigten zurücknehmen kann.[21]

3. Kongruente Deckung, Bargeschäft

Da eine vertragsgemäße, kongruente Deckung für sich genommen nicht verdächtig ist, erfordert die Anfechtung gem. § 130 InsO als subjektives Erfordernis die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit oder einem bereits gegen den Schuldner gestellten Insolvenzantrag. Die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit wird dem Darlehensgeber bei einem Sanierungsdarlehen nach dem Inhalt der Vertragsverhandlungen vielfach bewusst sein.[22] Deswegen kann die Anfechtung nur verhindert werden, wenn ein Bargeschäft (§ 142 InsO) vorliegt.

a) Darlehensrückzahlung kein Bargeschäft

Unter dem Gesichtspunkt des Bargeschäfts (§ 142 InsO) werden Leistungen privilegiert, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen gelangt ist. Dieser Ausnahmeregelung liegt der wirtschaftliche Gesichtspunkt zugrunde, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen. Ein Bargeschäft ist nur anzunehmen, wenn der Schuldner aufgrund einer Vereinbarung mit dem Anfechtungsgegner in engem zeitlichen Zusammenhang mit seiner Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat. In diesem Fall findet wegen des ausgleichenden Vermögenswerts keine Vermögensverschiebung zulasten des Schuldners, sondern eine bloße Vermögensumschichtung statt.[23] Ein Bargeschäft setzt mithin einen Leistungsaustausch voraus. Daran fehlt es bei der bloßen Erstattung eines Barlehens. Zahlt der Schuldner ein ihm gewährtes Darlehen zurück, so kann dies nicht als Bargeschäft gewertet werden und unterliegt demzufolge der Insolvenzanfechtung.[24]

b) Besicherung als Bargeschäft

aa) Parteivereinbarung

Allerdings greift eine Anfechtung nicht durch, wenn dem Darlehensgeber Zug-um-Zug gegen die Darlehensgewährung bargeschäftlich eine Sicherung als Gegenleistung gewährt wurde. In diesem Fall ist die Sicherung gem. §§ 130, 142 InsO nicht anfechtbar. Eine Bardeckung ist gem. § 142 InsO eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt. Durch die Worte „für die“ wird ausgedrückt, dass eine Bardeckung nur vorliegt, wenn Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft sind. Nur eine der Parteivereinbarung entsprechende Leistung ist kongruent und geeignet, den Bargeschäftseinwand auszufüllen. Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen eines Bargeschäfts ist derjenige, in dem die zeitlich erste Leistung eines Vertragsteils erbracht wird. Bis dahin können die Beteiligten den Inhalt ihrer Vereinbarungen noch abändern, ohne den Charakter der Bardeckung zu gefährden. Hat hingegen eine Partei – gleich ob der Schuldner oder sein Gläubiger – schon vorgeleistet, erscheint jede nachträgliche Änderung allein mit Bezug auf die Art der Gegenleistung im Hinblick auf die Gleichbehandlung aller Gläubiger als verdächtig.[25]

bb) Unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang

Ein Zeitraum von einem bzw. 2 1/2 Monaten zwischen einer Darlehensgewährung und der Eintragung einer Hypothek oder einer Grundschuld steht der Annahme eines Bargeschäfts nicht entgegen, wenn der Anfechtungsgegner dem Schuldner einen Darlehensbetrag in der Erwartung ausgehändigt hatte, dass dieser vereinbarungsgemäß unverzüglich die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld als Sicherung für die Darlehensforderung in die Wege leiten werde und wenn der Schuldner sich entsprechend verhalten hatte. Die Bestellung der Hypothek, obwohl sie erst später als einen Monat nach der Darlehensgewährung wirksam wurde, stellt noch eine Bardeckung dar. Wann ein Bargeschäft vorliegt, entscheidet sich nach der Verkehrsauffassung; kurzfristige Nachleistung des einen Teils braucht nicht notwendig dagegen zu sprechen und den Sachverhalt anfechtbar zu machen. Gibt der Darlehensgeber dem Schuldner den von ihm dringend benötigten Darlehensbetrag, bevor das Grundpfandrecht, durch das die Rückzahlungsforderung gesichert werden sollte, zur Entstehung gelangt war, so tut er das nur in der Erwartung, dass die Bestellung der Hypothek unverzüglich in die Wege geleitet wird. Es ist kein unangemessen langer Zeitraum, wenn bis zur Entstehung des dinglichen Rechts alles in allem etwas mehr als ein Monat verstreicht, da es dazu der Mitwirkung des Notars und des Grundbuchamts bedarf. Die Willensrichtung der Beteiligten und die tatsächliche Entwicklung der Verhältnisse rechtfertigt hier die Annahme, dass die Gewährung des Darlehens und die Einräumung der Sicherung dafür als einheitliches Ganzes anzusehen sind.[26] In Rechtsprechung und Schrifttum wird angenommen, dass ein Zeitraum von 6 Monaten zwischen einer Darlehensgewährung und der Abtretung einer Grundschuld nicht mehr die Annahme eines Bargeschäfts gestattet.[27]

4. Inkongruente Deckung

Eine nicht vertragsgemäße, inkongruente Deckung wird als aus der Sicht des Empfängers verdächtig erachtet. Darum gestattet § 131 InsO die Anfechtung bereits, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung zahlungsunfähig war. Auf etwaige Kenntnisse des Anfechtungsgegners kommt es nicht an. Nach dieser Vorschrift kann die Gewährung einer inkongruenten Sicherung erleichtert angefochten werden.

a) Inkongruente Sicherung

Bedeutsam ist die Notwendigkeit, zwischen dem Zahlungsanspruch und dem Anspruch auf Besicherung zu unterscheiden. Aus einem Zahlungsanspruch folgt kein Anspruch auf Besicherung. Er ist nicht als minus in dem Anspruch auf Befriedigung enthalten, sondern als Aliud anzusehen. Die Gewährung einer Sicherheit ist demgemäß nur dann kongruent, wenn der Sicherungsnehmer einen Anspruch auf gerade diese Sicherheit hatte. Wird ein Anspruch auf Sicherung in demselben Vertrag eingeräumt, durch den der gesicherte Anspruch selbst entsteht, liegt in der späteren Gewährung der Sicherheit keine inkongruente Deckung, weil von Anfang an ein Anspruch auf die Sicherung bestand. Wird hingegen eine bereits bestehende Verbindlichkeit nachträglich besichert, liegt darin eine inkongruente Deckung.[28] Soll eine Geschäftsausstattung nicht nur den Rückzahlungsanspruch aus einem neu gewährten Darlehen, sondern zugleich alle übrigen Forderungen einer Bank – unabhängig davon, wann und aus welchem Anlass sie entstanden waren – absichern, handelt es sich um eine inkongruente Sicherung. Auf eine solche Sicherung hatte die Bank keinen Anspruch. Insoweit stand der Sicherungsübereignung keine Leistung gegenüber.[29] Wer durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung des Schuldners geschädigt wurde, hat aus diesem Grund in dessen Insolvenz keinen Anspruch auf Sicherung; Strafvorschriften gewähren dem Geschädigten im Insolvenzverfahren des Täters keinen Anspruch auf Sicherung.[30]

b) Deckung nach Kongruenzvereinbarung

Mithilfe einer Kongruenzvereinbarung kann erreicht werden, dass sich eine auf den ersten Blick inkongruente Deckung als kongruent erweist. Insbesondere eine von dem Schuldner veranlasste Drittzahlung ist ausnahmsweise als kongruent zu beurteilen, wenn ein entsprechender Zahlungsweg zwischen Schuldner und Gläubiger nachträglich vereinbart wird. Handelt es sich zusätzlich um eine Bardeckung (§ 142 InsO), ist für eine Deckungsanfechtung kein Raum.

aa) Zeitpunkt der Vereinbarung

Eine in der kritischen Zeit geschlossene Kongruenzvereinbarung, die einen Baraustausch ermöglichen soll, kann als solche nicht Gegenstand der Deckungsanfechtung sein. Eine Kongruenzvereinbarung kann bis zu dem Zeitpunkt getroffen werden, zu dem einer der Vertragspartner nicht nur eine erste Leistungshandlung vorgenommen, sondern einen ersten Leistungserfolg herbeigeführt hat. Eine Kongruenzvereinbarung kann noch geschlossen werden, wenn im Rahmen eines Werklieferungsvertrags (§ 651 BGB) bestellte Türen und Fenster zwar bereits gefertigt, jedoch noch nicht ausgeliefert worden waren. Ebenso wurde bei einem Werkvertrag (§ 631 Abs. 1 BGB) eine Kongruenzvereinbarung als rechtzeitig erachtet, sofern Trennwände gefertigt, aber noch nicht ausgeliefert und eingebaut worden waren. In Einklang mit diesem Verständnis kann bei einer nach Baufortschritt bemessenen Entlohnung eines Bauunternehmers ein Bargeschäft gegeben sein, weil die abschnittsweise gewährte Vergütung an erbrachte Werkleistungen anknüpft.[31]

Bei einem gegenseitigen Vertrag ist ein Leistungserfolg stets eingetreten, soweit ein Vertragspartner die von ihm geschuldete geldwerte Vergütung entrichtet hat. Fehlt es daran, kommt es darauf an, ob der Vertragsgegner einen ersten Leistungserfolg bewerkstelligt hat. Handelt es sich um einen Kaufvertrag, wird ein solcher, der Beachtlichkeit einer Kongruenzvereinbarung entgegenstehender Leistungserfolg durch den Verkäufer mit der Übergabe der Kaufsache verwirklicht (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB). Unter Anknüpfung an den ersten Leistungserfolg kann bei einem Mietvertrag eine bargeschäftliche Kongruenzvereinbarung nicht mehr geschlossen werden, sobald der Vermieter die Mietsache bzgl. des maßgeblichen Zeitabschnitts zum Gebrauch überlassen hat (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB). Im Rahmen eines Dienstvertrags (§ 611 Abs. 1 BGB) scheidet eine Kongruenzvereinbarung ab Aufnahme der Tätigkeit durch den Dienstverpflichteten aus. Bei Abwicklung eines Werkvertrags (§ 631 BGB) ist für eine Kongruenzvereinbarung kein Raum, sobald der Unternehmer eine erste Werkleistung geschaffen hat.[32]

Die zeitliche Anknüpfung von Kongruenzvereinbarungen nicht an die Leistungshandlung, sondern an den Leistungserfolg ist im Blick auf die Regelung des § 321 BGB, die dem Vorleistungspflichtigen bei einem Vermögensverfall seines Vertragspartners besondere Rechte gewährt, allein sachgerecht. Nach dieser Vorschrift kann der Verkäufer zum Versand gegebene Ware zurückrufen und damit deren Auslieferung verhindern. Desgleichen ist der Werkunternehmer berechtigt, noch nicht eingebaute Materialien von der Baustelle zu entfernen. Darf der Vorleistungsverpflichtete seine Leistung mangels Eintritt eines Leistungserfolgs noch zurückziehen, kann ihm der Abschluss einer Kongruenzvereinbarung nicht unter Berufung auf eine erbrachte Leistung verwehrt werden. Vielmehr fehlt es bis zum Erreichen der Schwelle eines ersten Leistungserfolges mangels einer geschützten vertraglichen Rechtsposition des Vertragsgegners an dem Beginn eines Leistungsaustauschs, der die Berücksichtigung einer Kongruenzabrede verbieten könnte.[33] Werden im Rahmen eines Werkvertrags Baumaterialien von dem Auftragnehmer lediglich an die Baustelle gebracht, aber nicht eingebaut, fehlt es an

einem ersten Leistungserfolg.[34]

bb) Beteiligte der Vereinbarung

Begnügt sich der Gläubiger mit einer Drittzahlung aufgrund einer vorweggenommenen Zahlungsanweisung an den Auftraggeber, ohne dass für ihn ein eigenes Forderungsrecht gegen den Dritten geschaffen wird, bedarf es lediglich des Abschlusses einer Kongruenzvereinbarung zwischen ihm und dem Schuldner.[35] Anders verhält es sich, wenn der Gläubiger weitergehend verlangt, dass durch die Kongruenzvereinbarung in seiner Person ein selbstständiges Forderungsrecht gegen den Dritten erzeugt wird. Einem von dem Auftragnehmer beauftragten Subunternehmer steht – auch im Anwendungsbereich des § 16 Abs. 6 VOB/B – kein Direktanspruch auf Zahlung durch den Auftraggeber zu. Soll zugunsten des Subunternehmers ein eigener Zahlungsanspruch gegen die Bauherrin begründet werden sollte, bedarf es deren Mitwirkung, um eine selbstständige Verpflichtung zugunsten des Subunternehmers zu schaffen.[36]

cc) Unanfechtbarkeit der Kongruenzvereinbarung als Deckungsgeschäft

Eine Kongruenzvereinbarung ist allerdings nur dann gem. §§ 130, 131 InsO anfechtbar, wenn dadurch die Kongruenz einer Deckung hergestellt werden soll, die nicht auf der Grundlage eines privilegierten Bargeschäfts stattfindet. Die Tatbestände der §§ 130, 131 InsO sollen dagegen nicht solche Fälle erfassen, in denen ein schuldrechtlicher Vertrag i.S.d. § 132 InsO sofort bargeschäftlich erfüllt wird. Da bei einem Bargeschäft (§ 142 InsO) eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung ausscheidet, würde der Zweck des § 132 InsO verfehlt, wenn die Erfüllung eines nicht unmittelbar benachteiligenden und deshalb nach § 132 InsO unanfechtbaren Deckungsgeschäfts als Deckungshandlung anfechtbar wäre. Deshalb verdrängt die Vorschrift des § 132 InsO bei Abschluss einer Kongruenzvereinbarung die Regelung des § 131 InsO, wenn hierdurch eine Sicherung oder Befriedigung auf der Grundlage eines privilegierten Bargeschäfts ermöglicht wird. Nach Sinn und Zweck der §§ 132, 142 InsO ist eine abändernde Kongruenzvereinbarung, durch die ein Bargeschäft erst ermöglicht wird, mithin der Deckungsanfechtung entzogen. Die nachträgliche Kongruenzvereinbarung unterfällt regelmäßig auch nicht der Anfechtung nach § 132 InsO, weil sie infolge der damit verbundenen Leistungserbringung durch den späteren Anfechtungsgegner die Forderung des Schuldners gegen seinen Vertragspartner erst werthaltig machte und deshalb die Gläubiger nicht unmittelbar benachteiligte.[37]

dd) Bardeckung

Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen eines Bargeschäfts ist derjenige, in dem die zeitlich erste Leistung eines Vertragsteils erbracht wird. Bis dahin können die Beteiligten den Inhalt ihrer Vereinbarungen noch abändern, ohne den Charakter der Bardeckung zu. Hat hingegen eine Partei – gleich ob der Schuldner oder sein Gläubiger – schon vorgeleistet, erscheint jede nachträgliche Änderung allein mit Bezug auf die Art der Gegenleistung im Hinblick auf die Gleichbehandlung aller Gläubiger als verdächtig.[38]

ee) Folgerungen

Vor diesem Hintergrund kann für ein Darlehen nachträglich eine kongruente Sicherung vereinbart werden, sofern im Zeitpunkt der Einigung noch keine Zahlung erfolgte. Ebenfalls ist es möglich, vereinbarungsgemäß eine kongruente Sicherung durch einen Dritten nachträglich bis zur Darlehensauszahlung vorzusehen. Werden Darlehensmittel und Sicherung bargeschäftlich gewährt, scheidet eine Anfechtung gem. §§ 130, 142 InsO aus.

III. Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)

Der Sanierungsgedanke gewinnt auch bei der Vorsatzanfechtung Raum, die zeitlich länger zurückliegende Vorgänge der Anfechtung unterwirft.

1. Nachweis des Benachteiligungsvorsatzes und der Kenntnis

Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung können – weil es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt – meist nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden. Insoweit kommt den Beweisanzeichen der erkannten Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und der Inkongruenz einer von ihm erbrachten Leistung besondere Bedeutung zu.[39] Sind beide Teile über die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners unterrichtet, kann von einem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und dessen Kenntnis bei dem Gläubiger ausgegangen werden, weil der Schuldner weiß, nicht sämtliche Gläubiger befriedigen zu können, und dem Gläubiger bekannt ist, dass infolge der ihm erbrachten Leistung die Befriedigungsmöglichkeit anderer Gläubiger vereitelt oder zumindest erschwert wird.[40] Eine inkongruente Deckung bildet nach der Rechtsprechung des BGH nur dann ein Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und für die Kenntnis des Gläubigers von diesem Vorsatz, wenn die Wirkungen der Rechtshandlung zu einem Zeitpunkt eintraten, als zumindest aus der Sicht des Empfängers der Leistung Anlass bestand, an der Liquidität des Schuldners zu zweifeln.[41]

2. Ernsthafter Sanierungsversuch

Sowohl der Gesichtspunkt der Zahlungsunfähigkeit als auch derjenige der Inkongruenz können ihre Bedeutung als Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners verlieren, wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften, letztlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs ist. Denn in diesem Fall ist

die Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet, und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger tritt infolgedessen in den Hintergrund.[42] Dies gilt insbesondere in Fällen der Gewährung einer inkongruenten Sicherung für ein Sanierungsdarlehen.

a) Schuldnerseite

Voraussetzung ist, dass zu der Zeit der angefochtenen Handlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegt, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt.[43] Ein schlüssiges Sanierungskonzept setzt nicht notwendigerweise eine Einbeziehung sämtlicher Gläubiger voraus. Ein Sanierungsversuch kann auch aussichtsreich sein, wenn sich die beabsichtigten Maßnahmen nur auf einen Teil der Gläubiger erstrecken, etwa wenn umfangreiche Forderungsverzichte der Hauptgläubiger dem Schuldner neue Liquidität verschaffen, mittels der er in die Lage versetzt wird, seine übrigen Gläubiger vollständig zu befriedigen.[44] Sowohl für die Frage der Erkennbarkeit der Ausgangslage als auch für die Prognose der Durchführbarkeit ist auf die Beurteilung eines unvoreingenommenen branchenkundigen Fachmanns abzustellen, dem die vorgeschriebenen oder üblichen Buchhaltungsunterlagen zeitnah vorliegen. Erforderlich ist eine Analyse der Verluste und der Möglichkeit deren künftiger Vermeidung, eine Beurteilung der Erfolgsaussichten und der Rentabilität des Unternehmens in der Zukunft und Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung der (drohenden) Insolvenzreife. Bei einem Sanierungsvergleich muss zumindest festgestellt werden die Art und Höhe der Verbindlichkeiten, die Art und Zahl der Gläubiger und die zur Sanierung erforderlichen Quote des Erlasses der Forderungen.[45] Ein Sanierungsplan, der zu einer Verneinung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Insolvenzschuldners führt, muss dagegen nicht bestimmten formalen Erfordernissen entsprechen, wie sie etwa das Institut für Wirtschaftsprüfer e.V. in dem IDW Standard S 6 (IDW S 6) oder das Institut für die Standardisierung von Unternehmenssanierungen (ISU) als Mindestanforderungen an Sanierungskonzepte (MaS) aufgestellt haben.[46]

b) Gläubigerseite

Den über die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners unterrichteten Anfechtungsgegner trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, spätere Zahlungen des Schuldners auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzepts erlangt zu haben.[47] Hinsichtlich der Kenntnis vom Vorliegen der Voraussetzungen eines ernsthaften Sanierungsversuchs sind allerdings nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie sie für den Schuldner oder dessen Geschäftsführer gelten. Der Anfechtungsgegner muss aber konkrete Umstände darlegen und beweisen, die es naheliegend erscheinen lassen, dass ihm im Hinblick auf den Sanierungsversuch der (hier unterstellte) Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners unbekannt geblieben war.[48] Das Sanierungskonzept des Schuldners muss der Gläubiger allerdings nicht selbst fachmännisch überprüfen oder durch Sachverständige überprüfen lassen. Er darf sich grds. auf schlüssige Angaben des Schuldners verlassen.[49]

aa) Sanierung durch Forderungsverzicht

Beschränkt sich ein Sanierungsversuch allein darauf, dass alle oder ein Teil der Gläubiger quotal auf ihre Forderungen verzichten, ist dies nur dann erfolgversprechend, wenn der Insolvenzgrund allein auf einem Finanzierungsproblem beruht, etwa dem Ausfall berechtigter Forderungen des Schuldners, das Schuldnerunternehmen aber grds. profitabel arbeitet. Kann in diesem Fall durch einen Schuldenschnitt die Zahlungsfähigkeit dauerhaft wiederhergestellt und die Überschuldung beseitigt werden, werden hierdurch andere, auch künftige Gläubiger nicht benachteiligt. Ging der Anfechtungsgegner in einem solchen Fall bei Entgegennahme einer quotalen Teilleistung des Schuldners davon aus, dass bei der Höhe der an ihn ausgezahlten Quote das Vermögen des Schuldners ausreiche, an alle anderen gegenwärtigen Gläubiger, die einem solchen Vorgehen zugestimmt haben, ebenfalls eine Quote zu zahlen, mit der diese einverstanden waren, dann sollen nach seinen Vorstellungen andere Gläubiger vom Schuldner nicht benachteiligt werden. Dass der Sanierungserfolg mit einem reinen Quotenvergleich der Gläubiger herbeigeführt werden kann, ist jedoch ungewöhnlich. Hiervon kann der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners nur ausgehen, wenn ihm derartige besondere Umstände vom Schuldner oder dessen Beratern schlüssig dargelegt worden sind.[50]

bb) Sanierung durch Restrukturierung

Beruht die Insolvenz des Schuldners nicht lediglich auf dem Ausfall berechtigter Forderungen, sondern – wie im Regelfall – vor allem auf dem dauerhaft unwirtschaftlichen Betrieb des Unternehmens, kann ein Gläubiger von einem erfolgversprechenden Sanierungskonzept nur ausgehen, wenn vom Schuldner oder dessen Beratern zumindest die Grundlagen einer weitergehenden Sanierung schlüssig dargelegt wurden. Erforderlich ist die Darlegung der Ursache der drohenden Insolvenz, insbesondere ob diese lediglich aus Problemen auf der Finanzierungsseite resultiert, oder ob der Betrieb unwirtschaftlich, insbesondere nicht kostendeckend oder sonst mit Verlusten arbeitet.[51] Sofern, wie im Regelfall, ein finanzieller Beitrag der Gläubiger verlangt wird, etwa in Form eines quotalen Verzichts auf Forderungen, ist zumindest Art und Höhe der bei Sanierungsbeginn bestehenden ungedeckten Verbindlichkeiten des Schuldners offenzulegen (Finanzlage).[52] Schließlich muss dem Gläubiger bekannt sein, in welcher Weise mit dem Sanierungsplan der Insolvenzgrund beseitigt werden soll. Das beinhaltet zum einen die Frage, in welcher Höhe Verbindlichkeiten erledigt werden müssen, etwa durch Verzicht der Gläubiger, und die Festlegung der mindestens zu erzielenden Vergleichsquote (Forderungsanteil, auf den insgesamt verzichtet werden muss). Auf der anderen Seite

beinhaltet dies ggf. die Darstellung der Notwendigkeit der Einwerbung frischen Kapitals, der Erfolgsaussicht dieser Maßnahmen und ihre Auswirkungen auf den Insolvenzgrund. Insoweit kommen vor allem neues Eigenkapital oder Darlehen mit qualifiziertem Rangrücktritt in Betracht. Auch insoweit müssen dem Gläubiger nur die Grundzüge, keine Details bekannt gemacht werden.[53] Aus den Informationen, die dem Gläubiger danach mitgeteilt worden sind, muss sich aus seiner Sicht das Sanierungskonzept als schlüssig darstellen und erfolgversprechend erscheinen. Sicher muss der Erfolg nicht sein. Es genügen gute Chancen für eine Sanierung.[54] Von einem erfolgversprechenden Sanierungsplan kann der Gläubiger nicht ausgehen, wenn er keine Kenntnis von den Ursachen der drohenden Insolvenz sowie den Gründen für eine positive Fortführungsprognose hat. Die Reduzierung allein der Schulden durch (Teil-)Verzicht der Gläubiger ist für eine Sanierung i.d.R. nicht erfolgversprechend, wenn dadurch die Ursachen der Krise nicht beseitigt werden und in der Zukunft unverändert fortwirken würden.[55]

c) Würdigung im Einzelfall

Diese Voraussetzungen sind mitunter nicht gegeben. Weder lag in einer vom BGH entschiedenen Sache das Sanierungskonzept zum Zeitpunkt der angefochtenen Handlungen bereits vor noch war mit seiner Umsetzung begonnen, und im Hinblick auf die erforderliche, aber sehr fragliche Mitwirkung der Gesellschafter bot das Konzept auch keine ausreichende Erfolgsaussicht.[56] Diente ein an die Gläubiger gerichtetes Rundschreiben der Schuldnerin dazu, die Grundlagen für die Entwicklung eines Sanierungskonzepts zu schaffen, war allenfalls das Planungsstadium einer Sanierung erreicht. Ein schlüssiges Sanierungskonzept konnte erst auf der Grundlage der Stellungnahmen der Gläubiger ausgearbeitet werden.[57] Hatte der Gläubiger nicht einmal Kenntnis davon, was nach Auffassung des Schuldners und seiner Berater für die gebotene Sanierung entscheidend war, konnte und durfte er nicht von einem erfolgversprechenden Sanierungskonzept ausgehen.[58]

In einer weiteren Sache war ein Sanierungskonzept, welches Grundlage der angefochtenen vier Zahlungen war, nicht schon deshalb untauglich und deshalb unbeachtlich, weil es die Ursachen der wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin nicht behandelte. Der Anfechtungsgegner hatte vorgetragen, ausweislich der Sanierungsskizze sei die finanzielle Schieflage der Schuldnerin auf einen Umsatzrückgang infolge schwacher Auftragslage, eine der Umsatzentwicklung nicht angepassten Kostenstruktur, eine zu geringe Eigenkapitaldecke und ein daraus folgendes Liquiditätsdefizit zurückzuführen. Er hatte weiter unter Beweisantritt dazu vorgetragen, welche Maßnahmen in der Sanierungsskizze vorgeschlagen und welche der vorgeschlagenen Maßnahmen bereits teilweise umgesetzt worden seien. Es sei ein Stillhalteabkommen über ein Volumen von 2,8 Mio. € erzielt worden. Der vorgesehene Eigenkapitalbetrag sei eingeworben worden. Der Personalbestand sei um 44 Mitarbeiter auf 108 Mitarbeiter reduziert worden. Die Mieten seien reduziert worden. Die Lieferantenforderungen seien durch Verzichte reduziert worden. Schließlich sei eine Anschlussfinanzierung gelungen. Der Geschäftsführer der Schuldnerin sei von der Schlüssigkeit des Konzeptes und dessen Umsatzbarkeit überzeugt gewesen und habe deshalb mit Rundschreiben an die Lieferanten erklärt, die Schuldnerin sei derzeit weder zahlungsunfähig noch überschuldet.[59] Nach diesem Vorbringen konnte ein ernsthafter Sanierungsversuch nicht ausgeschlossen werden.

3. Bargeschäft

Nach der vor dem 5.4.2017 maßgeblichen Verständnis der Rechtsprechung konnten bei einem Bargeschäft Vorsatz und Kenntnis unter der einschränkenden Voraussetzung entfallen, dass es sich um betriebsnotwendige Leistungen handelte und der Schuldner nicht defizitär arbeitete.

a) Voraussetzungen

In Fällen kongruenter Leistungen ist anerkannt, dass der Schuldner trotz Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit ausnahmsweise ohne Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, wenn er seine Leistung Zug-um-Zug gegen eine zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nutzt. Der subjektive Tatbestand kann hiernach entfallen, wenn in unmittelbarem Zusammenhang mit der potenziell anfechtbaren Rechtshandlung eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet. Dem liegt zugrunde, dass dem Schuldner in diesem Fall infolge des gleichwertigen Leistungsaustauschs die dadurch eingetretene mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst geworden sein kann.[60] Insofern gilt für die Kenntnis des Anfechtungsgegners nichts anderes als für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners. Dem Gläubiger kann in diesem Fall wegen des gleichwertigen Leistungsaustauschs wie dem Schuldner trotz Kenntnis von dessen Zahlungsunfähigkeit die gläubigerbenachteiligende Wirkung der an ihn bewirkten Leistung nicht bewusst geworden sein. Anders liegt es nur, wenn der Anfechtungsgegner weiß, dass der Schuldner unrentabel arbeitet und bei der Fortführung seines Geschäfts weitere Verluste erwirtschaftet. Dann weiß er auch, dass der bargeschäftsähnliche Leistungsaustausch den übrigen Gläubigern des Schuldners nicht nutzt, sondern infolge der an den Anfechtungsgegner fließenden Zahlungen Nachteile bringt.[61]

b) Einzelfälle

Soll ein nicht kostendeckend arbeitender Schuldner saniert werden, scheidet die Vorsatzanfechtung nur unter dem Gesichtspunkt eines ernsthaften Sanierungsversuchs, aber nicht wegen eines Baraustauschs statt, wenn der Anfechtungsgegner über die nicht kostendeckende Arbeitsweise des Schuldners im Bilde ist. Wer nicht in die Sanierung eingebunden ist, sollte eine Barbelieferung nur fortsetzen, wenn keine nähere Kenntnis über die Wirtschaftsweise des

Schuldners besteht. Bei einem verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt in Form des sog. Kontokorrentvorbehalts fehlt es für die Annahme einer bargeschäftsähnlichen Lage an dem für das Bargeschäft erforderlichen unmittelbaren Austausch zwischen Leistung und Gegenleistung.[62] Bei der Vereinbarung eines erweiterten Eigentumsvorbehalts in der Form, dass der Schuldner Eigentum an den erstandenen Sachen erst erwerben soll, wenn er nicht nur den Kaufpreis bezahlt, sondern auch alle anderen oder zumindest bestimmte andere Ansprüche aus der Geschäftsverbindung tilgt, fehlt es zudem an der Gleichwertigkeit der erbrachten Gegenleistung. Würde der Schuldner an den gegen Vorkasse gelieferten Waren kein Eigentum erworben haben, stünde das einer Bardeckung, die voraussetzt, dass die Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt ist, entgegen. Dasselbe gilt, wenn bei einem verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt in Form des Kontokorrentvorbehalts sämtliche Forderungen des Lieferanten gesichert sind.[63]

c) Neurecht

Eine Vorsatzanfechtung kommt aufgrund der seit dem 5.4.2017 maßgeblichen Fassung des § 142 Abs. 1 InsO grds. im Fall eines Bargeschäfts nur in Betracht, wenn der Anfechtungsgegner erkannte, dass der Schuldner unlauter handelte.

aa) Unlauterkeit

Ein unlauteres Verhalten des Schuldners setzt mehr voraus als die Vornahme der Rechtshandlung in dem Bewusstsein, nicht mehr in der Lage zu sein, alle Gläubiger befriedigen zu können. Unter den Bedingungen eines Bargeschäfts, bei dem der Abfluss des Leistungsgegenstands aus dem schuldnerischen Vermögen zeitnah durch den Zufluss der Gegenleistung kompensiert wird, müssen hinreichend gewichtige Umstände hinzutreten, um in dem vollzogenen Austausch einen besonderen Unwert zu erkennen. Ein solcher ist für die Annahme eines unlauteren Handelns erforderlich. Ein unlauteres Handeln liegt bei gezielter Benachteiligung von Gläubigern vor, wie sie etwa gegeben ist, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommt, durch die Befriedigung des Leistungsempfängers andere Gläubiger zu schädigen. Unlauter handelt ein Schuldner bei Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit auch, wenn er Vermögen für Leistungen verschleudert, die den Gläubigern unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt nutzen können, wie dies etwa bei Ausgaben für flüchtige Luxusgüter der Fall ist. Auch das Abstoßen von Betriebsvermögen, das zur Aufrechterhaltung des Betriebs unverzichtbar ist, kann unlauter sein, wenn der Schuldner den vereinnahmten Gegenwert seinen Gläubigern entziehen will. Solange der Schuldner allerdings Geschäfte führt, die allgemein zur Fortführung des Geschäftsbetriebs erforderlich sind, fehlt es demgegenüber auch dann an der Unlauterkeit, wenn der Schuldner erkennt, dass die Betriebsfortführung verlustträchtig ist. Der Leistungsempfänger muss erkannt haben, dass der Schuldner unlauter handelte.[64]

bb) Folgerungen

Ein unlauteres, die Vorsatzanfechtung bei einem Bargeschäft begründendes Handeln wird nur in seltenen Ausnahmefällen vorliegen, aber regelmäßig nicht, wenn der Schuldner im Wissen um seine Zahlungsunfähigkeit Bargeschäfte tätigt. Auch die Kenntnis der Unrentabilität der Geschäftstätigkeit gestattet nicht den Schluss auf Unlauterkeit. Solange der Schuldner Geschäfte führt, die allgemein zur Fortführung des Geschäftsbetriebs erforderlich sind, fehlt es an der Unlauterkeit, selbst wenn der Schuldner erkennt, dass die Betriebsfortführung verlustträchtig ist. Allenfalls die Anschaffung nicht benötigter Luxusgüter oder die eigensüchtige Verschleuderung des Betriebsvermögens kann als unlauter zu bewerten sein.[65] Deswegen scheidet nach dem Neurecht bei Bargeschäften auch die Vorsatzanfechtung regelmäßig aus.

IV. Anfechtung der Erstattung von Gesellschafterfinanzierungsleistungen (§ 135 InsO)

Der Sanierungsgedanke hat im Recht der Gesellschafterdarlehen durch § 39 Abs. 4 InsO ausdrücklich gesetzlichen Niederschlag gefunden. Ein Gesellschafterdarlehen erleidet keinen Nachrang und unterliegt im Fall der Erstattung nicht der Anfechtung, wenn der Gesellschafter bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Anteile zum Zwecke der Sanierung erwirbt. Der Sanierungszweck ist dabei – soll das Privileg überhaupt einen vernünftigen Sinn haben – vorrangig objektiv zu bestimmen. Danach müssen – neben dem im Regelfall als selbstverständlich zu vermutenden Sanierungswillen – nach der pflichtgemäßen Einschätzung eines objektiven Dritten im Augenblick des Anteilserwerbs die Gesellschaft (objektiv) sanierungsfähig und die für ihre Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet sein, die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren. Auf die lediglich subjektive Motivation des Sanierers kann es nach dem Gesetzeszweck schon deshalb nicht entscheidend ankommen, weil anderenfalls die schutzwürdigen Interessen der übrigen Gesellschaftsgläubiger in ihrer Wertigkeit nur von dessen Behauptung, er verfolge Sanierungsabsichten, abhingen und deren Befriedigungschancen allein in seiner Hand lägen.[66] Regelmäßig kann die vorzunehmende „ex ante“-Prognose nur auf der Grundlage eines dokumentierten Sanierungskonzepts relevant sein, das zugleich den Nachweis für den subjektiven Sanierungszweck des Anteilserwerbs liefert. Jedoch hängt die Privilegierung der Sanierungsleistungen nicht von dem tatsächlichen Eintritt des Sanierungserfolges ab.[67]

V. Patronatserklärung

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine zeitlich unbefristete Patronatserklärung für die Zukunft gekündigt werden kann, wenn die Parteien nach den Umständen des Einzelfalls ein entsprechendes Kündigungsrecht vereinbart haben. Da eine solche Kündigung

nur ex nunc wirkt, hat der Patron für die bis zum Wirksamwerden der Kündigung begründeten Verbindlichkeiten weiter einzustehen und wird nur im Blick auf künftige Verbindlichkeiten von seiner Haftung befreit.[68] Die Verpflichtung aus einer Patronatserklärung besteht gem. § 144 Abs. 1 InsO nach Anfechtung einer zugunsten des patronierten Unternehmens erbrachten Zahlung fort, gleich ob eine Patronatserklärung als akzessorisches oder nichtakzessorisches Sicherungsrecht zu bewerten ist. Handelte es sich bei einer Patronatserklärung um ein akzessorisches Sicherungsrecht, lebte sie als Drittsicherheit mit der erfolgreichen Anfechtung wieder auf, wie wenn die Forderung nie erloschen gewesen wäre. Die Verpflichtung aus der Patronatserklärung würde ebenso nicht entfallen, wenn sie als nichtakzessorisches Sicherungsrecht zu bewerten wäre. Wäre sie nie untergegangen, würde sie die wieder aufgelebte Forderung sichern. Wäre die Patronatserklärung mit den anfechtbaren Zahlungen untergegangen, wäre der Patron zur Neubestellung der Drittsicherung verpflichtet. Durch die nur vorübergehende, nicht dauerhafte Tilgung der Hauptforderung wäre er von seiner Pflicht zur Stellung der Sicherheit nicht entbunden worden, sondern zur Wiederbestellung der ohne rechtlichen Grund untergegangenen Sicherung verpflichtet. Gegenüber einer Inanspruchnahme aus dem Sicherungsrecht könnte er sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf das Nichtbestehen des Sicherungsrechts berufen.[69]

C. Gebührenabreden

Ein in der Krise befindliches Unternehmen ist in besonderer Weise auf wirtschaftliche und rechtliche Beratungsleistungen angewiesen. Hier stellt sich die Frage, ob Berater befürchten müssen, eine empfangene Vergütung kraft Anfechtung zurück zu gewähren.

I. Gläubigerbenachteiligung

Eine Honorarvereinbarung kann die Gläubiger wertmäßig unmittelbar benachteiligen, sofern die zu vergütenden Dienste objektiv keinen gleichwertigen Nutzen bringen konnten. Dies kommt etwa bei Sanierungsversuchen in Betracht, die von vornherein erkennbar aussichtslos waren.[70] (Anwaltliche) Sanierungsleistungen müssen dem Wert des abgeflossenen Honorars entsprechen und die Möglichkeit der Gläubigerbefriedigung verbessern. Eine mittelbare Benachteiligung kann durch die angemessene Vergütung für Sanierungsbemühungen eintreten, selbst wenn sie letztlich die Insolvenz nicht abgewendet haben.[71]

II. Deckungsanfechtung nach § 130 InsO und Bargeschäft

Wird ein Sanierungshonorar in der kritischen Zeit beglichen, werden vielfach die Voraussetzungen des § 130 InsO vorliegen. Sanierungsberater sind über die Liquiditätslage des Schuldners häufig im Bilde. Dies gilt vor allem, wenn sie auch mit der Buchführung befasst sind.[72]

1. Beraterhonorar keine Masseforderung

Der Schuldner ist im Regelinsolvenzverfahren zur Vorlage eines Insolvenzplans an das Insolvenzgericht befugt (§ 218 Abs. 1 InsO). Er kann für die Kosten, die ihm durch die Ausarbeitung des Plans entstanden sind, jedoch keinen Ersatz aus der Masse beanspruchen. § 256 Abs. 1 Satz 1 des RegE der InsO wollte das ausdrücklich regeln. Die Vorschrift wurde auf Empfehlung des Rechtsausschusses gestrichen, weil sich ohnehin ergebe, dass der Schuldner ohne eine entsprechende Vereinbarung keinen Anspruch auf Kostenersatz, insbesondere aus Geschäftsführung ohne Auftrag, habe. Genauso wenig begründet § 218 Abs. 1 InsO einen Anspruch des Schuldners auf anwaltliche oder sonstige professionelle Beratung und Vertretung im Planverfahren auf Kosten der Masse. Das schließt eine Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters im Einzelfall zur Veranlassung angemessener Kosten für die Erarbeitung eines Schuldnerinsolvenzplans nicht aus, wenn realistische Aussichten auf eine bessere Befriedigung der Gläubiger im Planverfahren als im Wege der Regelinsolvenz bestehen.[73]

2. Bargeschäft

a) Zeitliche Anforderungen

Als Bargeschäft werden Leistungen des Schuldners privilegiert, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt ist. Insbesondere können auch Dienstleistungen eines Steuerberaters oder Rechtsanwalts Bargeschäfte sein.

aa) Zeitliche Teilbarkeit

Bei länger währenden Vertragsbeziehungen ist dafür zu verlangen, dass die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich oder gegenständlich teilbar und zeitnah – entweder in Teilen oder abschnittsweise – ausgetauscht werden. Wenn zwischen dem Beginn der anwaltlichen Tätigkeit und der Erbringung einer Gegenleistung mehr als 30 Tage liegen, ist ein Bargeschäft zu verneinen. Rechtsanwälte werden dadurch nicht unangemessen benachteiligt. Denn sie können jederzeit Vorschüsse verlangen. Allerdings sind die Voraussetzungen eines Bargeschäfts nicht erfüllt, wenn der Rechtsanwalt einen Vorschuss in einer Höhe geltend macht, der die wertäquivalente Vergütung für die nächsten 30 Tage überschreitet. Es ist einem Rechtsanwalt, der in den Genuss der anfechtungsrechtlichen Bargeschäftsausnahme kommen will, möglich und zumutbar, in regelmäßigen Abständen Vorschüsse einzufordern, die in etwa dem Wert seiner inzwischen entfalteten oder der in den nächsten 30 Tagen noch zu erbringenden Tätigkeit entsprechen. Ferner kann vereinbart werden, Teilleistungen gegen entsprechende Vergütung zu erbringen.[74] Beauftragt der Schuldner in der Krise auf eigene Kosten einen Rechtsanwalt mit der Ausarbeitung eines Insolvenzplans, um diesen in Verbindung mit der Antragstellung dem Insolvenzgericht vorzulegen, kann der An-

walt seinen Honoraranspruch dadurch absichern, dass er jeweils Vorschüsse in Höhe der wertäquivalenten Vergütung für die nächsten 30 Tage seiner Arbeit verlangt.[75]

bb) Erleichterung

Diese Grundsätze sind deshalb streng, weil zwischen dem Beginn der anwaltlichen Tätigkeit und der Entlohnung ein Zeitraum von nicht mehr als 30 Tagen liegen darf. Bei der Anfechtung von Lohnzahlungen legt der BGH einen großzügigeren Maßstab zugrunde. Die Rechtsprechung zum Unmittelbarkeitserfordernis bei der Vergütung anwaltlicher Dienstleistungen kann nicht unbesehen auf Arbeitnehmer übertragen werden. Arbeitnehmer unterliegen gemä2 § 614 Satz 1 BGB regelmäßig einer Vorleistungspflicht und haben nach § 614 Satz 1 BGB bei entsprechender Bemessung Anspruch auf eine Vergütung nach Zeitabschnitten. Im Fall einer Vorleistungspflicht kann im Blick auf den engen zeitlichen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung nicht auf den Beginn der Tätigkeit des Arbeitnehmers abgestellt werden, weil ihm zu diesem Zeitpunkt noch kein Vergütungsanspruch zusteht. Für diese Bewertung spricht die weitere Erwägung, dass eine Vergütung nach Zeitabschnitten von einer Woche oder einem Monat ihrer Natur nach einen Baraustausch nahelegt.[76] Da der Vorleistung des Arbeitnehmers keine Kreditfunktion zukommt, beurteilt sich die Unmittelbarkeit der Lohnzahlung nach dem Zeitraum zwischen der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs und seiner tatsächlichen Erfüllung. Mit dieser Maßgabe kann die Rechtsprechung zum Baraustausch bei anwaltlichen Beratungsleistungen auf Arbeitnehmer übertragen werden. Danach ist der für ein Bargeschäft erforderliche Unmittelbarkeitszusammenhang noch gegeben, wenn im Fall einer monatlichen Vorleistungspflicht die Entgeltzahlung innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit vorgenommen wird.[77] Es spricht manches dafür, diese zeitlichen Überlegungen vor dem Hintergrund des § 142 Abs. 2 Satz 1 InsO, der hinsichtlich des engen zeitlichen Zusammenhangs auf die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs abstellt, zu verallgemeinern.

b) Wertäquivalenz

Besondere Bedeutung gewinnt bei Beratungsleistungen im Vorfeld einer Insolvenz der Gesichtspunkt der Wertäquivalenz. Er soll verhindern, dass die Masse durch Zahlungen für Beratungsleistungen bei einer von vornherein aussichtslosen Sanierung ausgehöhlt wird.[78] Der Zahlung des Schuldners muss eine gleichwertige Gegenleistung des Beraters gegenüberstehen. Die Zahlung eines angemessenen Honorars für ernsthafte und nicht von vornherein als aussichtslos erscheinende Sanierungsbemühungen bildet selbst dann, wenn diese gescheitert sind, ein Bargeschäft.[79] Jedoch fehlt es an einer Gegenleistung, wenn das von dem Berater erarbeitete Konzeptpapier eines künftigen Sanierungsplanes keinen praktischen Nutzen hat. Ein solcher Nutzen stand in einer höchstrichterlichen entschiedenen Sache von vornherein erst in Aussicht, wenn ein aus dem Konzept weiter zu entwickelnder Insolvenzplan die Zustimmung der Gläubiger erwarten ließ. Bis dahin hatten sich die Möglichkeiten der Gläubigerbefriedigung durch die Leistung des Beraters noch nicht so verbessert, dass dadurch auch nur ein Teil des abgeflossenen Honorars wertgleich in das Schuldnervermögen zurückgelangt gewesen wäre. Auch die Stellung der Insolvenzanträge durch den Berater reichert das Vermögen seiner Auftraggeber nicht an, wenn Insolvenzanträge auch ohne Hinzuziehung eines anwaltlichen Beraters gestellt werden können.[80] Gleiches gilt, wenn der Berater seinen Pflichten nicht genügt und gegen § 64 GmbHG verstoßende Zahlungen gestattet.[81]

III. Deckungsanfechtung nach § 131 InsO

Die Vergütung des Rechtsanwalts wird fällig, wenn der Auftrag erledigt oder die Angelegenheit beendigt ist. Ist eine Angelegenheit beendigt, sind die dafür verdienten Gebühren fällig, selbst wenn der Auftrag – der auch noch andere Angelegenheiten umfasst – insgesamt noch nicht erledigt ist. Den Vorschussanspruch erwirbt der Rechtsanwalt zwar bereits mit Abschluss des Anwaltsvertrags. Er erlischt jedoch, sobald der Vergütungsanspruch fällig geworden ist. Dies ist mit der Beendigung der Angelegenheit der Fall. Soweit Vorschusszahlungen in bereits abgeschlossenen Angelegenheiten erfolgt sind, sind die Leistungen somit ohne Weiteres inkongruent. Sofern anstelle des Vorschussanspruchs ein Vergütungsanspruch bestand und möglicherweise auch bereits fällig war, ändert dies nichts an der Inkongruenz, wenn der Vergütungsanspruch mangels einer dem Auftraggeber mitgeteilten Berechnung noch nicht eingefordert werden konnte. Inkongruent sind ferner Zahlungen, die auf einen Vergütungsanspruch geleistet worden sind, der noch nicht fällig war, weil die Erledigung der Angelegenheit noch ausstand.[82]

Falls Zahlungen unter die Bargeschäftsausnahme des § 142 InsO fallen, wird die Anfechtung nach § 131 InsO dadurch nicht ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung werden Rechtsgeschäfte nur dann als Bargeschäfte anerkannt, wenn die Leistung des Schuldners kongruent ist.[83]

IV. Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)

Sind beide Teile über die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners unterrichtet, kann von einem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und dessen Kenntnis bei dem Gläubiger ausgegangen werden, weil der Schuldner weiß, nicht sämtliche Gläubiger befriedigen zu können, und dem Gläubiger bekannt ist, dass infolge der ihm erbrachten Leistung die Befriedigungsmöglichkeit anderer Gläubiger vereitelt oder zumindest erschwert wird. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn – wie im Streitfall – eine kongruente Leistung angefochten wird.[84]

1. Altrecht

Im Blick auf eine von der Schuldnerin dem rechtlichen

Berater nach Antragstellung gewährte Vergütung hat der BGH angesichts der beiderseitigen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit auf der Grundlage des früheren Rechts die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO ohne Weiteres durchgreifen lassen.[85] Diese Betrachtung entspricht nicht der später entwickelten Rechtsprechung, wonach der Benachteiligungsvorsatz bei einem Bargeschäft zurücktreten kann. Allerdings muss es sich um ein nützliches Bargeschäft handeln. Den Sonderfall, dass eine kongruente Leistung Zug-um-Zug gegen eine zur Fortführung des Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht wird, hat der BGH für die Beratungstätigkeit eines Rechtsanwalts abgelehnt. Da der Anwalt die gegen § 64 GmbHG verstoßenden erheblichen Zahlungen der Geschäftsführung nicht unterbunden hatte, konnte von einer den Gläubigern nützlichen Tätigkeit nicht ausgegangen werden.[86] Angesichts der von dem Berater geduldeten rechtswidrigen Vermögensabflüsse, welche die angefochtene Zahlung bei Weitem übersteigen, kann von einer allgemein nützlichen Tätigkeit schon im Ansatz nicht die Rede sein.[87] Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Benachteiligungsvorsatz und die Kenntnis im Fall der Vergütung nützlicher Beratungsleistungen nicht gegeben sind. Der Bargeschäftseinwand scheitert nicht an der Aussichtslosigkeit einer Sanierung und demnach an einer erkannt unrentablen Arbeitsweise des Schuldners. Die Zahlung eines angemessenen Honorars für ernsthafte und nicht von vornherein als aussichtslos erscheinende Sanierungsbemühungen bildet selbst dann, wenn diese gescheitert sind, ein Bargeschäft.[88] Vorarbeiten im Zusammenhang mit einem Sanierungsversuch, die auch bei kleineren Betrieben einen erheblichen Umfang annehmen können und zudem wegen der kritischen Lage des Schuldners regelmäßig besonderer Beschleunigung bedürfen, können meist vom Schuldner allein nicht sachgemäß geleistet werden. Überlässt der Schuldner sie einer geeigneten Persönlichkeit, etwa einem Rechtsanwalt oder Wirtschaftsprüfer, gegen eine angemessene, insbesondere die in Gebührenordnungen vorgesehene oder die übliche Vergütung, so kann der Auftrag und die Bezahlung oder Sicherstellung des Entgelts als Bargeschäft angesehen werden. Die sachgemäße Vorbereitung des Versuches, die Insolvenz durch eine Sanierungsbemühung abzuwenden, liegt im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger.[89]

2. Neurecht

Seit dem 5.4.2017 gilt das Bargeschäftsprivileg im Rahmen der Vorsatzanfechtung, es sei denn, dass der Schuldner unlauter handelt. Ein solches unlauteres Handeln wird im Regelfall nicht anzunehmen sein, wenn es dem Schuldner lediglich darauf ankommt, seine Verbindlichkeit aus einem Bargeschäft zu tilgen.

D. Zusammenfassung

Betrachtet man die vorstehenden Erwägungen, können Sanierungskredite in der Krise besichert und Dienstleistungen vergütet werden, ohne dass durchgreifende Anfechtungsrisiken zu beachten sind. Dies erfordert freilich die Wahl anfechtungsfester rechtlicher Gestaltungen. Zwar ist eine jedenfalls mittelbare Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO) zu erkennen, wenn der Schuldner einen Darlehensgeber sichert oder an einen Berater Honorarzahlungen erbringt. Der Anfechtung nach § 130 InsO, deren Voraussetzungen mit Rücksicht auf das Wissen des Anfechtungsgegners um die Zahlungsunfähigkeit des zu sanierenden Schuldners eingreifen dürften, scheidet aus, wenn die Sicherung mit einem erhaltenen Darlehen und die Honorarzahlung mit erhaltenen Beratungsleistungen bargeschäftlich verknüpft ist (§ 142 InsO). Soweit es um Dienstleistungen geht, müssen diese allerdings ihr Geld wert sein, was bei einer aussichtslosen Sanierung abzulehnen ist. Zu beachten ist, dass das Bargeschäftsprivileg bei inkongruenten Deckungen (§ 131 InsO) keine Anwendung findet und folglich die Anfechtung nicht auszuschließen vermag. Geht es um die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) der im Zusammenhang mit einem Sanierungskredit von dem Schuldner gewährten Sicherheiten, kann ein ernsthafter Sanierungsversuch die Beweisanzeichen der Zahlungsunfähigkeit und der Inkongruenz überwinden. Zudem scheidet die Vorsatzanfechtung regelmäßig bei Bargeschäften aus. Nach dem bis zum 4.4.2017 maßgeblichen Rechtszustand ist zusätzlich erforderlich, dass es sich um für die Betriebsfortführung unentbehrliche Leistungen handelt. Der geltende, großzügige § 142 Abs. 1 InsO entzieht Bargeschäfte generell der Vorsatzanfechtung, wenn der Schuldner nicht unlauter handelt.

E. EU-Restrukturierungsrichtlinie

Erweisen sich danach Sanierungsdarlehen und Beratungsleistungen nach geltendem Recht als weitgehend anfechtungsfest, gilt dieser Befund umso mehr nach dem Inhalt der am 16.7.2019 beschlossenen EU-Restrukturierungsrichtlinie,[90] die den Mitgliedstaaten gewisse Gestaltungsspielräume eröffnet. Die nationalen Gesetzgeber müssen die Restrukturierungsrichtlinie im Wesentlichen bis zum 17.7.2021 in nationales Recht umsetzen.

I. Schutzmechanismen

Die Richtlinie sieht in Art. 17 Abs. 1 vor, dass Finanzierungen während des Restrukturierungsverfahrens im Fall einer späteren Insolvenz weder für nichtig noch für anfechtbar erklärt werden dürfen. Insbesondere Darlehensgeber neuer Finanzierungen sollen geschützt werden. Derartige Finanzierungen sollen vor den Sanktionen des Insolvenzanfechtungsrechts Bestand haben. Soweit Sanierungsdarlehen erstattet werden, dürfte eine Anfechtung ausscheiden. Die Mitgliedstaaten können nach Art. 17 Abs. 4 der Richtlinie anordnen, dass Geber von neuen Finanzierungen oder Zwischenfinanzierungen Anspruch darauf haben, in späteren Insolvenzverfahren Zahlungen vorrangig gegenüber anderen Gläubigern zu erhalten, die anderenfalls höher- oder gleichrangige Forderungen hätten. Auf diese Weise könnte ein Vorrang im Verhältnis zu ungesi-

cherten Insolvenzforderungen gewährt werden, vielleicht aber auch gegenüber gesicherten, um Sanierungsbemühungen zu fördern.[91] Zu erwägen wäre weitergehend ein Vorrang noch vor den Masseverbindlichkeiten.[92] Dies bedarf noch intensiver Diskussionen.

II. Präventive Kontrolle

Es kann Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie vor der Finanzierung eine Kontrolle durch den Gläubigerausschuss, einen Restrukturierungsbeauftragten oder das Gericht angeordnet werden. Hier ist freilich zu bedenken, dass die präventive Kontrolle die Kreditvergabe verzögern und damit die Sanierung gefährden kann.[93]

III. Grenzen des Schutzes von Sanierungsdarlehen

Ferner kann nach Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie vorgehsehen werden, Zwischenfinanzierungen vom Schutz der Richtlinie auszunehmen, wenn der Schuldner zur Begleichung seiner fällig werdenden Schulden nicht mehr in der Lage war. Damit dürften Kreditgewährungen nach Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemeint sein. Ob diese Ausnahme in das deutsche Recht übernommen werden soll, bedarf eingehender Prüfung, weil sie sich nach Eintritt der – drohenden – Zahlungsunfähigkeit als sanierungsfeindlich erweisen könnte.

IV. Transaktionskosten

Der von Art. 17 der Richtlinie für Finanzierungen gewährte Schutz wird durch Art. 18 der Richtlinie auf Transaktionskosten außerhalb der Finanzierung erstreckt. Darunter fallen angemessene Kosten für die Verhandlung, Annahme, Bestätigung und Umsetzung einschließlich der Beraterhonorare und neue Kredite, finanzielle Beiträge oder teilweise Vermögensübertragungen auch außerhalb des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs.[94] Davon werden etwa Kosten und Gebühren für die Inanspruchnahme professioneller Hilfe erfasst. Entsprechende Aufwendungen sind von den Auswirkungen einer späteren Insolvenz freizustellen.[95]

1 Manuskript eines am 7.2.2020 beim Norddeutschen Insolvenzforum Hamburg e.V. gehaltenen Vortrags.
2 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 17, ZInsO 2016, 1578.
3 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 39, ZInsO 2016, 1578.
4 MünchKomm-InsO/*Kayser/Freudenberger*, 4. Aufl., § 129 Rn. 168.
5 MünchKomm-InsO/*Kayser/Freudenberger* (Fn. 4), § 129 Rn. 166.
6 MünchKomm-InsO/*Kayser/Freudenberger* (Fn. 4), § 129 Rn. 110.
7 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 20, ZInsO 2016, 1578.
8 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 23, ZInsO 2016, 1578.
9 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 22 ff., ZInsO 2016, 1578.
10 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 19 ff., 38 ff., ZInsO 2016, 1578.
11 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 17, ZInsO 2016, 1578.
12 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 25, 28, ZInsO 2016, 1578.
13 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 29 ff., ZInsO 2016, 1578.
14 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 39, ZInsO 2016, 1578.
15 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 43, ZInsO 2016, 1578.
16 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, Rn. 41, ZInsO 2016, 1578.
17 BGH, Urt. v. 28.1.2016 – IX ZR 185/13, Rn. 9, ZInsO 2016, 444.
18 BGH, Urt. v. 19.10.2017 – IX ZR 289/14, Rn. 16, ZInsO 2018, 319.
19 BGH, Urt. v. 19.10.2017 – IX ZR 289/14, Rn. 17, ZInsO 2018, 319.
20 BGH, Urt. v. 19.10.2017 – IX ZR 289/14, Rn. 18 ff., ZInsO 2018, 319.
21 BGH, Beschl. v. 8.5.2008 – IX ZR 116/07, MittBayNot 2009, 61 Rn. 2.
22 MünchKomm-InsO/*Kayser/Freudenberger* (Fn. 4), § 130 Rn. 35.
23 BGH, Urt. v. 23.9.2010 – IX ZR 212/09, Rn. 24, ZInsO 2010, 1929.
24 BGH, Beschl. v. 7.5.2013 – IX ZR 271/12, NZI 2013, 816 Rn. 2.
25 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, Rn. 21, ZInsO 2016, 326.
26 BGH, Urt. v. 9.2.1955 – IV ZR 173/54, WM 1955, 404, 406; v. 21.5.1980 – VIII ZR 40/79, NJW 1980, 1961.
27 BGH, Beschl. v. 8.5.2008 – IX ZR 116/07, MittBayNot 2009, 61 Rn. 2.
28 BGH, Urt. v. 10.1.2013 – IX ZR 13/12, Rn. 21, ZInsO 2013, 179.
29 BGH, Urt. v. 12.11.1992 – IX ZR 236/91, ZIP 1993, 276, 278.
30 BGH, Urt. v. 18.3.2010 – IX ZR 57/09, Rn. 17, ZInsO 2010, 807.
31 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243 Rn. 28 = ZInsO 2016, 326.
32 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243 Rn. 24 = ZInsO 2016, 326.
33 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243 Rn. 25 = ZInsO 2016, 326.
34 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243 Rn. 26 ff. = ZInsO 2016, 326.
35 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243 Rn. 30 = ZInsO 2016, 326.
36 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243 Rn. 31 = ZInsO 2016, 326.
37 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243 Rn. 19 = ZInsO 2016, 326.
38 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243 Rn. 21 = ZInsO 2016, 326.
39 BGH, Urt. v. 24.10.2013 – IX ZR 104/13, ZInsO 2013, 2378 Rn. 10.
40 BGH, Urt. v. 24.10.2013 – IX ZR 104/13, ZInsO 2013, 2378 Rn. 11.
41 BGH, Urt. v. 7.11.2013 – IX ZR 248/12, Rn. 12, ZInsO 2013, 2376.
42 BGH, Urt. v. 21.1.2016 – IX ZR 84/13, Rn. 17, ZInsO 2016, 448.
43 BGH, Urt. v. 21.1.2016 – IX ZR 84/13, Rn. 17, ZInsO 2016, 448; Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 15, ZInsO 2016, 1251.
44 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 16, ZInsO 2016, 1251.
45 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 18, ZInsO 2016, 1251.
46 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 19, ZInsO 2016, 1251.
47 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, Rn. 33, ZInsO 2016, 214; Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 23, ZInsO 2016, 1251.
48 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 24, ZInsO 2016, 1251.
49 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 27, ZInsO 2016, 1251.
50 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 32 f., ZInsO 2016, 1251.
51 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 34 f., ZInsO 2016, 1251.
52 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 37, ZInsO 2016, 1251.
53 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 38, ZInsO 2016, 1251.
54 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 39, ZInsO 2016, 1251.
55 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 40, ZInsO 2016, 1251.
56 BGH, Urt. v. 21.1.2016 – IX ZR 84/13, Rn. 17, ZInsO 2016, 448.
57 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, Rn. 34, ZInsO 2016, 214.
58 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 41, ZInsO 2016, 1251.
59 BGH, Urt. v. 28.3.2019 – IX ZR 7/18, Rn. 9, ZInsO 2019, 1060.
60 BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, Rn. 36, ZInsO 2016, 214.
61 BGH, Urt. v. 4.5.2017 – IX ZR 285/16, Rn. 9, ZInsO 2017, 1366.
62 BGH, Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, Rn. 24, ZInsO 2015, 628.
63 BGH, Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, Rn. 24, ZInsO 2015, 628.
64 BT-Drucks. 18/7054, S. 19.
65 BT-Drucks. 18/7054, S. 19.
66 BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106, 112 f. = ZInsO 2006, 148.
67 BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106, 113 = ZInsO 2006, 148.
68 BGH, Beschl. v. 12.1.2017 – IX ZR 95/16, ZInsO 2017, 318 Rn. 9.

69 BGH, Beschl. v. 12.1.2017 – IX ZR 95/16, ZInsO 2017, 318 Rn. 10 ff.
70 MünchKomm-InsO/*Kayser/Freudenberger* (Fn. 4), § 132 Rn 14.
71 BGH, Urt. v. 14.6.2018 – IX ZR 22/15, Rn. 15, ZInsO 2018, 2017; MünchKomm-InsO/*Kayser/Freudenberger* (Fn. 4), § 129 Rn. 122.
72 MünchKomm-InsO/*Kayser/Freudenberger* (Fn. 4), § 130 Rn. 35.
73 BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, Rn. 21, ZInsO 2008, 101.
74 BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, Rn. 20, ZInsO 2008, 101; v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rn. 33 = ZInsO 2014, 1602.
75 BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, Rn. 22, ZInsO 2008, 101.
76 BGH, Urt. v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rn. 36 = ZInsO 2014, 1602.
77 BGH, Urt. v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rn. 37 = ZInsO 2014, 1602.
78 BGH, Urt. v. 11.6.1980 – VIII ZR 62/79, BGHZ 77, 250, 253; vgl. MünchKomm-InsO/*Kayser/Freudenberger* (Fn. 4), § 129 Rn. 163.
79 BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, Rn. 23, ZInsO 2008, 101.
80 BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, Rn. 23, 25, ZInsO 2008, 101.
81 BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 221/11, ZInsO 2014, 496 Rn. 2.
82 BGH, Urt. v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190 Rn. 25 f. = ZInsO 2006, 712.
83 BGH, Urt. v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190 Rn. 28 = ZInsO 2006, 712.
84 BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 221/11, ZInsO 2014, 496 Rn. 2.
85 BGH, Urt. v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190 Rn. 8 ff. = ZInsO 2006, 712.
86 BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 221/11, ZInsO 2014, 496 Rn. 2.
87 BGH, Beschl. v. 14.4.2014 – IX ZR 221/11, Rn. 2, ZInsO 2014, 496.
88 BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, Rn. 23, ZInsO 2008, 101.
89 BGH, Urt. v. 17.11.1958 – II ZR 224/57, BGHZ 28, 344, 347 f.
90 RL (EU) 2019/1023.
91 *Schmidt*, WM 2017, 1735, 1743.
92 *Parzinger*, ZIP 2019, 1748, 1749.
93 *Albrecht*, ZInsO 2019, 1813, 1824.
94 *Schmidt*, WM 2017, 1735, 1743.
95 *Albrecht*, ZInsO 2019, 1813, 1824.