

Für Verständnis werben und Einsichten gewinnen

Mannheim. Als Ersatz für den diesjährigen Mannheimer Insolvenzrechtstag fand am 30.09.2021 die ZIS-Herbstveranstaltung im Hybridformat mit 70 Teilnehmern in der Aula der Universität Mannheim und mit weiteren 170 Teilnehmern über Zoom statt. Im Fokus standen vor allem das BGH-Urteil zur Neuausrichtung der Vorsatzanfechtung vom 06.05.2021 und eine sich anschließende systematische Betrachtung dieser Norm, des Weiteren Perspektiven der reformierten Eigenverwaltung sowie zwei Themen, bei denen das Plenum eher weniger Vorkenntnisse mitbrachte: der Versorgungsausgleich in der Insolvenz sowie KI, Blockchain und Smart Contracts.

Text: Peter Reuter

Die akademische Viertelstunde mag Veranstalter Prof. Dr. Georg Bitter zwar kennen, aber der ZIS-Vorsitzende hält nichts von ihr, denn der Beginn der fünfstündigen Hybridveranstaltung begann wie angekündigt um 13.30 Uhr auf die Sekunde genau. Bitter begrüßte die etwa 250 Teilnehmer auf der Bühne der frisch renovierten Aula der Universität Mannheim, die gleichzeitig auch als TV-Studio fungierte, denn fünf Techniker bedienten drei Kameras, sorgten für einen sauberen Ton und die passende Mischung, während weitere Mitarbeiter den Zoom-Raum betreuten. Für die technisch reibungslose Onlinedurchführung konnte das ZIS auf das (personelle) Equipment der Pluta-Akademie zurückgreifen, berichtete Bitter und dankte dem anwesenden Fördermitglied RA Michael Pluta für diese Unterstützung. Im Übrigen gelang es auch bei dieser ZIS-Veranstaltung, dass vor Beginn die Folien der Referenten zum Download zur Verfügung standen.

Bei der Anmoderation des ersten Themas »Neues zur Vorsatzanfechtung – das Urteil des BGH vom 06. Mai 2021 – IX 72/20« bedankte sich Bitter beim VorsRiBGH Dietmar Grupp, dass er sich schon frühzeitig zu dem Vortrag bereit erklärt habe. Allerdings war es nicht der erste Auftritt Grupps nach diesem Urteil, denn der NIVD e.V. konnte ihn bereits für die Jahrestagung am 10.09.2021 gewinnen (siehe dazu den Tagungsbericht im INDat Report 08_2021, S. 68 ff.). Zur weiteren Vertiefung sorgte Bitter für eine rege Diskussion, der sich Grupp wie auch den Nachfragern aus dem von RA Peter Depré betreuten Chat offen stellte.

Mit seinen Ausführungen, so leitete Grupp ein, wolle er um Verständnis für die Rechtsprechung, die einen längeren Meinungsbildungsprozess im Senat vorläufig abgeschlossen und die erwartungsgemäß hohe Wellen geschlagen habe, werben. Eingangs schilderte er den unspektakulären Fall, den der Senat zum Anlass genommen hatte, dem Berufungsgericht zwölf Seiten Segelanweisungen an die Hand zu geben, in denen die besondere Brisanz liegen. Zur eingetretenen Wirkung dieses Urteils zitierte Grupp Professor Bork mit »Hier lässt der Senat die Bombe platzen«. Im Anschluss schilderte Grupp, was bisher bei § 133 InsO galt, und erläuterte mit einem Blick in die KO auf die Vorläufer-

regelung der Absichtsanfechtung den Anlass für die Neuausrichtung. Seinerzeit sei bei kongruenten Deckungen eine Absichtsanfechtung nur bei unlauterem Handeln in Betracht gekommen. Die InsO hatte dann »Absicht« durch »Vorsatz« ersetzt, die Anforderung des unlauteren Handelns entfiel auch in der BGH-Rechtsprechung. Ab 1999 war der Senat, so schilderte es Grupp, bestrebt, den Anwendungsbereich des § 133 InsO im Sinne des InsO-Gesetzgebers zu erweitern, um die Masse anreichern und zu mehr Verfahrenseröffnungen gelangen zu können. Das führte schließlich dazu, dass die Rechtsprechung die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen mit einer Kette von Vermutungen und Erfahrungssätzen verknüpfte. Grupp spitzte die Praxis so zu, dass eine kongruente Deckungshandlung des Schuldners alleine deshalb der Vorsatzanfechtung unterliegen und eine Zahlungseinstellung begründen konnte, wenn der Insolvenzverwalter darlegte, dass der Schuldner früher eine einzige, nicht ganz so geringe Verbindlichkeit bei Fälligkeit nicht erfüllt hatte, alles Weitere bis zum Benachteiligungsvorsatz sei dann vermutet worden. In dem Kontext rief er die Kritik aus Schrifttum und Wirtschaft an der Praxis der Vorsatzanfechtung in Erinnerung, die letztlich zu der Reform des Anfechtungsrechts am 29.03.2017 geführt hatte. Für Grupp bedeutet die Novelle nur eine punktuelle Neujustierung, daher habe der Senat nach der Reform abgewogen, ob die Rechtsprechung zu den subjektiven Voraussetzungen des § 133 InsO so bleiben oder die Schwelle zur Annahme dieser Voraussetzungen erhöht werden sollte. Nicht von der Hand zu weisen sei, wie die Literatur zum aktuellen Urteil vermutet, dass der Rechtswandel auch etwas mit der neuen Zusammensetzung des Senats zu tun hat. Die Beweggründe für den Senat hätten darin bestanden, dass die Anforderungen an die Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners und daher auch die Kenntnis des Anfechtungsgegners von einem solchen Vorsatz zu weit abgesenkt worden waren. Als zweiten Beweggrund führte Grupp gesetzessystematische Gründe an, vor allem der fehlende Abstand zu § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, der wieder einen eigenständigen Anwendungsbereich erhalten sollte.

Als Nächstes legte Grupp in vier Punkten dar, welche Lösungswege der Senat in Erwägung gezogen, aber schließlich doch verworfen hatte. Christoph Thole, der sich in einigen Punkten kritisch zu dem Urteil geäußert hatte, zeigte sich in der anschließenden Diskussion erleichtert, dass man diese Gedankengänge ad acta gelegt hatte, der gewählte Weg sei von allen doch der harmonischste gewesen. Erstens sei der Vorsatzbegriff des § 133 InsO nicht infrage gestellt, es genüge weiterhin *dolus eventualis*; zweitens brauche es vor allem bei der kongruenten Deckung nicht das Erfordernis des »unlauteren« Verhaltens – ein solches Merkmal wieder einzuführen, hätte den Gesetzesmaterialien widersprochen; drittens kein vollständiger Verzicht auf das Beweisanzeichen erkannter Zahlungsunfähigkeit – dabei dominiere aber immer die Frage, ob die erkannte Zahlungsunfähigkeit alleine zur Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes trägt; viertens keine »qualifizierte« Kenntnis von Zahlungsunfähigkeit im Sinne einer zusätzlichen Kenntnis von einer Insolvenzantragspflicht, wie sie Markus Gehrlein vorgeschlagen habe, die dann vorliegen soll, wenn der Schuldner vorsätzlich die nach § 15 a InsO gebotene Antragstellung unterlässt – hier habe der Senat nach einem Abwägen schließlich keinen relevanten Mehrwert erkennen können.

Daran anschließend erläuterte Grupp den eingeschlagenen Weg: Nach Auffassung des Senats könne nicht alleine die Kenntnis der gegenwärtigen Zahlungsunfähigkeit, eine aktuelle Illiquidität, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz begründen, der Vorsatz müsse umfassen, dass der Schuldner auch später seine Gläubiger nicht vollständig befriedigen kann. Die Gläubigerbenachteiligung, auf die sich der Vorsatz bezieht, müsse eine (mindestens teilweise) endgültige sein, sodass z. B. eine Verzögerung der Befriedigung nicht darunterfalle. Die Prüfung des Benachteiligungsvorsatzes beginne zwar damit, ob der Schuldner zahlungsunfähig war und dies erkannt hat, aber sie müsse alle Umstände in den Blick nehmen, ob der Schuldner auf eine spätere vollständige Befriedigung seiner Gläubiger setzen durfte. Zu den Umständen, die hier von besonderer Bedeutung sind, nannte Grupp das Ausmaß der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit – je größer die Deckungslücke, desto näher i. d. R. die Annahme, dass es sich um einen endgültigen Ausfall handelt. An dieser Stelle griff Grupp den aufgeworfenen Einwand der Rechtsunsicherheit auf und erwiderte, dass die Beurteilung der Gesamtwürdigung des Tatrichters unterliege, mathematisch lasse sich das Ausmaß im Voraus nicht berechnen, es könne keine festen Grenzen geben. Als zweiten Punkt nannte er den zeitlichen Aspekt: Konnte der Schuldner damit rechnen, dass ihm die benötigte Zeit für eine vollständige Gläubigerbefriedigung zur

Verfügung steht? Bei einer unvermeidbaren Verfahrenseröffnung könne der Schuldner damit wohl nicht mehr rechnen, auch bei Mahn- und Vollstreckungsdruck der Gläubiger sei die Erwartung als geringer einzuschätzen. Als wichtigste Änderung des Urteils bezeichnete Grupp, dass die Darlegungs- und Beweislast für den Benachteiligungsvorsatz beim Verwalter liegt – der Anfechtungsgegner, so die Überlegung, könne schon mangels Einblick in die Gesamtlage die Erwartung häufig gar nicht erfüllen. Randnummer 48 des Urteils liefere dem Verwalter allerdings einen Hinweis zur Erleichterung der Darlegung im Hinblick auf die Ursachenbeseitigung der Zahlungsunfähigkeit.

Zahlungseinstellung bisher »zu großzügig« angenommen

Nach einem kurzen Exkurs zur drohenden Zahlungsunfähigkeit (beschränkter Aussagewert bei Gesamtwürdigung) behandelte Grupp die höheren Anforderungen an die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit als weiteren Schwerpunkt des Urteils und erinnerte an die bisherige Praxis mit der Reihe von Vermutungen und Erfahrungssätzen. Der Senat vermutete, dass eine Zahlungseinstellung bisher nicht selten »zu großzügig« angenommen worden sei, denn diese sei von einer Zahlungsstockung abzugrenzen – nicht jede Zahlungsverzögerung bedeute Zahlungsunfähigkeit, daher sei eine sorgfältige Würdigung stets geboten. Ein äußeres Merkmal, das sicher auf eine Zahlungseinstellung hinweist, sei die explizite Erklärung des Schuldners, dass er aus Mangel an liquiden Mitteln nicht mehr zahlen kann. Daher müssten, so das Urteil, wenn diese Erklärung nicht vorliegt, die äußeren Umstände das Gewicht haben, die dieser Erklärung entspricht. Dann erörterte Grupp die sog. Fortdauervermutung, wonach eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit erst beseitigt ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen im Allgemeinen wieder aufnimmt. Der Gegenbeweis gelinge dem Anfechtungsgegner oftmals nicht, sodass der Senat die Fortdauervermutung relativiert habe: Es kommt nun darauf an, in welchem Ausmaß die Zahlungsunfähigkeit zutage getreten ist. Bei geringem Ausmaß könne man somit nicht auf eine zeitlich unbeschränkte Fortdauer schließen. Auch hier griff Grupp die Kritik an dieser Differenzierung auf, weil man damit nun eine erhebliche Unsicherheit – in den Händen des Tatrichters – geschaffen habe. Das letzte Wort sei in diesem Punkt noch nicht gesprochen, lenkte er ein, Christoph Thole habe bei der Fortdauervermutung eine sekundäre Darlegungslast des Verwalters ins Spiel gebracht, über die man durchaus nachdenken könne.



Prof. Dr. Georg Bitter



VorsRiBGH Dietmar Grupp



Prof. Dr. Fabian Klinck



RiAG Dr. Stephan Beth



RiinBGH Dr. Dorrit Selbmann



PD Dr. Dimitrios Linardatos

Danach unternahm Grupp einen weiteren Exkurs zu zwei Punkten, die das Urteil nicht aufgegriffen hatte, aber im Kontext des Urteils von großer Bedeutung sind und somit zukünftiger Rechtsprechung unterliegen: zum einen der Erfolg versprechende Sanierungsversuch und zum anderen die bargeschäftsähnliche Lage – beides Konstellationen, in denen der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners ausgeschlossen sein kann. Nach Grupp's persönlicher Meinung werde die Fallgruppe Sanierungsversuch an Bedeutung verlieren, weil es auch unter der Schwelle nach bisheriger Rechtsprechung Fälle geben werde, in denen der Schuldner darauf bauen durfte, seine Gläubiger vollständig zu befriedigen. Auch die Ausnahme der bargeschäftsähnlichen Lage sei weiterhin relevant, wobei zu klären sei, welche Auswirkungen von der Neufassung des § 142 InsO ausgehen.

Zum Abschluss ging Grupp noch auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz ein, hier kann der Verwalter entweder den Vollbeweis (mit den Änderungen zum Gläubigerbenachteiligungsvorsatz) führen, der nicht einfach für den Verwalter zu bewerkstelligen sei, gestand er ein, oder er kann mit der Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 arbeiten. Der zweiten Voraussetzung der Vermutung – der Anfechtungsgegner weiß, dass die Handlung gläubigerbenachteiligend ist – komme nur in seltenen Fällen eine eigenständige Bedeutung zu. Die Kenntnis sei nach bisheriger Rechtsprechung – die nach Grupp's Auffassung auch weiterhin gelte – anzunehmen, wenn der Anfechtungsgegner mit weiteren ungedeckten Verbindlichkeiten rechnete, davon sei bei einem Unternehmen als Schuldner regelmäßig auszugehen. Das Urteil ziele darauf ab, so Grupp's Resümee, die Vorsatzanfechtung entsprechend ihrer Funktion und in Abgrenzung zu § 130 Abs. 1 InsO einzuschränken. Ob das so eintritt, hänge von der Handhabung in der Praxis ab, die der Senat im Auge behalten werde.

Bitter lobte den klar aufgezeigten Gedankengang des Senats zu den §§ 130, 133 InsO, der ihn an die ZIS-Veranstaltung mit RiBGH Prof. Dr. Heinrich Schoppmeyer erinnere – das Abendsym-

posion fand am 07.03.2017 statt –, der systematische Überlegungen zur Insolvenzanfechtung angestellt hatte. Aus dem Chat griff Bitter die Frage auf, inwieweit das Urteil eine vertiefte Zahlungsunfähigkeit einführt. Diese Annahme verneinte Grupp, am Begriff der Zahlungsunfähigkeit in § 17 InsO werde nicht gerüttelt. Vielmehr gehe es um den Zeithorizont, der nicht auf den für die Antragstellung geltenden begrenzt sein soll. Für die Beurteilung des Vorsatzes dürfe man weiter in die Zukunft blicken, zumal der Insolvenzantrag auch häufig nicht in dem dafür vorgesehenen Zeitfenster gestellt würde. Oftmals würde der Schuldner noch glauben (können), das Unternehmen in sicheres Fahrwasser zu bringen – hier sei in Zukunft genau zu prüfen, ob der Benachteiligungsvorsatz wirklich zu bejahen ist. Aus dem Publikum meldete sich RA Dr. Jürgen Bleresch zu Wort und bezeichnete sich als »Opfer« der neuen BGH-Rechtsprechung. Vor dem LG Karlsruhe den Rechtsstreit gewonnen, hob das OLG Karlsruhe das Urteil wieder auf, weil der Geschäftsführer damit habe rechnen dürfen – es sei um einen Zeitraum von fünf Monaten gegangen –, dass sich die Lage noch bessert. Wie sich § 15 b Abs. 3 InsO, der Zahlungen über die 3-Wochen-Frist missbilligt und Haftung vorsieht, zum u. U. über Monate verneinten Gläubigerbenachteiligungsvorsatz verhält, wollte er wissen, das Urteil habe einen paradoxen Zustand geschaffen. Diesen Einwand höre er immer wieder, entgegnete Grupp. Es handle sich bei §§ 15 a/15 b und 133 InsO um verschiedene Dinge, die jeweils unterschiedliche Gesetzeszwecke verfolgten. Um missbilligendes Verhalten rückgängig zu machen, würden andere Kriterien gelten. Daran schloss sich Bitters Hinweis zu einem demnächst erscheinenden Aufsatz der ehemaligen Senatskollegen Markus Gehrlein und Gerhard Pape zu diesem Urteil an (ZInsO 2021, 2061), die auch auf den strafbaren Zustand der Insolvenzverschleppung hinwiesen und einen Gleichlauf befürworteten, zu dem auch er tendiere. Christoph Thole bedankte sich für den »glasklaren« Vortrag, unterstrich auch nochmals sein Störgefühl bei § 15 a InsO, zumal § 133 InsO doch schließlich auf sozial zu

missbilligendes Verhalten abzielt. Zu Grupp's Anmerkung, dass die Rechtsprechung zum Sanierungsversuch an Bedeutung verlieren könnte, wollte er zugespitzt wissen, ob das vom Schuldner verwendete Schlagwort Sanierung schon ausreichen werde, um in den Genuss dieses Privilegs zu gelangen. Geringere Kriterien für den Sanierungsversuch müsse der Senat anhand konkreter Fälle noch entwickeln, so Grupp. Auf die weitere Nachfrage zu einem konkreten Betrachtungszeitraum jenseits der 3-Wochen-Frist erwiderte er, dass es auch in Zukunft keinen fixen Zeitraum geben werde und es immer auf den Einzelfall ankomme. Bitter hakte nach, ob denn der Verwaltervortrag auf sichere, harte Kriterien wie die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen setzen könne. Auch das Denken in den Kategorien hart oder weich lehnte Grupp ab, es müsse dem Tatrichter überlassen bleiben, sich ein einzelfallbezogenes Bild zu machen.

Eigenständige Beweiswürdigung durch Tatgericht kaum noch möglich

Der zweite Referent, Prof. Dr. Fabian Klinck (RUB), schickte voraus, dass er mit seinem Vortrag »Die Vorsatzanfechtung im System des Anfechtungsrechts« keinen Gegenpart zum IX. Senat spielen, sondern die Entscheidung in eine größere Linie einordnen wolle. Das machte er mit den Gedankenschritten »Benachteiligungsvorsatz und sein Nachweis«, »Normsystematik als Kriterium der tatrichterlichen Würdigung?«, »Der Wille des Gesetzgebers«, »Die Ratio der Vorsatzanfechtung« und »Verdeckte materiell-rechtliche Konturierung durch Beweisrecht«. Bei der Neuausrichtung des IX. Senats zu den Beweisanzeichen bei der Vorsatzanfechtung gehe es wie bisher bei der Rechtsprechung eher um eine materiell-rechtliche Konturierung des Benachteiligungsvorsatzes als um eine Beweiswürdigung im eigentlichen Sinne. Das erkläre wohl auch, warum der IX. Senat die Beweiswürdigung so besonders engmaschig kontrolliert, sodass eine eigenständige Beweiswürdigung durch die Tatgerichte kaum noch möglich erscheine. Das liege anscheinend daran, dass es dem BGH im Ergebnis gar nicht um eine Beweiswürdigung geht, sondern dass er konkrete Anforderungen an den Benachteiligungsvorsatz stellen wolle. Dass dann die Auslegungsarbeit verdeckt über den Umweg der Beweiswürdigung stattfindet, führe zu einer Belastung der Revisionsinstanzen und der Berufungsgerichte und zum anderen zu Rechtsunsicherheit, weil die Beweiswürdigung eine Frage des Einzelfalls ist, wie von Grupp betont. Wenn man allerdings Auslegung wolle und Beweiswürdigung mache, dann führe das in vielen Fällen nicht zu richtigen Ergebnissen. Schließlich komme es dann zu Wertungswidersprüchen – gerade bei der Inkongruenz. Weil § 133 Abs. 1 Satz 1 ziemlich konturlos sei und man gar nicht mehr so richtig wisse, wo denn die wirkliche Legitimationsgrundlage der Vorsatzanfechtung liegt, könne über den Weg der Beweiswürdigung keine klare systematische Abgrenzung erfolgen. Das würde nur funktionieren,

so Klinck, wenn der Gesetzgeber für Klarheit sorgt und eindeutig erklärt, wann Deckungen in der Krise anfechtbar sein sollen. Man könne nur davon profitieren, wenn sich die Rechtswissenschaft äußert, sagte Grupp im Anschluss. Dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, für Klarheit zu sorgen, könne er nur unterstreichen, bei letzter Gelegenheit 2017 habe er davon aber nicht genügend Gebrauch gemacht, daher die Korrektur seines Senats.

Im Folgenden befasste sich RiAG Dr. Stephan Beth mit »Perspektiven der Eigenverwaltung« nach der Neugestaltung durch das SanInsFoG. Den Abbau uneinheitlicher Praxis zur Erhöhung der Rechtssicherheit als Reformziel bezeichnete er als zum geringen Teil erreicht. Die Interessen der Gläubigerschaft zu sichern, sei verbessert worden, eine Verbesserung der Unabhängigkeit des Sachwalters sei wiederum fraglich, während das Ziel, die Haftung des Eigenverwalters zu regeln, erreicht worden sei. Danach vertiefte Beth den Zugang zur vorläufigen Eigenverwaltung, die Eigenverwaltungsplanung (mit dem »schillernden« und Gestaltungsspielräume eröffnenden Begriff der Vergleichsrechnung) und deren (z. T. strittiger) gerichtlicher Prüfung. Die höheren Zulässigkeitschürden führten zu weniger Verfahren (wenngleich Abstand von Schutzschirm zu vorläufiger Eigenverwaltung nivelliert sei) und könnten eine Renaissance der klassischen Verwaltung bedeuten. Anzunehmen sei, da eine gut vorbereitete Eigenverwaltung Beraterleistung kostet, sodass sie für kleine Unternehmen seltener infrage komme. Summa summarum eröffne das wiederum Raum für künftige Reformen z. B. in Form einer abgespeckten Eigenverwaltung mit starkem Sachwalter.

Nachdem danach RiinBGH Dr. Dorrit Selbmann unter der Überschrift »Der Versorgungsausgleich bei der Insolvenz des ausgleichspflichtigen Ehegatten – die Rolle des Insolvenzverwalters« anhand des BGH-Urteils vom 10.06.2021 (IX ZR 6/18) mit Exkursen zum VersAusglG und FamFG umfänglich und mit viel Grundlagenwissen referiert hatte, beschäftigte sich PD Dr. Dimitrios Linardatos (derzeit Vertretungsprofessur an der Universität Liechtenstein und ehemals Habilitand bei Professor Bitter) mit »Neue Technologien im Insolvenzrecht – Einsatzfelder von Künstlicher Intelligenz, Blockchain und Smart Contracts«, wobei er dabei mit der erhöhten Erwartungshaltung an diese Technologien aufräumte. KI-basierte Algorithmen könnten mit Big-Data-Analyse, semantischer Suche und Mustererkennung helfen, eine Zahlungsunfähigkeit festzustellen oder Anfechtungsansprüche zu bestimmen, aber sie könnten diese Aufgaben nicht alleinverantwortlich übernehmen. Dafür fehle ihnen die Fertigkeit, alle relevanten Realweltinformationen eigenständig zu erfassen und in Datenpunkte zu übersetzen. Bereits der Begriff der Gläubigerbenachteiligung verschließe sich einer formallogischen Erfassung. KI sei aber für Unterstützungsmaßnahmen, Präventionszwecke und Ex-post-Analysen interessant. Und Linardatos warnte: Mit den neuen Technologien gingen auch eigentümliche und unbeherrschbare Haftungsrisiken einher, wenn der Nutzer die Technik nicht richtig konzipiert, einsetzt oder überwacht. <<