

# INDAT REPORT

Fachmagazin für Restrukturierung,  
Sanierung und Insolvenz

» Nach fast 40 Jahren als Richter Wechsel in den Ruhestand:  
Vorsitzender Richter am BGH Prof. Dr. Godehard Kayser

## Mit feinem Gespür für Fortschritt bewährte Grundsätze verteidigen

» Im Gespräch mit Bundesjustizministerin Christine Lambrecht (SPD)

### Präventiver Restrukturierungsrahmen ist von hoher politischer Priorität

» RA Friedemann Schade (BRL) im Verwalter-/Beraterporträt

### Highspeed bei Krankenhausinsolvenzen

» Umsetzung der RL über Restrukturierung und Insolvenz in Europa

### WHOA kann die Niederlande attraktiv machen



**impro**  
immobilien | professionell

impro.de

# Insolvenzanfechtung roter Faden der Meilensteine aus 20 Jahren

*Mannheim.* In Zeiten von Covid-19 läuft alles anders – und auch das ZIS – Zentrum für Insolvenz und Sanierung e. V. an der Universität Mannheim hat unter Prof. Dr. Georg Bitter den Mannheimer Insolvenzrechtstag neu erfunden. Am 19.06.2020 fanden sich rund 125 Fördermitglieder des ZIS virtuell via Zoom zum ersten Teil des Mannheimer Insolvenzrechtstags ein, den zwei BGH-Richter und ein Insolvenzverwalter drei Stunden bestritten. Über den zweiten Kongressteil vom 23.06.2020 über das COVInsAG und erste Praxiserfahrungen mit dem Gesetz berichtet die kommende Ausgabe.

*Text:* Rechtsanwältin Dr. Claudia R. Cymutta

Zum letzten Mal als Vorsitzender Richter des IX. Zivilsenats des BGH machte Prof. Dr. Godehard Kayser den Anfang mit seinem Vortrag »Meilensteine der BGH-Rechtsprechung zum Insolvenzrecht«. Ganz persönlich zog er so Bilanz über die wichtigsten Entscheidungen seit seinem Eintritt in den Insolvenzrechtssenat im August 2001. Außen vor blieben das Gesellschafterdarlehensrecht und das Vergütungsrecht.

Mit zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2001 zum Insolvenzanfechtungsrecht (Urt. v. 25.10.2001 – IX ZR 17/01; Urt. v. 20.11.2001 – IX ZR 48/01), das sich wie ein roter Faden durch den Vortrag zog, begann der persönliche Rückblick. In diesen Entscheidungen stellte der IX. Senat fest, dass eine einmal eingetretene Zahlungsunfähigkeit nur beseitigt wird, wenn die Zahlungen grundsätzlich wieder aufgenommen werden, was der Gläubiger zu beweisen hat. Kayser erläuterte, dass die Anforderungen an die Zahlungsunfähigkeit vom IX. Senat niedrig gehalten würden, um Insolvenzverschleppungen zu vermeiden, da die Definition der Zahlungsunfähigkeit in allen Bereichen des Insolvenzrechts (Eröffnungsgründe, Geschäftsführerhaftung, Insolvenzanfechtung etc.) gleich sei. Trotz der weiten Definition setze die Kritik, die dem BGH die Überdehnung der Insolvenzanfechtung vorwerfe, auch regelmäßig nicht an der Zahlungsunfähigkeit, sondern an der Kenntnis des Anfechtungsgegners an. Kayser konstatierte, dass die Rechtsprechung zulasten des Anfechtungsgegners gehe, was in Einzelfragen auch nochmals zu überprüfen sei. Als Beispiel nannte er die Fortdauer der Kenntnis auch bei Verstreichen eines wesentlichen Zeitraums, beispielsweise von rund vier Jahren (Urt. v. 21.06.2007 – IX ZR 231/04).

Wesentliche Tatbestandsvoraussetzung der Insolvenzanfechtung, auf die auch in § 135 InsO nicht verzichtet werden könne, ist laut Kayser die objektive Gläubigerbenachteiligung, die den IX. Senat vielfach beschäftigt hat. Dass bei Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung die Insolvenzanfechtung ausgeschlossen sei, versuche auch der Gesetzgeber regelmäßig auszunutzen, wie etwa bei der Fiktion des § 28e Abs. 1 SGB IV oder § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG. Der IX. Senat legt bei der Feststellung der objektiven Gläubigerbenachteiligung regelmäßig

eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde. Beispielhaft nannte Kayser die Zahlung mit Kreditmitteln bzw. von »Unterwasserkonten« (Urt. v. 07.02.2002 – IX ZR 115/99; Urt. v. 06.10.2009 – IX ZR 191/05) sowie die Rückführung von Kontokorrentkrediten (Urt. v. 07.03.2002 – IX ZR 223/01) und »Stafelkrediten« (Urt. v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18), bei denen der IX. Senat jüngst auch bei Gesellschafterdarlehen festgestellt hat, dass nicht sämtliche Hin-und-her-Zahlungen, sondern nur der Saldo anfechtbar ist.

Mehrfach betonte Kayser, dass Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger nur im kritischen Zeitraum des § 131 InsO, also im 3-Monats-Zeitraum, inkongruent seien. Grund seien die unterschiedlichen Zielrichtungen der §§ 130–132 InsO sowie § 133 InsO. Außerhalb der 3-Monats-Frist müsse der Gläubiger nicht die Gläubigergesamtheit beachten und unterliege grundsätzlich keinen Einschränkungen bei der Durchsetzung seiner Forderungen. Er dürfe zu allen Zwangsvollstreckungsinstrumenten greifen; es gelte der Prioritätsgrundsatz. Zahlungen auf die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen seien außerhalb der 3-Monats-Frist daher kongruent. Ein Insolvenzantrag dagegen sei nie ein legitimes Druckmittel zur Beitreibung eigener Forderungen, so dass Zahlungen auf einen Druckantrag oder die Drohung damit stets inkongruent seien (Urt. v. 18.12.2003 – IX ZR 199/02).

Besonders in Erinnerung war Kayser ein Verfahren aus dem Jahr 2007 zu revolvingierenden Globalsicherheiten geblieben (Urt. v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07), das im Vorfeld für viel Wirbel gesorgt habe. Nicht nur seien viele Aufsätze geschrieben worden, sondern insolvenzrechtliche Fortbildungsveranstaltungen seien plötzlich von Bankvorständen, nicht mehr von den Sachbearbeitern, besucht worden. Der IX. Senat hatte in dem Urteil die Globalzessionsverträge auch hinsichtlich zukünftig entstehender Forderungen als kongruente Deckung angesehen. Die Werthaltigmachung sei als rechtsgeschäftsähnliche Handlung anfechtbar. Allerdings liege kein Bargeschäft i. S. d. § 142 InsO vor, da zwischen Leistung und Gegenleistung keine Verknüpfung bestehe. Nach der Entscheidung seien die Vorstände wieder aus den Veranstaltungen verschwunden.

Einen weiteren Meilenstein stelle das Urteil vom 08.10.2009 (IX ZR 173/07) dar, seit dem der BGH bei der Prüfung der Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz das Erfordernis einer Gesamtwürdigung mehr betone, was laut Kayser die Chancen für den Gläubiger, die Anfechtung abzuwehren, erhöhe. Der IX. Senat stellte in seinem Urteil klar, dass die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit zwar ein starkes Beweisanzeichen für die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sei, aber dass es keine schematische Vermutung geben dürfe. Vielmehr müsse der Tatrichter fallspezifisch eine Gesamtwürdigung aller Umstände vornehmen. Die Kehrseite ist nach Aussage von Kayser, dass der Prozessausgang schwerer abzusehen sei, was von den gleichen Interessengruppen moniert werde, die zuvor die starre Linie der Rechtsprechung beklagt hatten. Kayser stellte jedoch fest, dass sich dieser Ansatz im Großen und Ganzen bewährt habe und bis heute aktuell sei.

## Kayser findet Rechtsmittel beim Insolvenzplan problematisch

Nach einem kurzen Abstecher zur Freigabe der unternehmerischen Tätigkeit (Urt. v. 09.02.2012 – IX ZR 75/11) kehrte Kayser zur Insolvenzanfechtung zurück. Während Direktzahlungen grundsätzlich als inkongruente Deckungen anfechtbar seien, könne mit ergänzenden Zahlungsvereinbarungen zwischen dem Schuldner und dem Drittschuldner, dass Zahlungen an einen Dritten geleistet werden sollen, eine Änderung der Vertragsgrundlage erreicht werden, die zu einer kongruenten Zahlung an den Dritten führe. Aktuell sei in den Anfechtungsprozessen um die Insolvenz der Baumarkt-kette Praktiker die Frage aufgetaucht, ob eine solche Vereinbarung auch durch konkludentes Handeln geschlossen werden könne; der IX. Senat habe die Anfechtung nach § 131 InsO verneint, weil in der dort gewählten Fallkonstellation nur eine geringfügige Abweichung von der vereinbarten Zahlungsweise gelegen habe (Urt. v. 12.09.2019 – IX ZR 16/18).

Mit dem Suhrkamp-Insolvenzplan fand ein weiteres bekanntes Verfahren Aufnahme in den Rückblick Kayzers, der Rechtsmittel bei einem Insolvenzplan problematisch findet, da der Plan zeitnah umgesetzt werden sollte. Er sei aber sehr gespannt, wie das Bundesverfassungsgericht diese Frage beurteile, bei dem aktuell Verfahren zu einer möglichen Überdehnung des § 253 Abs. 4 InsO anhängig seien. Insbesondere der Verweis auf den besonders schweren Rechtsverstoß in § 253 Abs. 4 Satz 2 InsO sei ein scharfes Schwert, da bei einer Vertröstung auf Schadenersatz immer unklar sei, ob dieser überhaupt durchgesetzt werden könne.

Auch mehrere Urteile zu den Pflichten des Insolvenzverwalters fanden Aufnahme in die Meilensteinsammlung. So wies Kayser darauf hin, dass der Insolvenzverwalter nach dem Leitbild des ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters handeln und sich nach der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger ausrichten müsse (Urt. v. 26.06.2014 – IX ZR 162/13). Geschäftschancen dürfe er nur zugunsten der Insolvenzmasse ausüben, nicht persönlich (Urt. v. 16.03.2017 – IX ZR 253/15). Eine analoge Anwendung der Business Judgement Rule gem. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG habe der IX. Senat jedoch abgelehnt, weil es an einer planmäßigen Regelungslücke fehle. Zudem bestehe die Besonderheit, dass bestimmte Beteiligte nicht durch § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG geschützt würden, deren Schutz aber dem Insolvenzverwalter nach der InsO obliege. Die Kontrolle richte sich daher nach der InsO.

Im Anschluss an den Vortrag Kayzers kam in einer Wortmeldung via Chat die Entscheidung zu der Praktiker-Insolvenz nochmals zur Sprache. Der Teilnehmer stellte in den Raum, dass nach § 131 InsO auch geringfügige Abweichungen von der vereinbarten Zahlungsweise zu einer Inkongruenz führen müssten. Kayser gab zu, dass dies nach dem Wortlaut des § 131 InsO naheliege, der IX. Senat jedoch bereits in der Vergangenheit etwa bei einer geringfügig verfrühten Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen eine Inkongruenz verneint habe, sodass nur eine Anfechtung nach § 130 InsO möglich sei. Die Besonderheit im Praktiker-Fall sei gewesen, dass die Abweichungen über sehr lange Zeit praktiziert worden seien. Er stimme aber zu, dass diese Ausnahme eine Erweiterung der Anfechtungsgrundsätze darstelle. Moderator Bitter dankte Kayser sehr herzlich für diesen und die früheren Vorträge beim ZIS. Kayser kündigte an, dem Insolvenzrecht auch in Zukunft erhalten zu bleiben.

Im Anschluss an eine kurze Pause übernahm Senatskollege RiBGH Dr. Heinrich Schoppmeyer mit der »Aktuellen Entwicklung und offenen Fragen zur Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO«. Dabei stellte Schoppmeyer zunächst fest, dass die Arbeitskraft des Schuldners nicht zur Masse gehöre (§ 36 Abs. 1 InsO). Der Insolvenzverwalter könne daher nicht Einfluss auf die Erwerbstätigkeit des Schuldners nehmen. Er dürfe den Schuldner weder zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zwingen noch Weisungen für die Arbeitstätigkeit erteilen oder die Erwerbstätigkeit untersagen. Die InsO sehe nur Obliegenheiten des Schuldners zur Ausübung der Erwerbstätigkeit vor, deren Verletzung zu einer Versagung der Restschuldbefreiung führen könne. Während die reine Arbeitskraft des Schuldners also masseneutral sei, gehörten alle Ansprüche, die ein Schuldner durch eine selbstständige Tätigkeit erzielt, zur Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO). Schutz-

grenzen für den Schuldner seien nur die Pfändungsvorschriften (§ 36 InsO i. V. m. §§ 850a ff. ZPO). Um Nachteile aus dem umfassenden Insolvenzbeschlagn zu vermeiden, sei 2007 die Regelung des § 35 Abs. 2, 3 InsO geschaffen worden.

Schoppmeyer erläuterte eingängig, dass die Freigabewirkung nur einheitlich für die selbstständige Tätigkeit herbeigeführt werden könne; die Aufteilung der Erklärung in massegünstige und massenachteilige Folgen sei nicht möglich. Schwierig sei teilweise allerdings die Abgrenzung, welche Gegenstände tatsächlich freigegeben wurden. So sei es angezeigt, dass der Insolvenzverwalter nur den Teil der selbstständigen Tätigkeit freigebe, den der Schuldner bei der Fortsetzung zukünftig tatsächlich benötige. Der Insolvenzverwalter könne einzelne Gegenstände von der Freigabe ausnehmen, wenn er sie explizit bezeichne. Dies ergebe sich aus dem Umkehrschluss, dass der Insolvenzverwalter auch nur einzelne Gegenstände freigeben könne. Wie wichtig die genaue Freigabeerklärung ist, demonstrierte Schoppmeyer anhand eines Beispielfalls, in dem die Überleitung eines Mietverhältnisses infrage stand (BGH, Urt. v. 09.02.2012 – IX ZR 75/11). Da bis zur Freigabeerklärung Masseverbindlichkeiten und erst ab deren Wirksamkeit Neuforderungen entstünden, sei eine klare Abgrenzung erforderlich. Ein bloßes Schreiben, die selbstständige Tätigkeit werde freigegeben, sei jedenfalls nicht empfehlenswert.

Ausführlich ging Schoppmeyer auch auf die Freigabe von Girokonten sowie die Zuordnung von Honoraransprüchen von Ärzten ein. Dabei verwies er auf das Urteil vom 06.06.2019 (IX ZR 272/17), in dem der IX. Senat festgestellt hat, dass die Freigabe zwar zur Trennung der Vermögensmassen führe. Da aber die Neumasse nur den Neugläubigern als Haftungsmasse zugewiesen sei, während den Altgläubigern die Insolvenzmasse hafte, sei § 91 InsO auch nach der Freigabe zulasten der Altgläubiger auf Vorausabtretungen künftiger, nach Insolvenzeröffnung entstehender Honorarforderungen anzuwenden, solange das Insolvenzverfahren nicht aufgehoben sei. Nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens komme es jedoch zur Konvaleszenz (arg. § 185 Abs. 2 BGB). Die Folgen für den Schuldner seien noch nicht entschieden. Nach Ansicht Schoppmeyers habe der Gläubiger ohne Restschuldbefreiung weiter Zugriff auf die Honorarforderungen. Nach der Restschuldbefreiung sei der Gläubiger dagegen nicht mehr berechtigt, seine Forderungen zu verfolgen. Die Ausnahme, dass Sicherungsrechte bestehen blieben, würde bei zukünftigen Forderungen den Zweck des § 301 InsO konterkarieren. Ein Zugriff des Gläubigers auf die abgetretenen Honorarforderungen sei daher abzulehnen.

Schoppmeyer attestierte abschließend noch etliche offene Fragen, die teils vom BGH bisher ausdrücklich offengelassen

wurden. Von der Möglichkeit einer stillschweigenden Positiv- oder Negativerklärung geht er aus, hält aber die Anforderungen, die daran zu stellen seien, für problematisch. In der Eigenverwaltung sei der Sachwalter nicht verwaltungs- und verfügungsbefugt, sodass eine Freigabe ausscheide; mit der Vorstellung einer Freigabe von Gegenständen aus dem Schuldnervermögen durch den Schuldner tat sich Schoppmeyer aber ebenfalls schwer.

In den von Bitter zusammengefassten Chats aus dem Zuhörerkreis wurde u. a. gefragt, ob die Freigabeerklärung auch ein Girokonto für die selbstständige Tätigkeit umfasse, das als P-Konto geführt werde. Schoppmeyer verwies zum einen darauf, dass P-Konten wohl grundsätzlich nicht dem Insolvenzbeschlagn unterlägen. Zum anderen betonte er nochmals, dass dennoch die Freigabeerklärung diese Frage klären und nicht zu allgemein gehalten werden sollte. Auch bei der ebenfalls aus dem Zuhörerkreis angesprochenen Doppelnutzung von Mietverträgen sei darauf zu achten, dass notfalls einzelne Verträge in der Freigabeerklärung genau bezeichnet würden. Die Frage, was mit den Gegenständen der freigegebenen Tätigkeit geschehe, wenn der Schuldner die Tätigkeit einstelle, fand Schoppmeyer spannend. Er ging davon aus, dass die Gegenstände insolvenzfrei bleiben, weil sie die Zugriffsmasse für die Neugläubiger darstellten.

Den Vormittag schloss RA Gordon Rapp mit »Rechts- und Haftungsfragen aus der Sicht der Praxis« zur Freigabe aus der Insolvenzmasse ab. Auch Rapp machte – wie zuvor Schoppmeyer – deutlich, dass für den Insolvenzverwalter ein »cherry picking« schön wäre, aber nicht machbar sei, da die Freigabe zur endgültigen Enthftung führe. Da der Verwalter an sich nach §§ 1, 148 InsO zur Verwaltung der Insolvenzmasse verpflichtet sei, führe die Freigabe einerseits zu einem Zielkonflikt. Andererseits müsse der Verwalter auch Masseminderungen vermeiden, sodass die Freigabe nicht pflichtwidrig sein könne. Großes Konfliktpotenzial ergebe sich durch verschiedene steuerrechtliche Vorschriften, wie etwa § 15 a UStG. Letztlich hielt Rapp die Freigabe nicht für den Königsweg zur Enthftung, sondern vielmehr für eine Wahl zwischen Skylla und Charybdis. Allerdings müsse beim Haftungsmaßstab Berücksichtigung finden, dass die Entscheidung oftmals auf unvollständigen Tatsachen beruhen müsse. Um ein großes Konfliktfeld zu entschärfen, forderte er den Gesetzgeber eindringlich auf, ein Insolvenzsteuerrecht auf den Weg zu bringen.

Nach etwas mehr als drei Stunden Webinar verabschiedete Bitter seine Zuhörer mit dem Ausblick auf den zweiten Teil am 23.06.2020, in dem die aktuelle Corona-Rechtsslage im Vordergrund stehen soll, aber nicht ohne sich bei seinem Lehrstuhlteam für die Webinarvorbereitung und -begleitung zu bedanken. <<