

# Das novellierte Anfechtungsrecht

Arbeitskreis Reorganisation, Sanierung und Insolvenz  
- innerhalb der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg  
am 22.11.2016 in Nürnberg



**Prof. Dr. Heribert Hirte**  
Mitglied des Deutschen Bundestages





## DEUTSCHLANDS ZUKUNFT GESTALTEN - KOALITIONSVERTRAG ZWISCHEN CDU, CSU UND SPD

### S. 19 „Wachstum, Innovation und Wohlstand“ – Rechtsrahmen

„Insolvenzen in einem Unternehmensverbund sollen künftig durch intensivere Abstimmung der Einzelinsolvenzverfahren effizienter bewältigt werden. Zudem werden wir das Insolvenzanfechtungsrecht im Interesse der Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs sowie des Vertrauens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ausgezahlte Löhne auf den Prüfstand stellen.“



# Änderungsvorschläge zum RegE-KIG

## § 3a Gruppen-Gerichtsstand

[Erleichterung der Konzentration, wenn die Grenzwerte des § 22a Abs. 1 auf konsolidierter Basis nicht erreicht sind]

## § 3e Unternehmensgruppe

Eine Unternehmensgruppe besteht aus rechtlich selbständigen Unternehmen, die den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen im Inland haben und die unmittelbar oder mittelbar miteinander verbunden sind durch

1. die Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden Einflusses (§ 290 Abs. 2 bis 4 HGB) oder
2. eine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung (§ 18 AktG).

Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft gelten im Verhältnis zur Gesellschaft als verbundene Unternehmen.



# Änderungsvorschläge zum RegE-KIG

## § 269c

### Zusammenarbeit der Gläubigerausschüsse

(1) Auf Antrag eines Gläubigerausschusses, der in einem Verfahren über das Vermögen eines gruppenangehörigen Schuldners bestellt ist, kann das Gericht des Gruppen-Gerichtsstands nach Anhörung der anderen Gläubigerausschüsse einen Gruppen-Gläubigerausschuss einsetzen, in dem **zumindest** die Gläubigerausschüsse der gruppenangehörigen Schuldner, die nicht offensichtlich von untergeordneter Bedeutung für die gesamte Unternehmensgruppe sind, durch jeweils eine Person vertreten sind.

*Zweiter Abschnitt – Koordinationsverfahren kann generell zur Disposition gestellt werden, da es wohl kaum Mehrwert zu aktuellen Situation bietet. Möglicherweise sollte die Vergütung der übrigen Verwalter anteilig um die Vergütung des Koordinationsverwalters gekürzt werden.*



# Vorsatzanfechtung

## § 133 Vorsätzliche Benachteiligung

- (1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wußte, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und daß die Handlung die Gläubiger benachteiligte.
  
- (2) Anfechtbar ist ein vom Schuldner mit einer nahestehenden Person (§ 138) geschlossener entgeltlicher Vertrag, durch den die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt werden. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Vertrag früher als zwei Jahre vor dem Eröffnungsantrag geschlossen worden ist oder wenn dem anderen Teil zur Zeit des Vertragsschlusses ein Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war.



## Vorschlag CDU/CSU-Fraktion – Heribert Hirte - Teil 1

### § 130 Kongruente Deckung

[...] (3) Die Sicherung oder Befriedigung von Ansprüchen auf Arbeitslohn gilt als kongruente Deckung, soweit sie sich auf Arbeitslohn bezieht, der nicht mehr als drei Monate rückständig ist und dessen monatlicher Betrag die Beitragsbemessungsgrenze nicht übersteigt.

### § 133 Vorsätzliche Benachteiligung

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten ~~zehn~~ vier Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass ~~die Zahlungsunfähigkeit des der~~ Schuldners ~~drohte~~ zahlungsunfähig war und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.



## Vorschlag CDU/CSU-Fraktion – Heribert Hirte - Teil 2

### § 142 Bargeschäft

Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 oder **des § 135 Abs. 1** gegeben sind.

### § 143 Rechtsfolgen

(1) Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muss **nach Geltendmachung seitens des Insolvenzverwalters** zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. Die Vorschriften über die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung, bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist, gelten entsprechend.



# Gemeinsames Positionspapier versch. Verbände

## § 133 Vorsätzliche Benachteiligung

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, **die dem Gläubiger eine inkongruente Deckung gewährt** und die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass der Schuldner **zahlungsunfähig war** und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. **Eine Rechtshandlung, die dem Gläubiger eine kongruente Deckung gewährt, ist nur dann innerhalb derselben Frist anfechtbar, wenn sie der Schuldner mit der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.**





# Gravenbrucher Kreis Teil 1

## § 133 Vorsätzliche Benachteiligung

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten ~~zehn~~ **drei** Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wußte, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und daß die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

(2) unverändert

(3) **War der andere Teil im Zeitpunkt der Rechtshandlung unredlich oder war er zur Zeit der Handlung eine nahestehende Person (§ 138), verlängert sich die Anfechtungsfrist des Absatzes 1 von drei auf zehn Jahre.**



## Gravenbrucher Kreis Teil 2

### § 142 Bargeschäft

Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind **und der andere Teil im Zeitpunkt der Rechtshandlung unredlich war oder es sich bei dem anderen Teil um eine nahestehende Person (§ 138) handelte.**

### § 143 Rechtsfolgen

(1) bis (3) unverändert

**(4) Im Falle der §§ 134 und 135 InsO schuldet der Empfänger einer Geldleistung die Verzugszinsen ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dies gilt bei allen anderen Anfechtungen auch dann, wenn der Empfänger im Zeitpunkt der Rechtshandlung unredlich oder eine nahestehende Person (§ 138) war. In allen übrigen Fällen wird der Anfechtungsanspruch erst mit Verzug des Empfängers mit seiner Verpflichtung zur Rückgewähr verzinst.“**



# ZGV – Der Mittelstandsverbund

## § 133 - Vorsatzanfechtung

- Reduktion der Anfechtungsfrist auf 3 Jahre
- Einfügung eines nicht abschließenden Indizienkatalogs zur Klarstellung
- Privilegierung von Bargeschäften



## Die Familienunternehmer - ASU

### Formulierungsvorschlag

1. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO bleibt unverändert (entspricht unserem bisherigen Vorschlag).
2. Die bisherige Vermutungsregelung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO wird komplett gestrichen (entspricht unserem bisherigen Vorschlag).
3. § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO enthält folgende, komplett andere Fassung (entspricht unserem bisherigen Vorschlag):

*„Lag ein qualifiziertes Sanierungskonzept vor und ist hiernach die angefochtene Handlung nicht sanierungswidrig, wird widerlegbar vermutet, dass der Benachteiligungsvorsatz fehlte.“*

4. Darüber hinaus wird an § 133 Abs. 1 InsO folgender Satz 3 angehängt (neu/ergänzende Anregung):

*„War es vor einer Deckung entsprechend § 130 InsO, insbesondere bei fortlaufenden Deckungen im Rahmen einer dauerhaften Geschäftsverbindung, dem Anfechtungsgegner nicht zumutbar, die Leistung einzustellen oder einen Insolvenzantrag zu stellen, wird widerlegbar vermutet, dass die Kenntnis i. S. d. Satzes 1 fehlte.“*



## Eckpunktepapier des BMJV zum Anfechtungsrecht

- Nicht offiziell veröffentlicht!
- ausführliche Analyse und Kritik bei *Bork* ZIP 2014, 1905 ff.
- Streitig, ob die Reform des Anfechtungsrechts in das Verfahren über das Konzerninsolvenzrecht einbezogen werden soll
- Hauptkritikpunkte der CDU/CSU-Fraktion in der Sache
  - katalogartige Aufzählung der anfechtungsfreien Sachverhalte
  - Privilegierung von Arbeitnehmern ohne jede Obergrenze und auch bei Einblick in die finanziellen Verhältnisse
  - Privilegierung von Fiskus und Sozialkassen durch Ausschluss der Inkongruenz in diesen Fällen
- und in der Form: Begründung ohne ausformulierten Gesetzestext
- Noch kaum diskutiert: Grundsätzliche Reichweite des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO) ähnlich BGH zur „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ bei Zahlungsverboten



## Verfahrensfortgang ...

- BMJV verneint zunächst Handlungsbedarf: Prüfauftrag erledigt
- Widerspruch zu eigener Bekundung (im Eckpunktepapier), dass Reformbedarf bestehe
- Streitpunkt: Einbeziehung in das KIG-Gesetzgebungsverfahren oder separates Verfahren
  - pro: schnellere und minimalinvasive Lösung
  - contra: keine Beteiligung der Bundesländer im formalen Verfahren
  - neutral: Einbeziehung der Verbände etc. – denn erneute Anhörung wäre möglich
- CDU/CSU-Fraktion: Wir werden uns weiter um eine Umsetzung des Koalitionsvertrages bemühen!
- Kurz vor Weihnachten 2014: Einigung über die Grundzüge einer Reform in zwei parallelen Gesetzgebungsverfahren mit Vorlage eines RefE zum Anfechtungsrecht im März 2015



## Verfahrensfortgang I

- RefE zum Anfechtungsrecht am 16. März 2015 offiziell vorgelegt; Entkoppelung der beiden Reformprojekte damit denkbar
- Konsens:
  - Keine weitere Privilegierung des Fiskus im Rahmen von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen
  - Berücksichtigung der Situation von Arbeitnehmern (unklar aber, ob durch Einzelbetrachtung oder Änderung des § 142 InsO)
  - § 133 InsO: Verkürzung der Anfechtungsfrist im Rahmen des § 133 InsO auf einen Zeitraum zwischen drei und fünf Jahren; evtl. Unterscheidung zwischen kongruenter und nicht-kongruenter Deckung
  - § 133 InsO: „Entschärfung“; Ausgestaltung unklar, insbesondere ob lediglich an der Vermutungsregelung eine Änderung vorgenommen wird oder man mittels einer Liste einen sog. Safe-Harbour bildet
  - § 143 InsO: Änderung dahingehend, dass ein etwaiger Anspruch auf Rückgewähr erst mit Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter fällig wird.



## Verfahrensfortgang II

- Offen:
- Bewertung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen als kongruente Deckung
- Genaue Ausgestaltung der Arbeitnehmerprivilegierung
- Genaue Ausgestaltung der Entschärfung des § 133 InsO
- Übergangsregelung (CDU)
  
- Einzelheiten zu den Berichterstattergesprächen im Dezember 2014 in den Pressemitteilungen sowohl der SPD-Fraktion wie auch der CDU/CSU-Fraktion von Mitte Dezember 2014
- Referentenentwurf auf der Homepage des BMJV; dazu Pressemitteilung der CDU/CSU-Fraktion vom 17. März 2015





# RefE-InsO - Anfechtungsrecht

## § 131 Inkongruente Deckung

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte,

[...]

Eine Rechtshandlung ist nicht allein deshalb nach Satz 1 anfechtbar, weil der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels erwirkt hat.

(2) Für die Anwendung des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 3 steht der Kenntnis der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Benachteiligung schließen lassen. Gegenüber einer Person, die dem Schuldner zur Zeit der Handlung nahestand (§ 138), wird vermutet, daß sie die Benachteiligung der Insolvenzgläubiger kannte.



# RefE-InsO - Anfechtungsrecht

## § 133 Vorsätzliche Benachteiligung

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

Eine unangemessene Benachteiligung liegt nicht vor, wenn

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

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



# RefE-InsO - Anfechtungsrecht

## § 133 Vorsätzliche Benachteiligung

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

(3) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt bei der Vermutung nach Absatz 1 Satz 3 an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die eingetretene. Die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners kann nicht allein daraus abgeleitet werden, dass

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

(4) [...]



# RefE-InsO - Anfechtungsrecht

## § 142 Bargeschäft

Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des **§ 133 Absatz 1 bis 3** gegeben sind. **Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt.**

## § 143 InsO Rechtsfolgen

**(1) [...] Eine Geldschuld ist nur zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegen.**



## Offene Fragen und Unklarheiten zum RefE

- Bewertung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen als kongruente Deckung im Rahmen von § 131 InsO
  - nur zugunsten von Arbeitnehmern oder auch zugunsten anderer?
  - Umgehung der vorgeschlagenen Regelung durch Fiskus und Sozialversicherungsträger durch Erstreiten von Urteilen (Bundesrechnungshof)?
  - Umgehung durch Erlangung eines bloßen Vollstreckungsbescheides?
- Genaue Ausgestaltung der Arbeitnehmerprivilegierung im Rahmen von § 142 InsO
  - Klarere Verallgemeinerung für vergleichbare Sachverhalte (in Anknüpfung an BGH, Urt. v. 18.11.2014 - II ZR 231/13 Tz. 11 [zu Zahlungsverbot nach § 130a Abs. 1 HGB])
  - Definition des Begriffs „Arbeitsentgelt“?
- Genaue Ausgestaltung der Entschärfung des § 133 InsO
  - Erforderlichkeit vor dem Hintergrund der neueren BGH-Judikatur?
  - Anknüpfung des Begriff der „Unangemessenheit“ an die „Rechtshandlung“ statt an die „Gläubigerbenachteiligung“?
- Verhältnis § 135 InsO zu § 134 InsO nach neuerer BGH-Judikatur klären?
- Übergangsregelung (CDU)



## Verfahrensfortgang III

- RegE zum Anfechtungsrecht am 16. Oktober 2015 offiziell vorgelegt (BR-Drucks. 495/15), in den Bundestag eingebracht am 16. Dezember 2015 (BT-Drucks. 18/7054)
- Erste Lesung am 15. Januar 2016
- Sachverständigenanhörung am 14. Februar 2016



# RegE-InsO - Anfechtungsrecht

## § 14 Antrag eines Gläubigers

(1) Der Antrag eines Gläubigers ist zulässig, wenn der Gläubiger ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat und seine Forderung und den Eröffnungsgrund glaubhaft macht. **Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird.** ~~War in einem Zeitraum von zwei Jahren vor der Antragstellung bereits ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners gestellt worden, so wird der Antrag nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird. In diesem Fall hat der Gläubiger auch die vorherige Antragstellung glaubhaft zu machen.~~

(2) Ist der Antrag zulässig, so hat das Insolvenzgericht den Schuldner zu hören.

(3) Wird die Forderung des Gläubigers nach Antragstellung erfüllt, so hat der Schuldner die Kosten des Verfahrens zu tragen, wenn der Antrag als unbegründet abgewiesen wird.



# RegE-InsO - Anfechtungsrecht

## § 131 Inkongruente Deckung

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte,

[...]

Eine Rechtshandlung wird nicht allein dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung er wirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist.

(2) Für die Anwendung des Absatzes 1 **Satz 1 Nummer 3** steht der Kenntnis der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Benachteiligung schließen lassen. Gegenüber einer Person, die dem Schuldner zur Zeit der Handlung nahestand (§ 138), wird vermutet, daß sie die Benachteiligung der Insolvenzgläubiger kannte.





# RegE-InsO - Anfechtungsrecht

## § 133 Vorsätzliche Benachteiligung

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

(3) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach Absatz 1 Satz 2 die eingetretene. Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.

(4) [...]



# RegE-InsO - Anfechtungsrecht

## § 142 Bargeschäft

(1) Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.

(2) Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt.

## § 143 InsO Rechtsfolgen

(1) [...] Eine Geldschuld ist nur zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegen; ein darüber hinaus gehender Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen eines erlangten Geldbetrags ist ausgeschlossen.



## Offene Fragen und Unklarheiten zum RegE I

- Vorschlag zu § 14 InsO zu begrüßen (verhindert Insolvenzverschleppungen)!
- Bewertung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen als kongruente Deckung im Rahmen von § 131 InsO – über den RefE hinaus auch zugunsten von Fiskus und Sozialversicherungsträgern – verfehlt und auch nicht durch Ausweichen auf § 130 InsO zu korrigieren (Zeit- und Beweismachteile)
  - Hauptstreitpunkt mit (allen!) Finanzpolitikern – und das seit vielen Jahren
  - Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss fraktionsübergreifend kritisch
  - Bewegung durch weitere Gesetzgebungsprojekte



## Offene Fragen und Unklarheiten zum RegE II

- § 133 InsO:
  - Fristverkürzung auf vier Jahre für kongruente Deckungen richtig, aber auch ausreichend
    - weitere Verkürzung u.U. durch europäische Koordinierung
    - autonom würde sie Ausweichreaktionen vor allem ins Strafrecht fördern
  - Differenzierung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung zu unterstützen
  - Anknüpfung an tatsächlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit positiv (entspricht meinem ursprünglichen Vorschlag!)
  - Privilegierung von Zahlungserleichterungen sachgerecht und auch textuell zu verankern
    - gesetzestechnisch unschön ist Form (realitätsferner) Vermutung, anstelle bloßer Feststellung, dass aus einer Zahlungserleichterung (alleine) keine Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit abgeleitet werden kann
    - aber: fehlende sehr konkrete Vorgaben könnten von den Gerichten missachtet werden!
  - offen: Behandlung von Zahlungen, die trotz Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen eines ernsthaften Sanierungsversuchs geleistet wurden (vor allem bei Beraterverträgen)



## Offene Fragen und Unklarheiten zum RegE III

- § 142 InsO:
  - Erfassung aller *ausgezahlten* (KoaV) Löhne, auch soweit von Dritten gezahlt? (Dogmatische Grundsatzfrage des § 129 InsO bzw. des BGB!)
  - Erweiterung des Bargeschäftsprivilegs auf Brutto-Arbeitslohn (über KoaV hinaus!), um neben dem Arbeitnehmer auch den Fiskus (Lohnsteuer) und die Sozialversicherungsträger (Sozial- und Krankenversicherung) zu begünstigen („klarstellende“ Definition des Begriffs „Arbeitsentgelt“ entsprechend Forderung des Bundesrates)?
    - keine Gegenleistung (und deshalb im Falle erfolgreicher Gutschrift auch keine Stornierung der Gutschrift von Rentenpunkten)!
    - Folge: Insolvenzzlasten würden (in besonderer Weise) von Unternehmen mit (legalen) Arbeitnehmern getragen
    - dagegen jetzt ausführlich *Hirte*, ZInsO 2016, 2027 ff.
  - Obergrenze für privilegiertes Arbeitsentgelt?
  - Verortung des Begriffs „unlauter“?
  - Verallgemeinerung für vergleichbare Sachverhalte (in Anknüpfung an BGH, Urt. v. 18.11.2014 - II ZR 231/13 Tz. 11 [zu Zahlungsverbot nach § 130a Abs. 1 HGB])? (Close-Out-Netting bzw. konzerninterne Verrechnungen – aber *wie* weit?)



## Offene Fragen und Unklarheiten zum RegE IV

- § 143 InsO:
  - Richtiger Ansatz!
  - Späterer Zeitpunkt (Klageerhebung) würde zu unnötigen Prozessen führen
- Verhältnis § 135 InsO zu § 134 InsO nach neuerer BGH-Judikatur klären?
- Reform § 15a InsO (Umgestaltung in Antragsdelikt und Entfallen der Strafbarkeit bei Wiederaufnahme der Zahlungen, vor allem bei *Start-Ups*)?
- Übergangsregelung (CDU)



# RegE-Drittes Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung (I)

## § 104

### Fixgeschäfte, Finanzleistungen, vertragliches Liquidationsnetting

2. Absatz 3 wird wie folgt geändert:

- a) In Satz 1 werden die Wörter „zu einem von den Parteien vereinbarten Zeitpunkt, spätestens jedoch am fünften“ durch die Wörter „am zweiten“ ersetzt.
- b) Die Sätze 2 und 3 werden aufgehoben.



# RegE-Drittes Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung (II)

## § 104

### Fixgeschäfte, Finanzleistungen, vertragliches Liquidationsnetting

3. Die folgenden Absätze 4 und 5 werden angefügt:

- (4) „Die Vertragsparteien können abweichende Bestimmungen treffen, sofern diese mit den wesentlichen Grundgedanken der jeweiligen gesetzlichen Regelung vereinbar sind, von der abgewichen wird. Sie können insbesondere vereinbaren,
1. dass die Wirkungen nach Absatz 1 oder Absatz 2 auch vor der Verfahrenseröffnung eintreten, insbesondere bei Stellung des Antrags einer Vertragspartei auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das eigene Vermögen oder bei Vorliegen eines Eröffnungsgrundes (vertragliche Beendigung),
  2. dass einer vertraglichen Beendigung auch solche Geschäfte nach Absatz 1 oder Absatz 2 unterliegen, bei denen die Ansprüche auf die Lieferung der Ware oder die Erbringung der Finanzleistung vor der Verfahrenseröffnung, aber nach dem für die vertragliche Beendigung vorgesehenen Zeitpunkt fällig werden, [...]





# RegE-Drittes Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung (II)

## § 104

### Fixgeschäfte, Finanzleistungen, vertragliches Liquidationsnetting

[...]

3. dass die Forderung wegen Nichterfüllung

a) sich nach dem Markt- oder Börsenpreis für ein Ersatzgeschäft bestimmt, das unverzüglich, spätestens jedoch am fünften Werktag nach der vertraglichen Beendigung abgeschlossen wird,

b) sich nach dem Markt- oder Börsenpreis für ein Ersatzgeschäft bestimmt, das zu einem vereinbarten Zeitpunkt, spätestens jedoch am fünften Werktag nach der vertraglichen Beendigung hätte abgeschlossen werden können,

c) falls das Marktgeschehen den Abschluss eines Ersatzgeschäfts nach den Buchstaben a und b nicht zulässt, nach Methoden und Verfahren zu bestimmen ist, die Gewähr für eine angemessene Bewertung des beendeten Geschäfts bieten.

(5) Der andere Teil kann die Forderung wegen Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.“



## Offene Fragen und Unklarheiten zum Close-Out-Netting

- Schutz der Finanzwirtschaft vor Vertausendfachung (!) des Insolvenzrisikos ist richtig und unabdingbar
- Im Übrigen:
  - Zeitpunkt des Eingreifens – und vor allem Erstreckung (durch Vertragsgestaltung) auf Zeitpunkte vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens?
  - Erweiterung auf die „Realwirtschaft“?
  - Verbindung von „Close-Out“ (= Lösungsklausel) und „Netting“ (= Aufrechnung einschließlich vertraglicher Erweiterungen) zwingend?
    - insbesondere: Auswirkungen des Entfallens günstiger Verträge auf die Sanierungsfähigkeit von Unternehmen?
    - Verhältnis zur Rechtslage bei Lösungsklauseln?



# RegE-Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren (v. 19.10.2016)

## **1. § 13 wird wie folgt geändert:**

a) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 eingefügt:

(3) „Ist der Eröffnungsantrag unvollständig, so fordert das Insolvenzgericht den Antragsteller auf, das Fehlende innerhalb einer Frist von höchstens drei Wochen zu ergänzen. Handelt es sich um einen Eröffnungsantrag des Schuldners und ist der Schuldner eine juristische Person oder eine Gesellschaft im Sinne des § 15a Absatz 1 Satz 2, so ist ihm die gerichtliche Aufforderung zuzustellen.“

b) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4.

## **2. § 15a Absatz 4 wird wie folgt gefasst:**

(4) „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2, Absatz 2 oder Absatz 3, einen Eröffnungsantrag

1. nicht oder nicht rechtzeitig stellt oder

2. nicht vollständig stellt und das Fehlende nicht oder nicht innerhalb von drei Wochen ab Zustellung der gerichtlichen Aufforderung nach § 13 Absatz 3 Satz 1 ergänzt.“



**Prof. Dr. Heribert Hirte**  
Mitglied des Deutschen Bundestages

**Herzlichen Dank!**

Prof. Dr. Heribert Hirte, MdB  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Tel.: 030/227-77830  
Fax: 030/227-76830  
[heribert.hirte@bundestag.de](mailto:heribert.hirte@bundestag.de)

Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley)  
Fakultät für Rechtswissenschaft  
Seminar für Handels-, Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht  
Rothenbaumchaussee 33  
20148 Hamburg

Tel.: 040/42838-3020  
Fax: 040/42838-7037  
[heribert.hirte@jura.uni-hamburg.de](mailto:heribert.hirte@jura.uni-hamburg.de)