

Christian Matiebel

Anfechtung in der Verbraucherinsolvenz

Eine rechtstatsächliche Untersuchung zur Tätigkeit des Treuhänders
im Spannungsfeld der Gläubigerinteressen



Nomos

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und
Prof. Dr. Christoph Paulus, Humboldt-Universität zu Berlin

Band 62

Christian Matiebel

Anfechtung in der Verbraucherinsolvenz

Eine rechtstatsächliche Untersuchung zur Tätigkeit des Treuhänders
im Spannungsfeld der Gläubigerinteressen



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4296-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-8558-0 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort (Danksagung)

An erster Stelle gilt mein Dank meinem Doktorvater, Herrn Prof. Wolfhard Kohte, für seine stets präzise wissenschaftliche und methodische Unterstützung während der gesamten Bearbeitungszeit meiner Dissertation. Herrn Prof. Stephan Madaus danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Besonders möchte ich an dieser Stelle auch meiner Familie, Heide-Ursel Freytag und Christine Weiß, für die unermüdliche Stärkung meiner Motivation danken sowie für das immer offene Ohr zu allen Gedanken.

Hamburg, im April 2017

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	13
I. Einleitung in das Thema	13
II. Zielsetzung und Gang der Arbeit	18
B. Historische Entwicklung des Anfechtungsrechts und systematische Einordnung des Verbraucherschuldners im Gesetz	21
I. Konkursordnung	21
1. Das Anfechtungsrecht nach der Konkursordnung	22
a) Voraussetzungen der Konkursanfechtung	24
aa) Besondere Konkursanfechtung, § 30 KO	24
bb) Absichtsanfechtung, § 31 KO	25
cc) Schenkungsanfechtung, § 32 KO	26
b) Rechtsfolgen	26
2. Der Verbraucher im konkursrechtlichen Sinne	27
3. Bedeutung der Anfechtung im „echten“ Verbraucherkonkurs	37
4. Die Neuordnung des Konkursrechts	40
5. Fehlende Zweckerreichung der Konkursanfechtung	42
6. Einführung der Insolvenzordnung	44
II. Einführung des Verbraucherinsolvenzverfahrens	46
1. Abgrenzungsproblem Unternehmer und Verbraucher	48
2. Kritik	50
3. Gründe für die Trennung vom Regelinsolvenzverfahren	51
4. Kritik	52
III. Das Anfechtungsrecht nach der Insolvenzordnung	55
1. Die Grundnorm des § 129 InsO	56
a) Rechtshandlung vor Verfahrenseröffnung	57
b) Gläubigerbenachteiligung	59
c) Kausalitätserfordernis	61
2. Anfechtungsgründe	62
a) Kongruente Deckung, § 130 InsO	62

b) Inkongruente Deckung, § 131 InsO	64
aa) Zwangsvollstreckungen und Druckzahlungen	65
bb) Kontokorrentverrechnungen	67
c) Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen, § 132 InsO	67
d) Vorsatzanfechtung, § 133 InsO	68
e) Anfechtung unentgeltlicher Leistungen, § 134 InsO	69
3. Rechtsfolgen	71
4. Sicherungsmaßnahmen und die Rückschlagsperre des § 88 InsO	72
a) Zeitliche Ausdehnung im Verbraucherinsolvenzverfahren	74
b) Pauschale Rückschlagsperre als Schuldnerschutz?	77
c) Zwischenergebnis	79
C. Das Anfechtungsrecht in der Verbraucherinsolvenz	80
I. Fehlendes Anfechtungsrecht des Treuhänders	80
1. Gesetzgeberische Erwägungen	81
2. Ökonomische Aspekte der Gläubigeranfechtung	83
3. Auskunftsansprüche des anfechtungswilligen Gläubigers	87
a) Auskunftsanspruch gegen den Schuldner	87
b) Auskunftsanspruch gegen den Treuhänder in der Gläubigerversammlung	89
c) Auskunftsanspruch gegen den Treuhänder außerhalb der Gläubigerversammlung	92
4. Ergebnis und Rückschluss auf die rechtstatsächliche Untersuchung	96
II. Modifikation der Anfechtungsbefugnis durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2001	97
1. Gesetzgeberische Änderung	99
a) Aufwertung des Treuhänders	100
b) Erweiterter Aufgabenbereich?	102
2. Haftung des Treuhänders	103
D. Rechtstatsächliche Untersuchung der Anfechtung	105
I. Gegenstand der Untersuchung	105

II. Hypothesen	106
III. Verlauf der Untersuchung	108
1. Gesamtüberblick zu den Verbraucherinsolvenzverfahren	108
2. Anzahl der Verbraucherinsolvenzverfahren pro Treuhand	109
3. Anzahl der Verfahren mit Rückgewähransprüchen	109
a) Bedeutung der Anfechtung in Verfahren natürlicher Personen	110
b) Stellenwert der Anfechtung im Verbraucherinsolvenzverfahren	111
c) Stellenwert aus Gläubigersicht	112
IV. Darstellung der Daten	115
1. Verbraucherinsolvenzverfahren in der Bundesrepublik Deutschland	115
a) Gesamtzahl bis zum Jahr 2013	115
b) Anzahl der Verfahren der interviewten Treuhänder	117
aa) Kostendeckung in der Verbraucherinsolvenz	118
bb) Berufserfahrung der Treuhänder	121
cc) Gerichtspräsenz der Treuhänder	122
2. Zum Inhalt der Befragung – Kernaufgaben des Treuhanders	123
a) Kontakt zum Schuldner	124
b) Verwendung eines Fragebogens	125
c) Kontakt zum Insolvenzgericht	126
d) Anfertigung von Berichten	127
3. Anfechtungen	130
a) Bedeutung	130
aa) Regelinsolvenzverfahren bei natürlichen Personen	130
bb) Verbraucherinsolvenzverfahren	132
b) Zwischenfazit	136
4. Aufspüren von Anfechtungstatbeständen	137
a) Unterlagen des Schuldners	138
aa) Bankkontoauszüge	138
bb) Sonstige Papiere	141
b) Auskunftsgespräch mit dem Schuldner	143
aa) Besprechung eines Kanzleifragebogens	145
bb) Prüfung der Gerichtsakte	146

c) Prüfung der Forderungsanmeldungen	146
d) Sichtung der Einkommensnachweise	151
e) Keine Bearbeitung	153
f) Zwischenergebnis	154
5. Anfechtungen durch Gläubiger (Rechtslage bis 30. November 2001)	155
6. Anfechtungen durch Gläubiger (Rechtslage bis 30. Juni 2014)	161
7. Anfechtungen durch Treuhänder (Rechtslage bis 30. Juni 2014)	162
a) Kongruente Deckung, § 130 InsO	164
b) Inkongruente Deckung, § 131 InsO	168
c) Vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung, § 133 InsO	170
d) Unentgeltliche Leistung, § 134 InsO	172
e) Schenkungsanfechtung im Vergleich	173
8. Zwischenergebnis	174
9. Der Wert der Anfechtungen	175
E. Evaluation der Daten	180
I. Überblick	180
1. Allgemeine Kritik der Treuhänder	181
2. Häufigkeit der Anfechtungen	186
a) Keine Anfechtungsbefugnis des Treuhänders	188
b) Kritische Stellungnahme	190
c) Nicht vorhandenes Massepotenzial	192
d) Mangelndes Gläubigerinteresse	197
e) Sonstige Gründe	199
3. Schwierigkeiten bei der Aufdeckung von Ansprüchen	204
4. Hindernisse bei der Geltendmachung	209
a) Beauftragung durch die Gläubigerversammlung	211
b) Kein Zustandekommen der Versammlung	214
c) Motivation Gläubiger vs. Motivation Treuhänder	215
d) Sonstige Gründe	224
5. Bewertung des Verhaltens institutioneller Gläubiger	226
6. Anfechtung und Masseunzulänglichkeit	229
7. Wirtschaftliche Aspekte	235

II. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	238
1. Funktionsfähigkeit der Gläubigeranfechtung	238
2. Inhaltliche Bedeutung der Anfechtung durch Gläubiger bis 2001	240
3. Gläubigeranfechtung nach Einführung des InsOÄndG 2001	240
4. Haltung der Gläubiger zu massenanreichernden Maßnahmen	241
5. Das tatsächliche Leitbild des Treuhänders bei Anfechtungen	242
6. Mangelnde Treuhänderkommunikation gegenüber Gläubigern	244
7. Die Wirkung der Übertragungsmöglichkeit des Anfechtungsrechts	245
8. Keine faktische Bedeutungslosigkeit des Anfechtungsrechts	245
9. Der empirisch begründbar zu erwartende Effekt der Streichung der Anfechtungsbeschränkung des § 313 Abs. 2 InsO	248
10. Keine Vereinheitlichung der Anfechtung	249
F. Die Reform 2014	251
I. Änderungsdiskussionen	251
II. Die gescheiterte Reform des Verbraucherinsolvenzverfahrens von 2007	253
1. Der vorläufige Treuhänder im Entschuldungsverfahren	255
2. Kritik	257
III. Das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte	259
1. Streichung des § 313 InsO	262
2. Rückschlüsse aus der Praxis	262
3. Mögliche Konsequenzen	267
IV. Derzeitige Reformbewegungen des Anfechtungsrechts	267

V. Abschließende Vorschläge zur Verbesserung der Gläubigerbefriedigung und zu einem erhöhten Schuldnerschutz	269
1. Vorverlagerung des Insolvenzantrags	269
a) Abschaffung der außergerichtlichen Einigung	272
b) Unmittelbares Insolvenzantragsrecht und zeitliche Ausdehnung der Rückschlagsperre bei Zwangsvollstreckung	272
aa) Stärkung der Befugnisse der Schuldnerberatung	274
bb) Erhöhung der gerichtlichen Befriedigungsquote	275
cc) Reduktion der Schuldenbereinigungsversuche	276
2. Anfechtbarkeit von Zahlungen aus dem unpfändbaren Einkommen	277
3. Ausdehnung der Anfechtung in das Restschuldbefreiungsverfahren	280
4. Anfechtung im Nachhaftungszeitraum des § 4b InsO	284
G. Schlussworte und Ausblick	286
Literaturverzeichnis	287

A. Einführung

I. Einleitung in das Thema

Die Zahl der Verbraucherinsolvenzverfahren in der Bundesrepublik Deutschland ist seit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1. Januar 1999 kontinuierlich angestiegen.¹ War die Zahlungsunfähigkeit natürlicher Personen Ende der 1990er Jahre noch eine Randerscheinung, so steckt heute nahezu jeder zehnte Einwohner in ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten.² Ursächlich sind neben der häufig wiederkehrenden Erscheinung des Verlustes des Arbeitsplatzes³ nicht zu bewältigende finanzielle Belastungen infolge gestiegener Kosten für die Lebenshaltung, Gesundheits- und Altersvorsorge sowie Miete.⁴ Als Ausweg aus dieser Schieflage ist Privatpersonen mit der Durchführung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens und anschließender Wohlverhaltensperiode die Möglichkeit eröffnet, sich regelmäßig nach sechs Jahren von ihren Schulden zu befreien.⁵ Die Insolvenzordnung (InsO) definiert in § 1 S. 2 InsO als vorrangiges Ziel die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger.⁶ Wirkt der Schuldner aktiv an der Befriedigung seiner Gläubiger mit, indem er

1 Bei den eröffneten Verbraucherinsolvenzverfahren ergibt sich von 1999 bis 2013 ein Anstieg um über 5.400%, vgl. dazu Statistisches Bundesamt unter https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/data;jsessionid=54F1E029BB59B87116A6E96A3009B0A5.tomcat_GO_2_1?operation=previous&levelindex=3&levelid=1410522609373&levelid=1410522600378&step=2 (31.7.2014).

2 Das entspricht rd. 6,72 Millionen Einwohnern über 18 Jahre, mithin einer Quote von 9,92% (Stand: 1.10.2015), ausführlich dazu Schuldneratlas Deutschland 2015, Creditreform, S. 4 ff.

3 *Hergenröder/Homann*, ZVI 2013, 129 (130); *Hergenröder*, DZWIR 2001, 397 (400).

4 *Hergenröder/Kokott*, ZVI-Sonderheft 2009, 27 (29); *Veit/Reifner*, Außergerichtliches Verbraucherinsolvenzverfahren, S. 16 f.

5 Durch die am 1.7.2014 in Kraft getretene Reform der Verbraucherinsolvenz verkürzt sich bei Kostendeckung gem. § 300 Abs. 1 Nr. 3 InsO das Verfahren auf fünf Jahre, bei zusätzlicher Quote von 35% gem. § 300 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf drei Jahre, dazu *Laroche/Siebert*, NZI 2014, 541 ff.; *Vogel*, NJ 2013, 447 ff. Zu Änderungen im Verbraucherinsolvenzanfechtungsrecht Abschnitt F.III. (S. 259 ff.).

6 Zur Elementarfunktion des Insolvenzrechts *Häsemeyer*, Rn. 1.11 ff.

sein pfändbares Vermögen zur Verfügung stellt und seiner Erwerbsobligationspflicht nachkommt, steht der Weg zu einer Restschuldbefreiung offen. Zur Erreichung dieses Ziels hat der Gesetzgeber, obwohl das Haftungssubjekt – eine natürliche Person – identisch ist, erheblich differenzierte Regelungen in die Insolvenzordnung aufgenommen und zwar in erster Linie im Hinblick auf den obligatorischen vorgerichtlichen Einigungsversuch mit den Gläubigern. Diesbezüglich wird allein danach unterschieden, ob der Schuldner unternehmerisch tätig war bzw. ist oder ob er zu dem Kreis der so genannten Verbraucher zählt.⁷ Hinzu tritt, dass die Regularien der Insolvenzordnung für bis Juni 2014 beantragte Verbraucherverfahren nur eingeschränkt Anwendung finden. Die bewusst herbeigeführte Trennung widerspiegelt sich in der Durchführung des eigentlichen Liquidationsverfahrens⁸ und hat Auswirkungen auf massenanreichernde Maßnahmen, insbesondere unter dem Aspekt gläubigerbenachteiligender Handlungen, deren Rückgängigmachung dem originären Ziel der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung dient.⁹ Das wesentliche Verfahrensziel der Verwirklichung der Vermögenshaftung zur Masseanreicherung soll in der Insolvenzordnung mit einem durchgreifenden Anfechtungsrecht erreicht werden.¹⁰ Denn erst über die Anfechtung eröffnet sich in einem ansonsten häufig funktionslosen Verfahren der Weg, den Wert des haftenden Vermögens des Schuldners zu maximieren und so einen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Gläubigergesamtheit auf bestmögliche Befriedigung ihrer Forderungen einerseits und dem schuldnerischen

7 Dazu Abschnitt B.II.1. (S. 48 ff.).

8 Zu nennen ist vor allem die in zwischen dem 1.12.2001 und 30.6.2014 beantragten Verfahren fehlende Berechtigung des Treuhänders zur Verwertung von Gegenständen mit Absonderungsrechten, nach deren Modifikation durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 26.10.2001 (BGBl. I. S. 2710) der Treuhänder nach Gläubigerfristsetzung gemäß § 313 Abs. 3 S. 3 InsO selbst verwerten darf, hierzu FK-InsO/Busch, § 313 Rn. 91 ff. Daneben zählt auch der in der Praxis seltene Fall der auf Antrag des Treuhänders gerichtlichen Anordnung, auf eine Verwertung der Masse ganz oder in Teilen gegen Zahlung eines Wertausgleichs durch den Schuldner zu verzichten, § 314 Abs. 1 InsO, dazu Grub/Smid, DZWIR 1999, 2 (7); aus Gläubigersicht App, DStZ 2003, 387 f.

9 Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 129 Rn. 1; MüKoInsO/Kirchhof, Vor. §§ 129-147 Rn. 1 ff.

10 So die Begründung zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443, S. 156.

Ziel der Erlangung der Restschuldbefreiung andererseits zu schaffen.¹¹ Obgleich die Anfechtung als Folge eines einheitlichen Insolvenzrechts und insbesondere abweichend vom früheren Vergleichsrecht vor allem dadurch erleichtert worden ist, dass auf subjektive Tatbestandsmerkmale verzichtet oder zumindest deren Nachweis erleichtert wurde¹², gilt das Insolvenzanfechtungsrecht gemeinhin als schwierige Materie¹³. Das hat seine Ursachen nicht nur in der inkohärenten und einem stetigen Wandel unterfallenden Interpretation der gesetzlichen Regelungen¹⁴, sondern auch und insbesondere in der rechtstatsächlichen Anwendbarkeit.¹⁵ Zum einen steht der Insolvenzverwalter bzw. Treuhänder¹⁶ bei Eröffnung des Verfahrens häufig vor der Frage, wie Vermögensverschiebungen im Vorfeld der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens aufgedeckt und rückgängig gemacht werden können. Dabei muss berücksichtigt werden, dass nachgerade bei solchen natürlichen Personen, die mit einer geordneten Führung ihrer Unterlagen, sei es aus einer – früheren – unternehmerischen Tätigkeit heraus, sei es allein auf privater Ebene, überfordert sind und nicht selten anspruchsbegründende Tatsachen nach Aktenlage zunächst erst einmal nicht ersichtlich und nur mit erheblichem Aufwand feststellbar sind. Darüber hinaus kann der Aspekt bewusster Manipulation der eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse oder sogar das Beiseiteschaffen von Vermögenswerten eine Rolle spielen. Nicht zuletzt ist die Aufdeckung und Durchsetzung von

11 Zur Abwägung der Ziele des Insolvenzverfahrens MüKoInsO/*Ganter/Lohmann*, § 1 Rn. 97 ff.

12 BT-Drucks. 12/2443, S. 156. So wird etwa in §§ 130 Abs. 2, 131 Abs. 2 InsO der Kenntnis von Antrag, Zahlungseinstellung oder Gläubigerbenachteiligung die Kenntnis von Umständen gleichgestellt, die zwingend auf diese Tatbestandsmerkmale schließen lassen, hierzu *Smid*, Grundzüge des Insolvenzrechts, S. 146, Rn. 3 ff.

13 *Paulus*, ZInsO 2006, 295.

14 Hingewiesen sei auf den am 1.1.2008 in Kraft getretenen § 28e Abs. 1 S. 2 SGB IV, durch den Arbeitgeberzahlungen auf Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nicht mehr anfechtbar sein sollten, dazu jedoch die Anfechtung bejahend BGH, ZIP 2009, 2301; 2008, 747 (vor Inkrafttreten).

15 Der BGH stellte sich früh auf den Standpunkt, dass der Zweck der Insolvenzanfechtung eine Betrachtung zugrunde liegender Umstände mehr unter wirtschaftlichen als formalrechtlichen Gesichtspunkten erfordere, BGH, WM 1978, 88; WM 1955, 407 (409); a. A. *Jaeger/Henckel*, KO, § 29 Rn. 2.

16 Mit dem am 1.7.2014 in Kraft getretenen Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte ist der Treuhänder durch Streichung des § 313 InsO weggefallen und wurde gemäß § 56 InsO durch den Insolvenzverwalter ersetzt, BGBl. I 2013 S. 2379 (2383).

Anfechtungsansprüchen vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht häufig von Unwägbarkeiten geprägt.¹⁷

Die Anfechtung in der Insolvenz ist von zentraler Bedeutung für die Verfahrensgerechtigkeit und um dem in der Krise regelmäßig begonnenen Wettlauf der Gläubiger zur Erlangung einer Befriedigung ihrer Forderungen, zum einen durch das Handeln des Schuldners, zum anderen durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, Einhalt zu gebieten. Vor allem letzteres ist von Bedeutung, da in Unternehmensinsolvenzverfahren regelmäßig öffentliche Gläubiger – Sozialversicherungsträger und Finanzämter – beteiligt sind, die sich schon dadurch einen (zeitlichen) Vorteil bei der Realisierung ihrer Ansprüche verschaffen, dass sie ihre Forderungen selbst titulieren können.¹⁸ Dies führt im Unterschied zu dem gewöhnlichen Lieferantengläubiger, der seine Forderung erst auf dem langwierigen Zivilrechtsweg und damit in einem über Monate, teils Jahre andauernden Rechtsstreit vollstreckbar machen kann, dazu, dass Sozialversicherungsträger und Finanzämter sehr schnell auf das Ausbleiben von fälligen Zahlungen reagieren und somit durch ihre Vollstreckungsorgane Zugriff auf das Schuldnervermögen nehmen können. Diese in den letzten drei Monaten vor oder nach Stellung des Insolvenzantrags erlangten Zahlungen sind anfechtbar und führen auch in den Fällen, in denen sonstiges Vermögen in dem schuldnerischen Unternehmen nicht bzw. nicht mehr vorhanden ist, zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Denn gerade Zahlungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt wurden, sind vom Insolvenzverwalter unter erleichterten Voraussetzungen rückgängig zu machen und ermöglichen nicht zuletzt aufgrund der gegebenen Bonität des Anfechtungsgegners in diesen Fällen eine weitgehend sichere Prognose, dass die Masse angereichert werden kann.

Im Verbraucherinsolvenzverfahren sind die Vorzeichen für Anfechtungsmaßnahmen vorgeblich anders. An den typischen öffentlichen Vollstreckungsgläubigern fehlt es, da Privatpersonen keine Gläubigerstruktur haben, die mit der eines Unternehmens vergleichbar ist. Verbraucher-

17 Dazu *Kirstein*, ZInsO 2014, 1522 ff.; *ders.*, ZInsO 2008, 830 ff.; *Zenker*, NJW 2008, 1038 ff.

18 Finanzämter können über §§ 249 AO ff. ihre eigenen erlassenen Bescheide (Verwaltungsakte) vollstrecken. Für die Vollstreckung von Sozialversicherungsträgerforderungen finden sich die Rechtsgrundlagen in dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz, BGBl. I 1953, S. 157, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.11.2014, BGBl. I S. 1770, und § 66 SGB X.

schuldner beschäftigen keine Arbeitnehmer, sind demgemäß nicht lohnsteuerpflichtig für Dritte und leisten somit keine Beitragsabgaben auf sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse. Insoweit ist bereits zu fragen, ob masseerhöhende Maßnahmen, die durch die Realisierung von Rückgewähransprüchen nach Maßgabe der §§ 129 ff. InsO jedenfalls unter dem Aspekt von vorangegangenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zustande kommen, im Verbraucherinsolvenzverfahren eine Rolle spielen. Weiterhin muss differenziert werden, dass Art und Umfang des Zahlungsverkehrs eines Verbraucherschuldners sich durchgreifend von den Zahlungsströmen eines kaufmännisch tätigen Schuldners oder eines am Geschäftsverkehr teilnehmenden Unternehmens unterscheiden. Ein auch nur einigermaßen funktionierender Betrieb, beispielsweise ein Handels- oder Produktionsunternehmen, generiert permanent Forderungen durch Verkäufe auf der einen Seite und Verbindlichkeiten durch den Bezug von Waren und Dienstleistungen neben den Verpflichtungen aus Dauerschuldverhältnissen wie Miete, Löhne und Steuern auf der anderen Seite. Diese Geschäftsvorfälle ziehen Ein- und Auszahlungen nach sich. Kann das Unternehmen fälligen Verpflichtungen insgesamt und gleichmäßig nicht mehr nachkommen, reichen also die finanziellen Mittel zur Befriedigung fälliger und überfälliger Forderungen nicht aus¹⁹, wird zur Abwendung eines drohenden Gläubigerinsolvenzantrags oder zur Abwendung bzw. Verschleierung der faktisch bereits eingetretenen Insolvenz häufig zu einem nicht marktkonformen Verhalten gegriffen. Ausfluss dieses Verhaltens sind Teilzahlungen auf überfällige Forderungen, Ratenvereinbarungen und Forderungsbefriedigungen der Gläubiger, die den größten Druck ausüben.²⁰ An der Vielschichtigkeit von Geschäftsvorfällen sowie den korrespondierenden Ein- und Auszahlungen fehlt es bei einem Privatschuldner regelmäßig, so dass des Weiteren zu fragen ist, ob das Verbraucherinsolvenzverfahren überhaupt genug Potenzial für Anfechtungsmaßnahmen liefert.

19 Zu den Tatbestandsmerkmalen der Zahlungsunfähigkeit als allgemeiner Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausführlich Leonhardt/Smid/Zeuner/Smid/Leonhardt, InsO, § 17 Rn. 3 ff.

20 Zur Anfechtbarkeit von Druckzahlungen an Krankenkassen Kollbach, ZInsO 2015, 1422 ff.; Thole, DZWIR 2006, 191 f.

II. Zielsetzung und Gang der Arbeit

Ziel der Untersuchung ist es, vor dem Hintergrund der aufgeworfenen Fragestellungen der Bedeutung der Anfechtung im Verbraucherinsolvenzverfahren nachzugehen. Zu der Thematik liegen nach meinen umfangreichen Recherchen bislang keine verifizierbaren Erkenntnisse und insbesondere kein statistisches Zahlenmaterial vor. Die unmittelbar hierzu vorhandene spärliche Literatur wurde umfassend verarbeitet. Hauptaspekt der Arbeit ist deshalb die empirisch-rechtstatsächliche Untersuchung der Fragestellung, indem die von aktiv tätigen Treuhändern in Interviews und statistischen Befragungen gemachten Ausführungen zugrunde gelegt werden. Soweit möglich, wurden die Treuhänder persönlich befragt, die Aussagen analysiert und sodann bewertet. Im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung steht somit die rechtstatsächliche Anwendung des Anfechtungsrechts im Verbraucherinsolvenzverfahren.

Die Untersuchung folgt somit nicht nur dem Erkenntnisinteresse hinsichtlich des Umfangs und der Intensität von Anfechtungsmaßnahmen unter Geltung der Regelung des § 313 Abs. 2 InsO, sondern sie ist zugleich ein Gradmesser für die durch die Reform 2014 weggefallene Anfechtungsbeschränkung, namentlich der ersatzlosen Streichung der §§ 312 bis 314 InsO durch das am 1. Juli 2014 in Kraft getretene Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte.²¹

Der Aufbau der Arbeit gliedert sich in sechs Abschnitte. An die Einleitung und die Skizzierung des Untersuchungsverlaufs wird in Abschnitt B zunächst ausgehend von einer kurzen historischen Betrachtung des Konkurses und einer damit verbundenen Frage der Definition des Verbrauchers beleuchtet, welche Erwägungen für die Neuordnung des Anfechtungsrechts verantwortlich zeichneten. Es werden sodann die Anfechtungstatbestände der §§ 130 bis 134 InsO dargestellt, um damit die theoretische Funktionalität der gesetzlichen Regularien herauszuarbeiten.

Nach diesem einleitenden Teil wird ein kurzer Abriss über die Entstehungsgeschichte der Insolvenzordnung im Lichte der anfechtungsrechtlichen Regelungen gegeben. Dabei wird im Besonderen auf den Umstand eingegangen, dass mit der Einführung der Insolvenzordnung zugleich eine

21 Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte, BGBl. I 2013 S. 2379 (2383), dazu ausführlich Abschnitt F.III. (S. 259 ff.).

systematische Stellung des Verbrauchers geschaffen wurde und weiter noch, die Anfechtung im Verbraucherinsolvenzverfahren einem eigenen Regulativ unterworfen worden ist. Skizziert wird die gesetzgeberische Ausgestaltung des Anfechtungsrechts seit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1. Januar 1999 bis zum Wegfall der Regelung des § 313 InsO mit Wirkung ab dem 1. Juli 2014.

Daran anschließend wird Abschnitt D. der Arbeit ausführlich der empirischen Untersuchung der Anfechtung im Verbraucherinsolvenzverfahren gewidmet. Hierbei stützen sich die Ergebnisse auf eine qualifizierte Befragung von teilweise langjährig tätigen und bestellten Insolvenzverwaltern bzw. Treuhändern. Die Arbeitsergebnisse werden systematisch anhand der einzelnen Anfechtungstatbestände der §§ 130 bis 134 InsO dargestellt. Zielstellung war es, die Haltung und Vorgehensweise der Treuhänder bzw. tätigen Insolvenzverwalter zu anfechtungsrechtlichen Fragestellungen dezidiert zu untersuchen, um daraus einen induktiven Ansatz zur Verifizierung oder Falsifizierung der aufgestellten Hypothesen abzuleiten.²²

Abschnitt E. evaluiert die mit der Empirie herausgearbeiteten Ergebnisse umfassend. Dabei werden ausgehend von der allgemeinen Kritik der Treuhänder die immer wiederkehrenden Kernaspekte in der Bearbeitung von Verbraucherinsolvenzverfahren im Hinblick auf Anfechtungssachverhalte kommentiert. Mittelbar stellt die Auswertung damit die jüngst eingetretene und vorerst letzte Reformstufe durch die Streichung des § 313 InsO kritisch auf den Prüfstand. In der Auswertung der Stellungnahmen und Anmerkungen der Treuhänder liegt zugleich Potential für die in Abschnitt F. skizzierten Vorschläge zu weiteren Reformansätzen.

In sechsten Teil der Arbeit – Abschnitt F. – werden schließlich die durch den Gesetzgeber initiierten Reformbemühungen des Verbraucherinsolvenzverfahrens aufgegriffen und dabei schlankweg gefasst der gescheiterte Gesetzgebungsentwurf 2007 sowie die aktuelle Reform 2014 beleuchtet. Durch die Einflechtung eigener Ergänzungs- bzw. Erweiterungsvorschläge im Blickwinkel der seit dem 1. Juli 2014 umgesetzten neuerlichen Reform wird der Versuch unternommen, die Bedeutung, die der Anfechtung im Rahmen der Verbraucherentschuldung zukünftig zukommen könnte, prognostisch hervorzuheben.

22 Die Arbeit folgt der rechtssoziologisch strikten Empirie, deren Erkenntnisinteresse die faktische Fragestellung nach dem Recht ist, dazu *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts, S. 1 ff.

A. Einführung

Die gewonnenen Erkenntnisse ermöglichen es darüber hinaus, die möglichen Auswirkungen unter Heranziehung der Empirie zu bewerten und Vorschläge zu unterbreiten, die als Skizze für die Fortentwicklung eines effektiven Anfechtungsrechts in der Insolvenz von Privatpersonen dienen können. Alle von mir dort gemachten Vorschläge unter Einbezug der jüngsten Reform stellen zugleich einen Beitrag zu der weiteren Diskussion um ein handhabbares Vorgehen bei zukünftigen gesetzgeberischen Überlegungen dar.

B. Historische Entwicklung des Anfechtungsrechts und systematische Einordnung des Verbraucherschuldners im Gesetz

I. Konkursordnung

Die Konkursordnung (KO) von 1877²³ zielte auf Gesamtvollstreckung durch Liquidation des Gemeinschuldnervermögens²⁴ ab. Für den betroffenen Personenkreis war diese Form der Abwicklung praktisch gleichzusetzen mit dem Ende der geordneten Teilnahme am Wirtschaftsleben. Eine Ausnahme davon war lediglich in den §§ 173 ff. KO durch den Zwangsvergleich gegeben.²⁵ Kam ein solcher nicht zu Stande, so haftete der Gemeinschuldner, sofern es sich nicht um eine im Konkursverfahren liquidierte juristische Person oder Gesamthandelsgesellschaft handelte, den Gläubigern auch nach Beendigung des Verfahrens hinsichtlich der nicht

23 Die Konkursordnung als Bestandteil der am 1. Oktober 1879 in Kraft getretenen Reichsjustizgesetze war historisch geprägt durch die Preußische KO von 1855, den Code de Commerce von 1807/1838 (3. Buch: des faillites et banqueroutes) und die Bayerische Prozessordnung von 1869 (5. Buch: Gant). Ihre Grundlage bildete der von *Förster* und *Hagens* verfasste und 1873 veröffentlichte Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung, der mit einigen Modifikationen am 21. Dezember 1876 vom Reichstag angenommen wurde, hierzu *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, Einl. I.

24 Der in der Konkursordnung verwendete Begriff „Gemeinschuldner“ wurde abgeleitet aus dem 1873 entstandenen Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung, der in Abkehr früherer lateinischer oder romanischer Wortprägungen diese neue Definition hervorbrachte, *Henckel*, Sprache im Insolvenzrecht, in: FS für Bernhard Großfeld, S. 343 (346). Demgegenüber steht der „Schuldner“ im Insolvenzverfahren. Der insoweit entzerrte Begriff nimmt der Bezeichnung in gewisser Weise eine Brandmarkung, denn der Wortanteil „gemein“ assoziiert Negativpotenzial.

25 Ausführlich *Uhlenbruck/Delhaes*, Konkurs- und Vergleichsverfahren, Kap. 11 Rn. 955 ff. Als gesetzlich vorgesehenes Schuldenbereinigungsverfahren sah der Zwangsvergleich keine Mindestquote vor, jedoch war ein solcher gemäß § 187 KO zu verwerfen, wenn die Quote 20% unterschritt und das Verhalten des Gemeinschuldners als unredlich, etwa aufgrund der Verzögerung der Konkurseröffnung, anzusehen war.

beglichenen Forderungen.²⁶ Die Konkursordnung war mangels Restschuldbefreiung insoweit unnachgiebig. Sie führte unweigerlich zu einem modernen Schuldturm.²⁷ Aus rechtskräftigen Urteilen oder Vollstreckungstiteln konnte bis zum Eintritt der Verjährung weiter die Zwangsvollstreckung betrieben werden. Die Verjährungsfrist für festgestellte Forderungen betrug gemäß § 218 Abs. 1 BGB a. F. i.V.m. § 145 Abs. 2 KO regelmäßig 30 Jahre, wobei jede Vollstreckungshandlung die Verjährung nach § 209 Abs. 2 Nr. 5 BGB a. F. unterbrach. Das unbeschränkte Nachforderungsrecht ganz oder zum Teil unbefriedigt gebliebener Gläubiger machte es natürlichen Personen nach Aufhebung eines Konkursverfahrens daher praktisch unmöglich, sich eine neue Existenz aufzubauen.²⁸

1. Das Anfechtungsrecht nach der Konkursordnung

Das Anfechtungsrecht der Konkursordnung hatte den Zweck, sachlich unvertretbare Vermögensverschiebungen, durch die die Konkursmasse verkürzt worden war, die aber zeitlich vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen wurden, rückgängig zu machen.²⁹ Die Regelungen der §§ 29 bis 42 KO, von *Uhlenbruck* als „eigentümliches Rechtsinstitut“³⁰ bezeichnet, mit dem Ziel des Masseerhalts, entfalteten insofern eine Vorwirkung, weil die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger nicht erst ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens sichergestellt werden sollte.³¹ Wurde das Anfechtungsrecht innerhalb der maßgeblichen Jahres-

26 Die Nachhaftung des § 164 KO galt gegenüber Gläubigern unabhängig davon, ob sie am Konkursverfahren teilnahmen oder nicht. Den Gläubigern stand nach Verfahrensaufhebung wiederum der Weg offen, ihre Forderungen durch Einzelwangsvollstreckungsmaßnahmen geltend zu machen.

27 Siehe dazu auch unten Abschnitt B.I.3. (S. 37 ff.). Vgl. hierzu auch die kritischen Anmerkungen von *Uhlenbruck*, FLF 1989, 11 ff.

28 Kritisch hierzu *Heilmann* KTS 1975, 19 ff., der als einer der ersten dafür eintrat, dem unternehmerischen Schuldner regulatorisch einen finanziellen Neustart zu gewähren.

29 BGH, NJW 1972, 2084; *Jaeger/Henckel*, KO, § 29 Rn. 1; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 29 Anm. 1; *Uhlenbruck/Delhaes*, Konkurs- und Vergleichsverfahren, Kap. 6 Rn. 677.

30 *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 29 Rn. 1.

31 Im eröffneten Konkursverfahren leisteten die nach den §§ 6 ff. KO geltenden Verfügungsbeschränkungen hingegen Gewähr dafür, dass während der Dauer des Verfahrens keine die Konkursgläubiger benachteiligenden Masseverkürzungen durch

frist³² erfolgreich ausgeübt, hatte der Anfechtungsgegner den so entstandenen Rückgewähranspruch zu erfüllen. Der durch die Anfechtung entstandene zivilrechtliche Rückgewähranspruch³³ war gleichwohl lediglich ein obligatorischer Verschaffungsanspruch³⁴, der bei – erfolgreicher – Anfechtung keine unmittelbare Auswirkung auf die dingliche Rechtslage hatte. Das dem Vermögen des Gemeinschuldners Entzogene musste freilich zurückgegeben³⁵ oder Wertersatz in Geld geleistet werden.³⁶

Die Konkursordnung kannte vier wesentliche Tatbestände in den §§ 30 bis 32 KO, namentlich die Konkursanfechtung (§ 30 KO), die Absichtsanfechtung (§ 31 KO), die Anfechtung von Schenkungen (§ 32 KO) und die erst viel später eingeführte Anfechtung kapitalersetzender Darlehen (§ 32a KO).³⁷

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die parallel auf dem Gebiet der ehemaligen DDR seit dem 1. Juli 1990 geltende Gesamtvollstreckungsordnung die Anfechtung in einer Art Generalnorm des § 10 GesO regelte. Darin wurden die Befugnisse des Verwalters zusammengefasst. Nach dem Sinn und Zweck entsprach diese in ihrer Bestimmung den Regelungen der §§ 29 ff. KO.³⁸ Reduziert wurden dahingehend die Anfechtungstatbestände auf die Absichtsanfechtung in § 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GesO sowie auf die Schenkungsanfechtung in § 10 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Die Frist für Schenkungsanfechtungen bezüglich Verfügungen zugunsten nahestehender Personen ist gegenüber den übrigen Regelungen

Handlungen des Gemeinschuldners oder anderer Gläubiger eintraten, dazu RGZ 59, 57.

32 § 41 KO.

33 Dieser entstand mit der Eröffnung des Konkursverfahrens aufgrund der gesetzlichen Tatbestände als Inhalt eines gesetzlichen Schuldverhältnisses, vgl. RGZ 58, 47.

34 Im Gegensatz zur bürgerlich-rechtlichen Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB stellte sich die konkursrechtliche Anfechtung, die sich nach § 37 KO richtete, als die Geltendmachung eines obligatorischen Rückgewähranspruchs dar, hierzu *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 29 Anm. 3.

35 RGZ 16, 23.

36 RGZ 106, 163 (166).

37 Die Regelung des § 32a KO wurde mit Wirkung zum 1.1.1981 eingeführt durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften v. 4.7.1980 (BGBl. I S. 836). § 32a KO spielte regelmäßig nur bei juristischen Personen eine Rolle und soll hier daher nicht betrachtet werden.

38 *Kilger/Karsten Schmidt*, GesO, § 10 Anm. 1.

von einem Jahr auf zwei Jahre erweitert worden. § 10 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 GesO.

a) Voraussetzungen der Konkursanfechtung

Um eine Anfechtung durch den Konkursverwalter durchführen zu können, mussten drei Voraussetzungen erfüllt sein. Erste Voraussetzung war, dass eine Rechtshandlung³⁹, die zu einer Verkürzung der Masse geführt hatte, zu einem Zeitpunkt vorgenommen worden war als der materielle Konkursgrund bereits vorlag (§ 30 KO) oder dass sie als solche im Verhältnis zu den Konkursgläubigern rechtlich missbilligt wurde (§§ 31, 32 KO). Weitere Voraussetzung war, dass die Gesamtgläubigergemeinschaft aufgrund einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners objektiv benachteiligt war.⁴⁰ Diese objektive Benachteiligung hatte der Konkursverwalter schließlich darzulegen und zu beweisen.⁴¹

aa) Besondere Konkursanfechtung, § 30 KO

Die besondere Konkursanfechtung⁴² war in drei Tatbestände untergliedert. Nach dieser Bestimmung waren anfechtbar zunächst die vom Gemeinschuldner nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag vorgenommenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Gläubiger benachteiligt wurden, wenn dem anderen Teil bei Eingehung des Geschäfts die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war (§ 30 Nr. 1 Hs. 1 KO).⁴³ Anfechtbar waren des Weiteren nach § 30 Nr. 1 Hs. 2 KO vorgenommene Rechtshandlungen des Gemeinschuldners oder eines Dritten als kongruente Deckung, die einem Gläubiger Sicherung oder Be-

39 Als Rechtshandlung ist jedes Handeln - etwa Willenserklärungen, Verfügungen oder rechtsgeschäftsähnliche Handlungen - zu verstehen, dass eine rechtliche Wirkung auslöst, BGH, WM 1975, 1182 (1184).

40 BGH, ZIP 1981, 1230 (1232); NJW 1980, 1580 u. 1964; RGZ 60, 107 (109).

41 Hierzu RGZ 39, 89 (93).

42 Ihre Bezeichnung ist auf den Umstand zurückzuführen, dass sie tatsächlich nur im Konkursverfahren anwendbar war, *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 30 Anm. 1; *Uhlenbruck/Delhaes*, Konkurs- und Vergleichsverfahren, Kap. 6 Rn. 681 ff.

43 Die Beweislast für die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts lag bei dem Konkursverwalter, dazu *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 30 Anm. 11.

friedigung ermöglicht hatten, wenn dem Gläubiger zum Zeitpunkt der Rechtshandlung die Zahlungseinstellung oder der Konkursantrag bekannt war.⁴⁴ Schließlich waren Rechtshandlungen nach § 30 Nr. 2 KO unter den vorgenannten Voraussetzungen als inkongruente Deckung anfechtbar, wenn der Gläubiger die Befriedigung oder Sicherung nicht oder nicht in der Art zu beanspruchen hatte⁴⁵ und ihm die Absicht des Gemeinschuldners vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen⁴⁶, bekannt war.

bb) Absichtsanfechtung, § 31 KO

Die Absichtsanfechtung kannte zwei Fälle. Nach § 31 Nr. 1 KO waren Rechtshandlungen (nicht nur Rechtsgeschäfte) des Gemeinschuldners (nicht aber Dritter) anfechtbar, die in einer dem Geschäftspartner bekannten Absicht die Gläubiger des Gemeinschuldners zu benachteiligen⁴⁷, vorgenommen worden sind. Grundsätzlich war eine unmittelbare Handlung des Gemeinschuldners notwendig, es konnte aber auch seine bloße Mitwirkung bei der durch einen Gläubiger initiierten Zwangsvollstreckungsmaßnahme ausreichen.⁴⁸ Der zweite Fall nach § 31 Nr. 2 KO betraf entgeltlich abgeschlossene Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten⁴⁹ oder anderen nahestehenden Personen. Entscheidend hierbei war, dass der Anfechtungsgegner den Beweis zu erbringen hatte, dass ihm die Benachteiligungsabsicht nicht bekannt war.

44 Bei der kongruenten Deckung war es unbeachtlich, ob der Gläubiger einen Anspruch auf Sicherung oder Befriedigung hatte, dazu *Uhlenbruck/Delhaes*, Konkurs- und Vergleichsverfahren, Kap. 6 Rn. 682.

45 *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 30 Anm. 19 f.

46 *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 30 Anm. 21.

47 Die Benachteiligungsabsicht als Erfolg der Rechtshandlung unterschied sich insoweit von der Begünstigungsabsicht des § 30 Nr. 2 KO, dazu ausführlich *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 31 Anm. 4.

48 BGH, WM 1959, 891.

49 Der Regelungsbereich war hier sogar auf den Zeitpunkt vor der Eheschließung ausgedehnt, zum Personenkreis *Uhlenbruck/Delhaes*, Konkurs- und Vergleichsverfahren, Kap. 6, Rn. 685; zu den zeitlichen Aspekten *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 31 Anm. 11 f.

cc) Schenkungsanfechtung, § 32 KO

Mit der Schenkungsanfechtung sollten sämtliche in dem letzten Jahr vor der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen rückgängig gemacht werden, § 32 Nr. 1 KO.⁵⁰ Ausgenommen davon waren lediglich so genannte gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke.⁵¹ Unentgeltlich war eine Verfügung dann zu charakterisieren, wenn der Empfänger keinen Ausgleich auf die Zuwendung vornahm, also das Vermögen des Gemeinschuldners per Saldo geschmälert wurde.⁵² Die Beweislast für die Anfechtbarkeit der Verfügung traf den Konkursverwalter und zwar auch bei Zuwendungen an Ehegatten nach § 32 Nr. 2 KO mit der Erweiterung, dass diese Anfechtungen auf zwei Jahre vor Eröffnung des Konkursverfahrens verlängert waren.⁵³

b) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolge der Konkursanfechtung bestand darin, dass die betroffene Rechtshandlung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam war und derjenige, der aus dem Vermögen des Gemeinschuldners etwas in anfechtbarer Weise erlangt hatte, dem Konkursverwalter dies zurückgewähren musste.⁵⁴ Darin lag neben der Rückübereignung beispielsweise die Rück-

50 Verfügungen konnten in diesem Sinne einerseits Rechtsgeschäfte, z. B. Schenkungsvertrag, andererseits Rechtshandlungen, also etwa die nachträgliche Einräumung einer Bezugsberechtigung in einem Lebensversicherungsvertrag sein, dazu *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 32 Anm. 9.

51 Als gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke waren unentgeltliche Zuwendungen zu verstehen, die den wirtschaftlichen Verhältnissen des Zuwendenden sowie der Verkehrssitte entsprachen und zu feierlichen Anlässen, wie etwa Geburtstagen, oder zu wohlthätigen bzw. gemeinnützigen Zwecken erfolgten, hierzu vertiefend *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 32 Rn. 20; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 32 Anm. 4; kritisch *Gerhardt*, ZIP 1985, 582 (588).

52 Dazu ausführlich *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 32 Anm. 2.

53 Strittig war stets, wie so genannte ehebedingte Zuwendungen klassifiziert werden mussten, denn der Schenkungscharakter war in diesen Fällen nicht ohne weiteres zu bejahen etwa dann, wenn unter Eheleuten anlässlich der silbernen Hochzeit ein Ring von nicht minderem Wert zugewendet wurde, so *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 32 Anm. 2.

54 Bemerkenswert war, dass die Anfechtung, als solche die Prozesshandlung des Konkursverwalters, bereits ab einem Gegenstandswert von 300,00 DM der Zu-

auffassung bei einem Grundstück oder die Rückabtretung einer zedierten Forderung. Es galt insoweit anderenfalls der zu leistende Wertersatz in Geld, wenn die Sache nicht mehr vorhanden war.

2. Der Verbraucher im konkursrechtlichen Sinne

Zur Definition des Begriffs des Verbrauchers existiert offenkundig keine eindeutige Definition. *Hörmann*⁵⁵ wies bereits vor annähernd 30 Jahren, also zu einem Zeitpunkt als die modernen Erscheinungsformen des Konsums im Wesentlichen noch in ihren Anfängen steckten, darauf hin, dass eine kaum zu überbietende Vielfalt an Literatur aus den unterschiedlichsten Bereichen der Ökonomie⁵⁶, Soziologie⁵⁷ und der im Folgenden maßgeblich zu untersuchenden Rechtswissenschaft zugestanden werden muss. Die Dreiteilung implizierte nach *Hörmann*⁵⁸, dass abhängig von der Disziplin, dem wissenschaftlichen und politischen Standpunkt die begrifflichen Bestimmungen differenziert ausfallen. Grundlegend lässt sich sagen, dass der Begriff Verbraucher als natürliche Person zumeist im Zusammenhang mit besonders schutzbedürftigem Handeln assoziiert wird, was nicht zuletzt durch eine Vielzahl entsprechender gesetzlicher Vorschriften Ausdruck auf nationaler Ebene fand bzw. findet.⁵⁹ Im Zuge einer frühen euro-

stimmung des Gläubigerausschusses (sofern dieser gebildet war) bedurfte, *Uhlenbruck/Delhaes*, Konkurs- und Vergleichsverfahren, Kap. 6 Rn. 680.

55 *Hörmann*, Verbraucher und Schulden, S. 16.

56 Das Leitbild des Verbrauchers in der Ökonomie geht weit bis in das 18. Jahrhundert auf *Adam Smith* zurück. Es besagt, dass der Konsument zu einer optimalen Befriedigung seiner Bedürfnisse durch sein Nachfrageverhalten nach Gütern die Produktion steuert. Die dadurch geprägte Konsumentensouveränität beinhaltet, dass die Verbraucher ihr Einkommen auf Märkte, Produkte und Unternehmen verteilen, wobei dieser Prozess von individuellen Wettbewerbsbedingungen abhängt, dazu *Krol*, in: May, Handbuch zur ökonomischen Bildung, S. 81 (83).

57 Der soziologische Ansatz des Verbrauchers wird anders gefasst. Er stützt sich im Wesentlichen auf die Anpassung von Individuen an bestimmte Rollen, etwa den Sparer, den Darlehensnehmer oder den Steuerzahler, dazu *Pleiß*, in: May, Handbuch zur ökonomischen Bildung, S. 101 (108).

58 *Hörmann*, Verbraucher und Schulden, S. 17.

59 Mit der Schuldrechtsreform durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) hat das BGB eine Zusammenfassung mehrerer Verbraucherschutzgesetze erfahren. So sind dies das AGB-Gesetz (§§ 305 bis 310), das Fernabsatzgesetz (§ 312b bis 312d, §§ 355 bis 357), das Ver-

parechtlich harmonisierenden Auslegung lässt sich generell der Verbraucher als eine Person definieren, die rein private und konsumorientierte Zwecke verfolgt.⁶⁰ Eine Begriffsdefinition findet allerdings ihre Grenzen dort, wo das Verhalten über private und konsumorientierte Zwecke hinaus geht, also gewerblichen Charakter erhält.

Das Konkursverfahren, dessen Ansatz de facto ausschließlich in der Vermögensliquidation bestand⁶¹, war nicht auf juristische Personen beschränkt. Konkursfähig waren ebenso natürliche Personen, wobei keine Differenzierung nach Verbrauchern und sonstigen natürlichen Personen vorgenommen wurde. Ein Konkursverfahren konnte somit jeder Mensch durchlaufen und zwar ungeachtet dessen, ob er geschäftlich tätig war oder nicht.⁶² Das Konkursverfahren und damit die Vermögensliquidation sowie die Verhaftung des Schuldners fanden ihre Ausgestaltung in einem uniformen Verfahren. Im Gegensatz zum heutigen Insolvenzverfahren natürlicher Personen mit sich anschließender Restschuldbefreiung, das Gegenstand nahezu unüberschaubarer juristischer Literatur und Rechtsprechung ist, fand der Konkurs einer natürlichen Person, soweit ersichtlich, kaum Berücksichtigung. *Karsten Schmidt*⁶³ kommentierte den Konkurs des Einzelkaufmanns wie folgt: „Der Konkurs des Einzelunternehmers ist es zugleich, der die häufig als unbefriedigend empfundene Problematik der bleibenden Schuldenverstrickung des Gemeinschuldners mit sich bringt, weil die Durchführung des Konkursverfahrens die Existenz des Schuldners nicht berühren kann und die Existenz seiner Verbindlichkeiten nicht berührt. Unternehmenszusammenbruch und Zusammenbruch des Privat-

braucherkreditgesetz (§§ 358, 359, 488 bis 506, 607 bis 610), das Haustürwiderrufgesetz (§§ 312, 312a) und die E-Commerce-Richtlinie (§ 312e).

60 Artikel 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

61 Eine Ausnahme hiervon bildete der Zwangsvergleich. Dieser sah nach §§ 173 ff. KO vor, dass 20% der Forderungen nicht bevorrechtigter Gläubiger befriedigt werden mussten. Ferner konnte eine Schuldbefreiung durch einen ordentlichen Vergleich erfolgen. Die Vergleichsordnung sah eine noch höhere Quote vor. Gemäß § 7 VerglO konnte sich der Schuldner seiner Verbindlichkeiten entledigen, wenn mindestens 35% der Forderungen bedient wurden.

62 Hierin lag auch keine Differenzierung nach Art und Umfang der Verbindlichkeiten, das heißt woraus die Schulden resultieren und wem gegenüber diese bestanden.

63 *Karsten Schmidt*, Unternehmenskonkurs-Unternehmensträgerkonkurs-Gesellschafterkonkurs, in: FS Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 247 (266).

vermögens gehen hier in einer Weise Hand in Hand, die bei Gesellschaftskonkursen erst durch Gesellschafterhaftung und persönliche Sicherheiten herbeigeführt wird.“ Etwas differenzierender formulierte *Aden*⁶⁴: „Auch eine Privatperson, z. B. ein Zahnarzt oder Apotheker, die ja beide keine Kaufleute im Sinne des Gesetzes sind, kann ebenso wie etwa ein Studienrat oder Verwaltungsangestellter Konkurs machen. Bei einer natürlichen Person kann natürlich der Konkurs nicht bedeuten, dass diese am Rechts- und Wirtschaftsleben überhaupt nicht mehr teilnehmen darf. Die Privatperson, über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet wurde, muss auch weiterhin in der Lage sein, Verträge zu schließen, etwa eine Wohnung zu mieten oder sich Kleider zu kaufen. Heute sagen wir „natürlich“. Antike Rechtsordnungen gingen den Weg des Ausschlusses aus dem Rechtsleben gnadenlos zu Ende. Derjenige, der seine Schulden nicht bezahlen konnte, wurde selbst zugunsten seiner Gläubiger verkauft und hörte überhaupt auf, Rechte zu haben, er wurde zur Sache (Sklave). [...] Der sprichwörtliche Ausdruck vom Konkurs als dem „bürgerlichen Tod“, einer Person ist zwar – heute! – übertrieben. [...] Der Konkursschuldner ist in vielen Fällen für den Rest seines Lebens wirtschaftlich fertig, denn er wird von seinen Schulden praktisch nicht mehr herunter kommen.“

Das Konkursverfahren, nach dessen Aufhebung gemäß § 163 KO keine Restschuldbefreiung erlangt werden konnte, war für den Verbraucher bedeutungslos.⁶⁵ Das Rechtsinstitut der unbeschränkten Nachforderung der Konkursgläubiger nach § 164 Abs. 1 KO implizierte für den Gemeinschaftschuldner die Durchführung eines Konkursverfahrens als sinnloses Unterfangen.⁶⁶ Aus dem bei Abschluss des Konkursverfahrens erlangten Vollstreckungstitel als Auszug aus der Konkurstabelle konnte der Gläubiger der titulierten Forderung bis zu einer regulären Verjährung nach 30 Jah-

64 *Aden*, Das Konkursrecht, S. 2.

65 Zu bedenken war in diesem Zusammenhang, dass Vermögen auch ohne ein Konkursverfahren vollständig dem Gläubigerzugriff unterlag, denn bereits durch die Möglichkeit von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen bis hin zur Abgabe des Offenbarungseids (seit 1970 Eidesstattliche Versicherung), mit der ein Gläubiger einen vollständigen Überblick über das zu verwertende Vermögen erlangen konnte, war der Effekt einer Vermögensliquidation und damit der Kahlpfändung erreicht. Für den betroffenen Gemeinschaftschuldner war es bedeutungslos, ob die Befriedigung dabei gleichmäßig auf alle Gläubiger oder auf nur einzelne erfolgte.

66 *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 227, sprach von der „Kette am Bein“, die alle Versuche emporzukommen, erschwert.

ren⁶⁷ weiter Vollstreckungsversuche unternehmen. Dies war gleichzusetzen mit der Aussichtslosigkeit einen wirtschaftlichen Neuanfang zu wagen, weil unentwegt das Risiko bestand, von den Altgläubigern kahl gepfändet zu werden. Anders verhielt sich nur das Nachforderungsrecht nach Aufhebung des Konkursverfahrens über das Vermögen etwa einer GmbH. Durch die Aufhebung des Konkursverfahrens war die juristische Person aufgelöst und wurde im Amtslöschungsverfahren gemäß § 141a FGG im Handelsregister ausgetragen.⁶⁸ Das unbeschränkte Nachforderungsrecht erwies sich hier insofern als „stumpfe Waffe“⁶⁹, weil der Rechtsträger nach erfolgter Ausschüttung der Konkursmasse im Handelsregister endgültig als Haftungssubjekt entfallen war.

Einen ausdrücklichen Regelungsgehalt, welcher Personenkreis als Verbraucher zu definieren war, enthielt die Konkursordnung mit ihrem uniformen Verfahrensanwendungsbereich nicht. Demnach kann sich eine rechtswissenschaftliche Annäherung zunächst nur über die Definition des Verbraucherbegriffs ergeben. Hiernach ist die Begriffsbestimmung des Verbrauchers seit je her in § 13 BGB geregelt. Verbraucher ist demnach jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.⁷⁰ Die Definition des Unternehmers ist hingegen weiter gefasst. Unternehmer im Sinne des § 14 BGB ist, wer am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen ein Entgelt anbietet, wobei eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich ist. Eine Unterscheidung ist somit nach persönlichen, funktionalen und sachlichen Kriterien gegeben.⁷¹ Das persönliche Kriterium beschränkt den potentiellen Unternehmerkreis auf natürliche oder juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften im Sinne des § 14 Abs. 2 BGB. Natürliche Person ist die Person an sich, die keine GmbH oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Rechtsform gewählt hat. Dazu gehören zum Beispiel der Einzelhandelskaufmann und die Angehörigen freier Berufe, also Künstler, Wissenschaftler und Landwirte. Juristische Personen können hingegen die Gesell-

67 § 218 Abs. 1 S. 2 BGB a. F.

68 Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) ist zum 1.9.2009 außer Kraft getreten. Die Rechtsgrundlage für die Löschung ist nunmehr § 394 FamFG.

69 Ackmann, Schuldbefreiung durch Konkurs?, S. 3.

70 Palandt/Heinrichs, BGB, § 13 Rn. 3.

71 Palandt/Heinrichs, BGB, § 14 Rn. 2.