

## Zum „Referentenwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz“ vom 16. März 2015

### I. Normzweck: Insolvenzanfechtungsvorschriften im „Gefüge“ von Sanierungsvorschriften und Insolvenzantragspflichten

Mit der ESUG-Reform sollten frühere Insolvenzantragstellungen gefördert werden. Der ESUG-Gesetzgeber hatte zutreffend erkannt, dass in der Praxis fast ausnahmslos Insolvenzen um mehrere Monate oder noch längere Zeiträume verschleppt werden. Sofern sich durch eine frühe, außerinsolvenzliche Sanierung eine Restrukturierung nicht erreichen lässt, wollte das ESUG eine (rechtzeitige) Sanierung durch Insolvenz fördern. Mit diesen Zwecken steht der RefE nicht in allen Punkten im Einklang. Dies betrifft insbesondere einzelne Aspekte der angedachten Reform der Vorsatzanfechtung und der Privilegierung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in § 131 InsO (hierzu Einzelheiten unten III. 1. und III. 2.).

### II. Empirischer Befund: Mitgliederumfrage DIE FAMILIENUNTERNEHMER zu Inanspruchnahmen wegen Insolvenzanfechtung

Bekanntlich vertreten DIE FAMILIENUNTERNEHMER ca. 5.000 Mitglieder und repräsentieren ca. 180.000 Familienunternehmen. Eine Umfrage im Januar 2015 zu den Auswirkungen des Insolvenzanfechtungsrechts ergab folgendes Bild:

Die Mitglieder wurden jüngst befragt, wer in den letzten 5 Jahren als Gläubiger nach Insolvenzanfechtung erhaltene Zahlungen herausgeben musste. 84 Prozent der Mitglieder antworteten, keine Negativverfahren mit Insolvenzanfechtungsklagen durch

Inanspruchnahme von Insolvenzverwaltern zu haben. 16 Prozent der Mitglieder waren dagegen in den letzten 5 Jahren Insolvenzanfechtungsansprüchen ausgesetzt.

## III. Zu den einzelnen Regelungskomplexen des RefE-InsO

### 1. **Änderung des § 131 InsO: Privilegierung von Zwangsvollstreckungserfolgen auf der Grundlage zivilrechtlicher Titel; Vorteile aufgrund von Insolvenzverschleppung**

DIE FAMILIENUNTERNEHMER begrüßen im Ansatz, dass der RefE nicht versucht, ein Fiskusprivileg oder ein Privileg für sogenannte „Selbstvollstrecker“ (wie Sozialversicherungsträger und Finanzämter) einzuführen.

Darüber hinaus sehen DIE FAMILIENUNTERNEHMER aber keinen Bedarf für eine Änderung des § 131 InsO. Die Herausnahme von Zwangsvollstreckungserfolgen aus der Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO ist nicht gerechtfertigt. Da nach wie vor in einer Vielzahl von Fällen rechtzeitige Insolvenzantragstellungen unterbleiben und Insolvenzantragspflichten nach § 15a InsO verletzt werden, partizipiert der Vollstreckungsgläubiger objektiv in der Regel an einem Rechtsverstoß der Schuldner. Es sollte daher bei der seit Jahrzehnten anerkannten Einordnung von Vollstreckungsmaßnahmen in den letzten drei Monaten vor Insolvenzantragstellung als inkongruent bleiben.

#### **Alternativüberlegungen:**

- a) Sieht man aus rechtspolitischen Erwägungen das Risiko, dass Arbeitnehmer im Rahmen von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen realisierte Gehaltsansprüche nach § 131 InsO wieder herausgeben müssen, sollte zumindest in § 131 InsO deutlich geregelt werden, dass das Privileg nicht für „Gläubiger“ allgemein gilt, sondern nur für „**Arbeitnehmer**, die wegen ihrer Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis Sicherheit oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt haben“.

So wie der RefE in § 131 InsO derzeit formuliert ist, besteht die Gefahr, dass hier ein „Einfallstor“ für weitere Interessengruppen geschaffen wird, eine Privilegierung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu fordern.

- b) Erwogen werden könnte zudem – was dann aber die Beurteilung des Einzelfalles schwieriger machen würde – zumindest einschränkend zu regeln, dass nur dann keine inkongruenten Zwangsvollstreckungserfolge anzunehmen sind, wenn zum Zeitpunkt des Vollstreckungserfolgs der Vollstreckungsschuldner **keine** Insolvenzverschleppung nach § 15a InsO betreibt. **In jedem Fall sollte die Annahme von „Kongruenz“ im Insolvenzverschleppungszeitraum wegen Systemwidrigkeit vermieden werden.**

## 2. Änderungen bei der Vorsatzanfechtung

### 2.1 Unbestimmtheit des vorgesehenen Tatbestandsmerkmals „unangemessene“ Benachteiligung

Der verbreiteten Kritik, dass die vorgesehene Einfügung des Tatbestandsmerkmals „unangemessen“ in § 133 Abs. 1 S. 1 InsO zu unbestimmt sei, schließen sich DIE FAMILIENUNTERNEHMER an. Das geplante Merkmal impliziert, dass es auch eine „angemessene“ Benachteiligung gibt und diese dann von der unangemessenen abzugrenzen ist. Dies würde eine neue Ausdifferenzierung durch die Rechtsprechung erfordern, was wiederum Rechtsunsicherheit verursacht, zumindest aber kein „Mehr“ an Rechtssicherheit bringt. Nach der Begründung im RefE werden als „klassische Anwendungsfälle“ z. B. Bankrotthandlungen, Vermögensverschiebungen, anrühige und einseitige zu Lasten anderer Gläubiger wirkende Verfügungen genannt (vgl. die Begründung auf Seite 11 des RefE). Über die genannten Fälle hinaus würden DIE FAMILIENUNTERNEHMER es ebenfalls mit den Zwecken des Insolvenzrechts als unvereinbar ansehen, wenn z. B. der potenzielle Anfechtungsgegner erkannt von einer Insolvenzverschleppung profitiert.

### 2.2 Regelbeispiele in § 133 Abs. 1 S. 2 RefE-InsO (bargeschäftsähnliche Lage, ernsthafter Sanierungsversuch)

Das „Regelbeispiel“, wonach ein Benachteiligungsvorsatz fehlt, wenn die Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs ist, begrüßen DIE FAMILIENUNTERNEHMER. Zwar wird insoweit im Grundsatz „nur“ die Rechtsprechung des BGH wiederholt. Wie in früheren, diesseitigen

Stellungnahmen ausgeführt, halten wir es jedoch in Bezug auf praktische Beratungssituationen, insbesondere betreffend Diskussionen mit potenziellen Insolvenzanfechtungsgegnern und potenziellen Schuldnern, für sinnvoll, dieses Merkmal ausdrücklich im Gesetz zu normieren, damit der Berater im Vorfeld einer möglichen Insolvenz intensiver auf die Vorlage eines Sanierungskonzepts drängen kann. **Hilfreich wäre, wenn in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen würde, dass ein ordnungsgemäßes Sanierungskonzept nur dann vorliegt, wenn dieses auf die Erfüllung des Standards IDW S 6 abzielt und diese Anforderungen erfüllt werden.**

Das Regelbeispiel der „bargeschäftsähnlichen Lage“ halten DIE FAMILIEN-UNTERNEHMER darüber hinaus für entbehrlich, da insoweit der BGH bestrebt ist, die Anfechtung nach § 133 InsO einzugrenzen. Außerdem gibt es bargeschäfts-ähnliche Lagen, die auf eine sinnlose Unterstützung sinnloser Sanierungsversuche hinauslaufen, so dass insoweit der Rechtsprechung eine weitere Ausdifferenzierung möglich bleiben muss.

## 2.3 Regelbeispiele nach § 133 Abs. 3 RefE-InsO

Das Ziel des § 133 Abs. 3 Satz 2 Ziff. 1 RefE-InsO, Teilzahlungsvereinbarungen mit Gerichtsvollziehern aus dem Anwendungsbereich des § 133 InsO herauszunehmen, halten DIE FAMILIENUNTERNEHMER für sinnvoll. Unter der aktuellen Rechtslage, auch zur Verneinung einer „Rechtshandlung des Schuldners“, kann die Empfehlung an den Vollstreckungsgläubiger eigentlich nur lauten, möglichst unnachgiebig zu vollstrecken. Dies vermeidet einvernehmliche Lösungen, so dass insoweit das Ziel des RefE-InsO unterstützt wird.

Die Regelung in § 133 Abs. 3 Satz 2 Ziff. 2 RefE-InsO, wonach Zahlungsverleichterungen „im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ nicht ohne weiteres auf einen Benachteiligungsvorsatz hindeuten, halten DIE FAMILIENUNTERNEHMER für entbehrlich. Diesen Aspekt hat die Rechtsprechung des BGH in neueren Urteilen, ergangen nach dem Bekanntwerden des RefE, bereits berücksichtigt (vgl. BGH Beschl. v. 16.04.2015 – IX ZR 6/14).

## 2.4 Drohende Zahlungsunfähigkeit und kongruente Deckung

Die Regelung in § 133 Abs. 3 Satz 1 RefE-InsO, wonach bei kongruenten Deckungen die Vermutungsregelung nur noch bei Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit eingreift, nicht aber bereits bei Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit, erscheint akzeptabel. Es sei aber darauf hingewiesen, dass **bei juristischen Personen** auch bereits **ab drohender Zahlungsunfähigkeit eine Überschuldung mit ausgelöster – oft missachteter – Insolvenzantragspflicht vorliegen dürfte**. Ebenso können bereits – z. B. bei größeren Aktiengesellschaften – **bei drohender Zahlungsunfähigkeit spezifische Controlling-, Krisenbeobachtungs- und Sanierungspflichten bestehen**. Rechtsformabhängig und abhängig von der Größe des Unternehmens können deshalb auch bereits ab drohender Zahlungsunfähigkeit spezifische Pflichtverletzungen der Geschäftsleitung gegeben sein. Werden diese vom potenziellen Insolvenzanfechtungsgegner klar erkannt, spricht dies – auch wenn man die Vermutungsregelung, wie im RefE vorgesehen, eingrenzt – für einen Benachteiligungsvorsatz und die Kenntnis des anderen Teils hiervon.

## 2.5 Vier-Jahres-Frist

Es sollte erwogen werden, die in § 133 Abs. 2 RefE-InsO vorgesehene Vier-Jahres-Frist auf fünf Jahre zu verlängern. Die praktische Erfahrung im Insolvenzbereich zeigt nämlich, dass es immer wieder einigen geschickten Schuldnern gelingt, über ganz erhebliche Zeiträume, die länger als vier Jahre sein können, Insolvenzverschleppung zum Schaden der Gläubigergemeinschaft zu betreiben.

## 3. Bargeschäft

Wie in früheren Stellungnahmen erwähnt, unterstützen DIE FAMILIEN-UNTERNEHMER **grundsätzlich** die rechtspolitische Zielsetzung des Arbeitnehmerschutzes. Dabei ist jedoch erneut zu betonen, dass die gesamte Entwicklung seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung im Jahr 1999 dahin geht, „stückchenweise“ immer wieder neue Privilegien einzuführen (siehe auch oben die Ausführungen zu § 131 RefE-InsO unter Ziff. III. 1.). Da auch DIE FAMILIENUNTERNEHMER Interesse an motivierten und nicht verunsicherten Arbeitnehmern haben,

unterstützen sie im Grundsatz die Regelungen in § 142 RefE-Inso. Der vorgesehene § 142 Satz 2 RefE-InsO („*Der Austausch von Leistungen und Gegenleistungen ist unmittelbar, wenn ... in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt*“) sollte jedoch nach Ansicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER gestrichen werden. Die vorgesehene Regelung führt zu keiner größeren Rechtssicherheit im Vergleich zur aktuellen BGH-Rechtsprechung.

**Überdies sollte insgesamt versucht werden, zu vermeiden, dass das Insolvenzanfechtungsrecht durch immer neue Ergänzungen eine unübersichtliche „Überlänge“ erlangt.**

#### 4. Zinsregelung

Die Begrenzung der Verzinsungspflicht gemäß § 143 Abs. 1 RefE-InsO halten DIE FAMILIENUNTERNEHMER für sinnvoll.

#### 5. Übergangsregelung, Sonstiges

Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte, wie im RefE vorgesehen, die Neuregelung keine Rückwirkung erlangen und nur auf Insolvenzverfahren ab einem bestimmten Eröffnungsstichtag in der Zukunft anwendbar sein. Speziell aus Sicht eines Gläubigerberaters (aber auch ggf. aus Sicht eines Schuldnerberaters) kann es bei der Beratung zur Frage der Insolvenzantragsstellung eine Rolle spielen zu prognostizieren, welche Insolvenzmasse infolge von Insolvenzanfechtungsansprüchen realisiert werden kann. Rät ein Berater zum Insolvenzantrag, auch um Insolvenzanfechtungsansprüche mit Hilfe des Insolvenzrechts zu realisieren, würde eine „Rückwirkung“ – die Einschränkung des Insolvenzanfechtungsrechts – unter diesem Aspekt nachträglich zu einer Art „Falschberatung“ führen. Die Neuregelung sollte deshalb – wie im RefE vorgesehen und entgegen einiger Diskussionsansätze – nur für zukünftige Insolvenzfälle gelten.