

Zum „Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz“ vom 29.09.2015

I. Reformziel

DIE FAMILIENUNTERNEHMER unterstützen weiter das rechtspolitische Reformziel, im Bereich der Vorsatzanfechtung mehr Rechtssicherheit zu schaffen (vgl. auch die diesseitige Stellungnahme vom 16.05.2015 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz). An einigen – durchaus entscheidenden – Stellen lässt der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (fortan kurz „RegE-InsO“) jedoch die notwendige Einbindung in das Gefüge ordnungspolitischer Vorschriften zur Sicherung einer Unternehmensfortführung und zu den Anforderungen an ordnungsgemäße Sanierungskonzepte vermissen. Daraus folgt, worauf wir nachfolgend unter II. bis IV. näher eingehen, insbesondere in drei Bereichen ein Optimierungsbedarf des RegE-InsO:

- § 133 Abs. 3 S. 2 RegE-InsO: Zur vorgesehenen Privilegierung von „Zahlungsvereinbarungen“ sowie „Zahlungserleichterungen in sonstiger Weise“ sollte klargestellt werden, dass eine Einbindung der Zahlungsvereinbarung in ein ordnungsgemäßes Sanierungskonzept sinnvollerweise erfolgen sollte.
- § 131 Abs. 1 S. 2 RegE-InsO: Das geplante – faktische – Fiskus-Selbstvollstreckervorrecht muss gestrichen werden, insbesondere weil diese Regelung des RegE-InsO zu einer Vielzahl nicht eröffneter Insolvenzverfahren führen würde, was den Zielen der Insolvenzordnung eklatant zuwiderläuft.
- § 142 Abs. 1 und Abs. 2 RegE-InsO: In § 142 Abs. 1 a. E. RegE-InsO sollte der letzte Halbsatz mit den Tatbestandsmerkmalen „andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte“ ersatzlos gestrichen werden. Ebenso sollte die Unmittelbarkeitsdefinition in § 142 Abs. 2 S. 1 RegE-InsO aufgegeben werden. Dieses dient nicht zuletzt auch dem Ziel, eine zunehmend ausufernde Länge der InsO-Regelungen zu vermeiden.

II. Sinn und Zweck der Vorsatzanfechtung: Flankierung von „Frühwarnsystemen“ – Regeln und ordnungsgemäße Sanierungskonzepte

1. Die mit § 133 Abs. 3 S. 2 RegE-InsO geplante Förderung von „Zahlungsvereinbarungen“ oder Zahlungserleichterungen „in sonstiger Weise“ ist zu pauschal gehalten. Der Gesetzgeber sollte die Neuregelung dazu nutzen, dafür zu sorgen, dass Zahlungsvereinbarungen jedenfalls grundsätzlich in ein ordnungsgemäßes, belastbares Sanierungskonzept eingebunden sein müssen. So ließen sich sinnvolle Sanierungsanreizwirkungen herstellen. Auf der Grundlage der gegenwärtigen Gesetzesfassung – insbesondere wegen unzutreffender Gesetzesbegründungen im RegE-InsO – steht zu befürchten, dass durch beliebige „Zahlungsvereinbarungen“ oder – ohnehin fraglos sehr schwer zu definierende – „Zahlungserleichterungen in sonstiger Weise“ Beiträge zu einer Insolvenzverschleppung bei fortlaufenden Verlusten geleistet werden. Dies gilt vor allem wegen folgender, nicht tragfähiger Gesetzesbegründung im RegE-InsO:

„Hinter der Regelung steht der Gedanke, dass die mit einer Stundungs- oder Ratenzahlungsbitte dem Gläubiger offenbar werdende Liquiditätslücke mit Gewährung der Stundung respektive Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung regelmäßig beseitigt sein wird. ... Ein Gläubiger, der einer Stundungs- oder Ratenzahlungsbitte seines Schuldners entspricht, hat daher grundsätzlich keinen Anlass, von der Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens auszugehen.“

(Vgl. Begründung zum RegE-InsO ZIP-Beilage 40/2015, Seite 6 oben rechts).

In der Praxis ist sehr häufig festzustellen, dass objektiv zahlungsunfähige Schuldner infolge mangelnder Überlegung um – oftmals tatsächlich nicht durchdachte – Zahlungserleichterungen bitten, die schließlich nur zu einer im Ergebnis sinnlosen Insolvenzverschleppung und einer Erhöhung nicht gedeckter Verbindlichkeiten führen können. Nur Zahlungserleichterungen, die – vom potenziellen Anfechtungsgegner erkannt – in ein ordnungsgemäßes Sanierungskonzept eingebunden sind, können Bestandteil eines ernsthaften, vorinsolvenzlichen Sanierungsversuches sein.

Gerade vor dem Hintergrund, dass der RefE-InsO diesen Gedanken zumindest im Ansatz noch enthalten hat (vgl. noch § 133 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 2 RefE-InsO „... *Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs ist*“), der RegE-InsO dagegen diesen Ansatz nicht weiter verfolgt, ließe die Auslegung des § 133 Abs. 3 S. 2 RegE-InsO zu, dass Zahlungserleichterungen nicht (!) in ein Sanierungskonzept eingebunden sein müssen.

2. Insgesamt sollte aus Sicht der Familienunternehmer nochmals über eine Konkretisierung von Sinn und Zweck der Vorsatzanfechtung nachgedacht werden. Ein unklarer Gesetzeszweck kann über die Fassung unklarer Tatbestandsmerkmale zuletzt zu sich anschließenden zähen Auslegungsstreitigkeiten führen.

Kernbestandteil der Vorsatzanfechtung ist der „Benachteiligungsvorsatz“. Nach der gängigen BGH-Definition ist der erforderliche Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des

Schuldners gegeben, wenn dieser bei Vornahme der Rechtshandlung (vgl. § 140 InsO) die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Handlung gewollt und als mutmaßliche Folge erkannt und gebilligt hat (vgl. BGH, ZInsO 2011, 1410 ff.).

Ein solches „Erkennen und Billigen“ kann – was in der rechtspolitischen Diskussion bisher nicht ausreichend diskutiert wurde – oft nur vor dem Hintergrund derjenigen Vorschriften konkretisiert werden, die Geschäftsführungsorganen (oder ggf. zusätzlich sonstigen Organen der Gesellschaft) in etwaigen Krisensituationen bestimmte Handlungs- und Prüfungspflichten auferlegen. So verlangt § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB – im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss – dass bei der Bewertung des Vermögens eines Unternehmens nur dann von der „Fortführung“ ausgegangen werden darf, wenn eine positive handelsrechtliche Fortführungsprognose aufgestellt wird (vgl. Karsten Zabel, Die handelsrechtliche Fortführungsprognose – ein Indikator zur Krisenfrüherkennung –, in: Festschrift für Kübler (2015), S. 825 ff.). Zur Aktiengesellschaft verlangt § 91 Abs. 2 AktG, dass der Vorstand „geeignete Maßnahmen zu treffen (hat), insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten (hat), damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden“. Bei juristischen Personen statuiert § 15a Abs. 1 InsO strafrechtlich bewehrte Insolvenzantragspflichten. Die Anforderungen an ordnungsgemäße Sanierungskonzepte – insbesondere entsprechend dem Standard IDW S 6 – sind auch größen- und rechtsformabhängig.

In der Praxis – bei auftretenden Krisensituationen – stellt dies dann an Inhaber und Leiter von Unternehmen unterschiedliche Anforderungen. So muss der Vorstand einer börsennotierten Aktiengesellschaft anders agieren als eine natürliche Person, die nur einen kleinen Imbissstand betreibt.

Für die Auslegung des § 133 InsO, insbesondere zum Benachteiligungsvorsatz (der Elemente „Erkennen und Billigen“), können vorinsolvenzliche Frühwarn- und Sanierungspflichten wie folgt fruchtbar gemacht werden: Bestehen in Gesetz oder Rechtsprechung definierte „Sanierungspflichten“ oder bestimmte Planungs- oder Überwachungspflichten, die verletzt wurden, ist eher ein „Erkennen und Billigen“ i. S. d. Benachteiligungsvorsatzes anzunehmen als bei Inhabern von Unternehmen, für die solche Regelungen (in Gesetz oder Rechtsprechung) nicht statuiert sind, oder die die auferlegten Regeln einhalten.

Die umfassenden – zum Teil in Gesetz und Rechtsprechung genau definierten – Früherkennungs- und Reaktionspflichten von Unternehmern und deren etwaige Verletzung im Vorfeld einer (möglichen) Insolvenz müssen sich deshalb aus Sicht der Familienunternehmer auch auf Annahme oder Ablehnung des „Benachteiligungsvorsatzes“ i. S. d. § 133 Abs. 1 InsO auswirken. Dabei fällt es sicherlich in den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum zu definieren, ab welcher Intensität von Rechtsverletzungen gegen dieses vorinsolvenzliche Normgefüge und ab welchem Grad der Erkennbarkeit von Rechtsverletzungen sowie welchem Grad hieraus folgender Unternehmensgefährdungen ein „Benachteiligungsvorsatz“ angenommen werden muss.

Dieses soll hier nur zunächst skizziert werden. Deutlich sollte aber werden, dass die Rechtsentwicklung in den letzten Jahrzehnten (geprägt durch Gesetzgeber, Rechtsprechung und von der Praxis entwickelte Standards) immer spezifizierter

Krisenbeobachtungs- und Reaktionspflichten herausgearbeitet hat. Diese Pflichten dienen der Vermeidung einer Unternehmensgefährdung und damit der Vermeidung einer Gläubigergefährdung. Da die vorinsolvenzliche Verletzung der skizzierten Pflichten zu einer Gläubigergefährdung führt, sollte sie auch bei der Abfassung des § 133 InsO stärker als in der bisherigen Diskussion in den Fokus gerückt werden.

So gelangen die Familienunternehmer zu folgendem Formulierungsvorschlag für eine Neuregelung als § 133 Abs. 3 S. 2 RegE-InsO:

„Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen, insbesondere eine solche, die Bestandteil eines ordnungsgemäßen Sanierungskonzepts ist, wird vermutet, dass er die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.“

III. § 131 Abs. 1, S. 2 RegE-InsO: Zweckwidrigkeit des faktischen Selbstvollstreckter-Fiskus-Vorrechts

Die angedachte, vorbezeichnete Regelung des RegE-InsO ist nicht akzeptabel! Bekanntlich haben insbesondere Finanzämter und Sozialversicherungsträger aufgrund des „engeren Kontakts“ zum potenziellen Insolvenzschuldner einen Wissensvorsprung vor anderen Gläubigern. Zudem erlangen diese Gläubiger dann noch einen Zeitvorsprung durch die Schaffung eines eigenen Titels (= Verwaltungsakt) mit anschließender Vollstreckung durch eigene Vollstreckungsstellen. Dies würde auf Basis des vorgeschlagenen § 131 RegE-InsO dazu führen, dass insbesondere Finanzämter und Sozialversicherungsträger mit einer schnelleren Zwangsvollstreckung den anderen Gläubigern die letzten Assets des Schuldners quasi „wegvollstrecken“. Weitere Folge wäre in einer Vielzahl von Fällen eine Nichteröffnung von Insolvenzverfahren.

Dies alles läuft den Zwecken der 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung, insbesondere die Zahl der Insolvenzeröffnungen zu steigern und Vorrechte im Interesse einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung abzubauen, vollständig und in unerträglicher Weise zuwider. Der in der Gesetzesbegründung zum RegE-InsO erwähnte vorzulegende Nachweis der Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit (§ 130 InsO) würde zudem zu der Notwendigkeit einer neuen Kasuistik führen. Gerade bei kleineren Insolvenzverfahren – falls sie überhaupt noch eröffnet würden – sind zudem Insolvenzverwalter auf die Beantragung von Prozesskostenhilfe angewiesen. Die Regelung des § 131 RegE-InsO dürfte zu Belastungen der Justiz und Staatskasse führen. Zudem liegt eine höhere Anzahl von Insolvenzeröffnungen auch im Interesse des Erhalts von Arbeitsplätzen.

Schließlich unterläuft § 131 RegE-InsO auch das grundsätzlich begrüßenswerte Ziel des § 14 Satz 2 RegE-InsO. Wenn Behörden sanktionslos vollstrecken können, werden sie von der Möglichkeit eines frühen Insolvenzantrags – entgegen dem Ziel des § 14 Satz 2 RegE-InsO – keinen Gebrauch machen.

IV. Weitere einzelne Reparaturanforderungen

1. Zu – zunehmend – detailliert definierten Krisenreaktionspflichten vor einer möglichen Insolvenz (s. o. II.) passen ungenaue Tatbestandsmerkmale wie „unlauter Handeln“ (§ 142 Abs. 1 RegE-InsO am Ende) nicht. Das Unlauterkeitserfordernis nebst Kenntnis davon in § 142 Abs. 1 RegE-InsO am Ende sollte u. a. wegen Unbestimmtheit vollständig gestrichen werden (vollständige Streichung des Satzteils *„und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte“*).
2. Die Unmittelbarkeitsdefinition des § 142 Abs. 2 Satz 1 RegE-InsO (*„unmittelbar, wenn er [der Austausch] nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt“*) sollte ebenfalls gestrichen werden. Diese Merkmale zur Unmittelbarkeit sind bereits in die aktuelle Rechtsprechung eingeflossen und die gesetzliche Wiederholung führt insoweit nicht zu mehr Rechtssicherheit.
3. Außerdem sollte in der Gesetzesbegründung zu § 142 Abs. 2 S. 2 RegE-InsO (Arbeitnehmerprivileg beim Bargeschäft) klargestellt werden, dass hier keine Privilegierung von Sozialversicherungsabgaben – durch Einbeziehung von Sozialversicherungsabgaben in das Bargeschäft – beabsichtigt ist. Hinweise in der Gesetzesbegründung (*„Der Begriff ‚Arbeitsentgelt‘ ist im sozialversicherungsrechtlichen Sinne zu verstehen (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV)“*) haben schon zu einer Diskussion geführt, ob der Gesetzgeber beabsichtige, Sozialversicherungsabgaben in die Bargeschäftsdefinition aufzunehmen.