

# **Protokoll**

## **der 27. Sitzung**

**am 27. September 2006**  
**Berlin, Paul-Löbe-Haus, Raum 4.300**

Beginn der Sitzung: 14.04 Uhr

**Vorsitz: Andreas Schmidt (Mülheim), MdB**

## **Öffentliche Anhörung**

### **Teil II: Insolvenzanfechtung**

Gesetzentwurf der Bundesregierung	S. 1 - 46
<b>Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung</b>	
<b>BT-Drucksache 16/886</b>	
Anwesenheitslisten	I - V
Sprechregister Abgeordnete	VI
Sprechregister Sachverständige	VII
Zusammenstellung der Stellungnahmen	S. 47
Stellungnahmen	S. 48 - 136

**Anwesenheitsliste**  
 gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes  
 Sitzung des Ausschusses Nr. 6 ( Rechtsausschuss )

<b>Ordentliche Mitglieder des Ausschusses</b>	<b>Unterschrift</b>	<b>Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses</b>	<b>Unterschrift</b>
---	---------------------	--	---------------------

**CDU/CSU**

Gehb Dr., Jürgen .....  
 Geis, Norbert .....  
 Granold, Ute .....  
 Grosse-Brömer, Michael .....  
 Kauder (Villingen-Schw.), Siegfried .....  
 Krings Dr., Günter .....  
 Merz, Friedrich .....  
 Raab, Daniela .....  
 Schmidt (Mülheim), Andreas .....  
 Voßhoff, Andrea Astrid .....  
 Wanderwitz, Marco .....

*[Handwritten signatures for CDU/CSU members]*

**CDU/CSU**

Bosbach, Wolfgang .....  
 Götzer Dr., Wolfgang .....  
 Grübel, Markus .....  
 Gutting, Olav .....  
 Kolbe, Manfred .....  
 Noll, Michaela .....  
 Röttgen Dr., Norbert .....  
 Schröder Dr., Ole .....  
 Silberhorn, Thomas .....  
 Wellenreuther, Ingo .....  
 Winkelmeier-Becker, Elisabeth .....

**SPD**

Benneter, Klaus Uwe .....  
 Brinkmann (Hildesheim), Bernhard .....  
 Danckert Dr., Peter .....  
 Dressel Dr., Carl-Christian .....  
 Kröning, Volker .....  
 Lambrecht, Christine .....  
 Manzewski, Dirk .....  
 Miersch Dr., Matthias .....  
 Schieder, Marianne .....  
 Strässer, Christoph .....  
 Stünker, Joachim .....  
 Dr. Krüger, *Dr. Krüger* .....  
*Dr. Krüger*

*[Handwritten signatures for SPD members]*

**SPD**

Bürsch Dr., Michael .....  
 Duin, Garrelt .....  
 Edathy, Sebastian .....  
 Körper, Fritz Rudolf .....  
 Lopez, Helga .....  
 Oppermann, Thomas .....  
 Schäfer (Bochum), Axel .....  
 Schneider (Erfurt), Carsten .....  
 Stiegler, Ludwig .....  
 Wend Dr., Rainer .....

**FDP**

Dyckmans, Mechthild .....  
 Essen, Jörg van .....  
 Leuthusser-Schnarrenberger, Sabine .....


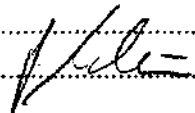
*[Handwritten signature for FDP member]*

**FDP**

Burgbacher, Ernst .....  
 Laurischk, Sibylle .....  
 Wolff (Rems-Murr), Hartfrid .....  
*Alexander Christian (Genf)*

*[Handwritten signature]*

**Anwesenheitsliste**  
gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes  
Sitzung des Ausschusses Nr. 6 ( Rechtsausschuss )

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
<b><u>DIE LINKE.</u></b>		<b><u>DIE LINKE.</u></b>	
Dagdelen, Sevim	.....	Korte, Jan	.....
Maurer, Ulrich	.....	Pau, Petra	.....
Neskovic, Wolfgang	..... 	Wunderlich, Jörn	..... 
<b><u>BÜ90/GR</u></b>		<b><u>BÜ90/GR</u></b>	
Montag, Jerzy	.....	Deligöz, Ekin	.....
Ströbele, Hans-Christian	.....	Nouripour, Omid	.....
Wieland, Wolfgang	.....	Schewe-Gerigk, Irmingard	.....

**Rechtsausschuss (6)**

**Mittwoch, 27. September 2006 14:00 Uhr**

**Fraktionsvorsitzende:**

**Vertreter:**

SPD

CDU/ CSU

BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN

FDP

DIE LINKE.

**Fraktionsmitarbeiter:**

**Fraktion:**

**Unterschrift:**

(Name bitte in Druckschrift)

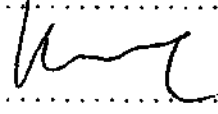
Marmann

SPD

P. Marmann

Bohne

FDP





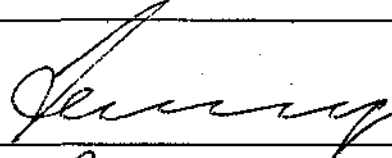

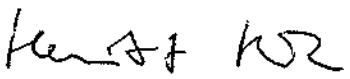

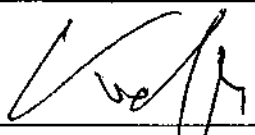

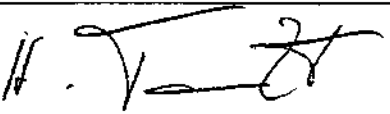


**Anwesenheitsliste der Sachverständigen**

zur Anhörung des Rechtsausschusses

am Mittwoch, dem 27. September 2006, 14.00 Uhr

**Insolvenzanfechtung – BT-Drs. 16/886  
Teil II**

Name	Unterschrift
<b>Dr. Gero Fischer</b> Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe	
<b>Frank Frind</b> Richter am Amtsgericht Hamburg	
<b>Prof. Dr. Hans Haarmeyer</b> RheinAhrCampus Remagen, Bonn	
<b>Wolfgang Hauser</b> Rechtsanwalt, Mitglied im Insolvenzrechtsausschuss des DAV e.V., Stuttgart	
<b>Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M.</b> Universität Hamburg	
<b>Prof. Dr. Michael Huber</b> Präsident des Landgerichts Passau	
<b>Dr. Gerhard Kreft</b> Vorsitzender Richter am BGH a. D., Karlsruhe	
<b>Heidi Schmidt</b> Justiziarin der AOK Bayern, München	
<b>Heiko Christian Taubert</b> Zentralverband des Deutschen Handwerks e. V., Berlin	

### Sprechregister Abgeordnete

	Seite
<b>Christian Ahrendt (FDP)</b>	<b>21, 22</b>
<b>Dr. Günter Krings (CDU/CSU)</b>	<b>19, 38</b>
<b>Dr. Hans-Ulrich Krüger (SPD)</b>	<b>22</b>
<b>Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP)</b>	<b>22</b>
<b>Dirk Manzewski (SPD)</b>	<b>19, 23, 39</b>
<b>Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)</b>	<b>20</b>
<b>Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim) (CDU/CSU)</b>	<b>1, 3, 5, 7, 9, 11, 12, 13,16, 19, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 33, 35, 38, 40, 42, 43, 45, 46</b>
<b>Jörn Wunderlich (DIE LINKE.)</b>	<b>20, 39</b>

**Sprechregister Sachverständige**

	Seite
<b>Dr. Gero Fischer</b>	<b>1, 35, 40</b>
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe	
<b>Frank Frind</b>	<b>3, 33, 40</b>
Richter am Amtsgericht Hamburg	
<b>Prof. Dr. Hans Haarmeyer</b>	<b>5, 29, 42</b>
RheinAhrCampus Remagen, Bonn	
<b>Wolfgang Hauser</b>	<b>7, 28</b>
Rechtsanwalt, Mitglied im Insolvenzrechts-ausschuss des DAV e. V., Stuttgart	
<b>Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M.</b>	<b>9, 27, 43</b>
Universität Hamburg	
<b>Prof. Dr. Michael Huber</b>	<b>11, 26, 45</b>
Präsident des Landgerichts Passau	
<b>Dr. Gerhart Kreft</b>	<b>12, 25</b>
Vorsitzender Richter am BGH a. D., Karlsruhe	
<b>Heidi Schmidt</b>	<b>13, 25</b>
Justiziarin der AOK Bayern, München	
<b>Heiko Christian Taubert</b>	<b>16, 23</b>
Zentralverband des Deutschen Handwerks e. V., Berlin	



Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Meine sehr verehrten Damen und Herren, liebe Sachverständige, liebe Gäste. Ich darf Sie herzlich zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Thema „Insolvenzanfechtung“ begrüßen. Gemäß unserem üblichen Verfahren bitte ich Sie zunächst um ein ca. fünfminütiges Eingangsstatement. Anschließend werden wir in die Fragerunden eintreten. Es beginnt Herr Dr. Fischer, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe. Bitteschön.

SV Dr. Gero Fischer: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, im Jahr 1999 ist eine umfassende Neuregelung des Insolvenzrechts in Kraft getreten. Nach einer 10 bis 12 Jahre andauernden Beratung hatte sich der Gesetzgeber entschlossen, das Insolvenzrecht neu und umfassend zu regeln. Warum? Weil das bis dato geltende Konkursrecht nicht mehr funktionsfähig war. Hauptmangel dieses Konkursrechts war, dass in den letzten Jahren der Konkursordnung mehr als 75 % aller Anträge nicht zu einer Eröffnung des Konkursverfahrens führten. Sie wurden einfach aus dem Grund abgewiesen, weil nicht einmal mehr die Masse vorhanden gewesen war, um die Verfahrenskosten zu decken. Dies hat nun den Gesetzgeber veranlasst, als vorrangiges Ziel der Insolvenzrechtsreform zu erreichen, dass das Regel- und Ausnahmeverhältnis umgedreht wird. Das bedeutet, dass die Eröffnung des Verfahrens die Regel ist und die Ablehnung mangels Masse die Ausnahme. Dazu hat er damals ein ganzes Bündel an Maßnahmen getroffen, ich möchte aber nur die beiden, hier in diesem Zusammenhang besonders wichtigen herausgreifen: Das ist zum einen die Verschärfung des Anfechtungsrechts. Wörtlich sagte er, die Tatbestände des Anfechtungsrechts sollten so ausgestaltet werden, dass die Durchsetzung von Anfechtungen erleichtert werde, sofern nicht Erfordernisse der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes entgegenstünden; und gerade von der Verschärfung des Anfechtungsrechts sei eine wesentliche Anreicherung der Insolvenzmasse zu erwarten. Der zweite Punkt betraf das Zurückdrängen der vorrangig zu befriedigenden Masseschulden, und aus diesem Grund wurden die nach der Konkursordnung geltenden zahlreichen Vorrechte ersatzlos abgeschafft. Wenn man heute, sieben Jahre später, auf diese neue Regelung zurückblickt, dann muss man sagen, dass sich neue Recht in diesen Punkten vollständig bewährt hat. Es war eine vorzügliche Leistung des Gesetzgebers. Um nur eine Zahl herauszugreifen: So ist etwa bei insolventen Kapitalgesellschaften die

Eröffnungsquote im Bundesdurchschnitt auf über 60 % gestiegen, und außerdem – das bestätigen alle Fachleute – haben sich die Möglichkeiten zur Unternehmenssanierung, und zwar sowohl durch Veräußerung als auch durch einen Insolvenzplan, spürbar verbessert. Nach allgemeiner Auffassung in den Fachkreisen ist dies ganz wesentlich auf das neue Anfechtungsrecht und dessen Anwendung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung sowie die Beseitigung der erwähnten Sondervorteile zurückzuführen.

Die Änderungsvorschriften des heute zu erörternden Gesetzentwurfs sind demgegenüber geeignet, die gerade geschilderten positiven Wirkungen der Insolvenzrechtsreform massiv zu beeinträchtigen. Zum einen ermöglichen sie es insbesondere öffentlich-rechtlichen Gläubigern, sich aus der Vermögensmasse zahlungsschwacher Schuldner so lange zu befriedigen, bis es in vielen Fällen gar nicht mehr zur Insolvenzeröffnung kommen wird, oder allenfalls noch eine Liquidation auf niedrigstem Niveau stattfindet. Deshalb wird der Entwurf in Fachkreisen praktisch übereinstimmend abgelehnt; und er ist – aus meiner Sicht erfreulicherweise – sowohl im Bundesrat als auch bei allen Fraktionen des Bundestages auf Kritik gestoßen. Dem kann ich mich nur anschließen. Der vorliegende Entwurf ist meines Erachtens gerade in der Einschränkung des Anfechtungsrechts von einer mittelstandsfeindlichen Einstellung geprägt. Er benachteiligt nämlich ganz besonders die privaten Gläubiger, die keine eigene Rechtsabteilung besitzen. Sie haben in der Krise des Schuldners kaum eine Chance, ihre Rechte neben denjenigen der öffentlich-rechtlichen Gläubiger, die sich ihre Vollstreckungstitel selbst durch Bescheide besorgen können, und auch eventuell einiger Großgläubiger durchzusetzen.

Daher wird es nach diesem neuen Gesetz – sofern es Gesetz werden sollte – wiederum so sein, dass derjenige Recht bekommt, der der Schnellste ist. Ich möchte zum Abschluss nur noch auf eines eingehen: Der Entwurf hat sich auf die meines Erachtens bisher zahlenmäßig nie belegten Einnahmeausfälle der öffentlichen Hand durch das neue Insolvenzrecht berufen. Dabei ist jedoch nicht berücksichtigt, welche Zuflüsse aus gelungenen Sanierungen und dem Erhalt von Arbeitsplätzen dem gegenüberstehen. Das ist bisher nie in ein Verhältnis gesetzt worden. Ich möchte hier auch die Gelegenheit wahrnehmen, um ein Wort des Reformgesetzgebers wieder in Erinnerung zu rufen. Es heißt: Das Insolvenzrecht ist für die Funktion der Marktwirtschaft von grundlegender Bedeutung. Es geht um die richtige rechtliche Ordnung des Marktaustritts oder des finanziellen Umbaus am Markt versagender

Wirtschaftseinheiten. Das Insolvenzrecht ist zentraler Bestandteil des Wirtschaftsprivatrechts, und deshalb muss jede Reform in besonderem Maße auf die Steuerungs- und Ordnungsfunktionen des Rechts für die Abläufe und Strukturen der gesamten Wirtschaft Rücksicht nehmen. Das heißt, einen sehr guten, alle Interessen berücksichtigenden Ausgleich finden. Und ich bin der Auffassung, dass gerade in einer Situation, in der wir erstmals seit langem wieder einen deutlichen wirtschaftlichen Aufschwung in Deutschland spüren, dieser Entwurf in einem äußerst komplexen und wirtschaftlich sensiblen Bereich den fatalen Eindruck vermittelt, dass es nur noch um die Sicherung fiskalischer Interessen gehen soll. Aus meiner Sicht wäre es deshalb die beste Lösung, wenn Art. 2, 3 und 5 des Gesetzentwurfs schlicht zurückgezogen würden. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt hat das Wort Herr Frind, Richter am Amtsgericht Hamburg.

SV Frank Frind: Meine Damen und Herren, als Amtsrichter und damit als jemand aus der Praxis möchte ich mich darauf beschränken, den vorliegenden Gesetzentwurf aus Sicht der Praxis einzuordnen. Seit 2½ bis 3 Jahren gibt es eine ständige Abfolge von Versuchen, die Insolvenzordnung zu reformieren, und ich möchte Ihr Augenmerk darauf lenken, dass wir heute hier einen Gesetzentwurf besprechen, der vier Regelungen der Insolvenzordnung ändern soll. Dieser Gesetzentwurf ordnet sich in keinsten Weise in die übrigen Reformvorhaben zur Insolvenzordnung ein. Mir ist gestern auf meinen amtsrichterlichen Tisch der 5. Gesetzentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung geflattert. Meine erste Kritik ist also, bitte achten Sie darauf, dass es einen vereinheitlichten Änderungsprozess der Insolvenzordnung gibt. Sie erleben im Moment Versuche, das Verbraucherinsolvenzrecht zu reformieren, das Anfechtungsrecht zu reformieren, die Aufsicht über den Insolvenzverwalter zu reformieren, das GmbH-Recht samt Änderungen der Insolvenzordnung zu reformieren und als fünftes einen Regierungsentwurf mit 33 Einzeländerungen der Insolvenzordnung, der kurz vor der Beschlussfassung durch den Bundesrat steht oder dort schon beschlossen worden ist. Als Amtsrichter in Hamburg habe ich jährlich 1.500 Insolvenzverfahren zu bearbeiten. Dieses Jahr bearbeiten wir mit drei Amtsrichtern 3.000 Verbraucherinsolvenzverfahren und 2.200 Unternehmensinsolvenzverfahren. Wir sind nicht mehr in der Lage, adäquat auf diese Flut von

Änderungsvorschlägen zu reagieren. Der Kollege, dem ich gestern den fünften Änderungsentwurf gezeigt habe, hat nur noch entsetzt aufgeschrien. Zu meinem Leidwesen muss ich sagen, dass mir durch einen Vertreter des BMJ, Herrn Stefan, auf dem Deutschen Insolvenzrechtstag mitgeteilt wurde, es sei erklärtes Ziel, die Insolvenzordnung scheinbarweise zu ändern. Das ist nicht im Sinne der Praxis, meine Damen und Herren! Das wäre mein erster Kritikpunkt.

Dem, was mein Vorredner Herr Dr. Fischer gesagt hat, kann ich mich aus Sicht der Praxis vollumfänglich anschließen: Seit 2½ Jahren sinkt die Zahl der massehaltigen Insolvenzverfahren massiv. Wir können diese Verfahren noch eröffnen, aber nur durch so genannte Ermittlungsansprüche. Ermittlungsansprüche sind Ansprüche, bei denen der Insolvenzverwalter oder der vorläufige Insolvenzverwalter nicht sofort eine Börse, eine liquide Masse vorfindet, sondern in einem Prüfungszeitraum Ansprüche findet, die zur Eröffnung führen. Und das sind in 25 bis 30 % der Fälle die Anfechtungsansprüche: In 25 bis 30 % der Fälle komme ich zu einer Eröffnung nur durch gutachtlich aufgefundene Anfechtungsansprüche! Und nun werden Sie mich fragen: Herr Frind, was ist denn so schlimm, wenn Sie mangels Masse ein Verfahren abweisen? Darauf kann ich nur antworten: Das ist sehr schlimm, denn damit kann die Ordnungsfunktion des Insolvenzrechtes im eröffneten Verfahren nicht greifen. Ich benenne Ihnen dafür stichwortartig einige Beispiele: Es werden keine Steuererklärungen mehr abgegeben; das würde der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren aber tun. Es werden keine Arbeitszeugnisse mehr ausgestellt, keine Vermögensverschiebungen mehr aufgedeckt, und es wird kein Vermögen zu Gunsten der Gläubiger verteilt. In 25 bis 30 % der Verfahren schaffen wir das nur durch ermittelte Anfechtungsansprüche! Wenn Sie uns dies zurechtstutzen, dann werden der kommerzielle Firmenbestatter und der dolos handelnde Geschäftsführer sicherlich eine Flasche Sekt aufmachen – und das ist aus Sicht der Praxis nicht sinnvoll. Zum Abschluss ein kurzes Wort zur Praxis der Sozialversicherungsträger: Sowohl die Unternehmensgeschäftsführer selbst als auch Sozialversicherungsträger und die Finanzämter stellen viel zu spät einen Insolvenzantrag. Auf meinem Tisch landen von den Fremdanträgen – also den Gläubigeranträgen – ungefähr 50 % der Anträge von Seiten der Sozialversicherungsträger und Finanzämter; und Sie werden lachen: Es handelt sich nicht um Anträge aufgrund von Forderungen der letzten zwei bis drei Monate, sondern es sind jahrelange Rückstände! Bei einer Besprechung mit den Sachgebietsleitern der Finanzämter in Hamburg ist mir wörtlich gesagt worden,

es gebe in Hamburg eine Direktive des Finanzsenators, keine Insolvenzanträge gegen Unternehmen zu stellen, wenn nicht massive Rückstände über mehr als eineinhalb Jahre vorhanden seien – mit der Begründung, ein Insolvenzantrag vernichte Arbeitsplätze. Dort herrscht also immer noch dieses alte Denken vor, wodurch wir natürlich gar nicht erst zur Sanierungsfunktion des Insolvenzrechts kommen. Es ist immer wieder dieser Kreislauf: Der Antrag wird zu spät gestellt, die Forderung wird gerade noch mit wenig Geld beglichen – Verwandte, Freunde, Nachbarfirmen begleichen noch irgendwelche Forderungen –, dann wird der Antrag für erledigt erklärt. Zwei oder drei Monate später kommt dann ein neuer Antrag; wir als Amtsrichter nennen das „Stapelanträge“: Zur gleichen Firma kommen innerhalb von 1½ Jahren sieben oder acht Anträge. Wenn dann endlich die Eröffnung des Verfahrens möglich ist, dann ist bei den Arbeitsplätzen natürlich nichts mehr zu retten. Das ist das Problem. Deswegen bin ich ein großer Verfechter einer Änderung des § 14 InsO – der Kollege Prof. Dr. Hirte, an den ich gleich den Stab weitergebe, wird hierzu auch etwas sagen –, dass das Insolvenzgericht bei einem laufenden Gläubigerantrag weiter ermitteln kann, selbst wenn die Forderung erstmal beglichen ist, um herauszubekommen, ob das Unternehmen „platt“ ist oder nicht. Wenn dem so ist, dann passiert ja nichts Schlimmes, sondern es passiert etwas Gutes: Wir kommen schnell in die Eröffnung. Vielen Dank, meine Damen und Herren.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt Herr Prof. Dr. Haarmeyer, RheinAhrCampus Remagen, Bonn. Bitteschön.

SV Prof. Dr. Hans Haarmeyer: Herzlichen Dank. Ich möchte das aufgreifen, was Herr Dr. Fischer und Herr Frind gesagt haben, und ich möchte ein wenig darauf abstellen, dass das, was wir hier besprechen, nur scheinbar mit dem Anfechtungsrecht zu tun hat. In der Tat sprechen wir über ein zentrales Thema, nämlich dass es seit 1999 nicht gelungen ist, Unternehmen, insbesondere Kapitalgesellschaften dazu zu bewegen, rechtzeitig – so wie es gesetzlich nach § 64 GmbHG vorgesehen ist – Anträge zu stellen. Aber auch das Gläubigerverhalten, insbesondere das Verhalten der institutionellen Gläubiger, sprich der Sozialversicherungsträger und Finanzämter, stellt eine wesentliche Ursache dieser Mangelentwicklung dar, denn was macht denn das Unternehmen in der Krise? Es sucht nach den Gläubigern, die ihm bei der Abwicklung des Unternehmens möglicherweise gefährlich werden können, und das

sind die schnell handlungsfähigen öffentlich-rechtlichen Gläubiger. Diese erfahren allerdings auch als allererste davon, dass sich das Unternehmen in einer Schieflage befindet: Die Finanzämter sehen die rückläufigen Umsätze, sie sehen das Überschreiten der Fristen, und hier nicht nur der Abgabe von Steuererklärungen; der Steuerberater ist nämlich irgendwann nicht mehr dabei, weil er sowieso nicht mehr bezahlt wird. Die Sozialversicherungsträger erhalten als erstes das Ansinnen, ratierlich zu zahlen. Das, was in der Praxis passiert, ist eben nicht das, was wir 1999 alle erwartet haben, nämlich dass die öffentlich-rechtlichen Gläubiger sehr schnell einen Antrag in einer Situation stellen, in der das Unternehmen noch sanierungsfähig ist und über eigene finanzielle Mittel verfügt. Nein, stattdessen wird rein eigennützig nur noch auf das eigene Beitragsinteresse geguckt. Die Folge ist, dass Lieferanten, die eine Leistung erbringen und dafür nicht bezahlt werden, auf die Quote verwiesen werden; der Fiskus bekommt aber – wenn dieser Gesetzentwurf umgesetzt wird – aufgrund einer Leistung eines Gläubigers, der leer ausgeht, gegebenenfalls die volle Umsatzsteuer. Auch Sozialversicherungsbeiträge sind abzuführen, obwohl die Beschäftigten selbst möglicherweise schon seit Monaten ohne Lohn und Gehalt sind. Ich möchte gerne einen Punkt aus der Stellungnahme von Frau Schmidt aufgreifen: Diese Zahlungen an öffentlich-rechtliche Gläubiger, die in einer Situation erfolgen, in der das Unternehmen bereits insolvent ist – wir wissen ja aus der Krisen- und Ursachenforschung, dass die Insolvenz ungefähr ein bis eineinhalb Jahre vor dem Antrag eintritt – erfolgen unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen. Es liegt nicht nur ein massiver Verstoß vor gegen § 283c StGB, Gläubigerbegünstigung, sondern auch gegen §§ 64 Abs. 2, 43 Abs. 3 GmbH-G, wenn nur noch einzelne Gläubiger befriedigt werden. Und die Situation der Rechtmäßigkeit von Zahlungen wird über das Anfechtungsrecht wiederhergestellt! Das heißt, die Situation, der wir gegenüberstehen und die Anlass für diese Anhörung ist, liegt nicht im Anfechtungsrecht, sondern darin begründet, dass sowohl die Schuldner als auch diejenigen, die sehr früh Kenntnis über die Insolvenz haben, nicht das tun, was eigentlich gesetzlich geboten. Damit – das muss man ganz klar sagen – schädigen sie in massiver Weise insbesondere klein- und mittelständische Unternehmen: In einer Situation, in der das Unternehmen insolvent ist, wird es nur durch die Zahlungen an die Sozialversicherungsträger und Finanzämter faktisch am Leben erhalten, so dass es neue Verträge abschließt, die schon zu diesem Zeitpunkt nicht mehr erfüllt werden können. Wenn Sie das von drei Sachverständigen, die aus ganz

unterschiedlichen Richtungen kommen, bisher Gesagte hören, so werden Sie feststellen: Das Problem ist nicht das Anfechtungsrecht. Wir sollten stattdessen vielleicht gemeinsam darüber nachdenken, wie wir, wenn sich die Schuldner nicht gesetzeskonform verhalten, auf die Sozialversicherungsträger und Finanzämter einwirken können. Es stellt sich auch die Frage, ob nicht der Rechtsausschuss, gegebenenfalls durch eine Änderung in § 14 InsO, oder auch durch eine – wie ich einmal formulierte – „Scharfschaltung“ von § 26 Abs. 3 InsO dazu beitragen kann, dass das Kalkül der Unternehmen auf Abweisung mangels Masse nicht mehr aufgeht. Wenn wir § 26 Abs. 3 InsO so fassen, dass der Geschäftsführer oder die persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet sind, die Kosten des Insolvenzverfahrens auf den Tisch zu legen – es sei denn sie weisen nach, dass ihr Antrag nicht verspätet ist –, dann macht das Hinausschieben einer Insolvenz für niemand mehr Sinn. Wenn man zudem den Gläubigern über eine Regelung in § 14 InsO eine vereinfachte Antragstellung ohne Kostenrisiko ermöglichte, dann, so meine ich, können wir das, was wir hier eigentlich heute beraten sollen, hinterwegs lassen und würden dabei gesamtwirtschaftlich einen hohen Nutzen erzielen können. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt hat das Wort Herr Hauser, Rechtsanwalt, Mitglied im Insolvenzrechtsausschuss des DAV. Bitteschön.

SV Wolfgang Hauser: Ich möchte mich bei meinen Ausführungen schwerpunktmäßig auf § 55 Abs. 2 InsO und die geplanten Änderungen beschränken, unter anderem auch deswegen, da dies von meiner Ausbildung und meiner Tätigkeit her am nächsten liegt. § 55 Abs. 2 InsO-E bestimmt, dass künftig auch der nur mit Zustimmungsvorbehalt ausgestattete – also der so genannte „schwache“ oder „halbstarke“ – vorläufige Insolvenzverwalter durch die Inanspruchnahme von Leistungen jeder Art bzw. seiner Zustimmung hierzu, Masseschulden begründen kann. Diese beabsichtigte Änderung wird mit Sicherheit dazu führen, dass der Zustand, den Prof. Haarmeyer beschrieben hat, noch weniger eintreten wird: Wir werden mit Sicherheit keine Arbeitsplätze erhalten können, und wir werden keine Verfahren bzw. weniger Verfahren zu Eröffnung bringen. Woran liegt das? Das liegt sicherlich daran, dass das vorläufige Verfahren sich in der Praxis nicht als das erwiesen hat, was der Gesetzgeber sich 1999 vorgestellt hat. Es hat sich aber doch

herausgestellt, dass dieser Zeitraum, der zwischen vier und maximal zwölf Wochen betragen kann, dazu genutzt wird, zum einen Masse zu bilden, weil Masse im Regelfall wie früher nicht mehr vorhanden ist, und zum anderen die Weichen zu stellen, um den zweiten Teil der Idee des Gesetzgebers von 1999 zu verwirklichen, nämlich herauszufinden, ob ein Unternehmen saniert werden kann oder nicht. Wenn sich nun aber ein vorläufiger Insolvenzverwalter vom ersten Tag an sowohl durch Zustimmung als auch durch eigene Anspruchnahme von Leistungen der Gefahr aussetzt, später über die Haftungsnormen nach §§ 60, 61 InsO zur Rechenschaft gezogen zu werden, dann wird seine Bereitschaft Risiken einzugehen, für das Unternehmen etwas zu tun, Arbeitsplätze zu erhalten, so weit überspannt, dass er sich relativ schnell überlegen muss, ob er nicht den sicheren Weg bevorzugt: Zerschlagung des Vorhandenen, kein Erhalt von Arbeitsplätzen, keine Schaffung der Voraussetzungen für die Sanierung und die Fortführung des Unternehmens. Wir müssen uns nämlich darüber im Klaren sein, dass Unternehmen nur saniert werden können, wenn der Geschäftsbetrieb nahtlos weitergeht. Wenn es eine Unterbrechung gibt, sei es nur von wenigen Tagen – in manchen Branchen nur von wenigen Stunden –, ist das schon nicht mehr möglich. Und wie soll der vorläufige Insolvenzverwalter innerhalb von Stunden, von Minuten entscheiden, ob es richtig oder falsch ist, Leistungen in Anspruch zu nehmen bzw. hierzu seine Zustimmung zu geben? Das können wir nicht, obwohl wir es versuchen. Sie können versichert sein, dass meine Kollegen und ich im Regelfall immer ein erhebliches Risiko eingehen; nur konnten wir es bisher mit dem Instrumentarium des vorläufigen, mit Zustimmungsvorbehalt ausgestatteten Verwalters noch einigermaßen überschauen. Wir können das Risiko aber nicht mehr überschauen, wenn diese Regelung Gesetz wird.

Abschließend noch eine kurze, positive Bemerkung zu § 14 InsO-E. Ich meine, dass § 14 InsO durchaus ergänzt werden kann. Nur warne ich davor, es bei der vorgeschlagenen Formulierung zu belassen. Ich meine, man müsste hier – und ich habe mir erlaubt, diese Regelung vorzuschlagen – vielleicht folgende Gesetzesformulierung wählen: „Der Antrag wird nicht alleine dadurch unzulässig, dass nach Antragstellung die Forderung erfüllt wird. Der Antrag bleibt zulässig, sofern ein Insolvenzgrund vorliegt.“ Denn es gibt nach wie vor die Voraussetzung eines Antragsverfahrens und die Notwendigkeit eines Insolvenzgrunds. Dankeschön.



Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt hat das Wort Herr Prof. Dr. Hirte, Universität Hamburg.

SV Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M.: Vielen Dank, meine Damen und Herren. Es ist schon deutlich zum Ausdruck gebracht worden, dass die gesetzlichen Vorschläge, sofern sie tatsächlich verabschiedet werden, zu einer erheblichen Masseverminderung beitragen werden. Masse, liquide Masse, braucht der Insolvenzverwalter aber, um das Verfahren abzuwickeln. Deshalb sage ich eine dramatische Reduktion der Eröffnungswahrscheinlichkeit und der Quoten voraus. Das bedeutet, wenn man sich die Präambel zum Gesetz ansieht, volkswirtschaftliche Schäden, die bei weitem den sicherlich messbaren Schaden auf Seiten der Sozialversicherungsträger und des Fiskus, bezogen auf das einzelne Verfahren, übersteigen. Auf der anderen Seite ist es verständlich oder zumindest vertretbar – der Gesetzgeber hat es 100 Jahre so gehandhabt –, den oder die staatlichen Gläubiger anders zu behandeln als die normalen Gläubiger. Aber: Ziel des Insolvenzverfahrens sollte sein, die Interessen der staatlichen Gläubiger mit denen der normalen Insolvenzgläubiger gleichzustellen, nicht aber – wie es Folge des jetzigen Vorschlags wäre – sie gegeneinander auszuspielen. Wenn wir uns vor diesem Hintergrund die Einzelvorschläge ansehen, so sind meines Erachtens zwei wesentliche Punkte anzusprechen: Zu § 55 InsO hat mein Nachbar schon etwas gesagt. Die Folge einer Neuregelung wäre Masseverminderung, daher habe ich hier Bedenken. Ich möchte weitere Punkte erwähnen. Zum einen geht es darum, die durch Zwangsvollstreckung erreichten Vollstreckungsmaßnahmen in die kongruente Deckung zu packen und das bedeutet, die Vorsatzanfechtung in diesen Fällen auszuschließen. In der Gesetzesbegründung ist dazu subtil formuliert – ich habe es erst gar nicht geglaubt –, dass alles, was durch Zwangsvollstreckung und Vollstreckungsmaßnahmen einschließlich rüder Vollstreckungsmaßnahmen erreicht worden sei, daher beim Gläubiger verbleiben könne. Wenn dies Gesetz wird, so habe ich in meiner Stellungnahme festgestellt, dann wird hiermit das Gewaltmonopol des Staates aufgegeben. Sie können sich gerne einmal – ich empfehle das jedem – die Homepage von „Moskau Inkasso“ ansehen. Sie sehen dort glatzköpfige Herren, die versprechen: Ihre Gläubiger brauchen kein Russisch zu verstehen, um zu wissen was wir machen. Solcherlei Geschäfte werden durch diesen Gesetzesvorschlag befördert. Ich halte das für äußerst bedenklich. Zweitens: Wenn wir konzedieren,

dass gesetzliche Gläubiger in einer besonderen Situation sind, dann ist das aus dem Grund richtig, weil sie unfreiwillige Gläubiger sind – das gilt aber auch für Deliktsgläubiger. Im Hinblick auf Art. 3 GG müssten wir eigentlich Deliktsgläubiger mit gesetzlichen Gläubigern gleichstellen, dies geschieht aber nicht.

Der zweite Komplex, zu dem ich etwas sagen möchte, ist § 14 InsO-E. Es klang schon mehrfach an, z. B. im Statement von Herr Frind: Auch ich halte es für richtig, die Antragsrechte zu stärken. Dies liegt unter anderem daran, dass ich mich derzeit auch mit der Reform des GmbH-Rechts befasse. Der vorliegende Gesetzentwurf konterkariert nämlich die Koalitionsvereinbarungen, die durch die GmbH-Reform Verbesserungen des Insolvenzverfahrens erreichen wollen, weil es die Stellung der Gläubiger verschlechtert. Wenn wir aber umgekehrt vorgehen und das Insolvenzantragsrecht verbessern, wie es § 14 InsO-E vorsieht – ich würde sogar noch weitergehendere Regelungen befürworten –, dann wäre dies meines Erachtens kompensierbar, und dies wäre auch im Interesse der gesetzlichen Gläubiger. Man könnte sogar über eine Regelung nachdenken, wie sie im englischen Recht existiert: Wer 1.000 Euro drei Wochen lang nicht bezahlt, ist insolvenzantragsberechtigt, denn das begründet die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit. Sie sollten wissen, dass nach dem von Moody's durchgeführten internationalen Ranking englisches Insolvenzrecht als besser und effektiver gilt als das deutsche Insolvenzrecht. Wenn wir über Alternativen nachdenken – es heißt ja immer so schön im Gesetzentwurf: „Alternativen: Keine.“ –, so möchte ich drei Alternativen nennen: Änderung der Regelungen zur Prozesskostenhilfe für juristische Personen, denn das erleichtert die Möglichkeit von Ansprüchen und verbessert die Masse; Vorschläge im Einzelnen finden Sie in meiner schriftlichen Stellungnahme. Eine zweite Möglichkeit wäre etwas, das bei uns in Deutschland ebenfalls noch nicht existiert: § 35 GewO disqualifiziert Leute, die Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern nicht bezahlt haben – dies müsste mit dem Handelsregister verzahnt werden. In England gibt es eine derartige Regelung, durch die gerade für das Finanzamt höhere Durchsetzungsquoten erreicht werden. Auch mein dritter Vorschlag ist rechtsvergleichend inspiriert: Frankreich veröffentlicht die Zahlen der ausstehenden Sozialversicherungs- und Fiskusbeiträge auf der Homepage der Gesellschaft. Das ist ein ordnungspolitischer Ansatz, um Transparenz zur Durchsetzung zu erreichen. Meine abschließende Anregung wäre die – aber das möchte ich fast nur als Scherz verstanden wissen –, dass wir in diesem Punkt zu den Regelungen der

Insolvenzordnung aus dem Jahre 1999 bzw. 1994 zurückkehren, denn das wäre ehrlicher als die vorliegende Lösung. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt hat das Wort Herr Prof. Dr. Huber, Präsident des Landgerichts Passau.

SV Prof. Dr. Michael Huber: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Mein Herz gehört dem Anfechtungsrecht, deswegen möchte ich mich darauf beschränken und einen Kompromissvorschlag präsentieren: Anders als im Gesetzentwurf vorgesehen, sollte es keine Änderung bei der inkongruenten Deckungsanfechtung geben; die Vorsatzanfechtung könnte man hingegen aus wissenschaftlicher Sicht passieren lassen. Die Änderungsvorschläge hinsichtlich der inkongruenten Deckungsanfechtung lehne ich ab, weil es Zweck dieses Tatbestandes ist, alle Gläubiger gleich zu behandeln, ein Gläubiger darf also nicht allein deshalb in eine bessere Position gebracht werden, nur weil er zufällig vor Insolvenzeröffnung einen Titel erlangt hat. Dies gilt vor allen Dingen für die gesetzlichen Gläubiger, die sich die Forderungen selbst titulieren können, die eigene Vollziehungsbeamte haben und die – das wird häufig übersehen – auch darüber hinaus privilegiert sind, weil Rechtsbehelfe gegen ihre Bescheide keine aufschiebende Wirkung haben. Die praktischen Folgen der geplanten Änderungen wurden schon dargelegt: Die Eröffnungsquoten würden dramatisch sinken. Außerdem möchte ich noch auf einen dogmatischen Widerspruch hinweisen. Nach § 88 InsO wird eine durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung automatisch unwirksam, wenn diese im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag erlangt wurde. Die vorgesehene Änderung, nämlich die Einstellung der Sicherung und Befriedigung der Zwangsvollstreckung in der kongruenten Deckungsanfechtung würde praktisch zur Unanfechtbarkeit der Befriedigung führen. Das bedeutet, das „Weniger“, die Sicherung, ist nicht insolvenzfest, das „Mehr“, die Befriedigung, wäre insolvenzfest – das ist ein Wertungswiderspruch, der mir nicht einleuchtet. Zur Zurückzahlung ist das Erforderliche schon gesagt worden, ich möchte nicht ins Detail gehen. Nur so viel: Nach dem Motto „rette sich, wer kann“ kann man im Insolvenzrecht nicht vorgehen. Ich möchte Sie im Übrigen noch auf einen weiteren Aspekt hinweisen: Ich habe Bedenken, ob der Gesetzentwurf, wenn er denn Gesetz wird, eine grundlegende Änderung in der Rechtsprechung herbeiführen würde. Denn schon lange vor der

Rechtsprechung zu den Zurückzahlungen hat der 9. Zivilsenat des BGH den Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern vorgehalten, dass sie aufgrund ihrer Kenntnisse der Betriebe eine drohende Zahlungsunfähigkeit viel eher erkennen müssten. § 130 Abs. 2 InsO besagt, dass bei der kongruenten Deckungsanfechtung eine der Voraussetzungen die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit ist. Nach dieser Bestimmung stehen dieser Kenntnis Umstände gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen. Dazu gibt es bereits einschlägige Urteile des Bundesgerichtshofs, der entschieden hat, genau dieser Fall treffe gerade auf die Finanzämter und die Sozialversicherungsträger zu. Diese Vorschrift hält derzeit noch einen Domröschenschlaf, aber ich wage die Prognose, dass der 9. Zivilsenat hier seine Aktivitäten verstärken wird, falls diese Gesetzesänderung kommen sollte.

Zur Vorsatzanfechtung möchte ich bemerken, dass es sich hierbei um eine Entscheidung des Gesetzgebers handelt, gegen die aus wissenschaftlicher Sicht nichts einzuwenden ist. Normzweck der Vorsatzanfechtung ist nicht die Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger, so dass die von mir angeführten Wertungswidersprüche nicht auftreten würden. Nur eine Anregung noch: Sollte die Änderung der Vorsatzanfechtung wirklich erwogen werden, dann sollte man klarstellen, dass sich auch die Kenntnis des Gläubigers auf das unlautere Verhalten des Schuldners beziehen muss. Das ergibt sich aus der jetzigen Vorschrift nicht zweifelsfrei, ist aber offensichtlich so gemeint, denn dann würde der neue Satz 3 des § 133 Abs. 1 InsO mit Satz 1 harmonisieren. Zum Zweiten sollte man diese Änderung auch in das Anfechtungsgesetz übertragen, denn § 133 InsO und § 3 AnfG sind seit jeher deckungsgleich, und es gibt keinen Grund, diese Deckungsgleichheit aufzugeben. Mehr Änderungen sind im Anfechtungsrecht nicht machbar; wenn mehr gewollt ist, so müssten die Vorrechte wieder eingeführt. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt hat das Wort Herr Dr. Kreft, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe. Bitteschön.

SV Dr. Gerhart Kreft: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Ich habe in meiner vorbereitenden Stellungnahme, die sich weitgehend mit der von Herrn Dr. Fischer deckt, dargetan, dass mit der geplanten Änderung des Anfechtungsrechts der Insolvenzordnung unter Verstoß gegen den für das Insolvenzrecht konstitutiven Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung allein aus einseitigen fiskalischen

Gründen Sondervorrechte für Sozialversicherungsträger und Fiskus geschaffen werden. Damit wird ein Hauptanliegen der Insolvenzrechtsreform im Kern getroffen: Die Vorrechte gehen über die der früheren Konkursordnung, die wesentlich mit zu deren Versagen geführt haben, noch hinaus. Dabei soll das jetzt vorliegende Gesetzesvorhaben nach einer Äußerung aus dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales nur ein erster Schritt sein. Es bleibt zu befürchten, dass andere mächtige Gläubigergruppen versuchen werden, für sich ebenfalls Vorrechte zu erreichen; Sanierungschancen werden erschwert werden, das ist allgemeine Meinung. Insolvenzanträge werden entgegen dem Willen des Gesetzgebers noch später gestellt werden als jetzt, nämlich erst dann, wenn die Schuldner leergepfändet sind. Damit verliert die Reform des Insolvenzrechts ihre Durchschlagskraft. Ein solcher Rückschritt sollte unterbleiben, jedenfalls aber nicht in einem Schnellverfahren ohne eine gründliche Durchleuchtung nach allen Richtungen – auch rechtsvergleichender Art – und nach genauer Erwägung aller Folgen und Alternativen, die ja hier schon aufgeschienen sind, geschehen. Dazu sollte, wenn es denn sein muss, eine Kommission nach dem Vorbild der Insolvenzrechtskommission eingesetzt werden. Ich danke Ihnen.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt hat das Wort Frau Schmidt, Justiziarin der AOK Bayern.

SV Heidi Schmidt: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, vielen Dank. Auch ich möchte nochmals kurz auf die Ziele der Insolvenzrechtsreform eingehen: Ein Ziel war, die Ablehnung der Eröffnung mangels Masse von der Regel zur Ausnahme zu machen. Die Gläubigerbefriedigung sollte verbessert, die Sanierung von Unternehmen erleichtert und vielfach erst ermöglicht werden. Anhaltspunkte, dass gerade die Sozialversicherungsträger die Massemehrung, zum Teil auch nur die Kostendeckung, insbesondere die Verwaltervergütung, durch Erstattung gezahlter Beiträge im Rahmen der ausgewerteten Insolvenzanfechtungen zu finanzieren haben, sind der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen. Die genannten Ziele der Insolvenzordnung hingegen, meine Damen und Herren, liegen auch im Interesse der Sozialversicherungsträger, denn diese haben in ihrer Funktion als Arbeitnehmersicherung Interesse an der Erhaltung von Arbeitsplätzen. Aus diesem Grund liegt auch die Reform des Insolvenzrechts im Interesse der

Sozialversicherungsträger. Vor diesem Hintergrund war auch die Abschaffung der Vorrechte der Konkursordnung akzeptiert worden. Was ist unter Vorrechten zu verstehen? Man spricht stets davon, man würde durch die vorliegende Reform Vorrechte wieder einführen. Bei der Abschaffung von Vorrechten handelt es sich um die Bevorrechtigung der Sozialversicherungsträger bei der Verteilung der Masse. Die Wiederherstellung der Vorrechte, das heißt, die vorrangige Befriedigung bei Verfahrenseröffnung, ist nicht Ziel der Reform. Es geht vielmehr darum, der elementaren und im Übrigen vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Bedeutung der sozialen Sicherungssysteme in Deutschland Rechnung zu tragen. Bestehende Nachteile der öffentlichrechtlichen Gläubiger sind im Vergleich zu normalen Gläubigern, wie beispielsweise dem Handwerker, auszugleichen. Gleiches gilt im Übrigen auch – und hier möchte ich eine Anregung von Prof. Huber aufgreifen – für die Situation aus dem Anfechtungsgesetz, denn auch dort bestehen die gleichen Probleme. Nur dies würde dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung entsprechen, denn ein solcher setzt voraus, dass für Gleiches gleiche und für Ungleiches unterschiedliche Sachbehandlungen gewährleistet werden. Wie unterscheiden sich die Gläubiger? Sozialversicherungsträger sind so genannte Zwangsgläubiger. Was heißt das? Banken geben Kredite in der Regel nur gegen Sicherheit, Warenlieferanten vereinbaren Eigentumsvorbehalte oder stellen ihre Lieferungen ein, Handwerkern steht ein Werkunternehmerpfandrecht zu, bei nicht gezahlter Telefonrechnung wird das Telefon gesperrt, bei Nichtzahlung der Stromrechnung die Stromlieferung eingestellt. Das heißt, diese Gläubiger können die Höhe der Rückstände in aller Regel beeinflussen. Nicht indes die Sozialversicherungsträger. Diese haben anders als die genannten Gläubiger auch dann Leistungen zu erbringen, wenn die Beiträge nicht bezahlt wurden. Die Versicherungsverhältnisse zu den Arbeitnehmern bestehen weiter. Werden nun darüber hinausgehend nach Insolvenzeröffnung erhebliche Beträge angefochten, und müssen diese zur Masse zurückerstattet werden, bedeutet dies sozialversicherungsrechtlich Folgendes: In der Krankenversicherung wurden Krankheitskosten bereits getragen, in der Rentenversicherung haben die betroffenen Arbeitnehmer entsprechend ihrem Arbeitsentgelt Beitragspunkte erzielt, obwohl der Rentenversicherungsträger im Nachhinein keine Beiträge erhalten hat. Die Folgen, die die Versichertengemeinschaft, das heißt die versicherten Arbeitnehmer und deren solvente Arbeitgeber zu tragen haben, sind so genannte „beitragsentkleidete“

Versicherungsverhältnisse. Diese können letztlich nur durch Beitragssatzerhöhungen oder Leistungskürzungen gegenfinanziert werden. Das heißt, die Forderung, hier einen maßvollen Ausgleich für die Situation der Zwangsgläubiger zu schaffen, liegt nicht nur im Interesse der Sozialversicherungsträger, sondern im Interesse der dort Versicherten. Welche Maßnahmen erscheinen hier zuvörderst angezeigt?

Erstens ist durch die geplante Änderung des § 14 InsO den Sozialversicherungsträgern frühzeitig die Möglichkeit zu verschaffen, die Insolvenzreife des Schuldners prüfen zu lassen. Sozialversicherungsträgern, bei denen für jeden Monat der pflichtversicherten Beschäftigung und unabhängig von einer Lohnzahlung erneut Beiträge fällig werden, bleibt, um das Auflaufen weiterer Rückstände zu verhindern, in der Regel nur die Stellung eines frühzeitigen Insolvenzantrags. An der Stelle und die Anmerkung von Herrn Frind aufgreifend möchte ich sagen, dass es jedenfalls im AOK-System eine klare Handlungsempfehlung gibt, nach der spätestens nach dem dritten offenen Beitragsmonat ein Insolvenzantrag zu stellen ist. Warum, meine Damen und Herren? Für die Sozialversicherungsbeiträge, die nach Eröffnung fällig werden, haftet der Insolvenzverwalter, gegebenenfalls ein neuer Arbeitsgeber oder, im Fall der Arbeitslosigkeit, die Bundesagentur. Problematisch wird die Situation jedoch dann, wenn nach Antragstellung die Forderung voll bezahlt wird und damit der Antrag unzulässig wird. Wiederholt sich die geschilderte Situation, laufen die Sozialversicherungsträger Gefahr, dass sie später irgendwann das ganze Geld zurückzahlen müssen. Sie haben keine Möglichkeit, das Auflaufen weiterer Rückstände zu verhindern. Es ist deshalb im Interesse der Systeme der sozialen Sicherheit, wie auch im Interesse der Ziele der Insolvenzordnung, die Insolvenzreife des Unternehmens frühzeitig zu prüfen. Aus diesem Grund bedarf es einer Änderung der Antragsvoraussetzungen des § 14 InsO, ich darf hier auf meine Stellungnahme verweisen. Zweitens ist jedenfalls die Anfechtung nach § 133 InsO für Gläubiger, die sich der Anfechtung systembedingt nicht erwehren können, zu beschränken. Es sind bereits erste Fälle rechtshängig, meine Damen und Herren, in denen trotz der versicherten gewährten Leistungen sämtliche Beitragszahlungen des vollen, von § 133 InsO eröffneten Zehnjahreszeitraums angefochten werden. Deshalb sollte § 133 InsO für die genannten Zwangsgläubiger grundsätzlich nicht gelten. Sollte dies, auch wenn ein solches vermeintliches Vorrecht lediglich Ausgleich für die bestehende Zwangsgläubigerschaft bieten würde, als nicht akzeptabel erscheinen,

ist zumindest dem vorliegenden Entwurf zu folgen. Drittens sollten bestehende Möglichkeiten die Risiken für die Sozialversicherungsträger systemkonform zu minimieren – hier darf ich insbesondere auf die geplante Änderung des § 28e SGB IV verweisen – zur Sicherung der finanziellen Stabilität der sozialen Sicherungssysteme genutzt werden. Mit diesem sowie den anderen in diesem Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen ist ein Ausgleich der bestehenden Ungleichheiten zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privaten Gläubigern zu schaffen. Nur so kann eine Verteuerung des Faktors Arbeit durch steigende Sozialversicherungsbeiträge, die auch der Schaffung neuer Arbeitsplätze entgegenstehen, vermieden werden. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Abschließend in dieser Runde Herr Taubert, Zentralverband des Deutschen Handwerks, Berlin.

SV Heiko Christian Taubert: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete. Für die Gelegenheit, in der öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung Stellung nehmen zu dürfen, bedanken wir uns. Im Namen des Zentralverbands des Deutschen Handwerks, der politischen Spitzenvertretung von über 935.000 Betrieben, die im Jahr 2005 4,8 Millionen Menschen, davon 3,5 Millionen in sozialversicherungspflichtigen Angestelltenverhältnissen beschäftigen, bewerte ich den Gesetzentwurf wie folgt: Trotz einiger durchaus positiver Ansätze stehen wir diesem Gesetzentwurf kritisch gegenüber. Gerade das personalintensive Handwerk wird durch Forderungsausfälle und Insolvenzen schwer getroffen. Besonders kleinere Handwerksunternehmen verfügen oftmals nur über eine geringe Kapitaldecke, so dass unter Umständen schon der Ausfall eines oder zweier Schuldner das Aus für den Betrieb bedeuten kann. Für diese Betriebe ist es daher von großem Interesse, dass im Fall der Insolvenz eines Schuldners möglichst viele liquide Mittel zur Masse gezogen werden, damit die Insolvenzforderungen anschließend mit einer möglichst hohen Quote erfüllt werden können. Durch den nun vorgelegten Gesetzentwurf zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung befürchten wir eine – in der Gesetzesbegründung auch ausgeführte – Begünstigung von Fiskus und Sozialversicherungsträgern, was sich



unserer Ansicht nach zum Nachteil aller übrigen Insolvenzgläubiger auswirken wird. Mit der Einführung der Insolvenzrechtsordnung 1999 sollten gerade die Vorrechte von Fiskus und Sozialversicherungsträgern abgeschafft werden, um im Falle der Insolvenz eine Gleichbehandlung aller Gläubiger zu erreichen. Daneben war es erklärtes Ziel der Insolvenzordnung, vom Zerschlagungsprinzip zum Sanierungsprinzip überzugehen, um so bei positiver Prognose möglichst viele Betriebe weiter am Leben zu erhalten. Diese Errungenschaften sehen wir durch die einseitige Begünstigung von Fiskus und Sozialversicherungsträgern konterkariert. Es ist nachvollziehbar, dass – wie es auch in der Gesetzesbegründung ausgeführt wird – es ein zentrales Anliegen der Bundesregierung ist, langfristig die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme zu gewährleisten und somit sozialen Frieden und stabile wirtschaftliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Zur Erreichung dieses Ziels plädieren wir jedoch vielmehr für eine umfassende Reform der sozialen Sicherungssysteme. Der Ansatz über eine Änderung des Insolvenzrechts erscheint uns weder sinnvoll noch zweckmäßig. Wichtigstes Mittel zur dauerhaften Stabilisierung der sozialen Sicherungssysteme ist unserer Ansicht nach die Generierung von sozialversicherungspflichtigen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnissen. Diese sehen wir gefährdet, wenn durch die Bevorzugung des Fiskus und der Sozialversicherungsträger in Zukunft noch weniger Insolvenzverfahren als bisher überhaupt eröffnet werden. Durch die Vorabbefriedigung der Sozialversicherungsträger und des Fiskus wird die Masse ausgezehrt bzw. schon der Aufbau von Masse und die Eröffnung von Verfahren verhindert. Dies geschieht letztendlich zu Lasten der gesamten Insolvenzgläubiger. Es ist zu befürchten, dass diejenigen Handwerksbetriebe, die dann bestenfalls nur noch mit einer geringen Quote, schlimmstenfalls überhaupt nicht mehr befriedigt werden, ihrerseits Insolvenz anmelden müssen, wodurch es erneut zu Verlust von sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen kommt. Damit die Beschäftigungsverhältnisse im Handwerk stabil gehalten werden können, wäre es unserer Ansicht nach sinnvoller, gerade den kleinen und schwächeren Gläubigern eine bessere Position zu verschaffen, indem man beispielsweise auf Grundlage der §§ 648, 648a BGB gestellte Sicherheiten für erbrachte Vorleistungen am Bau aus der Anfechtung ausklammert. Auch die Änderung des § 131 InsO, wodurch eine Rechtshandlung nicht allein dadurch zu einer inkongruenten Deckung führt, dass der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erlangt hat, ist zwar in den

konkreten Einzelfällen für die Handwerksbetriebe erfreulich und auch wünschenswert, aus Sicht der Gesamtgläubigerschaft jedoch kritisch zu sehen. Zwar war es den Handwerksbetrieben in der Vergangenheit stets sehr schwer zu vermitteln, warum sie eine Leistung, für die sie ihrerseits die Gegenleistung bereits vollständig erbracht hatten, nach einem zeit- und kostenintensiven Gerichtsverfahren und nach Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher, im Wege der Anfechtung an den Insolvenzverwalter zurückzugewähren hatten. Jedoch kann hier nur von Einzelfällen und nicht von einem Massenphänomen gesprochen werden. Dies liegt auch daran, dass die Einzelzwangsvollstreckung durch Privatgläubiger wegen des Zeit- und Kostenaufwands seltener wird. Ob die Vollstreckung dann tatsächlich in den maßgeblichen Anfechtungszeitraum fällt, ist oftmals schlicht dem Zufall überlassen. Dem gegenüber können die öffentlichen Gläubiger die Vollstreckung ohne große Verzögerung durch Selbsttitulierung zeitnah einleiten. Dieser Wettlauf der Zwangsvollstreckungsgläubiger ist unserer Auffassung nach für die privaten Gläubiger nicht zu gewinnen. Die vollstreckten Forderungen der öffentlichen Gläubiger werden zu einer Auszehrung der Masse führen, die dadurch entstehenden Nachteile für die Gemeinschaft der Gläubiger überwiegen unseres Erachtens die positiven Wirkungen der Änderung für private Gläubiger. Weiterhin läuft diese Regelung der Zielsetzung der Insolvenzordnung, mehr Verfahren mit mehr Masse zu eröffnen, zuwider.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, die Privilegierung der öffentlichen Gläubiger, namentlich der Sozialversicherungsträger sowie des Fiskus, verkehren die Grundsätze der 1999 eingeführten Insolvenzordnung in ihr Gegenteil. Inwieweit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung hier noch Genüge getan wird, erscheint uns fraglich. Insgesamt ist zu befürchten, dass es durch die Änderung in § 14 InsO zu einem Anstieg von Insolvenzverfahren kommen wird, jedoch im Gegenzug durch die einseitige Privilegierung der öffentlichen Gläubiger und die damit verbundene Auszehrung der Masse in Zukunft viel weniger Insolvenzverfahren tatsächlich eröffnet werden können. Bei den in Zukunft dann doch noch eröffneten Insolvenzverfahren wird den Insolvenzgläubigern aufgrund der eingeschränkten Anfechtungsmöglichkeiten weniger liquide Masse zur Verfügung stehen, so dass unter Umständen auch gerade bei den kleinen und mittleren Betrieben des Handwerks, vor allem bei den masselosen Verfahren mit einer größeren Zahl von Folgeinsolvenzen zu rechnen ist. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Damit sind wir bei der Fragerunde angekommen. Wie üblich werden wir zunächst mehrere Fragen sammeln; Sie mögen sich bitte diejenigen notieren, die an Sie gestellt werden. Mir liegt eine Wortmeldung des Kollegen Manzewski vor. Bitteschön.

Dirk Manzewski (SPD): Meine Damen und Herren Sachverständige, vielen Dank für Ihre erschöpfenden Auskünfte. Eigentlich – ich sage das einmal so deutlich – könnte man die heutige Anhörung damit abschließen. Erlauben Sie uns und vor allen Dingen mir gleichwohl noch ein paar Fragen. Sie werden sich vermutlich dabei wiederholen müssen, aber ich möchte, dass sich die Aussagen manifestieren, damit auch andere, die nicht zwingend meine Auffassungen teilen, mitbekommen, was Sie heute sagen. Meine erste Frage richtet sich an Herrn Frind und an Herrn Prof. Dr. Huber: Teilen Sie meine Auffassung, dass durch die neuen Regelungen der Gleichbehandlungsgrundsatz gefährdet wäre, und wenn ja, warum? Meine zweite Frage richtet sich wiederum an Herrn Frind sowie an Herrn Prof. Dr. Haarmeyer: Wie stehen Sie zu der gegenteiligen Behauptung – die hier auch von Frau Schmidt vertreten wird –, durch die gesetzlichen Neuregelungen käme es nicht zu einer Bevorzugung, sondern allenfalls zu einer Gleichbehandlung der Gläubiger? Sehen Sie in diesem Zusammenhang aufgrund der neuen Regelungen eine Bevorzugung von Sozialkassen und Fiskus?

Dr. Günter Krings (CDU/CSU): Ich will mich im Wesentlichen auf den Bereich, den wir heute diskutieren, beschränken, bei dem ich - um es auch so deutlich zu sagen - sehe, dass noch etwas zu retten ist bzw. bei dem ich jedenfalls noch Diskussionsbedarf sehe hinsichtlich der Frage, ob wir hier nicht noch gesetzgeberisch tätig werden sollten. Deshalb stelle ich meine Frage an Herrn Frind zu § 14 InsO, der Frage des Antragsrechts, und zwar als Reaktion auf die Äußerung von Frau Schmidt, die hier sicherlich keinen einfachen Stand mit ihrer Position hat: Sie haben vorhin die Praxis der Finanzämter bezüglich der Antragstellung kritisiert. Vielleicht können Sie ein Wort aus Ihrer Sicht sagen – wenn Sie da Erfahrungswerte haben – was nicht den Fiskus, sondern die Parafiski, also die Sozialversicherungsträger anbelangt. Ist zu ihnen vielleicht etwas Positiveres sagen? Stellen sie die Anträge etwas früher, oder müssen Sie aus Sicht der Praxis die gleichen zeitlichen Verzögerungen kritisieren? Meine zweite Frage richtet sich

ebenfalls an Sie sowie an Herrn Prof. Dr. Hirte: Wie könnte man durch eine Änderung des § 14 InsO gegebenenfalls sicherstellen, dass Fiskus und Parafiski ihr Antragsrecht nicht nur als Druckmittel missbrauchen, um die Befriedigung ihrer eigenen Forderungen zu erreichen? Herr Frind, Sie haben bereits eine Andeutung dahingehend gemacht, wie sichergestellt werden kann, dass ihr Antragsrecht auch wirklich im Interesse aller Gläubiger wirkt. Dann habe ich noch eine kurze Frage an Herrn Prof. Dr. Haarmeyer zum Themenkomplex § 55 InsO aus meiner nicht sehr praxiserfahrenen Sicht, weil ich selbst mit Insolvenzrecht bisher wenig oder kaum zu tun hatte: Könnten Sie uns darüber aufklären, warum von der bereits bestehenden Möglichkeit der starken Insolvenzverwaltung in der Praxis so wenig Gebrauch gemacht wird?

Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich habe eine Frage sowohl an Herrn Dr. Fischer als auch an Herrn Dr. Kreft. Zum einen möchte ich Sie bitten, aus Ihrer Sachverständigensicht dazu Stellung zu nehmen, dass ich beim Lesen des Gesetzentwurfs nicht explizit habe herauslesen können, dass dieser Entwurf gemacht wurde, um dem Fiskus und dem sozialen Sicherungssystem zu helfen; dass man sozusagen erst die politische Vermutung äußern musste, dass dieser Gedanke dahinter stehen könnte. Ist das rein gesetzessystematisch bedingt, da die Insolvenzordnung so abstrakt ist, oder versteckt sich dahinter tatsächlich noch etwas anderes und viel mehr? Meine zweite Frage lautet: Wenn man einmal davon ausgeht, dass es freiwillige Gläubiger und Zwangsgläubiger gibt – wie der Fiskus und die sozialen Sicherungssysteme es zu sein behaupten: Halten Sie die sich für die so genannten Zwangsgläubiger ergebenden Nachteile für kongruent abgedeckt durch den Vorteil, den sie aufgrund des vorliegenden Gesetzentwurfs haben werden, dass nämlich ihre befriedigten Ansprüche weniger angefochten werden können als andere? Ist das die richtige Antwort auf ein Problem – wenn es ein Problem gibt –, und welche wäre unter Umständen die bessere Antwort?

Jörn Wunderlich (DIE LINKE.): Ich habe zwei Fragen an Herrn Dr. Fischer und Herrn Prof. Dr. Haarmeyer: Welche Folgen führt die Regelung herbei, die die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung in dem Bereich der Insolvenzanfechtung der inkongruenten Deckung zu entziehen beabsichtigt? Gibt es Argumente aus der

gefestigten Rechtsprechung, dass die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung in einer Zeit der Krise als Fall der inkongruenten Deckung behandelt werden kann?

Zu meiner zweiten Frage: Die Motivation der anvisierten Regelung ist nach der Begründung des Entwurfs die langfristige finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme. Die Frage geht in die Richtung der Äußerungen des Kollegen Montag, der das ja auch schon angesprochen hat; aus unserer Sicht ist das Interesse der Allgemeinheit auch hoch zu bewerten. Aber wie bewerten Sie in diesem Zusammenhang die Nachhaltigkeit des vorgeschlagenen Regelungskonzepts? Wird die Bevorzugung der Sozialversicherungssysteme und des Fiskus letztlich den Grundsätzen der Insolvenzordnung gerecht?

Christian Ahrendt (FDP): Vielen Dank Herr Vorsitzender, dass ich als Gast in diesem Ausschuss das Wort erhalte. Ich habe drei Fragen, und meine erste Frage richtet sich zunächst an Herrn Frind als Vertreter der Praxis: Sie haben für die vorgeschlagene Änderung des § 14 InsO plädiert. Ich meine, hier wird man auch noch ein Problem ins Auge fassen müssen, was die so genannten Drückanträge angeht, das heißt, Fälle, bei denen der Schuldner über den Insolvenzantrag zur Zahlung motiviert werden soll. Wir haben – zumindest ist das meine praktische Erfahrung – oftmals die Situation, dass gerade die Krankenkassen mit Insolvenzanträgen sehr mutig sind; sie sind auch sehr schnell bei deren Rücknahme – unabhängig davon, ob schon ein vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt worden ist oder nicht –, sofern sie denn Zahlungen auf ihre offenen Forderungen erhalten haben. Daraus resultiert auch ein Großteil der Anfechtungen. Insofern muss man sich überlegen, ob es hier nicht sinnvoll wäre, von dem ansonsten im Insolvenzrecht verankerten Antragsgrundsatz zum so genannten Ermittlungsgrundsatz zu wechseln, was die Weiterermittlung der Frage angeht, ob Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegen.

Die zweite Frage richtet sich an Herrn Hauser: Sie haben § 55 Abs. 2 InsO-E beschrieben. Meiner Erinnerung nach ist es ein wesentliches Sanierungsinstrument gerade des vorläufigen Insolvenzverwalters, durch eine so genannte Insolvenzgeldfinanzierung das Unternehmen zu stabilisieren und über die restlichen Monate, wo noch keine Lohnzahlungen rückständig sind, erst einmal weiter arbeiten zu können, Aufträge nicht zu verlieren und damit einen Status Quo zu erreichen, in dem das insolvente Unternehmen dann im eröffneten Verfahren gegebenenfalls

saniert werden kann, sofern sich die Perspektiven hierzu ergeben. Wenn ich die Vorschrift richtig verstehe, würden gerade auch die Mittel, die Sie von der Bundesanstalt für Arbeit als Insolvenzverwalter erhalten, anschließend zu Masseverbindlichkeiten werden, so dass Sie ein anschließendes erhebliches Finanzierungsproblem haben. Zum Thema Krankenkasse möchte ich nochmals ansprechen, dass die Krankenkassen meines Erachtens ausreichend über § 266a StGB geschützt sind, weil sie gerade bei Kapitalgesellschaften die Möglichkeit haben, die nicht gezahlten Arbeitgeberbeiträge über den Strafrechts- und den Deliktstatbestand einzuziehen. Im Grunde genommen haben sie hierdurch ein ausreichendes Schutzinstrument, das sie im Vergleich zu den übrigen Gläubigern bereits besserstellt.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Ich gehe davon aus, dass die letzte Frage an Frau Schmidt gerichtet war?

Christian Ahrendt (FDP): Ja.

Dr. Hans-Ulrich Krüger (SPD): Danke, Herr Vorsitzender, dass auch ich als Gast eine Frage stellen darf. Meine Frage ist an Herrn Dr. Fischer und Herrn Prof. Dr. Huber gerichtet und betrifft nur einen kleinen Teil des Gesetzgebungsvorhabens, nämlich Art. 5 Gesetzentwurf. Darin ist formuliert, dass die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Anteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag als aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht gilt. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf ein bestimmtes Brutto-Entgelt, welches mit den anteiligen Sozialversicherungsbeiträgen belastet ist. Inwieweit ist es zwingend erforderlich, dass nach den §§ 129 ff. InsO die Anfechtung des Insolvenzverwalters auch diesen Teil des Bruttoentgelts ausmachenden anteiligen Sozialversicherungsbeitrages erfasst, bzw. warum darf dieses dann nicht im Sinne des Art. 5 Gesetzentwurf durch eine Änderung oder Klarstellung im Sozialgesetzbuch mit verankert werden?

Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP): Ich habe eine Frage an Herrn Hauser: Herr Hauser, könnten Sie – auch im Zusammenhang mit den an Sie gerichteten Fragen und Ihrer Positionierung zu den vorgeschlagenen Änderungen des § 55 Abs. 2 InsO – etwas zu der in einem anderen Gesetzentwurf geplanten

Änderung des § 251 AO sagen? Auch dort ist die Privilegierung des Fiskus vorgesehen, und dies spielt meines Erachtens im Zusammenhang mit unserer sachlichen Beratung eine ganz entscheidende Rolle. Meine nächste Frage richtet sich an Herrn Taubert: Können Sie aus Ihrer Praxiserfahrung belegen, wie nach Ihrer Einschätzung gerade durch die vorgeschlagenen Änderungen in Ihrem Bereich – dem Zuliefererbereich, dem Handwerkerbereich – Benachteiligungen entstehen könnten? Wie sind Ihre Erfahrungen nach geltendem Recht? Und wo wird gerade für die, die noch Gläubigeransprüche aus Lieferungen haben und diese nicht mehr nach Änderungen der damaligen Insolvenzordnung durch Vorrechte haben absichern können, eine Situation eintreten, in der sie kaum noch eine Chance haben werden, jemals zu einer Befriedigung zu kommen? Dann möchte ich noch eine letzte Bemerkung machen: Ich muss ehrlich sagen, ich habe nach 16 Jahren im Deutschen Bundestag noch nicht eine Anhörung erlebt, die hinsichtlich eines Gesetzentwurfs der Bundesregierung so vernichtend war.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Meiner Erinnerung nach hat es sogar schon mehrere gegeben – vielleicht gehört die heutige auch dazu.

Dirk Manzewski (SPD): Die Frage der Kollegin Leutheusser-Schnarrenberger zu § 251 AO hätte ich in der zweiten Runde gestellt. Sie hat nur einen Sachverständigen benannt; wäre es möglich, noch Herrn Prof. Dr. Huber und Herrn Prof. Dr. Haarmeyer dazu zu befragen?

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Wir beginnen erst einmal mit der Antwortrunde. Es beginnt Herr Taubert auf die Frage der Kollegin Leutheusser-Schnarrenberger.

SV Heiko Christian Taubert: Frau Leutheusser-Schnarrenberger, vielen Dank für Ihre Frage zur Benachteiligung des Handwerkers in der Praxis und insbesondere dann, wenn wir die Gesetzmäßigkeiten danach vergleichen, wie sieht es heute aus wie und würde es nach dieser vorgelegten Änderung aussehen: Es ist grundsätzlich heute schon so, dass der Handwerker mit seinem sehr personalintensiven Geschäft – ich sag es mal salopp – oft hinten runter fällt. Er muss seine Arbeitskräfte bezahlen, er muss seine Materialien vorab bezahlen, er verliert das Eigentum an den Materialien

eventuell durch Einbau beim Bauherrn. Er muss lange auf seine Rechnungen warten, wenn er sie überhaupt gezahlt bekommt, dann kriegt er sie nur mit Abzügen gezahlt, es wird mit Mängelansprüchen aufgerechnet – es zieht sich alles relativ lang hin. Wenn gar nicht gezahlt wird, muss sich der Handwerker einen Titel besorgen, und am Ende kann er dann zwangsvollstrecken; und ich hatte vorhin schon bemerkt, dass es den Leuten überhaupt nicht zu vermitteln ist, dass sie unter Umständen Dinge, die sie im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt haben, im Nachhinein wieder rausgeben müssen. Im Endeffekt wird der Handwerker bei einem großen Teil der Fälle darauf verwiesen, im Insolvenzverfahren über die Quote befriedigt zu werden. Der Handwerker hat also ein großes Interesse daran, dass das Insolvenzverfahren eröffnet wird und dass möglichst viele liquide Mittel zur Masse gezogen werden, damit er mit einer möglichst hohen Quote befriedigt werden kann. Wenn jetzt nun durch die hier vorgelegten Änderungen der Insolvenzordnung die Anfechtungsrechte der Insolvenzverwalter derart beschnitten werden, dann bleibt zu vermuten, dass ungefähr 30-40 % der Insolvenzverfahren gar nicht mehr eröffnet werden. Oftmals ist es in der Praxis auch so, dass für den Insolvenzverwalter die so genannten sicheren Anfechtungen – wie eben der Sozialversicherungsträger – zunächst dazu dienen, dass wir uns im vorläufigen Verfahren überhaupt erst auf die Suche nach Masse begeben können, denn diese Ansprüche sichern quasi die Eröffnung des Verfahrens. Ich habe mich im Vorfeld dieser Anhörung mit einigen Praktikern unterhalten. In einem mir geschilderten Fall haben die Insolvenzverwalter ein Konto mit 4.000 Euro gefunden, damit konnten sie dann erstmal loslegen. Im Laufe der Zeit haben sie dann gemerkt, da ist einer in Österreich, der hat noch eine Forderung gegen den Schuldner, der hat aber auch noch drei Bagger von ihm dastehen. Der Schuldner meinte: „Den einen Bagger behalte ich, die anderen zwei kriegt ihr frei Haus nach Berlin geliefert.“ Dadurch waren 160.000 Euro überhaupt erst wieder in der Masse. Das Verfahren wurde eröffnet, und am Ende konnten die Gläubiger mit einer Quote von 10 % befriedigt werden, was zwar eine Ausfallquote von 90 % bedeutet, aber diese 10 % sind immer noch besser als gar nichts. Wenn nun in Zukunft durch die Zahl verminderter eröffneter Verfahren die Gläubiger nicht einmal mehr mit der Insolvenzquote befriedigt werden, dann wird sich das im Handwerk dahingehend auswirken, dass wir unter Umständen mit einer großen Zahl von Folgeinsolvenzen rechnen müssen, und dadurch gehen wieder die so dringend benötigten sozialversicherungspflichtigen Arbeitsplätze verloren.



Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt Frau Schmidt auf die Frage des Kollegen Ahrendt.

SV Heidi Schmidt: Der Schutz des § 266a StGB greift gerade in dieser Situation letztlich zu kurz, denn die Frage ist auf der einen Seite: Hätte denn der Geschäftsführer überhaupt zahlen können, war er rechtlich und tatsächlich in der Lage? Das ist ein Kriterium, das den Schadensersatzanspruch für die Sozialversicherungsträger oft schwierig macht. Was noch viel wichtiger ist: Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 266a StGB besteht gerade dann nicht, wenn die Zahlung, wäre sie geleistet worden, vom Verwalter hätte angefochten werden können, so dass wir hier an der Stelle auch eine Kongruenz haben. Würde man jetzt die Anfechtung der Arbeitnehmeranteile ausnehmen, hätte man an der Stelle auch wieder das, was der Gesetzgeber ursprünglich wollte. Ein dritter Punkt ist, dass im Regelfall bzw. nicht selten auch derjenige, den wir über § 823 Abs. 2 BGB iVm § 266a StGB in Anspruch nehmen könnten, selbst insolvent ist. Insofern geht der Anspruch derzeit oft ins Leere.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt hat das Wort Herr Dr. Kreft auf die Frage des Kollegen Montag.

SV Dr. Gerhart Kreft: Zur Frage, weshalb der Gesetzentwurf den Interessen von Sozialversicherungsträgern und Fiskus dient: Wenn die Arbeitnehmerbeiträge wie in Art. 5 des Gesetzentwurfs ausgenommen werden, dann liegt das, so meine ich, auf der Hand; das gilt sowohl für den Sozialversicherungsträger als auch für die Lohnsteuer. Dazu vielleicht ein Wort aus meiner Sicht: Es wird immer so getan, als ob sich um das Eigentum des Arbeitnehmers handele, das hier an den Fiskus oder an die Sozialversicherungsträger fließt. Das ist so nicht ganz richtig, denn es fließt aus dem Vermögen des Arbeitgebers. Wir müssen uns die Situation vorstellen, wie es wäre, wenn kein unmittelbarer Leistungszwang zur Zahlung an den Fiskus oder die Sozialversicherungsträger bestünde. Dann würde an die Arbeitnehmer gezahlt, und diese hätten weiter zu zahlen, wie es auch bei dem normalen Lohn der Fall ist. Wenn ein Arbeitgeber in der Krise an seinen Arbeitnehmer zahlt, dann ist es anfechtbar, wenn es sich um Rückstände handelt. Es ist nur unter dem Gesichtspunkt des Bargeschäftes, § 142 InsO, nicht anfechtbar, wenn es in

unmittelbarem Zusammenhang kongruent an den Arbeitnehmer geleistet wird. Das gilt natürlich hier insbesondere auch für rückständigen Lohn, das entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und unserer Vorstellung. Das heißt, wenn also auch der Brutto-Lohn an den Arbeitnehmer gezahlt würde, müsste er zurückzahlen, wenn er unter den Voraussetzungen der §§ 130, insbesondere 131 InsO Dinge erhält. Jetzt kommt der Durchmarsch, sozusagen die Verkürzung des Weges. Diese Verkürzung dient der Nachhaltigkeit und der Verwaltungsvereinfachung – zu nichts sonst. Und jetzt nimmt man von dem ganzen Lohn, der an den Arbeitnehmer gezahlt wird, zu Gunsten des Arbeitnehmers die Arbeitnehmeranteile heraus und sagt, das soll jetzt allerdings nicht anfechtbar sein. Das ist meines Erachtens ein klarer Verstoß gegen das System in unserem Insolvenzrecht.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt hat das Wort Herr Prof. Dr. Huber auf die Fragen der Kollegen Manzewski und Dr. Krüger. Bitteschön.

SV Prof. Dr. Michael Huber: Zunächst zur Frage zur Gleichbehandlung. Tatsächlich dient § 131 InsO der Gleichbehandlung aller Gläubiger. Ein Gläubiger, der einen Vollstreckungstitel hat, darf deshalb nicht gleich behandelt werden, es sei denn, er ist darüber hinaus grundpfandrechtlich gesichert, oder er hat ein anfechtungsfestes Pfändungspfandrecht erworben. Ansonsten hat er keinen Vorteil aus dem Titel. Das ist das Prinzip der Insolvenzordnung, das dort niedergelegt ist. Wenn dies bei der Inkongruenzanfechtung geändert würde, würde das bedeuten, dass ein Gläubiger – egal ob Fiskus, Sozialversicherungsträger oder privater Gläubiger – allein deshalb, weil er zufällig vor Insolvenzeröffnung einen Titel erlangt hat, besser gestellt ist, denn ihm gegenüber würde ja die Anfechtbarkeit erheblich erschwert, wenn nicht sogar ausgeschlossen. Das ist aus meiner Sicht ein grundlegender Verstoß gegen die Prinzipien der Insolvenzordnung, dem man nicht beitreten kann. Deswegen ist aus meiner Sicht auch das Argument mit der Zwangsgläubigerschaft anfechtungsrechtlich nicht tragbar, denn auch ein Pflicht- oder Zwangsgläubiger muss eben bei Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag stellen, so einfach ist das. Dann hat er seine Pflicht erfüllt und hat es ausgeglichen, dass er sich seinen Schuldner nicht aussuchen kann. Aber es kann für diesen Umstand keine Privilegierung geben.

Wenn ich dann auf die Frage von Herrn Dr. Krüger antworten darf: Entschuldigen Sie bitte, Herr Dr. Kreft, aber ich muss ehrlich sagen, dass ich etwas anderer Ansicht als Sie bin, der geplanten Änderung durch Art. 5 und Art. 4 Gesetzentwurf stehe ich nicht so kritisch gegenüber. Es würde sich in diesem Fall manches Problem in der Praxis lösen. Man darf nicht vergessen: Die Rechtsprechung des 9. Zivilsenates des BGH widerspricht zum Teil dem 5. Strafsenat, was die Strafbarkeit der Abführung dieser Gesamtversicherungsbeiträge anbelangt, sie widerspricht zum Teil dem Bundesarbeitsgericht, und sie widerspricht dem 7. Senat des Bundesfinanzhofes. Wenn sich der Rechtsausschuss hier zu einer Empfehlung durchringen könnte, diesen Teil passieren zu lassen, würde den von mir genannten obersten Gerichten der Gang zum gemeinsamen Gerichtshof aller obersten Gerichtshöfe erspart bleiben – was wir natürlich als Zuschauer eines solchen Schaukampfes bedauern würden, aber das Problem wäre gelöst.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Herr Prof. Dr. Hirte, Sie haben jetzt das Wort auf die Frage des Kollegen Dr. Krings.

SV Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M.: Die Frage von Herrn Dr. Krings bezog sich auf § 14 InsO. Es ist mehrfach schon angeklungen, dass das entscheidende Ziel sein sollte, materiell insolvente Unternehmen aus dem Verkehr zu ziehen, und zwar möglichst frühzeitig. Wenn am Ende keine Masse mehr da ist, ist das letztlich unser aller Gläubigerproblem. Wie erreichen wir die frühzeitige Insolvenzantragstellung? Wir haben, daran glauben die Gesellschaftsrechtler – noch –, die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleitungsorgane. Nur funktioniert das nicht, denn dies ist nämlich letztlich nur ein Haftungstatbestand, die Norm wird nicht beachtet, nicht durchgesetzt, und am Ende versucht man auf dieser Grundlage eine Haftung zu kreieren. Die Alternative ist, dass die Gläubiger das selbst in die Hand nehmen können; und das ist ja das, was die Sozialversicherungsträger auch behaupten zu tun – da gehen die Meinungen allerdings auseinander. Meine Information ist, sie tun es nicht in dem Umfang, wie Sie es hier sagen. Das aber zu stützen, wäre meines Erachtens ein richtiger Ansatz, und zwar nicht als spezifische Regelung – und insofern setzt § 14 InsO an der richtigen Stelle an –, sondern als eine Regelung für alle Gläubiger. Man kann in § 14 InsO meines Erachtens an zwei Stellschrauben drehen: Das eine ist das, was die Regierung vorgeschlagen hat, dass nämlich der Antrag, der einmal

mit rechtlichem Interesse gestellt ist, zulässig bleibt, auch wenn er zurückgezogen wird. Und der zweite Punkt ist die Glaubhaftmachung des materiellen Insolvenzgrundes. Sie müssen sich Folgendes klarmachen: Als einzelner Gläubiger müssen Sie den Vortrag erbringen, dass der Schuldner insgesamt insolvent ist. Es reicht nicht aus zu behaupten, dass er Ihnen nichts gezahlt hat, sondern Sie müssen zeigen, dass er insgesamt, über einen großen Zeitraum hinweg, allen Gläubigern gegenüber nicht gezahlt hat; das ist ein extrem schwieriger Nachweis. Diese Schwelle für die Glaubhaftmachung herabzusetzen oder durch eine Vermutung zu ersetzen, zu sagen: Einige tausend Euro wurden für soundso viele Wochen nicht gezahlt, begründet die Vermutung, dass der materielle Insolvenzgrund vorliegt. Das ist das, was andere Länder machen und das den Druck, insolvente Unternehmen aus dem Verkehr zu ziehen, deutlich beschleunigen könnte. Das ist mittelbar auch eine Antwort auf Ihre Frage, warum steht in dem Gesetzentwurf nirgendwo etwas von Sozialversicherungsträgern drin? Das ist natürlich geschickte Legistik, Art. 3 GG zu umspielen und noch ein paar andere Gruppen aufzunehmen, sonst würde man natürlich ständig dem Vorwurf „Art. 3 GG“ ausgesetzt sein; es steht in der Begründung drin, aber das ist der Grund, warum es nicht im Sondergesetz steht – jedenfalls nach meiner Einschätzung. Das wäre der Ansatz, an der Glaubhaftmachung des Gesamtinsolvenzgrundes alternativ oder zusätzlich zu drehen und den § 14 InsO zu erleichtern.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt hat das Wort Herr Hauser auf die Fragen der Kollegen Ahrendt und Leutheusser-Schnarrenberger.

SV Wolfgang Hauser: Herr Ahrendt, auf Ihre Frage hin muss ich zunächst noch einmal den Gesetzentwurf durchlesen, ich ging bisher – ich weiß nicht warum – davon aus, dass der bisherige Absatz 2 des § 55 InsO zum neuen Absatz 3 wird. Wahrscheinlich hab ich das in irgendeiner der nichtamtlichen Vorinformationen zu dieser Gesetzesänderung, die aus den verschiedensten Ecken der damaligen Bundesregierung kam, gelesen. In der Tat ist es wohl so, dass auch das, was im jetzigen Absatz 2 drin steht, nämlich der Übergang der Forderungen der Arbeitnehmer auf die Bundesagentur, offensichtlich nunmehr zu Masseschulden werden soll. Bisher durfte man bei der Anordnung eines starken Verwalters aufgrund der gesetzlichen Lage dieses Finanzierungsinstitut zulässigerweise verwenden. Es

war auch nach den früheren Begründungen durchaus gewollt, dass sich Masse bildet und dass wir die Möglichkeit bekommen, durch diese Schonfrist weitere Voraussetzungen für eine eventuelle Sanierung des Unternehmens zu schaffen. Das wird wohl in Zukunft auch nicht mehr möglich sein, so dass § 55 Abs. 2 InsO in seiner jetzigen Form immer mehr schlechthin das Problem der Sanierbarkeit und der Fortführung von Unternehmen sein wird. Es wird sich nämlich niemand mehr dazu finden. Anbei noch eine andere kurze Bemerkung: Die bisherige Handhabung sagt ja nicht, dass ein vorläufiger Insolvenzverwalter alles veranlassen bzw. dem zustimmen kann, wonach ihm der Sinn steht. Er darf es natürlich nur im Hinblick auf die Eröffnung des Verfahrens und auf die Sanierung des Unternehmens. Dass es hier nicht um Willkür geht, habe ich bis jetzt als selbstverständlich vorausgesetzt. Aber wenn ich nunmehr auch die gesamten Instrumentarien der Masseschöpfung aus der Hand geschlagen bekomme, indem ich Masseschulden nach der Eröffnung habe, diese dann zahlen muss und ich für sie letztlich persönlich hafte, dann glaube ich, dass dies das Ende der Sanierung und auch das Ende der Insolvenzgeldvorfinanzierung ist. Welchen Sinn macht es denn noch, die Insolvenzgeldvorfinanzierung durchzuführen, wenn ich nachher nicht versuchen kann, das Unternehmen in geordnete Bahnen zu führen?

Zur zweiten Frage: Wie ich in meinen schriftlichen Ausführungen kurz angerissen habe, scheint mir die Bundesregierung nicht allzu viel Achtung vor Ihrer Tätigkeit hier zu haben. Wenn ich den Handelsblattartikel richtig lese, dann fühle ich mich darin auch bestätigt. Wir können die Diskussion über die Änderung des Abs. 2 des § 55 InsO beenden, wenn Sie als Parlament das Jahressteuergesetz mit den dort versteckten, aber doch von einigen Leuten bemerkten gleichen Absichten, nur im Hinblick auf den Fiskus, verabschieden werden.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt hat das Wort Herr Prof. Dr. Haarmeyer auf die Fragen der Kollegen Manzewski, Dr. Krings und Wunderlich.

SV Prof. Dr. Hans Haarmeyer: Zu Ihrer Frage, Herr Manzewski: Zunächst einmal ist zur angeblichen Herstellung der Gleichbehandlung ja schon einiges gesagt worden. Wir haben im Prinzip mit Frau Schmidt stellvertretend eine Vertreterin jener Gläubiger hier, die über alle Maßen gegenüber allen anderen Gläubigern außergerichtlich privilegiert sind. Es ist der einzige Anspruch, der strafrechtlich

sanktioniert ist. Der Gläubiger selbst ist Titel schaffend – Einsprüche dagegen haben keine aufschiebende Wirkung –, er hat eigene Vollstreckungsabteilungen, das heißt, außergerichtlich sind diese Gläubiger, um deren Privilegierung es jetzt im Insolvenzverfahren geht, so ausgestattet wie keine andere Gläubigergruppe, die es in Deutschland gibt. Jeder Handwerker, jedes Unternehmen wäre froh, wenn sie über diese Mittel verfügten. Der Grund, warum die Vorrechte beseitigt wurden, liegt doch darin, dass man schon bei der Reform 1994 wusste, dass diese Gläubigergruppen – Finanzämter und Sozialversicherungsträger – ähnlich wie die Banken relativ früh einen intimen Einblick über negative Entwicklungen im Unternehmen haben. Man verband damit die Hoffnung, dass diese Gläubiger, wenn sie denn einen schnellen Antrag stellen, unmittelbar dazu beitragen können, dass das Ziel der Insolvenzrechtsreform, nämlich die Erhaltung sanierungsfähiger Unternehmen, sich wesentlich besser umsetzt. Und diese Erwartung ist voll enttäuscht worden. Diese öffentlich-rechtlichen Gläubiger verhalten sich genau so, wie sich jemand verhält, der Vollstreckungsmittel in der Hand hat. Er vollstreckt im Prinzip bis auf den Inhalt der Portokasse, und wenn die Portokasse dann das letzte ist, was da ist, dann geht das Unternehmen mit der Hoffnung auf Abweisung mangels Masse ins Insolvenzverfahren. Das heißt, hier liegt eine Privilegierung von Gläubigern vor, die eine intime Kenntnis der Gesamtumstände haben, die nicht genutzt wird, um in eine frühe Antragstellung hineinzukommen. Und wir reden ja, um das deutlich zu machen – ich habe das in meiner Stellungnahme gesagt – von Promillebeträgen. Hier geht es überhaupt nicht um Beitragsrelevanz! Von einem Promille des gesamten Umsatzsteuereinkommens ist hier die Rede, und selbst wenn man die ungeprüften Zahlen so übernimmt, wie sie sind, handelt es sich um nicht einmal zwei Promille der Gesamtsozialversicherungsbeiträge. Wenn Sie aber einem Unternehmen im Rahmen einer Insolvenz zwei oder drei Prozent seines Umsatzes nehmen, dann ist die Umsatzrendite für ein ganzes Jahr weg; und ein Unternehmen, das 10.000 Euro verliert, muss, um die Umsatzrendite zu halten, möglicherweise das 50-fache umsetzen bei einer Rendite von zwei Prozent. Das heißt, hier geht es überhaupt nicht um die Herstellung von Gleichbehandlung, sondern hier geht es um das Nichtausnutzen einer Privilegierung im Interesse der Gesamtgläubigerschaft.

Herr Dr. Krings, warum wird die schwache Insolvenzverwaltung angeordnet? Es handelt sich schlicht und ergreifend – das würde ich per se so sagen, und Herr Frind mag das möglicherweise aus der Praxis auch so sehen (ich war ja nun auch einige

Jahre Insolvenzrichter) – um ein haftungsrechtliches Problem. Der vorläufige Insolvenzverwalter haftet für die Eingehung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren persönlich. Das heißt, wenn man davon ausgeht, dass ein guter vorläufiger Insolvenzverwalter – Herr Kirchhoff hat das einmal in einem Beitrag gesagt – ungefähr eine Woche benötigt, um in einem Unternehmen feststellen zu können: Wie sind die Strukturen, wie sind die Mittel, was ist da? Wenn er von der ersten Minute an unter der Verpflichtung der persönlichen Inhaftnahme stünde, würde ich jeden Insolvenzverwalter verstehen, der nach dem alten Motto verfährt: Drei Tage Nichtstun vermindert die Haftung, die Probleme erledigen sich von selbst, das Unternehmen ist tot – Haftungsrisiko null. Das haben die Insolvenzgerichte gesehen. Ich glaube, man muss hier nochmals deutlich machen, dass die Begründung von Masseverbindlichkeiten ja kein Scherzfaktor ist. Dieser Rechtsausschuss hat in der 12. Legislaturperiode in einer Zusammensetzung, von der nur noch sehr wenige Mitglieder übrig geblieben sind, dafür gesorgt, dass das Eröffnungsverfahren zu einem wirklichen Sanierungsprüfungsverfahren wird. Das setzt natürlich voraus, dass man dem vorläufiger Verwalter die Möglichkeit verschafft, frei von haftungsrechtlicher Inanspruchnahme zunächst einmal zu prüfen, sind die Sicherungsrechte angreifbar? Wie sind die Banken? Wie haben sie sich im Vorfeld abgesichert? Wie sind die Arbeitsverhältnisse gestaltet? Lohnt sich eine Vorfinanzierung? All dieses soll ja im Eröffnungsverfahren geschehen, und Masseverbindlichkeiten sollen eben nur – so steht es in der Begründung drin! – begründet werden dürfen, wenn sie dem Erhalt oder der Sanierungsfähigkeit des Unternehmens dienen. Das heißt, das Instrument des § 55 InsO ist das zentrale Steuerungsinstrument überhaupt, um ein Unternehmen in eine Sanierungsfähigkeit hineinzuführen. Wenn man dieses Instrument beseitigt, dann denke ich, hätte jeder Verständnis für Herrn Hauser, der sagt, dann macht euren Kram doch alleine. Dann sind wir wieder beim alten Liquidationsrecht. Das mag von dem einen oder anderen gewollt sein, das kann aber nicht so sein.

Herr Wunderlich, zu den Folgen der Anfechtung finden Sie in meiner schriftlichen Stellungnahme das Ergebnis einer Umfrage, die wir vom Deutschen Institut für angewandtes Insolvenzrecht im Vorfeld dieser Anhörung gemacht haben, es wurden 500 Insolvenzverwalter und 50 Richter befragt. Erstaunlicherweise differieren die Einschätzungen nicht sehr stark, sie decken sich in etwa mit dem, was Herr Frind sagt. In einem Viertel aller Verfahren, die heute eröffnet werden, ist die Eröffnung nur

möglich, indem man dem Unternehmen Finanzmittel, die ihm unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften von Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern entzogen worden sind, wieder zuführt. Das heißt, hier wird einfach der normale Rechtszustand wieder hergestellt. Wenn Sie diese Regelung hier machen, können Sie unmittelbar davon ausgehen, dass die jetzt erreichte fast 60%ige Quote wahrscheinlich wieder in Größenordnungen absinkt, wie wir sie zu Konkursordnungszeiten hatten. Dann hätten wir uns die ganze Reform sparen können. Das ist der schlichte Effekt. Wenn die Vorschläge zu §§ 55 und 131 InsO Bestand haben, können Sie von einem zweiten Effekt ausgehen, nämlich dass in einer signifikanten Größenordnung Arbeitsplätze – aus den Umfragen ergibt sich, dass bei etwa 2.500 Unternehmen mit im Schnitt zehn Arbeitskräften ca. 25.000 Arbeitsplätze betroffen wären – schlagartig wegfielen, weil die Unternehmen überhaupt nicht mehr in die Sanierungsfähigkeit hineingeführt werden können. Das heißt, das gesamte Eröffnungsverfahren, das sich dieser Ausschuss in der 12. Legislaturperiode auf die Fahne geschrieben hat, können Sie schlicht und ergreifend in die Tonne hauen. Wir sind dann wieder zurück in konkursordnungsrechtlichen Zeiten, und ich kann mir nicht vorstellen, dass irgendjemand dies ernsthaft will, zumal es eben nicht um Beitragsstabilität geht. Hier geht es schlicht und ergreifend um politische Interessen. Diejenigen, die aus der letzten Legislaturperiode noch wissen, wie dieses Gesetzesvorhaben dem BMJ gegen seinen Willen aufs Auge gedrückt worden ist, der weiß, dass es hier schlicht und ergreifend nicht um Beitragsrelevanz geht, dazu sind die Größenordnungen auch nicht angetan. Nein, es geht um einen Einbruch in ein System, das beide öffentlich-rechtlichen Gläubiger von Anfang an abgelehnt haben. Wir erinnern uns an die ersten Jahre der Auseinandersetzung, als die Finanzämter bestritten haben, dass Insolvenzgerichte ihre Zustimmungsverweigerung zum Schuldenbereinigungsplan überhaupt ersetzen können: „Das dürfen die nicht, weil wir Finanzämter sind, und unsere Zustimmung kann niemand ersetzen“. Das heißt, wir bewegen uns ja – Sie wissen es selber auch – in einer langen Kette von Entwicklungen, und ich kann an dieser Stelle nur sagen: Wenn man diese Tür hier aufmacht – und das muss man, so meine ich, in dieser Deutlichkeit sagen –, kriegen Sie diese Tür nie wieder zu. Die nächsten, die kommen sind die Haftpflichtversicherungen, die auch sagen werden, wir sind Pflichtversicherer, wir müssen das tun, wir können uns die nicht aussuchen. Dann kommen die Kreditversicherer mit dem gleichen Argument und sagen: Wir stehen doch sozusagen für die Gesamtheit gerade. Dass dann über kurz oder lang



auch die Banken kommen, ist nur noch eine Frage der Zeit. Wenn der Gesetzgeber also an dieser Stelle die Tür aufmacht für die Bevorzugung einzelner Gläubigergruppen, dann können Sie gleichzeitig die Tür zu einem sanierenden Insolvenzrecht zuschlagen.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt Herr Frind auf die Fragen der Kollegen Manzewski, Dr. Krings und Ahrendt.

SV Frank Frind: Noch einmal zur Praxis des Antragsverhaltens der Sozialversicherungsträger: Ich bin seit 11 Jahren Insolvenzrichter, und seit diesen 11 Jahren – und meine Erinnerung reicht noch zurück in die Zeiten der Konkursordnung – hat sich das Antragsverhalten der Sozialversicherungsträger nur insoweit geändert, dass inzwischen mehr Anträge gestellt werden, diese aber genauso spät wie früher. Sie müssen sich das vorstellen: Ein solcher Antrag ist ja mit einer Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit zu unterlegen. Bei der Glaubhaftmachung der Forderung gehen die Forderungsaufstellungen teilweise über zwei Seiten. Das liegt daran, dass die Forderungen eben ein Jahr, eineinhalb Jahre zurückliegen. Wenn ich von der Kollegin Schmidt hier höre, dass die AOK eine Dienstanweisung hat, nach drei Monaten Rückstand einen Antrag zu stellen, so nehme ich dies mit Verwunderung zur Kenntnis, denn es entspricht nicht meiner Erfahrung, auch nicht der meiner Kollegen. Lassen Sie uns für einen Moment in die Mechanik dieser Gesetzgebung einsteigen: Der Vorschlag zu § 14 InsO, der hier auf dem Tisch liegt, ist natürlich ein Scheinvorschlag – darüber müssen wir uns im Klaren sein. Da steht ein Satz: „Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass der Schuldner nach Antragstellung die Forderung erfüllt.“ Jetzt müssen wir uns im Klaren sein, was damit gemeint ist: Hier ist ins Belieben des Antragstellers gestellt, ob er den Antrag aufrecht erhält oder nicht. Und jetzt kommen wir zu Ihrer Frage mit dem Druckertrag. Wenn man Ihnen im Insolvenzeröffnungsverfahren Geld gibt und Sie entweder die Möglichkeit haben, den Antrag zurückzunehmen mit der Möglichkeit, vielleicht kommt keiner, der anfecht, oder aber mit der Möglichkeit, ich erhalte den Antrag aufrecht, dann geht das Verfahren in die Eröffnung, und dann wird man mir durch die Anfechtung das Geld, das ich gerade bekomme habe, wieder wegnehmen. Welche Variante werden Sie wohl wählen? Sie dürfen natürlich bei der Änderung des § 14 InsO – und ich bin der Meinung, das muss in § 13 Abs. 2 InsO geregelt werden – es nicht ins Belieben des

Fremdantragstellers stellen, ob er den Antrag aufrecht erhält oder nicht. Ich hab Ihnen auf Seite 14 der Zusammenstellung der Stellungnahmen einen Formulierungsvorschlag gemacht, dass dann, wenn ein solches Antragsverfahren abgeschlossen worden ist, das Insolvenzgericht auch bei einer Erledigungserklärung von Amts wegen zu prüfen hat, ob Zahlungsunfähigkeit gegeben ist. Natürlich; Herr Hauser, geht es um den Insolvenzgrund. Es liegt in der Mechanik der richterlichen Arbeitsweise, dass sich der Schuldner auf die Zustellung des Antrages sowieso nicht rührt. Sie haben eine Stellungnahmefrist von einer Woche, und nach einer Woche ist gar nichts da. Dann setzen wir einen Sachverständigen ein, und dann passiert das, was Sie mit Druckertrag meinen: Dann geht das Geheule und Gejammer los. Dann sitzt der Sozialversicherungsträger bei mir am Telefon und sagt: Ach, Herr Frind, Sie haben schon einen vorläufigen Verwalter bestellt, was würden Sie denn machen, wenn wir das Geld jetzt annehmen und für erledigt erklären? Ich sage: Ja, dann bekommt ihr die Kosten, weil eure Erledigungserklärung nach §§ 24, 81 InsO unwirksam ist, da nicht mit seiner Zustimmung gezahlt worden ist. Dann kommt die Frage: Ach Herr Frind, geht das nicht anders? Nun hat natürlich der Sozialversicherungsträger – und deswegen hat Frau Schmidt hier eine schlechte Position – das Problem, dass die Schuldner teilweise mit einem Koffer Bargeld kommen, das sie noch bei Verwandten oder aus Tochterunternehmen geholt haben, und den Koffer dem Sozialversicherungsträger auf den Tisch knallen. Was soll denn der Sachbearbeiter des Sozialversicherungsträgers dann machen? Er kann ja nicht sagen: Igitt, geh weg mit dem ekligen Geld. Er muss es ja annehmen. Deswegen müssen wir gesetzmäßig eine Möglichkeit schaffen, wie wir dieses Verfahren dann in ein amtswegiges Verfahren umgestalten können. Wir brechen dann natürlich die Dispositionsmaxime, aber wir brechen sie deswegen, weil wir anders nicht zu einer gesunden Ermittlungsgrundlage kommen. Nur so haben unsere Gutachter und vorläufigen Insolvenzverwalter binnen 14 Tagen eine ganz klare Stellungnahme, ob das Unternehmen zahlungsunfähig ist. Zum Abschluss gilt der alte Grundsatz „they never come back“ in abgewandelter Form, nämlich „they ever come back“: Ich habe noch nie einen Antrag gesehen, der durch einen Sozialversicherungsträger abgeschlossen und für erledigt erklärt worden ist, bei dem dieses schuldnerische Unternehmen nicht im Laufe von ein bis zwei Jahren wiedergekommen wäre. Das heißt, es ergeben sich immer Stapelanträge und deswegen meine ich: Lieber vorher prüfen. Und zur Frage von Ihnen, Herr Manzewski: Ich kann mich dem nur

anschließen. Natürlich ist der Gleichbehandlungsgrundsatz gefährdet, und natürlich sind die Sozialkassen hier bevorzugt. Ich hab noch nie einen Gesetzentwurf gelesen wie den vorliegenden, bei dem in der Begründung genau das Gegenteil von dem steht, was im Gesetzeswortlaut formuliert ist. In der Begründung steht überall, Sozialkassen bevorzugen, Finanzämter bevorzugen –im Wortlaut steht davon kein Wort. Ich weiß nicht, ob man sich das antun muss.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Abschließend in dieser Runde hat jetzt das Wort Herr Dr. Fischer auf die Fragen der Kollegen Montag, Wunderlich und Dr. Krüger.

SV Dr. Gero Fischer: Zur ersten Frage, ob hier ein etwaiger Nachteil der Zwangsgläubiger angemessen ausgeglichen worden ist: Ich meine, das haben meine Vorredner im Wesentlichen beantwortet, ich kann mich dem nur anschließen. Es ist zwar richtig, dass die Sozialversicherungsträger und letztlich auch der Fiskus Zwangsgläubiger sind, sie können sich das nicht aussuchen. Diese Nachteile sind aber aus meiner Sicht schon dadurch kongruent abgedeckt, dass sie zum einen wesentlich schneller die Vollstreckung erlangen können und zum anderen auch, und das ist ein ganz wesentlicher Punkt, dass sie einen wesentlich besseren Einblick in das Unternehmen des Schuldners haben als der sonstige Einzelgläubiger. Bei den Sozialversicherungsträgern kommt dann ohnehin noch, auch das ist schon angesprochen worden, der Schutz durch § 266a StGB hinzu. Die Antwort in diesem Bereich kann nur lauten: Man muss bei § 14 InsO – oder wie Herr Frind vorschlägt, bei § 13 Abs. 2 InsO – ausschließen, dass diese Stapelanträge kommen. Vor einiger Zeit wurde ich zu einer Versammlung von Mitarbeitern von Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern eingeladen. Dort wurde natürlich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Anfechtungsrecht diskutiert. Interessanterweise ergab sich aus der zunächst etwas angespannten Atmosphäre, dass die Praktiker alle sagten: „Wissen Sie, das Schlimme ist für uns Folgendes: Wenn wir einen Antrag stellen, wird bezahlt, anschließend stellen wir dann wieder einen neuen Antrag, der wird nochmals bezahlt, und wir können ja nichts machen, wenn die bezahlen.“ Ich halte es daher für den richtigen Ansatz zu überlegen, wie man die Dispositionsmaxime in gewisser Form einschränken kann. Ich möchte allerdings etwas zu bedenken geben, auch wenn es in der Regel nicht die öffentlich-rechtlichen Gläubiger betreffen wird:

Man öffnet damit natürlich jemandem die Möglichkeit zu sagen: „Och, mein Schuldner hat jetzt vier Wochen nicht bezahlt, ich stelle einfach mal einen Insolvenzantrag“ – obwohl der Gläubiger im Grunde weiß, dass der Schuldner eigentlich nur zahlungsunwillig ist. Und ob man tatsächlich schon auf jeden Antrag hin, also selbst dann, wenn die Zahlung alsbald kommt, sofort das amtswegige Verfahren einleitet, oder ob man nicht doch noch gewisse Einschränkungen vornehmen müsste – beispielsweise wenn ein wiederholter Antrag kommt oder Ähnliches –, das sollte man für meine Begriffe überlegen. Aber im Grundansatz stimme ich den Überlegungen zu, bei § 13 oder § 14 InsO Änderungen vorzunehmen, und insoweit halte ich es auch für richtig, dass sich der Gesetzgeber hier Möglichkeiten überlegt.

Herr Wunderlich, Sie hatten hauptsächlich das Problem der inkongruenten Deckung und der Zwangsvollstreckung angesprochen. Vielleicht kurz vorweg, was heißt „inkongruent“? Es heißt, der Gläubiger hat etwas bekommen, das ihm entweder gar nicht zusteht oder nicht zu dieser Zeit oder nicht in dieser Art. Wenn man das hört, denkt man sofort: Na gut, wenn er einen zwangsvollstreckungsrechtlichen Titel hat, dann ist das doch kongruent. Nun schreibt die Entwurfsbegründung, trotzdem stehe die ganz herrschende Meinung auf dem Standpunkt, jede Erfüllung durch Zwangsvollstreckung sei inkongruent. Das ist handgreiflich falsch. Selbstverständlich sieht die Rechtsprechung grundsätzlich eine Erfüllung durch Zwangsvollstreckung als eine kongruente Handlung an. Sie sieht sie nur dann nicht als kongruente Handlung an, wenn es um die letzten drei Monate vor dem Antrag geht. Es geht nur um diesen Zeitpunkt. Warum diese letzten drei Monate? Weil der Gesetzgeber hier praktisch eine Vermutung begründet hat, dass die Krise spätestens drei Monate vor dem Antrag beginnt. In dem Moment müssen wir sagen: Wenn die Krise beginnt, dann geraten einerseits das Prioritätsprinzip der Zwangsvollstreckung – wo es darum geht, dass der Schnellste gewinnt – und andererseits das Prinzip der Insolvenzordnung, die Gleichbehandlung der Gläubiger, miteinander in Konflikt. Hieraus ergibt sich die Rechtsprechung, die sagt: Zwangsvollstreckungen im Laufe dieser letzten drei Monate sind inkongruent, alles davor ist selbstverständlich kongruent. Vor allen Dingen muss man eines sehen: Das ist im Grunde gar nichts Neues. Auch die Konkursordnung hat schon die Zwangsvollstreckung in der Krise als eine inkongruente Handlung betrachtet, und zwar, wie die Entwurfsbegründung richtig sagt, auf Grund eines Urteils des Reichsgerichts aus dem Jahre 1883, also schon

115 Jahre lang, bevor die Insolvenzordnung in Kraft getreten ist. Die Rechtsprechung hat damals nur die Krise anders bestimmt, sie hat gesagt, 10 Tage vor der Zahlungseinstellung. Das bedeutete, man musste umfangreiche tatsächliche Ermittlungen machen. Das war entsprechend schwierig. Jetzt hat man den klaren Bereich der drei Monate – das ist im Grunde der einzige Unterschied. Das bedeutet: Das, was der Gesetzentwurf will, wäre nicht etwa ein Zurückkehren zur Konkursordnung, sondern es wäre eine Rückkehr zu einem Zeitpunkt vor 1883. Von daher meine ich, und das sage ich ganz persönlich, halte ich gerade die Regelung des § 131 InsO für ganz katastrophal. Das ist aus meiner Sicht der Punkt, der in ganz besonderem Maße erreichen wird, dass es eben doch dazu kommt, dass die Gläubiger dann auf Teufel komm raus ihre Titel durchsetzen, der Insolvenzverwalter vor leeren Massen steht und er in großen Teilen nicht mehr die Möglichkeiten hat, das zu Unrecht nach den Grundsätzen des Insolvenzrechts Herausgegebene wieder zurückzuholen.

Schließlich noch ein letztes Wort: Angesprochen wurde auch die Frage des § 28e SGB IV und der entsprechenden Vorschrift bezüglich der Lohnsteuer. Herr Dr. Kreft und Herr Prof. Dr. Huber haben hier etwas unterschiedliche Meinungen vertreten. Ich habe am Ende meiner schriftlichen Stellungnahme gesagt, ich hielte diese Änderung für zwar nicht wünschenswert, aber für immerhin noch vertretbar. Ich möchte das unter einem Gesichtspunkt ergänzen. Die Sache ist rechtlich dann schwierig, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmeranteile an den Sozialversicherungsträger bezahlt, denn dann haben wir im Grunde zwei Leistungsvorgänge: Einmal erbringt er etwas dem Arbeitnehmer gegenüber, er leistet das, was der Arbeitnehmer insoweit von ihm verlangen kann, und er leistet das, was der Arbeitnehmer an Sozialversicherungsbeiträgen schuldet. Es wird also sozusagen in einem kurzen Weg gemacht. Nun muss ich auf diese Frage hin sagen: Natürlich kann man das gesetzlich so regeln, dass man sagt, diese Direktleistung des Arbeitgebers wird gesehen als eine Leistung des Arbeitnehmers, damit liegt eine Leistung des Arbeitnehmers an die Sozialversicherung vor, und wir haben insoweit keine Gläubigerbenachteiligung. Sie müssen nur Folgendes sehen: Das geht dann – und da kann ich Herrn Dr. Kreft nur zustimmen – auf dem Rücken des Arbeitnehmers, denn es ist gleichzeitig eine Leistung an den Arbeitnehmer. Das bedeutet, wenn das hier Gesetz wird, müssen wir zwar sagen, dass man das so regeln kann. Aber nunmehr wird der Insolvenzverwalter den Betrag beim

Arbeitsnehmer anfechten, denn es war eine Leistung an den Arbeitnehmer. Mit anderen Worten: Wenn Sie die vorgeschlagenen Regelungen umsetzen wollen, dann bedeutet das, Sie machen es entweder auf dem Rücken der Arbeitnehmer, oder Sie müssten jetzt noch zusätzlich den Arbeitnehmern einen Vorteil geben – und damit wären wir im Grunde genommen schon in einem erweiterten Einstieg in die Vorrechte, die gerade zu Recht abgeschafft worden sind.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Wir beginnen nun die zweite Fragerunde. Die erste Wortmeldung kommt vom Kollegen Dr. Krings.

Dr. Günter Krings (CDU/CSU): Ich möchte noch einmal kurz auf § 14 InsO eingehen. Die vorgeschlagene Formulierung, dass der Antrag durch die Erfüllung der Forderung nicht unzulässig wird ist ja, wie auch Herr Frind zu Recht ausgeführt hat, noch keine Sicherung dagegen, dass der Antrag nicht doch zurückgenommen wird. Herr Prof. Dr. Hirte, könnten Sie nochmals klarstellen, ob es Sinn machte, die Dispositionsmaxime hier zu durchbrechen und eine Prüfung von Amts wegen vorzusehen? Herr Frind hat sich hierzu schon klar positioniert, daher frage ich Sie auch danach – unabhängig davon, ob eine solche Regelung in § 13 Abs. 2 InsO oder in § 14 InsO einzuführen wäre. In diesem Zusammenhang möchte ich von Herrn Frind wissen, wie wir, auch im Lichte der Ausführungen von Herrn Dr. Fischer, sicherstellen können, dass das nicht zu missbräuchlicher Ausnutzung dieses Rechts führt?

Dann zum Themenkomplex, den die Kollegin Leutheusser-Schnarrenberger zu Recht angesprochen hat: Wir befinden uns bei diesem Gesetzesvorhaben gerade in einer etwas merkwürdigen Situation, und zwar nicht nur vom Inhalt des Gesetzesvorschlags her, sondern auch vom Verfahren. Es droht sozusagen eine Überholung durch das Jahressteuergesetz einzutreten, bei dem diese Frage natürlich eine ganz untergeordnete Bedeutung hat. Von daher finde ich es gut, dass Interesse gezeigt wird seitens der Kollegen vom Finanzausschuss, um sicherzustellen, dass wir hier nicht „l'art pour l'art“ betreiben, uns einmal nett über das Thema unterhalten und uns gemeinsam entrüsten, sondern dass dies vielleicht auch Folgen hat für die weitere Bearbeitung des Jahressteuergesetzes. Daher habe ich eine Frage an Herrn Prof. Dr. Hirte und Herrn Prof. Huber – ich gehe einfach mal davon aus, dass Sie den Vorschlag zu § 251 AO kennen, ansonsten kann die Frage auch gerne an einen

Dritten weitergegeben werden: Hielten Sie es in irgendeiner Form für eine Verbesserung – das ist fast schon eine rhetorische Frage, das gebe ich zu – oder aber für eine Verschlimmbesserung, wenn die betreffende Regelung statt im vorliegenden Gesetzentwurf im Jahressteuergesetz verabschiedet würde?

Dirk Manzewski (SPD): Ich habe drei Fragen. Meine erste Frage richtet sich an Herrn Frind und an Herrn Prof. Dr. Huber: Aus dem Finanzministerium hört man seit einigen Tagen die Argumentation, der schwache vorläufige Verwalter könne keine Masseverbindlichkeiten begründen, und dies sei negativ für die Sanierung von Unternehmen. Ich möchte Sie gerne bitten, zu dieser These Stellung zu nehmen und nochmals zu verdeutlichen, warum in der Vergangenheit der vorläufige schwache Verwalter eigentlich zu Recht eingesetzt worden ist.

Die zweite Frage richtet sich wiederum an Herrn Frind und an Herrn Prof. Dr. Haarmeyer: Würden Sie nochmals deutlich machen bzw. unter Umständen meine Meinung teilen, dass die Sanierungsaussichten für Unternehmen durch die neuen Regelungen stark beeinträchtigt würden?

Meine dritte Frage ähnelt der Frage des Kollegen Dr. Krings, und auch die Kollegin Leutheusser-Schnarrenberger hatte das schon gefragt: Ich möchte gerne von Ihnen, Herr Dr. Fischer und Herr Prof. Haarmeyer wissen, was Sie von dem Versuch halten, parallel die Richtung des § 251 AO einzubringen.

Jörn Wunderlich (DIE LINKE.): Meine Frage schließt mehr oder weniger direkt an die Fragestellung der Kollegen Dr. Krings und Manzewski an: Die Bundesregierung hat in der Gegenäußerung zu den Änderungsvorschlägen eine Regelung vorgeschlagen, nach der der angesprochene § 251 AO um einen Abs. 4 ergänzt werden soll, wie er schon im Jahressteuergesetz 2007 enthalten ist. Ist das aus Ihrer Sicht, Herr Dr. Fischer und Herr Prof. Dr. Haarmeyer, eine positiv zu bewertende Alternative zur Änderung des § 55 Abs. 2 InsO? Und wie bewerten Sie § 55 Abs. 2 InsO hinsichtlich der Entwurfsfassung? Meine zweite Frage richtet sich ebenfalls an Sie: Gibt es aus Ihrer Sicht derzeit überhaupt Bedarf an der Novellierung des Rechts der Insolvenzanfechtung, und falls ja, inwiefern?

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Da es keine weiteren Fragen mehr gibt, beginnen wir nun die abschließende Antwortrunde. Es beginnt Herr Dr. Fischer auf die Fragen der Kollegen Manzewski und Wunderlich.

SV Dr. Gero Fischer: Zu § 251 AO und dem vorgesehenen neuen Abs. 4 möchte ich Folgendes sagen: Die Regelung ist zwar besser als § 55 Abs. 2 InsO-E, weil sie nicht so umfassend ist, aber sie ist in keiner Weise zu befürworten. § 55 Abs. 2 InsO-E ist ganz furchtbar; das ist hier im Einzelnen schon besprochen worden. Die Umsetzung von § 251 Abs. 4 AO würde bedeuten, dass ein Stück dieses Grauens auf uns zukommt, und auch dafür besteht keinerlei Grund: Es würde schlicht durch die Hintertür wieder das Vorrecht aus der Konkursordnung eingeführt und wäre daher strikt abzulehnen. Zur zweiten Frage: Im Insolvenzanfechtungsrecht sehe ich keinerlei Reformbedarf, wenn auch geplante Änderungen in dem Bereich des § 14 InsO ganz klar in Ordnung wären. Insgesamt möchte ich die Gelegenheit nutzen, um einen Appell an Sie zu richten: Wir haben ein neues, interessantes, in vielen Teilen gutes, in manchen Teilen sicher auch nicht unproblematisches umfassendes Recht. Aber es besteht die Gefahr, aus diesem Recht einen ähnlichen Steinbruch zu machen, wie wir es beim Steuerrecht erleben. Ich möchte nicht dahin kommen, dass es bald heißt, Insolvenzgesetz 2007, 2008, 2009. Wir nähern uns dieser Gefahr, und ich möchte deshalb auch den Appell meines Kollegen Dr. Kreft aufgreifen: Man sollte im Grunde genommen die Dinge, die es durchaus zu regeln gibt – das sind ja ganz andere Bereiche wie etwa das Entschuldigungsverfahren –, gründlich und umfassend reformieren, nicht aber in Kleinportionen, denn das verunsichert die Praxis unerhört und wirkt sich auch in seinen Einzelheiten auf die Arbeit des Insolvenzrichters und in besonderem Maße auf die des Insolvenzverwalters aus. Uns, die Revisionsrichter, betrifft das noch am wenigsten. Aber die Praxis der unterinstanzlichen Gerichte wird dadurch ganz erheblich beeinträchtigt. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt Herr Frind auf die Fragen der Kollegen Dr. Krings und Manzewski.

SV Frank Frind: Stellen wir uns einmal vor, wir würden das Insolvenzrecht in der Frage des § 13 bzw. § 14 InsO ändern, dass also das Insolvenzgericht eine



amtswegige Prüfung durchführt – gäbe es dann die vorhin von Herrn Dr. Fischer angesprochene Gefahr eines Missbrauchs? Antwort: Nein. Es gibt mehrere schäumende Rechtsanwälte in Hamburg, die inzwischen schon bis zum Landgericht und zum BGH gegangen sind, weil wir in Hamburg – wie auch andere Insolvenzgerichte – die Anträge derart stark auf ihre Zulässigkeit hin prüfen. Sie können keinen Insolvenzantrag mit der Behauptung stellen, es habe einer vier Tage, vier Wochen, vier Monate nicht gezahlt. Sie brauchen in der Regel einen Titel und einen fruchtlosen Vollstreckungsversuch. Das heißt, diese Hürden müssen Sie zunächst einmal nehmen. Und dann haben wir ja auch eine gute Begründung, um in eine amtswegige Prüfung einzutreten. Denn nur die Tatsache, dass er jetzt die Antragsforderung gezahlt hat, ist keine Glaubhaftmachung der Wiederherstellung seiner Zahlungsfähigkeit. Nein, das wollen wir dann nach unserem Denkansatz durch eine – und das kann ich Ihnen versprechen – sehr rasche amtswegige Prüfung durchsetzen. Denn wenn er eine Woche Stellungnahmefrist hat – das ist bei den deutschen Insolvenzgerichten die Regel –, und nach einer Woche wird schon der Gutachter respektive der vorläufige Verwalter eingesetzt, und der hat ungefähr nach zehn Tagen, zwei Wochen schon sein Ergebnis – wenn wir die Buchhaltung auseinander genommen haben, wissen wir, was los ist. Es geschieht ja keinem lebensfähigen Unternehmen etwas Böses. Ich habe auch schon Anträge abgewiesen, weil der Gutachter sagt: Keine Zahlungsunfähigkeit. Das gibt es – zwar wie gesagt sehr selten, aber das macht der Insolvenzrichter auch.

*(Unverständliche Zwischenfrage)* Nein, wir haben an zwei Stellen weniger Arbeitsanfall: Wir haben keine Stapelanträge mehr, das heißt also, ich kann sozusagen das Unternehmen schon im ersten Durchgang in die Eröffnung führen, und der forensisch tätige Richter, der ZPO-Richter, hat wesentlich weniger Anfechtungsverfahren, weil die späteren dolosen Zahlungen gar nicht mehr geleistet werden würden. Wir würden also die ZPO-Gerichte entlasten, die immer in der Bibliothek sitzen und sagen: Ach Herr Frind, wie geht denn bloß das Anfechtungsrecht?

Zur zweiten Frage: Ist ein schwacher vorläufiger Verwalter ohne Masseverbindlichkeiten sanierungsschädlich? Das ist eine Behauptung, die nicht sieht, wie wir arbeiten. In der Regel setzen wir einen schwachen vorläufigen Verwalter ein, das ist richtig. Wenn er Masseverbindlichkeiten begründen will, muss er sich nach der Rechtsprechung des BGH eine Einzelermächtigung holen. Und jetzt

wird es ganz interessant: Das Insolvenzgericht prüft nun zusammen mit dem vorläufigen Verwalter, ob er diese Masseverbindlichkeit aus der im Moment prognostisch zu erzielenden Masse auch bezahlen kann. Falls ja, dann bekommt er eine Einzelermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten. Das heißt, wir prüfen schon im Eröffnungsverfahren die Sanierungschance und die Frage, ob der Lieferant, der in Anspruch genommen wird, um das Unternehmen weiter am Leben zu erhalten, auch bezahlt werden kann. Etwas Sorgfältigeres als unsere Prognoselage, die wir dann haben, gibt es meines Erachtens gar nicht, um die Sanierungsfähigkeit der Unternehmen zu erhalten, und um vor allen Dingen auch dem Lieferanten ein Stück weit eine Sicherheit zu geben. Welcher Lieferant liefert schon gerne an ein in der Insolvenz befindliches Unternehmen, ohne dass er geprüft und zugesichert bekommen hat, dass das, was er nun liefert, bezahlt werden kann – denn er ist ja schon ausgefallen mit dem, was er früher geliefert hat? Das ist eben der schwache vorläufige Verwalter mit der vom Gericht geprüften Einzelermächtigung. Das hat sich durch die BGH-Rechtsprechung so ergeben, und meines Erachtens ist das ein ganz gesundes Instrumentarium.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Frind. Jetzt Herr Prof. Dr. Haarmeyer auf die Fragen der Kollegen Manzewski und Wunderlich.

SV Prof. Dr. Hans Haarmeyer: Nochmals, Herr Manzewski, zu der Frage der Sanierungsmöglichkeitenbeeinträchtigung. Wenn Sie sich nun genau das Prozedere, das Herr Frind geschildert hat, vorstellen, dann ist das das, was bei den Sozialversicherungsträgern häufig durchscheint: Die Verfahren werden sozusagen nur betrieben für die Vergütung der Verwalter. Das ist legitim in einer politischen Auseinandersetzung. In der Praxis würde ein Verwalter, der die verfügbare Masse des Eröffnungsverfahrens für seine Vergütung verbrät, kein Folgeverfahren mehr bekommen. Soviel Vertrauen sollten wir und müssen wir zu den Gerichten haben, dass das etwas ist, was in der Praxis nicht vorkommt. Das, was vorkommt und was den Sanierungserfolg sichert, ist, dass zu einer Zeit, in der das Unternehmen an einzelne Gläubiger nicht mehr hätte leisten dürfen, dieser Zustand zurückgefahren werden muss. Das heißt, wenn wir uns in der Tendenz darüber einig sind, dass das Praxisproblem ein Problem verspäteter Antragstellung ist, dann kann es aus meiner Sicht ein wesentlicher Gewinn dieser Anhörung sein, wenn wir die Idee zu

§ 13 Abs. 2 und § 14 InsO aufgreifen und damit die Gerichte in massiver Weise entlasten, denn diese Stapelanträge gibt es nicht nur in Hamburg, sondern es gibt bundesweit Tausende solcher Anträge. Das ist das Eine. Zweitens sollte man nochmals über eine Änderung des § 26 Abs. 3 InsO nachdenken, um das, was im Gesellschaftsrecht derzeit diskutiert wird – wie verhindert man die masselosen Insolvenzen? –, auch über das Insolvenzrecht zu begleiten. § 26 Abs. 3 InsO ist in der Praxis gescheitert. Man sollte ihn scharf schalten in der Art und Weise, wie ich das vorgeschlagen habe oder auch die Idee des Kollegen auf dem Juristentag aufgreifen, eine Insolvenzkostendeckungspflichtversicherung einzuführen, das geht alles in die gleiche Richtung. (*unverständlicher Zwischenruf*)... Nein, das weiß ich, aber da, wo das gemeinsame Interesse liegen muss, wenn man Sanierungen erreichen will – und das ist auch die Frage von Herrn Manzewski und auch Ihre Frage: Wir müssen dazu kommen, dass eher die Unternehmen in einen institutionellen Rahmen hineingeführt werden und nicht im Rahmen der Bestattungsunternehmen beerdigt werden. Dazu kann man über das Insolvenzrecht Beiträge leisten. Ich glaube, zu § 251 AO ist alles gesagt: Es ist das Gegenteil von dem, was die Entwicklung im Gesellschaftsrecht ist, nämlich die zentralen Regelungen in der Insolvenzordnung zu treffen. Wir würden stattdessen wieder anfangen, Dinge in einen Bereich auszulagern, in den sie nicht hineingehören. Was den Novellierungsbedarf angeht, sehe ich das genauso: Es gibt keinen Novellierungsbedarf, weil das, was über das Anfechtungsrecht behauptet wird, kein Problem des Anfechtungsrechts, sondern ein Problem der Nichtbefolgung von Antragspflichten und der Nichtwahrnehmung von Antragsrechten der öffentlich-rechtlichen Gläubiger ist.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt Herr Prof. Dr. Hirte auf die Frage des Kollegen Dr. Krings.

SV Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M.: Zunächst zur Frage des § 251 AO: Ob man das in der Abgabenordnung oder auch im SGB regelt, macht keinen Unterschied. Der entscheidende Punkt ist Art. 3 GG. Hier muss man sich am Ende fragen: Warum die Gläubiger, welche anderen Gläubiger, denn meines Erachtens säßen dann die Deliktsgläubiger im gleichen Boot, die Haftpflichtversicherer kämen dann auch, und

ich habe dann scherzhaft gesagt, die GEZ kommt dann als Nächste; das können Sie dann gleich auch überlegen.

Jetzt zu den beiden eigentlichen Sachfragen, zunächst zu § 14 InsO. Ich glaube, man muss sich bei den verschiedenen Diskussionspunkten, die hier vorgetragen wurden, Folgendes klarmachen: Errichten wir anfangs eine hohe Hürde und erschweren wir anschließend die Rücknahmemöglichkeiten? Das ist das, was der Gesetzentwurf sagt und das, was Herr Frind weiter gesagt hat. Oder umgekehrt: Erleichtern wir die Eingangsmöglichkeiten, den Antrag, und zwar für jeden? Der konzeptionelle Unterschied liegt darin, dass die erforderliche Kenntnis zur Stellung des Antrags nur bei manchen Gläubigern vorliegt. Das bedeutet, das jetzige Konzept – § 14 InsO und Erschwerung der Rücknahmemöglichkeit – nutzt natürlich nur bestimmten Großgläubigern. Wenn wir jedoch einen Schritt weitergehen und bei der Glaubhaftmachung des Eröffnungsgrundes die Sache einfacher machen würden, würde dies jedem Gläubiger die Sache erleichtern und meines Erachtens die Steuerungswirkung der Großgläubiger mehr erreichen. Deshalb hätte ich für diesen Vorschlag mehr Sympathie. Wenn man beim jetzigen Konzept bleibt, gibt es kleine Detailfehler: Das Eine – und das ist heute mehrfach angesprochen worden – ist, dass die Zahlungen durch Dritte nicht erfasst sind, und das Zweite ist, dass es dann natürlich in den Händen des ursprünglichen Antragstellers liegt, das rechtliche Interesse weiter zu dokumentieren. Der Gläubiger hat den Schuldner nach wie vor in der Hand, hierin liegt auch ein Erpressungspotential. Beim Normalfall – das war die Frage von Herrn Dr. Krings – ist dieses Erpressungspotential meines Erachtens ohne weiteres in den Griff zu bekommen. Diese Fälle gibt es jetzt schon, diese löst die Rechtsprechung über § 826 BGB: Wer solche Anträge stellt, der haftet. Man kann es kostenmäßig in den Griff bekommen: Anträge, die gestellt werden und abgewiesen werden, kosten Geld. In diesem Punkt da gibt es Feinsteuerungspotential auch in dem Referentenentwurf MoMiG, wo das auch schon angesprochen ist und wo man durchaus weitergehen kann. Die Erweiterung von §§ 13, 14 InsO in der einen oder anderen Variante würde quasi noch einen weiteren Punkt mit erledigen, nämlich die so genannten Limiteds in Deutschland, denn dann regeln wir über das Insolvenzantragsrecht, dass wir gegen diese Gesellschaften vorgehen können, was wir im Augenblick nicht können oder jedenfalls nicht so gut in den Griff bekommen. Ein letzter Punkt zu § 26 Abs. 3 InsO, sozusagen als Querbemerkung: Das ist das, was die Engländer „wrongful trading“ nennen. Ich habe hierfür große Sympathie,

aber ich meine, man sollte das nicht in diese Reform integrieren, denn das ist dann möglicherweise zu weit reichend. Aber der Ansatz, der ist richtig. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt abschließend Herr Prof. Dr. Huber auf die Fragen der Kollegen Dr. Krings und Manzewski.

SV Prof. Dr. Michael Huber: Zunächst einmal zum Jahressteuergesetz: Wir haben das vorhin bei der Inkongruenzanfechtung erörtert: Es wäre eine Wiedereinführung der Vorrechte durch die anfechtungsrechtliche Hintertür. Das darf es nicht geben. Jetzt ist das Visier hochgeklappt, denn das Jahressteuergesetz ist ein Insolvenzvorrecht erster Güte. Wenn diese Tür einmal offen ist, dann meine ich, können wir uns von den Prinzipien der Insolvenzordnung verabschieden, und es kommt wieder zum „Konkurs im Konkurs“, und Herr Uhlenbrock kann seinen Aufsatz aus dem Jahre 1975 wieder neu auflegen. Dass das Bundesfinanzministerium auf diese Weise vorgeht, wundert mich nicht. Diese Methode hatte schon einmal Erfolg, ich darf vielleicht daran erinnern: Am 1.1.1999 ist nicht nur die Insolvenzordnung, sondern auch das Anfechtungsgesetz in Kraft getreten. Der Gesetzgeber hatte damals im Anfechtungsrecht eine Vorschrift eingebaut, die regeln sollte, dass die Finanzämter die Anfechtung nicht mehr durch Duldungsbescheid geltend machen können. Ein Jahr später wurde die Abgabenordnung ergänzt, und dort stand das Gegenteil wieder drin. Dieses Vorgehen war erfolgreich, und auf diese Weise wird die Sache jetzt wieder erneut aufgelegt.

Was den vorläufigen Insolvenzverwalter anbelangt, Herr Dr. Krings: Eigentlich ist zu Ihrer Frage schon alles gesagt. Ich will nur noch aus der Praxis unterstreichen, dass diese dritte Möglichkeit, nämlich den schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter zur Begründung von Masseverbindlichkeiten zu befugen, in der Praxis großen Erfolg hat; hauptsächlich im Baurecht, weil dort geprüft wird, welche Bauvorhaben abgewickelt werden können. Dann kann der vorläufige Insolvenzverwalter zu dieser Abwicklung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten befugt werden. Sie gestatten mir vielleicht noch ein letztes Wort zu diesen Insolvenzvorrechten, die ja im Hintergrund stehen: Ich darf aus der Bundestagsdrucksache zur Änderung der InsO zitieren, dort heißt es wörtlich: „Konkursvorrechte beruhen auf keinem einleuchtenden Grundgedanken, sind wirtschaftlich nicht gerechtfertigt und führen zu ungerechten Verfahrensergebnissen.“ Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Meine Damen und Herren, wir sind am Ende der Anhörung angelangt. Ich darf mich sehr herzlich dafür bedanken, dass Sie uns Ihren kompetenten Sachverstand zur Verfügung gestellt haben. Wir werden das Gesagte natürlich abwägen und nochmals darüber nachdenken. Hiermit schließe ich die Sitzung.

Ende der Sitzung: 16.04 Uhr

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'a. Schmidt', written in a cursive style.

Andreas Schmidt (Mülheim), MdB  
Vorsitzender

## Zusammenstellung der Stellungnahmen

		Seite
Dr. Gero Fischer	Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe	48
Frank Frind	Richter am Amtsgericht Hamburg	58
Prof. Dr. Hans Haarmeyer	RheinAhrCampus Remagen, Bonn	71
Wolfgang Hauser	Rechtsanwalt, Mitglied im Insolvenzrechts- ausschuss des DAV e. V., Stuttgart	88
Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M.	Universität Hamburg	93
Prof. Dr. Michael Huber	Präsident des Landgerichts Passau	102
Dr. Gerhart Kreft	Vorsitzender Richter am BGH a. D., Karlsruhe	116
Heidi Schmidt	Justiziarin der AOK Bayern, München	119
Heiko Christian Taubert	Zentralverband des Deutschen Handwerks e. V., Berlin	132

Dr. Gero Fischer  
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Karlsruhe, 19. Sept. 2006

Betr.: Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages  
hier: Insolvenzanfechtung (BT-Drucks. 16/886)

Vorbereitende Stellungnahme

I.

Einkleitung

Der Gesetzgeber hat die seit 1990 geltende vollständige Neuregelung des Insolvenzrechts beschlossen, weil das alte Konkursrecht weitgehend funktionsunfähig geworden war. Das hat der Regierungsentwurf zur Einführung der Insolvenzordnung vom 15. April 1992 (BT-Drucks. 12/ 2443, S. 72 ff) zutreffend herausgestellt. In den Jahren 1985 bis 1990 wurden mehr als 75 % der Konkursanträge allein deshalb abgewiesen, weil nicht einmal mehr die für eine Verfahrenseröffnung notwendige Vermögensmasse vorhanden war. Kommt es nicht zu einem Insolvenzverfahren, so findet keine geordnete gleichmäßige Gläubigerbefriedigung statt. Es haben nur diejenigen Gläubiger Erfolg, die ihre Interessen schnell und rigoros durchsetzen oder über gute persönliche Beziehungen zum Schuldner verfügen. Gleichzeitig können insolvente Schuldner,

insbesondere Gesellschaften mit beschränkter Haftung, weiter am Rechtsverkehr teilnehmen und andere schädigen. Ihr Marktaustritt kann nicht erzwungen werden. Vermögensmanipulationen sind Tür und Tor geöffnet.

Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber es als vorrangiges Ziel der gesamten Insolvenzrechtsreform bezeichnet, die Insolvenzordnung so auszugestalten, dass die Ablehnung der Eröffnung des Verfahrens mangels Masse von der Regel wieder zur Ausnahme wird. Zur Erreichung dieses Ziels wurde ein ganzes Bündel von Maßnahmen beschlossen. Besondere Bedeutung hat dabei:

1. Eine Verschärfung des Anfechtungsrechts.

Damit sollen Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden, die insbesondere in der Zeit der Krise vor der Verfahrenseröffnung zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen worden sind. In der Regierungsbegründung (BT-Drucks. 12/2443, S. 82) heißt es dazu:

"Die Massearmut der heutigen Konkursverfahren geht zu einem erheblichen Teil darauf zurück, dass Schuldner im Vorfeld einer herannahenden, oftmals geradezu geplanten Insolvenz erhebliche Vermögenswerte auf Dritte übertragen und so ihren Gläubigern entziehen. Die Tatbestände des Anfechtungsrechts sollen deshalb so ausgestaltet werden, dass die Durchsetzung von Anfechtungstatbeständen wesentlich erleichtert wird, soweit nicht Erfordernisse der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes entgegenstehen. Von der Verschärfung des Anfechtungsrechts sind eine wesentliche Anreicherung der Insolvenzmasse und damit auch eine Erleichterung der Verfahrenseröffnung zu erwarten."

2. Das Zurückdrängen der vorrangig zu befriedigenden Masseschulden zur Stärkung der Gleichbehandlung aller Gläubiger. Aus diesem Grunde hat die



60

- 3 -

Insolvenzordnung die in § 58 Abs. 1 Nr. 3 und § 61 KO vorgesehenen zahlreichen Vorrechte, darunter auch solche der öffentlichen Kassen und der Sozialversicherungsträger, abgeschafft.

Das neue Recht hat sich in diesen Punkten bestans bewährt. So ist etwa bei insolventen Kapitalgesellschaften die Eröffnungsquote im Bundesdurchschnitt auf über 80 % gestiegen. Außerdem haben sich die Möglichkeiten zur Unternehmenssanierung - etwa durch Veräußerung oder Insolvenzpläne - spürbar verbessert. Es entspricht allgemeiner Meinung, dass dies ganz wesentlich auf das neue Anfechtungsrecht und dessen Anwendung durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung sowie die Beseitigung der genannten Sondenvorrechte einzelner Gläubiger zurückzuführen ist.

Die Änderungsvorschriften des zu erörternden Gesetzentwurfs sind geeignet, diese überaus positiven Wirkungen der Insolvenzrechtsreform massiv zu beeinträchtigen. Sie ermöglichen es insbesondere den öffentlich-rechtlichen Gläubigern, sich aus der Vermögensmasse zahlungsschwacher Schuldner so lange zu befriedigen, dass es in vielen Fällen nicht mehr zur Insolvenzeröffnung kommt oder allenfalls noch eine Liquidation auf niedrigstem Niveau stattfindet. Der Entwurf ist daher in Fachkreisen vollkommen zu Recht nahezu einhellig abgelehnt und erfreulicherweise nicht nur im Bundesrat, sondern auch bei allen Fraktionen des Bundeslages auf Kritik gestoßen. Der vorliegende Entwurf ist insbesondere von einer mittelständfeindlichen Einstellung geprägt. Er benachteiligt ganz eindeutig die privaten Gläubiger, die keine eigene Rechtsabteilung besitzen. Sie haben kaum eine Chance, in der Krise des Schuldners sich gegenüber anderen, insbesondere öffentlich-rechtlichen Gläubigern durchzusetzen. Letztere können sich im Wege von Bescheiden selbst vollstreckbare Titel beschaffen und sind daher in der Lage, besonders zügig ihre Ansprüche durch-

51

- 4 -

zusetzen. Privatpersonen ebenso wie mittelständische Geschäftspartner des Schuldners haben, wenn es darum geht, wer der Schnellste ist, in aller Regel das Nachsehen.

Der Entwurf beruft sich auf die - zahlenmäßig nicht belegten - Einnahmeausfälle der öffentlichen Hand durch das neue Insolvenzrecht. Er berücksichtigt jedoch nicht, welche Zuflüsse dem aus gelungenen Sanierungen und dem Erhalt von Arbeitsplätzen gegenüberstehen. Demgegenüber möchte ich in Erinnerung rufen, wie der Reformgesetzgeber den Stellenwert des Insolvenzrechts bestimmt hat (BT-Drucks. 12/2443, S. 75):

"Das Insolvenzrecht ist für die Funktion der Marktwirtschaft von grundlegender Bedeutung. Es geht um die richtige rechtliche Ordnung des Marktaustritts oder des finanziellen Umbaus am Markt versagender Wirtschaftseinheiten. Das Insolvenzrecht ist ein zentraler Bestandteil des Wirtschaftsprivatrechts. Die Reform muss in besonderem Maße auf die Steuerungs- und Ordnungsfunktion des Rechts für die Abläufe und Strukturen der gesamten Wirtschaft Bedacht nehmen."

Gerade in einer Situation, in der erstmals seit langem wieder ein deutlicher wirtschaftlicher Aufschwung in Deutschland zu spüren ist, vermissen wir den Entwurf in diesem äußerst komplexen, wirtschaftlich sensiblen Bereich den fatalen Eindruck, dass es nur noch um die Sicherung fiskalischer Interessen gehen soll. Gerade im Interesse einer erfolgreichen Fortsetzung der Entwicklung, die jetzt eingeleitet hat, sollten Art. 2, 3 und 5 des Gesetzentwurfs schlicht zurückgezogen werden.

52

- 5 -

II.

## Zu den Einzelfragen

1. Ergänzung von § 131 Abs. 1 InsO

Bei Rechtshandlungen, die einem Insolvenzgläubiger in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Befriedigung seines Anspruchs oder eine Sicherung gewähren, ist die Rechtshandlung nach § 131 Abs. 1 InsO unter erleichterten Umständen anfechtbar, wenn es sich um eine sogenannte inkongruente Deckung handelt. Was heißt inkongruent? Inkongruent ist jede Leistung, die der Gläubiger überhaupt nicht, nicht zu der Zeit oder nicht in der Art beanspruchen konnte. Nach dieser Definition erscheint die Zwangsvollstreckung auf den ersten Blick als eine kongruente Rechtshandlung, weil sie ja einen vollstreckbaren Titel voraussetzt.

In der Entwurfsbegründung zu Nr. 4 heißt es, die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur sehe heute jede Zwangsvollstreckung als inkongruent an. Das ist handgreiflich falsch. Vielmehr ist die Zwangsvollstreckung grundsätzlich eine kongruente Rechtshandlung. Etwas anderes gilt nur für Zwangsvollstreckungen in den letzten drei Monaten vor dem Insolvenzantrag. Warum ist eine solche Differenzierung erforderlich? Das Zwangsvollstreckungsrecht wird vom Prioritätsprinzip bestimmt. Das bedeutet, der Schnellste hat Erfolg; wer zu spät kommt, geht leer aus. Demgegenüber gilt im Insolvenzrecht der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger. Da das Vermögen nicht mehr ausreicht, sollen grundsätzlich alle zu gleichen Anteilen mit ihrer Forderung berücksichtigt werden. Beide Prinzipien geraten miteinander in Konflikt, wenn der Schuldner in die finanzielle Krise gerät. Lässt man auch dann noch

uneingeschränkt das Prioritätsprinzip gelten, wird der Schuldner leergepfändet, bevor es zur Insolvenzeröffnung kommt. Deshalb ging die ganz herrschende Meinung schon zur Konkursordnung davon aus, dass das Prioritätsprinzip durch den Gleichbehandlungsgrundsatz verdrängt wird, wenn die finanzielle Krise des Schuldners erreicht ist. Dieser Zeitpunkt wurde damals wie folgt bestimmt: 10 Tage vor der Zahlungseinstellung, spätestens aber 10 Tage vor dem Eingang des Eröffnungsantrags. Ab diesem Zeitpunkt wurde also eine Befriedigung durch Zwangsvollstreckung als inkongruent angesehen; von da an hat der Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber dem Prioritätsprinzip Vorrang. Diese Rechtslage galt, wie der Entwurf selbst einräumt, seit einem Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1883 unverändert bis 1998 fort. Selbst das vom Reformgesetzgeber nicht für ausreichend erachtete Anfechtungsrecht nach der Konkursordnung behandelte also Zwangsvollstreckungen in der Krise des Schuldners als inkongruente Rechtshandlung. Die Änderung, die das neue Recht gebracht hat, liegt nur in der Bestimmung des Begriffs der Krise. Diese beginnt nunmehr generell 3 Monate vor Eingang des Insolvenzeröffnungsantrags. Daher werden die in diesem zeitlichen Bereich durchgeführten Zwangsvollstreckungen als inkongruent angesehen. Liegt die Zwangsvollstreckung mehr als 1 Monat vor dem Antrag, ist sie jedoch nur dann anfechtbar, wenn der Schuldner bereits zahlungsunfähig war oder der Gläubiger wusste, dass seine Maßnahme die anderen Gläubiger benachteiligt.

Die beabsichtigte Ergänzung des § 131 InsO würde dieses fein ausbalancierte System, das im Grundsatz seit über 120 Jahren gilt und von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eingehend begründet wurde (vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 9. September 1997 - IX ZR 14/97, BGHZ 139, 309; vom 27. Mai 2003 - IX ZR 169/02, BGHZ 155, 75; vom 10. Februar 2005 - IX ZR 211/02, BGHZ 162, 143) völlig aus dem Gleichgewicht bringen. Die Folge wäre:

54

7

Vorfall für das Prioritätsprinzip bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Die Bedeutung des Anfechtungsrechts fielen noch hinter den Stand der Konkursordnung zurück, welchen der Reformgesetzgeber schon zutreffend als nicht ausreichend angesehen hat. Die Quote der eröffneten Insolvenzverfahren würde wieder deutlich sinken, auf längere Sicht möglicherweise in Bereiche, wie sie vor der Insolvenzrechtsreform traurige Praxis waren.

### 2. Änderung von § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO

Nach § 31 Nr. 1 KO waren Rechtshandlungen, die der Schuldner in der dem Empfänger der Leistung bekannten Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen, 30 Jahre lang anfechtbar. Trotz dieses Wortlauts hielt die ganz herrschende Meinung eine Benachteiligungsabsicht nicht für erforderlich, sondern ließ schon bedingten Vorsatz genügen. Allerdings sollte im Falle kongruenter Deckung das Bewusstsein, infolge der Erfüllung einer Forderung nicht mehr alle Gläubiger befriedigen zu können, nicht ausreichen. Erforderlich war danach ein als unläuter zu bewertendes Handeln (BGH, Urteil vom 18. April 1991 - IX ZR 149/90, ZIP 1991, 807, 809; vom 21. Januar 1993 - IX ZR 275/91, BGHZ 121, 179, 185).

Die nunmehr geltende Vorschrift des § 133 Abs. 1 InsO verlangt schon dem Wortlaut nach nur Benachteiligungsvorsatz und begrenzt die Anfechtung auf 10 Jahre. Für den Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO hat der Bundesgerichtshof daher die Voraussetzung, dass ein unlauteres Handeln vorliegen muss, aufgegeben (Urteil vom 17. Juli 2003 - IX ZR 272/02, WM 2003, 1923, 1925). Dies beruht darauf, dass die neue Vorschrift lediglich Vorsatz ohne zusätzliche weitere Voraussetzungen fordert. Ein Schuldner, der weiß, dass sein Vermögen nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht, hat in der Regel

diesen Benachteiligungsvorsatz. Die Begründung des Entwurfs zeigt nicht auf, dass die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu unangemessenen Ergebnissen führt. Ich sehe daher auch insoweit keinen Änderungsbedarf.

### 3. Änderung von § 55 Abs. 2 InsO

Die Behauptung der Begründung des Entwurfs, schon bei Einführung der Insolvenzordnung sei der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass Personen, die mit einem vorläufigen Insolvenzverwalter Geschäfte abschließen, Masseansprüche zustehen, trifft nicht zu. Die Insolvenzordnung unterscheidet in § 22 Abs. 1 und 2 zwischen einem vorläufigen Verwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergeht, und einem vorläufigen Verwalter, dem diese Befugnis nicht verliehen wird. Nach § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO in der seither geltenden Fassung werden nur von einem vorläufigen Verwalter, der die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners erhalten hat, Masseverbindlichkeiten begründet. Dies ist auch sachgerecht, weil nur ein solcher Verwalter voll in die Rechtsstellung des Schuldners eintritt und in seinen Befugnissen dem endgültigen Verwalter hinreichend angeglichen worden ist. Die Befugnis des vorläufigen Verwalters zur Begründung von Masseverbindlichkeiten wurde gerade bewusst eingeschränkt, weil sie die Gefahr begründen würde, dass umfangreiche Masseverbindlichkeiten entstehen und dadurch eine Verwirklichung der Gläubigergleichbehandlung erschwert oder sogar vereitelt wird. Aus eben diesem Grunde machen die Insolvenzzgerichte nur zurückhaltend von der Möglichkeit Gebrauch, vorläufige Insolvenzverwalter mit umfassender Verfügungsbefugnis einzusetzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 18. Juli 2002 - IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353) ist das Insolvenzgericht befugt, dem vorläufigen Insolvenzverwalter auch die Verfügungsbefugnis lediglich für einzelne Geschäfte zu

55

8

56

- 9 -

erteilen. Dann werden insoweit Masseverbindlichkeiten begründet. Diese Rechtspraxis, die es dem Insolvenzrichter ermöglicht, die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters nach den Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalles auszurichten, hat sich bewährt. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine erweiterte Begründung von Masseverbindlichkeiten, wie sie dem Entwurf vorschwebt, die Sanierungsaussichten verbessern würde. Im Gegenteil steht zu erwarten, dass vorläufige Insolvenzverwalter wegen der mit der Begründung von Masseverbindlichkeiten ausgelasteten Haftungsverfahren (§ 61 InsO) die Möglichkeiten, den Betrieb des Schuldners fortzuführen, im Vergleich zur heutigen Praxis eher restriktiv nutzen würden. Die vorgesehene Änderung dürfte daher aller Voraussicht nach dazu führen, dass Sanierungsverfahren spärlicher werden.

Der Kommissarvorschlag, § 251 AO um einen neuen Absatz 4 zu ergänzen, der die Verbindlichkeiten des Schuldners aus Steuern und Abgaben durch den vorläufigen Insolvenzverwalter zur Masseverbindlichkeit aufwertet, ist weniger schädlich als die generelle Änderung von § 55 Abs. 2 InsO. Er würde jedoch im Bereich der Rechtsbehandlungen des Insolvenzverwalters zu einer Privilegierung des Fiskus gegenüber allen anderen Gläubigern führen, die durch nichts gerechtfertigt, im Gegenteil sogar als sachwidrig anzusehen wäre; denn im Gegensatz zu den Personar, die mit dem vorläufigen Verwalter Verträge schließen und Lieferungen oder Dienstleistungen an die Masse erbringen und damit ein eigenes unternehmerisches Risiko eingehen, hat der Fiskus nichts zu einer Mehrung der Masse beigetragen. Auch von der Einführung eines § 251 Abs. 4 AO sollte daher unbedingt abgesehen werden.

57

- 10 -

#### 4. Änderung von § 3B Abs. 3 Satz 1 EStG und § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV

Die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Anteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag erfolgt ebenso wie die Zahlung der Lohnsteuer aus dem Vermögen des Arbeitgebers, weil vor Abführung dieser Beträge kein insolvenzfestes Recht des Arbeitnehmers an diesem Lohnanteil begründet wurde. Ist die Anfechtung der Zahlung des Schuldners an den Sozialversicherungsbeiträge oder das Finanzamt begründet, erstreckt sie sich daher auch auf diese Anteile (BGH, Urteil vom 25. Januar 2001 - IX ZR 17/01, BGHZ 149, 100, 104 f; vom 22. Januar 2004 - IX ZR 39/03, BGHZ 167, 350, 358 f). Systematisch betrachtet ist damit auch diese Änderung nicht gerechtfertigt. Freilich sind die Gründe, die für die Beibehaltung der bestehenden Regelung sprechen, im Vergleich zu den bisher erörterten Punkten weniger gewichtig. Es lässt sich nicht leugnen, dass die entsprechenden Beitragsanteile im Ergebnis den Arbeitnehmer finanziell belasten. Insoweit halte ich die beabsichtigte Reform zwar nicht für wünschenswert, aber für noch vertretbar.

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

fahren und den Einstieg in ein amtswegiges Insolvenzverfahren dar. Gemäß § 5 InsO hat das Insolvenzgericht nach einem zulässigen Antrag alle erheblichen Umstände zu ermitteln. Nach der vorgeschlagenen Regelung soll diese Amtsermittlung auch nach dem eigentlich unzulässig gewordenen Antrag nun andauern. Dies ist prinzipiell zur Durchsetzung der Ordnungsfunktion des Insolvenzrechtes ( gleichmäßige Gläubigerbefriedigung, Massesicherung durch frühzeitig eingeleitetes Verfahren, Arbeitsplatzsicherung, Aufdeckung unrechtmäßiger Zahlungen, etc. ) begründenswert.

Mit dieser Regelung soll offenbar eine Art „Amortisation“ zur nachfolgenden Einschränkung des Anfechtungsrechtes geschaffen werden, indem die Möglichkeit für Gläubiger („Fremdantragsteller“) geschaffen werden soll, ihren Antrag bei fortbestehender Zahlungsunfähigkeit des Schuldners „weiterlaufen“ zu lassen, um diesen in das geregelte, eröffnete Verfahren gem. der InsO zu bringen. Dieser Gedankengang ist prinzipiell zu befürworten, denn er vermeidet die häufig bei Gericht vorkommenden „Stapelverfahren“, die insbesondere häufig durch mehrere, nacheinander erfolgende Anträge öffentlich-rechtlicher Gläubiger entstehen. Insbesondere deren mittlerweile unterlassene Praxis, bereits bei Teil-Zahlungen den Antrag für vollständig erledigt zu erklären, führte zu mißlichen Antragswiederholungen und dem Ermöglichen des „Wetwirtschaftens“ eigentlich insolventer Unternehmen<sup>5</sup>.

Aber auch in der Folgezeit nach verschiedentlich fachwissenschaftlicher Kritik an diesen „Stapelverfahren“ kam es in der Praxis immer wieder zu vermeintlich „erledigten“ Zahlungen von Schuldner (oder von ihnen beauftragten oder gebetenen „Dritten“), die nur das konkrete Insolvenzverfahren zum Erliegen bringen wollten, um weitermachen zu können wie bisher. Gerade die öffentlich-rechtlichen, „Zwangsgläubiger“, deren Forderungen weiterhin aufleben, mußten alsbald neue Insolvenzanträge ausbringen, bis endlich einer davon zur Eröffnung führte, in dieheren Anträge als inkongruente Deckungen angefochten, ja brachten häufig die Verfahren erst zur Eröffnungserreife.

Die Justiziare der AOK Sachsen Brück/Kersten<sup>6</sup> befürworteten deswegen den bereits von einigen Gerichten eingeschlagenen Weg<sup>7</sup>, die „erledigten“ Zahlungen, zumindest bei Anordnung einer vorläufigen, vorläufigen Insolvenzverwaltung, gem. §§ 24, 81 InsO für unwirksam und ohne Erfüllungswirkung zu qualifizieren und somit das Verfahren fortzusetzen.

Die jetzt vorgeschlagene Regelung zeigt in ihrer Begründung zwar diese Problemstellung auf, löst sie aber nicht an der richtigen Stelle.

Zunächst passen Begründung und Gesetzesvorschlag nicht zusammen. Der Gesetzesvorschlag eröffnet nach seinem Wortlaut für jeden Fremdantrag die Möglichkeit, ihn trotz Zahlung für weiterhin zulässig zu erachten. Nach der Begründung soll der

<sup>5</sup> Beispiele und Kritik bei Frind/Schmidt, ZInsO 2001, 1133 f.; ZInsO 2002, 6 f.; Schmah, NZI 2002, 177 ff.

<sup>6</sup> NZI 2004, 422, 429, 430

<sup>7</sup> AG Hamburg ZInsO 2002, S. 1100= ZIP 2002, S. 2271=ZVI 2002, 413=NZI 2003, 104; AG Duisburg, ZVI 2005, 129 (Grenze der Dispositionsmaxime: Mißbrauchsverbot); so auch: Beck/Hölzle in BorJK/Koschmieder, Fachanwaltshandbuch Insolvenzrecht, Stand Nov.2004, Rz. 29.71 –29.75 und dort auch Schmidt, Rz.3.56

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

## Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages am 27.9.2006 zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)

Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

Der vorliegende Gesetzentwurf folgt dem Wortlaut des am 21.6.2005 vorgelegten Referentenentwurfes<sup>1</sup>. Zu beachten ist zunächst, dass diese geplanten Änderungen der Insolvenzordnung gesondert und nicht im Kontext mit den übrigen Reformvorhaben zur InsO<sup>2</sup> verabschiedet werden soll. Der Verfasser hatte anlässlich der Änderungsbehörden der Länderfinanzverwaltungen zum Anfechtungsrecht darauf hingewiesen, daß eine Richtungsentscheidung „Schnellschuß-Reform oder Grundsatzdebatte“ getroffen werden müsse<sup>3</sup>. Während Uhlenbruck und andere richtigerweise die Gelegenheit zu einer Grundsatzdebatte ergriffen haben<sup>4</sup>, wurde – für die Fachwelt überraschend – der vorliegende Gesetzentwurf eingebracht. Zu befürchten ist, dass der politische Druck aus Richtung der Sozialversicherungsträger und Finanzämter – verstärkt über eine unzutreffende, reisserische Berichterstattung zu deren angeblichen Verlusten durch Anfechtungen („Anfechtungen kosten die öffentliche Hand Millionen“) – nun ein ungutes „Wechselbalg“ in Form einer angeblich „kleinen“ (aber folgensweren) InsO-Reform hervorbringt.

Es erscheint einem praktisch verlässlichen Insolvenzrecht nicht dienlich, wenn dieses innerhalb eines Zeitraumes von (prognostisch) 1, 5 Jahren viermal geändert werden soll.

Die eigentliche Motivation zur diesen Änderungen, das Begehren der (in erster Linie) Sozialversicherungsträger (und in zweiter Linie der Finanzämter), die Anfechtungsregelungen zu ihren Gunsten zu entschärfen ist den Regelungsvorschlägen des Entwurfes nicht mehr direkt zu entnehmen. Im Wortlaut der vorgeschlagenen Änderungen erfährt man davon nichts. Dieser wurde so gewählt, daß die Regelungen „nach außen hin“ kein Sonderrecht für Sozialversicherungsträger und Finanzämter schaffen. In den jeweiligen Begründungen zu den Änderungen allerdings wird ausschließlich auf die Bedürfnisse dieser Gruppen abgehoben.

Im Einzelnen:

### 1. Der richtige Gedanke an der falschen Stelle - Änderungsvorschlag zu § 14 Abs.1 InsO (Art.2 Ziff.1 des Gesetzesvorschlages)

Hier soll geregelt werden, daß die Erfüllung der Antragsforderung den Insolvenzantrag nicht unzulässig mache.

Dogmatisch stellt dies –scheinbar– zunächst einmal einen Bruch mit dem Antragsver-

<sup>1</sup> Abgedruckt in ZInsO Heft 12, III und in ZVI 2005, 330 f. mit Begründung

<sup>2</sup> RegE InsO-Änderung v. 28.6.2006 (Änderungen im Unternehmensinsolvenzrecht); Reform des Verbraucherinsolvenzrechtes; Reform des Gesellschaftsrechtes „MoMiG“ inkl. Teil-Reform der InsO

<sup>3</sup> Frind, ZInsO 2005, 66

<sup>4</sup> Uhlenbruck, ZInsO 2005, 505; Schneider/Hörmann, ZInsO 2005, 133 ff.; Paper/Uhlenbruck, ZIP 2005, 417 ff

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/686 (Insolvenzrechtsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

Antrag bei „erledigenden“ Zahlungen eigentlich generell unzulässig werden und nur „eine andere Wertung bei Sozialversicherungsträgern gerechtfertigt sein“. Allerdings wurde ein solches „Sonderrecht“ wohlweislich im Wortlaut nicht geregelt.

Zum weiteren Vorgehen nach einer solchen Zahlung verhält sich der Gesetzesvorschlag indifferent: Einseitig greife weiterhin die Amtsermittlungspflicht des Insolvenzgerichts gem. § 5 InsO (was daraus folgt wird nicht gesagt. Soll das Gericht jetzt einen Sachverständigen/vor. Insolvenzverwalter erst einsetzen, um die Frage der fortbestehenden Zahlungsunfähigkeit aufzuklären (?), andererseits müsse der Sozialversicherungsträger „das Vorliegen eines Insolvenzgrundes erneut glaubhaft machen“. Es fragt sich, wie er (oder ein „normaler Gläubiger“) dies tun soll: Muß die Fälligkeit der nächsten Forderung abgewartet werden? und dann damit ein neuer Vollstreckungsversuch unternommen werden? Soll das Insolvenzöffnungsverfahren so lange „offen gehalten“ werden? Oder soll statt dessen der Sozialversicherungsträger das Gericht drängen, von Amts wegen über §§ 97, 98, 101 InsO den Schuldner (oder seine Organe) zu Angaben zur Zahlungsunfähigkeit / Überschuldung zu zwingen? Dies erscheint in der gewollten Folge noch unausgegoren.

Richtig ist, daß die Insolvenzgerichte gut daran tun (und es überwiegend auch so handhaben) im Fremdantragsverfahren nach Zustellung des Antrages mit kurzer Frist und fehlender anschließender Außerung des Schuldners schnell einen Sachverständigen und / oder vorläufigen Insolvenzverwalter einzusetzen. Die Ermittlungsmaßnahme „Sachverständiger“ gem. § 5 InsO ist nicht mit Rechtsmitteln angreifbar<sup>9</sup>. Das Gericht ist gehalten, mit allen sachgerechten Ermittlungsmöglichkeiten, den Insolvenzgrund festzustellen.<sup>10</sup>

Der vom Gericht Beauftragte wird in kurzer Zeit die desoläte, wirtschaftliche Situation des Schuldners ermittelt haben (ggfs. bei Gericht Zwangsmaßnahmen zur weiteren Ermittlung anregen). Nach Anordnung zumindest der „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwaltung kann der Schuldner nicht mehr mit Erfüllungswirkung zahlen (§§ 24, 81 InsO), da der vorläufige Verwalter einer solchen Verfügung nicht zustimmt<sup>11</sup>. Zahlt ein Dritter, hat der empfangende Gläubiger die Möglichkeit, die Zahlung gem. § 267 Abs.2 BGB zurückzuweisen (was der Sozialversicherungsträger, der den Antrag „weiterlaufen“ will, tun sollte), da an Stelle der widerspruchsberechtigten Schuldners der vorläufige Insolvenzverwalter tritt (der natürlich widerspricht)<sup>12</sup>.

An dieser Stelle zeigt sich nun der eigentliche –richtige– Kern der vorgeschlagenen Regelung: Nach wie vor erklären viele Sozialversicherungsträger, Finanzämter, aber auch andere Fremdantragsgläubiger, ihre Anträge trotz anfechtbarer und nicht erfüllungswirksamer Zahlungen für erledigt. Sie hoffen, das einmal mittels des „Vollstreckungsverfahrens de luxe“ (= InsO) erhaltene Geld behalten zu können. Nachdem

<sup>9</sup> Das Ausweichen einer Forderung im Insolvenzöffnungsverfahren wird allgemein für zulässig erachtet

<sup>10</sup> BGH, ZinsO 2004, 547

<sup>11</sup> LG Berlin, ZVI 2005, 29

<sup>12</sup> LG Duisburg, ZVI 2004, 59; AG Hamburg, ZinsO 2004, 458=ZVI 2005, 45; ZinsO 2005, 158=ZVI 2005, 42; Gerke, ZinsO 2003, 873

<sup>13</sup> AG Hamburg NZI 2004, 323=ZVI 2004, 256; AG Hamburg ZinsO 2005, 159=ZVI 2005, 42=DZWR 2005, 87

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/686 (Insolvenzrechtsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

nurmehr das Anfechtungsrecht auch noch entschärft werden soll, wird diese Überlegung noch mehr im Vordergrund stehen.

Deshalb nutzt die jetzt vorgeschlagene Gesetzesänderung - so wie formuliert - nichts: Sie setzt nicht unmittelbar an der Dispositionsmaxime an! Der vorgeschlagene Wortlaut bietet - und auch das nur nach längerer Überlegung, was eigentlich gemeint ist - dem Fremdantragsteller nur die *Möglichkeit* den Antrag weiterlaufen zu lassen, bürdet ihm aber - laut Begründung - dann die Darlegungslast zum Fortbestehen des Insolvenzgrundes auf. Notwendig wäre stattdessen eine fortdauernde gerichtliche Überprüfung der Zahlungsfähigkeit/Überschuldung auch desjenigen Schuldners, der einen Insolvenzantrag durch eine „erledigende“ Zahlung abgewendet hat. Damit würden zahlungsunfähige Betriebe rechtzeitig in ein Insolvenzverfahren überführt. Ein Insolvenzantrag wäre dazu nur der „Startschuß“ und würde zur einer amtswegigen Überprüfung führen.

Denn es ist damit zu rechnen, daß von einer bloßen *Möglichkeit* des „Weiterlauflassens“ des Antrages nicht viele Antragsteller Gebrauch machen werden. Das skizzierte Übel (in Folge auftretende „Stapelanträge“; Schuldner, obwohl zahlungsunfähig, „wurschteln weiter“) wird nicht beseitigt. Vielmehr müßte das Gericht mit dem Eröffnungsantragsteller weiterhin darum streiten, ob die „erledigende“ Zahlung nun Erfüllungswirkung hat oder nicht, wenn er den Antrag nicht für erledigt erklärt<sup>13</sup> oder der Antragsteller läuft Gefahr, bei Abgabe einer Erledigungserklärung, die einseitig bleibt (da der Schuldner aus Saumseligkeit, Desinteresse, etc. ihr nicht zustimmt), die Abweisung des Feststellungsantrages mit Kostenlast zu seinen Ungunsten zu erleben<sup>14</sup>.

Wenn der Gesetzgeber das aufgezeigte Problem wirklich regeln will, müßte eine neue Regelung an § 13 Abs.2 InsO ansetzen. Der Verfasser hatte dafür bereits eine Formulierung vorgeschlagen<sup>15</sup>, § 13 Abs.2: „Der Antrag kann zurückgenommen werden, bis das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Antrag rechtskräftig abgewiesen ist. Ein Gläubiger kann den Antrag nur zurücknehmen oder für erledigt erklären, wenn er glaubhaft macht, dass der Schuldner seine Zahlungen insgesamt an alle Gläubiger wieder gleichmäßig aufgenommen hat. Das Gericht kann dies von Amts wegen prüfen.“

Durch eine solche Regelung würden die Leitgedanken der Anfechtungsrechtsprechung des BGH, daß der Anfechtungsgegner nicht aus einer einmaligen Zahlung die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners herleiten kann<sup>16</sup>, in die Dispositionsmaxime des § 13 InsO integriert. Der Fremdantragsteller würde also prinzipiell an seinem Antragsziel (Klärung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners) festgehalten, bis feststeht, daß die schuldnerische Zahlung wirklich Ausdruck der entweder wieder hergestellten oder nie gegebenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners

<sup>12</sup> AG Hamburg, ZinsO 2004, 458; NZI 2004, 323=ZIP 2005, 364; AG Duisburg ZVI 2005, 129; Zwischenfeststellung der Unwirksamkeit

<sup>13</sup> LG Duisburg, ZVI 2004, 59

<sup>14</sup> ZinsO 2003, 341, 347

<sup>15</sup> BGH ZIP 2001, 524, 525; ZIP 2000, S. 1016

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank F. F. F.

ist. Hier würde die Darlegungslast vom Ziel her also genau umgekehrt geregelt, als im jetzigen gesetzlichen Vorschlag: Der Gläubiger muß mit Hilfe des insolvenzgerichtlichen (welches zur Ermittlung verpflichtet bleibt), will er den Antrag durch Erledigungserklärung beenden, den Wegfall der Zahlungsunfähigkeit darlegen, nicht deren Fortbestehen!

Damit würde der Effekt bewirkt, daß der Sanierungsgedanke des Insolvenzrechtes verstärkt würde, da schulderliche Unternehmen auf diese Weise viel früher über erfolgreiche Fremdanträge in ein eröffnetes Verfahren kämen und zugleich würde die Anzahl der Anfechtungsprozesse vor den ordentlichen Gerichten reduziert, da die in zahlreichen „Stapelverfahren“ entgegengenommenen „erledigten“ Zahlungen reduziert würden, denn diese „Fortsetzungsfälle“ würden nicht mehr vorkommen. Zugleich ist damit auch den gesetzlichen „Zwangsgläubigern“ gedient: Sie erfahren frühzeitig, ob „ihr“ Schuldner nun zahlungsunfähig ist (und bleibt) oder nicht.

Eine solche Regelung wäre im übrigen tatsächliche Amortisation zur Einschränkung der Anfechtungsvorschriften.

## 2. Die Einbeziehung des Unterschiedes zwischen dem „schwachen“ und dem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter - § 55 Abs.2 (Art. 2 Ziff.3 des Gesetzesvorschlages)

Dieser Regelungsvorschlag kam für die Fachwelt gänzlich überraschend. Hatten die Länderfinanzverwaltungen noch vorgeschlagen, nur Steuern und Abgaben im Eröffnungsverfahren qua Gesetz zu Masseverbindlichkeiten zu erklären<sup>11</sup>, sollen jetzt sämtliche Verbindlichkeiten, denen der „schwache“ vorläufige Verwalter zustimmt, Masseverbindlichkeiten werden. Damit wird einer der wesentlichen Unterschiede zwischen den verschiedenen Formen der vorläufigen Verwaltung (der „starke“ vorläufige Verwalter „erzeugt“ immer Masseverbindlichkeiten) abgeschafft.

Die Insolvenzgerichte haben in der Vergangenheit – zu Recht – zurückhaltend von der Anordnung „starker“ vorläufiger Verwaltungen Gebrauch gemacht. Einerseits aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, andererseits, um der Masse und damit dem vorläufigen Verwalter nicht sofort sämtliche Verbindlichkeiten des Insolvenzeröffnungsverfahrens aufzuktroyieren. Denn dann wäre eine Fortführungswürdigkeitsprüfung und der Erhalt von Arbeitsplätzen durch Lösungsversuche für einen Sanierungsweg verunmöglicht, da das Unternehmen im Insolvenzeröffnungsverfahren unter „Vollkosten“ weitergeführt werden müsste. Eine „Überlegens- und Prüfungsphase“ fände nicht mehr statt.

Der BGH hatte in seiner wichtigen Entscheidung v. 18.7.2002<sup>12</sup> in Anbetracht der vorher teilweise von den Gerichten benutzten, zweideutigen Anordnungsbeschlüsse auf die deutliche Abgrenzung Wert gelegt und mit dem Instrument der „Einzelermächtigung“ für den sog. schwachen vorläufigen Verwalter („Zustimmungsverwalter“) eine praktikable und vor allem die Haftungsgefahr des Verwalters ermäßigende Methodik entwickelt, um einzelne, für die Betriebsfortführung notwendige in Anspruch

<sup>11</sup> zitiert bei Uhlenbruck, ZInsO 505, 508  
<sup>12</sup> ZInsO 2002, 819=ZIP 2002, 1625

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank F. F. F.

genommene Lieferanten in den Stand von Massegläubigern „zu erheben“. Der BGH hatte dabei die Kontrollbefugnis des Insolvenzgerichtes betont:  
„Die pauschale gerichtliche Ermächtigung des vorläufigen Insolvenzverwalters, „mit rechtlicher Wirkung für den Schuldner zu handeln“, bewirkt nicht, daß schon im Eröffnungsverfahren Masseverbindlichkeiten in einer vom Insolvenzgericht nicht mehr zuverlässig kontrollierbaren Weise begründet werden dürften. Sie ist vielmehr nach § 22 Abs. 2 Satz 1 InsO unzulässig.“

Und weiter:

„Den Ablauf des Eröffnungsverfahrens bestimmt das Insolvenzgericht. Nach § 21 Abs. 1 InsO hat es diejenigen Maßnahmen zu treffen, die zur Erhaltung des Schuldnervermögens erforderlich erscheinen. Diese Verantwortung kann das Gericht nicht auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter übertragen, indem es diesen ermächtigend zu allen Maßnahmen ermächtigt, die er seinerseits nach seinem eigenen Ermessen für nötig und zweckmäßig halten mag. Einen umfassenden Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vom Schuldner auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter sieht nur § 22 Abs. 1 InsO – für den Fall, daß ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen ist – vor. Dagegen gibt § 22 Abs. 2 Satz 1 InsO dem Insolvenzgericht, welches kein allgemeines Verfügungsverbot erläßt, nur die Befugnis, selbst die Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters zu bestimmen. Ebenso muß das Gericht im einzelnen die Rechte festlegen, die dem vorläufigen Verwalter eingeräumt werden, damit er seine Pflichten zu erfüllen vermag. Eine entsprechende Ermächtigung kann auch für bestimmte, abgrenzbare Arten von Maßnahmen erteilt werden, wie im vorliegenden Falle für den Forderungseinzug oder auch für die Kündigung bestimmbarer Arten von Dauerschuldverhältnissen. Aus Gründen der Rechtsklarheit und des gebotenen Schutzes von Vertragspartnern muß aber für diese jeweils aus der gerichtlichen Anordnung selbst unmißverständlich zu erkennen sein, mit welchen Einzelbefugnissen – nach Art und Umfang – der vorläufige Insolvenzverwalter ausgestattet ist (ebenso Spieß ZIP 2001, 1941, 1949; wohl auch Pohlmann aaO Rn. 342; MünchKomm-InsO/Haarmeyer § 22 Rn. 136).“

Die Kontrolle sollte sich somit nicht auf die Zweckmäßigkeit der inanspruchgenommenen Lieferanten beziehen, sondern nur sicherstellen, daß nach einer vorläufigen Liquiditätsprognose die vom vorläufigen Insolvenzverwalter zur Weiterleitung herangezogenen Lieferanten auch bezahlt werden könnten.

Kirchhoff<sup>13</sup> erläuterte die Entscheidung wie folgt:

„Zum anderen wird das Insolvenzgericht die vom vorläufigen Verwalter in Aussicht genommenen Vertragspartner vor klar erkennbar drohenden Schäden schützen müssen; denn diese vertrauen mit Recht auch auf den zugrunde liegenden Abschluss des Insolvenzgerichts, das ja für Rechtsstaatlichkeit gegenüber den Beteiligten sorgen soll. Wegen der Elbbedürftigkeit der Entscheidung wird man allerdings auch insoweit keine weitreichenden Anforderungen stellen dürfen. Einen Maßstab für diese Prüfung kann man wohl auf der Grundlage des § 61 Satz 2 InsO entwickeln, der für eine Haftung auch des vorläufigen Insolvenzverwalters gelten kann. Diesem sind zwar die Schwierigkeiten der Einarbeitungszeit besonders zugute zu halten. Aber das Risiko eines Kreditbetruges darf er nicht auf sich nehmen; und da-

<sup>13</sup> ZInsO 2004, 67, 59

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

bei darf auch kein Gericht mitwirken. Zur denkbaren späteren Entlastung nach Eingehung objektiv unerfüllbarer Masseverbindlichkeiten muss der endgültige Verwalter mindestens eine ursprüngliche Liquiditätsprognose darlegen, aus der sich ergibt, wie er die einzelnen Verbindlichkeiten zu erfüllen gedachte. Der erst kurzfristig tätige vorläufige Verwalter, der noch keine Zeit zu gründlicher Prüfung hatte, wird dem Insolvenzgericht zum Antrag auf Genehmigung von Masseverbindlichkeiten wenigstens nachvollziehbare Angaben auch darüber unterbreiten müssen, wie er sich die Erfüllung der gewünschten Verbindlichkeiten konkret vorstellt<sup>20</sup> (Bezugnahme auf die „Hamburger Leitlinien“). Das Gericht sollte die Plausibilität dieser Darlegung prüfen.\*

Diese Voraussetzung der gerichtlichen Plausibilitätskontrolle der Bezahlbarkeit der einzugehenden Masseverbindlichkeiten erzeugte mithin zugleich die Verpflichtung des „schwachen“ Verwalters zur Liquiditätsvorschau, die ohnehin bei Masseverbindlichkeiten zur Begrenzung seiner Haftung gem. § 61 InsO notwendig ist. Mithin war ein geschlossenes Verhaltensregelsystem erzeugt.

Nunmehr sollen nach der gesetzlichen Vorschlagsregelung selbst Dauerschuldverhältnisse sofort Masseverbindlichkeiten erzeugen, wenn der Schuldner sie mit Zustimmung des vorläufigen „schwachen“ Verwalters „in Anspruch nimmt“. Praktisch wird der vorläufige „schwache“ Verwalter zu sämtlichen Bestellungen und Außenungen des Schuldners/Geschäftsführers im Geschäftsleben seine Zustimmung geben bzw. geben müssen, sofern diese nicht gegen die Betriebsfortführung gerichtet sind. Bei Dauerschuldverhältnissen weiß er von deren Existenz in der Regel nach kurzer Betriebsprüfung und muß sich diese Kenntnis dann im Rahmen der „Duldungsrechtssprechung“ als masseverbindlichkeitserzeugend entgegenhalten lassen, da das schuldenrische Unternehmen die Leistung in Anspruch nimmt, anderenfalls muß er den Schuldner/Geschäftsführer zur Kündigung verantworten.<sup>20</sup>

Bisher konnte der „schwache“ vorläufige Verwalter – zu Recht – aber nur diejenigen Lieferanten mit Einzelmachtigungsbeschlüssen versehen, die entweder danach verlangten oder deutlich machten, nicht liefern zu wollen, wenn ihre Forderung nicht abgesichert wären und die nicht innerhalb des Bereiches des unanfechtbaren Bargeschäftes (§ 142 InsO) zeitnah befriedigt werden konnten. Dies entlastete – zu Recht – die Masse.

Werden nunmehr quasi alle Lieferanten zu Massegläubigern qua Gesetz, werden die Sanierungsaussichten für die Unternehmen stark absinken, da die Masse bereits im Eröffnungsverfahren aufgezehrt wird. Das Hauptanliegen der InsO, mehr eröffnete Verfahren zu erzeugen, wird konterkariert. Zugleich steigen, worauf Uhlenbruck<sup>21</sup> hinsichtlich der Forderung der Länderfinanzverwaltungen nach einer Änderung des § 55 InsO bereits hinwies, die Haftungsgefahren für den (vorläufigen) Verwalter immens, da er bei seinen „Zustimmungen“ nunmehr immer sofort die Masseverbindlichkeit erzeugt, was insbesondere bei den Dauerschuldverhältnissen zu unüberschaubaren, finanziellen Risiken führen würde.

<sup>20</sup> LAG Hamm ZInsO 2004, 694; BAG, ZIP 2004, 1323; BGH ZIP 2003, 914; AG Hamburg ZInsO 2002, 36

<sup>21</sup> ZInsO 2005, 514, 515

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

In der Begründung zum Gesetzesvorschlag wird die vorstehend erörterte Problematik trotz ihrer Wichtigkeit nicht erörtert. Es wird rein aus Sicht des Gläubigers argumentiert. Für diesen sei die Rechtslage beim „schwachen“ Verwalter mit Einzelmachtigung „nur schwer zu durchschauen“. Gleichzeitig heißt es, es wäre „hilfreich, wenn die Möglichkeit eröffnet würde, in diesem Verfahrensstadium Masseverbindlichkeiten zu begründen“. Der Entwurf scheint dann aber der „Vereinfachung“ für die Gläubiger durch seinen Regelungsvorschlag nicht zu trauen, denn am Ende der Begründung wird der Gläubiger darauf verwiesen: „...hat ein Geschäftspartner insoweit Zweifel, so kann er sich beim vorläufigen Verwalter rückversichern“. Dies erstaunt: Die bisherige Handhabung ist angeblich schwer zu durchschauen, aber die neue gibt Anlaß zu Rückversicherungen?

Nach aller praktischer Erfahrung war es bisher auch so, daß die Gläubiger Kenntnis davon hatten, daß sie bei Inanspruchnahme durch den Schuldner, der nur den „Zustimmungsverwalter“ an seiner Seite hat, nicht automatisch Massegläubiger wurden. Sie mußten sich bei diesem dann rückversichern, ob er sie im Wege des Bargeschäftes oder über eine Einzelmachtigung absichern wollte. Dies funktionierte bisher – mit den oben beschriebenen Vorteilen – völlig reibungslos. Die Insolvenzgerichte erteilten die Einzelmachtigungen, das haftungsträchtige „Gutsagen“, welches zur Eigenhaftung der Verwalter aus Vertrauensschutz führte, wurde zurückgedrängt.

Es wäre daher zu wünschen, daß es bei dem eingespielten Instrumentarium der „Einzelmachtigung“ bleiben würde. Anderenfalls sind die Folgen für das Eröffnungsverfahren mit Betriebsfortführungen unabsehbar.

### 3. Die Einschränkungen der Anfechtungsregeln contra BGH – Rechtsprechung (IX.Senat) – § 131 Abs.1 InsO und § 133 Abs.1 S. 2 InsO (Art.2 Ziff.4 und 5)

Voraussetzungen ist, dass die Insolvenzgerichte häufig Verfahren nur aufgrund von durch den Sachverständigen aufgefundenen und prognostizierten Anfechtungsansprüchen, Eigenkapitalersatzansprüchen, etc. eröffnen (in Hamburg im Bereich der Unternehmensinsolvenzverfahren schätzungsweise ein Drittel der eröffneten Verfahren). Dies entspricht der Ordnungsfunktion des Insolvenzrechtes und dient damit auch den Interessen ehemaliger oder noch vorhandener Arbeitnehmer. Letztere erhalten damit selbst bei „nicht fortführungswürdigen Unternehmen“ in Gestalt des Verwalters den notwendigen Ansprechpartner zur Herausgabe ihrer Unterlagen, Erfüllung der Zeugnisverpflichtungen, etc..

a.) Nach Ziffer 4 des Gesetzentwurfes soll aus dem Bereich des § 131 InsO jede mittels Zwangsvollstreckung erzielte Deckung (Zahlung/Sicherung) herausgenommen werden und solche per definitionem in den Bereich der kongruenten Deckung überführt werden, denn Befriedigung durch oder unter dem Druck von Zwangsvollstreckung sei „echte Erfüllung“. Dies negiert die gesamte diesbezügliche BGH-Rechtsprechung der letzten Jahre.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Der BGH nimmt – trotz fälliger Forderung – „Inkongruenz“ bei Zahlung innerhalb von drei Monaten



Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzrechtsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

Unklar ist auch, ob der neue Gesetzesvorschlag, würde er Gesetz, Auswirkungen auf die „Randbereiche“ der Druckausübung hätte, z.B. auf die Frage der Rückführungen bei gekündigten Kreditlinien<sup>26</sup>; ist die Kündigung Ausübung von „Druck“ oder legitimes Mittel? Ist dieser Druck einem Zwangsvollstreckungsdruck gleichzusetzen? Inkongruent ist nach bisheriger Rechtsprechung auch eine Zahlung aufgrund einer bestehenden wirtschaftlichen Drucksituation (z.B. Abhängigmachen von einer Genehmigung)<sup>27</sup>. Auch hier müßte konsequenterweise, zumindest, wenn der druckausübende Gläubiger ohnehin über einen Titel verfügt, nach der Logik des neuen Entwurfes dann eine kongruente Deckung vorliegen.

Die Überführung aller dieser Fallgestaltungen in den Bereich des § 130 InsO bürdet dem Insolvenzverwalter in aller Regel bei einer Vielzahl von Fällen die Beweisführungslast für die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsumfähigkeit (oder zwingenden Umständen, die darauf hinweisen) auf und erschwert in einer Vielzahl von Fällen damit die erfolgreiche Anfechtung. Dieser nunmehr vom Gesetzwurf eingeschlagene Weg ist mithin, da er eine generelle Lösung für alle Anfechtungen gegenüber Gläubigern darstellt, wohl um die in der Literatur geschilderten „Sonderrechte“ für Sozialversicherungsträger und Finanzämter zu vermeiden, noch schlimmer, als wenn nur diese Gläubigergruppen, die danach verlangt haben, privilegiert würden.

Dogmatisch sauber ist dies nicht: Nach der bisherigen Rechtsprechungsline war es jedem Gläubiger einsichtig, daß er bei Zwangsvollstreckungen kurz vor einem späteren Insolvenzantrag gegen sich die in § 131 InsO beinhaltet „Vermutung“, er wisse um die schlechte wirtschaftliche Situation seines Schuldners, automatisch gegen sich gelten lassen mußte. Eine Entwertung des Instrumentes „Zwangsvollstreckung“ war damit nicht verbunden, allein die wirtschaftlich nachteiligen Folgen mißfielen vielen Gläubigern.

Diese wurden aber – gesamtwirtschaftlich gesehen – durch die positiven Folgen für die Masseanreicherung der Insolvenzverfahren zugunsten der Gläubigergemeinschaft amortisiert. Sollte der vorliegende Entwurf Gesetz werden, werden die Druckausübungsszenarien nunmehr wieder massiv ansteigen und die Verfahrenseröffnung abnehmen. In der Gesetzes-Begründung (unter Art.2 Ziff.4) steht dazu der sehr bedenkliche Satz: „In welcher Art die Leistungsbewirkung erreicht wird, ob durch Zwangsvollstreckung oder etwa durch rüde Inkassomethoden, wird insofern irrelevant sein.“ So etwas darf ein Gesetzgeber nicht in eine Gesetzesbegründung schreiben! Dies ist eine Rückkehr, ja quasi Aufforderung zu „Wild-West-Methoden“ bei der Eintreibung von Forderungen, indem diese nicht nur zu geduldet, sondern auch noch ausdrücklich von den Sanktionen eines verschärften Anfechtungsrechtes ausgenommen werden. Auch wird ein Gläubiger die Stellung des Insolvenzantrages wieder als legitimes Druck-Mittel begreifen dürfen, seine Forderung (vor allen anderen) befriedigt zu bekommen. Ein Anreiz, ein Verfahren zur Eröffnung zu bringen, wird damit gerade nicht geschaffen (siehe die Ausführungen unter 1.).

<sup>26</sup> Rechtmann/Teitzlaff, ZInsO 2005, 196; Obermüller, ZInsO 2005, 198

<sup>27</sup> OLG Rostock, ZIP 2004, 1518=ZInsO 2004, 933; ähnlich LG München, ZVl 2004, 41 (Drohung mit Inanspruchnahme einer Prozeßbürgschaft).

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006  
zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzrechtsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

Insbesondere wird – ohne dass in der Begründung darauf genauer eingegangen wird – die Grundüberlegung des BGH konterkariert, daß der „Wetlauf der Gläubiger“ innerhalb der durch die Drei-Monats-Grenze des § 131 InsO gezogenen Zeitgrenze der „gesetzlichen Krise“ (drei Monate vor Antragstellung) unterbunden oder zumindest dessen Folgen abgemildert werden sollen: Der Grund für die Annahme einer Inkongruenz bei Befriedigung nach (oder unter dem Druck von) Zwangsvollstreckungsmaßnahmen liegt nach ständiger Rechtsprechung des BGH in der Vorverlagerung des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und der damit einhergehenden Zurückdrängung des Prioritätsprinzips sowie darin, dass sich der vollstreckende Gläubiger in der Krise und damit nach Eintritt der materiellen Insolvenz eine ungerechtfertigte Priorität vor anderen Gläubigern nicht mehr mit Hilfe von staatlichen Zwangsmitteln verschaffen darf.

Die Massehaltigkeit von zu eröffnenden Verfahren hängt unmittelbar – insbesondere heutzutage bei der Abnahme massenhafter Verfahren wegen des schlechten Wirtschaftslage (es kommen häufig nur noch Betriebe, die völlig „am Ende“ sind) – von der Möglichkeit ab, inkongruente Deckungsanfechtungen zu realisieren. Insbesondere bei wiederholten Insolvenzanträgen mit Teil-/Erledigungszahlungen war deren Anfechtung bisher unproblematisch. Auch Folgezahlungen des Schuldners an den ehemaligen Insolvenzantragsteller galten als „bemaßigt“ und wurden meist anstandslos nach Eröffnung herausgegeben.

Unklar ist nach dem Wortlaut des Entwurfes und seiner Begründung auch, ob unter den Begriff „Zwangsvollstreckung“ auch Zahlungen fallen sollen, die mittels Drohung mit einem Insolvenzantrag oder gar innerhalb eines laufenden Insolvenzeröffnungsverfahrens erzielt wurden. Der BGH hat insbesondere solchen Zahlungen mit guten Gründen den Stempel „Inkongruenz“ aufgedrückt. Die aufgrund eines Insolvenzantrages erzielte Deckung ist bisher stets inkongruent, da dieser niemals geeignetes Mittel ist, um Ansprüche außerhalb eines insolvenzverfahrens durchzusetzen<sup>28</sup>. Bei der Drohung mit dem Insolvenzantrag muß die Grenze zur unverbundlichen Mahnung überschritten sein. Dabei muß zwischen Drohung und Zahlung ein Zusammenhang bestehen, der auch über die gesetzte Zahlungsfrist hinausgehen kann („Zahlung innerhalb der aufgebauten Drucksituation“)<sup>29</sup>. Inkongruent ist auch die Zahlung an den Insolvenzantragssteller selbst, da das Stellen eines Insolvenzantrages der unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung gleichzusetzen ist<sup>30</sup>. Die Anfechtung ist also erfolgreich, wenn das Verfahren aufgrund eines anderen Antrages eröffnet wird, obwohl der Antrag des Geldempfängers ertüchtigt ist.

<sup>28</sup> vor dem Antrag unter Vollstreckungsdruck an, da „zur der Zeit kein Anspruch“ (BGHZ 136, 309 (311) (9.9.97), ZIP 2002, S. 1159 f.; ZInsO 2003, S. 811= ZIP 2003, 1304 (Vollstreckungsankündigung genügt aus objektiver Sicht des Schuldners); auch: OLG Stuttgart ZIP 2002, S.2284; OLG München ZIP 2003, S. 131 (auch bei bloßem „Besuch“ des Vollziehungsbeamten und „freiwilliger“ Geldeübergabe); BGH ZIP 2002, S. 228: freiwillige Übergabe eines später platzierenden Schecks und anschließende Überweisung aus dem Debit-Konto), s. auch: OLG Dresden, ZIP 2003, S. 1052 ff.). Die Vollstreckungsankündigung genügt, um eine inkongruente Deckung für die nachfolgende Zahlung herzustellen (OLG Hamburg, 13.5.2005, ZInsO 2005, 657)

<sup>29</sup> ausführlich: Fischer, Fs. I. Kirchhof, 73 ff.

<sup>30</sup> BGH v. 18.12.03, ZIP 2004, 316

<sup>31</sup> OLG Schleswig, ZInsO 2004, 100

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006

zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

b.) Nachdem der BGH nunmehr selbst den Bereich der Zwangsvollstreckungshandlungen aus dem Geltungsbereich des § 133 InsO. nochmals bestätigend zum Gesetzeswortlaut - ausdrücklich herausgenommen hatte<sup>28</sup>, ist auch dieses nach dem Gesetzentwurf nicht ausreichend:

Der Entwurf will nunmehr den gesamten Bereich der kongruenten Deckung nahezu gänzlich aus § 133 InsO ausnehmen. Lediglich ein „unlautes Verhalten des Schuldners“ soll in diesem Bereich noch zur Anfechtbarkeit führen.

Dieser Begriff, nach der Begründung zum Entwurf einer BGH-Entscheidung von 1991 entnommen<sup>29</sup>, stellt zunächst einmal eine moralische Kategorie dar, kein rechtlich griffiges Tatbestandsmerkmal. Nach der zitierten BGH-Entscheidung ist darunter ein kollusives Zusammenwirken zwischen Schuldner und Gläubiger zu verstehen, bei dem es dem Schuldner ausschließlich darauf ankommt, andere Gläubiger zu benachteiligen, z.B. indem ein bevorstehender oder vermuteter Zugriff anderer Gläubiger erschwert oder unmöglich gemacht wird. **Dies wird kaum einmal vom Insolvenzverwalter zu beweisen sein.**

Wieder nimmt die Begründung zum Entwurf ausschließlich ausdrücklichen Bezug auf die Situation von Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern, soll aber eigentlich eine generelle Regelung für alle Anfechtungsfälle nach § 133 InsO begründen. Dies ist so inkonsequent wie „unlauter“ (um bei diesem Begriff zu bleiben): Hier scheut sich der Gesetzgeber, sein eigentliches Gesetzgebungsziel, die Privilegierung dieser Gruppen, in seiner Umsetzung wörtlich zu offenbaren. Am Ende der Begründung zu Nummer 5 der Vorschläge wird dies eindeutig: Wenn sich „Fiskus und Sozialkassen“ auf Zwangsvollstreckung oder Drohung damit beschränken, käme eine Anfechtung nur in Frage, wenn zusätzliche „gravierende Umstände“ vorlägen, die es rechtfertigen, von einem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners auszugehen. Dies stellt die bisherige BGH-Rechtsprechung auf den Kopf:

Danach stellte indiziell die Inkongruenz der Deckung bisher ein starkes – doppelseitiges – Beweisanzeichen dar: Für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bei Zahlung und die Kenntnis des entgegennehmenden Gläubigers hier-  
von<sup>30</sup>. Die Indizwirkung kann entfallen, wenn die Handlung zu einer Zeit vorgenommen wird, in welcher aus Sicht des Anfechtungsgegners noch keine ernsthaften Zweifel an der Liquidität des Schuldners zu bestehen scheinen<sup>31</sup> oder wenn ein ernsthafter Sanierungsversuch unternommen wird<sup>32</sup>.

Diese Einschränkungen vom Anwendungsbereich des § 133 InsO wurden von der Praxis bisher als ausreichend – und handhabbar – angesehen. Ein „Unredliches Handeln“ des Schuldners ist nach bisheriger Rechtsprechung keine Voraussetzung für § 133 InsO; „Vorsatz“ bedeutet keine sittlich mißbilligswerte Einstellung<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> ZInsO 2005, 260=ZIP 2005, 494=ANZl 2005, 215

<sup>29</sup> ZIP 1991, 807

<sup>30</sup> Zusammenfassend: BGH, ZInsO 2004, 616=ZIP 2004, 1060

<sup>31</sup> BGH, ZInsO 2004, 145=ZIP 2004, 319, 323

<sup>32</sup> Pape/Uhlenbruck, ZIP 2005, 417, 422; Schneider/Hörmann, ZInsO 2005, 133, 135

<sup>33</sup> OLG Dresden, ZIP 2003, S. 1717, 1719

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006

zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

Der Schuldner muß seine Zahlungsunzulänglichkeit kennen und weitere Indizien müssen zur Benachteiligungsvorsatzannahme hinzutreten: Es genügt, wenn der Schuldner die Begünstigung des die Zahlung empfangenden Gläubigers vor den anderen wenigstens mittelbar bezweckt (dolus eventualis)<sup>34</sup>. Er nimmt sie billigend in Kauf, wenn er z.B. damit den Gläubiger von der Stellung eines Insolvenzantragabehalten will<sup>35</sup>. Der gesetzmäßige, aber massive Druck des Gläubigers ist Indiz dafür, daß es dem Schuldner nicht vorrangig auf die Erfüllung seiner Zahlungsverpflicht ankam. Kumulation: Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und Druck-Nachgeben= Kenntnis der Benachteiligungsabsicht.

Die bloße Hoffnung des Gemeinschuldners, sein Geschäft weiterzuführen, sowie nach und nach seine Hauptgläubiger befriedigen zu können, schließt –nach bisheriger Rechtsprechung– seine Begünstigungsabsicht gegenüber dem die Zahlung empfangenden Gläubiger und damit den Vorsatz nicht aus<sup>36</sup>. Genau darum geht es: Den um die Zahlungsunfähigkeit wissenden, aber „weiterwurschtelnden“ – und damit sowohl eigene als fremde Arbeitsplätze durch Neu-Begründung nicht zahlbarer Verbindlichkeiten schädigenden Schuldner nicht zu privilegieren, und gegen das Gebot der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung gezahlte Leistungen zugunsten der Finanzierung des eröffneten Verfahrens zurückzufordern.

Dieses in sich schlüssige Modell des BGH will der Entwurf nunmehr zugunsten der öffentlich-rechtlichen Gläubiger zerschlagen. Damit wird in Kauf genommen, Gläubiger anfechtungsrelevant zu privilegieren, die fortgesetzt „wirtschaftlich schwankende und wandende“ Schuldner in Kenntnis der Tatsache, daß sie nicht die einzigen Gläubiger sind, im Wirtschaftsalben belassen, gerade keinen Insolvenzantrag stellen<sup>37</sup> (sondern nur damit drohen), um sie „bis aufs Hemd“ auszupressen.

Ein Anreiz für die Gläubiger, rechtzeitig Insolvenzfremdantrag gegen diese Schuldner zu stellen, wird damit endgültig ad acta gelegt. Dies mag die Insolvenzgerichte über kurz oder lang entlasten, wird aber kein verlässlicheres und kalkulierbares Wirtschaftsleben befördern, wie es Ziel jeder guten Insolvenzordnung sein sollte. Eine funktionierende Insolvenzordnung ist ein Wirtschaftsfaktor.

#### 4. Fazit

Der Gesetzentwurf (Art.2) will nach seiner Begründung in erster Linie Sozialkassen und den Fiskus privilegieren. Dies ist nicht sachgerecht, aber auch nicht sachgerecht umgesetzt: Die einzelnen Regelungsvorschläge treffen auf alle Fallgestaltungen mit „normalen“ Gläubigern zu. Dadurch werden die Sanierungsmöglichkeiten innerhalb eines Insolvenzverfahrens massiv beeinträchtigt, da die Massen mit Massfordernungen belastet und um Anfechtungsmöglichkeiten „entlastet“ werden. Zugleich wird kein Anreiz geschaffen, Insolvenzanträge gegen zahlungsunfähige Schuldner zu stellen oder „weiterlaufen“ zu lassen. Das gesamte bisherige Anfechtungsrechtspre-

<sup>34</sup> BGH, ZInsO 2004, 365=ZIP 2004, 669

<sup>35</sup> BGH v. 17.7.03, ZInsO 2003, 850=ZIP 2003, 1799

<sup>36</sup> BGH NJW 1997, 3175; ZIP 2003, S. 1506 ff.; OLG Saarland, ZInsO 2003, S. 233, 235

<sup>37</sup> nach Kenntnis des Verfassers haben viele Finanzämter ausdrücklich Anweisung, keine Insolvenzanträge zu stellen, da dies politisch nicht vertretbar sei, da dies Arbeitsplätze vernichten würde!

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages  
am 27.9.2006

zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung)  
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

chungsmodell des BGH wird kontroversiert. Grundpfeiler der InsO werden in Frage gestellt. Mit wenigen Änderungen wird viel über Bord geworfen. Dies sollte man sehr wohl bedenken.

Zu erwägen wäre, das gesamte Gesetzesvorhaben betreffend des Anfechtungsrechtes zugunsten einer integrierten Gesetzesreform des InsO in Abstimmung zu den übrigen diesbezüglichen Gesetzesvorhaben (s.o.) zu verschieben. Sicherheitsstellen wäre, dass nicht im „Umweg“ über andere Gesetze (z.B. Jahressteuergesetz 2007) einzelne Regelungen der InsO „inzident“ geändert werden.

Frind

Prof. Dr. jur. Hans Haarmeyer  
RheinAhrCampus Remagen

53179 Bonn-Bad Godesberg  
Rheinstrasse 50  
Tel./Fax : 0228/359462  
hans.haarmeyer@t-online.de

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung  
„Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“  
Drucksache 16/886  
Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages  
am Mittwoch, den 27. September 2006**

**I. Zusammenfassende Ausgangsthesen**

- Das reformierte Insolvenzrecht verfolgt vorrangig das Ziel, durch eine Vorverlagerung und Erleichterung der Eröffnung, vorhandene Sanierungspotentiale des in die Krise geratenen Unternehmen zu nutzen, um im Rahmen der institutionellen Insolvenz den Erhalt von Unternehmen und Arbeitsplätzen zu forcieren. Das Insolvenzeröffnungsverfahren dient in diesem Kontext maßgeblich dazu, dem Unternehmen eine „Auszeit“ zu verschaffen, um die Sanierungsfähigkeit und –würdigkeit prüfen zu können. Dabei mutet die Insolvenzzordnung allen Gläubigern einen zeitlich begrenzten Verzicht auf die Durchsetzung und Geltendmachung individueller Ansprüche und Rechte im volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse zu und ordnet dem Insolvenzgericht und dem vorläufigen Verwalter im Interesse des Erhaltes des Unternehmens u.a. die alleinige Rechtskompetenz zur Begründung von Masseverbindlichkeiten (§ 55 InsO) zu.

- Werden für einzelne – schon heute privilegierte – Gläubigergruppen rechtlich oder faktisch unanfechtbare Vollstreckungsmöglichkeiten eröffnet, wird dies für das Bemühen

um eine frühe, eine Sanierung noch ermöglichende Antragstellung einen so herben Rückschlag darstellen, dass die bisher in erheblichem Umfang genutzten Fortführungs- und Sanierungsmöglichkeiten zu einem absoluten Ausnahmefall werden. Der damit einhergehende Verlust an Unternehmen und Arbeitsplätzen übersteigt die angeblich ausgleichenden Mittel (es sind jeweils ca. ein bis zwei Tausendstel(!) des Gesamtaufkommens) um eine Vielfaches. Allein die mit der Neuregelung des § 131 InsO künftig eröffnete Möglichkeit z.B. der Eintragung einer unanfechtbaren Zwangssicherungshypothek macht deutlich, dass ein so agierender Gläubiger ein Sperrpotential erhält, das jede Sanierung nahezu unmöglich macht.

- Entgegen dem in der Begründung erweckten Eindruck ist die Ursache der notwendigen Rückführung von Finanzmitteln in die insolventen Unternehmen nicht die Anfechtung selbst, sondern die Ursache liegt in der regelmäßig um ca. 6 - 8 Monate nach Eintritt der materiellen Insolvenz verzögerten Antragsstellung. Die in dieser Zeit anwachsenden Verluste für die Gläubiger, Lieferanten von jährlich ca. 35 Mrd. Euro etc. sind maßgeblich auch durch das Antragsverhalten der Finanzämter und Sozialversicherungsträger bestimmt. Das Verhalten des Unternehmens in der Krise ist vorrangig darauf gerichtet die schnellen Vollstreckungsmöglichkeiten der öffentlichen Gläubiger zu meiden, um möglichst lange auch noch andere Umsatzgeschäfte machen zu können. Zu Lasten der allgemeinen Gläubiger werden daher die öffentlichen Gläubiger – unter Verletzung maßgeblicher gesetzlicher Pflichten (vgl. § 43 Abs. 3,

64 Abs. 2 GmbHG) - vorrangig befriedigt, um sich möglichst lange noch „über Wasser“ halten zu können. Es erfolgen also Zahlungen unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen auf die daher auch niemand Anspruch hat sie zu behalten bzw. ein darauf gestützte Vertrauen als schützenswert zu reklamieren - die Anfechtung setzt dieses später nur rechtsförmlich im Interesse aller Gläubiger um. Würden die Schuldnerunternehmen, wie es z.B. § 64 GmbHG vorschreibt, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen den gebotenen Insolvenzantrag stellen, würde es zu anfechtbaren, gesetzwidrigen Zahlungen an die o.a. öffentlich-rechtlichen Gläubiger idR nicht kommen. Dringender Regelungsbedarf besteht daher bezüglich einer Verbesserung des Antragsverhaltens, wie es derzeit im Rahmen der Reform des GmbH-Rechts eingehend erörtert wird. Der vorliegende Entwurf konterkariert diese Zielsetzung vollständig.

- Finanzämter und Sozialversicherungsträger erfahren aufgrund veränderten Zahlungsverhaltens, Fristüberschreitungen, Ratenzahlungen etc. in der Regel ca. 5 - 6 Monate vor Antragstellung von der bereits eingetretenen Unfähigkeit des Schuldnernehmens, alle Gläubiger zu befriedigen. Sie erhalten damit – und das war auch ein maßgeblicher Grund für den Wegfall der überkommenen Privilegien – neben den Banken lange vor den einfachen Gläubigern Kenntnis von der bereits eingetretenen materiellen Insolvenz.

- Statt zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung – wie vom Reformgesetzgeber gewollt – einen Insolvenzantrag zu stellen und

damit auch Sanierungschancen zu eröffnen, sind die öffentlich-rechtlichen Gläubiger stattdessen vorrangig bemüht, mit den ihnen allein zur Verfügung stehenden schnellen Vollstreckungsmöglichkeiten und der Drohung strafrechtlicher Verfolgung (§ 266a StGB; § 370 AO) die eigenen Ansprüche durchzusetzen. Das dadurch weiter am Markt befindliche, aber bereits insolvente Unternehmen, erhält durch dieses Verhalten Zeit und Gelegenheit andere Gläubiger zu Leistungen zu bewegen, obwohl diese schon nicht mehr erfüllt werden können. Da sich die Forderungsausfälle der Gläubiger im Jahre 2005 auf mehr als 35 Mrd. Euro summiert haben, die vornehmlich in den letzten 6 Monaten anwachsen, könnte ein adäquates, gesetzliches Antragsverfahren zu einer Minderung der Schäden um ca. 20 - 25 Mrd. Euro führen und damit einen wesentlichen Beitrag zur gesamtwirtschaftlichen Stabilität leisten.

- Es gibt überhaupt keine sachliche Rechtfertigung warum Finanzämter und Sozialversicherungsträger besser gestellt werden sollen, als die an dem abgabepflichtigen Vorgang unmittelbar beteiligten Lieferanten, Dienstleister oder Arbeitnehmer oder z.B. Haftpflichtversicherer und Versorgungsunternehmen. Gehen diese bei einer Umsetzung des Gesetzesvorhabens nämlich weiterhin leer aus, erfolgt auf der Seite der Begünstigten aufgrund der nur bei ihnen vorhandenen schnellen Vollstreckungsmöglichkeiten nunmehr eine vollständige Befriedigung. Dass dies einen groben Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 GG darstellt, liegt auf der Hand und wird notwendig die berechnete Forderung anderer

Gläubigergruppen nach sich ziehen, den öffentlich-rechtlichen Gläubigern gleichgestellt zu werden.

- Die notwendig zu beachtende insolvenzrechtliche Akzessorität der Umsatzsteuer zum Umsatzgeschäfts und dessen Begründung allein durch Handlungen des vorläufigen Verwalters findet sich daher auch schon im RegE BT-Drs. 12/2443, S. 126 „Soweit beispielsweise Forderungen aus Veräußerungsgeschäften, die der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen der Unternehmensfortführung tätigt, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu Masseforderungen werden, gilt dies auch für die Umsatzsteuerforderungen aus diesen Geschäften“ (Unterstreichungen vom Verfasser). Das im jetzigen Gesetzesvorhaben angeblich zu lösende Problem, ist mitlith Weise dahingehend geregelt worden, dass es allein der Entscheidung des vorläufigen Verwalters im Rahmen der Fortführung obliegen soll, ob im Interesse des Erhalts der Sanierungsmöglichkeiten bestimmte Forderungen zu Masseforderungen werden und dass dieser Entscheidung dann auch das Umsatzrecht folgt. Die gleichen Überlegungen gelten gewiss auch für den Bestand bzw. die Fortführung von Arbeitsplätzen und die damit verbundenen Sozialversicherungsbeiträge.

- Die Umsetzung des Gesetzesvorhabens führt voraussichtlich zu einem Absinken der Eröffnungsquote für Unternehmen um ca. 20 - 25% und damit auf ein Niveau, das vor der Einführung der Insolvenzordnung Anlass für die Reform überhaupt gewesen ist.

In der Folge bestünde damit – bezogen auf das Jahr 2005 – für ca. 8.500 Unternehmen keine Möglichkeit mehr zur Überprüfung der Sanierungsfähigkeit und zur Aufdeckung und Rückgängigmachung von Vermögensverschiebungen.

- Die Umsetzung des Gesetzesvorhabens führt zu einem zu erwartenden Verlust von ca. 2.500 nach heutigem Recht noch sanierungsfähigen Unternehmen und damit verbunden zu einem Verlust von ca. 25.000 Arbeitsplätzen, mit den jeweils daraus erwachsenden Folgewirkungen für die öffentlichen Haushalte, einschließlich des damit verbundenen Ausfalls an Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen.

- Bei einem Gesamtaufkommen der Umsatzsteuer (Basis 2004) von 107,4 Mrd. Euro, stellen die (nicht nachgewiesenen) angeblich anfechtungsrechtlich begründeten „Ausfälle“ der Finanzverwaltung allenfalls 1,5 Promille des Gesamtaufkommens dar, das jedoch durch die nach heutigem Recht noch möglichen Sanierungserfolge mehr als kompensiert wird. Bei jährlichen Sozialversicherungsbeiträgen (Basis 2005) von 397 Mrd. Euro stellen die wiederum ohne jeden Beleg behaupteten „Ausfallbeträge“ einen Wert von 0,2 Promille dar, die jedoch durch die insolvenzrechtlichen Sanierungserfolge bei einer durchschnittlichen Brutto-Lohnsumme von ca. 64.000,- Euro je Beschäftigten und einer Abgabenquote von 42% nahezu völlig kompensiert werden. Angesicht dieser Größenordnungen ist die Reform des Anfechtungsrechts weder für die Finanzierung der Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung beitragsrelevant noch für die Sanierung des Finanzhaushaltes mehr als eine Marginalie,

für die von einer solchen „Reform“ betroffenen einfachen Gläubiger hingegen würde durch sich durch eine weitere Minderung der eh schon geringen Quoten in vielen Fällen die Existenzfrage mit dem Risiko der Folgeinsolvenz stellen.

- Die Begründung von Masseverbindlichkeiten im Rahmen des § 55 Abs. 2 InsO ist ein wertvolles Instrument zur Unternehmensfortführung. Von diesem darf nach dem Willen des Gesetzgebers der vorläufige Verwalter um den Preis seiner eigenen haftungsrechtlichen Verantwortung (§§ 60, 61 InsO) nur Gebrauch machen, wenn abzuschließende und von ihm zu erfüllende Geschäfte der Sanierung und dem Erhalt des Unternehmens dienen. Eine gesetzliche Regelung wie die beabsichtigte Neufassung von § 55 Abs. 2 InsO, die ebenso auch im Jahressteuergesetz 2006 enthalten ist, löst sich vollständig von diesem Zweck und ist mit ihm nicht vereinbar. Dadurch würde jede Sanierungsmöglichkeit im Keim erstickt und kein Verwalter wäre angesichts des dann nicht mehr kalkulierbaren Haftungsrisikos bereit, sich auf eine stets für ihn auch persönlich riskobehaftete Fortführung noch einzulassen.

- Die Umsetzung des Gesetzesvorhabens würde die führende Rolle Deutschlands als Träger eines modernen, marktwirtschaftlich ausgerichteten Insolvenzrechts nachhaltig beeinträchtigen und ungläubwürdig machen. Gerade gegenüber den osteuropäischen Reformstaaten ist von der Weltbank – ebenso wie der EU – seit mehr als 10 Jahren die Forderung erhoben und durchgesetzt worden, dass die überkommenen Privilegien staatlicher Gläubiger in den dortigen

Insolvenzgesetzen zu Gunsten marktwirtschaftlich orientierter Regelungen beseitigt werden. Die Wiedereinführung fiskalischer Privilegien im deutschen Recht würde daher nicht nur zu einer großen Glaubwürdigkeitslücke führen, sondern auch gegen die marktwirtschaftlichen Grundmaxime europäischer insolvenzrechtlicher Regelungen verstoßen.

## II. Begründung

Das zur Beratung und Beschlussfassung anstehende Gesetzesvorhaben<sup>1</sup> ist der wiederholte Versuch der dadurch begünstigten Finanzverwaltungen und Sozialversicherungsträger die ihnen noch im Rahmen der Geltung der Konkursordnung zustehenden Privilegien wieder zu erlangen, wie dies auch in den Jahren 2003/2004 – allerdings erfolglos – in Österreich versucht worden ist.

Seit Inkrafttreten der InsO zum 1.1.1999 haben sich die o.g. stets dagegen gewehrt, als „normale“ Gläubiger behandelt zu werden und sich in ihrem Antragsverhalten als auch wirtschaftlich denkende und daran orientiert auch handelnde Gläubiger zu verhalten. Waren die Finanzverwaltungen schon mit erheblichen Änderungen im Umsatzsteuerrecht (z.B. §§ 13b und 13c UStG) durchaus erfolgreich, sollen nun auch noch die letzten Hindernisse zur Wiedererlangung des Fiskusprivilegs beseitigt werden. Nachdem die aggressive Beitreibungs- und Vollstreckungspraxis der Sozialversicherungsträger vom BGH in verschiedenen Entscheidungen als anfechtbar qualifiziert worden ist, soll auch dies nunmehr gesetzlich legitimiert werden, mit der notwendigen Folge, dass die einfachen ungesicherten Gläubiger,

<sup>1</sup> Im Hinblick auf den in der 1. Lesung des Gesetzentwurfes deutlich gewordenen Sachverstand der Vertreter des Rechtsausschusses wird auf die Wiederholung und Paraphrasierung der vielfältigen Fachbeiträge anlässlich dieses von der alten Bundesregierung forcierten und nunmehr „wieder belebten“ „Reformvorhabens“ verzichtet; vgl. dazu für alle Huber ZInsO 2005, 786ff. sowie Pape ZInsO 2005, 842ff.

die ihre Ansprüche nicht selbst titulieren und vollstrecken können, völlig leer ausgehen dürften.

Das Deutsche Institut für angewandtes Insolvenzrecht<sup>2</sup> (DIAI) in Bonn hat vor diesem Hintergrund und in Vorbereitung der Anhörung des Rechtsausschusses in der Zeit vom 15. bis zum 20. September 2006 eine Befragung von 500 Unternehmensinsolvenzverwaltern und – als Kontrollgruppe – von 50 Insolvenzrichtern zu den zu erwartenden Folgen für die insolvenzrechtliche Praxis durchgeführt.<sup>3</sup> Die dabei deutlich gewordenen Ergebnisse belegen, dass das vorliegende Gesetzgebungsvorhaben geeignet ist, die Gesamtreform des Insolvenzrechts so nachhaltig zu beeinträchtigen, dass von einem reformierten, modernen Insolvenzrecht danach keine Rede mehr sein kann. Die volkswirtschaftlichen Folgekosten werden die zu erwartenden „Mehreinnahmen“ um ein Vielfaches übersteigen.

<sup>2</sup> Das DIAI e.V. ist ein Zusammenschluss von 24 Hochschulprofessoren an Universitäten und Fachhochschulen, deren Lehr- und Forschungsgebiet schwerpunktmäßig auf das Insolvenzrecht und seine Nebengebiete fokussiert ist.

<sup>3</sup> Bei einem Rücklauf bzw. einer Teilnahme von 186 Insolvenzverwaltern (37,2%) und 32 Richtern (64%) ist das Gesamtergebnis repräsentativ. Im Rahmen der Auswertung wurden die Antworten der Insolvenzverwalter wie der Insolvenzrichter zu den Fragen 1, 2 und 5 zunächst separat zu Mittelwerten zusammengefasst und sodann zu einem „gemeinsamen“ Mittelwert verdichtet. Dass dabei die Antworten der Richter überproportional ins Gewicht fielen, war aus der Sicht des DIAI hinnehmbar, um die mögliche Interessenorientierung der Insolvenzverwalter „auszugleichen“. Tatsächlich lagen die Bewertungen aber nicht wesentlich auseinander (Abweichungen im Mittel 5%). Bei den Antworten zur Frage 3 und 4 wurden die als absolute Zahl angegebenen Daten aufaddiert.

Auf die Frage 1

„Wie hoch schätzen sie den Anteil der Insolvenzverfahren, die nur eröffnet werden konnten, weil es anfechtbare Zahlungen an Finanzämter oder Sozialversicherungsträger gegeben hatte? (%-Wert als Anteil an der Gesamtzahl) der von ihnen bearbeiteten Regelinsolvenzverfahren)“

ergab sich ein Mittelwert von 23,7%.

Dies bedeutet, dass in nahezu einem Viertel aller ca. 37.000 Unternehmensinsolvenzverfahren die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur dadurch ermöglicht werden konnte, dass die unter Verstoß gegen gesellschafts- und insolvenzrechtliche Regelungen erfolgten und mithin ungesetzlichen Zahlungen zur Masse zurückgefordert wurden. Es belegt aber auch zugleich, dass der Entzug dieser Mittel zu einer Zeit erfolgt ist, in der die betreffenden Unternehmen bereits im Zustand materieller Insolvenz waren und die Empfänger dies wussten oder wissen konnten.

Auf die Frage 2

„Wie hoch, schätzen sie, sind im Durchschnitt die im Wege der Anfechtung solcher Zahlungen erfolgten Rückflüsse an die Masse gewesen? (Summe aller Zuflüsse sowohl aus Zahlungen an Finanzämter und Sozialversicherungsträger)

ergab sich ein Mittelwert von 26.705,- Euro.



Dies bedeutet, dass in der Krise der Unternehmen durchschnittliche Zahlungen in einer Größenordnung geleistet worden sind, die der Gesamtgläubigerschaft entzogen wurden, die finanzielle Leistungskraft des Unternehmens deutlich geschwächt haben und damit auch als Mittel für eine Sanierung nicht mehr zur Verfügung standen. Bei einer Antragstellung, sei es durch das Schuldnerunternehmen selbst oder durch einen Gläubiger, bereits im Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz, hätte mithin eine realistische Aussicht bestanden, das Unternehmen ggf. auch unter Aktivierung eigener finanzieller Potentiale zu stabilisieren und zu sanieren.

Auf die Frage 3

„Wie hoch schätzen Sie die Zahl der Unternehmen, bei denen die Rückflüsse aus den o.a. anfechtbar erlangten Zahlungen eine Fortführung erst ermöglicht oder gesichert hat? (Angabe als absolute Zahl)

ergab sich ein Gesamtwert von 2.485 Unternehmen.

Auf die Frage 4

„Wie viele Arbeitsplätze konnten insgesamt in den unter Frage 3 genannten Unternehmen und mit Hilfe der anfechtbar erlangten Zahlungen erhalten werden? (Angabe als absolut Zahl)“

ergab sich ein Gesamtwert von 24.650 Arbeitsplätzen.

Beide Antworten machen in der Summe deutlich, dass das reformierte Insolvenzeröffnungsverfahren maßgeblich dazu beiträgt, sanierungsfähige Unternehmen zu stabilisieren und Arbeitsplätze zu erhalten. Hierzu leistet auch und gerade das verschärfte Anfechtungsrecht ganz offenbar wichtige Beiträge, indem es die Rückforderung gegenüber Gläubigern erleichtert, die sich zu Lasten der anderen Gläubiger eine Erfüllung verschafft haben, obwohl ihnen diese gesetzlich nicht mehr gewährt werden durfte. Auf diese Weise leistet das reformierte Insolvenzrecht auch einen wesentlichen Beitrag zu Rückabwicklung von Vermögensverschiebungen und bringt damit die Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts zum tragen.

Auf die Frage 5

„Auf welche durchschnittlichen Zeiträume vor der Antragstellung beziehen sich die o.a. anfechtbaren Zahlungen regelmäßig? (Angabe in Monaten)

ergab sich ein Mittelwert von 4,86 Monaten.

Aus diesem Ergebnis wird überdeutlich, dass sich die zwangsweise Durchsetzung von Ansprüchen durch die dazu allein gesetzlich ausgestatteten und strafrechtlich geschützten öffentlich-rechtlichen Gläubiger über die kritische Zeit nach § 131 InsO hinaus auch auf Zeiträume verlagert, die dem Eintritt der materiellen Insolvenz näher kommen. Einem Zeitraum also, bei dem sich aus den Umständen auch auf die Kenntnis dieser Gläubiger von der bereits eingetretenen Insolvenzsreife schließen lässt, da sonst eine Anfechtung nach § 133 InsO nicht infrage

käme. Umso deutlich knüpft sich daran aber die Forderung, diese „Auszehrung“ der finanziellen Basis krisenbeladener Unternehmen nicht noch durch eine Legitimierung zu unterstützen, sondern durch geeignete gesetzliche Maßnahmen die Vorverlagerung der Insolvenzanträge zu unterstützen.

Hierzu wäre es z.B. sinnvoll die bisher „zahnlose“ und in der Praxis leer laufende Regelung des § 26 Abs. 3 InsO in der Weise „scharf“ zu schalten, dass danach künftig die Geschäftsführer oder persönlich haftenden Gesellschafter zur Masseloskostendeckung persönlich verpflichtet werden, es sei denn, sie weisen nach, dass der Insolvenzantrag nicht pflichtwidrig verspätet gestellt worden ist.<sup>4</sup> Das Problem der immer noch in erschreckend großer Zahl auftretenden masselosen Insolvenz von Kapitalgesellschaften mit einer immer noch viel zu hohen Abweisungsquote<sup>5</sup> mangels Masse sowie die damit verbunden Rechtslosstellung der Gläubiger kann nicht dauerhaft hingenommen werden<sup>6</sup>, will man nicht die Ziele der Reform der

Insolvenzrechts schon nach kurzer Zeit ad acta legen und das Feld den Firmenbestattern überlassen.

<sup>4</sup> Vorschlag des Verfassers: „Ist eine juristische Person oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit bei Antragstellung in dem Sinne massearm, dass die vorhandene insolvenzmasse nicht ausreicht, um die Kosten des Verfahrens zu decken, so ist jedes Mitglied des Vertretungsorgans, bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien jeder persönlich haftende Gesellschafter, zur Gewährung eines ausreichenden Geldbetrages verpflichtet. Die Verpflichtung entfällt nur, wenn der Nachweis geführt wird, dass der Insolvenzantrag nicht pflichtwidrig und schuldhaft verspätet gestellt worden ist. Die Höhe des erforderlichen Geldbetrages setzt das zuständige Insolvenzgericht fest. Wer ansonsten einen Vorschuss nach Abs. 1 Satz 2 geleistet hat, kann die Erstattung des vorgeschossenen Betrages von jeder Person nach Maßgabe von Satz 2 verlangen.“

<sup>5</sup> Dass bei akribischer sachverständiger und gerichtlicher Arbeit die Eröffnungsquoten schon heute weit über 80% liegen könnten, zeigen die Ergebnisse einzelner Insolvenzgerichte; vgl. dazu umfassend die Ergebnisse einer Feldstudie bei Haanmeyer/Suvacarevic ZInsO 2006, Heft 18.

<sup>6</sup> Die dazu von Burghard/Gundlach ZIP 2006, 1598ff. wieder beliebte Idee der Einführung einer Insolvenzkosten-Pflichtversicherung wäre insoweit auch ein weiterer Baustein zur Bewältigung des Problems der Masselosigkeit.

### III. Abschließende Bewertung

Der Versuch der Wiedereinführung fiskalischer Privilegien durch die beabsichtigten Regelungen erfolgt ohne jede sachliche Rechtfertigung und verstößt in eklatanter Weise gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG und gegen den Sanierungsgedanken der Insolvenzrechtsreform.

Bei einer Umsetzung des RegE werden durch die beabsichtigten Regelungen der §§ 14 und 55 InsO die erfolgreichen Entwicklungen des sanierenden Insolvenzrechts gerade im Eröffnungsverfahren ins Gegenteil verkehrt und die Ziele der InsO ad absurdum geführt.

Die Ergebnisse der Erhebung des DIAI sowie die bisherigen Praxiserfahrungen machen deutlich, dass die behaupteten Problem ihre Ursache nicht im Anfechtungsrecht (§§ 131, 133 InsO) haben, sondern maßgeblich in dem zögerlichen Antragsverhalten des Schuldner begründet sind, sowie Folge der Ausnutzung der vollstreckungsrechtlicher Kompetenzen der öffentlich-rechtlichen Gläubiger sind, die mit ihrem „Dulde-und-liquidiere-Verhalten“ maßgeblich zur verspäteten Antragstellung und damit auch zu einer massiven Schädigung der einfachen, ungesicherten Gläubiger beitragen.

Der vorliegende Entwurf ist ein Rückfall in eine obrigkeitstaatisch orientierte Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts und mit den marktwirtschaftlichen Zielen eines modernen

Insolvenzrechts im globalisierten 21. Jahrhundert unvereinbar. An seiner Stelle sollten Regelungen forciert werden, die das Antragsverhalten aller Beteiligten deutlich verbessern und Spekulationen mit einer „Abwelsung mangels Masse“ als Schutz vor haftungsrechtlicher Inanspruchnahme oder anfechtungsrechtlicher Rückgewähr leer laufen lassen. Zu diesem Zweck ist eine konsequente Fortentwicklung des Antrags- wie des Anfechtungsrechts wünschenswert, statt einer Wiederbelebung überkommener und sanierungsfeindlicher Privilegien für einzelne Gläubigergruppen.

Bonn, den 22. September 2006

Prof. Dr. Hans Haarmeyer

 Deutscher AnwaltVerein  
Arbeitsgemeinschaft  
Insolvenzrecht und Sanierung

Der Schiedsrichter  
RA Wolfgang Hauber  
Münchener Landstr. 3  
10589 Berlin  
Tel.: 030 11 90 11 34 20  
Fax: 030 11 90 11 34 199

30. November 2005  
HS-me

**Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf  
zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Anfechtungsrechtes  
des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft  
Insolvenzrecht und Sanierung im DAV  
anlässlich der Veranstaltung mit den Rechtspolitikern verschiedener Parteien  
vom 13.12.2005**

**Änderung der §§ 850 k und 851 c ZPO**

Die Arbeitsgemeinschaft begrüßt und unterstützt die Änderung dieser Vorschriften im Hinblick auf die Einschränkung der Pfändungsmöglichkeit vertraglich vereinbarter Altersvorsorgeträger. Hier wird durch den partiellen Entfall des Insolvenzbeschlages bestimmter Altersvorsorgeleistungen für Einzelgewerbetreibende die Möglichkeit einer über die Insolvenz hinausgehenden Alterssicherung eröffnet. Der Gesetzgeber muss jedoch gewährleisten, dass kein Missbrauch mit dieser Regelung durch den Schuldner getrieben werden kann, damit ein ausreichender Gläubigerschutz nach wie vor erhalten bleibt.

**Änderung des § 14 Abs. 1 InsO**

Grundsätzlich ist das durch diese Änderung geplante Initiativrecht im Interesse einer Gläubigergesamtheit systemwidrig. Durch die Bezahlung einer fälligen Forderung entfällt der Anspruch und damit auch das rechtliche Interesse des Antragstellers, welcher einen Insolvenzantrag gestellt hat.

Das Insolvenzverfahren ist Antragsverfahren. Bei dieser beabsichtigten Änderung müsste von diesem Antragsverfahren weggegangen und für den Fall, dass ein Antrag gestellt und die zugrundeliegende Schuld beglichen wird, das Verfahren von Amts wegen weiterverfolgt werden

können. Gezeigt werden muss weiter, was mit dem Antrag des Antragstellers geschieht. Soll ihm das Rücknahme- bzw. Erledigungsrecht verweigert werden? Wer soll die Kosten des Verfahrens tragen, wenn es letztendlich irgendwann beendet wird?

Das Fortbestehen des Insolvenzverfahrens führt letztendlich dazu, dass wegen drohender Zahlungsunfähigkeit ein Verfahren auch dann weiterbetrieben werden kann, wenn kein Eigenantrag vorliegt.

„Um den grundsätzlichen Missbrauchsmöglichkeiten nicht Tür und Tor zu öffnen“ muss sichergestellt werden, dass im Falle der Fortdauer des Insolvenzverfahrens ein solches nur fort-dauern kann, wenn feststeht, dass ein Insolvenzgrund trotz der Bezahlung der fälligen Forderung des Antragstellers nach wie vor vorliegt.

Wenn man den Systemwechsel überhaupt bejahen will, so sollte der § 14 wie folgt ergänzt werden:

„ Der Antrag wird nicht alleine dadurch unzulässig, dass nach Antragstellung die Forderung erfüllt wird. Der Antrag bleibt zulässig, sofern ein Insolvenzgrund vorliegt.

**Änderung des § 55 Abs. 2 InsO**

Die geplante Änderung des § 55 InsO ist abzulehnen.

Durch die geplante Einführung wird die Unterscheidung zwischen starkem und schwachem Verwalter faktisch aufgegeben. Verbindlichkeiten, die der vorläufige Insolvenzverwalter begründet bzw. deren Begründung er zugestimmt hat, würden künftig in jedem Falle Masseverbindlichkeiten darstellen. Das gleiche gilt für Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen, soweit für das Vermögen des Schuldners eine Gegenleistung mit Zustimmung des Verwalters in Anspruch genommen würde.

Dies führt zu einer erheblichen Erhöhung der Masseverbindlichkeiten.

Für den vorläufigen Insolvenzverwalter wird die Fortführung einer Unternehmung wegen dann unkalkulierbarer Haftungsrisiken des späteren Verwalters mehr als schwierig werden. Dadurch werden vorläufige Insolvenzverwalter ihre Zustimmung eher verweigern, als diese zu erteilen. Letztendlich wird es wiederum zur Zerschlagung von Unternehmen kommen.

Eines der Ziele des Insolvenzordnungsgesetzgebers, Unternehmen zu sanieren, wird durch die geplante Änderung konterkariert. Zahlreiche Arbeitsplätze gehen dadurch verloren.

Die Differenzierung der Eigenschaft des vorläufigen Verwalters in einen starken Verwalter und einen schwachen, gleichgültig ob mit oder ohne Zustimmungsvorbehalt, hat sich in der Praxis ausdrücklich bewährt. Insbesondere die in der Regel immer fehlende Liquidität zu Beginn eines Verfahrens lässt es nicht zuletzt aus Haftungsabgrenzungsgesichtspunkten für opportun erscheinen, die Person des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters beizubehalten.

Auch die vom Bundesrat in seiner Stellungnahme vorgeschlagene Ergänzung führt zu zusätzlichen nicht kalkulierbaren Masseverbindlichkeiten, die durch Dritte, also nicht den Insolvenzverwalter, begründet würden. Eine derartige Ausweitung der Masseverbindlichkeiten ist unbedingt abzulehnen. Spannungsverhältnis zu § 61 InsO und § 25d USIG beachten!

#### Änderung des § 131 Abs. 1 InsO

Die geplante Änderung ist im Wortlaut schwer zu lesen und steht im Übrigen im eindeutigen Widerspruch zu § 88 InsO. Dort ist geregelt, dass eine durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherheit, die im Zeitraum eines Monats vor Insolvenzantrag erwirkt wurde, unwirksam ist, ohne dass es einer Anfechtung bedürfe.

Darüber hinaus führt die geplante Änderung zu einer erheblichen Schwächung der Insolvenzmasse und damit zu einer Verschlechterung der Eröffnungsfähigkeit bei Kapitalgesellschaften. Die Insolvenzzordnung sollte eben gerade die Eröffnungsfähigkeit durch die Abschaffung der Fiskalvorrechte erhöhen, was nunmehr, offensichtlich aufgrund der konkreten Haushaltslage der betroffenen Gläubiger, wieder beseitigt wird.

Obgleich nicht so formuliert, stellt die Regelung letztendlich eine krasse Einzelfallbevorzugung der öffentlichen Hand und der beteiligten Sozialversicherungskassen dar. Nur diese haben die Möglichkeit der schnellen Titulierung und der eigenen Vollstreckung. Rein tatsächlich wird ein anderer Gläubiger nur selten eine entsprechende Befriedigung kurz vor der Insolvenz erreichen können.

Durch diese Maßnahme ist der Gleichbehandlungsgrundsatz aller Gläubiger aufs Größtmögliche missachtet. Nach der Abschaffung der Vorrechte der §§ 59 und 61 KO wird nunmehr durch die Änderung des Anfechtungsrechtes das Klassenrecht in der Befriedigung der beteiligten Gläubiger wieder eingeführt.

#### Änderung des § 133 Abs. 1 S. 3 InsO

Diese Änderung ist abzulehnen. Es besteht hierfür kein Bedarf.

Die geplante Regelung stellt eine erhebliche Einschränkung des Anfechtungsrechtes dar. Da nach der Gesetzesbegründung dies nicht ausreichen soll, um ein unläuteres Verhalten anzunehmen, wären geleistete Zahlungen nunmehr der Insolvenzanfechtung entzogen.

Durch die Einführung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes werden erhebliche Auslegungsprobleme geschaffen. Die Rechtsunsicherheit nimmt zu.

Des Weiteren wird durch diese Einführung die Tendenz zur verspäteten Antragstellung von Sozialversicherungsträgern und des Fiskus verstärkt. Dieses widerspricht der erklärten Zielrichtung der Insolvenzzordnung bei deren Einführung. Die Tatsache, dass diese institutionalisierten Gläubiger sich selbst Titel verschaffen und die Vollstreckung mit eigenen Beamten durchführbar können, führt dazu, dass das Schuldnervermögen einseitig zugunsten dieser Gläubiger verteilt wird und die Verfahrenseröffnung entweder gar nicht mehr oder nur noch sehr eingeschränkt möglich sein wird. Bisher konnten derartige einseitige, das Gleichheitsgebot der Insolvenzzordnung missachtende Handlungen durch die Anfechtung wieder reguliert werden. Entgegen der bloßen Behauptung in der Gesetzesbegründung, man werde auf diesem Wege verfrühte Insolvenzanträge der institutionellen Gläubiger erhalten, wird die Einführung dieser Gesetzesänderung dazu führen, dass keine frühzeitigen Fremdanträge gestellt werden. Die Gläubiger werden sich zunächst selbst befriedigen. Wenn sie dies weitmöglichst erreicht haben, d.h., wenn alle pfändbaren Gegenstände verwertet sind, werden sie, wenn überhaupt, zum Insolvenzantrag greifen. Dieser Insolvenzantrag wird dann bei den Sozialversicherungskassen nur das eine Ziel haben, aufgrund einer Nichteröffnung des Verfahrens die Voraussetzungen für die Geltendmachung von Insolvenzgeld zu schaffen.

Die Sozialversicherungsträger sind nicht schützenswürdig. Sie haben es durch das vorhandene Instrumentarium in der Hand, ob die an sie geleisteten Zahlungen anfechtbar sind oder nicht. Das Argument der Zwangsgläubigerschaft greift insoweit zu kurz, als die Sozialversicherungsträger gegenüber den übrigen Gläubigern in mehrfacher Hinsicht bevorzugt sind (Insolvenzantragstellung unter erleichterten Voraussetzungen; Erkennen der wirtschaftlichen Krise zu einem früheren Zeitpunkt; zügige Vollstreckungsmöglichkeiten durch eigene Titelschaffung).

#### Änderungen der §§ 38 Abs. 3 S. 2 ESzGB und 28 Abs. 1 S. 2 SGB IV

Die geplanten Änderungen sind abzulehnen. Die Einschränkung der Anfechtbarkeit für zwei verschiedene Gläubigerarten stellt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dar. Durch diese Maßnahme sollen bestimmte Handlungen ganz dem Recht der Anfechtung entzogen werden.

Der beabsichtigte Ansatz, die Leistung des Schuldners als Leistung des Arbeitnehmers darzustellen, ist auch dem SGB IV fremd und damit systemwidrig, da dort der Schuldner der Leistung nur der Arbeitgeber und nicht der Arbeitnehmer ist. Anders ist dies dagegen beim Einkommensteuergesetz.

Aus dieser unterschiedlichen gesetzlichen Regelung kann eine einheitliche Regelung, wie in den gesetzlichen Änderungen vorgeschlagen, nicht sachgerecht sein. Im Übrigen gilt das zu § 131 InsO Gesagte auch hier.

Darüber hinaus bestehen auch verfassungsrechtliche Bedenken. Das Insolvenzrecht soll zum Nothelfer für sozial-, wirtschafts- und fiskalpolitische Defizite herangezogen werden. Die frühere Bundesregierung betreibt Gesetzesänderung nach Kassenlage. Sie versucht, die vermeintlich durch Beitrags- und Steuerausfälle entstandenen Lücken der Sozialversicherungsträger und des Fiskus durch die Manipulation des Aufhebungsrechtes und damit des Insolvenzrechtes heben zu wollen. Auch der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und damit gegen Art. 14 erscheint erwähnenswert.

Fachanwalt für Insolvenzrecht und  
vereidigter Buchprüfer Wolfgang Hauser  
Mitglied des Geschäftsführenden Ausschusses  
der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung  
im Deutschen Anwaltsverein

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung  
„Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge  
und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“  
BT-Drucks. 16/886**

(Um Fußnoten ergänzte Fassung des in der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 27. September 2006 gekürzt vorgelegten Manuskriptes. Die Vorklagsform wurde teilweise beibehalten.)

von  
Dr. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley),  
Universitätsprofessor,  
Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-,  
Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg

## Inhalt

I. Einleitung.....	1
1. Auswirkungen des Gesetzes.....	1
2. Stellung der gesetzlichen Gläubiger.....	1
3. Weiterer Gedankengang.....	2
II. Anmerkungen zu den Einzelbestimmungen des Gesetzes.....	2
1. Anfechtung von durch Zwangsvollstreckung erbrachten Leistungen.....	2
2. Änderung von § 14 InoO.....	2
3. Änderung von § 55 Inso.....	3
III. Alternativen.....	3
1. Finanzierung des Insolvenzverfahrens.....	3
a) Verbesserung der Möglichkeiten zur Gewährung von Prozesskostenhilfe an den Insolvenzverwalter.....	4
b) Zwangsversicherung oder Umlageverfahren zur Finanzierung des Mehrbedarfs.....	4
2. Insolvenzvermeidung durch Ausbau von Bestellungsverboten.....	5
3. Reduktion des Insolvenzausfallrisikos durch Erhöhung der Transparenz.....	5
4. Rückkehr zu den Insolvenzprivilegien?.....	6
IV. Zusammenfassende Thesen.....	6

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich darf zunächst um Verständnis bitten, dass ich meine Stellungnahme nicht früher in schriftlicher Form vorlegen konnte. Mein Referat in der Wirtschaftsprüflichen Abteilung des 66. Deutschen Juristentag in Stuttgart in der vergangenen Woche, das zudem enge Zusammenhänge mit dem Gegenstand der Anhörung aufweist, hatte vorher fertiggestellt werden müssen.

## I. Einleitung

### 1. Auswirkungen des Gesetzes

Im Kern verfolgen die im Rahmen des Rechts der Insolvenzanfechtung vorgelegten Vorschläge eine Besserstellung gesetzlicher Gläubiger (vor allem Fiskus und Sozialversicherungsträger) und versuchen damit, die Abschaffung deren Insolvenzvorräte durch die Insolvenzrechtsreform des Jahres 1994 teilweise zu kompensieren (vgl. zuvor § 61 Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 59 Abs. 1 Nr. 3 e) KO). Das geschieht zwar im Wesentlichen nicht mehr offen (was als Verstoß gegen Art. 3 GG hätte gewertet werden können; zu Ausnahmen und Einzelheiten unten II.1), sondern „subtil“. Am Effekt ändert sich dadurch jedoch nichts.

Dieser Effekt aber liegt in einer Reduktion der (liquiden) Masse, die für eine Durchsetzung des Gläubigerschutzes in der Insolvenz unabdingbar erforderlich ist. Deshalb hat sich der Deutsche Juristentag mit überwältigender Mehrheit in der vergangenen Woche dafür ausgesprochen, dass der Gesetzgeber hier Maßnahmen ergreifen müsse (und – im Gegensatz zu anderen Beschlüssen – wird man den Teilnehmern des DJT insoweit keine Belanglosigkeit vorwerfen können). Der hier vorgelegte Gesetzesvorschlag geht genau in die entgegengesetzte Richtung.

Folgs – neben anderen Dingen wie der jüngeren Rechtsprechung des BGH zum Vergütungsrecht – wird daher eine dramatische Reduktion der Eröffnungswahrscheinlichkeit und der Quoten sein. Das mag zwar dazu führen, dass die gesetzlichen Gläubiger im einzelnen Insolvenzverfahren besser gestellt werden, insgesamt aber werden durch die steigende Zahl masseloser Insolvenzen – entgegen der Gesetzesbegründung – die Steuerausfälle zunehmen. Vor allem dieser zweite Gesichtspunkt wird zudem – ebenfalls entgegen der Gesetzesbegründung – auch beträchtliche Auswirkungen auf das Preisniveau haben, weil die entsprechenden Ausfälle „umgelegt“ bzw. „sozialisiert“ werden. Das hat Herr Haarmeyer in seiner Stellungnahme deutlich herausgearbeitet.

### 2. Stellung der gesetzlichen Gläubiger

Andererseits gibt es – ich will nicht sagen: gute – jedenfalls verständliche Gründe dafür, staatliche Gläubiger in einem Insolvenzverfahren anders zu behandeln als private. Das entspricht auch dem rechtsvergleichenden Befund.

Entscheidend dabei aber muss sein, diese abweichende Behandlung staatlicher Gläubiger mit den Zielen des Insolvenzverfahrens abzustimmen. Im Mittelpunkt sollte daher die Überlegung stehen, wie die „besonderen Interessen“ staatlicher Gläubiger so genutzt werden können, dass sie zugleich denen der sonstigen Insolvenzgläubiger nutzbar gemacht werden können. Daran fehlt es bislang.

<sup>1</sup> Zum Versuch der (wohl) klaren, manche der Entscheidungen in ihrem Sinne zu beeinflussen, vgl. (stain), FAZ v. 21.9.2006, Nr. 222, S. 24.

Und das heißt zugleich, dass das Gesetz in seiner jetzt zur Beschlussfassung anstehenden Form die für das Parlament natürlich nicht verbindliche – Aussage der Koalitionsvereinbarung kon-  
terkariert, nach der der Gläubigerschutz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht verbessert werden soll  
(wörtlich: „Mit einer Novellierung des GmbH-Gesetzes sollen Unternehmensgründungen nachhaltig  
erleichtert und beschleunigt, die Attraktivität der GmbH als Unternehmensform auch im Wettbewerb  
mit ausländischen Rechtsformen gesteigert sowie *Misbräuche bei Insolvenzen* bekämpft werden.“  
[Hervorh. v. Verf]).

### 3. Weiterer Gedankengang

Vor diesem Grunde sollte der Deutsche Bundestag (1.) davon absehen, dass Gesetz in seiner jetzigen  
Form zu beschließen. Jedenfalls sollte es (2.) mit den Überlegungen zur GmbH-Reform koordiniert  
werden. Im Vorgriff darauf sollen hier (3.) Vorschläge präsentiert werden, wie die Interessen von  
suaatlichen Gläubigern besser mit denen von „gewöhnlichen“ koordiniert werden oder sogar in deren  
Dienst gestellt werden können; damit wird letztlich die von dem Gesetzesverfassern nicht geführte  
Diskussion über „Alternativen“ eröffnet.

Zuvor aber soll hier eine Einzelkritik der vorgeschlagenen Normen erfolgen.

### II. Anmerkungen zu den Einzelbestimmungen des Gesetzes

#### 1. Anfechtung von durch Zwangsvollstreckung erbrachten Leistungen

Durch das Zusammenspiel von Art. 2 Nr. 4 und 5 soll die Aufhebung von durch Zwangsvoll-  
streckung erreichten Zahlungen ausgeschlossen bzw. eingeschränkt werden. Dass damit vor allem der  
Fiskus und die Sozialversicherungsträger gemeint sind, wird gelegentlich herausgestellt.

Präzär ist aber das Vorgehen, mit dem vermieden werden soll, dass – entsprechend der alten  
Konkursordnung – nur diese Gläubiger privilegiert werden – was sonst zu einer Verletzung von Art. 3  
GG führen könnte. Denn die Art und Weise der Zahlung soll – wie es kaum mehr verschämt in der  
Einzelbegründung zu Nr. 4 auf S. 12 heißt – vollständig irrelevant sein. Sogar – so wörtlich – „rude  
Inkassomethoden“ sollen die Anfechtung wegen kongruenter Deckung nicht mehr ausschließen. Darin  
liegt der Sache nach im Ergebnis eine Aufgabe des Gewaltmonopols des Staates, die meines  
Erachtens inakzeptabel ist. Ich empfehle Ihnen – wie schon letzte Woche den Teilnehmern der  
Wirtschaftsrechtlichen Abteilung des DJT – einen Blick auf die Homepage von „Moskau-Inkasso“,  
damit Sie wissen, was Sie hier fördern.

Aber auch, wenn man entschuldigend darauf abstellt, dass sich Fiskus und Sozialversicherungsträger  
ihre Schuldner nicht aussuchen können, wird ein Schluß daraus: Denn zu den Gläubigern, die sich ihre  
Schuldner nicht aussuchen können, gehören nach der gesellschaftsrechtlichen Vorstellung in erster  
Linie die Defizitgläubiger: Diese – und nicht der Fiskus – stehen auch in der rechtsvergleichenden  
Diskussion um die Einräumung von Sonderrechten im Mittelpunkt. Da sich diese aber nicht selbst  
einen Titel beschaffen können, müssten sie eigentlich vor dem Hintergrund von Art. 3 GG mindestens  
gleich, eigentlich aber besser behandelt werden; jedenfalls bildet dies einen systematischen Bruch.

#### 2. Änderung von § 14 InsO

Ganz anders ist die Beurteilung der vorgeschlagenen Neufassung von § 14 InsO. Hier ist es zunächst  
im Ausgangspunkt richtig, das Antragsrecht als ein dem einzelnen Gläubiger im Interesse der

Gläubigersamtheit zustehendes Recht anzusehen (Einzelbegründung zu Art. 2 Nr. 1, S. 11).

Richtig ist es auch, das Insolvenz(fremd)antragsrecht auszubauen, vor allem wenn man weiß, dass die  
„schön gedachte“ Insolvenzzantragspflicht mit den an sie knüpfenden Sanktionen ein zahloser Tiger  
ist, der zudem nur unter Schwierigkeiten gegen Schein-Auslandsgesellschaftsarten durchgesetzt werden  
kann. Ich hatte daher vergangene Woche die Abschaffung der Antragspflicht und eine Stärkung der  
Antragsrechte empfohlen. Auch wenn das erste angesichts der Gewöhnung an dieses Instrument  
nicht auf spontane Sympathie treffen mag, hindert uns dies nicht, das zweite in Form einer  
Verbesserung der Stellung der Gläubiger im Antragsverfahren zu tun.

Erlöbliche rechtsstaatliche Zweifel habe ich freilich, was die in der Gesetzgebung geäußerte  
Ansicht angeht, die Sozialversicherungsträger würden von ihrem Antragsrecht frühzeitig Gebrauch  
machen (Einzelbegründung zu Art. 2 Nr. 1, S. 9; m.E. zurecht die Gegenüberstellung des Bundesrates,  
S. 18). Nach allem was ich weiß, scheint eher das Gegenteil der Fall zu sein – womit – vor dem  
Sozialversicherungsträger trotz gegenteiliger Kenntnis den Überlebenskampf von Gesellschaften zu  
Lasten der Gläubigersamtheit verlägen.

Deshalb würde ich (1.) den in der vorgeschlagenen Änderung des § 14 InsO liegenden Ansatz weiter  
ausbauen und – wie zum Teil schon jetzt in der GmbH-Reform angelegt – die (auch kostenmäßigen)  
Hürden für den Fremdantrag reduzieren. Zugleich sollte man (2.) ggf. in der Begründung klarstellen,  
dass es keinesfalls nur die Sozialversicherungsträger sind, die ein rechtliches Interesse daran haben  
können, dass eine materiell insolvente Gesellschaft vom Markt genommen wird. Vor diesem  
Hintergrund sollte etwa erwogen werden, auf das Erfordernis des „rechtlichen Interesses“ in § 14  
InsO zu verzichten bzw. es zu relativieren.

Nahe liegt vor allem, den Ansatz des englischen Rechts aufzugreifen, das dem Gläubiger eine deutlich  
stärkere Kontrolle zuweist als dies bei uns der Fall ist. Denn Zahlungsunfähigkeit, die die Zulässigkeit  
eines Fremd-Insolvenzantrages begründet, wird im englischen Recht *ex lege* bereits dann  
angenommen, wenn der Schuldner eine unstrittige Forderung von mehr als £ 750 innerhalb von drei  
Wochen nach einer Mahnung nicht begleicht.<sup>3</sup>

In technischer Hinsicht sollte klargestellt werden, dass eine die Zulässigkeit des Insolvenzantrages nicht  
ausschließende Zahlung nicht zwingend vom Schuldner, sondern auch von Dritten stammen kann.

#### 3. Änderung von § 55 InsO

Die vorgeschlagene Änderung von § 55 InsO – wenigstens nicht in konzeptionellem Zusammenhang  
mit der Insolvenzaufhebung – teilt die oben angesprochenen allgemeinen Bedenken.

### III. Alternativen

#### 1. Finanzierung des Insolvenzverfahrens

<sup>1</sup> Übernehmend (von) in diesem Befund *Fastrick*, DStR 2006, 656, 661.

<sup>2</sup> Wohl abweichend *Hees*, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, GuSchriften E zum 66. Deutschen Juristentag  
Sonnberg 2006 (2006), S. E 35; wie hier eher *Schall*, ZIP 2005, 965, 970.

<sup>3</sup> Zuvor bereits *Hirte*, in: *Hirte/Bücher*, Grenzüberreitende Gesellschaften (2. Aufl. 2006), § 1 Rdn. 73, 74A; ausführlich  
*Hirte/Bücher*, ZIP 2005, 474, 477; siehe auch *Edenmüller*, EBOB 7 (2006), 239, 248 f.; *Meyer-Löwy/Ponitzgen/da Vries*,  
ZInsO 2005, 293, 295; *Bährich* ZIP 2005, 505, 515.

<sup>4</sup> Ausführlich *Hirte*, in: *Grenzüberreitende Gesellschaften* (Fn. 4), § 1 Rdn. 73, 74A; *Hirte/Bücher*, ZIP 2005, 474, 477;  
siehe auch *Meyer-Löwy/Ponitzgen/da Vries*, ZInsO 2005, 291, 295.



Im Mittelpunkt möglicher Alternativen haben Überlegungen zur Erhöhung der „Eröffnungswahrscheinlichkeit“ zu stehen; dann mit der dann gegebenen bzw. verbesserten Möglichkeit, Ansprüche zwischen der Masse durchzusetzen, steigt einerseits die Chance auf eine höhere Quote im Einzelfall und es wird – fast noch wichtiger – „generalpräventiv“ das Risiko verringert, dass sich Gesellschafter und/oder Geschäftsführer in Unternehmensinsolvenzen faktisch selbst bedienen (ich darf an den berühmten Ausspruch erinnern: Der Köhler macht masselos Insolvent!).

Dabei seien hier nur spezifisch insolvenzrechtliche Maßnahmen genannt; andere, die sich wie etwa die Einführung eines Erfolgshonorars<sup>6</sup> auf das gesamte Zivilprozessrecht auswirken, brauchen hier nicht weiter untersucht zu werden.

#### a) Verbesserung der Möglichkeiten zur Gewährung von Prozesskostenhilfe an den Insolvenzverwalter

Als erstes sei hier angemahnt/angeregt, die Möglichkeiten zur Gewährung von Prozesskostenhilfe an den Insolvenzverwalter zu verbessern.<sup>7</sup> Dabei könnte man zunächst entgegen der BGH-Rechtsprechung öffentlichen Gläubiger dergestalt privilegieren, dass sie keinen Prozesskostenvorschuss leisten müssen. Auf diesem Wege könnten die Interessen der gesetzlichen Gläubiger in den Dienst der Gläubigersamtheit gestellt, nicht aber gegen sie ausgespielt werden.

#### b) Zwangsversicherung oder Umlageverfahren zur Finanzierung des Mehrbedarfs

Hinsichtlich der Finanzierung sei im Übrigen auf den Vorschlag von *Burgard und Gundlach*<sup>8</sup> verwiesen, den ich mir letzte Woche zu eigen gemacht habe, bei jeder Eintragung einer neuen Kapitalgesellschaft (und Entsprechendes müsste für die Hauptzwecksetzung ausländischer Gesellschaften gelten) einen Betrag von € 1.000 für die mögliche spätere Bestellung eines Insolvenzverwalters einer privaten Zwangsversicherung zuführen zu müssen. Ein solcher Betrag könnte auch einem Fonds zugeführt werden, aus dem Prozesskostenhilfe für Insolvenzverwalter insolventer Kapitalgesellschaften gewährt wird, letztlich also eine Umlagefinanzierung, wie wir sie etwa auch aus dem Kapitalmarktrecht kennen (s. § 16 FinDAG). Damit wäre das sichergestellt, was jedenfalls in England als der „Anker“ des gesamten Gläubigerschutzes gilt – dass zumindest ein „Profit“ über jede Insolvenz schaut, mag der Blick auch nicht in jedem Einzelfall besonders tief gehen.<sup>9</sup> Europarechtlich dürfte eine solche Umlage unbedenklich sein, da es sich nicht um eine „Gebühr“ für eine Verwaltungsmaßnahme handelt.<sup>10</sup> Eine solche Pflicht-Umlage könnte zudem in gewissem Umfang die Aufgabe einer Seriositätskontrolle übernehmen, insbesondere dann, wenn man die Pflicht zur

<sup>6</sup> Zum Vorbehalt ein Erfolgshonorar zu vereinbaren (§ 49h Abs. 2 BRAG), liegen dem BVerfG unter den Aktienzischen I BvR 336/02 und I BvR 2576/04 Verfassungsbeschwerden vor.

<sup>7</sup> *Hess, Guischin* (Fn. 3), S. 145; *These 7 e)*, *ders.*, *GmbHR* 2006, 905, 910 ff.

<sup>8</sup> BGH 112, 118, 188 – NJW 1998, 1868; BGH DZVR 2004, 328; *Gundlach/Burgard* (das dort zitierte Entscheidungsdatum und Aktienzischen (Urt. v. 5.2.2004 – IV ZR 47/00) scheinen allerdings unzutreffend).

<sup>9</sup> *Burgard/Gundlach*, ZIP 2006, 1568, 1571 ff. (zwar mündlich auf dem ZGR-Symposium 2006, dazu der Bericht von *Jans*, ZGR 2006, 398, 400 oben).

<sup>10</sup> Dazu jetzt *Böcher*, *Creditur Protection in Private Companies – Anglo-German Perspectives after Centros*, Ph.D. Thesis Cambridge (2006), S. 142 f.; *ders.*, in: *Lunter (Hrsg.)*, ZGR-Sonderheft 17 „Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa“, Bortin 2006, S. 576, 531 ff.

<sup>11</sup> S. hierzu die Rechtsprechung des EuGH zu den Grenzen der Zulässigkeit indirekter Steuern nach Art. 12 Abs. 1 e) der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Accumulation von Kapital (Unterschiedungen sind EuGH Slg. 1997, I-6820 ff. = ZIP 1998, 206 = EWR-Alt. 10/RL 85/303/EWG 198, 283 (Limmer), Tz. 19 ff., 30 (Farrast/Industrieministerei); EuGH Slg. 2000, I-7171 = ZIP 2000, 1891 Tz. 22 = WM 2000, 2342 (IG/FA-zendo Publica).

Kapitalaufbringung streichen oder – entsprechend dem Referentenentwurf eines MoMiG<sup>12</sup> – deutlich reduzieren sollte.

## 2. Insolvenzvermeidung durch Ausbau von Bestellungsverboten

Der Deutsche Juristentag hat sich vergangene Woche mit großer Mehrheit auch dafür ausgesprochen, die sog. Bestellungsverbote für Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften (deutlich) zu erweitern.

Ich habe in diesem Zusammenhang den Vorschlag gemacht, das schon vorhandene Instrumentarium des § 35 GewO auszubauen und mit dem Verfahren zur Eintragung von Geschäftsleitern in das Handelsregister zu verzahnen. Damit wird das deutsche Recht stärker an das englische Recht herangeführt, das mit der *directors disqualification* nach CDDA ein Instrument kennt, auch und gerade diejenigen, die bei der Zahlung öffentlicher Abgaben unzuverlässig sind, von der künftigen Bestellung zum Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft auszuschließen. Es entfällt damit generalpräventive Wirkung – und stellt die Interessen des Fiskus in den Dienst der Gläubigersamtheit, nicht gegen sie.

Dem in England ist es (in Form des *Secretary of State*) gerade auch der Fiskus, der durch einen Disqualifizierungsantrag Personen von der Tätigkeit als Geschäftsführer ausschließen kann,<sup>13</sup> so wie sich umgekehrt auch ein Geschäftsführer – auch ohne strafrechtlichen Vorwurf – durch eine *consent order* selbst „disqualifizieren“ kann,<sup>14</sup> um weitergehende straf- und zivilrechtliche Verfolgungen auszuschließen.<sup>15</sup> Mein Plädoyer geht daher dahin, die – relativ kleinen – Lücken des gewerberechtlichen Verfahrens,<sup>16</sup> zu schließen, insbesondere die Registrierung zu zentralisieren (und – mit Blick auf die Limited – den grenzüberschreitenden Datenaustausch hinsichtlich der Geschäftsführerseriosität herzustellen). Detailliertere Vorschläge haben meine Mitarbeiter und ich an anderer Stelle gemacht.<sup>17</sup>

Ein Ausbau von § 35 GewO (bzw. eine Verzahnung mit dem Gesellschaftsrecht) würde auch ermblichen, ausländische Bestellungsverbote im Inland zu berücksichtigen, wenn man der Untersuchungs-Behörde dafür Ermessen einräumt. Dann bräuhie diese Frage nicht – worauf der MoMiG-Entwurf hinweist<sup>18</sup> – vom Registergericht gemüßt zu werden. Nach der jetzigen Lage könnte jemand, dem etwa in England die Tätigkeit als *director* verboten ist, es bei uns noch einmal „versuchen“, während man in England durchaus jemanden, der bei uns „nicht mehr dürfte“, sperren könnte. Das ist unbefriedigend.

## 3. Reduktion des Insolvenzausfallrisikos durch Erhöhung der Transparenz

<sup>12</sup> Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ vom 29. Mai 2006; dazu *Scriber*, ZIP 2006, 1157 ff.

<sup>13</sup> *Hire/Lenz/Mock*, in: ZGR-Sonderheft 17 (Fn. 10), S. 301, 317.

<sup>14</sup> Hierzu *Lenz/Mock*, *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie* (2005), S. 175 f.; *Wood*, auf dem ZGR-Symposium 2006 (bei von *Hess*, ZGR 2006, 288, 289 f. nur zum Teil wiedergegeben).

<sup>15</sup> Hierzu *Wood*, auf dem ZGR-Symposium 2006 (bei von *Hess*, ZGR 2006, 288, 289 f. nur zum Teil wiedergegeben).

<sup>16</sup> Der eine „kleine Unterschied“ zwischen dem bislang in Deutschland gesetzlich verankerten Verfahren und dem englischen liegt darin, dass dem gewerberechtlichen Tätigkeitsverbot ein anderer „Bereitbegriff“ zugrunde liegt, der nicht auf die Stellung des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft bezogen ist, sondern auf den Inhalt der Tätigkeit. Zum anderen kommt es im Unterschied zu den vom MoMiG-Entwurf jetzt ausgebauten Bestellungsverboten (Art. 1 Nr. 4) nicht auf eine strafrechtliche Verurteilung und zudem nur auf vorläufige Begehung der Tat an (hierzu *Scriber*, ZIP 2006, 1157, 1167 f.; kritisch zur Einschränkung des geltenden Rechts in diesem Punkt *Wood*, DB 2006, 1475, 1479).

<sup>17</sup> S. *Hire/Lenz/Mock*, in: ZGR-Sonderheft 17 (Fn. 10), S. 301, 310 ff.; ähnlich jetzt *Treubel/Ober*, ZIP 2006, 311, 314 f.; Begründung S. 70 oben.

Als drittes Element sei darauf verwiesen, die Transparenz als Instrument des Gläubigerschutzes zu stärken – und dabei gleichzeitig gesetzliche Gläubiger stärker zu sichern.

Ich darf in diesem Zusammenhang daran erinnern, auch wenn dies hier nur in Form eines Stichwortes möglich ist, dass der Gläubigerschutz durch Aufklärung eine der zentralen Ideen des angloamerikanischen Gesellschaftsrechts ist.<sup>19</sup> Eine wesentliche Rolle spielt dabei das Rechnungslegungsrecht, und es ist damit zu rechnen, dass das ab Beginn kommenden Jahres stärkere Enforcement ebenso wie die Verbesserung der Publizität (Online-Zugriff auf Handelsregisterdaten) auch den gesetzlichen Gläubigern zugute kommen werden.

Aber für einen „Markt für Information“ ließe sich noch deutlich mehr tun. So würde ich es für eine gute Idee halten, wenn wir nach französischem Vorbild<sup>20</sup> auf der Handelsregisterseite einer Gesellschaft die offenen Verbindlichkeiten gegenüber staatlichen Gläubigern veröffentlichen würden. Das würde nicht nur die Erleichterung der Anfechtung zugunsten dieser Gläubiger entbehrllich machen, sondern auch als Indikator für den *cash flow* einer Gesellschaft dienen können,<sup>21</sup> dieser aber ist im Rahmen der Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts selbst dann eine zunehmend wichtige Größe, wenn ein *solvency test* nicht gesetzlich verankert werden sollte. Gesetzlich müsste hier vor allen Dingen der Konflikt mit dem Steuer- bzw. Sozialgebühren gelöst werden.

#### 4. Rückkehr zu den Insolvenzprivilegien?

Eine letzte Alternative sei schließlich auch noch genannt: die Rückkehr zu den vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung geltenden Fiskus-Privilegien. Damit würde zunächst einmal das Gebot der Normenklarheit verwirklicht. Vor allem aber hätte ein solches „ehrlisches“ Vorgehen den Vorteil, dass die durch Anfechtung zunächst in die Masse zurückfließenden Beträge für die Durchführung des Insolvenzverfahrens zur Verfügung stünden; sie hätten daher zumindest die Funktion eines zinslosen Kredits.

Vielen Dank.

#### IV. Zusammenfassende Thesen

1. Der vorgelegte Entwurf verschlechtert in der vorgelegten Form die **Eröffnungswahrscheinlichkeit von und die Quoten in Insolvenzverfahren** dramatisch.
2. Mit der daraus resultierenden Verschlechterung des Gläubigerschutzes missachtet er zudem die in der Koalitionsvereinbarung für die Reform des Gesellschafts- und Insolvenzrechts niedergelegten Ziele.
3. Die vorgeschlagenen Änderungen des Anfechtungsrechts bedeuten der Sache nach zum einen ein **Aufgabe des staatlichen Gewaltmonopols**; zum anderen sind sie **systematisch unstimmig**, als die **Deliktsgläubiger nicht einbezogen** werden.
4. Zu begrüßen ist demgegenüber die in der vorgeschlagenen Änderung von § 14 InsO angelegte

<sup>19</sup> Zur Parallelentwicklung im Rahmen des kapitalmarktrechtlichen Anlegerschutzes *Markt, ECPR 2004*, I, 5 ff.; allgemein jetzt *ders.*, *EBOR 7 (2006)*, 95 ff.

<sup>20</sup> Dazu Baureiss, *ZGR 2006*, 294, 304.

<sup>21</sup> Zum Bedürfnis nach *forward looking* sogl. *information* jetzt auch *Markt, EBOR 7 (2006)*, 95, 112 ff.

#### Stärkung des Insolvenz(fremd)antragsrechts.

5. Als Alternative sollte über folgende Maßnahmen nachgedacht werden:
  - a) Die Möglichkeiten des Insolvenzverwalters zur **Prozessführung zugunsten der Masse** sind zu verbessern. **Haushaltsneutral** ist dabei etwa eine **Gewährung von Prozesskostenhilfe** an den Insolvenzverwalter durch Einführung einer **Fondslösung** möglich.
  - b) Das gerade auch die „Unzuverlässigkeit“ gegenüber Fiskus und Sozialversicherungsträgern erfassende öffentlichrechtliche Instrumentarium nach § 35 GewO sollte im Interesse der **relativativen Wirkung** mit den **Bestellungsverboten des Gesellschaftsrechts** verzahnt werden.
  - c) Zudem sollte auf der Handelsregisterseite einer Gesellschaft die **offenen Verbindlichkeiten gegenüber staatlichen Gläubigern** veröffentlicht werden; eine **Privilegierung staatlicher Gläubiger** in anderen Bereichen erbringt sich damit.

Der Präsident des Landgerichts  
Passau  
Prof. Dr. Michael Huber



### Die Ergebnisse der Stellungnahme sind:

Die vorgesehene Änderung bei der inkongruenten Deckungsanfechtung (§ 131 Abs. 1 InsO) wird **abgelehnt**. Dort ist eine Privilegierung bestimmter Gläubigergruppen aus dogmatischen Gründen nicht möglich; denn dieser Tatbestand dient in besonderer Weise der Verwirklichung der Gläubigergleichbehandlung (par condico creditorum) zum Zweck der Massenerhebung (§ 1). Die Herausnahme von Sicherung und Befriedigung durch Zwangsvollstreckung aus dem Begriff der Inkongruenz hätte zudem unauf lösbare systematische Widersprüche innerhalb der Insolvenzordnung zur Folge, insbesondere gegenüber der sogenannten "Rückschlagsperre" (§ 12). Die durch Druckzahlung – "freiwillige" Leistung des Schuldners zur Abwendung der angedrohten Zwangsvollstreckung – erlangte Befriedigung muss aus Sicht der Praxis im übrigen schon zur Wahrung eines geordneten Vollstreckungsrechts weiterhin als inkongruent angesehen werden (§ 3). Schließlich ist keineswegs sicher, dass die vorgeschlagene Rechtsänderung den Hauptbegünstigten des Gesetzentwurfs (Finanzärtern, Sozialversicherungsträgern) wirklich entscheidende Vorteile brächte (§ 14).

Den vorgesehenen Änderungen bei der **Vorsatzanfechtung** (§ 133 Abs. 1 InsO) wird **nicht entgegnet**. Der Ausgangspunkt ist dort ganz anders, weil dieser Tatbestand nicht der Gläubigergleichbehandlung dient, weshalb Widersprüche – wie eingangs beschrieben – nicht auftreten würden (§ 1). Der Gesetzeswortlaut sollte aber klargestellt (§ 2) und die Rechtsänderung auch in die Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens nach dem Anfechtungsgesetz übernommen werden (§ 3).

Eine solche **Kompromisslösung** würde einerseits anfechtungsrechtliche Prinzipien wahren, andererseits aber das Anfechtungsrisiko für alle Gläubiger mit titulierten Forderungen maßvoll beschränken (§ 1); die Stellung von Fiskus und Sozialversicherungsträgern würde durch die vorgesehenen Änderungen im Einkommensteuergesetz und im Sozialgesetzbuch zusätzlich wesentlich verbessert (§ 2). Eine darüber hinausgehende Privilegierung aufgrund fiskalischer Interessen oder als Beitrag zur langfristigen finanziellen Stabilität der sozialen Sicherungssysteme könnte nur durch Wiedereinführung von Insolvenzvorrechten erfolgen (§ 3).

Anhörung im Rechtsausschuss

des Deutschen Bundestages

am 27. September 2006

Stellungnahme

zum

### Im Einzelnen ist zur Begründung auszuführen:

#### 1. Zur (durch Art. 2 Nr. 4 des Entwurfs) vorgeschlagenen Änderung bei der inkongruenten Deckungsanfechtung nach § 131 Abs. 1 InsO.

##### 1. Verstoß gegen den Normzack des Anfechtungstatbestandes:

##### Gläubigergleichbehandlung (par condicio creditorum) und Massemehrung

Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Meinung im Schrifttum ist eine innerhalb der Krise durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung oder Befriedigung (zu den sogenannten Druckzahlungen s. u. 3.) inkongruent; der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs begründet das seit seiner Grundsatzentscheidung vom 09.09.1997 (BGHZ 136, 309, 311 ff.) damit, dass dem insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (par condicio creditorum) innerhalb dieses Zeitraums – 3 Monate vor Insolvenzantrag oder danach bis zur Insolvenzeröffnung – der Vorrang gegenüber dem Prioritätsprinzip der Einzelzwangsvollstreckung (§ 804 Abs. 3 ZPO) gebühre.

Dem ist zuzustimmen. Auf andere Weise lässt sich der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nicht verwirklichen, dem der Anfechtungstatbestand in besonderer Weise dient. Nur durch ihn wird nämlich der Vorteil derjenigen Gläubiger ausgeglichen, die bereits vor Insolvenzeröffnung – zufällig (!) – einen vollstreckbaren Titel erlangt haben oder sich sogar selbst verschaffen konnten; zu Letzteren gehören vor allem Finanzämter, Sozialversicherungsträger und sonstige öffentliche Kassen, die zudem über eigene Vollziehungsbeamte verfügen und darüber hinaus zusätzlich besonders privilegiert sind, weil Rechtsbehelfe gegen ihre Bescheide keine aufschiebende Wirkung haben. Die richtige Bilanz stellt der Anfechtungstatbestand selbst her. Bei Vorahme der Rechthandlung im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag oder danach (zur Sicherung in diesem Zeitraum s. u. 2.) greift die Anfechtung ohne weiteres durch, während innerhalb des zweiten und dritten Monats der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig gewesen sein muss. Deshalb folgt auch aus der von Finanzämtern und Sozialversicherungsträgern neuerdings häufig herausgestellten Pflicht-Zwangs-Gläubigerschaft anfechtungsrechtlich betrachtet kein überzeugendes Argument. Denn bei Zahlungsunfähigkeit muss eben

– freilich nur mit Aussicht auf quotenmäßige Befriedigung – Insolvenzantrag gestellt werden. Wer – auch als Pflicht-/Zwangsgläubiger – davon absieht und Rettung (vollständige Befriedigung) in der Einzelzwangsvollstreckung sucht, kann nicht darauf vertrauen, das Erlangte endgültig behalten zu dürfen. Vielmehr besagt die par condicio creditorum, dass Gläubiger mit titulierten Forderungen – sofern sie nicht (grund-)pfandrechtlich gesichert sind oder ein anfechtungsfestes Pfändungspfandrecht erworben haben – im Insolvenzverfahren genauso zu behandeln sind wie Insolvenzgläubiger ohne Vollstreckungstitel (vgl. §§ 38, 87, 89, 174 ff. InsO).

Würde man Sicherung und Befriedigung durch Zwangsvollstreckung nicht mehr bei der Inkongruenz-, sondern bei der Kongruenzanfechtung (§ 130 InsO) einordnen, so wäre ein Gläubiger allein wegen seines Titels von einer Rückgewährpflicht weitgehend freigestellt. Das widerspräche nicht nur der Gläubigergleichbehandlung, sondern dem Zweck der Insolvenzanfechtung, die auf Massemehrung gerichtet ist; Folge der vorgeschlagenen Rechtsänderung wäre nämlich umgekehrt eine Masseschmälerung – ein für das Anfechtungsrecht dogmatisch schlechterdings ungereimtes Ergebnis, das in der Praxis zudem verheerende Auswirkungen hätte. Denn die „mehreren Millionen Euro“, die Fiskus und Sozialversicherungsträgern nach eigener Darstellung jährlich durch erfolgreiche Anfechtungen wieder entzogen werden, fehlten dann in der Masse. Die Eröffnungsquoten würden drastisch sinken und aussichtsreiche Chancen auf Sanierung schuldnerischer Unternehmen von vornherein vergeblich. Wesentlich Ertragsfähigkeiten der Insolvenzsicherungsreform wären damit vernichtet und das unter der Herrschaft der InsO zunehmend verblässende Gespenst vom „Konkurs im Konkurs“ würde mit neuem Leben erfüllt.

#### 2. Systemwidersprüche innerhalb der InsO bei Herausnahme von Sicherung und Befriedigung durch Zwangsvollstreckung aus der Inkongruenzanfechtung

Die Herausnahme von Sicherung und Befriedigung durch Zwangsvollstreckung aus der Inkongruenzanfechtung würde außerdem zu unauflässbaren Systemwidersprüchen innerhalb der InsO führen, vor allem gegenüber der „Rückschlagsperre“ nach § 88 InsO. Danach wird die von einem Insolvenzgläubiger im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag oder danach durch

Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung mit Verfahrenseröffnung (automatisch) unwirksam. Die Vorschrift hat ausschließlich objektive Voraussetzungen und stimmt mit der Tatbestandsstruktur der inkongruenten Deckung nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO überein, macht in ihrem Anwendungsbereich eine Anfechtung wegen der Unwirksamkeitsfolge des § 88 InsO allerdings überflüssig; Normzweck ist eine zusätzliche Erleichterung gegenüber der bei § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO ohnehin erleichterten Anfechtbarkeit. Auf diese Zusammenhänge zwischen der durch Zwangsvollstreckung erlangten Sicherung und dem Tatbestand der inkongruenten Deckungsanfechtung hat der Gesetzgeber der Insolvenzordnung ausdrücklich abgestellt.

Die Absicht des Gesetzentwurfs, Sicherung und Befriedigung durch Zwangsvollstreckung für kongruent zu erklären, steht dazu in unauffisbarem systematischen Widerspruch. Praktische Konsequenz daraus wäre nämlich bei der Vollstreckung einer Geldforderung im zeitlichen Anwendungsbereich des § 88 InsO: Erlangt der Gläubiger "nur" ein Pfändungspfändrecht (§§ 803, 804, 808 ff. ZPO), wird diese Sicherung gemäß § 88 InsO mit Insolvenzeröffnung ohne weitere Voraussetzung(!) unwirksam. Findet der Gerichtsvollzieher aber Geld und liefert er das gepfändete Geld beim Gläubiger ab (§ 815 Abs. 1 ZPO), wäre diese Befriedigung nach der beabsichtigten Rechtsänderung nicht mehr – wie jetzt als inkongruente Deckung - ohne weitere Voraussetzung(!), sondern als kongruente Deckung nur unter der Voraussetzung(!) der Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der Vorahme der Handlung anfechtbar ( 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO); diese Kenntnis hätte der Insolvenzverwalter zu beweisen, was ihm kaum gelingen dürfte, weshalb eine Befriedigung im letzten Monat vor der Krise praktisch unanfechtbar wäre.

Mit anderen Worten: **Das Weniger (Sicherung) hätte in der Insolvenz des Schuldners keinen Bestand, das Mehr (Befriedigung) wäre insolvenzfest.** Wenn sollte dieser Wertungswiderspruch einleuchten? Das gilt umso mehr, als in der Verbraucherinsolvenz die Rückschlagsperre auf die letzten drei Monate vor dem Insolvenzantrag ausgedehnt ist (§ 312 Abs. 1 S. 3 InsO).

**Weitere systematische Widersprüche** bestehen außerdem gegenüber § 114 Abs. 3 InsO, der Verfügungen vor Insolvenzeröffnung im Wege der Zwangsvollstreckung über Bezüge aus einem Dienstverhältnis in ihrer Wirksamkeit beschränkt und gegenüber § 321 InsO, wonach Maßnahmen der Zwangsvollstreckung in den Nachlass, die nach dem Eintritt des Erlöfalls erfolgt sind, kein Recht zur abgesonderten Befriedigung gewähren.

### 3. Befriedigung innerhalb der Krise durch Druckzahlung

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hält auch eine "freiwillige" Leistung des Schuldners zur Abwendung der angedrohten Zwangsvollstreckung - sogenannte Druckzahlung - für inkongruent. Das ist logisch zwingend. Denn die Inkongruenzanfechtung bezweckt - wie dargelegt - die Verwirklichung der par condicio creditorum und verbietet deshalb eine Besserstellung von Gläubigern mit titulierten Forderungen. Zwangsläufig können nur sie "Druck" durch Drohung mit einer Zwangsvollstreckung ausüben; bedient der Schuldner einen ihn so bedrängenden Gläubiger, gewährt er diesem eine inkongruente Deckung.

Der Gesetzentwurf will auch eine solche Art von Befriedigung aus dem Tatbestand der Inkongruenzanfechtung herausnehmen. Das ergibt sich zwar nicht ex pressis verbis aus dem neuen Satz 2 des § 131 Abs. 1 InsO, der folglich nachzubessern wäre, wohl aber aus der Begründung (BT-Drucksache 16/886, S. 12), wo es heißt:

*"Eine zwangsweise Befriedigung durch Zwangsvollstreckung oder die Leistung unter dem Druck einer drohenden Zwangsvollstreckung soll künftig nicht nur allein wegen der Art ihrer Erlangung als inkongruente Deckung gewertet werden können. ... In welcher Art die Leistungsbewirkung erreicht wird, ob durch Zwangsvollstreckung oder Drohung mit Zwangsvollstreckung oder etwa durch rüde Inkassomethoden, wird insofern irrelevant sein."*

Auch die beiden zuletzt genannten Alternativen widersprechen dem **Prinzip der Gläubigergleichbehandlung**, wofür die vorstehenden Erörterungen entsprechend gelten. Abgesehen davon muss diesem Vorhaben zwecks **Wahrung eines geordneten Vollstreckungsrechts** entgegengetreten werden. Der Gesetzgeber darf ein Vorgehen durch "Drohung mit Zwangsvollstreckung" (nicht zu verwechseln mit deren bloßen Ankündigung) oder "durch rüde Inkassomethoden" in der formellen Krise des Schuldners (drei Monate vor dem Eröffnungsantrag oder danach bis zur

Insolvenzeröffnung) nicht billigen. Praktische Folge daraus wäre, dass jeder Gläubiger mit einem Titel nach dem Motto "Fette sich, wer kann" auf jede nur erdenkliche Weise Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung suchen würde. Rechtsanwältin müssten in der Gläubigerberatung sogar ein solches Vorgehen empfehlen, wollten sie sich nicht dem Vorwurf des pflichtwidrigen Handelns bei der Durchsetzung der Mandatantenansprüche und damit der Gefahr von Schadensersatzforderungen aussetzen; sie dürften also einen Insolvenzantrag künftig nur als ultima ratio erwägen. Konsequenz aus alledem wäre: Die Möglichkeit zur Zwangsvollstreckung durch die stärksten und schnellsten Gläubiger, also die Erstreckung des Prioritätsprinzips (§ 804 Abs. 3 ZPO) bis zur Insolvenzeröffnung ohne wirklich drohendes Anfechtungsrisiko (denn das des § 130 Abs. 1 InsO wäre leicht kalkulier- und hinnehmbar), würde zur **Ausplünderung der späteren Insolvenzmasse** führen. Das – für die Wiederholung wird um Nachsicht gebeten – unter der Herrschaft der InsO zunehmend verblassende Gespenst vom "Konkurs im Konkurs" würde mit neuem Leben erfüllt.

#### 4. Wirkliche Besserstellung für Gläubiger mit titulierten Forderungen durch die vorgeschlagene Rechtsänderung?

Die Herausnahme von Sicherung und Befriedigung durch Zwangsvollstreckung sowie der Befriedigung durch Druckzahlung aus dem Tatbestand der Inkongruenzanfechtung (§ 131 InsO) und deren Behandlung als kongruente Deckung (§ 130 InsO) wäre zweifellos für einen "normalen" (schlichten) Gläubiger mit einem Vollstreckungsmittel sehr vorteilhaft. Er bräuchte eine Kongruenzanfechtung kaum ernstlich zu fürchten. Voraussetzung dafür ist nämlich neben der (objektiven) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die Kenntnis des Gläubigers davon; Letzteres nachzuweisen dürfte dem Insolvenzverwalter – wie schon bemerkt - kaum gelingen.

Aber Vorsicht: Ganz anders ist die Rechtslage gegenüber Finanzämtern und Sozialversicherungsträgern – den Hauptbegünstigten des Gesetzentwurfs – wegen der **Beweisregel des § 130 Abs. 2 InsO**; denn danach steht dieser Kenntnis die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen. Und dazu erscheint die Vorhersage nicht ferne liegend, dass der IX. *Zivilsenat* Mittel und Wege finden wird, über diese Vorschrift seine – richtige –

Rechtsprechung zur inkongruenten Deckungsanfechtung fortzusetzen. Schließlich hat er in vielen Entscheidungen – auch schon vor der Rechtsprechung zu den Druckzahlungen – den genannten Gläubigergruppen vorgehalten, dass sie gerade wegen ihres Einblicks in das schuldenrisiko Unternehmen viel eher und klarer als andere Insolvenzgläubiger den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu erkennen vermögen; der im Folgenden zitierte Leitsatz illustriert das im Verhältnis gegenüber einem Finanzamt trefflich (BGH, Urt. v. 09.01.2003 – IX ZR 175/02, ZIP 2003, 410):

*"Leistet der Schuldner, der mit seinen laufenden steuerlichen Verpflichtungen seit mehreren Monaten zunehmend in Rückstand geraten ist, lediglich eine Teilzahlung und bestehen keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass er in Zukunft die fälligen Forderungen alsbald erfüllt, so kennt die Finanzverwaltung in aller Regel Umstände, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schließen lassen."*

Warum sollte diese Rechtsprechung nicht fortentwickelt werden? Was aber wäre dann durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung gewonnen? Jedenfalls nichts, was die geschilderten schwerwiegenden Eingriffe in insolvenzrechtliche Grundprinzipien und die verheerenden Folgen auf Eröffnungsquoten und Sanierungsaussichten für schuldenrisiko Unternehmen rechtfertigen könnte!

## II. Zur (durch Art. 2 Nr. 5 des Entwurfs) vorgesehene Änderungen bel der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO

### 1. Unterschiedliche Ausgangspunkte zu Normzweck und Vereinbarkeit mit insolvenzrechtlichen Prinzipien

In der Vorsatzanfechtung sind die Gräben zwischen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung und dem Gesetzentwurf bei weitem nicht so tief wie bei der inkongruenten Deckung:

- Da § 133 Abs. 1 InsO eine Rechtsanfechtung des Schuldners voraussetzt, unterliegt die durch Zwangsvollstreckungshandlung des Gläubigers außerhalb der Krise erlangte Sicherung oder Befriedigung grundsätzlich ohnehin nicht der Vorsatzanfechtung, wie vom IX. *Zivilsenat* im Urteil vom 10.02.2003 (BGHZ 162, 143) bekräftigt hat. Eine Ausnahme gilt nur bei

kollusivem Zusammenwirken von Gläubiger und Schuldner, was bei Verwirklichung des Gesetzentwurfs aber nicht anders wäre, weil dann der Schuldner "unlauter" handeln würde.

Die vom Schuldner außerhalb der Krise erbrachte "freiwillige" Leistung zur Abwendung drohender Zwangsvollstreckung, also die Druckzahlung, ist selbst nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kongruent; die gegensätzlichen Standpunkte zur Qualifizierung von Druckzahlungen innerhalb der Krise als inkongruent bzw. kongruent wirken sich hier also nicht aus.

Im subjektiven Tatbestand der Vorsatzanfechtung gibt es allerdings zwei wichtige Unterschiede: Erstens soll künftig die gesetzliche Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO nicht für kongruente, sondern nur noch für inkongruente Deckungen gelten. Zweitens verlangt der Gesetzentwurf für die Anfechtbarkeit von kongruenten Deckungen im Wege der Vorsatzanfechtung "unlauteres Verhalten des Schuldners", während der Bundesgerichtshof auch insoweit (wenigstens) bedingten Vorsatz ausreichen lässt.

Beide Änderungen im subjektiven Tatbestand hätten zwar erhebliche Einschränkungen der Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungen zur Folge. In solchen Fällen würde nämlich ein Insolvenzverwalter kaum mehr mit Aussicht auf Erfolg den subjektiven Tatbestand (nicht bloß bedingter Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und Kenntnis des anderen Teils davon, sondern nach außen erkennbares unlauteres Verhalten) nachweisen können, auf eine Vorsatzanfechtung in diesem Bereich also von vornherein verzichten (müssen). Aber der Ausgangspunkt ist ein ganz anderer, nämlich eine allein vom Gesetzgeber zu verantwortende Wertentscheidung, in der kein systematischer Widerspruch gegen andere insolvenzrechtliche Prinzipien und kein Verstoß gegen die par condicio creditorum läge. Denn anders als die inkongruente Deckungsanfechtung bezweckt die Vorsatzanfechtung nicht die Verwirklichung der Gläubigergleichbehandlung, sondern die Rückgängigmachung böswilliger Rechtshandlungen, das freilich (zwangsläufig) zum Vorteil aller Insolvenzgläubiger. Darin liegt ein ganz wesentlicher dogmatischer Unterschied zwischen beiden Anfechtungsvorschriften. Gerade deshalb könnten und müssten sich Wissenschaft, Rechtsprechung und Praxis mit einer solchen Änderung abfinden.

## 2. Vorschlag zur Klarstellung im neuen Satz 3 der vorgesehenen Rechtsänderung

Der subjektive Tatbestand der Vorsatzanfechtung erfordert im Grundfall des § 133 Abs. 1 S. 1 InsO Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bei Vornahme der Handlung und Kenntnis des anderen Teils davon.

Der neue Satz 3 soll demgegenüber lauten:

*"Eine Rechtshandlung nach § 130 kann nach Satz 1 nur angefochten werden, wenn ein unlauteres Verhalten des Schuldners vorliegt."*

Wegen der beabsichtigten Erschwerung der Anfechtbarkeit zu Lasten des Insolvenzverwalters wird man die Bestimmung dahin auszulegen haben, dass – im Anschluss an Satz 1 – der Gläubiger das Unlautere im Verhalten des Schuldners kennen muss. Um Zweifel nicht aufkommen zu lassen, sollte Satz 3 deshalb wie folgt gefasst werden:

*"Eine Rechtshandlung nach § 130 kann nach Satz 1 nur angefochten werden, wenn ein unlauteres Verhalten des Schuldners vorliegt und der andere Teil zur Zeit der Handlung das unlautere Verhalten des Schuldners kannte."*

## 3. Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens nach dem Anfechtungsgesetz

Dazu äußert sich der Gesetzentwurf nicht. Von jeher decken sich aber die Tatbestände der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung in der Insolvenzordnung und in der Einzelgläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz (vgl., soweit die Bestimmungen interessieren; § 31 Nr. 1 KO und § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG a. F. sowie § 133 Abs. 1 InsO und § 3 Abs. 1 AnfG). Es gibt keinen Grund, diesen Gleichklang im Anfechtungsrecht aufzugeben. Der Gesetzentwurf hat das ersichtlich auch bloß übersehen, weshalb sich eine Übernahme in die Einzelgläubigeranfechtung empfiehlt, sollten die vorgesehenen Änderungen in der Vorsatzanfechtung verwirklicht werden.

### III. Zusammenfassung und Ausblick

#### 1. Anfechtungsrechtlicher Kompromissvorschlag samt praktischen Konsequenzen

Nach dem hier vertretenen Standpunkt bietet sich folgender anfechtungsrechtlicher Kompromiss an:

*Keine Änderung bei der Inkongruenzanfechtung  
(also Streichung von Art. 2 Nr. 4 des Gesetzentwurfs), aber*

*Verabschiedung der vorgeschlagenen Änderungen bei der Vorsatzanfechtung  
(Art. 2 Nr. 5 des Entwurfs samt Übernahme im Anfechtungsgesetz, s. o. II 3!)*

Das hätte für Gläubiger mit titulierten Forderungen folgende praktische Konsequenzen:

- Für die innerhalb der Krise durch Druckzahlung erlangte Befriedigung oder durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung oder Befriedigung verbliebe es beim Anfechtungsrisiko gemäß der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs. Das wird Finanzämter und Sozialversicherungsträger auf den ersten Blick sicher nicht begeistern, müsste bei näherer Betrachtung aber als durchaus akzeptabel erscheinen; denn auch bei dem von dieser Gläubigergruppe favorisierten Modell (Qualifizierung der beschriebenen Rechtshandlungen als kongruent) besteht das Anfechtungsrisiko wegen § 130 Abs. 2 InsO – wie dargelegt – in vermutlich nur unwesentlich geringerem Umfang fort.
- Für die außerhalb der Krise durch Zwangsvollstreckungshandlung des Gläubigers erlangte Sicherung oder Befriedigung gibt es keinen Handlungsbedarf, weshalb der Gesetzentwurf auch keine Änderung vorsieht; eine Vorsatzanfechtung scheidet ohnehin grundsätzlich aus.
- Auch nach Auffassung des IX. Zivilsenats ist die außerhalb der Krise durch Druckzahlung erlangte Befriedigung kongruent; im Ergebnis entspricht das dem Standpunkt des Gesetzentwurf. Jedoch besteht derzeit ein großes Anfechtungsrisiko weit über den Zeitraum der formellen Krise (Drei-Monats-Zeitraum vor Eröffnungsantrag) hinaus, weil der Senat in diesen Fällen (trotz der Kongruenz der Deckung) die Vorsatzanfechtung zulässt und nur bedingten

Vorsatz des Schuldners verlangt; beides macht diese Rechtsprechung gerade für Finanzämter und Sozialversicherungsträger so gefährlich. Aber diese Gefahr wird durch die vorgesehenen Änderungen bei der Vorsatzanfechtung praktisch ausgeschlossen! Das ist ohnehin viel, aber mehr im Anfechtungsrecht nicht möglich.

#### 2. Zusätzliche Verbesserungen für Finanzämter und Sozialversicherungsträger durch weiter vorgesehene Änderungen

- Nach der (in Art. 3 des Gesetzentwurfs) vorgeschlagenen Änderung des Einkommensteuergesetzes soll dessen § 38 Abs. 3 S. 1 folgender Satz eingefügt werden:

*„Die Zahlung der Lohnsteuer gilt aus dem Vermögen des Arbeitnehmers erbracht.“*

Damit wäre der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs die Grundlage entzogen, nach der die Abführung von Lohnsteuer grundsätzlich aus dem Vermögen des Arbeitgebers erfolgt und deshalb in dessen Insolvenz gläubigerbenachteiligend wirkt. Bei Umsetzung des Vorschlags würde es künftig unzweifelhaft an einer objektiven Gläubigerbenachteiligung als Voraussetzung jeder Insolvenzanfechtung (vgl. § 129 Abs. 1 InsO) fehlen, weshalb von vornherein weder eine Deckungs-, noch eine Vorsatzanfechtung in Betracht käme. Darin läge eine weitere erhebliche Verbesserung der Rechtsstellung des Fiskus. Im Übrigen würde durch eine solche Rechtsänderung der Streit mit dem VII. Senat des Bundesfinanzhofs erledigt, der die Abführung von Lohnsteuer als (anfechtungsrechtlich privilegiertes) Bargeschäft nach § 142 InsO behandeln möchte (BFH, Beschluss v. 11.08.2005 – VII B 244/04, NZI 2006, 53). Das würde beiden Bundesgerichten den Gang zum – horribile dictu – Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe ersparen.



- Nach der (in Art. 5 des Gesetzentwurfs) vorgeschlagenen Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch soll dessen § 28 e Abs. 1 S. 1 um folgenden Satz ergänzt werden:

*„Die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Anteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag gilt aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht.“*

Damit wäre die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, die dieser erst vor kurzem zusammengefasst und bekräftigt hat (BGH, Urt. v. 08.12.2005 – IX ZR 182/04, NZI 2006, 159) – insoweit obsolet, als sie die Anfechtbarkeit auch hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile betrifft. Darin läge eine weitere erhebliche Verbesserung der Rechtsstellung von Sozialversicherungsträgern.

### 3. Ausblick: Wiedereinführung von Vorrechten?

Eine über die soeben (1., 2.) beschriebenen Verbesserungen hinausgehende Privilegierung von Finanzämtern, Sozialversicherungsträgern und anderen öffentlichen Kassen könnte es nur außerhalb des Anfechtungsrechts durch Wiedereinführung von Vorrechten geben. Das ginge letztlich auf Kosten der wohl wesentlichsten Errungenschaft aus nun schon – oder sollte man besser sagen – erst mehr als acht Jahren Insolvenzordnung, nämlich der gegenüber dem Konkursrecht erheblich besseren Eröffnungsquote. Ob fiskalische Interessen und das Bedürfnis nach langfristiger Stabilität der sozialen Sicherungssysteme – womit das Bundesministerium der Justiz argumentiert – diesen Preis wert sind, kann nur auf politischer Ebene und durch den Gesetzgeber entschieden werden. **Eine versteckte Wiedereinführung von Vorrechten durch die anfechtungsrechtliche Hintertür darf es aber nicht geben.** Geboten wäre dann eine offene Kehrtwendung, eine offene Korrektur gegenüber der vom Gesetzgeber der Insolvenzordnung vorgenommenen Abschaffung der Konkursvorrechte. Das Visier ist – wie es scheint – schon aufgeklappt. Denn die im Entwurf des Jahressteuergesetzes 2007 (vom

23.8.2006) durch Ergänzung des § 251 AO vorgesehene generelle Aufwertung von im Eröffnungsverfahren begründeten Steuerverbindlichkeiten zu im späteren Insolvenzverfahren voll und vorweg zu bedienenden Masseansprüchen enthält nichts anderes als ein Fiskusvorrecht.

Passau, 21. September 2006

Präsident des LG Prof. Dr. Michael Huber, Passau

Dr. Gerhart Krefz  
2006

Karlsruhe, 20. September

II.

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.

Zur geplanten Änderung von § 38 Abs. 3 Satz 1 EStG und § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV  
im Besonderen

Ich halte auch diese Änderung im Grundsatz nicht nur für nicht wünschenswert, sondern für schädlich. Sie widerspricht dem für das Insolvenzrecht konstitutiven Prinzip der Gläubigergleichbehandlung.

Gewiss gehören die Arbeitnehmeranteile an den Beiträgen zur Sozialversicherung und die vom Arbeitnehmer zu tragende Lohnsteuer zum (Brutto-)Lohn, auf den die Arbeitnehmer (Beschäftigten) gegen ihren Arbeitgeber einen Anspruch haben. Ohne die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Abführung dieser Lohnbestandteile an Sozialversicherungsträger und Fiskus müsste der Arbeitgeber beide Leistungen an die Arbeitnehmer erbringen und dieses hätten sie an Sozialversicherungsträger und Fiskus weiterzuleiten. Zahle der Arbeitgeber den vollen Bruttolohn an seine Arbeitnehmer während der Krise, d. h. innerhalb des Dreimonatszeitraums vor Stellung des Insolvenzantrags oder nach diesem Antrag, müssten die Arbeitnehmer die gesamten Zahlungen mit Einschluss des von ihnen zu tragenden Anteils an den Sozialversicherungsbeiträgen und des auf die Lohnsteuer entfallenden Betrages an den Insolvenzverwalter zurückgewähren, sofern die weiteren Voraussetzungen der §§ 130, 131 InsO vorlägen. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. etwa ZIP 2005, 86) und trifft insbesondere für rückständigen Lohn zu. Eine Ausnahme von der Anfechtbarkeit gilt lediglich für solche Leistungen des Arbeitgebers, die unter die Privilegierung des in § 142 InsO geregelten Bargeschäfts fallen, also in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Arbeitsleistung an die Arbeitnehmer vertragsgerecht erbracht werden. Hätte aber der Arbeitnehmer die ihm mit dem übrigen Lohn gezahlten Anteile der Beiträge zur Sozialversicherung und der Lohnsteuer unter den Voraussetzungen der §§ 130, 131 InsO an den Insolvenzverwalter zurückzugewähren, so leuchtet nicht ein, dass eine Anfechtung nur für diese Anteile allein deshalb ausscheiden soll, weil der Arbeitgeber aus Gründen der Vereinfachung und der Nachhaltigkeit an Sozialversicherungsträger und Steueraufkommens gehalten ist, sie unmittelbar an Sozialversicherungsträger und Fiskus abzuführen. Deshalb sehe ich in der geplanten Änderung einen einschnei-

Öffentliche Anhörung (Teil II) des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages  
am 27. September 2006 zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung (BT-Drucksache 16/886)

#### Vorbereitende Stellungnahme

##### I.

##### Allgemeines

Ich stimme den Ausführungen von Herrn Dr. Gero Fischer in seiner vorbereitenden Stellungnahme vom 19. September 2006 zu der o. a. öffentlichen Anhörung auf Seite 1 bis 9 in vollem Umfang zu und schließe mich ihnen an.

Ich darf hervorheben, dass bereits in der zur Vorbereitung der Insolvenzsrechtsreform von 1994 einberufenen Kommission für Insolvenzrecht alle Gründe für und gegen Sondervorrechte einzelner - namentlich öffentlich-rechtlicher - Gläubiger sorgfältig geprüft wurden. Die Kommission, der Vertreter aller beteiligten gesellschaftlichen Gruppen dieses Landes angehörten, kam - soweit ersichtlich einhellig - zu dem Ergebnis, dass die gegen Sonderrechte sprechenden Gründe im Interesse der Gläubigergleichbehandlung und eines funktionierenden Insolvenzrechts klar überwiegen. Dies wurde auch später von allen politischen Kräften unserer Republik genauso gesehen, Sondervorrechte einzelner Gläubiger - insbesondere solche des Fiskus und der Sozialversicherungsträger - wurden grundsätzlich abgeschafft. Dies hat sich nach allgemeiner Meinung bewährt.

denden und nicht zu rechtfertigenden Eingriff in das insolvenzrechtliche Grundprinzip der Gleichbehandlung aller Insolvenzgläubiger.

Allerdings könnte es sich empfehlen, Arbeitnehmeranteile und Lohnsteuer insoweit von einer Anfechtung freizustellen, als sie bei einer Zahlung an die Arbeitnehmer nach den Grundsätzen des Bargeschäfts einer Anfechtung nicht unterliegen, d. h. bei einer kongruenten Abführung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Arbeitsleistung. Eine solche Regelung wäre systemkonform und daher zu begrüßen.

### III.

Schlussbemerkungen  
(Einsetzung einer Kommission)

Sollte die Bundesregierung von dem Gesetzesvorhaben nicht Abstand nehmen, rate ich dringend dazu, nach dem Vorbild der Kommission für Insolvenzrecht ein ähnlich breit angelegtes Gremium einzuberufen mit der Aufgabe, das Für und Wider der geplanten Gesetzesänderungen nicht nur unter dem fiskalischen Gesichtspunkt knapper Kassen, sondern nach allen Richtungen eingehend zu durchleuchten. Das Gesetzesvorhaben richtet sich nicht auf eine bloße Anpassung des Anfechtungsrechts, sondern betrifft einen, wenn nicht den Kernbereich der Insolvenzrechtsform. Fiskus und Sozialversicherungsträger sollen Vorrechte eingeräumt werden, neben denen sich die aus guten Gründen abgeschafften alten Konkursvorrechte geradezu bescheiden ausnehmen. Dies kommt einem Paradigmenwechsel gleich. Ein solcher (Rück-)Schritt sollte - wenn überhaupt, dann nur - wohlüberlegt gegangen werden.



ADK Bayern  
Die Gesundheitskasse

Zentrale  
GrundsatzRecht

Caro-Wersb, ZB  
61736 München

Telefon: (089) 62730-477  
Telefax: (089) 62730-208  
http://www.aok.de  
heidi.schmidt@by.aok.de  
Heidi Schmidt

### Stellungnahme zum

Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge  
und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung

BT-Drucksache 16/886

#### A. Ausgangslage

Die Insolvenzanfechtung wird durch die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) für den Insolvenzverwalter deutlich erleichtert. Öffentlich-rechtliche Gläubiger werden erheblich belastet. Durch den vorliegenden Entwurf sollen sie zumindest teilweise entlastet werden.

Ein Privileg für Fiskus oder Sozialversicherungsträger wird - entgegen anderslautender Presseartikel - gerade nicht geschaffen. Auch von einem „Vorrang“ der Sozialversicherungsträger kann keine Rede sein. Vielmehr gilt es, Nachteile der öffentlich-rechtlichen Gläubiger, die in erster Linie aus deren „Zwangsgläubigerschaft“ resultieren, zu beseitigen.

Sozialversicherungsträger haben das in Art. 20 GG verankerte Sozialstaatsprinzip sicherzustellen. Die zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlichen Mittel sind als sog. Gesamtschuldbeiträge von den Krankenkassen als Einzugsstellen „rechtzeitig“ und „vollständig“ zu erheben (§ 76 SGB IV). Nur so kann die Funktionsfähigkeit des Systems der Sozialversicherung gewährleistet werden.

Dies sollte auch bei Abwägung zwischen dem grundgesetzlich in Art. 20 GG verankerten Sozialstaatsprinzip und dem im Zusammenhang mit der Insolvenzordnung stets propagierten Gläubigerleichbehandlungsgrundsatz berücksichtigt werden.



Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit Urteil vom 18.07.2005, 2 BvF 2/01 u.a. mit den Folgen der Zwangsmitgliedschaft der pflichtversicherten Arbeitnehmer auf die Beitragsverwendung auseinandergesetzt und unter Absatz-Nr. 98 folgendes ausgeführt:

„a) Sozialversicherungsbeiträge zeichnen sich durch eine strenge Grundrechtlich und kompetenzrechtlich begründete Zweckbindung aus. Die unter Eingriff in das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit zustande gekommene Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung vermag die Auflegung nur solcher Geldleistungspflichten zu rechtfertigen, die ihren Grund und ihre Grenze in den Aufgaben der Sozialversicherung finden. Die Kompetenzvorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG lässt nur solche Finanzierungsregelungen zu, die einen sachlich – gegenseitlichen Bezug zur Sozialversicherung aufweisen. Die erhobenen Geldmittel dürfen daher allein zur Finanzierung der Aufgaben der Sozialversicherung eingesetzt werden. Zur Befriedigung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staates und seiner Glieder stehen sie nicht zur Verfügung (vgl. BVerfGE 75, 108, 148). Dementsprechend sieht das Sozialgesetzbuch V ausdrücklich vor, dass die Beiträge der Versicherten der Finanzierung der Leistungen und sonstigen Ausgaben der Krankenkassen dienen (vgl. § 3 SGB V). Die Beiträge sind gemäß § 220 Abs. 1 SGB V so zu bemessen, dass sie die vorgesehenen Ausgaben decken. Zu hohe Beiträge sind zwingend zu verringern, zu niedrige zu erhöhen (vgl. § 220 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 SGB V). (...)“

Das Bundesverfassungsgericht zieht damit die Konsequenz aus der Zwangsmitgliedschaft des einzelnen Versicherten. Dieser hat weitgehend nicht die Wahl, ob, wie und in welchem Umfang er sich gegen allgemeine Lebensrisiken schützen will. Er ist Zwangsmitglied der Sozialsysteme; durch den Arbeitgeber werden Pflichtbeiträge vom Lohn einbehalten und an die Einzugsstellen abgeführt. Insofern wird das Mitglied vor allem in Art. 2 Abs. 1 GG beschränkt. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, dass die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung elementare Bedeutung für die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland hat. BVerfG, a.a.O., Absatz-Nr. 90.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob korrekt gezahlte Gesamtsozialversicherungsbeiträge aufgrund eines bei Zahlung ungewissen künftigen Ereignisses (Insolvenzeröffnung über das Vermögen des die Beiträge abführenden Arbeitgebers) nachträglich rechtlich missbilligt und ohne zeitliche Schranke der Insolvenzanfechtung unterworfen werden können, nur um den Grundsatz der Glaubwürdigkeitsbehandlung zu verwirklichen.



Können also sozialversicherungsrechtlich korrekt gezahlte Gesamtsozialversicherungsbeiträge, deren zweckkonforme Verwendung von elementarer Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung ist, regelmäßig nachträglich insolvenzrechtlich missbilligt, so BGH, Urteil vom 09.06.2005, IX ZR 152/03 und 08.12.2005, IX ZR 162/01, und dehalb nicht der befragszweckkonformen Mittelverwendung zugeführt werden?

An dieser Stelle muss zumindest die Frage erlaubt sein, wem solche durch Insolvenzanfechtung zur Masse gezogenen Gelder nützen. Ein Nachweis, dass dadurch für die Insolvenzgläubiger höhere Quoten verteilt oder Firmen fortgeführt und Arbeitsplätze erhalten werden können, wurde bislang nicht geführt.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Sozialversicherungsträgern - anders als bei dem Großteil der sonstigen Gläubiger - um sog. „Zwangsgläubiger“ handelt, die auch bei erkannten Zahlungsproblemen der Arbeitgeber keine Möglichkeit haben, ihren gesetzlichen Auftrag zu beenden. Gemeldete Arbeitnehmer sind weiter bei der jeweiligen Krankenkasse als Einzugsstelle-krankenversichert. Sie haben im Versicherungsfall Anspruch auf die gesetzlich normierten Leistungen, unabhängig davon, ob der in Zahlungsschwierigkeiten geratene Arbeitgeber die Krankenversicherungsbeiträge bei Fälligkeit bezahlt hat oder nicht. Die Situation bei den übrigen Sozialversicherungsträgern ist vergleichbar.

Die Konkursordnung hat diese Sondersituation berücksichtigt, um Ausfälle zu vermeiden und damit das Risiko für das oben genannte System der Sozialversicherung zu mindern.

So waren Beitragsrückstände einschließlich Säumniszuschläge und Umlagen für die letzten sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners gem. § 59 KO Masseschulden. Beitragsrückstände incl. Säumniszuschläge und Umlagen waren für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens gem. § 61 Abs. 1 Nr. 1 e KO vorrangig zu befriedigende Forderungen.

Dennoch offen verbleibende Gesamtsozialversicherungsbeiträge wurden gem. § 141 n AFG für die letzten drei Monate vor Konkurseröffnung über das Konkursausfallgeld gesichert.

Ein wesentliches Ziel der Neuordnung des Insolvenzrechts im Jahre 1999 war die konsequente Glaubwürdigkeitsbehandlung. Unter dieser Maxime wurden die Vorrechte der Sozialversicherungsträger ersatzlos abgeschafft.



Der Gesetzgeber ging bei Schaffung der Insolvenzordnung davon aus, dass sich der Abbau der Vorrechte in den Verteilungswirkungen neutral verhält, soweit sich die nach der KO privilegierten Gläubiger im vornhinein auf die im Konkurs geltenden Verfahrensordnungen einrichten können, soweit ihnen beim Fehlen solcher Anpassungsmöglichkeiten auf anderem Wege Schutz gewährt ist oder soweit eine entsprechende Verbesserung der Befriedigungsaussichten einfacher Insolvenzgläubiger eintritt (Bundestags-Drucksache 12/2443, S. 81).

Diese Maxime des Gesetzgebers ist nicht erfüllt:

- Die Sozialversicherungsträger können sich gerade nicht im vornhinein auf die im Konkurs geltenden Verfahrensordnungen einrichten.

Bei konsequenter Insolvenzantragstellung werden ihnen „Druckanträge“ unterstellt – die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, ggf. die Eröffnung des Insolvenzverfahrens können sie nicht erzwingen.

- Auch auf anderem Wege ist den Sozialversicherungsträgern Schutz nicht gewährt.

Insbesondere können Sozialversicherungsträger bestehende Versicherungsverhältnisse auch bei Nichtzahlung der Beiträge nicht beenden. Leistungen (z.B. im Krankheitsfall) der beim Schuldner versicherten Arbeitnehmer sind trotz bestehender oder ggf. aufgrund Insolvenzanfechtung zu erwartender Beitragsausfälle zu erbringen.

Insolvenzgeldzahlungen gem. § 208 SGB III sichern Beitragsausfälle für die letzten drei Monate vor dem Insolvenzereignis. Allerdings deckt dies – insbesondere bei frühzeitiger Insolvenzantragstellung – gerade die aufgelaufene Beitragsrückstände. In aller Regel werden dadurch die während des zwischenzeitlich nicht selten mehrere Monate dauernden Insolvenzantragsverfahrens nicht gezahlten Beiträge nicht ausreichend gesichert. Dies gilt entsprechend für vom Insolvenzverwalter angefochtene und ausgekehrte Beiträge.

- Schließlich wurde eine nennenswerte Verbesserung der Befriedigungsaussichten bislang nicht belegt.



Nicht selten enden Insolvenzverfahren mit Quotenausschüttungen im einstelligen Prozentbereich.

Aus den genannten Gründen besteht aus Sicht der Sozialversicherungsträger dringender Handlungsbedarf. Auch wenn der vorliegende Entwurf nur einen ersten Schritt in die richtige Richtung darstellt, sind die angedachten Änderungen aus Sicht der Sozialversicherungsträger zu begrüßen.

**6. Zu den im Gesetzentwurf vorgesehenen und für die Sozialversicherungsträger relevanten Änderungen im Einzelnen:**

#### **Art. 2 – Änderungen der Insolvenzordnung**

##### **Art. 2 Nr.1 - § 14 InsO**

Die Ergänzung, dass ein Insolvenzantrag nicht allein dadurch unzulässig wird, dass der Schuldner nach Antragstellung die Forderung erfüllt, ist vom Ansatz her zu begrüßen, sollte jedoch stringenter gefasst werden.

Mit der Einführung der Insolvenzordnung wurde unter anderem bezweckt, Unternehmen, die sich in so massiven Zahlungsschwierigkeiten befinden, dass sie die laufenden Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen können, möglichst schnell vom Markt zu nehmen. Damit soll verhindert werden, dass gesunde Unternehmen aufgrund weiterer Vertragsschlüsse mit Zahlungsunfähigkeit „infiziert“ werden.

Dieses Ziel verfolgt auch die oben erwähnte Ergänzung. Zudem soll die Masse des Insolvenzverfahrens vergrößert werden. Je früher das Verfahren über ein insolventes Unternehmen eröffnet wird, desto mehr Masse steht dem Verwalter zur Verfügung und desto besser sind die Chancen für eine Sanierung und damit auch für einen Erhalt von Arbeitsplätzen.

Eine entsprechende Ergänzung erlaubt den Sozialversicherungsträgern zu zeigen, dass ihnen nicht an sog. „Druckanträgen“ oder gar einer Insolvenzschiebung gelegen ist. Vielmehr

kommen sie mit Insolvenzantragstellung lediglich ihrem gesetzlichen Auftrag, die Beiträge vollständig und rechtzeitig zu erheben (§ 76 SGB IV) nach.

Bislang wird ein Insolvenzantrag nach Vollzahlung der dem Antrag zugrundeliegenden Forderung unzulässig. BGH, Beschluss vom 05.02.2004, IX ZB 29/03. Dem steht nach derzeitigem Gesetzestexte nicht entgegen, dass der Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit glaubhaft gemacht wurde:

Nach § 14 InsO (aktuelle Fassung) sind die Glaubhaftmachung der Forderung und des Eröffnungsgrundes zwei von einander unabhängige Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eröffnungsantrags. Ist die Forderung nicht mehr glaubhaft gemacht, z.B. weil sie bezahlt wurde, wird der Insolvenzantrag unzulässig. Die Sozialversicherungssträger werden dadurch nicht selten in die Situation gedrängt, wiederholt sowie ggf. in kurzen Abständen im Hinblick auf ein und denselben Schuldner Insolvenzanträge stellen zu müssen. Diese missliche Lage kann durch eine entsprechende Gesetzesänderung beseitigt werden.

Jedoch sollte der Wortlaut stringenter gefasst werden.

Nach der Rechtsprechung des BGH zur Insolvenzanfechtung hat ein Gläubiger, nachdem er einen Insolvenzantrag gestellt hat, Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit. Der Gläubiger geht mit Antragsstellung von Zahlungsunfähigkeit aus (§§ 17 i.V.m. 14 InsO). Diese Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit kann nach der Rechtsprechung nur dann erschüttert werden, wenn der Schuldner seine Zahlungen gegenüber der Gesamtheit seiner Gläubiger und nicht nur gegenüber dem Antragsteller wieder aufgenommen hat.

Der Insolvenzantrag führt nach dieser Rechtsprechung in einem Anfechtungsprozess zum Umkehr der Beweislast. Ein Gläubiger, der nach einem eigenen Eröffnungsantrag von dem betroffenen Schuldner Zahlungen erhält, darf nicht davon ausgehen, dass auch die anderen Gläubiger entsprechend Zahlungen erhalten haben, BGH, Urt. vom 25.10.2001, IX ZR 1/01. Die aufgrund eines Insolvenzantrags erzielte Deckung ist inkongruent, BGH, Urt. vom 08.12.2005, IX ZR 182/01. Der Gläubiger hat zu beweisen, dass das Unternehmen wieder zahlungsfähig geworden ist. Dies ist ihm jedoch in aller Regel nicht möglich, da er keinen Einblick in die Geschäftsunterlagen des Schuldners nehmen kann. Vor allem Sozialversicherungs-

sträger, die als Zwangsgläubiger häufig Insolvenzantragsteller sind, laufen Gefahr, dass bei einer späteren Verfahrenseröffnung alle nach der ersten Antragstellung (ggf. über 10 Jahren hinweg) geleisteten Zahlungen angefochten werden und in die Masse zurückgezahlt sind.

Dem gleichen Problem würde der antragstellende Gläubiger durch den geplanten Entwurf im Rahmen der Antragstellung ausgesetzt. Die Forderung im Gesetzentwurf, der antragstellende Gläubiger müsse nach Vollzahlung seiner Forderung sein Rechtsschutzinteresse und den Insolvenzgrund erneut glaubhaft machen, würde dazu führen, dass die Neuerung in der Regel ins Leere geht. Denn in fast allen Fällen haben die Sozialversicherungssträger keine Kenntnis über das Zahlungsverhalten des Schuldners gegenüber Dritten. Der Gläubiger ist daher auf eine Feststellung der Zahlungsfähigkeit durch das Insolvenzgericht angewiesen, wenn die frühzeitige Prüfung der Insolvenzzustände des Unternehmens erfolgen und die Anfechtbarkeit aller weiteren Zahlungen vermieden werden soll.

Insofern kann die Forderung des Verbands Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (Pressemitteilung VID vom 25.04.2006, www.vd.de), bei jedem Insolvenzantrag des Fiskus und der Sozialkassen müsse erst die Stellungnahme des vom zuständigen Insolvenzgericht eingesetzten Gutachters abgewartet werden, ehe der Antrag zurückgenommen werden kann, nur unterstützt werden. Dementsprechend sollte der Wortlaut nochmals überarbeitet und angepasst werden.

Darüber hinaus ist die von der Bundesrechtsanwaltskammer (Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr. 22/2006 vom Juli 2006) vorgeschlagene Änderung des Wortlauts zu berücksichtigen, wonach es heißen soll:

„Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass nach Antragstellung die Forderung erfüllt wird.“

Damit käme zum Ausdruck, dass auch Zahlungen Dritter nicht zur Unzulässigkeit des Antrags führen.



Ggf. könnte wie folgt formuliert werden:

„Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass nach Antragstellung die Forderung erfüllt wird. Der Schuldner hat, verifiziert durch den vom Insolvenzgericht eingesetzten Gutachter, nachzuweisen, dass er zahlungsfähig ist.“

#### Art. 2 Nr.3 - § 55 InsO

Verbindlichkeiten, die von einem vorläufigen Verwalter oder mit dessen Zustimmung begründet worden sind, sollen nach der Eröffnung des Verfahrens als Masseverbindlichkeit gelten. Gleiches soll für Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis gelten, soweit für das Vermögen des Schuldners die Gegenleistung mit Zustimmung des Verwalters in Anspruch genommen wird.

Eine entsprechende Änderung wäre aus Sicht der Sozialversicherungsträger wünschenswert, allerdings müsste über den vorliegenden Wortlaut hinausgehend Sorge getragen werden, dass auch die während der vorläufigen Insolvenzverwaltung anfallenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu Masseverbindlichkeiten aufgewertet würden.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass die Gesamtsozialversicherungsbeiträge Teil des Bruttolohnanspruchs des Arbeitnehmers darstellen, BAG, Beschl. v. 07.03.2001, GS 1/00. Die arbeitsrechtliche Vergütungspflicht beinhaltet nicht nur die Nettoauszahlung, sondern umfasst auch die Leistungen, die nicht unmittelbar dem Arbeitnehmer ausbezahlt werden. Jedem falls insoweit ist für das Vermögen des Schuldners - soweit die Arbeitnehmer in dem hier relevanten Zeitraum weiterbeschäftigt werden - die Arbeitsleistung des sozialversicherungs-pflichtig Beschäftigten als Gegenleistung in Anspruch genommen worden.

Eine entsprechende Änderung ist aus Sicht der Sozialversicherungsträger wünschenswert, da die Sozialkassen derzeit während drei Zeiträumen Ausfälle hinzunehmen haben:

1. die bis zur Insolvenzantragstellung rückständigen Sozialversicherungsbeiträge.
2. die während der vorläufigen Insolvenzverwaltung auflaufenden Sozialversicherungsbeiträge und



3. gezahlte Sozialversicherungsbeiträge, die nach Insolvenzeröffnung vom Insolvenzverwalter angefochten und zur Masse zurückgezahlt werden müssen.

Wie oben dargestellt besteht für die Sozialkassen keine Möglichkeit, sich anderweitig für Ausfälle ausreichend abzusichern. Somit ist die Grundannahme der Insolvenzordnung, mit der die Vorrechte der Sozialkassen abgeschafft wurden, nicht erfüllt.

Das Insolvenzgeld gem. § 208 SGB III fängt zudem nur Ausfälle während der letzten drei Monate vor dem Insolvenzereignis ab (Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers, Abweisung mangels Masse oder vollständige Beendigung der Betriebsstätigkeit im Inland, wenn ein Insolvenzantrag nicht gestellt wurde und ein Insolvenzverfahren offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt, § 183 SGB III).

Es besteht daher aus Sicht der Sozialversicherungsträger Handlungsbedarf. Eine Alleinlösung für die Finanzverwaltung, z.B. in § 251 AO, kann an dieser Stelle nicht befürwortet werden. Eine entsprechende Parallelsregelung wäre jedenfalls für die Sozialkassen zu treffen, um Gesamtsicherungsbeiträge, die vom vorläufigen Verwalter oder mit dessen Zustimmung begründet worden sind, entsprechend abzusichern. Hinzuweisen ist an dieser Stelle nochmals darauf, dass die Sozialkassen in dieser Zeit auch entsprechende Leistungen zu gewähren haben.

Konsequenterweise sollte über eine Streichung des § 55 Abs. 3 InsO nachgedacht werden.

#### Art. 2 Nr.4 - § 131 InsO

Die entwerferkonforme Ergänzung von § 131 InsO ist vollumfänglich aus den oben unter A. genannten Gründen zu begründen.

Gläubiger, die gesetzlich zum rechtzeitigen und vollständigen Beitragseinzug verpflichtet sind und sich ggf. sogar Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen (vgl. § 28r SGB IV) haben eine Leistung - auch wenn sie innerhalb des drei-Monatszeitraums vor Insolvenzantragstellung durch Zwangsvollstreckung bewirkt wurde - „in der Art“ zu beanspruchen.



#### Art. 2 Nr. 5 - § 133 InsO

Durch die Änderung könnten aufgrund der derzeitigen Rechtsprechung kaum prognostizierbare Anfechtungsrisiken minimiert und damit letztlich vor allem Dauergeschäftsbeziehungen entlastet werden. Dabei führt die Änderung nicht zu einer systemwidrigen Bevorzugung der Sozialkassen. Es wird vielmehr der Tatsache Rechnung getragen, dass den Sozialversicherungsträgern als Zwangsgläubigern besondere Nachteile erwachsen.

Andere Gläubiger können verhindern, dass neue Forderungen gegenüber einem Unternehmen, das seine Schulden nicht begleicht, entstehen, indem sie mit diesen Unternehmen keine Verträge abschließen. Sie können Sicherheiten für ihre Forderungen verlangen oder nur gegen Vorkasse leisten. Für eine Absicherung rückständiger Gesamtsozialversicherungsbeiträge stehen oft keine ausreichenden Sicherheiten mehr zur Verfügung. Da die Forderungen der Sozialversicherungsträger aufgrund eines gesetzlichen Schuldverhältnisses entstehen, können die Sozialversicherungsträger das Entstehen weiterer Forderungen trotzdem nicht verhindern. Dies folgt erst mit der Einstellung der Tätigkeit des Arbeitgebers (s.o.).

In der Stellungnahme des Bundesrats wird nicht berücksichtigt, dass die Sozialversicherungsträger sich aufgrund der derzeitigen Rechtsprechung des BGH in einer ausweglosen Situation befinden, wenn Pfändungsmaßnahmen aufgrund nicht gezahlter Forderungen fruchtlos verlaufen sind bzw. ein Insolvenzantrag gestellt wurde und kein Rechtsschutzinteresse für das Eröffnen des Insolvenzverfahrens besteht. Der Gläubiger hat nach Ansicht des BGH in diesen Fällen Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit. Folglich sind nachfolgende Zahlungen gegebenenfalls über 10 Jahre hinweg anfechtbar.

Die Sozialversicherungsträger haben für diesen Zeitraum Leistungen zu erbringen, obwohl sie damit rechnen müssen, dass die als Gegenfinanzierung erhaltenen Beiträge wieder zurückgezahlt werden müssen.

Bei lauterem Verhalten sollten diese Zahlungen nicht mehr zurückgefordert werden können. Aufgrund der jetzigen Rechtsprechung des BGH ist eine Gesetzesänderung daher dringend erforderlich.



Problematisch beim vorliegenden Wortlaut erscheint, dass neue Auslegungsträger auftreten werden, so dass einer deutlichen Klarstellung, die die „Zwangslage“ der öffentlichen Träger berücksichtigt, wie z.B.:

„Handelt es sich bei dem anderen Teil um einen Träger der Sozial- oder der Finanzverwaltung, finden die Sätze 1 und 2 keine Anwendung.“

der Vorzug zu geben wäre.

#### Art. 5 - § 28a SGB IV

Die Änderung, dass jedenfalls der Teil der Gesamtsozialversicherungsbeiträge, der dem Arbeitnehmer „zwangswise“ von seinem Arbeitsentgelt einbehalten und an die Einzugsstellen abgeführt wird, der beitragszweckkonformen Verwendung zugeführt werden soll, ist zu begründen.

Eine entsprechende Änderung würde dazu führen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anfechtbarkeit des Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag, zuletzt BGH, Urt. vom 08.12.2005, IX ZR 162/01, mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Bruttolohnanspruch des Arbeitnehmers, BAG, Beschl. vom 07.03.2001, GS 1/00, in Einklang gebracht werden könnte.

In der Krankenversicherung tragen gem. § 249 SGB V die versicherungspflichtig Beschäftigten und ihre Arbeitgeber die nach dem Arbeitsentgelt zu bemessenden Beiträge jeweils zur Hälfte, den zusätzlichen Beitragsatz trägt der versicherungspflichtig Beschäftigte allein. Der Arbeitgeber hat gegen den Beschäftigten einen Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags, der durch Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht wird. § 28g Abs. 1 S. 1 und 2 SGB IV. Dies ist auch insolvenzrechtlich zu berücksichtigen, selbst wenn der Arbeitgeber die Gesamtsozialversicherungsbeiträge letztlich aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung gem. § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV bezahlt.





Ferner hat die vorgesehene Änderung für die Schadensersatzpflicht nach § 823 BGB i.V.m. § 266a SGB. Der Gesetzgeber hat das Interesse der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Aufkommens der Mittel für die Sozialversicherung anerkannt und das „Vorenthalten“ und die Säumnis der Arbeitgeber bei der Zahlung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen gem. § 266a SGB strafrechtlich geschützt. § 266a SGB stellt ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 BGB dar. Die Sozialversicherungsträger können deshalb Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsführer von illiquiden Kapitalgesellschaften verfolgen. Allerdings ist dieser Schutz gerade im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers nur unzulänglich ausgestaltet.

Der BGH hat mit Urteil vom 18.04.2005, II ZR 61/03, den Sozialversicherungsträgern die Möglichkeit abgeschnitten, einen Schadensersatz nach § 823 BGB i.V.m. § 266a SGB zu realisieren, soweit eine Zahlung des Schuldners auf Beiträge zur Sozialversicherung anfechtbar gewesen wäre. Die Sozialkassen sind derzeit insoweit ebenfalls schutzlos. Auch diesem Problem könnte durch die Neufassung begegnet werden.

#### C. Sonstiges:

I. Im Hinblick auf die in § 28e SGB IV vorgesehene Änderung ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsanteil Teil des Bruttohohnanspruchs des Arbeitnehmers ist, BAG, Beschl. vom 07.03.2001, GS 1/00, s. o..

Insoweit könnte entgegen der derzeitigen Rechtsprechung des BGH, s. Urteil vom 09.06.2005, IX ZR 152/02) jedenfalls bzgl. des Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag dem Bargeschäftsgedanken gem. § 142 InsO Rechnung getragen werden. Hier wird nach der derzeitigen Rechtsprechung des BGH – und auch nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf – verkannt, dass durch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers – jedenfalls bei pünktlicher Beitragszahlung durch den Arbeitgeber – eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt. Auch dieses Verhältnis müsste insolvenzanfechtungsrechtlich entsprechend gewürdigt werden.



Der vorliegende Entwurf bleibt daher auf halbem Wege stehen, da er lediglich den Arbeitnehmeranteil berücksichtigt. Der Bargeschäftsgedanke müsste jedoch auch hinsichtlich des Arbeitgeberanteils entsprechend berücksichtigt werden. Dies wird für freiwillig Versicherte nicht einmal seitens der Insolvenzverwalter in Zweifel gezogen. Folglich wäre genannter Grundsatz entsprechend für die Gesamtsozialversicherungsbeiträge der Pflichtversicherten im Gesetzessentwurf aufzunehmen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf den Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 11.08.2005, VII B 244/04, mit dem dieser bei der Abführung von Lohnsteuer das Vorliegen eines nach § 142 InsO nicht anfechtbaren Bargeschäfts jedenfalls nicht ausschließen will.

II. Die Anfechtung gezahlter Gesamtsozialversicherungsbeiträge bei bestehender und oftmals auch nicht durch Rückzahlung der angefochtenen Beträge zu beseitigender Masseuntzulänglichkeit erscheint systemwidrig und bedarf der Korrektur. Auch in solchen Fällen haben Sozialversicherungsträger gezahlte Beiträge (ggf. trotz Leistungsgewährung gegenüber den versicherten Arbeitnehmern) an die Masse zurückzahlen. Sie dienen in diesen Konstellationen einzig und allein der Kostendeckung des Insolvenzverfahrens, ohne dass der Betrieb und damit Arbeitsplätze erhalten werden oder die übrigen Gläubiger einen Nutzen ziehen könnten.

III. Abschließend ist auf eine sich aus der derzeitigen Rechtsprechung zu § 134 InsO ergebende Problematik hinzuweisen. Zwangsgläubiger können nicht verhindern, dass geschuldete Gesamtsozialversicherungsbeiträge von anderen Konzernunternehmen, ggf. über Kreuz, bezahlt werden. In der Insolvenz des jeweiligen Unternehmens laufen sie Gefahr, die dort erhaltenen Beiträge vollständig wieder auskehren zu müssen, BGH, Urt. vom 30.03.2006, IX ZR 84/05. Sie haben keine Möglichkeit, sich vor solchen Anfechtungen zu schützen.

#### D. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist der vorliegende Entwurf aus Sicht der Sozialversicherungsträger als erster Schritt in die richtige Richtung zu begrüßen, auch wenn an einigen Stellen Nachbesserungsbedarf besteht und abzuwarten ist, welche Auswirkung eine entsprechende Änderung auf das tatsächliche Beitragsaufkommen hat.



## Stellungnahme

zum

### Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Rechts der Insolvenzan- fechtung für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Abteilung Recht  
Berlin, im September 2006

Für die Gelegenheit, für die öffentliche Anhörung (Teil II) des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Regierungsentwurf der Bundesregierung zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung (BT-Drs. 16886) Stellung nehmen zu dürfen, bedanken wir uns.

Im Namen des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks (ZDH), der politischen Spitzenvertretung von über 935.000 Betrieben, die im Jahre 2005 4,8 Mio. Menschen, davon 3,5 Mio. in sozialversicherungspflichtigen Angestelltenverhältnissen beschäftigten, bewerten wir den Regierungsentwurf wie folgt:

Trotz einiger durchaus positiver Ansätze stehen wir diesem Regierungsentwurf kritisch gegenüber. Gerade das personalintensive Handwerk wird durch Forderungsausfälle und Insolvenzen schwer getroffen. Besonders kleinere Handwerksunternehmungen verfügen oftmals nur über eine geringe Kapitaldecke, so dass u. U. schon der Ausfall eines oder zweier Schuldner das Aus für den Betrieb bedeuten kann. Für diese Betriebe ist es daher von großem Interesse, dass im Falle der Insolvenz eines Schuldners möglichst viel liquide Mittel zur Masse gezogen werden, damit die Insolvenzforderungen anschließend mit einer möglichst hohen Quote erfüllt werden können.

Durch den nun vorgelegten Regierungsentwurf zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung befürchten wir eine, in der Gesetzesbegründung auch ausgeführte, Begünstigung von Fiskus und Sozialversicherungsträgern, was sich unserer Ansicht nach zum Nachteil aller übrigen Insolvenzgläubiger auswirken wird.

Mit der Einführung der Insolvenzrechtsordnung 1999 sollten gerade die Vorrechte von Fiskus und Sozialversicherungsträgern abgeschafft werden, um im Falle der Insolvenz eine Gleichbehandlung aller Gläubiger zu erreichen. Daneben war es erklärtes Ziel der Insolvenzordnung, vom Zerschlagungsprinzip zum Sanierungsprinzip überzugehen, um so, bei positiver Prognose, möglichst viele Betriebe weiter am Leben zu erhalten. Diese Ernungseigenschaften sehen wir durch die einseitige Begünstigung von Fiskus und Sozialversicherungsträgern konterkarieren. Es ist nachvollziehbar, dass es – wie auch die Gesetzesbegründung ausführt – ein zentrales Anliegen der Bundesregierung ist, langfristig die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme zu gewährleisten und somit sozialen Frieden und stabile wirtschaftliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Zur Erreichung dieses Ziels plädieren wir jedoch viel mehr für eine umfassende Reform der sozialen Sicherungssysteme, der Ansatz über eine Änderung des Insolvenzrechts erscheint uns hierfür weder sinnvoll noch zweckmäßig.

Wichtigstes Mittel zur dauerhaften Stabilisierung der sozialen Sicherungssysteme ist unserer Ansicht nach die Generierung von sozialversicherungspflichtigen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnissen. Diese sehen wir gefährdet, wenn durch die Bevorzugung des Fiskus und der Sozialversicherungsträger in Zukunft noch weniger Insolvenzverfahren als bisher überhaupt eröffnet werden. Durch die Vorrangabfederung der Sozialversicherungsträger und des Fiskus wird die Masse ausgezehrt, was schlussendlich zu Lasten der gesamten Insolvenzgläubiger gehen wird. Es ist zu befürchten, dass diejenigen Handwerksbetriebe, die dann bestenfalls nur noch mit einer geringen Quote, schlimmstenfalls überhaupt nicht mehr befriedigt werden, ihrerseits Insolvenz anmelden müssen, wodurch es erneut zum Verlust von sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen kommt.

Damit die Beschäftigungsverhältnisse im Handwerk stabil gehalten werden können, wäre es unserer Ansicht nach sinnvoller, gerade den kleinen und schwächeren Gläubigern eine bessere Position zu verschaffen, indem man die auf Grundlage der §§ 648, 648 a BGB gestellten Sicherheiten für erbrachte Vorleistungen beim Bau aus der Anfechtung ausklammert.

Zu den Regelungen im Einzelnen:

**Zu Art. 2 Nr. 1: § 14 Abs. 1 InsO:**

Die geplante Änderung des § 14, wonach der Antrag nicht allein dadurch unzulässig werden soll, dass der Schuldner nach der Antragstellung die Forderung erfüllt, halten wir nicht für zielführend. Vielmehr wird dadurch die Fortführung und Sanierung nur vorübergehend zahlungsschwacher Betriebe erheblich gefährdet werden. Dadurch werden unserer Ansicht nach Betriebe in die Insolvenz getrieben werden, die unter normalen Bedingungen nach Überbrückung eines Liquiditätspasses durchaus weiter bestehen könnten. Wir halten daher das Erfordernis eines speziellen rechtlichen Interesses des Antragstellers, hier durch die nicht beglichene Forderung, für sinnvoll. Eine Fortführung des Insolvenzverfahrens trotz Wegfall der dem Antrag zugrunde liegenden Forderung stellt unserer Ansicht nach einen Fremdkörper in der Insolvenzordnung dar, der sich mit dem Ziel derselben, nämlich mit der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger, nicht in Einklang bringen lässt, da der Antragsteller dessen Forderung befriedigt wurde, dann kein rechtliches Interesse an der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger mehr hat. Ziel der Insolvenzordnung muss es weiterhin sein, sanierbaren Unternehmen die Möglichkeit zur Fortführung ihrer Geschäfte zu geben, und diese nicht durch ein permanent schwebendes Insolvenzverfahren zu erschweren.

**Zu Art. 2 Nr. 3: § 55 InsO**

Die Änderung des § 55 InsO ist im Interesse der Gläubiger, die auch im Stadium der vorläufigen Insolvenz mit dem Schuldner noch Verträge schließen grundsätzlichlich zu begrüßen. Für diese Gläubiger besteht eine große Unsicherheit, was mit ihren Forderungen geschieht, während der Geschäftsbetrieb in der vorläufigen Insolvenz durch den regelmäßig schwachen Insolvenzverwalter fortgeführt wird. Es ist daher grundsätzlich richtig und entspricht auch den tatsächlichen wirtschaftlichen Bedürfnissen, dass derartige Forderungen Masseverbindlichkeiten werden. Es ist jedoch auch zu beachten, dass dies dem Zweck der Insolvenzordnung, die Aufrechterhaltung des Wirtschaftsbetriebes bzw. möglichst viele Verfahren zu eröffnen, um die Gläubiger zumindest anteilmäßig befriedigen zu können, u.U. entgegenlaufen kann.

Die in der Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Stellungnahme des Bundesrates angesprochene Änderung des § 251 Abs. 4 AO lehnen wir als einseitige Privilegierung des Fiskus gegenüber allen übrigen Insolvenzgläubigern ab. Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers bei Einführung der Insolvenzordnung, wodurch die frühere bestehende Bevorzugung bestimmter Forderungen der öffentlichen Hand bewusst aufgegeben wurde.

**Zu Art 2 Nr. 4: § 131 Abs. 1 InsO**

Die Regelung, wodurch eine Rechtshandlung nicht allein dadurch zu einer inkongruenten Deckung führt, dass der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erlangt hat, ist grundsätzlich zu begrüßen. Es war den Handwerksbetrieben in der Vergangenheit stets schwer zu vermitteln, warum sie eine Leistung, für die sie ihre Gegenleistung bereits vollständig erbracht hatten, nach einem zeit- und kostenintensiven Gerichtsverfahren und nach Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher im Wege der Anfechtung an den Insolvenzverwalter zurückzugewähren hatten. Dies hat vielfach zu Unverständnis geführt. Von daher ist diese Regelung zu begrüßen.

Jedoch ist diese Regelung auch differenziert zu betrachten, es ist zu unterscheiden zwischen den verschiedenen Gläubigergruppen, einerseits der private Gläubiger, der seinen Titel im Wege des gerichtlichen Verfahrens erstreift und danach vollstreckt und andererseits der öffentliche Gläubiger, der die Möglichkeiten hat, seine Ansprüche mit eigenen hoheitlichen Maßnahmen und Titeln zu verwirklichen. Die Erlangung eines Titels geschieht für öffentliche Gläubiger auf einem viel schnelleren Weg als für Privatgläubiger, die den Titel erst nach zeit- und kostenintensiven Gerichtsverfahren in der Hand halten. Von daher steht zu befürchten, dass es zu einem Wettlauf der Zwangsvollstreckungsfähiger kommen wird, den die privaten Gläubiger aufgrund der zeitlichen Nachteile bei der Erlangung des Titels nicht gewinnen können. Gerade die auch in der Gesetzesbegründung angegebene Höhe der Forderungsausfälle von Fiskus und Sozialversicherungen sind so hoch, dass vermutlich nach erfolgten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen für die anderen Insolvenzgläubiger nichts mehr übrig bleiben wird. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung wird dadurch u. E. nicht gewahrt.

**Zu Art. 2 Nr. 5: § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO:**

Die Beschränkung des Anfechtungsrechts auf unlautes Verhalten des Schuldners geht unserer Ansicht nach zu weit. Neben der Tatsache, dass der neu eingeführte Begriff des „unlauteren Verhaltens“ wohl künftig erst durch die Rechtsprechung konkretisiert werden müsste, werden die Möglichkeiten der Anfechtung dadurch in Zukunft wohl erheblich eingeschränkt. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Durchsetzung der Forderungen der Sozialversicherungsträger und des Fiskus unter dem Begriff des unlauteren Verhaltens subsumiert werden wird. Die Herausnahme dieser Forderung aus dem Anwendungsbereich der Anfechtung führt u. E. zu einer Schmälerung der Insolvenzmasse, die die übrigen Insolvenzgläubiger übermäßig belastet. Da die Insolvenzprivilegien der Sozialkassen, bzw. der öffentlichen Hand, mit der Insolvenzzordnung abgeschafft wurden, halten wir dies daher für eine Bevorzugung der Sozialkassen. Dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung sollte hier mehr Rechnung getragen werden.

**Zu Art. 3: § 38 Abs. 3 Satz 2 EStG und Art. 5: § 28 e Abs. 1 Satz 2 SGB IV**

Die hier vorgeschlagenen Änderungen, schließen durch die Zurechnung der betreffenden Zahlungen an öffentliche Gläubiger in die Sphäre der jeweiligen Arbeitnehmer eine Anfechtung dieser Zahlungen in der Insolvenz von vornherein aus. Auch dies ist unserer Ansicht nach eine unverhältnismäßige Privilegierung

öffentlich-rechtlicher Gläubiger, die so i. S. der Insolvenzrechtsreform nicht vorge-  
sehen war und auch nicht eingeführt werden sollte.

Schuldner der Lohnsteuer ist unstreitig der Arbeitnehmer, was auch § 38 Satz 2  
ESiG belegt. Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrags ist jedoch gem. §  
28 e Abs. 1 SGB IV der Arbeitgeber. Die Erfüllung dieser Schuld berührt folglich  
das Vermögen des Arbeitgebers. Warum nun die Ausklammerung des Sozialver-  
sicherungsbeitrags aus dem Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts keine  
Verletzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung darstellt, sondern  
lediglich bestimmte Beträge einer Anfechtung entzieht, bel denen es nicht ge-  
rechtfertigt ist, dass sie der Gesamtheit der insolvenzgläubiger zugute kommen,  
wie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung auf die Stellungnahme des  
Bundesrates auführt, ist für uns, zumindest ohne nähere und weitere Begründung  
nicht ersichtlich.

Zur Stärkung der kleinen mittelständischen Gläubiger, die nicht durch öffentliche  
Sicherheiten gesichert sind, plädieren wir vielmehr auch zur Auflösung von Wer-  
tungs widersprüchen dafür, folgende Fälle vom Anfechtungsrecht des Insolvenz-  
verwalters auszunehmen:

- Fälle, in denen die Auftraggeber nach § 16 Nr. 6 VOB/B verfahren,
- Fälle, in denen Zahlungen für geleistete Arbeiten durch ein Treuhandkonto  
erfolgen, das zu keinem Zeitpunkt der Verfügungsgewalt des Gemein-  
schuldners unterlag, bzw.
- die Fälle, in denen Handwerker nachweislich ein Sicherungsverlangen  
nach den §§ 648 und 648 a BGB gestellt haben.

Zusammenfassend lässt sich zu diesem Gesetzentwurf Folgendes sagen:

Die Privilegierung der öffentlichen Gläubiger, namentlich der Sozialversicherungs-  
träger sowie des Fiskus, verkehren die Grundsätze der 1999 eingeführten Insol-  
venzordnung in ihr Gegenteil. Inwieweit dem Grundsatz der Gläubigergleichbe-  
handlung hier noch Genüge getan wird, erscheint uns fraglich. Insgesamt ist zu  
befürchten, dass es durch die Änderung in § 14 der Insolvenzordnung zu einem  
Anstieg an Insolvenzverfahren kommen wird, jedoch im Gegenzug durch die ein-  
seitige Privilegierung der öffentlichen Gläubiger und die damit verbundene Auf-  
zehrung der Masse in Zukunft viel weniger Insolvenzverfahren eröffnet werden  
können. Bei den in Zukunft eröffneten Insolvenzverfahren wird den Insolvenz-  
gläubigern aufgrund der eingeschränkten Anfechtungsmöglichkeiten weniger li-  
quide Masse zur Verfügung stehen, so dass u. U. auch gerade bei den kleinen  
und mittleren Betrieben des Handwerks vor allem bei den masselosen Verfahren  
mit einer größeren Zahl von Folgeinsolvenzen zu rechnen ist.