

**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 vorgetragenen Manuskriptes. Die Vortragsform 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 InsO .....	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 Wirtschaftsrechtlichen 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 konterkarieren (vgl. zuvor § 61 Abs. 1 Nrn. 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<sup>1</sup> – wird man den Teilnehmern des DJT insoweit keine Befangenheit vorwerfen können). Der hier vorgelegte Gesetzesvorschlag geht genau in die entgegengesetzte Richtung.

Folge – 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) Notare, manche der Entscheidungen in ihrem Sinne zu beeinflussen, *jja. (Jahn)*, FAZ v. 23.9.2006, 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 konkretisiert**, 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 *Missbräuche 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 staatlichen Gläubigern besser mit denen von „gewöhnlichen“ koordiniert werden oder sogar in deren Dienst gestellt werden können; damit wird letztlich die von den 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 Nrn. 4 und 5 soll die Anfechtung von durch Zwangsvollstreckung erreichten Zahlungen ausgeschlossen bzw. eingeschränkt werden. Dass damit vor allem der Fiskus und die Sozialversicherungsträger gemeint sind, wird gelegentlich herausgestellt.

Prekär 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 – „rüde 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 entscheidend darauf abstellt, dass sich Fiskus und Sozialversicherungsträger ihre Schuldner nicht aussuchen können, wird ein Schuh daraus: Denn zu den Gläubigern, die sich ihre Schuldner nicht aussuchen können, gehören nach der gesellschaftsrechtlichen Vorstellung in erster Linie die **Deliktsgläubiger**. 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

Gläubigergesamtheit 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“ Insolvenzantragspflicht mit den an sie knüpfenden Sanktionen ein zahnlöser Tiger ist,<sup>2</sup> der zudem nur unter Schwierigkeiten gegen Schein-Auslandsgesellschaften durchgesetzt werden kann.<sup>3</sup> Ich hatte daher vergangene Woche die Abschaffung der Antragspflicht und eine Stärkung der Antragsrechte empfohlen.<sup>4</sup> 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.

Erhebliche rechtstatsächliche 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. zutreffend die Gegenäußerung des Bundesrates, S. 18). Nach allem was ich weiß, scheint eher das Gegenteil der Fall zu sein – womit die Sozialversicherungsträger trotz gegenteiliger Kenntnis den Überlebenskampf von Gesellschaften zu Lasten der Gläubigergesamtheit verlängern.

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.) ggfls. 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 unstreitige Forderung von mehr als £ 750 innerhalb von drei Wochen nach einer Mahnung nicht begleicht.<sup>5</sup>

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

### **3. Änderung von § 55 InsO**

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

## **III. Alternativen**

### **1. Finanzierung des Insolvenzverfahrens**

---

<sup>2</sup> Übereinstimmend (nur) in diesem Befund *Fastrich*, DStR 2006, 656, 661.

<sup>3</sup> Wohl ablehnend *Haas*, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes. Gutachten E zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006 (2006), S. E 35; wie hier aber *Schall*, ZIP 2005, 965, 970.

<sup>4</sup> Zuvor bereits *Hirte*, in: *Hirte/Bücker*, Grenzüberschreitende Gesellschaften (2. Aufl. 2006), § 1 Rdn. 73, 74A; ausführlich *Hirte/Mock*, ZIP 2005, 474, 477; siehe auch *Eidenmüller*, EBOR 7 (2006), 239, 248 f.; *Meyer-Löwy/Poertzgen/de Vries*, ZInsO 2005, 293, 295; *Röhrich* ZIP 2005, 505, 515.

<sup>5</sup> Ausführlich *Hirte*, in: *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (Fn. 4), § 1 Rdn. 73, 74A; *Hirte/Mock*, ZIP 2005, 474, 477; siehe auch *Meyer-Löwy/Poertzgen/de Vries*, ZInsO 2005, 293, 295.

Im Mittelpunkt möglicher Alternativen haben Überlegungen zur **Erhöhung der „Eröffnungswahrscheinlichkeit“** zu stehen; denn mit der dann gegebenen bzw. verbesserten Möglichkeit, Ansprüche zugunsten 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 Insolvenz!).

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<sup>8</sup> öffentliche Gläubiger dergestalt privilegieren, dass sie **keinen Prozesskostenvorschuss** leisten müssen. Auf diesem Wege könnten die Interessen der gesetzlichen Gläubiger in den Dienst der Gläubigergesamtheit 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>9</sup> verwiesen, den ich mir letzte Woche zu eigen gemacht habe, bei jeder Eintragung einer neuen Kapitalgesellschaft (und Entsprechendes müsste für die Hauptniederlassung 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 „Profi“ über jede Insolvenz schaut, mag der Blick auch nicht in jedem Einzelfall besonders tief gehen.<sup>10</sup> Europarechtlich dürfte eine solche Umlage unbedenklich sein, da es sich nicht um eine „Gebühr“ für eine Verwaltungsmaßnahme handelt.<sup>11</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 Verbot, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren (§ 49b Abs. 2 BRAO), liegen dem BVerfG unter den Aktenzeichen 1 BvR 338/02 und 1 BvR 2576/04 Verfassungsbeschwerden vor.

<sup>7</sup> *Haas*, Gutachten (Fn. 3), S. E 145, These 2 c); *ders.*, GmbHR 2006, 505, 510 ff.

<sup>8</sup> BGHZ 138, 188 = NJW 1998, 1868; BGH DZWIR 2004, 328 (*Gundlach/Frenzel*) (das dort zitierte Entscheidungsdatum und Aktenzeichen [Urt v. 5.2.2004 – IX ZR 473/00] scheinen allerdings unzutreffend).

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

<sup>10</sup> Dazu jetzt *Bachmer*, Creditor Protection in Private Companies - Anglo-German Perspectives after Centros, Ph.D. Thesis Cambridge (2006), S. 142 f.; *ders.*, in: Lutter (Hrsg.), ZGR-Sonderheft 17 „Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa“, Berlin 2006, S. 526, 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 Ansammlung von Kapital (Leitentscheidungen sind EuGH Slg. 1997, I-6820 ff. = ZIP 1998, 206 = EWIR Art. 10 RL 85/303/EWG 1/98, 383 (*Limmer*), Tz. 19 ff., 30 (Fantask/Industrieministeriet); EuGH Slg. 2000, I-7717 = ZIP 2000, 1891 Tz. 22 = WM 2000, 2542 (IGI/Fazenda Pública).

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 Geschäftsleiter 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 Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft auszuschließen. Es entfaltet damit **generalpräventive Wirkung** – und stellt die Interessen des Fiskus in den Dienst der Gläubigergemeinschaft, nicht gegen sie.

Denn 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 Geschäftsleiter – 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 Geschäftsleiterseriosität 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 ermöglichen, ausländische Bestellungsverbote im Inland zu berücksichtigen, wenn man der Untersagungs-Behörde dafür Ermessen einräumt. Dann bräuchte diese Frage nicht – worauf der MoMiG-Entwurf hinweist<sup>18</sup> – vom Registergericht geprüft 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 *Seibert*, ZIP 2006, 1157 ff.

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

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

<sup>15</sup> Hierzu *Wood*, auf dem ZGR-Symposium 2006 (bei *von Hein*, 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 den gewerberechtlichen Tätigkeitsverboten ein anderer „Berufsbegriff“ zugrunde liegt, der nicht auf die Stellung des Geschäftsleiters 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 vorsätzliche Begehung der Tat an (hierzu *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1167 f.; kritisch zur Einschränkung des geltenden Rechts in diesem Punkt *Noack*, DB 2006, 1475, 1479).

<sup>17</sup> *S. Hirte/Lanzius/Mock*, in: ZGR-Sonderheft 17 (Fn. 10), S. 301, 330 ff.; ähnlich jetzt *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 311, 314 f.

<sup>18</sup> 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 entbehrlich 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. Sozialgeheimnis 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 „ehrliches“ 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 *Merkt*, ECFR 2004, 1, 5 ff.; allgemein jetzt *ders.*, EBOR 7 (2006), 95 ff.

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

<sup>21</sup> Zum Bedürfnis nach *forward looking soft information* jetzt auch *Merkt*, 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 generalpräventiven 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 erübrigt sich damit.