

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

1.

Einleitung

Der Gesetzgeber hat die seit 1999 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,

- 2 -

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

- 3 -

Insolvenzordnung die in § 59 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 bestens bewährt. So ist etwa bei insolventen Kapitalgesellschaften die Eröffnungsquote im Bundesdurchschnitt auf über 60 % 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 Sondervorrechte 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 Bundestages auf Kritik gestoßen. Der vorliegende Entwurf ist insbesondere von einer mittelstandsfeindlichen 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-

- 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, vermittelt der 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 eingesetzt hat, sollten Art. 2, 3 und 5 des Gesetzentwurfs schlicht zurückgezogen werden.

- 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

- 6 -

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 austarierte System, das im Grundsatz seit über 120 Jahren gilt und von der höchst-richterlichen 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:

- 7 -

Vorfahrt für das Prioritätsprinzip bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Die Bedeutung des Anfechtungsrechts fiel 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 unlauter 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

- 8 -

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 Insolvenzgerichte nur zurückhaltend von der Möglichkeit Gebrauch, vorläufige Insolvenzverwalter mit umfassender Verfügungsbefugnis einzusetzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (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

- 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 ausgelösten Haftungsgefahren (§ 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 spürbar seltener werden.

Der Kompromissvorschlag, § 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 Rechtshandlungen 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 Personen, 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.

- 10 -

4. Änderung von § 38 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 Sozialversicherungsträger 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 157, 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.