



Anhörung im Rechtsausschuss

des Deutschen Bundestages

am 27. September 2006

Stellungnahme

zum

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

(BT-Drucksache 16/886),

*soweit dort Änderungen zur **Insolvenzanfechtung** vorgesehen sind,
einschließlich der Änderungsvorschläge zum Einkommensteuergesetz und zum
Vierten Buch Sozialgesetzbuch*

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 condicio creditorum) zum Zweck der Massemehrung (I 1). Die Herausnahme von Sicherung und Befriedigung durch Zwangsvollstreckung aus dem Begriff der Inkongruenz hätte zudem unauflösbare systematische Widersprüche innerhalb der Insolvenzordnung zur Folge, insbesondere gegenüber der sogenannten "Rückschlagsperre" (I 2). 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 (I 3). Schließlich ist keineswegs sicher, dass die vorgeschlagene Rechtsänderung den Hauptbegünstigten des Gesetzentwurfs (Finanzämtern, Sozialversicherungsträgern) wirklich entscheidende Vorteile brächte (I 4).
- Den vorgesehenen Änderungen bei der **Vorsatzanfechtung** (§ 133 Abs. 1 InsO) wird **nicht entgegengetreten**. Der Ausgangspunkt ist dort ganz anders, weil dieser Tatbestand nicht der Gläubigergleichbehandlung dient, weshalb Widersprüche –wie eingangs beschrieben - nicht auftreten würden (II 1). Der Gesetzeswortlaut sollte aber klargestellt (II 2) und die Rechtsänderung auch in die Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens nach dem Anfechtungsgesetz übernommen werden (II 3).
- Eine solche **Kompromisslösung** würde einerseits anfechtungsrechtliche Prinzipien wahren, andererseits aber das Anfechtungsrisiko für alle Gläubiger mit titulierten Forderungen maßvoll beschränken (III 1); die Stellung von Fiskus und Sozialversicherungsträgern würde durch die vorgesehenen Änderungen im Einkommensteuergesetz und im Sozialgesetzbuch zusätzlich wesentlich verbessert (III 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 (III 3).

Im Einzelnen ist zur Begründung auszuführen:

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

1. Verstoß gegen den Normzweck des Anfechtungstatbestandes: Gläubigergleichbehandlung (par condicio creditorum) und Massemehrung

Nach höchstrichterlicher 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 Balance stellt der Anfechtungstatbestand selbst her: Bei Vornahme 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-)pfandrechtl. 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 vergeben. Wesentlich Errungenschaften der Insolvenzrechtsreform 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 unauflösbaren 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 unauflösbarem systematischen Widerspruch. Praktische Konsequenz daraus wäre nämlich bei der Vollstreckung einer Geldforderung im zeitlichen Anwendungsbereich des § 88 InsO: Erlangt der Gläubiger "nur" ein Pfändungspfandrecht (§§ 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 Vornahme 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.** Wem 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 Erbfalls 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 "Rette sich, wer kann" auf jede nur erdenkliche Weise Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung suchen würde. Rechtsanwälte müssten in der Gläubigerberatung sogar ein solches Vorgehen empfehlen, wollten sie sich nicht dem Vorwurf des pflichtwidrigen Handelns bei der Durchsetzung der Mandantenansprüche 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 verblässende 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 Vollstreckungstitel 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 schuldnerische 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 schuldnerischer Unternehmen rechtfertigen könnte!

II. Zur (durch Art. 2 Nr. 5 des Entwurfs) vorgesehene Änderungen bei 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 höchstrichterlichen Rechtsprechung und dem Gesetzentwurf bei weitem nicht so tief wie bei der inkongruenten Deckung:

- Da § 133 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung 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 vorgesehen 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 182/01, 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 vorgenommen 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