

Zur Verfassungsmäßigkeit der Änderungswünsche der Finanzverwaltung / Sozialversicherungsträger zum Insolvenzanfechtungsrecht

Rechtsanwalt / Insolvenzverwalter Henning Sämisch, Sozietät S/H/N/F, Hamburg
Es wird Herrn stud. Jur. Tobias Zimmermann für Anregungen und Recherche gedankt

1. Einleitung

Die Finanzverwaltungen bzw. die Sozialversicherungsträger haben Änderungswünsche zur InsO vorgetragen, wonach sie von dem Insolvenzanfechtungsrecht ausgenommen werden sollen.¹ Diese Wünsche rühren daher, dass der öffentlichen Hand und den Sozialversicherungsträgern durch Insolvenzanfechtung beträchtliche Ausfälle² entstünden, woraus sich unkalkulierbare Haushaltsrisiken ergäben.³ Dies sei vor allem der anfechtungsfreundlichen Rechtsprechung des BGH zuzuschreiben.⁴ Die auf Grund dessen von den Länderjustizverwaltungen hierzu vorgelegten konkreten gesetzgeberischen Vorschläge sehen vor § 129 Abs.1 InsO um folgenden Satz 2 zu ergänzen: „Satz 1 gilt nicht, wenn die Rechtshandlung durch einen Gläubiger i.S.v. § 12 Abs.3 oder ein Träger der Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung vorgenommen wurde“. Die Finanzämter sollen ausdrücklich in § 12 Abs.3 genannt werden. Außerdem wurde vorgeschlagen eine Anwendung der §§ 133 ff. künftig für die genannte Gläubigergruppe auszuschließen.⁵

¹ Schneider/Hörmann, ZInsO 2005, 133; Vgl. Lührig, AnwBl 2005, 324f.

² Laut Bundesjustizministerin Brigitte Zypries auf dem 2. Deutschen Insolvenzrechtstag soll es sich dabei um mehrere 100 Mio. Euro handeln. Im Focus war die Rede von bis zu € 800 Mio. Zur Ermittlung eines seriösen Zahlenwerkes wurde auf Veranlassung des DAV das statistische Bundesamt eingeschaltet.

³ Laut Focus 2005, 122ff.

⁴ BGH, ZInsO 2003, 611f.

⁵ Frind, ZInsO 2005, 66.

Wir erinnern uns an die bevorzugende Behandlung, die den Sozialleistungsträger bzw. der Finanzverwaltung durch das Quotenvorrecht gem. § 61 Abs.1, 2 KO zu Teil wurde. Diese Privilegierung wurde mit der Einführung der Insolvenzordnung und dem darin enthaltenen Gedanken der Gleichbehandlung par conductio creditorum aller Gläubiger abgeschafft.⁶ Das Prinzip der Gleichbehandlung ist dabei nicht zu letzt Ausfluss der über Dekaden gesammelten Erfahrungen des Gesetzgebers mit der Konkursordnung die in die InsO einfließen und die bei der derzeitigen Wirtschaftslage wertvoller sind als denn je.

Würde den Änderungswünschen der Sozialleistungsträger / Finanzverwaltung entsprochen, stünden sie jedoch weit besser als zu Zeiten der KO und damit über den übrigen Insolvenzgläubigern. Denn es müsste davon ausgegangen werden, dass die Sozialleistungsträger weiterhin den Insolvenzantrag zur Eintreibung ihrer Rückstände als Druckmittel den Schuldnern in Aussicht stellen werden.⁷ Der Not gehorchend werden sodann Außenstände mit Ressourcen beglichen, die möglicherweise anderen Gläubigern zugedacht waren. Dabei ist anzunehmen, dass kein tatsächliches Interesse der öffentlich-rechtlichen Gläubiger an der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens besteht, denn dann könnte eine Geldquelle im Austausch gegen eine oft magere quotale Befriedigung für immer versiegen. Da dieser Bluff voraussichtlich überhaupt nicht mehr anfechtbar wäre, hätte die öffentliche Hand ein wirksames, sich aus der Insolvenzordnung ergebendes, Instrumentarium an die Hand bekommen, mit dem sie uneingeschränkt ihre Interessen verfolgen kann und so aus ihrer vermeintlichen Not⁸ eine Tugend gemacht. Ohne behaupten zu wollen, dass dann ein beabsichtigter Missbrauch entgegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes der InsO vorliegt, ist ohne Argwohn

⁶ § 1 InsO mit dem Ziel der gemeinschaftlichen Befriedigung.

⁷ Vgl. Frind, ZInsO 2005, 66(68); Stiller, ZInsO 2002, 793 ff.; Schneider/Hörmann, ZInsO 2005, 133 (136). Es dürfte klar sein, dass derjenige der einen Insolvenzantrag stellt auch die Durchführung eines Insolvenzverfahrens mit der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger will.

⁸ Vgl. Frind, a.a.O.

festzustellen, dass dies aus verwaltungsökonomischer Sicht der geeignetste Weg wäre, die Forderung der öffentlichen Hand einzutreiben, da nunmehr keine Grenzen in der InsO entgegen stünden. Dies war mit der Einführung der InsO keinesfalls beabsichtigt.⁹ Bedenkt man ferner, dass bereits jetzt eine sich aus flankierenden Vorschriften, etwa dem SGB I¹⁰ oder dem StGB¹¹, ergebende faktische Bevorzugung der Sozialleistungsträger besteht,¹² so wäre die InsO mit einer wunschgerechten Änderung von einer Gleichbehandlung der Gläubiger weiter entfernt denn je. Nicht schon deshalb erscheint die gewünschte Änderung in zweifelhaftem Licht. So häufen sich kürzlich die Stimmen zahlreicher Kritiker.¹³

2. Verfassungsrechtliche Bedenken

Bei Lektüre der diese Diskussion betreffenden Beiträge, drängt sich dabei stets die Frage auf, ob diese Änderung den verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere der Art. 14 GG und Art. 3 Abs.1 GG, gerecht zu werden vermag. Diese Frage zu beleuchten sei an dieser Stelle ein bescheidener Versuch angestrengt.

2.1. Eigentumsgarantie Art. 14 GG

Zunächst sei eine Anpassung der InsO an die Bedürfnisse der Finanzverwaltung / Sozialversicherungsträger an Art. 14 GG gemessen.

⁹ MünchKomm/Ganter, InsO, § 1, Rd.-Nr. 7, 51.

¹⁰ § 51 SGB I, vgl. insb. BSG, Urt.v. 10.12.2003, B 5 RJ 18/03 R

¹¹ § 266a StGB

¹² Vgl. hierzu Schneider/Hörmann, ZinsO 2005, 133ff. und George Orwells „animal farm = Manche Tiere sind gleicher“. Darüber hinaus sind die beteiligten Sozialversicherungsträger als auch die Finanzverwaltung faktisch bereits durch die Möglichkeit der Selbstbeschaffung eines Titels bevorzugt.

¹³ INDAT-Report 2005, 6ff; dort wird ein kurzer Überblick der Kritiker mit jeweiligen Statements gegeben.

2.1.1. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG

Art. 14 GG schützt das Eigentum, welches sich gem. Abs.1 S.2 konstitutiv durch Bestimmung von Inhalt und Schranken des einfachen Gesetzgebers ergibt.¹⁴ Somit schafft der Gesetzgeber auf der Ebene des objektiven Rechts diejenigen Rechtssätze, die die Rechtsstellung des Eigentümers begründen und ausformen. Diese können sowohl privatrechtlicher, wie öffentlich-rechtlicher Natur sein.¹⁵

Inhalt des Eigentums ist nach all dem die Summe aller vermögenswerten Rechtspositionen. Deshalb begründet die durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkte Beschlagnahme ein, unter den Eigentumsschutz des Art. 14 GG fallendes, Befriedigungsrecht aller Insolvenzgläubiger am Vermögen des Insolvenzschuldners.¹⁶

Die wunschgerechte Gesetzesänderung stellt durch Inhalts- und Schrankenbestimmung eine Verkürzung der Eigentumsposition der Gesamtgläubiger dar, indem durch Masseverkürzung die Quotenaussicht erheblich reduziert wird.¹⁷

Außerdem wird die Haftungsfunktion des Eigentums eingeschränkt, sodass auch der Insolvenzschuldner, durch diese Inhalts- und Schrankenbestimmung bereits vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens betroffen ist.¹⁸

Zwar sind dem Gesetzgeber enge Grenzen gezogen, soweit es um die Funktion des Eigentums als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit des einzelnen geht. Hingegen ist die Befugnis des

¹⁴ BVerfGE 53, 257(292).

¹⁵ Nassauskiesung, BVerfGE 58, 300 (330)

¹⁶ Vgl. Eckert, EWiR §1a StaatsbankG 1/99, 907; Vgl. Jaeger/Henckel, § 35 Rdnr.3 f.: Theorien vom Subjektwechsel und vom Konkurspfandrecht, Haftungsrechtliche Zuweisung.

¹⁷ Nimmt man die im Focus Artikel genannten Zahlen ernst, geht es immerhin spiegelbildlich um eine Masseverkürzung von € 800 Mio. zu Lasten der sonstigen Gläubiger. Es sei darauf hingewiesen, dass dieser Betrag eben nicht durch die Vergütung der Verwalter aufgezehrt wird. Selbst dann, wenn es im Einzelfall zu höheren, die Masse belasteten Vergütungen kommt, sei darauf hingewiesen, dass der BGH zur bekannten Entscheidung zu der Mindestvergütung in masselosen Verfahren ausdrücklich eine „Mischkalkulation“ zulässt, um eine rechtsstaatlich abgesicherte Verfahrensabwicklung auch der masselosen Verfahren zu gewährleisten.

¹⁸ Vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rd.-Nr. 2.20.

Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einer sozialen Funktion steht.¹⁹ Insofern muss die geplante Gesetzesänderung den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügen.

2.1.2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Verhältnismäßigkeit

Die betreffende Gesetzesänderung müsste zunächst einen legitimen Zweck mit geeigneten Maßnahmen verfolgen.

Unter dem Gesichtspunkt einer vermeintlich anfechtungsfreundlichen Rechtsprechung und die damit einhergehende beklagte „Ausplünderung der Sozialkassen“²⁰ verfolgt eine Gesetzesänderung jedoch keinen legitimen Zweck. So sei der BGH nicht dazu da, durch Auslegung den Fiskus zu schützen.²¹ Außerdem kann einer anfechtungsfreundlichen Rechtsprechung mit Recht die aufrechnungsfreundliche Rechtsprechung zu Gunsten der Sozialleistungsträger quid pro quo entgegen gehalten werden.²²

Dafür wird in dem Bestreben die Forderungsausfälle des Fiskus und der Sozialversicherungsträger so gering wie möglich zu halten, ein legitimer Zweck gesehen.

Dabei die öffentliche Hand von den Anfechtungstatbeständen der InsO auszunehmen ist grundsätzlich geeignet, den beanstandeten unkalkulierbaren Risiken und Ausfällen für die Haushaltskasse zumindest kurzfristig vorzubeugen.

Zweifelhaft hingegen ist, ob die gewünschten Maßnahmen auch erforderlich sind.

¹⁹ BVerfGE 53, 257(292).

²⁰ Unter Hinweis auf die BGH Entscheidung vom 18.09.2003, die selbst dann, wenn der Verwalter mit einer Anfechtungsklage vorrangig eigene Vergütungsansprüche befriedigt, PKH gewährt, abgedruckt in: ZInsO 2003, 941 wird das vielfach behauptet.

²¹ Prütting, Zitat in INDAT-Report 2005, 6f.

²² Exemplarisch BSG, Urt.v. 10.12.2003, B 5 RJ 18/03 R

So sei die Häufigkeit der Insolvenzanfechtungen nicht zu letzt auf den Mangel einer vertiefenden Beschäftigung mit dem Insolvenzrecht de lege lata durch die Finanzverwaltung und der daraus resultierenden unsachgemäßen Handhabung des Rechtsgebietes zurück zu führen.²³ Insofern sind die unkalkulierbaren Risiken und die Ausfälle der Staatskasse zunächst hausgemacht und rechtfertigen keine Gesetzesänderung, da davon ausgegangen werden muss, dass eine Beschäftigung mit einer neuen Gesetzeslage bzw. den dazu ergehenden Urteilen auch hier unterbleiben wird. Würden sich der Fiskus und die Sozialkassen mit der neuen Situation gegenüber der KO die sich für sie seit Einführung der InsO ergeben hat, befassen und dabei feststellen, dass bei bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit ein Insolvenzantrag zu stellen ist, dann könnten die Anfechtungen gegenüber der öffentlichen Hand reduziert werden. Damit wäre die Staatskasse zwar auch nicht vermögender als bisher, jedoch lägen dann zuverlässige Zahlen vor, sodass die Richtigkeit einer Kalkulation zuversichtlich angenommen werden darf und den unkalkulierbaren Risiken entgegen getreten werden kann.

Wie die Finanzverwaltung selbst zutreffend festgestellt hat, könnte dem Gebrauch von Anfechtungsregelungen durch die Insolvenzverwalter damit begegnet werden, dass fortan wesentlich rascher Insolvenzanträge gestellt würden.²⁴ Nicht zu letzt hierfür stehen flankierende Vorschriften wie § 266a StGB zur Verfügung.

Dies aber hätte aber angeblich die Vernichtung von Arbeitsplätzen zur Folge.²⁵ Dabei ist eine frühe Antragsstellung vom Gesetzgeber durchaus gewollt und kann darüber hinaus als eine originäre Aufga-

²³ Vgl. Schneider/Hörmann, ZinsO 2005, 133(134 ff.); So habe es für Sachbearbeiter einer größeren Krankenkasse erst beinahe fünf Jahre nach in Kraft treten der InsO eine Informationsveranstaltung für das Anfechtungsrecht gegeben, bei der die Versäumnisse der Sozialversicherungsträger deutlich geworden seien. Außerdem ergebe sich aus einer Stellungnahme der Finanzverwaltung zur BGH Rechtsprechung offenkundig, dass eine Auseinandersetzung allenfalls sehr oberflächlich stattgefunden habe.

²⁴ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 1 Rd.-Nr.

²⁵ Vgl. Focus 2005/2, 122.

be der öffentlichen Hand gesehen werden. Dies ergibt sich bereits aus § 266a StGB oder der Obliegenheit der Sozialversicherungen nach zwei Monaten Zahlungsrückstand den Insolvenzantrag zu stellen.²⁶ So führt ein rechtzeitig gestellter Insolvenzantrag zu einer beträchtlich gesteigerten Sanierungschance für das Unternehmen durch den Insolvenzverwalter mit den Mitteln des Insolvenzrechts. Insofern bliebe u.U. den dem Fiskus nahestehenden Institutionen ein solventes Unternehmen erhalten.

Je später der Antrag gestellt wird, desto eher wird ein Unternehmen liquidiert und Arbeitsplätze gehen verloren.²⁷ Dem Arbeitnehmer bleibt die Hoffnung auf eine Quote und ein schnelles Verfahren, während er pessimistisch einer Zukunft als Arbeitssuchender und zwar zu Lasten der Staatskasse entgegen sieht. Dementsprechend wäre voraussichtlich auch der Schonung des Bundeshaushaltes mittelfristig besser gedient.

Ferner schiebt die Finanzverwaltung vor, dass Anträge teilweise deshalb nicht gestellt würden, weil die sonst zu erwartende Antragsflut die Insolvenzgerichte zu überlasten drohe.²⁸ Obwohl dieser Punkt mangels Zuständigkeit keine Rechtfertigung der Finanzverwaltung dafür sein kann, dass sie keine Insolvenzanträge stellt, so sei doch kurz erwähnt, dass Aufgeschoben nicht Aufgehoben ist. Außerdem lassen rechtzeitig gestellte Anträge eher darauf hoffen, dass der Insolvenzverwalter und das Insolvenzgericht noch einigermaßen geordnete Verhältnisse vorfinden. Insofern wäre dann auch wertvolle Zeit für die Aufklärung des Sachverhaltes und somit nicht zuletzt das Geld der Insolvenzgläubiger gespart.

²⁶ Schneider/Hörmann, ZInsO 2005, 133 f.

²⁷ Vgl. nur das plakative Beispiel bei Schneider/Hörmann, ZInsO 2005, 133(136) mit einem typischen Beispiel dafür, wie im „Todeskampf“ ein konsequent und rechtzeitig gestellter Insolvenzantrag Arbeitsplätze eher hätte retten können.

Ähnlich Pape/Uhlenbruck, ZIP 2005, 417(423).

²⁸ Focus 2005/02, 122.

Außerdem rechtfertigt die Finanzverwaltung die Notwendigkeit ihres Belanges von der Anfechtung ausgenommen zu werden, mit ihrer vermeintlich aparten Stellung im Anfechtungsstreit.

So stünden die Anfechtungsregeln der InsO im Widerspruch zum Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs.1 GG und seien wegen des absoluten Vorrangs der Solidargemeinschaft nicht auf die öffentliche Hand anwendbar.²⁹

Das vorrangige Ziel der InsO ist aber gerade die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung und trägt damit ebenfalls den Gedanken der Solidargemeinschaft in sich.

Der Insolvenzfall bedeutet gesamtwirtschaftlich betrachtet den Ausfall eines Wirtschaftsteilnehmers am Rechtsverkehr und damit den Verlust von Arbeitsplätzen und/oder Konsumenten. Eine Insolvenz zieht damit weite Kreise, so dass alle betroffen sind. Insofern kann von einem pathologischen Zustand gesprochen werden, der in einer Kettenreaktion ansteckende Wirkung auf andere Wirtschaftsteilnehmer entfalten könnte. Dieser Gefahr zu begegnen ist das Insolvenzrecht de lege lata dadurch in der Lage, dass die Last eines Insolvenzschuldners und die Folgen einer Insolvenz **gleichmäßig und gerecht, quotam** nicht nur auf die Schultern der Insolvenzgläubiger verteilt wird. Indem nämlich die öffentliche Hand den Gemeingläubigern gleichsteht, wird ein Teil dieser Last mittelbar über die Haushaltskassen auch auf die gesamte Gesellschaft verteilt. Somit können mittelbare und unmittelbare Schäden aller so gering wie möglich gehalten werden. Hierdurch kann ein in der Begründung zum RegE der InsO angeführtes Hauptanliegen, ein Höchstmaß an Wohlfahrt im gesamtwirtschaftlichen Interesse, umgesetzt werden.³⁰

²⁹ Vgl. Stiller, ZInsO 2002, 793(801).

³⁰ BT-Drucks. 12/2443, S. 76ff.; Vgl. auch Förster, Insolvenzrecht im Wandel der Zeit, in: Festschrift für Hans-Peter Kirchhof, 85ff.

Eben deshalb ist die Insolvenzordnung geeignet dem Sozialstaatsprinzip gerade in der Krise gerecht zu werden. Die Umsetzung und der größtmögliche gesellschaftliche Nutzen ist dabei vom Erreichen eines weiteren Zieles der InsO abhängig: Der Maximierung der Haftungsmasse im Insolvenzfall.³¹ Eine Privilegierung der Finanzverwaltung in dem von ihr geforderten Ausmaß würde jedoch genau gegenteilige Wirkung entfalten. Die der öffentlichen Hand durch das Sozialstaatsprinzip zugeordnete Rolle vermag sie somit am ehesten auszufüllen, indem sie sich den Anfechtungsregeln der InsO fügt.

Somit bedarf es einer Anpassung der InsO an die Bedürfnisse der Finanzverwaltung nicht.

Bedenkt man ferner, dass die InsO de lege lata einen bisher unerreichten Grad an Übereinstimmung von Recht und marktwirtschaftlicher Effizienz ganz im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts als originäres Ziel der InsO gewährleistet, dann verbietet sich eine Änderung zu Ungunsten einer Gesamtgläubigerschaft von selbst, da dieser Verdienst größtenteils auf den Grundsatz *par conditio creditorum* zurückzuführen ist. Das Aufweichen dieses Grundsatzes würde ebenfalls unkalkulierbare Risiken für die Wirtschaft und so mittelbar wieder für die Haushaltskassen nach sich ziehen. Eine Reform der InsO in Richtung der Bedürfnisse der Finanzverwaltung ist somit gänzlich ungeeignet.

Mithin entspricht die gewünschte Gesetzesänderung nicht dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Erforderlichkeit und dürfte daher bereits unter diesem Gesichtspunkt erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.

2.1.3. Verhältnismäßigkeit i.e.S.

³¹ Bigus/Eger, ZInsO 2003, 1(8).

Darüber hinaus stößt die gewünschte Änderung betreffend die Verhältnismäßigkeit i.e.S. auf Bedenken. Angemessen wären diese Gesetzesänderungen dann, wenn das mit ihr verfolgte Ziel in seiner Wertigkeit nicht außer Verhältnis zur Intensität des Eingriffs stünde.

Deshalb sei das Eigentum nunmehr im Lichte seiner verfassungsmäßigen Bedeutung betrachtet.

Das Eigentum ist als elementares Grundrecht in engem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit zu sehen. Dabei ist dem Eigentum im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zgedacht, seinem Rechtsträger einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen.³²

Hierfür schafft das Eigentum durch die ihm zugehörige haftungsrechtliche Funktion die notwendige Vertrauensbasis, die für die Teilnahme am Geschäftsverkehr unerlässlich ist. Die Haftungsfunktion ergibt sich dabei nicht schon kraft Gesetzes etwa aus dem Schadenersatzrecht, sondern kann durch Vereinbarung der Parteien, etwa durch Globalzession, begründet werden.

So kann sich ein Kreditor, als Vertrauensschenkender, für den Fall dass der Schuldner ausfällt zumindest damit trösten, dass ihm der Schuldner, ungeachtet der vielfältigen Gesellschaftsformen, im Grundsatz mit Eigentum haftet. Wenngleich dies zum Teil nur geringer Trost ist, so ist doch festzuhalten, dass dies zur Grundlage eines Vertrauensverhältnisses zwischen den Geschäftstreibenden gehört.

Die Anfechtungstatbestände für öffentlich-rechtliche Gläubiger auf zu heben, würde die Hoffnung der Kreditoren auf ein großes Trostpflaster zu Nichte machen, da das nunmehr durch die öffentlichen Gläubiger vereinnahmte Vermögen, das der Haftung zu dienen bestimmt war, nicht mehr zur Verfügung steht.

³² BVerfGE 24, 367(389).

Die Änderung der Insolvenzanfechtungstatbestände zu Gunsten der öffentlichen Hand hätte somit gravierende Auswirkungen auf die Vertrauenswürdigkeit des Eigentümers und damit auf die Funktion des Eigentums als Sicherungselement der persönlichen Freiheit. Die Folge wäre eine erhebliche Beschneidung der Haftungsfunktion des schuldnerischen Eigentums. Damit stünden nunmehr die privatrechtlichen Gläubigen vor der Sorge unkalkulierbarer Risiken. Angesichts der hohen Stellung der durch das Eigentum gewährleisteten Privatautonomie vermag das Interesse der öffentlichen Hand an besser kalkulierbaren Haushaltsdefiziten vermag eine Einschränkung der Anfechtungstatbestände nicht zu rechtfertigen.

Aus den aufgezeigten Überlegungen bestehen gegen die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Änderungen zumindest erhebliche Bedenken.

2.2. Gleichheitsgrundsatz Art. 3 Abs.1 GG

Außerdem könnte die geplante Änderung der InsO gegen Art. 3 Abs.1 GG verstoßen. Von verfassungsrechtlicher Relevanz ist die gewünschte Gesetzesänderung im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG dann, wenn die gewünschte Gesetzesänderung wesentlich Gleiches ungleich behandelt.

2.2.1. Ungleichbehandlung von wesentliche Gleichem

Von einer Ungleichbehandlung ist auszugehen, wenn eine Personengruppe oder Situation in einer bestimmten Weise, durch Eingriff, in Teilhabe oder Verfahren, rechtlich behandelt wird, eine andere Personengruppe oder Situation in einer bestimmten anderen Weise behandelt wird und beide Personengruppen oder Situationen unter einen gemeinsamen, weitere Personengruppen oder Situationen ausschließenden Oberbegriff gefasst werden können.

Die Vertragspartner und die öffentliche Hand sind Gläubiger des Insolvenzschuldners und deshalb bis jetzt den Anfechtungsregeln der §§ 129 ff. InsO unterworfen.

Die öffentliche Hand und die privatrechtlichen Gläubiger sollen dabei jedoch nicht unter dem Begriff Insolvenzgläubiger i.S.d. § 38 InsO als *genus proximum* zusammengefasst werden. Denn es gilt *de lege late* derjenige als Insolvenzgläubiger, für den die abstrakte Möglichkeit der Partizipation an einem Insolvenzverfahren besteht.³³ Also auch derjenige dessen Anspruch durch Leistung des Schuldners vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erloschen ist und nun infolge wirksamer Insolvenzanfechtung wieder auflebt. Für den Fall aber, dass die öffentliche Hand *de lege ferande* von den Anfechtungsregeln ausgenommen ist, entfällt für sie die abstrakte Möglichkeit einer Teilnahme und damit möglicherweise ihr Status als Insolvenzgläubiger zumindest in der Höhe der vereinnahmten Beträge. *Tertium comparationis* soll daher sein, dass die Erfüllung einer Forderungen in der kritischen Phase eines Unternehmens oder eines Privathaushaltes sich schädigend auf seine übrigen Gläubiger auswirkt. Um den Inhalt, das Ausmaß und den möglichen Grund der Ungleichbehandlung transparent zu machen, ist insofern auf die Gläubigerschädigung abzustellen. Diese ist sowohl durch Befriedigung der öffentlichen Hand, wie auch bei Befriedigung sonstiger Gläubiger gegeben, sodass hier die wesentliche Gleichheit auszumachen ist.

Differentia specifica ist dabei nicht, dass die Finanzverwaltung im Gegensatz zu privatrechtlichen Gläubigern durch hoheitliche Befugnisse Ihre Forderungen gegen den Insolvenzschuldner begründet und durchzusetzen versucht. So setze das Recht der öffentlichen Abgaben das Privateigentum und die Privatautonomie voraus und

³³ Braun, InsO, § 38, Rd.-Nr. 6.

erkenne sie zwangsläufig als Grundlage privatrechtlich begründeter Rechtsverhältnisse und Haftungen an; deshalb müsse sich der Staat, der auf diese Weise seinen Nutzen aus der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung seiner Bürger ziehe, bei den sich ergebenden Haftungskonkurrenz dem Bürger auf gleicher Höhe entgegen treten.³⁴

Man könnten jedoch zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung der Auffassung sein, das es dem Fiskus bzw. den nahe stehenden Institutionen im Gegensatz zu anderen Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr nicht möglich ist, selbst zu entscheiden, ob sie mit dem Schuldner kontrahieren wollen oder nicht.³⁵

Die Finanzverwaltung / Sozialversicherungsträger unterliegen der Vorstellung, dass dies eine Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung liefert.

2.2.2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dabei ist jedoch fraglich, ob dieser Unterschied von solcher Art und von solchem Gewicht ist, dass eine Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

Manche verstehen den Fiskus und die Sozialversicherungsträger als Zwangsgläubiger und meinen eine Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten bereits damit rechtfertigen zu können, dass es der öffentlichen Hand nicht möglich sei, sich ihre Schuldner selbst auszusuchen und gegebenenfalls mit einem Nonvaleur keine weiteren Beziehungen mehr zu pflegen.³⁶ Jedoch gibt es immer dann, wenn die öffentliche Hand als Zwangsgläubiger auftritt auf der ande-

³⁴ Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rd.-Nr. 1.05.

³⁵ Vgl. Prade, ZInsO 2005, 251; Vgl. Pape/Uhlenbruck, ZIP 2005, 417(418) und der Hinweis, dass sich die Finanzbehörden als „Pflichtgläubiger“ verstünden, da Ihnen eine Auswahl unter den Schuldner verwehrt bliebe.

³⁶ Prade, ZInsO 2005, 251; Vgl. auch Lührig, AnwBl 2005, 324 f: Wohl auch Bundesjustizministerin Zypries auf dem 2. Deutschen Insolvenzrechtstag.

ren Seite wohl auch einen Zwangschuldner. Dieser wird sich in den meisten Fällen gerne von widerkehrenden Verbindlichkeiten gegenüber der öffentlichen Hand lösen wollen und zwar selbst dann, wenn er sich nicht in einer wirtschaftlichen Krise befindet. Der Staat greift nämlich, ohne individuelle Gegenleistung, auf das Vermögen des einzelnen zu, indem er ihm die Pflicht auferlegt, von dem Seinigen etwas abzugeben.³⁷

Es sei nun eine Benachteiligung der öffentlich-rechtlichen Gläubiger gegenüber den übrigen Gläubigern darin auszumachen, dass die übrigen Gläubiger nicht mit einem sich in der Krise befindlichen Schuldner kontrahieren müssten.³⁸ Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen. Wie soll denn die öffentlich rechtlichen Hand eine nachteilige Position gegenüber anderen einnehmen können, solange fiskalische Forderungen selbst dann zur Entstehung gelangen, wenn sich der Schuldner in einer Krise befindet, in der er nicht freiwillig rechtsgeschäftliche Kontakte aufrecht erhält, geschweige denn neue Verbindlichkeiten einzugehen bereit ist.

Fraglich ist, ob die unterschiedlichen Motivationen der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Gläubiger mit dem Schuldner zu kontrahieren eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Triebfeder der Wirtschaft ist das Streben nach Umsatz, nach Gewinn, und ist bei vertraglichen Beziehungen regelmäßig vordergründige Absicht. Dem Zwang der öffentlichen Hand mit dem Schuldner in ein rechtliches Verhältnis einzutreten liegt dabei nicht Gewinnstreben zu Grunde, vielmehr wird die Gewährleistung der Erhaltung und Entwicklung der Gesellschaft versucht und dient so in Gemäßheit des Art. 20 Abs.3 GG dem Unterhalt und der Errichtung sozialstaatlicher Strukturen. Doch eben diese gesellschaftliche Entwicklung

³⁷ BVerfGE 84, 239(269).

³⁸ Prade, aaO.

wurde erheblich durch die Privatautonomie des Einzelnen bzw. der sich aus ihr im ganzen ergebenden freien Marktwirtschaft geprägt, sodass die Schaffung derjenigen Institutionen die es nun zu Erhalten gilt, erheblich ein Verdienst unserer Grundsätze der Vertragsfreiheit und dem damit meist einhergehenden Gewinnstreben des Einzelnen sind. Insofern ist das wirtschaftliche Streben Einzelner tragender Pfeiler einer sozial gerechten Gesellschaft, sodass deren Teilnehmer zwar nicht im einzelnen, aber aus gesamtwirtschaftlicher Sicht am Erhalt, an der Entwicklung und an der Leistungsfähigkeit des Sozialstaates partizipieren.

Wie so oft liegt das Optimum zwischen zwei Extremen. So können staatliche Kontrolle und freie Marktwirtschaft als gegensätzliche Pole bezeichnet werden, deren ausgewogenes Spannungsverhältnis den größt möglichen Nutzen bringt. Deshalb gilt es ganz i.S. der ökonomischen Analyse des Rechts der freien Marktwirtschaft an einigen Stellen Grenzen zu setzen und Richtungen vorzugeben um dabei insbesondere der Entwicklung einer sozial ungerechten Zweiklassengesellschaft vorzubeugen.³⁹ Dabei darf die staatliche Kontrolle aber ausschließlich dann über die Vertragsfreiheit gestellt werden, wenn Gründe eben dieser Qualität vorliegen.

Die geplante Restriktion der Anfechtungsregeln für die öffentliche Hand entspricht dieser Anforderung jedoch nicht, da durch eine entsprechende Gesetzesänderung lediglich der Versuch unternommen werden soll, Ausfälle der Haushaltskasse kurzfristig vorzubeugen; was im Übrigen ohnehin eher kosmetischer Natur sein dürfte. Insofern können die Vorschläge der Finanzverwaltung nicht als Reform- und Sanierungskonzept, das sich einer angeschlagenen Wirtschaft und einer stetigen Entwicklung zur Zweiklassengesellschaft entge-

³⁹ Vgl. hierzu Förster, Insolvenzwirtschaft im Wandel der Zeit, in: Festschrift für Hans-Peter Kirchhof, 85(90).

genzutreten zur Aufgabe gemacht hat und so unter Umständen eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen in der Lage wäre.

Somit ist festzuhalten, dass die geplante Gesetzesänderung auch im Hinblick auf Art. 3 Abs.1 GG nicht unproblematisch ist.

Im Übrigen bedeutet, die Herausnahme der öffentlichen Gläubiger aus den Anfechtungsvorschriften für die üblichen Gläubiger ein Sonderopfer. Sonderopfer der jeweiligen Insolvenzgläubiger sind jedoch verfassungsrechtlich unzulässig.⁴⁰

3. Zusammenfassung

Die geplante Änderung die öffentlich-rechtlichen Gläubiger von den Anfechtungstatbeständen der InsO stoßen auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken bezüglich Art. 14 GG und Art. 3 Abs. 1 GG. Es ist grundsätzlich wünschenswert, wenn die Notwendigkeit der Anfechtung zurückgeht. Dies ist indes nur zu vermeiden, wenn frühzeitig Anträge gestellt werden, um die Sanierungsmöglichkeiten zu erweitern. Weiter ist erforderlich und ausreichend, wenn die Beteiligten sich mit den Regelungen der Anfechtungen ausreichend intensiv befassen. Klar sollte ebenfalls sein, dass derjenige der einen Insolvenzantrag stellt, auch damit indiziert eine gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung zu wollen und nicht den Insolvenzantrag als Druckmittel zur Individualbefriedigung missbraucht. Da dies jedoch die Regel ist, verwendet ein Insolvenzverwalter im Rahmen seiner Tätigkeit zeitlich erhebliche Ressourcen, auch die der Gerichte und Gläubiger, darauf die Insolvenzmasse durch Anfechtung nicht

⁴⁰ Vgl. Häsemeyer, Insolvenrecht, Rd.-Nr. 1.13.: Häsemeyer stellt eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung unter einem anderen Aspekt am Beispiel der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit fest. So sei das Vermögen des Insolvenzschuldners nicht dazu da, um Arbeitsplatzsicherung zu betreiben. Vielmehr müsse der Arbeitslosigkeit mit auf alle Bürger gleichmäßig umzulegenden öffentlichen Mitteln begegnet werden, womit Sonderopfer der jeweiligen Insolvenzgläubiger verfassungswidrig seien. A.a.O. stellt er fest, dass das Insolvenzrecht nicht zum Nothelfer für sozial-, wirtschaftlich- und fiskalpolitische Defizite taue.

nur der Zahlungen an öffentlich-rechtliche Gläubiger anzureichern. Obwohl es dabei eines der Ziele war durch häufigere Insolvenzanfechtung eine bessere gemeinschaftliche Befriedigung der Insolvenzgläubiger zu gewährleisten⁴¹, so ist doch zu bedenken, dass durch der Anfechtungshandhabende vorbeugende Maßnahmen Kapazitäten frei gehalten würden, die darauf verwendet werden könnten das Verfahren schnell und effizient abzuschließen.

Der Weg, die öffentlichen Gläubiger von den Anfechtungstatbeständen auszuschließen ist wegen eines potenziellen Verstoßes gegen Art. 14 GG falsch. Der Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum der übrigen Insolvenzgläubiger, ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht erforderlich und auch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Auch ist eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 GG nicht gerechtfertigt, weil die durchaus vorhandenen Unterschiede zwischen der öffentlichen Hand und den übrigen Gläubigern eine derartige Ungleichbehandlung unter verfassungsrechtlichen Ansprüchen nicht genügen dürften.

Keinesfalls darf jedoch der Grundsatz *par conditio creditorum* für eine kurzfristige Haushaltslückenfüllung aus angeblicher Gemeinwohlorientierung und Sozialstaatsgesichtspunkten geopfert werden. Vielmehr ist der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung eine der Ausprägungen des Sozialstaatsprinzips.

⁴¹ MünchKomm-InsO/Kirchhof, Vor. §§ 129-147 Rd.-Nr. 8f.