

## **Stellungnahme**

der Bundesrechtsanwaltskammer  
zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Beitreibungs-  
richtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften  
(Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz)  
BT-Drucks. 17/6263**

erarbeitet durch den

**Ausschuss Insolvenzrecht  
der Bundesrechtsanwaltskammer**

### **Mitglieder:**

RA Dr. Lucas F. **Flöther**, Vorsitzender

RA Dr. Frank **Kebekus**

RA Markus M. **Merbecks**

RA Dr. Wilhelm **Wessel**

RA Dr. Thomas **Westphal**

RAin Friederike **Lummel**, Bundesrechtsanwaltskammer

---

**September 2011**

**BRAK-Stellungnahme-Nr. 56/2011**

Im Internet unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

**Verteiler:**

Bundesministerium der Justiz  
Bundesministerium der Finanzen  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Bundesrat  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages  
Finanzausschuss des Deutschen Bundestages  
BAKInso – Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e. V.  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Steuerberaterverband  
Deutscher Richterbund  
Bundesverband der Freien Berufe  
Deutscher Industrie- und Handelskammertag  
Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID)  
Redaktion Anwaltsblatt/AnwBl  
Redaktion Juristenzeitung/JZ  
Redaktion Monatszeitschrift für Deutsches Recht/MDR  
Redaktion Neue Juristische Wochenzeitschrift/NJW  
Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht/ZInsO  
Redaktion INDat-Report  
Verlag C. H. Beck

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist als Dachorganisation der 27 regionalen deutschen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim BGH die gesetzliche Vertretung der ca. 157.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Sie tritt für die wirtschaftlichen und rechtlichen Belange der Anwaltschaft ein.

In ihrer Stellungnahme geht die BRAK ausschließlich auf zwei das Insolvenzrecht betreffende Ergänzungen des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften ein, die in der Stellungnahme des Bundesrates (Anlage 4 zu BT-Drucks. 17/6263) vorgeschlagen wurden:

Zum einen ist durch Art. 2 Nr. 6a - neu (Änderung des Einkommenssteuergesetzes) eine Ergänzung in **§ 38 Abs. 2a EStG-E** geplant, die wie folgt lautet:

*„(2a) Die Entrichtung der Lohnsteuer durch den Arbeitgeber in den Fällen des Absatzes 1 gilt als eine Leistung des Schuldners im Sinne des § 142 Satz 1 der Insolvenzordnung.“*

Zum anderen ist in Art. 12 (Änderung der Abgabenordnung) eine Ergänzung von § 226 AO vorgesehen. Nach dem Vorschlag des Bundesrates soll **§ 226 AO** folgender **Abs. 5** angefügt werden:

*„(5) Die von einem anderen Unternehmen für das Unternehmen des Insolvenzschuldners und die vom Insolvenzschuldner ausgeführten Lieferungen und sonstigen Leistungen gelten für die Aufrechnung durch Finanzbehörden nicht als Rechtshandlungen im Sinne der §§ 129 ff. der Insolvenzordnung.“*

Die Bundesregierung plant nach ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates (Anlage 5 zu BT-Drucks. 17/6263, Seite 85 ff.), die oben genannten Vorschläge des Bundesrates zu prüfen.

Die BRAK spricht sich gegen die vom Bundesrat vorgeschlagenen Ergänzungen und die damit verbundene Privilegierung des Fiskus aus.

## **I. Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung**

Die BRAK kritisiert jede Privilegierung von Gläubigern als einen grundsätzlichen Verstoß gegen wesentliche Prinzipien der Insolvenzordnung.

Der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz ist beherrschendes Element der Insolvenzordnung, weil die Gläubiger ihren Einfluss auf das Schuldnervermögen mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlieren. Deshalb sind im Insolvenzfall sämtliche Gläubiger des Schuldners nur gemeinschaftlich und ohne Bevorzugung einzelner Gläubiger bzw. Gläubigergruppen aus dem Haftungsvermögen zu befriedigen. Eine Bevorzugung bestimmter Gläubiger durch Gesetz, wie es das Fiskusprivileg bedeutet, ist nur gerechtfertigt, wenn die Gründe hierfür gewichtiger sind als das Ziel der gleichmäßigen und möglichst umfangreichen Befriedigung aller Gläubiger. Für die vom Bundesrat vorgeschlagenen Neuregelungen vermag die BRAK weder ein berechtigtes überwiegende Interesse zugunsten des Fiskus noch ein sonstiges Argument für eine Benachteiligung aller anderen Gläubigergruppen zu erkennen. Der Fiskus ist ein wichtiger Gläubiger unter vielen anderen ebenso wichtigen Gläubigern, der keine besondere Schutzwürdigkeit für sich in Anspruch nehmen kann. Er genießt im Übrigen bereits jetzt gegenüber privaten Gläubigern viele Vorteile, so z. B. die Möglichkeit der schnellen Selbstvollstreckung.

## **II. Regelungsort/Gefährdung laufender Gesetzesvorhaben**

Zudem kritisiert die BRAK, dass durch die Vorschläge des Bundesrates insolvenzrechtliche Regelungen im Einkommenssteuergesetz und in der Abgabenordnung vorgesehen sind. Das Einkommenssteuergesetz dient als Grundlage der Besteuerung des Einkommens. Es ist genau wie die Abgabenordnung - als Verfahrensordnung für die Finanzverwaltung - erkennbar der falsche Ort für insolvenzrechtliche Regelungen. Vielmehr sind sie in anderen Gesetzen als der Insolvenzordnung sachfremd.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Bundesministerium der Justiz derzeit eine große Insolvenzreform in drei Stufen vorantreibt. So befindet sich derzeit der Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) in der Beratung des Bundestages. Die Wiedereinführung von Fiskusvorrechten würde dem durch das ESUG verfolgten Ziel der Erleichterung der Sanierung von Unternehmen zuwiderlaufen. Die Schmälerung der Masse

zugunsten des Fiskus würde eine Fortführung der Betriebe deutlich erschweren und die vom Gesetzgeber angestrebte Sanierung der insolventen Unternehmen oftmals unmöglich machen. Der damit verbundene Verlust von Arbeitsplätzen und der Ausfall von Steuerzahlungen der Unternehmen würden an anderer Stelle die öffentlichen Haushalte stärker belasten, so dass der vermeintliche Vorteil der Privilegierung für den Fiskus an anderer Stelle ins Gegenteil umschlagen würde.

Das geschlossene System sowie die Planbarkeit und Verlässlichkeit des Insolvenzrechts wird überdies gefährdet, wenn eine Vielzahl von Gesetzesvorhaben zum Insolvenzrecht betrieben wird, die nicht aufeinander abgestimmt sind. Eine Regelung zur Gläubigerprivilegierung sollte, sofern sie politisch gewünscht sein sollte, im Rahmen der ohnehin anstehenden Änderung der Insolvenzordnung und nicht versteckt im Einkommenssteuergesetz oder in der Abgabenordnung und damit durch die „Hintertür“ einer Bundesratsstellungnahme angestrebt werden. Die BRAK hält ein solches Vorgehen eines demokratischen Rechtsstaates für unwürdig.

### **III. Bisherige Vorstöße zur Einführung eines Fiskusprivilegs**

Bereits in der Vergangenheit wurde durch zahlreiche Gesetzgebungsverfahren versucht, das sog. Fiskusprivileg wieder einzuführen, das durch In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung im Jahr 1999 abgeschafft worden ist. Um nur einige Beispiele zu nennen:

- Der Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung (BT-Drucks. 16/886) sah unter anderem vor, dass die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen eingeschränkt wird, soweit öffentlich-rechtliche Gläubiger (d. h. insbesondere die Sozialversicherungsträger) betroffen sind. Die BRAK hatte diesen Teil des Gesetzentwurfs wiederholt kritisiert. Aufgrund der Beschlussempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 16/3844) wurde der zweite Teil des Gesetzentwurfes gestrichen. Die Privilegierung der Sozialkassen im Insolvenzverfahren durch § 28e Abs. 2 Satz 2 SGB IV trat hingegen Anfang 2008 in Kraft. Der BGH hat zunächst mit Beschluss vom 27.03.2008 (IX ZR 210/07) festgestellt, dass die Vorschrift des § 28 e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n. F. keine Anwendung auf Fälle findet, in denen das Insolvenzverfahren vor dem 01.01.2008 eröffnet worden ist. In seiner Entscheidung vom 05.11.2009 (IX ZR 233/08) stellte der BGH sogar ausdrücklich fest, dass mit der Neuregelung des § 28 e Abs. 1 Satz 2 SGB IV das Ziel, eine Gläubi-

gerbenachteiligung in Bezug auf den Arbeitnehmeranteil in der Insolvenz des Arbeitgebers auszuschließen, nicht erreicht werden kann.

- Der Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie der Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen (BT-Drucks. 16/7416) sah u. a. eine Ergänzung in § 55 Abs. 2 InsO vor, nach der Verbindlichkeiten, die ein vorläufiger Insolvenzverwalter begründet hat, einschließlich der öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeiten gelten sollten. Der Entwurf wurde aufgrund der während der Anhörung des Rechtsausschusses geäußerten Kritik vom Bundestag nicht weiter verfolgt und unterfiel mit dem Ende der 16. Legislaturperiode der Diskontinuität.

- Die mit dem Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 (BT-Drucks. 16/2712) vorgesehene Ergänzung in § 251 AO, nach der Verbindlichkeiten des Schuldners aus dem Steuerschuldverhältnis, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder mit dessen Zustimmung begründet werden, nach Insolvenzeröffnung als Masseverbindlichkeiten gelten sollten, scheiterte ebenfalls.

- Die Bundesregierung stellte im Juni 2010 die „Eckpunkte für die weitere Aufstellung des Haushaltsentwurfs 2011 und des Finanzplans bis 2014“ vor. Darin hieß es u. a. „Des Weiteren werden wir das sogenannte Fiskusvorrecht im Insolvenzverfahren (...) wieder einführen.“

- Der Entwurf eines Haushaltsbegleitgesetzes 2011 brachte dann trotz der überwiegenden Kritik aus der Praxis die von der Regierung angestrebte Änderung in § 55 Abs. 4 InsO. Der Entwurf beinhaltete jedoch ursprünglich auch eine Regelung in § 96 Abs. 3 InsO-E, die eine Erweiterung der Aufrechnungsbefugnisse des Fiskus vorsah. Danach sollten die §§ 96 Abs. 1, 95 Abs. 1 Satz 3 InsO keine Anwendung auf Ansprüche des Fiskus finden. Diese sollten ohne Einschränkung aufgerechnet werden können, was nach Ansicht der BRAK einen eklatanten Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung dargestellt und eine völlig ungerechtfertigte Bevorteilung des Fiskus bedeutet hätte. Der Bundestag folgte der überwiegenden Kritik und der Beschlussempfehlung seines Haushaltsausschusses (BT-Drucks. 17/3406), § 96 Abs. 3 InsO-E zu streichen.

Die BRAK bekräftigt an dieser Stelle erneut ihre Forderungen, zum einen die angestrebten Änderungen der Insolvenzordnung nicht durch Einzelregelungen, son-

dem im Rahmen der laufenden Reformvorhaben zum Insolvenzrecht abgestimmt voranzutreiben, zum anderen aber die Grundsätze der Insolvenzordnung zu beachten.

#### **IV. Anmerkungen zu § 38 Abs. 2a EStG-neu**

Nach der Begründung des Bundesrates zur vorgeschlagenen Änderung des § 38 EStG verfolge sie das Ziel, die Insolvenzanfechtung gezahlter Lohnsteuern einzuschränken, weil es sich bei der Lohnsteuer um durch den Arbeitgeber entrichtete Fremdgelder handele. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handele es sich bei der Zahlung der Lohnsteuer durch den Arbeitgeber an das Finanzamt um eine Leistung aus dem eigenen Vermögen des Arbeitgebers, die den allgemeinen insolvenzrechtlichen Anfechtungsregeln unterliege, obwohl der Arbeitgeber die geschuldete Lohnsteuer bei jeder Lohnzahlung für Rechnung des Arbeitnehmers einzubehalten und diese gegenüber dem Finanzamt anzumelden und abzuführen habe. Im Falle der Insolvenzanfechtung entstünden beträchtliche Steuerausfälle des Fiskus, weil die vom Insolvenzverwalter angefochtenen und zur Insolvenzmasse ausgezahlten Lohnsteuern bei den Einkommensteuerveranlagungen der Arbeitnehmer angerechnet würden, so der Bundesrat.

Nach Ansicht der BRAK stellt die vorgeschlagene Ergänzung des § 38 Abs. 2a EStG-E einen Systembruch dar. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass sogar in der Zahlung der Arbeitnehmeranteile auf Sozialversicherungsbeiträge eine mittelbare Zuwendung des Arbeitgebers an die Einzugsstelle liegt. Eine derartige „Rechtshandlung“ berühre die Interessen der Gläubiger des Arbeitgebers; gerate der Arbeitgeber in Insolvenz, sei nach Maßgabe der §§ 129 ff InsO die Anfechtung solcher Zahlungen ohne weiteres möglich. Insoweit wird auf die BGH-Entscheidungen vom 07.04.2011 (IX ZR 118/10), vom 05.11.2009 (IX ZR 233/08) und vom 30.09.2010 (IX ZR 237/09) verwiesen. Nichts anderes kann für die Abführung der Umsatzsteuer gelten.

#### **V. Anmerkungen zu § 226 Abs. 5 AO-neu**

In der Begründung seines Vorschlags zu § 226 AO-E führt der Bundesrat aus, dass der BFH mit Urteil vom 02.11.2010 (AZ: VII R 6/10) seine langjährige Recht-

sprechung zur Aufrechnung von Insolvenzforderungen des Finanzamtes mit Umsatzsteuervergütungsansprüchen aufgrund der Berechtigung des Insolvenzschuldners zum Vorsteuerabzug (insbesondere aus den Leistungen des vorläufigen Insolvenzverwalters) aufgegeben und damit die Aufrechnungsmöglichkeiten des Fiskus deutlich eingeschränkt habe. Diese Entscheidung habe beträchtliche jährliche Mindereinnahmen des Fiskus zur Folge, die eine zuverlässige Haushaltsplanung des Bundes und der Länder erschwere, wenn nicht sogar unmöglich mache. Die durch die Änderung der Rechtsprechung zu Lasten des Fiskus eingetretene „Schieflage“ soll durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung zur Aufrechnung mit Umsatzsteueransprüchen beseitigt werden, so der Bundesrat.

Zum einen bezweifelt die BRAK, dass zu einer Entscheidung, die erst am 19.01.2011 veröffentlicht wurde, bereits jetzt tatsächliche, auf verlässliches Zahlungsmaterial gestützte Erkenntnisse vorliegen, wie hoch vermeintliche Mindereinnahmen sind. Zum anderen kritisiert die BRAK, dass die vorgesehene Änderung der Abgabenordnung die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs offenkundig unterlaufen will („Nicht-Anwendungsgesetz“). Aus rein fiskalischen Gründen sollen eine Privilegierung eines Gläubigers vorgenommen und die Grundsätze der Insolvenzordnung ausgehebelt werden.

\*\*\*