

**Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d.
Deutschen Bundestages am 23.4.2008 zu den BT-Drucksachen
16/7416 und 16/7251
(hier: Stärkung der Gläubigerrechte/ Lizenzverträge/
Leasingverträge)**

Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

I. Zusammenfassung der Ergebnisse des Sachverständigen

- **BT-Drs. 16/7251** (erneut laut Einladung auf der Tagesordnung, daher wird zur wesentlichen Regelung des Entwurfes „GAVI“, der eine Stärkung der Gläubigerrechte beinhaltet, Stellung genommen):

Der Gesetzentwurf „GAVI“ erzeugt im Falle seiner Umsetzung für die Gerichte Mehrarbeit ohne eine tatsächliche Erhöhung der Kontrolle des Verwalters oder eine Stärkung der Gläubigerrechte zu bewirken. Der Gesetzentwurf „GAVI“ spiegelt „Aufsichtserhöhung“ vor, erzeugt aber nur ein mehr an Bürokratisierung des Insolvenzverfahrens (siehe insofern die Stellungnahme des hiesigen Sachverständigen zur Anhörung v. 9.4.2008).

Eine an Qualitätsanforderungen orientierte Verwalterauswahl würde „an der Wurzel“ diejenigen Probleme beseitigen, die „GAVI“ vorgibt, beseitigen (siehe hierzu die Vorschläge der Sachverständigen Prof. Dr.Haarmeyer und RiAG Frind zur Anhörung v. 9.4.2008). Eine wirkliche Steigerung der Gläubigerbeteiligung könnte durch einen in **§ 67 InsO zu regelnden vor-vorläufigen Gläubigerausschuss** mit Mitbestimmungsrecht zur Verwalterbestellung verwirklicht werden. Der Vorschlag des Entwurfes „GAVI“, den „vor-vorläufigen“ Gläubigerausschuss in § 21 InsO (dort Ziff.3 des Entwurfes: § 21 Abs.2 Satz 1 Ziffer 6 einzufügen) zu regeln, ermangelt der richtigen Stellung der Regelung (der Ausschuss ist kein „Sicherungsmittel“) der Bezugnahme auf die Zusammensetzungs- und Kompetenzregeln in §§ 67 ff. InsO und der Aufgabenzuweisung für den Ausschuss im

Eröffnungsverfahren.

BT-Drs. 16/7416:

• Zu § 14 Abs.1 InsO:

Der Grundgedanke des Regelungs-Entwurfes wird begrüsst, die Umsetzung ist misslungen.

Die im Gesetzentwurf „Stärkung der Gläubigerrechte“ vorgesehene Regelung zu § 14 Abs.1 InsO lässt es im Belieben des antragstellenden Gläubigers, den Insolvenzantrag für erledigt zu erklären oder weiterzuverfolgen. Dies vermeidet die sich wiederholenden Insolvenzanträge und die daran anschliessenden Anfechtungsverfahren bei Eröffnung nicht und fördert nicht eine zeitlich frühere Insolvenzantragstellung gegen zahlungsunfähige Unternehmen, die in ein eröffnetes Insolvenzverfahren überführt werden müssen, um die Wirtschaft rechtzeitig vor weiterem Schaden zu bewahren und rechtzeitig Sanierungs- und Beordnungschancen des Insolvenzverfahrens fruchtbar zu machen.

Notwendig ist eine rechtzeitige insolvenzgerichtliche Prüfung, ob Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung bei einem Unternehmen/Schuldner vorliegen und damit eine **Regelung in § 13 Abs.2 InsO** (siehe Vorschlag des hiesigen Sachverständigen dazu), die in jedem Falle eines zulässigen (!) Gläubigerantrages zur Untersuchung führt, ob wirklich Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens/Schuldners vorliegt. Da diesem „Fremdantrag“ bei der Zulässigkeitsprüfung bereits eine Glaubhaftmachung dieses Merkmals (und daher in der Regel eine vergebliche Vollstreckung) vorausgeht, wird kein Unternehmen/Schuldner „unvermutet“ mit einem solchen Prüfungsverfahren überzogen.

• Zu § 55 Abs.2 InsO:

Der Grundgedanke der neuen Regelung wird begrüsst. Die Formulierung „*auf Grund einer von dem Insolvenzgericht erteilten Einzelermächtigung*“ beschreibt den Umfang der Abgabenverpflichtungen nicht eindeutig, da eine Klarstellung der Reichweite der „Ergebnisse“ und der Pflichten aus den

insolvenzgerichtlichen Einzelermächtigungen fehlt –insbesondere zur Frage, ob mittels Einzelermächtigungen erzielte Betriebsumsätze steuerpflichtig sind. Dies wird daher Anlass zu neuen Streitigkeiten geben. Zielführender wäre eine Formulierung die klarstellt, dass die Reichweite der Masseverbindlichkeitsbegründung auch in der „zweiten Stufe“, nämlich auch in Bezug auf die daraus (aus den mit den Einzelermächtigungen generierten Geschäften) getätigten Geschäfte, hinsichtlich der Abgaben gilt.

- Zu § 26 Abs.4 InsO:

Der Regelungsgedanke ist zu begrüßen. Negativ ist die derzeitige ungenügende Gesetzes-Entwurfsformulierung zu bewerten. § 26 Abs.4 des Entwurfes stellt in den Sätzen Nr.2 und Nr.3 nicht klar, wann der Vorschuss geleistet werden muss.

Das Eröffnungsverfahren kann nicht so lange offen gehalten werden, bis der vorläufige Insolvenzverwalter den hier statuierten Vorschussanspruch rechtskräftig eingeklagt hat. Deshalb muss die Vorschrift einen unmittelbaren Anspruch auf sofortige Leistung des Vorschusses zur Masse auf erstes Anfordern regeln und den eventuellen Streit um die Berechtigung, inklusive der in Satz 2 geregelten Beweislastumkehr, einem Nachverfahren, wie im Urkundsprozess, vorbehalten.

- Zu § 108 a InsO:

Grundsätzlich: Die vorgesehene Regelung schafft unnötige Sonderrechte für einzelne Gläubigergruppen und öffnet diesbezüglich die „Büchse der Pandora“. Das Grundprinzip der InsO, die Gleichbehandlung der Gläubiger, wird erneut in Frage gestellt. Der Regelungsvorschlag führt zu einer weiteren Auszehrung der Massen, insbesondere in Insolvenzverfahren von Klein- und Mittelstands-Unternehmen zulasten der „einfachen“ Gläubiger (Arbeitnehmer, Lieferanten, etc.).

Umsetzungskritik: Die in Satz 2 des Regelungsvorschlages implizierte Abgrenzung von „Nebenpflichten“ zu „Hauptpflichten“ ist in der Praxis kaum

durchzuhalten und streitanfällig. Außerdem erfasst die Regelung das Problem der „Lizenzketten“ nicht. Weiterhin bietet die „Ausgleichsregelung“ in Satz 3 Ansatz zu Streit in jedem Insolvenzverfahren mit Lizenzbezug zwischen Verwalter und Lizenznehmer.

- Die vorgesehene Regelung in § 290 Abs.1 Ziff.7 InsO ist zu begrüßen. Sie führt dazu, dass insolvenzverschleppende Organe von Unternehmen sich nicht mehr in die persönliche Insolvenz „flüchten“ können.

II. Zu den einzelnen Regelungsvorschlägen

1. Regelung des „vor-vorläufigen“ Gläubigerausschusses - Der Gesetzesvorschlag „GAVI“ (Regelung des vor-vorläufigen Ausschusses in § 21 Abs.2 InsO) versus einer Regelung des Gläubigerausschusses mit „Verwalterauswahl-Veto“ in § 67 InsO

Der Entwurf „GAVI“ will laut Begründung die „Gläubigerbeteiligung“ am Insolvenzverfahren und die Aufsicht im Insolvenzverfahren stärken.

Durchschlagende Regelungsinstrumente dazu beinhaltet er aber nicht. Die Gläubigerbeteiligung erschöpft sich nach dem Gesetzentwurf in der Möglichkeit elektronischer Einsicht in Verfahrensunterlagen, in der Erhöhung der Vergütung der Mitglieder des Gläubigerausschusses (die im Vergleich zum Diskussionsentwurf aber in der Grundstufe wieder abgesenkt wird ¹), in der Einführung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren - dessen Kompetenzen, Zusammensetzung und Geltungsdauer nicht klar geregelt sind ² - und in der

¹ Interessanterweise sah der DisKE noch eine Spanne von EUR 70 – 190 EUR /Std. für Gläubigerausschuss-Mitglieder vor, nach dem jetzigen Entwurf soll die Motivation schon durch EUR **35** – 190 /Std. gehoben werden !

² hier wäre z.B. zu klären gewesen, ob § 160 InsO im Eröffnungsverfahren dann vom vorläufigen Verwalter zu beachten ist, ob die Zusammensetzung gem. § 67 Abs.1 S.2 InsO gilt, etc..

Einführung einer –folgenlosen- Begründungspflicht für die Anzeige der Masseunzulänglichkeit gem. § 208 InsO³.

Der Entwurf setzt an der Wurzel des mangelnden Engagements von Gläubigern im Verfahren (die er selbst mehrfach beklagt) *nicht* an: Die großen, institutionellen Gläubiger haben ihr Personal, das für solche Ämter in Betracht käme, mittlerweile dermaßen abgebaut, dass die Verantwortlichen eine „Kosten-Nutzen-Abwägung“ bei ihren Arbeitsaufgaben treffen: Eine Beteiligung findet nur in ganz großen Verfahren und *nur dort statt, wo es wirklich etwas mitzubestimmen gibt*. Gerade solche wirklichen Mitbestimmungsrechte für Gläubiger regelt der vorliegende Entwurf „GAVI“ aber nicht.

1.1.Regelungsort

Der Entwurf „GAVI“ will zwar richtigerweise den „vor-vorläufigen“ Gläubigerausschuss, also ein Gläubigerorgan bereits im Eröffnungsverfahren, institutionalisieren. Dies soll nach dem Entwurf über eine Regelung in § 21 InsO geschehen. Ein solcher „vor-vorläufige“ Gläubigerausschuss ist in Zulässigkeit und Funktion nach derzeitigem Recht streitig⁴. Eine diesbezügliche gesetzliche Regelung ist grundsätzlich sinnvoll. Systemfremd ist allerdings der vom „GAVI“-Entwurf gewählte Standort: Nicht in § 21 InsO, *sondern in § 67 InsO* (wo der vorläufige Gläubigerausschuss ohnehin geregelt ist) sollte dieses Instrument geregelt werden, damit die dort anschließenden Regelungen zur *Zusammensetzung und zur Bestelldauer* (§ 68 InsO) eindeutig auch für diese Form des Gläubigerausschusses gelten. Der „GAVI“-Entwurf will lediglich die Regelungen der §§ 69 - 73 InsO in Bezug nehmen. Dies ist ungenügend, da dadurch weder Zusammensetzung, Dauer der Bestellung noch Kompetenz des vorläufigen Ausschusses klar geregelt sind.

1.2. Regelungsgehalt

Eine Möglichkeit zur Regelung eines echten Mitbestimmungsrechtes könnte eine Regelung zur ***Mitsprache des Ausschusses bei der endgültigen Bestellung des***

³ § 208 Abs.1 S.2 Entwurf-GAVI: „Die Anzeige der Masseunzulänglichkeit ist zu begründen“.

⁴ HmbKomm-Frind, 2.Aufl.InsO, § 67 Rz.2 m.w.N.

Insolvenzverwalters im Eröffnungsbeschluss sein⁵. Dies wäre eine echte Innovation, auch im Vergleich zu den Insolvenzordnungen anderer europäischer Länder, die in der Mehrzahl kein Mitsprachrecht der Gläubiger bei der Verwalterauswahl kennen⁶. Wenn der Gesetzgeber die Rechte der Gläubiger stärken will, gleichzeitig aber das Insolvenzgericht bei schnellen Sicherungsmaßnahmen nicht behindern darf, müsste ein solcher „vor-vorläufige“ Gläubigerausschuss nach der zulässigen Antragstellung auf Anregung des Sachverständigen oder vorläufigen Insolvenzverwalters oder auf amtswegige Initiative des Gerichtes gebildet werden können. Es bliebe den jeweiligen Verfahrensbeteiligten überlassen, ob sie eine solche generell gesetzlich eröffnete Möglichkeit zur Einsetzung eines solchen Ausschusses nur in „wirtschaftlich bedeutsamen“ „Groß“-Verfahren nutzen möchten (wo dies fraglos sinnvoll wäre) oder z.B. auch in Verfahren, bei denen der Schuldner „weiterwirtschaften“ möchte (z.B. Arzt, Apotheker, Rechtsanwalt, etc.) und wo daher die Person des Verwalters für die Zusammenarbeit besonders wichtig ist.

Kern einer Mitsprachereglung müsste sein, die Gläubigerschaft repräsentativ das Eröffnungsverfahren begleiten zu lassen und vor der Eröffnung eine Beurteilung zur vom Gericht vorgesehenen Person des Verwalters abgeben zu lassen. Dies bedeutet zugleich Gelegenheit zur Bewertung der Arbeit des vom Gericht bestellten vorläufigen Verwalters. Bemängelungen von dessen Arbeit müssten allerdings substantiiert vorgebracht werden. Der Gläubigerausschuss würde damit in einem frühen Stadium des Verfahrens *Mitgestalter und zugleich Kontrolleur*. Die Abwahlmöglichkeit des § 57 InsO wird zu Recht weitgehend als verfahrenstechnisch „zu spät“ im Verfahrensverlauf angesiedelt und damit als wirkungslos angesehen.

Ähnlich wie der KSV (Kreditschutz-Verein) in Österreich sollten die Gläubiger dem Gericht institutionalisiert ihr Wissen über die Fähigkeiten des (vorläufigen) Verwalters rechtzeitig mitteilen können. Gerade Finanzämter und Sozialversicherungsträger als „Dauer-Gläubiger“ könnten überprüfen und vor allem zur Geltung bringen, ob der

⁵ bereits erläutert bei Frind, ZInsO 2007, 643, 649

⁶ Überblick bei Frind, ZInsO 2007, 643, 648; Köhler-Ma, DZWiR 2006, 228; Henssler, ZIP 2002, 1060 und den Abschlußbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe v. Juni 2002 zu Fragen der notwendigen Änderungen des Insolvenzrechtes (abzurufen unter www.jm.nrw.de)

vorläufige Verwalter den gesetzlichen Anforderungen, z.B. Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge bei Betriebsfortführungsverfahren oder Abführung der Umsatzsteuer, im Eröffnungsverfahren nachkommt. Die Qualität von Insolvenzverwaltungen würde sich durch dieses Mitspracherecht erhöhen.

Der Gläubigerausschuss müsste sich dazu allerdings wirklich „am Verfahren beteiligen“ und in die Materie einarbeiten. Soweit der Entwurf-GAVI in seiner Begründung davon ausgeht, dass die Gläubiger „in der Regel aus demselben Wirtschaftszweig wie der Schuldner“ kommen und deshalb „ein erhebliches Interesse an einer erfolgreichen Sanierung des Schuldners“ haben, so sind diese Annahmen wohl praxisfern: Öffentlich-rechtliche Gläubiger oder Banken und Kreditversicherer haben zwar ein finanzielles, aber kein branchengeprägtes Interesse an der Sanierung des schuldnerischen Unternehmens. Es steht daher nicht zu erwarten, dass ein solcher Ausschuss durch „branchenerfahrene Gläubigervertreter“ gleichzeitig „Sanierungsratgeber“ wird.

Ein weiteres ist bei einer solchen Regelung zu bedenken: Wenn der Gläubigerausschuss über die Auswahl des endgültigen Verwalters zumindest mitbestimmen können soll, darf dies für das Gericht nicht determinierend hinsichtlich der Wahl der Person eines anderen Verwalters sein. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass das gleiche Inhabilitätsproblem entsteht, wie es bereits im Bereich des § 57 InsO diskutiert wird⁷. Die Mitglieder eines „vor-vorläufigen“ Gläubigerausschusses dürfen über eine gesetzliche Regelung zur Mitsprache über die Beibehaltung des vorläufigen Verwalters nach Eröffnung nicht die Art der Verfahrensführung durch den Verwalter steuern können. Denn nur dieser ist dem Gericht verantwortlich (§ 58 InsO) und haftet gegebenenfalls mit seinem persönlichen Vermögen. Außerdem hat der Verwalter die Interessen aller Gläubiger zu wahren, nicht nur derjenigen im Ausschuss. Von daher geht es um ein Mitspracherecht, nicht um ein Mitsteuerungs- oder deterministisches Auswahlrecht.

Eine neue Regelung in § 67 Abs.1 InsO⁸ könnte unter Berücksichtigung dieser Prämissen wie folgt lauten:

⁷ vgl. HmbKomm-Frind, 2.Aufl. InsO, § 57 Rz.9 m.w.N.

⁸ Die Regelungen unter Abs.2 und Abs.3 können erhalten bleiben.

„Bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann nach Maßgabe von Abs. 2 durch das Insolvenzgericht aus sachdienlichen Gründen ein vorläufiger Gläubigerausschuss gebildet werden. Dieser soll insbesondere vor der Eröffnung des Verfahrens vom Insolvenzgericht zu Maßnahmen gem. § 160 InsO sowie zur Bestellung des Insolvenzverwalters gehört werden. Soweit der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig gegen die Bestellung des vom Gericht ausgewählten Sachverständigen oder vorläufigen Verwalters zum Insolvenzverwalter votiert, ist dieses Votum für das Gericht bindend. Das Gericht wählt dann einen anderen Insolvenzverwalter nach seinem Ermessen aus.“

Eine solche Regelung wäre flexibel und durch das Einstimmigkeitserfordernis vor der Gefahr „querulatorischer“ Gläubigeranträge zur Ersetzung des Verwalters geschützt. **Diese Regelung bringt das Verhältnis zwischen der notwendigen Unabhängigkeit des Verwalters und einem rechtzeitigen, aber nicht zu frühen, da am Anfang des Verfahrens die Gläubiger dem Gericht noch gar nicht alle (Fairness) bekannt und daher nicht alle anhörbar sind, in Konkordanz.**

1.3. Weitere Funktionsbestimmung

Eine weitere Funktionsbestimmung für den vor-vorläufigen Ausschuss wäre durch eine Regelung in § 67 InsO im Bereich der *verfahrenswichtigen Zustimmungen gem. § 160 InsO angelegt*. In dieser Norm sollte der vorläufige Gläubigerausschuss zusätzlich in § 160 Abs.1 S.1 InsO ausdrücklich aufgeführt werden. Nach derzeitiger Rechtslage bewegt sich der vorläufige Verwalter hier im rechtsfreien Raum, sofern er entsprechende Maßnahmen i.S.d. § 160 InsO bereits im Eröffnungsverfahren treffen muss, es sei denn, er holt die Zustimmung des Insolvenzgerichtes ein⁹.

Es bleibt festzuhalten: Der Gesetzentwurf „GAVI“ der Länder NRW und Niedersachsen versäumt in der derzeitigen Fassung die Chance, das vieldiskutierte Problem der qualitätsorientierten „Verwalterauswahl“ zu lösen, indem keine Qualitätsanforderungen geregelt werden und durch eine geschickte Verknüpfung der Gläubigermitbestimmung mit der Bestellung des endgültigen Verwalters im

⁹ HmbKomm-Frind, 2.Aufl.InsO, § 67 Rz.2 m.w.N.

Eröffnungsbeschluss die Rechte der Gläubiger stringent gestärkt werden. Würde dies wie vorgeschlagen geregelt, könnte gerade das heiß umstrittene „Vorauswahl-Listen-Problem für Insolvenzverwalter“ ad acta gelegt werden, da in wirtschaftlich bedeutsamen Verfahren (und um diese geht es in erster Linie bei dieser Diskussion) dann ein „vor-vorläufiger Gläubigerausschuss“ ein Votum abgeben würde.

2. Gesetzentwurf BT- Drs. 16/7416 - Teil „Stärkung der Gläubigerrechte“- : Erweiterung der gerichtlichen Ermittlungsmöglichkeiten im Antragsverfahren (§ 13 oder § 14 InsO ?)

Nach dem Ergebnis der Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages am 27.9.2006 zu der BT-Drucksache 16/886 (Insolvenzanfechtungsänderung und Ausweitung der Masseverbindlichkeitsbegründung) bestand (bei mehrheitlicher Ablehnung von Änderungen des Anfechtungsrechtes) Einigkeit zwischen sämtlichen Sachverständigen (unter Einschluß der Vertreterin der Sozialversicherungsträger) in dem Punkt, eine gesetzliche Änderung hinsichtlich der **Einschränkung der Antragsdispositionsmaxime bei Gläubigeranträgen** zu befürworten. Dieser Ansatz wurde in dem o.g. Gesetzentwurf in einem Änderungsvorschlag zu § 14 InsO bereits verfolgt und wird nunmehr vom vorliegenden RegE v. 22.8.2007 mit einer Änderungsformulierung mittels folgender Anfügung an § 14 Abs.1 InsO wieder aufgegriffen: *„Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung nach Antragstellung erfüllt wird.“*

Dogmatisch stellt dies –scheinbar- zunächst einmal einen Bruch mit dem Antragsverfahren und den Einstieg in ein amtswegiges Insolvenzverfahren dar. **Bei genauer Betrachtung stellt die Formulierung es aber ins Belieben des antragstellenden Gläubigers , ob er seinen Antrag „weiterlaufen“ lässt, denn**

ein Verhältnis zu § 13 Abs.2 InsO ist nicht geregelt¹⁰. Gemäß § 5 Abs.1 InsO hat das Insolvenzgericht nach einem zulässigen Antrag alle erheblichen Umstände zu ermitteln. Ist die Antragsforderung befriedigt, blieben bisher nur die Instrumente „Rücknahme“ oder „Erledigung“. Ganz ausnahmsweise war in der Rechtsprechung bereits eine Unwirksamkeitserklärung der Erledigungserklärung erwogen worden, wenn diese bei fortdauernder Insolvenz des schuldnerischen Unternehmens nur dem „dolosen Ziel“ des Behaltendürfens der über den Insolvenzantrag erzwungenen Zahlung diene¹¹.

Mit der nun angestrebten Regelung soll eine Art „Amortisation“ zur nicht erfolgenden Einschränkung des Anfechtungsrechtes geschaffen werden, indem die Möglichkeit für Gläubiger („Fremdantragsteller“) geschaffen werden soll, ihren Antrag bei fortbestehender Zahlungsunfähigkeit des Schuldners „weiterlaufen“ zu lassen, um diesen in das geregelte, eröffnete Verfahren gem. der InsO zu bringen. Dieser Gedankengang ist prinzipiell zu befürworten, denn er vermeidet die häufig bei Gericht vorkommenden „Stapelverfahren“, die insbesondere häufig durch mehrere, nacheinander erfolgende Anträge öffentlich-rechtlicher Gläubiger entstehen. Insbesondere deren mittlerweile unterlassene Praxis, bereits bei Teil-Zahlungen den Antrag für vollständig erledigt zu erklären, führte zu mißlichen Antragswiederholungen und dem Ermöglichen des „Weiterwirtschaftens“ eigentlich insolventer Unternehmen¹².

Gerade die öffentlich-rechtlichen „Zwangsgläubiger“, deren Forderungen weiterhin aufriefen, müssen alsbald neue Insolvenzanträge ausbringen, bis endlich einer davon zur Eröffnung führt. In diesen eröffneten Verfahren wurden dann in der Regel die Zahlungen auf die früheren Anträge als inkongruente Deckungen angefochten, ja

¹⁰ Der vorgeschlagene Wortlaut bietet – und auch das nur nach längerer Überlegung, was eigentlich gemeint ist – dem Fremdantragsteller nur die *Möglichkeit* den Antrag weiterlaufen zu lassen, bürdet ihm aber – laut Begründung – dann die Darlegungslast zum Fortbestehen des Insolvenzgrundes auf.

¹¹ AG Hamburg ZInsO 2002, S. 1100= ZIP 2002, S. 2271=ZVI 2002, 413=NZI 2003, 104; AG Duisburg, ZVI 2005, 129 (Grenze der Dispositionsmaxime: Mißbrauchsverbot); AG München gem. Sachverhalt BGH, ZIP 2006, 767; so auch : Beck/Hölzle in Bork/Koschmieder, Fachanwaltshandbuch Insolvenzrecht, Stand Okt.2006, Rz. 29.71 –29.75 und dort auch Schmidt, Rz.3.56; dagegen: BGH, ZIP 2006, 767 (Erledigungsfeststellungsantrag bei Nicht-Zustimmung des Schuldners mangels erledigendem Ereignis abzuweisen)

¹² Beispiele und Kritik bei Frind/Schmidt, ZInsO 2001, 1133 f.; ZInsO 2002, 8 f.; Schmahl, NZI 2002, 177 ff.

brachten häufig die Verfahren erst zur Eröffnungsreife. Die Justiziere der AOK Sachsen¹³ befürworteten deswegen den bereits von einigen Gerichten eingeschlagenen Weg¹⁴, die „erledigenden“ Zahlungen, zumindest bei Anordnung einer vorherigen, vorläufigen Insolvenzverwaltung, gem. §§ 24, 81 InsO für unwirksam und ohne Erfüllungswirkung zu qualifizieren und somit das Verfahren fortzusetzen.

Die jetzt im Gesetzentwurf vorgeschlagene Regelung zeigt in ihrer Begründung zwar diese Problemstellung auf, löst sie aber nicht an der richtigen Stelle (nämlich bei § 13 Abs.2 InsO) und der korrekten Weise:

2.1. Regelungsmotiv

Zunächst passen bereits Begründung und Gesetzesvorschlag zu § 14 Abs.1 InsO nicht zusammen. Der Gesetzesvorschlag laut RegE v. 22.8.2007 eröffnet nach seinem Wortlaut für *jeden Fremdantrag* die Möglichkeit, ihn trotz Zahlung der zugrunde gelegten Forderung für weiterhin zulässig zu erachten. Nach der Begründung soll der „durch den öffentlich-rechtlichen Gläubiger“ gestellte Antrag trotz Befriedigung „seine Wirksamkeit behalten“ (so die Begründung) .

An anderer Stelle heißt es direkt zur Erläuterung der Änderung, dass hinsichtlich der Erledigungswirkung nur „eine andere Wertung bei Sozialversicherungsträgern gerechtfertigt sei“ und, es solle „den Sozialversicherungsträgern die Möglichkeit eröffnet werden, das Entstehen neuer Forderungen zu verhindern“. Allerdings wurde ein solches „Sonderrecht“ wohlweislich im Wortlaut nicht geregelt¹⁵. Dies wäre auch gänzlich verfehlt: Jeder Gläubiger betreibt das Insolvenzverfahren nach dem Gesetz nicht zu seinen, sondern zugunsten aller Gläubiger, selbst wenn er der antragstellende Gläubiger ist. Dies folgt aus § 1 S.1 InsO. Warum soll nicht auch der Warenlieferant oder der Vermieter ein Interesse daran hegen, dass in einem staatlich geordneten Verfahren rechtzeitig und zügig geklärt werde, ob der –regelmäßige- Kunde nun insolvent ist oder nicht ? Gerade im Vermietungsbereich könnte es sogar

¹³ Brückl/Kersten, NZI 2004, 422, 429, 430

¹⁴ s. Fn.22

¹⁵ Vielmehr erteilt die Begründung zum RegE an verschiedenen Stellen sogar „Sonderrechten“ eine Absage. Dies harmoniert wenig mit den zitierten Passagen.

sein, dass eine Möglichkeit zur Vertragslösung (noch) nicht besteht. Mithin ist die angestrebte Regelung für alle Arten von Gläubigern durchaus sinnvoll und trägt zur Transparenz des Wirtschaftslebens bei.

2.2. Regelungsgehalt

Zum weiteren Vorgehen nach einer solchen Zahlung verhält sich der bisherige Gesetzesvorschlag in der Begründung indifferent: Einerseits müsse der antragstellende Gläubiger „das Vorliegen eines Insolvenzgrundes erneut glaubhaft machen“, andererseits greift bei einem weiterhin zulässigen Antrag die gerichtliche Amtsermittlungspflicht aus § 5 Abs.1 InsO. Zur letzteren verhält sich der Entwurf indifferent: Die Begründung würdigt hier die üblicherweise erfolgende Vorgehensweise des Gerichtes nicht folgerichtig. Bereits auf die erste Antragstellung hin wird nach kurzer Stellungnahmefrist ein gerichtlicher Sachverständiger beauftragt. Dieser ist zum Zeitpunkt der Zahlung der Antragsforderung noch im Amt. In der Begründung heißt es nunmehr, es bestünde „keine Notwendigkeit zur positiven Feststellung der Solvenz des Schuldners“. Bei „Druckanträgen“ und Anträgen wegen „streitiger Forderungen“ bestünde keine Erforderlichkeit „amtswegiger Ermittlung“ zur Frage der fortbestehenden Zahlungsunfähigkeit. Diese Ermittlung sei auch nicht sinnvoll, wenn es um Schuldner gehe, „bei denen noch die Chance einer wirtschaftlichen Erholung bestehe“.

Damit entwertet der Gesetzentwurf mit falscher Begründung das eigentliche Regelungsziel: Ob es sich um einen „Druckantrag“ handelt oder um eine „streitige Forderung“ ist Frage der Zulässigkeit des Gläubigerantrages. Ein Insolvenzgericht wird beim unzulässigen Antrag keinen Sachverständigen bestellen oder weiterarbeiten lassen.

Die weitere Ablehnungsbegründung amtswegiger Ermittlung in der Begründung zum RegE ist schlicht falsch: Aufgabe des gerichtlichen Sachverständigen gem. § 5 InsO ist es gerade festzustellen, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist oder nicht. Eine „Erholungsprognose“ lässt der BGH nur in engen zeitlichen Grenzen gelten¹⁶.

¹⁶ BGH v. 24.5.2005, ZInsO 2005, 807=ZIP 2005, 1426

Nach der zu treffenden Neu-Regelung ist es notwendig, klarzustellen, dass diese Amtsermittlungsmöglichkeit auch nach dem eigentlich „erledigten“ Antrag nun noch andauert. Dies ist zur Durchsetzung der Ordnungsfunktion und Sanierungsfunktion des Insolvenzrechtes (gleichmäßige Gläubigerbefriedigung, Massesicherung durch frühzeitig eingeleitetes Verfahren, Arbeitsplatzsicherung, Aufdeckung unrechtmäßiger Zahlungen, etc.) unverzichtbar.

Bei der jetzigen Formulierung zu § 14 Abs.1 ReGE-InsO bleiben das weitere Verhalten des antragstellenden Gläubigers und des Gerichtes offen: Es fragt sich, wie ein antragstellender Gläubiger während des laufenden Eröffnungsverfahrens eine erneute Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners beibringen soll: Muß die Fälligkeit der nächsten Forderung abgewartet werden¹⁷ und dann damit ein neuer Vollstreckungsversuch unternommen werden ? Soll das Insolvenzeröffnungsverfahren so lange „offen gehalten“ werden ? Oder soll statt dessen der Antragsteller das Gericht drängen, von Amts wegen über §§ 97, 98, 101 InsO den Schuldner (oder seine Organe) zu Angaben zur Zahlungsunfähigkeit /Überschuldung zu zwingen ?

2.3. Regelungsort und -formulierung

Stattdessen sollte eine Regelung am richtigen Ort, nämlich in § 13 Abs.2 insO getroffen werden. Dort ist die „Rücknahme“ geregelt, dort sieht die Rechtsprechung auch den Ansatzpunkt zur nicht geregelten „Erledigung“. In einer Gesetzesbegründung zu einer *Reform des § 13 Abs.2 InsO* muß klargestellt werden, dass das Insolvenzgericht mit den Mitteln des Sachverständigengutachtens / vorläufigen Insolvenzverwalters weiterermitteln soll, auch dann, wenn der Schuldner die Antragsforderung beglichen hat.

Denn bereits bisher ist es so, dass die Insolvenzgerichte gut daran tun (und es überwiegend auch so handhaben) im Fremdantragsverfahren nach Zustellung des Antrages mit kurzer Frist und fehlender anschließender Äußerung des Schuldners schnell einen Sachverständigen und /oder vorläufigen Insolvenzverwalter

¹⁷ Das Auswechseln einer Forderung im Insolvenzeröffnungsverfahren wird allgemein für zulässig erachtet

einzusetzen. Die Ermittlungsmaßnahme „Sachverständiger“ gem. § 5 InsO ist nicht mit Rechtsmitteln angreifbar¹⁸.

Der vom Gericht Beauftragte wird in kurzer Zeit die desolante, wirtschaftliche Situation des Schuldners ermittelt haben (ggfs. bei Gericht Zwangsmaßnahmen zur weiteren Ermittlung anregen). Nach Anordnung zumindest der „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwaltung kann der Schuldner nicht mehr mit Erfüllungswirkung zahlen (§§ 24, 81 InsO), da der vorläufige Verwalter einer solchen Verfügung nicht zustimmt¹⁹. Zahlt ein Dritter, hat der empfangende Gläubiger die Möglichkeit, die Zahlung gem. § 267 Abs.2 BGB zurückzuweisen (was der Sozialversicherungsträger, der den Antrag „weiterlaufen“ will, tun sollte), da an Stelle der widerspruchsberechtigten Schuldners der vorläufige Insolvenzverwalter tritt (der natürlich widerspricht)²⁰.

An dieser Stelle zeigt sich nun der eigentliche –richtige - Kern der vorgeschlagenen Regelung: Nach wie vor erklären viele Sozialversicherungsträger, Finanzämter, aber auch andere Fremdantragsgläubiger, ihre Anträge trotz anfechtbarer und nicht erfüllungswirksamer Zahlungen für erledigt. Sie hoffen, das einmal mittels des „Vollstreckungsverfahrens de luxe“ (= InsO) erhaltene Geld behalten zu können. Als das Anfechtungsrecht auch noch entschärft werden sollte, konnte diese Überlegung noch mehr im Vordergrund stehen.

Daher nutzt die im jetzigen Entwurf zu § 14 Abs.1 InsO vorgeschlagene Gesetzesänderung nichts: Sie setzt nicht unmittelbar an der Dispositionsmaxime an ! Notwendig wäre stattdessen eine fortdauernde gerichtliche Überprüfung der Zahlungsfähigkeit/Überschuldung auch desjenigen Schuldners, der einen Insolvenzantrag durch eine „erledigende“ Zahlung abgewendet hat. Damit würden zahlungsunfähige Betriebe rechtzeitig in ein Insolvenzverfahren überführt. Ein Insolvenzantrag wäre dazu nur der „Startschuß“ und würde zur einer amtswegigen Überprüfung führen.

¹⁸ BGH, NZI 2004, 510=ZInsO 2004, 547

¹⁹ LG Duisburg, ZVI 2004, 59; AG Hamburg, ZInsO 2004, 458=ZVI 2005, 45; ZInsO 2005, 158=ZVI 2005, 42; Gerke, ZInsO 2003, 873. Das Gericht ist gehalten, mit allen sachgerechten Ermittlungsmöglichkeiten, den Insolvenzgrund festzustellen.

²⁰ AG Hamburg NZI 2004, 323=ZVI 2004, 256; AG Hamburg ZInsO 2005, 158=ZVI 2005, 42=DZWIR 2005, 87)

Denn es ist sonst damit zu rechnen, daß von einer bloßen *Möglichkeit* des „Weiterlaufenlassens“ des Antrages nicht sehr viele Antragsteller Gebrauch machen werden. **Das skizzierte Übel (in Folge auftretende „Stapelanträge“; Schuldner, obwohl zahlungsunfähig, „wurschteln weiter“, Sanierungschancen gehen durch zu späte Antragstellung verloren) wird durch die vorgesehene Regelung nicht beseitigt.** Vielmehr müßte das Gericht mit dem Eröffnungsantragsteller weiterhin darum streiten, ob die „erledigende“ Zahlung nun Erfüllungswirkung hat oder nicht, wenn er den Antrag nicht für erledigt erklärt²¹ oder der Antragsteller läuft Gefahr, bei Abgabe einer Erledigungserklärung, die einseitig bleibt (da der Schuldner aus Saumseligkeit, Desinteresse, etc. ihr nicht zustimmt), die Abweisung des Feststellungsantrages mit Kostenlast zu seinen Ungunsten zu erleben²².

Wenn der Gesetzgeber das aufgezeigte Problem regeln will, müßte eine Regelung somit bei § 13 Abs.2 InsO ansetzen.

Das führt zu folgendem Formulierungsvorschlag:

Der Antrag kann zurückgenommen werden, bis das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Antrag rechtskräftig abgewiesen ist. Bei der Zurücknahme oder Erledigungserklärung durch einen Gläubiger ist die Wirksamkeit der Erklärung von einer Feststellung des Insolvenzgerichtes abhängig, dass der Insolvenzgrund beseitigt ist.

Durch eine solche Regelung würden die Leitgedanken der Anfechtungsrechtsprechung des BGH, dass der Anfechtungsgegner nicht aus einer einmaligen Zahlung die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners herleiten kann²³, in die Dispositionsmaxime des § 13 InsO integriert. Der Fremdantragsteller würde also prinzipiell an seinem Antragsziel (Klärung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners) festgehalten, bis feststeht, daß die schuldnerische Zahlung wirklich Ausdruck der entweder wieder hergestellten oder nie gegebenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist.

²¹ AG Hamburg, ZInsO 2004, 458 ; NZI 2004, 323=ZIP 2005, 364; AG Duisburg ZVI 2005, 129: Zwischenfeststellung der Unwirksamkeit

²² LG Duisburg, ZVI 2004, 59

²³ BGH NZI 2001, 247=ZIP 2001, 524,525; NZI 2000, 363=ZIP 2000, 1016

Hier würde die Darlegungslast vom Ziel her also genau umgekehrt geregelt, als im jetzigen gesetzlichen Vorschlag : Der Gläubiger muß mit Hilfe des Insolvenzgerichtes (welches zur Ermittlung verpflichtet bleibt), will er den Antrag durch Erledigungserklärung beenden, den Wegfall der Zahlungsunfähigkeit darlegen, nicht deren Fortbestehen ! Zugleich ist damit auch, aber nicht nur, den gesetzlichen „Zwangsgläubigern“ gedient: Sie erfahren frühzeitig, ob „ihr“ Schuldner nun zahlungsunfähig ist (und bleibt).

Negative unbillige Kostenfolgen für den antragstellenden Gläubiger ergeben sich aus einer weiterlaufenden amtswegigen Ermittlung nicht:

Ergibt die Prüfung durch das Insolvenzgericht, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist, aber keine ausreichende Masse vorhanden ist, erfolgt ein Beschluß „Abweisung mangels Masse“ mit einer Kostentragungspflicht zulasten des Schuldners, da dieser das Antragsverfahren verursacht hat. Wird das Verfahren hingegen aufgrund des „weiterlaufenden“ Antrages eröffnet, werden die Ermittlungskosten aus der Masse getragen. Stellt sich hingegen heraus, dass der Schuldner von Anfang an gar nicht zahlungsunfähig war, ergeht eine Kostenentscheidung auf die nunmehr beachtliche Erledigungserklärung des antragstellenden Gläubigers hin zu dessen Lasten, da sich erwiesen hat, dass sein Antrag unzulässig war. Stellt sich hingegen während des Eröffnungsverfahrens eine im Eröffnungsverfahren wiederhergestellte Zahlungsfähigkeit des Schuldners ein, ergeht eine Kostenentscheidung zu dessen Lasten, da der anfängliche Insolvenzantrag zunächst berechtigt war.

3. „Stärkung der Gläubigerrechte“: Klarstellung der Masseabgabenschuldbegründung bei „Einzelermächtigung“ durch Ergänzung des § 55 Abs.2 InsO

Insbesondere öffentlich-rechtliche Gläubiger, wie z.B. die Finanzbehörden, beklagen immer wieder, dass ihnen durch die regelhafte Anordnung „schwacher“ Insolvenzverwaltungen bei Betriebsfortführungen eigentlich als Masseschulden einzugruppierende Forderungsbeträge entgehen, z.B. Umsatzsteuern. Wie sich in der Praxis erwiesen hat, ist den Gläubigern das Instrument des seit der BGH-

Entscheidung v. 18.7.2002²⁴ in der Praxis benutzten

„Einzelermächtigungsverwalters“ weitgehend immer noch unbekannt: Ausgehend von der Überlegung, dass ein Insolvenzgericht auch dem "schwachen" vorläufigen Insolvenzverwalter die Geschäftsführung - im Zusammenwirken mit dem Schuldner - übertragen kann, wird vom BGH vertreten, den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter im Rahmen des § 22 Abs. 2 InsO durch eine gerichtliche Ermächtigung im Einzelfall ermächtigen zu können, Verbindlichkeiten als (spätere) Masseschulden zu begründen, falls damit der Erfolg der gesamten Geschäftsfortführung „steht und fällt. Der vorläufige „schwache“ Verwalter ist daher mit einem gesonderten Beschluss zu ermächtigen, bestimmte Masseverbindlichkeiten zu begründen. Nicht ausreichend ist es, wenn dem Schuldner lediglich untersagt wird, bestimmte Verträge zu erfüllen und „insoweit“ die Befugnis auf den vorläufigen Verwalter zu übertragen.

Zum anderen führen Insolvenzverwalter, die für Bestellungen und Inanspruchnahmen von Lieferanten „Einzelermächtigen“ beim Insolvenzgericht beantragt haben, aus oder mit diesen Umsätzen generierte Steuern nicht ab. Diese Pflicht wird auch nach Eröffnung des Verfahrens für Geschäfte im Eröffnungsverfahren häufig verneint, während sie beim „starken“ vorläufigen Verwalter fraglos besteht²⁵.

Es entspricht daher einer berechtigten notwendigen Klarstellung, in § 55 Abs.2 InsO eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich des Umfangs der erzeugten Masseverbindlichkeiten im Falle des Einsatzes eines „Einzelermächtigungsverwalters“ in die InsO aufzunehmen, um so dem gerechtfertigten Bedürfnis der Gläubiger, die mit Geschäften der Betriebsfortführung zu tun haben, nachzukommen, dass insofern auch Masseschulden begründet werden. Weiterhin wird damit erstmals die inzwischen am häufigsten vorkommende „Figur“ des vorläufigen Insolvenzverwalters, nämlich der „Einzelermächtigungsverwalter“ gesetzlich erwähnt und die Folgen seiner Anordnung

²⁴ NZI 2002, 543=ZInsO 2002, 819=ZIP 2002, 1625; HmbKomm-Schröder, 2.Aufl.InsO, § 22 Rz.90 ff. m.w.N.

²⁵ HmbKomm-Schröder, aaO, § 22 Rz.139 f.d. „starken“ vorläufigen Verwalter, § 22 Rz.146 für den „Einzelermächtigungsverwalter“

geregelt. Begrüßenswerterweise greift der Entwurf diesen Vorschlag nun auf.

Er beinhaltet dazu folgenden Regelungsvorschlag (–Einfügung in Abs.2 S.1 und eines Satzes an § 55 Abs.2 S.2 InsO-) :

*„(2) Verbindlichkeiten, die ein vorläufiger Insolvenzverwalter begründet hat, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, gelten **einschließlich der öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten** nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeiten. Gleiches gilt für Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der vorläufige Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung in Anspruch genommen hat. **Die Sätze 1 und 2 gelten auch für Verbindlichkeiten, die ein vorläufiger Insolvenzverwalter nach § 22 Abs. 2 auf Grund einer von dem Insolvenzgericht erteilten Einzelermächtigung begründet hat.**“*

Leider ist diese Formulierung wenig gelungen. Eine Regelung der Qualifizierung „öffentlich-rechtlicher Verbindlichkeiten“ als Masseverbindlichkeiten beim starken vorläufigen Verwalter (Einfügung in Abs.2 S.1) ist unnötig. Diese Form der vorläufigen Verwaltung begründet - unbestritten- immer Masseverbindlichkeiten. Sinnvoll ist die Regelung nur für die Sonderform des „schwachen“ vorläufigen Verwalters, der Einzelermächtigung vom Gericht erhält²⁶. **Die Formulierung „auf Grund einer von dem Insolvenzgericht erteilten Einzelermächtigung“ beschreibt den Umfang der Abgabenverpflichtungen nicht eindeutig, da eine Klarstellung der Reichweite der „Ergebnisse“ der Einzelermächtigungen fehlt und wird daher Anlass zu neuen Streitigkeiten geben.**

Es geht darum, zu regeln, dass *alle* Geschäfte, die ein schuldnerisches Unternehmen bei Betriebsfortführung mittels Einzelermächtigungsbeschlüssen tätigt, zu Masseverbindlichkeiten führen und zwar inklusive der daraus folgenden Abgabeverpflichtungen²⁷. Insbesondere Sozialversicherungsträger (– bei

²⁶ Die ursprünglich im Entwurf eines Gesetzes zur „Anfechtungsentschärfung“ auch vorgesehene Regelung, dass jede Form der vorläufigen Insolvenzverwaltung Masseverbindlichkeiten auslösen soll, ist – zu Recht- im Rechtsausschuss verworfen worden. Zu § 55 InsO mit einem Neu-Formulierungsvorschlag : Marotzke, ZIP 2005, 2144

²⁷ Dies klarzustellen ist wichtig, weil die Steuerabgaben erst „unter Verwendung der Produkte der Einzelermächtigungen“ entstehen.

Weiterbeschäftigungen der Arbeitnehmer ohne Insolvenzgeldvorfinanzierung -) und Finanzämter hätten damit gerade in den Fällen, auf die es ihnen ankommt, den Effekt erzielt, den sie mittels des ursprünglich im Gesetzentwurf nach der BT-Drucksache 16/886 erzielen wollten.

Dies wird nur umgesetzt, wenn bei einer Betriebsfortführung, die nur mittels Einzelermächtigungen betrieben werden kann (z.B. Bestellungen bei Warenlieferanten, Stromabnahme, etc.), die daraus resultierenden Umsätze des Unternehmens Masseverbindlichkeiten hinsichtlich der Umsatzsteuer auslösen. Dies bedeutet: Die Regelung muss die Reichweite klarstellen, die die Masseverbindlichkeitsbegründungsermächtigung des Insolvenzgerichtes erzeugt. Nur dies ist eine Stärkung der Gläubigerrechte, die wirksam ist.

Eine solche ergänzende Regelung könnte – in Abweichung vom Regelungsvorschlag des RegE v. 22.8.2007- wie folgt als Neufassung von § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO lauten:

Verbindlichkeiten, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter begründet worden sind, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist oder die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter nach § 22 Abs.2 im Wege einer vom Insolvenzgericht für bestimmte Rechtshandlungen erteilten Einzelermächtigung begründet worden sind, gelten, einschließlich aller sich daraus ergebenden Abgabenverpflichtungen, nach der Eröffnung als Masseverbindlichkeiten.

Durch die Formulierung „*aller sich daraus ergebenden*“ wird klargestellt, dass die Reichweite der Masseverbindlichkeitsbegründung auch in der „zweiten Stufe“, nämlich auch in Bezug auf die daraus (aus den mit den Einzelermächtigungen generierten Geschäften) getätigten Geschäfte hinsichtlich der Abgaben gilt. Damit wäre ein Kompromiss zur Absicht der Finanzverwaltungen gefunden, jegliche Form der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Masseverbindlichkeiten „automatisch“ zu belasten. Der „schwache“ vorläufige Verwalter kann so, bei Beantragung der Einzelermächtigung, von Anfang an den Umfang der erzeugten Masseverbindlichkeiten abschätzen.

4. Verschärfung der Vorschusspflicht für organschaftliche Vertreter und Sanktionierung der verspäteten Insolvenzantragstellung über Rechtschuldbefreiungsversagung

Der Entwurf enthält des weiteren zwei miteinander gekoppelte Regelungen, die die Antragspflicht des organschaftlichen Vertreters „scharf schalten“ sollen:

4.1. § 26 Abs.4 Entwurf-InsO

Über § 26 Abs.4 RegE-InsO²⁸ soll zugunsten der Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens und zugunsten der Gläubigerschaft zur Steigerung der Möglichkeit der Verfahrenseröffnung ein von jedem Gläubiger oder vom vorläufigen Insolvenzverwalter (!) einforderbarer direkter Anspruch gegen „Insolvenzantragsverschlepper“ geschaffen werden.

Positiv ist, dass damit die bisherige Diskussion, ob Ansprüche z.B. gem. § 64 GmbHG in einem Insolvenzgutachten mit „Null“ bewertet werden dürfen, weil über die Bonität des Geschäftsführers nichts bekannt ist (und nach Auffassung einiger in der Literatur²⁹ solche Auskünfte vom Insolvenzgericht auch nicht über §§ 97, 101 InsO erzwingbar sind), vorbei ist. Aufgrund dieses neu geregelten gesetzlichen Anspruches unterfallen die diesbezüglichen Ermittlungen, sofern zur Eröffnung gem. § 26 insO notwendig, der amtswegigen Ermittlungskompetenz des Insolvenzgerichtes gem. § 5 Abs.1 InsO. Nicht zahlungswillige Geschäftsführer und Gesellschafter werden somit nach in Kraft-Treten damit zu rechnen haben, zwangsweise dem Insolvenzgericht Auskünfte zu ihrer persönlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit machen zu müssen.

²⁸ „(4) Zur Leistung eines Vorschusses nach Absatz 1 Satz 2 ist jede Person verpflichtet, die den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft nicht gestellt hat. Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast. Die Zahlung des Vorschusses kann der vorläufige Insolvenzverwalter sowie jede Person verlangen, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat.“

²⁹ vgl. Darstellung des Meinungsstandes bei HmbKomm-Wendler, aaO, § 97 Rz. 4

Negativ ist die derzeitig ungenügende Gesetzes-Entwurfsformulierung zu bewerten. § 26 Abs.4 des Entwurfes stellt in den Sätzen Nr.2 und Nr.3 nicht klar, wann der Vorschuss geleistet werden muss. Das Eröffnungsverfahren kann nicht so lange offen gehalten werden, bis der vorläufige Insolvenzverwalter den hier statuierten Vorschussanspruch rechtskräftig eingeklagt hat. **Deshalb muss die Vorschrift einen unmittelbaren Anspruch auf sofortige Leistung des Vorschusses zur Masse auf erstes Anfordern regeln und den Streit um die Berechtigung , inklusive der in Satz 2 geregelten Beweislastumkehr, einem Nachverfahren, wie im Urkundsprozess, vorbehalten.**

Besser wäre es daher, die beabsichtigte Regelung mit § 26 Abs.3 InsO zu harmonisieren und insgesamt einen **neuen § 26 Abs.3** mit folgendem Wortlaut zu schaffen:

Vorschlag: Neufassung § 26 Abs. 3 InsO

„Ist eine juristische Person oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit bei Antragstellung in dem Sinne massearm, dass die vorhandene Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die Kosten des Verfahrens zu decken, so ist jedes Mitglied des Vertretungsorgans, bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien jeder persönlich haftende Gesellschafter, zur Gewährung eines ausreichenden Geldbetrages verpflichtet. Die Verpflichtung entfällt nur, wenn die Verpflichteten den Nachweis führen, dass der Insolvenzantrag nicht pflichtwidrig und schuldhaft verspätet gestellt worden ist. Die Höhe des erforderlichen Geldbetrages setzt das zuständige Insolvenzgericht durch vollstreckbaren Beschluss fest. Unbeschadet einer sich anschließenden Beitreibung durch den vorläufigen Verwalter kann das Verfahren nach der Festsetzung eröffnet werden. Wer ansonsten einen Vorschuss nach Abs. 1 Satz 2 geleistet hat, kann die Erstattung des vorgeschossenen Betrages von jeder nach Satz 2 verpflichteten Person verlangen.“

4.2 Neuer RSB-Versagungsgrund gegen „Insolvenzverschlepper“ (§ 290 Abs.1 Ziff.7 InsO)

Gleichzeitig erhält die Gläubigerschaft über einen neu vorgesehenen § 290 Abs.1 Ziff.7 InsO³⁰ einen neuen RSB-Versagungsgrund. Im persönlichen Insolvenzverfahren des Geschäftsführers/Gesellschafters soll sich damit auch seine Antragsverschleppung „rächen“ und auf diesem Umweg die Antragsmotivation „gestärkt werden.

Flankiert wird dieses sinnvoll weiterhin durch die Ergänzung von weiteren Versagungsgründen über Einfügung mit § 290 Abs.1 Ziff.1a RegEInsO: Die Gläubiger, die durch Eigentums- oder Vermögensdelikte des Schuldners geschädigt wurden, sowie die Finanzverwaltung bei einer Steuerstraftat erhalten hier Möglichkeiten zur Versagungsantragstellung.³¹ Dies ist zu begrüßen.

5. Sonderregelungen in § 108 a des Entwurfs (Nr.12) für Lizenzverträge

Die Berechtigung von Sonderregelungen für bestimmte Gläubigergruppen ist generell zweifelhaft³².

Zu bedenken ist, dass die InsO im Gegensatz zur Konkursordnung ausdrücklich eine Privilegierung einzelner Gläubigergruppen abschaffen wollte – dazu wird auf die Stellungnahmen der Sachverständigen zu dem ehemaligen Gesetzesentwurf zur „Aufweichung“ der insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften verwiesen.

Der nunmehr unter Ziffer 12 des Gesetzentwurfes enthaltene Regelungsversuch zugunsten von Lizenznehmern ist bereits ausweislich der Begründung (dort S. 56) durch „Musikverlage“ und „Pharmaindustrie“ initiiert. Generell ist zu kritisieren, dass damit das „Tor“ für künftiges Verlangen nach Sonderrechten für Vermieter,

³⁰ „7. der Schuldner als vertretungsberechtigtes Organ einer Gesellschaft oder als Gesellschafter den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens pflichtwidrig und schuldhaft nicht oder nicht rechtzeitig gestellt hat.“

³¹ Im Gegensatz zur Begründung des RegE, dort S. 42, erschliesst sich dem Verfasser nicht, dass die Formulierung die Antragsberechtigung auf die Geschädigten begrenzt.

³² vgl. Pape, NZI 3/08, VI

Verpächter, Leasingfirmen, etc. eröffnet wird. Warum sollten diese Gläubigergruppen hinnehmen müssen, einfache Insolvenzforderungen zu erhalten, während anderen Gruppen nunmehr Vorrechte eingeräumt werden ? Dies hat zur Folge, dass demnächst immer mehr Gläubigergruppen Vorrechte reklamieren werden. Dogmatisch gesehen handelt es sich um eine Umgehung von § 119 InsO, der Sonderrechte in Dauerschuldverhältnissen ausschliessen soll.

Insbesondere in Verfahren der Klein- und Mittelstandsinsolvenz wird mit der vorgeschlagenen Regelung die Masse weiter ausgezehrt, wenn Lizenzrechte der Schuldner nicht angemessen verwertet werden können. Dies vermindert Sanierungschancen.

Weiterhin ist an der Regelung selbst –jenseits des generellen Ansatzes- en detail zu kritisieren, dass sie mehr Probleme schafft denn löst:

- Der Ausschluss einer Kündigungsmöglichkeit bewirkt eine „Perpetuierung des Insolvenzverfahrens“ durch immer neu generierte Masse. Das kann nicht gewollt sein. Die Bundesregierung hat hier bereits gegenüber dem Bunderat eine „Prüfung“ zugesagt.
- Es besteht Klärungsbedarf für „Lizenzketten“ (Lizenznehmer fällt in Insolvenz hat aber Lizenz weiter vergeben; der Hauptlizenzgeber erhält nur eine Insolvenzforderung, wenn der Verwalter die Erfüllung ablehnt). Auch hier hat die Bundesregierung Prüfung zugesagt.
- Der Ausschluss der Geltung nicht notwendiger Nebenpflichten (§ 108a Satz 2) ist zu unbestimmt und provoziert neue Streitigkeiten
- Das Anpassungsrecht des Verwalters (Satz 3) entwertet wiederum das gewollte Weiternutzungsrecht und führt zu Streit vor den Zivilgerichten.

Damit ergibt sich aus Sicht des Sachverständigen, dass die vorgeschlagene Regelung grundsätzlich gar nicht und wenn, dann nicht so, getroffen werden sollte.

Sofern die Verwertungsfestigkeit von Lizenzen unbedingt geregelt werden soll, könnte daran zu denken sein, dies nicht „systemgefährdend“ innerhalb der InsO zu tun, sondern innerhalb des Patentrechtes der Lizenz ausdrücklich

Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses d. Deutschen Bundestages
am **23.4.2008**
zu der BT-Drucksachen 16/7416 u. 16/7251 (Änderungen der Insolvenzordnung)
Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg) Frank Frind

einen dinglichen Charakter zuzuweisen, mit der Folge, dass ihr im
Insolvenzrecht die Qualität eines Aussonderungsrechtes -§ 47 InsO- erhalte.

III. Fazit

Will die Insolvenzordnung als Sanierungsgesetz konkurrenzfähig im europäischen Verbund bleiben und sollen einschneidende negative, gesetzliche Regelungen beim Anfechtungsrecht dauerhaft vermieden werden, müssen Gläubigerrechte durch überschaubare gesetzliche Korrekturen bei den Themen Verwalterauswahl, Antragsstellungsrecht / Ermittlungspflicht des Insolvenzgerichtes beim Gläubigerantrag, bei der Definition des Umfangs der Masseverbindlichkeiten und bei der Sanktion verspäteter Insolvenzantragstellung erfolgen. Der vorliegende Entwurf zeigt dafür mögliche, aber nicht immer zureichende, Wege auf. Auf die Privilegierung einzelner Gläubigergruppen sollte strikt verzichtet werden.