

**Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen
Bundestages am 9. April 2008 in Berlin zum**

Entwurf eines Entschuldungsgesetzes BT-Drs. 16/7416

**Entwurf eines Gesetzes , zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht
im Insolvenzverfahren (GAVI) BT-Drs. 16/7251**

sowie zur

Effizienzsteigerung im Insolvenzverfahren (Verwalterauswahl)

I. BT-Drucksache 16/7416 Gesetz zur Entschuldung mitteloser Personen

Zusammenfassende Würdigung

Die vorliegende Novellierung kann in der gegenwärtigen Fassung weitgehend als nicht
geglückt bezeichnet werden. Die vornehmlich fiskalisch begründete
Reformnotwendigkeit besteht tatsächlich nicht, eine solide Feststellung tatsächlicher
Belastungen ist frühestens Ende 2009 möglich, vorliegende Erhebungen widerlegen eine
angeblich unzumutbare Kostenbelastung vollständig.

Der Entwurf bricht mit einem verfassungsrechtlich gesicherten, materiell-rechtlich
streitfreien und in der Praxis weitgehend problemlos laufenden
Entschuldungsverfahren. Er führt zu massiven bürokratischen und personellen
Erschwernissen ohne auch nur ansatzweise materielle Verbesserungen oder gar
Erleichterungen für die Verfahrensabwicklung mit sich zu bringen. Lediglich in einigen
Teilbereichen können Verbesserungen erwartet werden, wenn das bisherige System des
Verbraucherinsolvenzverfahren und der Restschuldbefreiung erhalten bleibt.

Die geplante Novellierung führt zu einer erheblichen Schwächung der Gläubigerrechte
und ist in seinen Kernbestandteilen verfassungsrechtlich fragwürdig. Angesichts der
bescheidenen Einsparpotentiale in den Justizhaushalten sind die Folgen für die
Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens jedoch gravierend. Im Bereich der geplanten
Entkoppelung von Insolvenzverfahren und Entschuldung bestehen durchgreifenden

verfassungsrechtliche Bedenken. Es ist nicht hinnehmbar, wenn der Gesetzgeber in Fällen der Masselosigkeit einseitig dem Schuldner zu Hilfe eilt und zugleich den Gläubigern deren Recht auf effektive Haftungsverwirklichung nimmt.

1. Der Ausgangspunkt der Reformüberlegungen

Will man das vorliegenden Gesetzgebungsvorhaben einer umfassenden Würdigung unterziehen, so bedarf es zunächst einer Rückbesinnung auf den Auslöser für die erneute Reform eines bereits 2001 reformierten Verfahrens, das sich in der Praxis bewährt und auf einer gesicherten Grundlage derzeit vollzogen wird (vgl. zuletzt die Rechtsprechungsübersicht bei Pape ZInsO 2007, 1289ff.) und dessen Konturierung durch die Rechtsprechung des BGH faktisch keine „weißen Flecken“ mehr hinterlassen hat (dazu näher unter Ziffer 3.)

Ausgangspunkt der Reform ist daher auch nicht eine aus der Praxis der Rechtsanwendung entwickelte Notwendigkeit, sondern allein die 2002/2003 erhobene Klage der Bundesländer, dass das seit 2001 genutzte und reformierte Verbraucherinsolvenzverfahren u.a. aufgrund der gewährten Stundungen zu teuer und zu aufwändig sei – ohne dass für die tatsächlichen finanziellen Belastungen bis zum heutigen Tag ein Beleg oder konkrete Daten offen gelegt worden sind. Vielmehr wird die Offenlegung der Kosten sowie der unstreitig vorhandenen erheblichen Rückflüsse schlichtweg nicht vorgenommen und vom BMJ als Entscheidungsgrundlage auch nicht verlangt, sodass sich die Diskussion – wie die von den Finanz- und Sozialverwaltungen angeregten Reformen – rechtstatsächlich und empirisch auf einem völlig ungesicherten Terrain bewegen. Die weitere Betrachtung zeigt sehr deutlich, dass es die behauptete unzumutbare Belastung tatsächlich nicht gibt. Unter den Bedingungen des hohen Steueraufkommens der Länder ist es ein überaus fragwürdiges Signal, die Verkürzung von Rechtsschutzgewährleistungen der Gläubiger mit der Ressourcenknappheit der Justiz zu begründen, zumal diese mit dem vorliegenden Entwurf in ganz erheblicher Weise neue Belastungen personeller wie materieller Art erfahren würde.

Der „Wunsch“ zur Reform der Reform kommt im Übrigen von den gleichen Ländern, die in den vergangenen Jahren:

- Die Zuweisungen für die Schuldnerberatungsstellen drastisch gekürzt haben, sodass heute im Schnitt bereits mehr als 40% der Beratungen in

Verbraucherinsolvenzverfahren von Rechtsanwälten durchgeführt werden und nur noch ca. 40% von den Schuldnerberatungsstellen, mit der Folge, dass Wartezeiten von mehr als 6 Monaten dort faktisch die Regel geworden sind.

- Durch Erhöhungen der Bearbeitungspensen für die Richter und Rechtspfleger in Insolvenzsachen die Dauer der Bearbeitung in den Gerichten deutlich erhöht und zugleich die Qualität der Bearbeitungsfähigkeit deutlich reduziert und damit notwendig verbundene Aufsichts- und Kontrollprobleme in Kauf genommen haben.
- Durch die in § 2 InsO vorgesehene Verweigerung der Konzentrationen der Zuständigkeiten in vielen Bundesländern weiterhin Bruchteilsinsolvenzgerichte hinnehmen, worunter deren Qualität und die Bearbeitungsdauer deutlich leidet
- In den vergangenen Jahren die unbestritten notwendige Aus- und Weiterbildung gerade in Fragen der wirtschaftlichen Kompetenzen für Richter und Rechtspfleger völlig vernachlässigt habe.

Im Ergebnis geht daher der erneute Reformwunsch von Bundesländern aus, die seit Jahren die ihnen gegenüber den Justizverwaltungen und dem Bund obliegenden Verpflichtungen zur angemessenen Ausstattung der Schuldnerberatungsstellen wie der Gerichte nicht oder nur sehr unzureichend nachgekommen sind. Der sich in der Folge daraus ergebende Bruch mit verfassungsrechtlichen Prinzipien lässt sich durch fiskalpolitische Gesichtspunkte nicht rechtfertigen, zumal diese sich bei näherer Betrachtung als unzutreffend erweisen.

2. Die tatsächliche Belastung ist keine Belastung, sondern ein Gewinn

Der Wunsch einer erneuten Reform des Verbraucherinsolvenzverfahrens ist sowohl von der sachlichen wie auch von seiner finanziellen Ausgangsposition ungerechtfertigt, weil das Verfahren sich tatsächlich seit langem **ohne effektive Belastung der Länderhaushalte** selbst finanziert. Das setzt allerdings voraus, dass man sich der Mühe unterzieht und diese Rechnung nicht ressortbezogen, sondern gesamtwirtschaftlich vornimmt. Dies ist gerade auch deshalb notwendig weil das Verfahren im gesamtwirtschaftlichen Interesse selbst vornehmlich dazu dient, die Betroffenen aus einer Verschuldungssituation heraus wieder in eine geordnete und normale Teilhabe am wirtschaftlichen Leben zu führen. Gerade aus diesem Grund sieht die Reform der amerikanischen im Chapter 7, 11 und 13 bei Masselosigkeit die Tragung der Kosten durch den Staat ausdrücklich vor. Betrachtet man in einem notwendigen gesamtwirtschaftlichen Rahmen die dazu aufgewendeten Mittel, so haben

wir es mit einem Verfahren zu tun, dass sich weitgehend selbst trägt. Dabei erweist sich auch die unbelegte Behauptung des RegE, bei den Rückflüssen handele es sich um ganz geringe und „symbolische Beträge“, als objektiv unzutreffend.

Maßgebend für die Abschätzung der tatsächlich entstehenden Kosten sowie der unmittelbaren und mittelbaren Rückflüsse sind folgende Faktoren

- Nach den vorliegenden Erhebungen regionaler und überregionaler Art (vgl. u.a. Grote/Müllers, ZVI 2006,187; Busch/Mäusezahl, ZVI 2005, 398 sowie die aktuelle Hamburger Erhebung) fließen im Durchschnitt in deutlich mehr als 60% aller Verfahren erhebliche Teile der gestundeten Mittel noch während der Wohlverhaltensperiode durch Rückzahlungen an die Länder zurück.
- In ca. 25 – 30% erfolgt eine vollständige Rückzahlung bereits bis zum Beginn der Wohlverhaltensperiode und in weiteren ca. 40% während dieser Zeit. Hinzu kommt in ca. 10 – 20% der Verfahren wenigstens eine teilweise, nicht unerhebliche Rückzahlung.
- Die Rückzahlung ist jedoch – anders als es offenbar die Bundesregierung unterstellt - regelmäßig nicht Folge freiwilliger Leistungen der Schuldner, sondern vornehmlich Ergebnis des fortdauernden Insolvenzbeschlages, der Ausnutzung der rechtlichen Möglichkeiten zur Rückgewinnung, Anfechtung und Pfändung von Vermögenswerten etc. durch qualitativ hervorragend arbeitende Treuhänder. Die für diesen Personenkreis vorgesehen Beschneidung der Rechtsmacht, der Verzicht auf die insolvenzrechtliche Beschlagnahme und die „Degradierung“ zu einem Beobachtungstreuhänder, beseitigt mithin die bisherige Basis der Selbstfinanzierung und lässt dann in der Tat bisher nicht vorhandene reale Belastungen erst entstehen!!
- Durch das am 1.7.2007 in Kraft getretene Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens sind zudem weitere 15 – 20% vorher entstandener Kosten vornehmlich durch den Wegfall der Veröffentlichung in den Printmedien eingespart worden, sodass gegenwärtig nur noch ca. 30 – 35% der Kosten anfallen, die in den Jahren 2002/2003 die Diskussion haben laut werden lassen und Auslöser der Reformbestrebungen waren.
- Durch verschiedene Entscheidungen des BGH sowie des BVerfG sind die vereinzelt vergütungsrechtlichen Exzesse der ersten zwei Jahre längst überwunden und die Vergütungen für Treuhänder wie Verwalter nach Einschätzung aller Beteiligten auf ein sachliches angemessenes Maß gesenkt worden.

- Während der Dauer der Verbraucherinsolvenzverfahren fließen zudem allein über den Umsatzsteueranteil der Länder selbst bei einem Hartz-IV-Empfänger mit hohem Konsumanteil und einem Umsatzsteuersatz von 7% im Laufe von ca. 7 Jahren mehr als 1.000 Euro in die Landeshaushalte zurück, bei einem Umsatzsteuersatz von 19% finanziert der Hartz-IV-Schuldner mittelbar faktisch das gesamte Verfahren selbst und es verbleibt noch ein Überschuss. Dies macht zugleich deutlich, dass es auch volkswirtschaftlich sinnvoll ist, hoffnungslos verschuldete Personen aus einer lebenslangen Forthaftung zu „befreien“.
- Bei einem Anteil von mehr als 50% der Schuldner fließen zudem während des Verbraucherinsolvenzverfahren und der Wohlverhaltensperiode erhebliche Steuermittel sowie Beiträge in die Kassen der Sozialversicherungsträger etc. in die gesamtwirtschaftliche Wertschöpfung zurück

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass es im Rahmen einer notwendig gesamtwirtschaftlichen Betrachtung keine wirklichen Kostenbelastung der Länder gibt, da sich die Verfahren aus den erzielten und beigetriebenen Rückflüssen sowie den Zuflüssen aus den Umsatzsteueranteilen der Länder selbst finanzieren. Selbst unter Außerachtlassung der Zuflüsse steuerrechtlicher Art verbleiben, bezogen auf die Ausgangsgrößen der Jahren 2001/2002, heute nur noch faktisch unvermeidbare Gesamtbelastungen in Höhe von ca. 30 – 35% der seinerzeitigen Kosten. Damit ist schon objektiv der stets nur behauptete und nie belegte Anlass sowie die Berechtigung einer Reform faktisch weggefallen. Diese Entwicklung zeigt zugleich, dass, anders als die Bundesregierung behauptet, sich das Verfahren auch in dieser Hinsicht bewährt hat, denn nach Abschluss des Verfahrens nehmen die Schuldner wieder wie alle anderen Bürger an der gesamtgesellschaftlichen Wertschöpfung teil und erweisen sich soweit auch als ein echter volkswirtschaftlicher Zugewinn – womit das Ziel der Reform 10 Jahre nach ihrem Inkrafttreten erreicht ist. Die vorgenannten Rahmenbedingungen taugen daher auch objektiv nicht zu der beabsichtigten weitgehenden Einschränkung der Gläubigerrechte und den Verzicht auf die notwendigen Grundparameter eines Insolvenzverfahrens.

3. Die beabsichtigte Reform zerschlägt ein erfolgreiches und bewährtes System

Die, wie o.a., völlig zu Unrecht als fiskalisch notwendig dargestellte und daran orientierte Ausrichtung des Gesetzentwurfes führt in der Praxis:

- zu einem sachlich völlig ungerechtfertigten und bürokratisieren Systemwechsel ohne jeden Gewinn an Rechtssicherheit und Klarheit
- für die Gläubiger zu nicht hinnehmbaren Einschränkungen ihrer Rechte
- zu erheblichen Friktionen sowie finanziellen wie personellen Mehrbelastungen der Länder enormen Ausmaße und dies
- obwohl das Verbraucherinsolvenz- wie das Restschuldbefreiungsverfahren sich in der Praxis außerordentlich bewährt hat,
- auch in seinem massenhaften Auftreten inzwischen sehr routiniert und zügig abgewickelt wird
- und durch die Rechtsprechung so klar konturiert ist, dass es derzeit keine wirklich offenen Fragen in Anwendung und Umsetzung mehr gibt, sondern weit gehende Rechtssicherheit für alle Beteiligten.

Dies allerdings ist in der Praxis nur möglich aufgrund der sehr guten Vorarbeiten der Schuldnerberatungsstellen sowie der beratenden Anwaltschaft, die mit dem vorliegenden Entwurf und mit der Schaffung der völlig neuen und überflüssigen Rechtsfigur eines „vorläufigen Treuhänders“ ad absurdum geführt wird, ohne dass es dadurch zu Verbesserungen der Situation der Beteiligten kommt – im Gegenteil. Hinzu kommt eine mit dem vorliegenden Entwurf verbundene nahezu vollständige Entrechtung der Gläubiger, eine abgeschwächte Aufklärung des schuldnerischen Vermögens, eine ungerechtfertigte Besserstellung von Schuldnern mit hohem Einkommen sowie eine nicht erkennbare und vorhersehbare Befreiung von Verbindlichkeiten gerade für Forderungen aus unerlaubter Handlung nebst einer Vielzahl weiterer Ungereimtheiten, die insgesamt die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass der vorliegende Entwurf für die Bedürfnisse der Praxis ganz überwiegend untauglich und in seinen wesentlichen Teilen abzulehnen ist. Dies belegen auch die vielfältigen und unmittelbare Stellungnahmen aus der Justiz selbst (vgl. u.a. die Stellungnahme des BAKinso, nachzulesen unter www.bakinso.de sowie zuletzt den Hilferuf

von Pianowski aus der Praxis in ZInsO 2008 Heft 6 sowie den aktuellen Beitrag von Bruns in
KTS 2008, 41ff.).

Zu den Reformüberlegungen im Einzelnen

Kern der Neuregelung ist die Abschaffung der bisher den Zugang eröffnenden Möglichkeit der Stundung und die Einführung eines neuen Entschuldungsverfahrens für masselose Verfahren, bei dem zugleich das bisherige Junktim zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Möglichkeit der Erlangung der Restschuldbefreiung aufgelöst wird. Damit einher geht eine deutlich abgeschwächte Aufklärung des Schuldnervermögens durch einen neu geschaffenen „vorläufigen Treuhänder“, statt der bisherigen Aufklärung durch das Gericht bzw. einen Sachverständigen. Auch wenn der Schuldner im Verlaufe des Entschuldungsverfahrens neues Vermögen erwirbt, soll daraus weder eine Informationspflicht gegenüber den Gläubigern noch eine obligatorische Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags folgen. Schließlich sollen, neben Erweiterungen ausgenommener Forderungen und Erweiterungen der Versagungstatbestände, Schuldner die ihre Schuldner vorzeitig in einem Umfang von 20 bis 40% zurückführen, die Restschuldbefreiung schneller als andere Schuldner erreichen können.

a. Keine Abschaffung der Stundung, sondern Erhaltung

Die Abschaffung der Stundung ist weder unter finanziellen noch unter sozialpolitischen Gesichtspunkten zu rechtfertigen und sollte daher, auch wegen der erheblichen Rückflüsse, in seinen wesentlichen Teilen erhalten bleiben. Das ein rechtsstaatliches Verfahren Geld kostet, kann nicht ernsthaft als ein Argument für einen erleichterten, Kosten sparenden Zugang der Schuldner zur Restschuldbefreiung und für einen damit verbundenen erheblichen Rechtsverlust der Gläubiger angeführt werden.

Die **Stundung der Verfahrenskosten** und damit der einkommensunabhängige Zugang zum Verfahren ist eine verfassungsrechtlich gebotene (vgl. u.a. BGHZ 107, 92, 102; aber auch BVerfGE 89, 213ff.) Errungenschaft des modernen und sozialen Rechtsstaates ohne nennenswerte Kostenbelastung die es zu verteidigen gilt, da sie den redlichen Schuldner eine volkswirtschaftlich gewollte Rückkehr in das „normale“ Leben ermöglicht, das in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle durch persönliche Verwerfungen und nicht durch schuldhaft

unredliches Verhalten aus der Bahn geworfen worden ist. Den immer wieder angeführten unredlichen „Schuldenmacher“ gibt es in der Realität ebenso wenig, wie den „Pleitier“, vielmehr sind beides Ausnahmereignisse die statistisch vernachlässigenswert sind.

Dies gilt für die Verbraucherinsolvenzverfahren umso mehr als sich derzeit aufgrund der Abweisung mangels Masse immer noch ca. 50% der Kapitalgesellschaften in die Restschuldbefreiung nach Eintritt der Insolvenz „verabschieden“, ohne dass eine Prüfung des Verbleibs des den Gläubigern haftenden Kapitals erfolgt oder gar der Redlichkeit des Handelns der Organe oder Gesellschafter stattfindet, obwohl durch alle Erhebungen gesichert ist, dass die Anmeldung der Insolvenz bei Kapitalgesellschaften unter Missachtung geltenden Rechts idR erst ein Jahr nach Eintritt der materiellen Insolvenz erfolgt und im Ergebnis mehr als 20 Mrd. Euro Schaden dadurch verursacht werden. Solange der Gesetzgeber eine solche Handlungsweise regelmäßig unredlicher Antragsverpflichteter durch Untätigkeit sanktioniert und akzeptiert, wäre die Aufhebung der Stundungsmöglichkeit für redliche natürliche Schuldner eine sozial und unter Beachtung von Art 3 GG nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung, die gerade auch mit der Reform der InsO beseitigt werden sollte.

Spätestens mit den Entscheidungen des BGH vom 22.11.2007 – IX ZB 74/07 = ZInsO 2008, 111 (dazu der Beitrag von Pape ZInsO 2008, 143) ist zudem noch die Möglichkeit der Nichtgewährung sowie der nachträglichen Aufhebung der Stundung von Amts bei unredlichen Schuldnern so verbessert worden, dass dies auch ein inzwischen funktionsfähiges und probates Instrument in den Händen der Gerichte geworden ist, ohne dass es für eine solche Rücknahme noch des Antrags eines Gläubigers bedarf.

Die vorgenannten Erwägungen sprechen daher eindeutig dafür, es bei der bisherigen Stundungsregelung grundsätzlich zu belassen. Mit den nachfolgenden Vorschlägen wird aber auch deutlich, dass es, selbst unter Beibehaltung des Kerns der Stundungsregelungen, eine Restschuldbefreiung zum immer wieder behaupteten Nulltarif nicht gibt und nicht geben darf, sondern dass neben einem regelmäßig zu erbringenden finanziellen Eigenbeitrag von mindestens ca. 600,- Euro, auch die Bereitschaft dazu gehört, sich für die Dauer von mehreren Jahren auf das Existenzminimum zu beschränken und sich unter faktische „Bewährungsaufsicht“ zu stellen.

Alternative

Will man also die angeblich bestehenden, aber tatsächlich nicht vorhandenen finanziellen Aufwendungen noch weiter verringern und zugleich die Eigenbeteiligung des Schuldners erhöhen, so bieten sich unter Wahrung der Rechte der Gläubigerschaft dafür folgende Änderungen an, die sowohl die Arbeit der Gerichte deutlich erleichtern als auch das Verfahren effektivieren:

- Gewährung der **Stundung lediglich für Gerichtskosten und die Vergütung des Treuhänders im ersten Jahr**, ausgenommen wird jedoch die Mindestvergütung des Treuhänders in der Wohlverhaltensperiode. Diese ist in Höhe eines Betrages von 120,- Euro jährlich vom Schuldner selbst aufzubringen, es sei denn, er weist seine Leistungsunfähigkeit durch eine jährlich vorzulegende „Hartz-IV-Bescheinigung“ nach.
- **Reduzierung der Wohlverhaltensperiode auf nicht abkürzbare insgesamt 5 Jahre**, was sich immer noch im obersten Bereich vergleichbarer europäischer Systeme bewegt, zugleich jedoch die Justiz deutlich entlastet.
- Einführung des **obligatorischen schriftlichen Verfahrens** was einher geht mit einer deutlichen Entlastung der Gerichte und einer weiteren Beschleunigung der Verfahren.
- Einbeziehung der Rückzahlungsphase für die Verfahrenskosten nach § 4b InsO in die Wohlverhaltensperiode, sodass die Verfahren nach Ende der Wohlverhaltensperiode dann auch bei den Gerichten „abgelegt“ werden können.
- **Keine Verkürzung der Wohlverhaltensperiode**. Die im RegE vorgesehene Verkürzung des Wohlverhaltensperiode bei Befriedigung der Gläubiger mit 20 bzw. 40% ist rechtlich zweifelhaft, unrealistisch und völlig überflüssig, da in diesen wohl nur höchst selten vorkommenden Fällen eines unvermuteten Zuflusses größerer Mittel mit Hilfe eines Insolvenzplans das Verfahren unter aktiver Einbeziehung der Gläubiger in wenigen Monaten beendet und damit zugleich auch die Restschuldbefreiung erreicht werden kann. Hinzu kommt, dass diese Regelung Schuldner mit hohem Einkommen bevorzugt, ohne dass erkennbar wird, warum unter diesen Voraussetzungen die Gläubiger auf den dann offenbar möglichen Rückfluss von vielleicht 80% oder mehr verzichten sollen. Aus diesen Gründen sieht Chapter 7 des US-amerikanischen Insolvenzrechts gerade solche Fälle hohen Einkommens als rechtsmissbräuchlich an und schließt sie von der Restschuldbefreiung aus!!

b. Keine Einführung eines obligatorischen vorläufigen Treuhänders, sondern Stärkung und Effektivierung des derzeitigen Verfahrens

Geht man davon aus, dass schon im bisherigen Verfahren erhebliche Defizite bei der Ermittlung der Vermögensverhältnisse des Schuldners bestehen, kann die nunmehr vorgesehene weitere Schwächung der informationsrechtlichen Stellung der Gläubiger nicht hingenommen werden, im Gegenteil gebietet der beabsichtigte erleichterte Zugang des Schuldners zur Restschuldbefreiung ein gesteigertes Aufklärungsbedürfnis als ständig abgeschwächte Standards (so auch aktuell Bruns KTS 2008, 41, 52).

Aufgrund der guten Vorarbeit durch die Schuldnerberatungsstellen im außergerichtlichen Verfahren können derzeit große Anteile der Verfahren unmittelbar nach Aktenlage entschieden und durch die Gerichte sachgemäß und zügig bearbeitet werden. Vorhandene Rückfragen werden durch das Gericht sehr schnell erledigt und weitergehende Probleme können entweder durch das Gericht direkt oder ggf. unter Einschaltung eines Sachverständigen geklärt bzw. gelöst werden. Das so eingespielte, routinierte gerichtliche Verfahren soll nach dem vorliegenden Entwurf – im laufenden Betrieb!!! - zerschlagen und durch ein völlig neues, unausgereiftes Verfahren ersetzt werden, ohne dass sich damit ein weitergehender Nutzen verbindet.

Mit der Einführung eines obligatorischen vorläufigen Treuhänder – verbunden mit einer „Schnellschussbescheinigung“ zum Scheitern - wird für 100% aller Verfahren eine Regelung vorgesehen, die nach allen vorliegenden Erfahrungen nur in Einzelfällen erforderlich ist. Zudem wird eine Rechtsfigur kreiert, die aufgrund ihres gesetzlichen Auftrages nicht mehr unabhängig ist, sodass notwendig in einem sich anschließenden Verfahren eine andere Person bestellt werden müsste. Ebenso ist die sofortige Erteilung einer Bescheinigung nach § 305 Abs. 1 Ziffer 1 InsO völlig ungeeignet und ebenfalls kontraproduktiv und führt zu einer faktischen Entrechtung der Gläubiger, die in diesen Fällen nämlich nicht mehr angeschrieben oder auf andere Weise beteiligt werden müssen. Zugleich gibt es damit für die Gerichte keine geordneten Gläubiger- und Forderungsverzeichnisse. Damit einher gehen notwendig ungeordnete, unvollständige Unterlagen, die sodann wiederum durch das Gericht mit großem Aufwand vervollständigt werden müssen. Statt idR in einem Arbeitsgang werden alleine mit

diesem Element viele neue Schritte im Gerichtsbetrieb erforderlich, ohne dass ein anderes Ziel als das gegenwärtige oder gar ein Mehrwert damit erreicht werden kann. Es kann daher nur dringend davor gewarnt werden das bewährte außergerichtliche Verfahren sowie das Eröffnungsverfahren weiter zu schwächen.

Wie schon bisher kann in Fällen des Ermittlungsbedarfs ein Sachverständiger (ggf. wie u.a. mit gedeckelter Vergütung) nach § 5 InsO eingeschaltet werden. Würde die Stundung wie vorgesehen abgeschafft, würde damit allein zum Schutze der berechtigten Gläubigerinteressen ein Zwang zur Vollprüfung der gesamten Vermögensverhältnisse in das Eröffnungsverfahren vorverlagert, was wiederum zu einer deutlichen Verlängerung und Kostenbelastung führen würde. Das nunmehr in § 305a, 307 n.F. vorgeschlagene Zustimmungseretzungsverfahren bringt kaum lösbare Probleme für die Praxis mit sich und ist in sich höchst widersprüchlich und mit enormen Rechtsunsicherheiten beladen (vgl. dazu u.a. Frind ZInsO 2007, 473ff.; ders. 2006, 342ff.), es sollte daher in jedem Fall bei der bewährten gerichtlichen Ermessensentscheidung nach § 306 Abs. 3 InsO bleiben!

Nicht hinnehmbar ist auch die beabsichtigte Sperrung der Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen, da dies eine unverhältnismäßig Einschränkung der Gläubigerrechte darstellt. Angesichts der in vielen Untersuchungen festgestellten Mangelhaftigkeit der Ermittlungen im Eröffnungsverfahren ist die Erwartung, das Insolvenzgericht werde bei seiner Entscheidung die Möglichkeiten zur Anfechtung einbeziehen, fern jeder Realität und rechtfertigt insbesondere nicht die Rechtsschutzlücke, die dann auftritt, wenn Verdachtsmomente - wie in den meisten Fällen - erst später auftreten, denn der Treuhänder hat nach dem vorliegenden Entwurf nicht die Befugnis zur Geltendmachung der Insolvenzanfechtung und die Gläubiger selbst sind nach ganz h.L. an der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz durch § 294 InsO gehindert.

Alternativen

Will man gleichwohl das Vorverfahren wie das nachfolgende Verfahren verbessern und effektivieren, so bieten sich dazu folgende Maßnahmen an:

- Verzicht auf die Zusendung eines Schuldenbereinigungsplans im vorgerichtlichen Verfahren, wenn eine Quote von nicht mehr als 5% erreichbar ist. Beizubehalten ist jedoch die Einbeziehung der Gläubiger und die Erstellung eines Gläubiger und Forderungsverzeichnisses.

- Einführung einer Festvergütung für die Bestellung eines Sachverständigen in Verbraucherinsolvenzverfahren zur Ermittlung und Aufklärung der Vermögensverhältnisse auf 250,- bis 350,- Euro im JVEG, um vereinzelt immer noch vorkommende exzessive Gutachtenaufträge von Anfang an zu verhindern.
- Vollständige Streichung von § 114 InsO der außergerichtliche Schuldenbereinigungen erschwert und eine nicht gerechtfertigte Privilegierung von Lohnabtretungen enthält
- Generelle Zulassung des Insolvenzplanverfahrens auch für Verbraucher, d.h. Streichung des so auch im Gesetzentwurf vorgesehenen Verbotes in § 312 Abs.2 InsO um auf diese Weise nicht nur den Insolvenzplangedanken zu forcieren, sondern damit auch eine weitere Möglichkeit der Verkürzung der Verfahren zu erreichen, da mit der Annahme eines Insolvenzplans – die immer die aktive Einbeziehung der Gläubigerschaft voraussetzt - zugleich auch die Restschuldbefreiung eintritt. Ein Verfahren das derzeit sehr erfolgreich für ehemals Selbständige, Freiberufler etc. praktiziert wird
- Anhebung der Beratungsgebühr im Rahmen der Beratungshilfe für den außergerichtlichen Einigungsversuch auf ca. 250 bis 350,- Euro, statt der beabsichtigten, völlig kontraproduktiven Kürzung auf 60,- (!) Euro, um auf diese Weise außergerichtliche Bemühungen gerade der Anwaltschaft und mithin eine Entlastung der Gerichte zu unterstützen. Mit der Zulassung der Möglichkeit eines Insolvenzplanverfahrens auch für Verbraucher verändert sich auch die außergerichtliche „Verhandlungsstruktur“ positiv, da die Blockadehaltung einzelner Gläubiger zügig überwunden werden kann.

**c. Kein Wegfall der Eröffnungswirkung oder: Wegfall der Eröffnung in masselosen
Stundungsverfahren nur unter Beibehaltung des „starken“ Treuhänders und
Feststellung zumindest der Forderungen aus unerlaubter Handlung**

Grundsatz: Kein Wegfall der Eröffnungswirkung aus verfassungsrechtlichen Gründen

Abweichend von den Vorschlägen der Bund-Länder-Kommission und völlig systemfremd sieht der vorliegende Entwurf in masselosen Verfahren weder einen Insolvenzbeschlagnahme und eine Einzelvollstreckungssperre noch eine Verfahrenseröffnung bei kostendeckendem Neuerwerb vor und verstößt damit in massiver Weise gegen die Institutsgarantie des Insolvenzverfahrens, denn nunmehr ist das Schuldnervermögen, anders als in Fall der Eröffnung, zu keiner Zeit mehr vor Verfügungen des Schuldners geschützt. Dass die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung auch ohne kostendeckende Vermögensmasse im Kern einem Verfassungsgebot entspricht, rechtfertigt nicht das bisher durch die Stundung gewährleistete und nun erfolgende Absehen von der Beschlagnahme und Sicherung des schuldnerischen Vermögens, weil es dem seit mehr als einem Jahrhundert anerkannten Grundsatz der effektiven Haftungsrealisierung für die Gläubiger widerspricht. Dies wird insbesondere dann gravierend, wenn im Entschuldungsverfahren bislang unentdeckte Vermögenswerte auftauchen, da gerade in diesen Fällen der Insolvenzbeschlagnahme und das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung besonders geboten sind. Die Abweichung von der institutionellen Garantiewirkung des Insolvenzverfahrens kann insbesondere nicht mit der Ressourcenknappheit der Justiz begründet werden, da es sich bei dieser Gewährleistungsgarantie um den Kernbestand der einzelvollstreckungsrechtlichen Beschränkung der Gläubigerrechte handelt, die zu garantieren der Rechtsstaat verfassungsrechtlich verpflichtet ist. Aus der Sicht des Sachverständigen ist daher die Beibehaltung der allgemeinen insolvenzrechtlichen Eröffnungswirkung und damit auch der gegenwärtigen verfahrensrechtlichen Gestaltung verfassungsrechtlich unverzichtbar. Ein Verstoß dagegen beeinträchtigt die Gläubigergesamtheit in verfassungsrechtlich erheblicher Weise.

Ausnahmeregelung Nichteröffnung: Nur unter vollständiger Wahrung der Rechte der Gläubiger

Grundsätzlich kann der Verzicht auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Fällen der
Masselosigkeit nur dann ein probates Mittel sein, die Verfahren insgesamt zu beschleunigen
und auch in anderer Weise effektiver zu gestalten, wenn dadurch die Rechte der Gläubiger
nicht nachhaltig beeinträchtigt werden.

Dies setzt aber, anders als von der BReg beabsichtigt, ein effizientes, vorrangig die Interessen
der Gläubiger angemessen berücksichtigendes Verfahren voraus, das sich an den
verfassungsrechtlichen Vorgaben orientiert und nur dann umgesetzt werden sollte, wenn es
sich wie folgt gliedert:

- Stellt das Gericht fest, dass keine Aussicht für die Annahme eines
Schuldenbereinigungsplans besteht und die Kosten nicht aus dem Vermögen des
Schuldners gedeckt werden können, kündigt das Gericht entsprechend § 289 InsO die
Einleitung des Restschuldbefreiungsverfahrens für den Schuldner per Beschluss an.
- Dieser Beschluss ist allen bekannten Gläubigern mit der Aufforderung zu übersenden
binnen einer Ausschlussfrist aus ihrer Sicht bestehende Versagungsgründe geltend zu
machen und zugleich ausgenommene Forderungen nach § 302 InsO anzumelden.
Hierzu zählen insbesondere auch Unterhaltsansprüche sowie Forderungen aus
unerlaubter Handlung. Ohne eine solche Feststellung zu Beginn des Verfahrens
würden alle damit verbundenen Probleme auf viele Jahre später „vertagt“ und dann
vor den Vollstreckungsgerichten ausgetragen. Aus diesem Grund ist auch die im
Entwurf vorgesehene Hemmung der Verjährung kontraproduktiv und gibt den
Gläubigern Steine statt Brot.
- Zugleich wird mit der Beschlussfassung ein vorläufiger Treuhänder mit einem
beschränkten Aufgabenkreis bestellt, damit es nicht zu einer treuhänderlosen Zeit
kommt, die z.B. die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen verhindert und zugleich
die Möglichkeit eröffnet, von den Gläubigern vorgebrachte Versagungsgründe sowie
ausgenommene Forderungen durch den Treuhänder vorprüfen zu lassen und damit
zugleich die Gerichte zu entlasten.

- Ergeben sich nach Ablauf der Frist keine Versagungsgründe ist sodann das Verfahren nach § 291 InsO fortzusetzen.
- Diesem Treuhänder sind die Rechte eines Insolvenzverwalter analog § 313 Abs. 1 InsO zu übertragen, ohne den bisher in § 313 Abs. 2 und 3 InsO vorgesehenen Ausschluss des Anfechtungsrechts oder des Verwertungsrechts, da nur auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass zum einen Rückflüsse beigetrieben werden können und der Treuhänder in effektiver Weise auch sonst gegen den Schuldner vorgehen kann.
- Erfolgen im Verlauf des weiteren Verfahrens Zuflüsse so hat der Schuldner dies dem Treuhänder und dem Gericht gegenüber zu offenbaren. Ist der Zufluss erheblich und deckt die entstehenden Kosten, so dass eine Verteilung an die Gläubiger als geboten erscheint, weil sie jenseits der Kostendeckung 5% Quote übersteigt, ist das ein Insolvenzverfahren von Amts wegen zu eröffnen. Die zu diesem Zeitpunkt bekannten Gläubiger sind unmittelbar und die unbekannt durch öffentliche Bekanntmachung zur Anmeldung der Forderungen bei Treuhänder – wiederum binnen einer gesetzlichen Ausschlussfrist – aufzufordern. Das weitere Verfahren gestaltet sich sodann wie in einem „normalen“ Insolvenzverfahren.
- Zur Abgeltung seiner Tätigkeit erhält der Treuhänder im ersten Jahr eine von der Stundung umfasste und gesetzlich fixierte pauschale Vergütung von ca. 300,- Euro und in den Folgejahren jeweils eine pauschale Vergütung von 120,- Euro p.a., die unter den o.g. Voraussetzungen vom Schuldner aufzubringen und nur bei vom Schuldner nachgewiesener Mittellosigkeit aus der Staatskasse zu entrichten ist.

Im Ergebnis wird deutlich, dass ein Verzicht auf die Eröffnungswirkung zwar rechtlich „machbar“ ist, im Ergebnis aber aus verfassungsrechtlichen Restriktionen notwendig zu einem Verfahren führt, das gegenüber dem gegenwärtig praktizierten keine wirklichen Vorteile erbringt und zu erheblichen Mehrbelastungen führt.

4. Übernahme zielführender Regelungen aus dem Entwurf

Die in der Novellierung vorgesehenen Erweiterungen und die Harmonisierung der Versagungsgründe sind grds. zu begrüßen, sie können problemlos im Rahmen der bisher geltenden Rechts zur Anwendung gebracht werden, da sie Schwachstellen der bisherigen Rechtsanwendung korrigieren. Dazu gehören insbesondere:

- Einführung der Zulässigkeit eines Antrags nach § 290 Antrag auch vor dem Schlusstermin (§ 290 Abs.1 RegE)
- Erweiterung des Kataloges der „Versagungs-Straftaten“ um erhebliche Eigentums-, Vermögens- und Steuerstraftat, wenn dies zum Nachteil des Antragstellers oder eines Gläubigers erfolgt ist (§ 290 Abs.1 Ziff.1a RegE)
- Bei Versagung gem.§ 290 Ziff.5 und Ziff.6: Sperrfrist für Neuantrag 3 Jahre
- Neueinführung § 290 Abs.1 Ziff.7: Versagung bei Verletzung gesetzlicher Antragspflichten als Organ
- Amtswegige Versagung „nur“ bei § 290 Ziff.1 und Ziff.3
- „Harmonisierung“ der Versagungsgründe über § 297 a RegE für nachträglich bekannt gewordene Versagungsgründe i.S.v. § 290 (Frist: 6 Monate ab Kenntnis)

Zusammenfassung

Auf die Umsetzung des vorliegenden Entwurfes sollte in der jetzt vorliegenden Form verzichtet werden, stattdessen sollte das bestehende System an einigen Stellen korrigiert und insgesamt gestärkt werden.

Der vorliegende Gesetzentwurf löst die in der Praxis weitgehend gelungene Umsetzung des Verbraucherinsolvenzverfahren und der Restschuldbefreiung durch eine in sich widersprüchliche und die Rechte der Gläubiger massiv beeinträchtigende Neuregelung ab, die auf Jahre zu erheblichen Mehrbelastungen der Justiz führt und eine erneute Phase bestehender Rechtsunsicherheiten einläutet. Diese Regelung ist verfassungsrechtlich in hohem Maße bedenklich und verlässt einen durch Rechtsprechung und Literatur weitgehend gesicherten Rechtsraum zugunsten einer rein fiskalisch motivierten Kreierung einer Vielzahl neuer Rechtsfiguren, führt zu Anwendungs- und Umsetzungsprobleme und Rechtsunsicherheiten, die zudem zu einer massiven Mehrbelastung der Justiz über Jahre führen wird und in

einseitiger und unberechtigter Weise Schuldner bevorzugt und die Stellung der Gläubiger nachhaltig schwächt. Es sollte daher an den bisherigen Grundregelungen des Verbraucherinsolvenzverfahren, insbesondere der Stundung, der Eröffnungswirkung und der Feststellung der Forderungen festgehalten werden. Eine vorzeitige Erlangung der Restschuldbefreiung ist kontraproduktiv und daher auch abzulehnen. Die nicht substantiiert dargelegte noch gar bewiesene unzumutbare Belastung der Justizhaushalte besteht tatsächlich nicht, sie kann daher auch nicht unter Hinweis auf die angebliche Knappheit vorhandener Justizressourcen den Eingriff in verfassungsrechtlich gesicherte Positionen rechtfertigen. Sofern an eine Gesamtreform des Verbraucherinsolvenzverfahren und der Restschuldbefreiung ernsthaft gedacht wird, sollten in jedem Fall zunächst empirische Erhebungen vorgenommen werden, um eine solch tief greifende Beeinträchtigung gewachsener und rechtsstaatlich notwendiger Parameter auf eine solide Entscheidungsgrundlage zu stellen.

II. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren (GAVI) BT-Drs. 16/7251

Der vorliegende Entwurf geht in seltener Treffsicherheit an allen relevanten und von ihm selbst benannten Problembereichen vorbei und nimmt bedauernswerte Einzelfälle kriminellen Handelns zum Anlass Scheinlösung vorzuschlagen, ohne das zentrale Problem derzeitiger Insolvenzabwicklung überhaupt nur zu erwähnen. Der Entwurf regelt im Ergebnis „Probleme“, die keiner Regelung bedürfen, weil sie Folge qualitativ schlechter Arbeit von Insolvenzverwaltern sind und spart all die Dinge aus, die dringend einer Regelung bedürft hätten, insbesondere das vorhandene Qualitätsproblem durch eine qualifizierte Auswahl zu lösen. Damit träte, ohne jedes Einschreiten des Gesetzgebers, eine weit über den Entwurf hinausgehende Besserstellung aller Beteiligten ein, während die vorliegende Novellierung oberflächlich retuschiert, was nachhaltig geändert werden muss.

Die mit den beabsichtigten Regelungen verfolgten Problembereiche sind Ergebnis zweier sich schneidender negativer Entwicklungslinien der gegenwärtigen Abwicklung von Insolvenzverfahren:

1. Der von dem Entwurf erst als notwendig herbeizuführend genannte Zustand der qualifizierten Berichterstattung und Gutachtenerstellung ist bereits heute bei professionell und auf hohem Qualitätsniveau arbeitenden Insolvenzverwaltern selbstverständlich und wird von diesen in vielen Bereichen deutlich übertroffen. Die angeblich zu lösenden Probleme stellen sich daher nur vor dem Hintergrund mangelnder Qualifikation tätiger und gerichtlich bestellter Verwalter, da die Auswahl der Insolvenzverwalter sich immer noch weitgehend an Formalkriterien festmacht, statt sich am wirtschaftlichen Erfolg und an deren wirtschaftlicher Kompetenz zu orientieren (vgl. dazu den nachfolgenden Entwurf zur Veränderung dieser Situation). Die auch von dem Sachverständigen in den vergangenen Jahren vorgenommenen Feldforschungsprojekte haben deutlich gemacht, dass die notwendig hohen Anforderungen an das Tätigsein und Tätigwerden eines Insolvenzverwalters von einer großen Zahl der gleichwohl bestellten Insolvenzverwalter nicht erfüllt werden, da es ihnen an der dafür notwendigen Professionalität und dem wirtschaftlichen Know-how fehlt, ohne dass dies von den Gerichten überhaupt als fehlerhaftes Handeln erkannt

wird, geschweige denn einer Aus- oder Abwahlentscheidung zugrunde gelegt wird. Würde man mithin die Kriterien für die (Vor-)Auswahl der Insolvenzverwalter u.a. auch an die vorgenannten Kriterien binden, würden sich die vom Entwurf benannten Probleme weitgehend von selbst lösen.

2. Der Entwurf folgt zudem einem immer noch weit verbreiteten Irrtum, dass nämlich die bzgl. Professionalität der Auswahl und Kontrolle der Insolvenzverwalter an die Insolvenzgerichte gestellten Anforderungen von diesen auch tatsächlich erfüllt werden, obwohl sie dazu ganz überwiegend – vornehmlich auch aufgrund „sparsamer“ Haushaltsführung der Ländern - weder personell noch von der Ausstattung sowie der Aus- und Weiterbildung wirklich in der Lage sind. Das bedeutet, dass eine Vielzahl der im geltenden Recht den Gerichten zugewiesenen Aufgaben von diesen überhaupt nicht, nur schlecht und schleppend oder schon gar nicht mehr erfüllt werden. Dies geht soweit, dass teilweise auch originäre gerichtliche Zuständigkeiten wie z.B. die Prüfung der Schlussrechnungen mehr und mehr flächendeckend auf die sich neu bildende Gruppe der „Schlussrechnungsprüfer“ als Dienstleister für die Justiz verlagert werden. Diese wiederum sind für die Aufgaben vielfach nicht qualifiziert, sondern sind oft ebenfalls Insolvenzverwalter, die sich dadurch ein Zubrot versprechen, dass sie konkurrierende Verwalter prüfen. Deren Bestellung erfolgt zudem zu Lasten und auf Kosten der Gläubiger, die über die Zahlung der Gerichtsgebühren hinaus bei eh schon schmalen Quoten nun auch noch mit weiteren Kosten belastet werden, weil die Justiz sich weder personell noch sachlich zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben in der Lage sieht. Nach dem Entwurf würden nunmehr all diese Aufgaben – derer sich die Justiz gerade zu ihrer Entlastung entledigt – zurück verlagert, sodass die Schlussfolgerung des Entwurfes, es entstehe durch ihn kein Vollzugsaufwand, den Betrachter nur ratlos zurücklässt, denn damit würden die schon bestehenden Probleme noch potenziert.

Vor diesem Hintergrund nunmehr weitere – überflüssige - Aufgaben auf die eh schon überforderte Justiz zu verlagern, kann nur als Scheinlösung ohne praktischen Nutzen bezeichnet werden, weil sie nicht zur Minderung oder gar zu einer Verbesserung der bestehenden Misere beiträgt, sondern diese nur potenziert. Solange sich die Länder der Verantwortung für fachlich und personell gut ausgestattete Personal entziehen, das mit den von ihnen zu beaufsichtigenden Insolvenzverwaltern auf Augenhöhe arbeiten kann,

sollten Vorschläge, die keine Aussicht auf Verbesserung der tatsächlichen Lage haben, nicht weiter verfolgt werden.

Hinzu kommt, dass viele der vorgeschlagenen Lösung nicht nur praxisfern, sondern auch noch schlicht kontraproduktiv sind, wie z.B.

- die völlig künstliche Trennung von Eröffnungsbeschluss und Terminbestimmung, die allein dazu dient eitle Gruppeninteressen der Rechtspflegerverbände zu bedienen, während in der Praxis seit Jahrzehnten problemlos alle Anordnungen in einem Beschluss zusammengeführt werden;
- die Übermittlung von Verurteilungen eines Insolvenzverwalters nur an das Insolvenzgericht am Kanzleisitz des Verwalters, nicht jedoch an alle Insolvenzgerichte bei denen er bestellt wird (was nicht notwendig am Kanzleisitz ist), sodass man sich unwillkürlich fragt, wessen Interessen bei einer Treuhänderschaft über fremdes Vermögen geschützt werden sollen;
- die zwanghafte Zwischenberichtspflicht nach 6 Monaten in § 58 Abs. 2, obwohl es in vielen Verfahren in der Tat nach 6 Monaten nichts zu berichten gibt, in anderen wiederum kürzere Fristen notwendig wären;
- Zulassung von Kontenbeständen in „geeigneter Form“, mithin Verzicht auf Originalbelege der Bank, was dolos handelnde Verwalter – wie z.B. in Hannover – in ihrem kriminellen Handeln bestärken und dies erleichtern wird;
- die folgenlose Forderung nach einer Begründung für die Anzeige der Masseunzulänglichkeit etc. etc.

Wollte man stattdessen wirklich die Transparenz erhöhen und die Beteiligung der Gläubiger stärken, so wären folgenden Regelungen dringend notwendig:

- Vorgabe transparenter Buchführung und eines Kontenrahmens durch sog. Verlaufskonten, bei denen Aufwand und Ertrag gegliedert und dadurch Mittelherkunft und Mittelverwendung auf einem Blick erkennbar wird;
- Vorgabe einer an der Wertschöpfungskette des Verfahrens orientierten buchhalterischen Darstellung, gegliedert nach Anfechtung, Haftung, Debitoreneinzug etc. stattdessen wird festgehalten an einer völlig intransparenten Einnahmen-Ausgaben-Rechnung ohne nähere Konkretisierung;

- Einführung einer an den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung orientierten Eröffnungs- und Schlussbilanz, die so transparent gestaltet ist, dass Gerichte wie Gläubiger die wirtschaftlichen Ergebnisse auf einen Blick ablesen können (Welche Handlung des Verwalters, hat zu welchem Zufluss an verteilungsfähigem Vermögen geführt? Welche Fremdkosten sind ausgelöst worden?)
- Einführung einer Genehmigungspflicht für die Beauftragung von Dienstleistern vor Abschluss eines Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrages
- Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung des Insolvenzverwalters an Verwertungs- oder sonstigen Dienstleistungsgesellschaften im Rahmen und im Umfeld von Insolvenzverwaltungen
- Fortlaufende Online-Berichterstattung für die Gläubiger mit Einsicht in den Stand der wirtschaftlichen Wertschöpfung

Allein die Kette der vorgenannten notwendigen, aber nicht erfolgten Regelung wirft die Frage auf, ob die vorgeschlagenen Scheinlösungen in Verkennung der gerichtlichen Praxis erfolgt sind oder ob nur der Eindruck von Transparenz vermittelt werden soll, aber die notwendige Transparenz tatsächlich unterbleibt, weil sie nicht gewollt oder nicht erkannt worden ist.

Angesichts der massiven Mängel in ca. 80% aller Gutachten, Berichte und Schlussrechnungen (vgl. zuletzt die Darstellung einer bundesweiten Erhebung bei Haarmeyer/Beck ZInsO 2007, 1065ff.) ist dringend zu fordern, dass sich der Gesetzgeber dieses Problems zum einen dadurch annimmt, dass die Auswahl der Personen, die zu Treuhändern fremden Vermögens bestellt werden, deutlich an der wirtschaftlichen Kompetenz, dem wirtschaftlichen Erfolg und an der notwendigen hohen Qualifikation orientiert wird und dass zudem eine Rechnungslegung verpflichtend eingeführt wird, die den o.a. Anforderungen an transparentes Verwalterhandeln im Interesse der Gläubiger und Gericht folgt. Dies alles wird auf der Ebene der Leistungsspitze deutscher Verwalter schon seit langem gewährleistet, sodass ein Inkrafttreten des Entwurfes insoweit auch ein deutlicher Rückschritt hinter bereits erreichte Standards wäre.

Die Differenziertheit insolvenzrechtlicher Verfahren erfordert transparente, flexible und effektive Regelungen, nicht jedoch die Einführung kleinteilig durchgegliederter Formulare, die ohne einen wirklichen Qualitätsgewinn die eh schon überlasteten Gerichte mit weiteren nutzlosen Tätigkeiten belasten.

Zusammenfassende Würdigung

Der vorliegende Entwurf sollte nicht weiter verfolgt werden, vielmehr sollte vorrangig das Ziel verfolgt werden, die Qualität und den wirtschaftlichen Erfolg von Insolvenzverfahren durch eine qualitativ orientierte (Vor-)Auswahl der Verwalter zu verbessern, in dessen Folge sich dann bei steigenden Quoten und transparenter Verfahrensführung auch die aktive Beteiligung der Gläubiger verbessern wird – ohne dass es dazu einer gesetzgeberischen Regelung bedarf.

III. Vorschlag des Sachverständigen Prof. Dr. Haarmeyer für den Entwurf eines

Gesetzes zur Effizienzsteigerung und Verbesserung der Verwalterauswahl im Insolvenzverfahren

Allgemeine Problembeschreibung

Die gegenwärtige Situation des Insolvenzrechts wird maßgeblich durch folgende Kriterien negativ geprägt:

- Zersplitterung der Zuständigkeiten auf mehr als 180 Gerichte, in denen vielfach Richter/Rechtspfleger nur mit einem Bruchteil ihres Arbeitspensums in Insolvenzsachen tätig sind, obwohl die Komplexität der Verfahren und die Schwierigkeit der Auswahl des „richtigen“ Verwalters sowie die hohen Anforderungen an die Aufsichts- und Kontrollfunktion eine hohe Professionalität auf der Seite der Justiz erfordert.
- Für die Aufdeckung der Verschiebung von Schuldnervermögen und einer schlechten Insolvenzverwaltung sowie der Überwachung der Verwalter und Überprüfung erzielter Ergebnisse sind die allermeisten Gerichte weder personell noch sachlich ausgestattet, da dies u.a. erhebliche Kenntnisse des Rechnungswesens und der Bilanzierung, des Anfechtungs- und Gesellschaftsrechtes, sowie der Nachverfolgung von Geld- und Finanzströmen erfordert. Die den Gerichten gegenwärtig nur mögliche Betrachtung eines einzelnen Verfahrens erlaubt auch keine differenzierte Betrachtung oder Erhebung langfristig verfolgter strategischer Abwicklungskonzepte und – methoden des jeweiligen Verwalters, sowie dessen „Erfolge“.
- In einem schrumpfenden Markt konkurrieren ca. 1.800 Personen (mehr als 95% Rechtsanwälte) um die Bestellung als Insolvenzverwalter, begleitet von einem ständig größer werdenden Kreis sog. Dienstleister, die in wachsender Zahl daran interessiert sind, das Schuldnervermögen „unter sich“ zu verteilen, statt vorrangig die Interessen der Gläubiger zu bedienen. Dieses ständige Anwachsen führt zu einer zunehmenden existentiellen Gefährdung gerade der Büros, die mit einem hochqualifizierten Mitarbeiterstamm höchstpersönlich die Abwicklung von Insolvenzverfahren gewährleisten und außerordentlich gute Erfolge dabei erzielen.
- Geht man als statisch gesicherter Feststellung davon aus, dass ein auf hohem, professionellen Niveau und mit großem Erfolg für die Gläubiger arbeitendes Verwalterbüro im Durchschnitt ca. 25 – 30 Unternehmensinsolvenzverfahren zur

Sicherung des Qualitätsstandards benötigt, so besteht in Deutschland ein objektiver Bedarf an ca. 500 Verwaltern, die dann auch auf einem internationalen Standard arbeiten könnten, der sie weltweit konkurrenzfähig macht.

- Die Qualität der Insolvenzabwicklung hat in den vergangenen Jahren aufgrund einer vielfach nur an Formalkriterien orientierten Auswahl der Verwalter und aufgrund des steigenden Konkurrenzdrucks dramatisch abgenommen, zugleich erhöhen rückläufige Verfahrenszahlen die Versuchung, eigene Kosten auf Dritte zu „verlagern“. Die vorliegenden Zahlen verschiedener Erhebungen machen Weise deutlich, dass es einen massiven Qualitätsunterschied zwischen den Selbstdarstellungen von Verwaltern und der von ihnen betriebenen Abwicklung und ihren Ergebnissen für die Gläubiger gibt. Dies führt nicht nur zu völlig unzureichenden Quoten für die ungesicherten Gläubiger, sondern insgesamt zu gesamtwirtschaftlichen Verlusten in zweistelliger Milliardenhöhe durch zu Unrecht nicht eröffnete, aber auch nach Eröffnung nicht aufgefundene oder nicht durchgesetzte Ansprüche.
- Die im Rahmen verschiedener gerichtlicher wie wissenschaftlich basierter Projekte erhobenen Daten der vergangenen Jahre zeigen bei vergleichbaren Verfahrensstrukturen und unter Einbeziehung mehrjähriger Durchschnittswerte zwischen den bestellten Verwaltern enorme qualitative Differenzen. So schwanken die Durchschnittswerte z.B. bei den Empfehlungen zur Eröffnung von Insolvenzverfahren bei Kapitalgesellschaften zwischen 15% und 95%, bei den Befriedigungsquoten für die ungesicherten Gläubiger zwischen 0,5% und 22%, bei den Anfechtungsquoten zwischen 8% und 92% und bei den Verwaltungs- und Verwertungskosten im eröffneten Verfahren zwischen 19% und 92% - der sich daraus bildende Eindruck ist auf Seiten der Gläubiger verheerend und beeinträchtigt massiv negativ die Einstellung und das Urteil über Insolvenzverfahren und Insolvenzverwalter!!
- Obwohl auch auf Seiten der Gläubiger gesicherte Informationen und Kenntnisse über die Qualität der Insolvenzverwaltung vorliegen, haben diese bisher keine Möglichkeit ihr Wissen in den Auswahlprozess des Gerichts einzubringen. Die Auswahl des „falschen“ (vorläufigen) Verwalters kann jedoch bereits in der Zeit vor oder nach Eröffnung des Verfahrens zu irreversiblen Schäden führen, die auch durch die spätere Wahl eines anderen Verwalters im Rahmen der ersten Gläubigerversammlung faktisch nicht mehr geändert werden können.

Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend wenige gesetzgeberische Handlungen empfohlen, auf deren Basis jedoch eine berechtigte Aussicht besteht, die vorgenannten Missstände in sehr kurzer Zeit positiv zu verändern.

1. Neufassung von § 2 Abs. 2 InsO

(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, zur sachdienlichen Förderung oder schnelleren Erledigung der Verfahren durch Rechtsverordnung anstelle des nach Absatz 1 zuständigen Amtsgerichts ein anderes Amtsgericht im Bezirk des Landgerichts oder ein Amtsgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zum Insolvenzgericht zu bestimmen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen“

Die vorstehende Regelung sollte zur Ermöglichung der sachgerechten Umsetzung in den Ländern erst ca. 6 Monate nach Verkündung des Gesetzes in Kraft treten

Begründung

Die Insolvenzabwicklung in Deutschland leidet ganz maßgeblich darunter, dass statt der ursprünglich vom Gesetzgeber gewollten und fachlich notwendigen Konzentration auf die 116 Amtsgerichte am Sitz der Landgerichte inzwischen an 188 Amtsgerichten Insolvenzverfahren abgewickelt werden. Nach Inkrafttreten der InsO hat keines der Bundesländer von den Möglichkeiten der Konzentration Gebrauch gemacht, sodass vornehmlich in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein „Bruchteilsgerichte“ für die Abwicklung auch von komplexen Unternehmensinsolvenzverfahren zuständig sind, ohne dass ein Richter oder Rechtspfleger sich ausschließlich mit dieser Materie befassen kann.

In nicht wenigen Fällen werden Verfahren von auch überregionaler Bedeutung von einem Richter geführt, der sich nur zu 10% seiner Arbeitskraft mit dem Insolvenzrecht beschäftigen kann. Vor diesem Hintergrund ist die vorgesehene Konzentration der Zuständigkeiten und die damit verbundene Beschränkung der Insolvenzgerichte um zunächst ca. 40% (mit der weitergehenden Möglichkeit der Konzentration bei nur einem Gericht für mehrere Landgerichte) ein probates Mittel zur Verbesserung der

Qualität auf Seiten der Justiz wie der Verwalterschaft, die gewährleistet dass die aufsichtsführenden Richter und Rechtspfleger den Verwaltern auch aufgrund ihrer intensiven Beschäftigung mit dem Insolvenzrecht und dessen wirtschaftlichen Implikationen auf Augenhöhe begegnen können. Die Verwalterauswahl ist für den Insolvenzrichter haftungsträchtig und erfordert einen der Kenntnisbreite der Insolvenzverwalter angemessenen ausgebildeten, berufserfahrenen Insolvenzrichter und -rechtspfleger (Uhlenbruck/Mönning, ZIP 2008, 157, 166; BAKinsO ZInsO 2007, 489; Heyrath ZInsO 2006, 1196, 1198 ; Ries BJ 2006, 406, 411). Dem sollte durch die Konzentrationsmaxime in § 2 Abs. 2 Rechnung getragen werden (Bergner, NZI 2007, 642; Frind DRiZ 2006, 199; Messner DRiZ 2006, 329, 331; Vallender INDAT-Report 9/2006, S. 11). Auch die Gerichtspräsidien sind gefordert, keine Berufsanfänger (die Zeitgrenze aus § 22 Abs. 6 GVG ist zu niedrig) und häufig wechselnde Abteilungsrichter als Insolvenzrichter einzusetzen, wofür durch die erhöhte Konzentration der Insolvenzgerichte hin zu wirtschaftsorientierten „Spezialgerichten“ ein Zeichen gesetzt werden kann, ohne in die Unabhängigkeit der Präsidien einzugreifen.

Die Konzentration hätte zudem die positive Folge, dass sich damit „automatisch“ der Kreis der zu bestellenden Verwalter reduziert und die bei vielen kleinen Gerichten (vgl. dazu die Ergebnisse einer bundesweiten Studie bei Haarmeyer/Beck ZInsO 2007, 1065ff.) zu beobachtende Bestellung von sachlich und persönlich nicht qualifizierten Verwaltern sowie der verbreitete „Verwaltertourismus“ zwecks „Einsammelns“ der Leistung bei möglichst vielen Insolvenzgerichten unterbunden werden könnte. Angesichts von derzeit 3 – 5 Vorstellungen von Verwaltern pro Gericht und Woche könnten allein mit dieser Maßnahme große Arbeitskapazitäten bei den Gerichten für die Bewältigung der „normalen“ richterlichen Tätigkeiten freigesetzt werden. Auch und gerade für die Fragen der künftigen Behandlung von Konzerninsolvenzen (vgl. dazu die konstruktiven Vorschläge von Hirte ZIP 2008, 444) oder der Beteiligung ausländischer Gläubiger und Investoren würde die Konzentration – in Verbindung mit dem nachfolgenden Vorschlag zu § 56 Abs. 1 InsO – zu einer besseren Vorhersehbarkeit der insolvenzgerichtlichen Zuständigkeit, des dort herrschenden Abwicklungsniveaus und der Qualität der Verwalterauswahl führen und zudem die Frage zersplitterter örtlicher Zuständigkeiten sachgerecht lösen, ohne dass es weitergehender gesetzlicher Regelungen bedürfte. Eine solche Konzentration führt

auch für die Verbraucherinsolvenzverfahren nicht zu nennenswerten Beeinträchtigung,
weil mit der Einführung des schriftlichen Verfahrens sowie des Wegfalls der
Möglichkeit einer Antragstellung beim Insolvenzgericht sich der Kontakt zwischen
Gericht und Verbraucher vornehmlich schriftlich vollzieht und ein Erscheinen vor
Gericht nur noch in Ausnahmefällen erforderlich ist.

2. Änderung von § 22 InsO

§ 22 Abs. 1 Nr. 3 InsO wird wie folgt ergänzt:

zu prüfen, in welchem Zeitraum die Insolvenz des Schuldners eingetreten ist
und ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken
wird;.....

Begründung

Der Eintritt der materiellen Insolvenz erfolgt bei Unternehmen nach seit vielen Jahren
gesicherten Erkenntnissen idR ca. 10 – 12 Monate vor der eigentlichen Antragstellung
und geht in der letzten Phase einher mit erheblichen Vermögensverschiebungen und
Begünstigungen einzelner, dem Schuldner nahe stehender Gläubiger oder Personen.
Die Feststellung des Zeitpunktes des Eintritts der materiellen Insolvenz ist daher
wegen der hohen volkswirtschaftlichen Schäden für die Öffentlichkeit, aber auch für
alle Gläubiger von wesentlicher Bedeutung, begründet zudem eine Vielzahl
haftungsrechtlicher Ansprüche und schafft letztlich erst die Basis für die
strafrechtliche Verfolgung z.B. der Insolvenzverschleppung (vgl. zu den damit
verbundenen Schwierigkeiten aufgrund unzureichender Gutachten Weyand, ZInsO
2008, 242; zur Frage der haftungsrechtlichen Relevanz einer Nichtfeststellung Pape
ZInsO 2007, 1080ff.). In der Praxis wird dieser Zeitpunkt jedoch in mehr als 90% aller
Eröffnungsgutachten nicht festgestellt oder ermittelt (zu den Ergebnissen vgl.
Haarmeyer/Suvacarevic ZInsO 2006, 953, 960, Kirstein ZInsO 2006, 966ff.), obwohl
ihm für die Eröffnungsentscheidung des Gericht entscheidende Bedeutung zukommt,
da auch zu erwartende Vermögenszuflüsse in die Entscheidung über die Eröffnung
oder Abweisung mangels Masse einzubeziehen sind. Die Straf- und/oder
Haftungsandrohung wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht läuft daher in der
Praxis weitgehend leer. Zur „Vermeidung“ von Anfragen der Staatsanwaltschaften
machen viele Insolvenzverwalter in ihren Gutachten keine Aussagen zum Zeitpunkt,
sodass eine Inanspruchnahme oder strafrechtliche Verfolgung unterbleibt, mit der

weiteren Folge, dass die Verfolgung und Rückabwicklung von Vermögensverschiebungen in ca. 50% aller Unternehmensinsolvenzen unterbleibt – zum Schaden der Gläubigerschaft und der öffentlichen Haushalte. Durch die vorgeschlagene Ergänzung in § 22 InsO wird die Effizienz in der Verfahrensabwicklung gestärkt, da es dann einer besonderen Begründung bedarf, warum trotz lange zurück liegender Insolvenz gleichwohl eine Abweisung mangels Masse empfohlen wird. Auf diese Weise kann zugleich die Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts gestärkt und die Eröffnungsquote erhöht werden. Die mit der Feststellung im Eröffnungsverfahren verbundenen Probleme einer exakten Fixierung des Zeitpunktes des Eintritts der materiellen Insolvenz werden auch nach Auffassung der Praxis mit der Notwendigkeit der bloßen Angabe eines „Zeitraums“ weitgehend gelöst.

3. Änderung in § 56 InsO

a) In § 56 Abs. 1 wird ein neuer Satz 2 und 3 eingefügt, der bisherige Abs. 2 wird Abs. 4:

„Bei der Vorauswahl und Bestellung eines Unternehmensinsolvenzverwalters sind insbesondere dessen unternehmerischen Fähigkeiten, seine bisherigen Erfolge sowie der Nachweis des wirtschaftlichen Umgangs mit dem treuhänderisch verwalteten Vermögen zu berücksichtigen. Anregungen der Beteiligten zum Anforderungsprofil eines zu bestellenden Verwalters bezieht das Insolvenzgericht in seine Entscheidung ein“

Das deutsche Insolvenzrecht leidet gegenwärtig nicht unter zu wenigen Insolvenzverwaltern, sondern an einem Überangebot fachlich und sachlich unqualifizierter und nicht hinreichend erfahrener Verwalter. Dies führt in der Folge zu einer faktisch unkontrollierten und für die Gerichte auch nicht zu kontrollierenden Schädigung der Schuldnervermögen mit der weiteren Folge, dass die verbreitete Erwartung der Gläubiger, die Insolvenz sei „das Ende“ und aus ihr auch nichts zu erwarten, durch dies Praxis bestätigt wird. Die damit verbundene Negation der Wertschöpfung im Interesse der Gläubiger (vgl. zu den dadurch eintretenden Schäden Kirstein ZInsO 2008, 131ff.) und der Sanierungsmöglichkeiten des

Insolvenzverfahrens trägt dazu bei, den schlechten Ruf der Insolvenz zu manifestieren.

Tatsächlich zeigen die Erhebungen der vergangenen Jahre – einschließlich aktueller Erhebungen einzelner Insolvenzgerichte wie z.B. in Hannover, Hamburg, Münster (vgl. zum AG Hamburg ZInsO 2008, 126ff.) - jedoch eindrucksvoll, dass durch professionellen und wirtschaftlich optimierten Umgang mit dem treuhänderisch verwalteten schuldnerischen Vermögen unter den Bedingungen des Insolvenzrechts nicht nur für die ungesicherten Gläubiger zweistellige Quoten erwirtschaftet werden können und die Sanierung der Unternehmen nebst eines Erhaltes einer Vielzahl von Arbeitsplätzen in vielen Fällen möglich ist, sondern auch, dass es für diese Qualität inzwischen mehrfach gesicherte Erhebungsmethoden und gerichtlich erprobte Parameter gibt, die eine Aussage zu guten und schlechten Insolvenzverwaltungen ermöglicht. Die bisher nur formelhafte Regelung der Auswahlkriterien des § 56 InsO bedarf daher einer qualitätsorientierten Konkretisierung, mit der insbesondere auch die Gerichte gestärkt werden sollen, die sich schon heute erfolgreich um eine Abkehr von nichts sagenden Kriterien wie der Mitgliedschaft in Verbänden, der Unterschrift unter Berufsgrundsätze etc. bemühen.

Durch die Aufnahme der vorgeschlagenen Konkretisierung der Anforderungen an einen Unternehmensinsolvenzverwalter, die im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG sowie den Bestrebungen der Uhlenbruck-Kommission zur Qualitätsverbesserung steht, wird auch für die Verkehrs- und Geschäftskreise deutlich, dass der Gesetzgeber die Missstände in der Praxis erkannt hat und den ernsthaften Versuch unternimmt, Verwalter, die das von ihnen treuhänderisch verwaltete schuldnerische Vermögen vornehmlich zur Befriedigung eigener Interessen und Bedürfnisse verwenden, aus dem Kreis der zu bestellenden Verwalter durch Formulierung positiver und allgemein anerkannter Qualitäts- und Erfolgskriterien auszuschließen. Dies entspricht den Anforderungen des BVerfG in seiner Entscheidung v. 23.5.2006 an die insolvenzrichterliche Vorauswahl: *„Erforderlich ist aber ein Verfahren, das dem Richter (Hervorhebung d.Verf.) nicht nur eine zügige Eignungsprüfung für das konkrete Verfahren ermöglicht, sondern ihm außerdem hinreichende Informationen für eine pflichtgemäße Ausübung des Auswahlmessens verschafft und verfügbar macht. Hierbei kommt insbesondere dem weithin üblichen Vorauswahlverfahren entscheidende Bedeutung zu. Es kann dem Richter einen*

Rahmen geben, der ihm trotz der Eilbedürftigkeit der Bestellungsentscheidung eine hinreichend sichere Tatsachengrundlage für eine sachgerechte Auswahlentscheidung im konkreten Insolvenzverfahren vermittelt (vgl. [BVerfGK 4, 1 <9>](#)). „Um diese Funktion erfüllen zu können, darf sich ein dem konkreten Insolvenzverfahren vorgelagertes allgemeines Vorauswahlverfahren nicht nur auf das Erstellen einer Liste mit Namen und Anschriften interessierter Bewerber beschränken. Es muss vielmehr auch die Erhebung, Verifizierung und Strukturierung der Daten gewährleisten, die nach der Einschätzung des jeweiligen Insolvenzrichters (Hervorhebung des Verf.) nicht nur für die Feststellung der Eignung eines Bewerbers im konkreten Fall maßgebend sind, sondern vor allem auch eine sachgerechte Ermessensausübung bei der Auswahl des Insolvenzverwalters aus dem Kreis der geeigneten Bewerber ermöglichen.“

Durch das hervorgehobene Moment der unternehmerischen Fähigkeiten sowie der in einem mehrjährigen Zeitraum (3-5 Jahre) erreichten Erfolge (z.B. durchschnittliche Quote, Durchsetzung insolvenzspezifischer Ansprüche, Erhalt von Arbeitsplätzen, Sanierung etc.) würde zudem der Gesetzgeber deutlich machen, dass das wirtschaftliche Ergebnis und die Fähigkeit zu unternehmerischem Handeln bestimmende Faktoren für die Auswahl und Bestellung sind. Das könnte zudem dazu führen, dass der gegenwärtig von Rechtsanwälten dominierte Markt der Insolvenzverwalter sich wieder hin zu wirtschaftlich erfahrenen und kompetenten anderen Personen (Diplom-Kaufleute, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer etc.) öffnet, zumal dieser Personenkreis nach der letzten großen Studie zur Konkursverwaltung in Deutschland in den 70er Jahren evident bessere Ergebnisse erzielt, als die „Nur-Juristen“. Dass dies auch heute noch der Fall ist, zeigen auch die aktuell vorliegenden Erhebungen und Feldforschungsprojekte verschiedener Hochschulen und Gerichte. Eine solche Konkretisierung der gesetzlichen Anforderungen an einen Insolvenzverwalter würde zudem auf breite Akzeptanz der deutschen Wirtschaft führen, die seit vielen Jahren über einen zunehmenden Qualitätsverfall deutscher Insolvenzverwalter klagt und zudem sicherstellen, dass die Spitze der deutschen Insolvenzverwalter auch im internationalen Maßstab die Anerkennung erfährt, die ihr gebührt. Mit der Aufnahme des Wortes „insbesondere“ wird unterstrichen, dass es neben den vorgenannten Kriterien eine Vielzahl weiterer, inzwischen auch durch die obergerichtliche Rechtsprechung anerkannter Kriterien gibt, die im Rahmen der

Vorauswahl und Auswahl Berücksichtigung finden können. Auf diese Weise können auch sog. „soft-skills“ in die Entscheidung einbezogen werden, ohne dass der Vorrang der wirtschaftlichen Kompetenz und des wirtschaftlichen Erfolges davon tangiert wird. Im Übrigen ist die gewählte Formulierung so offen, dass die Wege zur Feststellung bestimmter qualitativer oder erfolgsorientierter Merkmale bei der Vorauswahl und Bestellung von den Gerichten nach eigenem Ermessen bestimmt werden können, sei es durch eigene Feststellungen und Erhebungen oder aufgrund der Feststellung und Prüfung durch unabhängige Dritte.

Mit der Einfügung des neuen Satzes 3 wird den gestiegenen Anforderungen an verbreitet auch international ausgerichtete Insolvenzverfahren Rechnung getragen und zudem ein anzuerkennender Wunsch der Gläubigerschaft umgesetzt, mit einem Anforderungsprofil Kriterien zu benennen, die für eine erfolgreiche Insolvenzabwicklung des jeweiligen Unternehmens von Bedeutung sind. Mit dieser mittelbaren Gläubigerbeteiligung bei der Auswahl eines Verwalters wird zudem ein berechtigtes Anliegen der Uhlenbruck-Kommission umgesetzt, ohne die richterliche Unabhängigkeit dadurch einzuschränken.

b) Einfügung eines neuen Absatzes 2 in § 56 InsO, der bisherige Absatz 2 wird Absatz 4

„Auf der Grundlage objektiver, verifizierbarer und öffentlich bekannt gemachter Kriterien kann die Aufnahme von Insolvenzverwaltern in eine Vorauswahlliste auf den Kreis von bis zu 30 Personen beim jeweiligen Insolvenzgericht begrenzt werden. Um die Aufnahme in eine Vorauswahlliste kann sich jeder zur Übernahme von Insolvenzverfahren bereiter Insolvenzverwalter bewerben.“

Begründung

Die vorgeschlagene Regelung zur Strukturierung des Vorauswahlverfahrens nimmt die Entscheidungen des BVerfG zu dieser Frage auf und setzt sie in angemessener und praxisgerechter Weise um. Sie wendet sich zugleich gegen die immer noch verbreitete und unzulässige Praxis der sog. Scheinlisten, also der Aufnahme von Verwaltern auf eine Vorauswahlliste ohne, dass das Gericht damit die ernsthafte Absicht verfolgt, diesen Verwalter auch zu bestellen. Die Begrenzung der Vorauswahl-Liste ist nach den bisherigen Erfahrungen aus der Praxis im Anschluss an die Kodifizierung der

„Vorauswahl-Liste“ in Folge der ersten diesbezüglichen Entscheidung des BVerfG v. 3.8.2004 notwendig geworden, nachdem die Häufigkeit flächendeckender Bewerbungen von Insolvenzverwaltern bei gleichzeitig schrumpfendem Markt von Unternehmensinsolvenzverwaltungen zu Vorauswahl-Listen von 100 und mehr gelisteten Verwaltern geführt haben. Damit bedarf es einer notwendigen objektiven Berufsausübungsschranke, um einerseits die Übersichtlichkeit der Listen als tatsächlich handhabbares Instrument der Verwalterauswahl für den Insolvenzrichter zu erhalten und andererseits den vom BVerfG anerkannten Beruf des Insolvenzverwalters aufrecht erhalten zu können, indem von den Gerichten erwartete Qualität der Abwicklung, die entsprechende Vorhaltungen von Büro, Mitarbeitern und Equipment voraussetzt auch durch tatsächliche Übung in Bestellungen von Unternehmensinsolvenzverwaltungen erhalten werden kann.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung v. 23.5.2006 die „Vorauswahl-Liste“ als Entscheidungsinstrument des Insolvenzrichters zur Umsetzung einer vorgezogenen „Bestenauslese“ unter den möglichen Verwalter-Bewerbern gekennzeichnet, da der Insolvenzrichter in der konkreten Eilsituation des jeweiligen Antragsverfahrens mit sofortiger Notwendigkeit der Bestellung eines vorläufigen Verwalters nicht unter allen möglichen Bewerbern aussuchen und abwägen kann. Dieses Instrument vorgezogener Bestenauslese setzt damit Kenntnisse des Insolvenzrichters über die Fähigkeiten, Ausstattungen und Möglichkeiten der einzelnen, gelisteten Verwalter voraus, um eine zielgerichtete Auswahl des „passenden“ Verwalters zu ermöglichen. Damit muss die Vorauswahl-Liste in diesem Sinne überschaubar sein, d.h. der Insolvenzrichter muss die gewünschten Kriterien bei allen Bewerbern präsent haben können. Eine Liste mit 100 gelisteten Verwaltern erfüllt diese Anforderungen jedenfalls nicht mehr. Die Vorauswahl-Liste darf nicht dadurch entwertet werden, dass der Insolvenzrichter keinen Überblick über die Fähigkeiten der einzelnen Verwalter mehr hat.

Weiterhin führt eine „ausgeuferte“ Vorauswahl-Liste zu einer durchschnittlichen Bestellung der gelisteten Verwalter mit nur 1- 2 Unternehmensverwaltungen im Jahr, so dass die von der Praxis geforderte „Übung“ und Auslastung der Verwalterschaft zum Zwecke der Garantie von Qualität nicht erreichbar ist. Ergebnis wäre der „Gelegenheitsverwalter“ oder der nicht auskömmlich beschäftigte Insolvenzverwalter. Beide Varianten gefährden unmittelbar die sichere und qualitätsorientierte

Verfahrensabwicklung.

Der Gesetzgeber hat daher die mögliche Höchstanzahl gelisteter Verwalter in originärer eigener Zuständigkeit als objektive Berufsausübungsschranke iSd Art. 12 GG zu regeln. Bei der Findung der möglichen Platzhöchstanzahl der Vorauswahl-Listen kann der Gesetzgeber sich an der nach der Entscheidung des BVerfG v. 3.8.2004 herausgebildeten tatsächlichen Listen- und Bestellungspraxis aller deutschen Insolvenzgerichte orientieren. Nach statistischer Auswertung der im Jahre 2006/2007 getätigten Listenbestellungspraxis (tatsächliche Bestellungen) werden an den 185 deutschen Insolvenzgerichten (trotz Vorauswahllisten mit weit über 100 Verwaltern) durchschnittlich nur 12 Verwalter (Schwankungsbreite zwischen 2 und 50) pro Gericht bestellt (Zahl der insgesamt bestellten Verwalter geteilt durch 185 Gerichte) und es gibt überhaupt nur 9 Gerichte (= 4,8% aller Insolvenzgerichte) die in den Jahren 2006/2007 durchschnittlich mehr als 30 bestellt haben: München, Berlin, Hamburg, Frankfurt, Bonn, Köln, Saarbrücken, Chemnitz und Dresden, nämlich im Durchschnitt 39. Eine gesetzliche Begrenzung auf höchstens 30 gelistete Personen wird daher sowohl dem Anspruch der Überschaubarkeit wie der derzeitigen Praxis gerecht und ermöglicht den (nach der unter Ziffer 1. vorgeschlagenen Konzentration) verbleibenden ca. 100 Insolvenzgerichten unterhalb dieser Höchstgrenze eine flexible Gestaltung der Listungsanzahl je nach Bewerbungs- und Antragsaufkommen. Da es sich dabei um objektive und verifizierbare – mithin auch gerichtlich überprüfbare - Kriterien handelt, die eine erneute Entwicklung sog. „closed-shops“ von vornherein ausschließen, weil Bewerbungen auf diese zahlenmäßig begrenzten Listen durch überprüfbaren Beschluss zu bescheiden sind, kann auf diese Weise eine gleichmäßige Verteilung auf die Verwalter sowie die damit verbundene Sicherstellung eines hohen Qualitätsniveaus gewährleistet werden. Durch die gesetzliche Bestimmung des bedarfsorientierten Umfangs einer Vorauswahlliste wird zudem verhindert, dass sich regionale Begrenzungswerte ohne rechtliche Legitimation entwickeln.

4. Neufassung von § 67 Abs. 1 InsO

„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.“

Begründung

Es wird immer wieder beklagt, dass der Gesetzgeber in § 67 Abs.1 InsO einen „vorvorläufigen“ Gläubigerausschuss nicht oder nur sehr unklar geregelt hat. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass vor der Eröffnung keine Möglichkeit zur Institutionalisierung eines vorläufigen Gläubigerausschusses besteht (Pape ZInsO 1999, 675, 67 ; Vallender WM 2002, 2042; Uhlenbruck ZIP 2002, 1373; Jaeger-Gerhardt § 22 Rn. 174; Frege FS Pelzer, S.117 ff ; Münzel, ZInsO 2006, 1238, 1242; offen gelassen: LG Duisburg ZIP 2004, 729 [LG Duisburg 29.09.2003 - 7 T 203/03]; zur zustimmenden Begründung des RefEInsOÄndG Ehrlicke ZIP 2004, 2267). 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 eines Beteiligten oder auf amtswegige Initiative des Gerichtes gebildet werden können.

Sicherlich ist die Einsetzung eines solchen „vor-vorläufigen“ Gläubigerausschusses nur in Verfahren mit einiger wirtschaftlicher Bedeutung angezeigt. Sinnvoll und notwendig ist er zur Unterstützung des vorläufigen Verwalters bei Fragen der Betriebsfortführung, der Kontrolle bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten und der „vorgezogenen“ Verwertung entgegen § 159 InsO in notwendigen Fällen. Die Zustimmung des „vor-vorläufigen“ Gläubigerausschusses zu Maßnahmen des vorläufigen Verwalters kann für diesen mindestens zu einer Haftungserleichterung im

Bereich der §§ 60 , 61 InsO in Form einer Umkehr der Beweislast im eventuellen
Haftungsprozess führen.

Ein im internationalen Rechtsvergleich der insolvenzrechtlichen Regelungen im Punkt
„Gläubigerbeteiligung am Verfahren“ bedeutender Fortschritt und zugleich Lösung
der häufig beklagten mangelhaften Teilhabemöglichkeit der Gläubiger an der Auswahl
des Verwalters könnte ebenfalls durch den „vor-vorläufigen“ Gläubigerausschuss
erreicht werden. Durch die vorgeschlagene Regelung können Gläubiger paritätisch im
Rahmen der die Zusammensetzung des Ausschusses derzeit regelnden Norm des § 67
Abs.2 S.2 InsO am Insolvenzeröffnungsverfahren beteiligt werden, ohne dem
Insolvenzgericht in der Eilsituation der Notwendigkeit der Anordnung von
Sicherungsmaßnahmen die unmöglich zu erfüllende Aufgabe aufzuerlegen, sämtliche
Gläubiger an der Vorauswahl des Verwalters beteiligen zu müssen.

Dieser Ausschuss könnte dann dem Gericht bis zur Eröffnung des Verfahrens auch
Vorschläge zur Bestellung des endgültigen Verwalters unterbreiten: Entweder
Beibehaltung des vom Gericht bestellten vorläufigen Verwalters oder dessen
Ersetzung – allerdings gestützt auf substantiiertes Vorbringen zu Mängeln der
Abwicklung des Verfahrens durch den gerichtlich bestellten Verwalter. Die
Beteiligung von Gläubigern an der Verwalterauswahl im Eröffnungsverfahren
außerhalb eines Gläubigerausschusses oder direkt bei der Bestellung des vorläufigen
Verwalters empfiehlt sich nicht, da weder deren Repräsentativität noch deren
Kenntnisse vom Verfahrensgegenstand durch das Insolvenzgericht in der Eilsituation
notwendiger Sicherungsmaßnahmen überprüfbar sind und zudem die Gefahr besteht,
dass in unzulässiger Weise auf die Entscheidung des Gerichts zugunsten einzelner
Gläubiger oder Gläubigergruppen Einfluss genommen werden kann.

Der Gläubigerausschuss müsste sich im Eröffnungsverfahren „am Verfahren
beteiligen“ und in die Materie einarbeiten. Dies würde zugleich die Kontrolle der
Gläubigerschaft im Eröffnungsverfahren erhöhen (siehe § 160 InsO). Zum anderen
dürften die Empfehlungen für das Gericht keinen bindenden Charakter haben, sonst
würde der vorläufige Verwalter für die Gläubiger hinsichtlich von diesen gewünschter
oder missbilligter Maßnahmen, z.B. Anfechtung, „erpressbar“.

Mit einer solchen Regelung - w.o. genannt - wäre der Gläubiger(-vertretungs-)einfluss angemessen zu einem Zeitpunkt institutionalisiert, zu dem ein Auswechseln des Verwalters noch sinnvoll, aber nach den bereits gemachten Erfahrung nach Einleitung des Verfahrens auch substantiiert bereits begründbar ist.

Mit dem Einstimmigkeitserfordernis würde auch der Befürchtung Rechnung getragen, dass „Hauptgläubiger“ den Verwalter aus eigennützigen Motiven „abschießen“ wollen und zugleich den Interessen der betroffenen Arbeitnehmer hinreichend genüge getan. Die Regelung ist aufgrund des Erfordernisses „sachdienlich“ flexibel genug, um nicht in jedem Verfahren angewandt werden zu müssen und lässt dem Gericht einen Ermessensspielraum.