

**Prof. Dr. Heinz Vallender**  
**Weiterer aufsichtführender Richter am Amtsgericht Köln**  
**Honorarprofessor an der Universität zu Köln**

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung**  
**Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung**  
**der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen -**  
**BT-Drucks. 16/7416**

**1. Grundsätzliches**

Ich erlaube mir, mich in meiner Stellungnahme auf die Regelungen zum Entschuldungsverfahren zu beschränken.

Von der Grundkonzeption her ist der Regierungsentwurf zu begrüßen. Er verzichtet mit Recht bei masselosen Verfahren auf den erheblichen Aufwand, den das Durchlaufen eines Insolvenzverfahrens erfordert, indem er mittellosen Schuldern die Möglichkeit einer Entschuldung ohne zwingende Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch ein in das Insolvenzverfahren eingebettetes Entschuldungsverfahren eröffnet. Auch dieses Verfahren wird für den Fiskus indes nicht zum „Nulltarif“ zu haben sein. Es spricht einiges dafür, dass die Einschaltung eines vorläufigen Treuhänders im Verhältnis zum Stundungsmodell kostenmäßig günstiger sein wird; gleichwohl dürfte dieses Modell die Staatskasse nicht unerheblich belasten.

Aus diesem Grunde darf die Frage nach der zwingenden Notwendigkeit eines Entschuldungsverfahrens auch in diesem Gesetzgebungsstadium nicht ausgeblendet werden. Ich vermag nicht zu erkennen, dass bislang hinreichend geprüft worden ist, ob nicht die Rückflüsse in den auf Grund einer Stundungsentscheidung eröffneten IN- und IK-Verfahren weitgehend zu einer Verfahrenskostendeckung führen. Rechtspfleger und auch Verwalter haben übereinstimmend berichtet, dass es nicht wenigen Schuldern gelinge, im Laufe des Verfahrens aus dem pfändbaren Einkommen oder auf Grund von sonstigen Massezuflüssen zumindest einen Teil der Verfahrenskosten aufzubringen. Nach Angaben der Rechtspfleger des Amtsgerichts Köln beläuft sich der Rückfluss auf ca. 50% der anfallenden Verfahrenskosten.

Inzwischen liegt – soweit ersichtlich - eine erste Untersuchung zu dieser Thematik in Gestalt einer Diplomarbeit vor (vgl. *Grote/Müllers*, ZInsO 2006, 187). Danach wurden

683 Verfahren untersucht, davon 643 Verfahren, in denen Kostenstundung im Insolvenzverfahren gewährt worden war. Ausgewertet wurden Insolvenzverfahren, die zwischen dem 1.1.2002 und dem 31.12.2004 eröffnet wurden. Anhand der ermittelten Daten wurde festgestellt, dass bei fast einem Drittel (29,2%) aller Verfahren, in denen Kostenstundung gewährt worden ist, alle Kosten durch den Schuldner vollständig zurückgezahlt worden sind. In 20,4% der Verfahren wird nur ein Teil der Verfahrenskosten durch den Schuldner getragen – und zwar durchschnittlich i.H.v. 39% der Kosten. Bei 50,4% der Verfahren sind keine Rückflüsse an die Staatskasse zu erwarten. Möglicherweise decken sich diese Zahlen mit den Erfahrungen der Verwalter und Rechtspfleger. Die Aussagekraft dieser Studie ist zwar begrenzt. Da die Auswahl der ausgewerteten Akten nach dem Zufallsprinzip erfolgte, ist dem Ergebnis der Studie durchaus Bedeutung beizumessen. Ob eine 50% völlige Ausfallquote des Justizfiskus hinreichend Anlass ist, von dem Regierungsentwurf Abstand zu nehmen, entzieht sich meiner Beurteilung. Es sollte schließlich nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Einführung des Stundungsmodells die Justiz mit einer Vielzahl von Fragen der Schuldner konfrontiert werden wird. Treuhänder berichten immer wieder, dass sie für Schuldner häufig Ansprechpartner für eine Vielzahl von Problemen sind. Treuhänder nehmen dabei nicht nur eine befriedende Funktion sondern auch eine Ordnungsfunktion wahr. Bei Einführung des Stundungsmodells werden sich die Schuldner verstärkt an die Insolvenzgerichte wenden. Ob und in welchem Umfang diese Mehrbelastung der Rechtspfleger durch eine geringere Zahl von eröffneten IK- bzw. IN-Verfahren, die bislang mittels Stundung eröffnet worden sind, kompensiert werden wird, vermag ich nicht einzuschätzen.

## **II. Anmerkungen zu den Einzelbestimmungen**

### **Artikel 1 Nr. 36 a) aa)**

Mit Recht weist der Bundesrat in seiner Stellungnahme (Drucks. 600/07 S. 18/19) darauf hin, dass künftig der Qualität der Bescheinigung über eine erfolglose Durchführung des außergerichtlichen Einigungsversuchs sowohl für das Regel- als auch für das Verbraucherinsolvenzverfahren eine herausragende Bedeutung zukomme. Deshalb bedürfe es einer gründlichen Prüfung der vom Schuldner vorgelegten Unterlagen und einer eingehenden Beratung des Schuldners, um auch für masselose Fälle mit Aussichtslosigkeitsbescheinigung gerichtsfeste Unterlagen zu erstellen.

Ohne qualifizierte Prüfung besteht in der Tat die Gefahr eines weiteren Ausbreitens unseriöser Anbieter, die via Internet mittels Softwareangeboten zur Ausfüllung von Verbraucherinsolvenz-Anträgen schnelle Hilfe suggerieren, den Betroffenen aber in der Regel noch zusätzlichen finanziellen Schaden zufügen. Auch die Gläubiger haben einen Anspruch darauf, dass die Vermögensverhältnisse des Schuldners schon zu diesem frühen Zeitpunkt besonders sorgfältig geprüft werden. Denn im Entschuldungsverfahren findet eine solche Prüfung anders als im heutigen eröffneten Insolvenzverfahren nicht mehr statt. Nur eine umfassende und ganzheitliche Beratung durch qualifizierte Fachberater ist am besten geeignet, ein „Durchwinken“ des Schuldners zu verhindern. Aus diesem Grunde ist, worauf auch Frau Justizministerin Zypries in der 142. Sitzung des Deutschen Bundestags am 14. Februar 2008 mit Recht hingewiesen hat, eine bessere Ausstattung und Finanzierung der Schuldnerberatungsstellen geboten. Nach den bislang gemachten Erfahrungen erfüllen Rechtsanwälte als geeignete Stellen i.S.d. § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO nur teilweise die an sie gestellten Anforderungen im Zusammenhang mit der außergerichtlichen Einigung.

#### **Art. 1 Nr. 20**

Für die Gläubiger ist – worauf ich bereits zu Beginn meiner Ausführungen hingewiesen habe - eine sorgfältige Prüfung der Vermögensverhältnisse des Schuldners vor der abschließenden Entscheidung des Insolvenzgerichts über den Eröffnungsantrag von besonderer Bedeutung, weil sie insbesondere in masselosen Verfahren Gefahr laufen, mit ihrer Forderung völlig auszufallen. Ihre Rechtsposition erfährt in einem künftigen Entschuldungsverfahren dadurch eine weitere Beeinträchtigung, dass es in diesem Verfahren an einem Insolvenzbeschluss fehlt und damit das schuldnerische Vermögen vor Verfügungen des Schuldners nicht geschützt ist. Gleichwohl erscheint fraglich, ob es in offensichtlich masselosen Verfahren in jedem Fall der Bestellung eines vorläufigen Treuhänders bedarf. Eine solche Maßnahme würde nur unnötige Kosten verursachen, für die letztlich der Fiskus aufzukommen hat (vgl. § 289 Abs. 6 RegE-InsO). Wenn sichergestellt ist, dass die Vermögensverhältnisse des Schuldners bereits vor Einleitung des Insolvenzverfahrens sorgfältig geprüft worden sind, erscheint insbesondere in Verbraucherinsolvenzverfahren mit Schuldnern, die staatliche Hilfe nach dem SGB II und SGB IV beziehen, eine erneute Überprüfung der Vermögensverhältnisse des Schuldners durch einen vorläufigen Treuhänder nicht notwendig. In solchen Fällen kommt regelmäßig auch eine Sicherung der Masse

nicht in Betracht. Wenn der Schuldner über kein hinreichendes Vermögen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verfügt, wird er allenfalls Barmittel in nicht pfändbarem Umfang zur Verfügung haben. Die Belehrung des Schuldners über die Reichweite der Restschuldbefreiung und ausgenommene Forderungen nach § 302 InsO ist ebenfalls nicht zwingend vom vorläufigen Treuhänder vorzunehmen. Eine solche allgemeine Belehrung – wie sie § 289 Abs. 3 S. 2 RegE-InsO vorsieht - kann entweder durch die geeigneten Stellen oder Personen oder in schriftlicher Form in den Antragsformularen erfolgen.

Dagegen erscheint die Bestellung eines vorläufigen Treuhänders vor allem in Verfahren (ehemals) Selbständiger, die den Vorschriften des Regelinsolvenzverfahrens zuzuordnen sind (vgl. § 304 InsO), angezeigt. Diese Verfahren sind regelmäßig komplexer als masselose Verbraucherinsolvenzverfahren. Häufig sind Anfechtungsansprüche zu prüfen.

Da es die ureigene Aufgabe des Insolvenzgerichts ist, von Amts wegen alle Umstände zu ermitteln, die für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sind (§ 5 InsO), sollte die Bestellung eines vorläufigen Treuhänders vom pflichtgemäßen Ermessen des Insolvenzrichters abhängig gemacht werden. Er kann und muss entscheiden, ob es neben der von ihm durchgeführten Prüfung der Vermögensverhältnisse des Schuldners noch weiterer Ermittlungen bedarf. Auch die Bundesregierung scheint erkannt zu haben, dass die obligatorische Bestellung eines vorläufigen Treuhänders nicht zwingend einem praktischen Bedürfnis entspricht. Deshalb ist sie in ihrer Gegenäußerung zu der Stellungnahme des Bundesrates von dieser Rechtsfigur abgewichen und vertritt nunmehr die Auffassung, dass im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen sei, ob nicht auch eine fakultative Bestellung möglich sei (RegE-InsO, BT-Drucks. 16/7416 Anlage 4).

Mit Recht hat der Regierungsentwurf davon Abstand genommen, den Gerichtsvollzieher in das Insolvenzeröffnungsverfahren einzubinden. Die Gerichtsvollzieher dürfen nicht in der Lage sein, die dem vorläufigen Treuhänder nunmehr zugewiesenen Aufgaben in gleicher Weise zu erfüllen und in angemessener Zeit zu erledigen. Bereits jetzt sind bei Einzelzwangsvollstreckungsverfahren lange Wartezeiten zu beobachten. Dies gilt gleichermaßen für die Vollstreckungstätigkeit des Gerichtsvollziehers in Insolvenzverfahren. So erfolgt die Vollstreckung eines Vorführungs- oder

Haftbefehls durch den Gerichtsvollzieher häufig zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt als die Vollstreckung durch einen Gerichtswachtmeister. Hinzu kommt, dass die Erörterung der Verzeichnisse mangels hinreichender Präzisierung der Tätigkeit unterschiedlich ausfallen dürfte. Es ist zu befürchten, dass manche Gerichtsvollzieher angesichts der geringen Gebühr, die für die Tätigkeit anfällt, die Verzeichnisse nur pauschal erörtern werden. Schließlich ist nicht auszuschließen, dass Gerichtsvollzieher bestimmte Sachverhalte, die eine Anreicherung der Masse ermöglichen (Anfechtung, Kapitalersatz pp.), nicht richtig erfassen und hinterfragen werden.

### **Artikel Nr. 21 a) ff)**

Von besonderer praktischer Relevanz ist die Ergänzung des § 290 Abs. 1 InsO um eine Ziffer 7. Danach kommt eine Versagung der Restschuldbefreiung in betracht, wenn 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. Die Vorschrift dürfte in der insolvenzrechtlichen Praxis für erhebliche Probleme sorgen. Anders als die Versagungsstatbestände des § 290 Abs. 1 Nr. 1 RegE-InsO und § 290 Abs. 1 Nr. 1a RegE-InsO knüpft die Regelung des § 290 Abs. 1 Nr. 7 RegE-InsO nicht an eine rechtskräftige Verurteilung des Schuldners an. Dies hat zur Folge, dass das Insolvenzgericht bei einem auf diese Vorschrift gestützten Versagungsantrag bei einem erheblichen Bestreiten des Schuldners unter Umständen umfangreiche Beweiserhebungen anstellen hat und ein etwaiger Haftungsprozess nach § 64 Abs. 1 GmbHG bzw. ein Strafprozess wegen einer Straftat nach § 84 Abs. 1 GmbHG quasi in das Insolvenzverfahren verlagert wird. Da die Verbindlichkeiten von denjenigen Personen, die unter die Regelung des § 290 Abs. 1 Nr. 7 RegE-InsO fallen, in zahlreichen Fällen einen erheblichen Umfang haben, ist abzusehen, dass regelmäßig eine Verteidigung des Schuldners gegen den Vorwurf der Insolvenzverschleppung erfolgen dürfte, die zu einer erheblichen Arbeitsbelastung der Insolvenzgerichte führt. Die Beziehung der die Insolvenz der juristischen Person betreffenden Insolvenzakten, deren organchaftlicher Vertreter der Schuldner war, mag zwar in einzelnen Fällen die Beweisführung der Gläubiger erleichtern helfen. Eine sachgerechte Grundlage für die Entscheidung des Insolvenzgerichts über den Versagungsantrag eines Gläubigers stellt letztlich nur die rechtskräftige Verurteilung des Schuldners wegen des Straftatbe-

standes der Insolvenzverschleppung dar. Aus diesem Grunde bedarf § 290 Abs. 1 Nr. 7 RegE-InsO insoweit einer Ergänzung, als Tatbestandsvoraussetzung der Vorschrift eine rechtskräftige Verurteilung des Schuldners wegen Insolvenzverschleppung ist

**Prof. Dr. Heinz Vallender**  
**Weiterer aufsichtführender Richter am Amtsgericht Köln**  
**Honorarprofessor an der Universität zu Köln**

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf des Bundesrates**  
**Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in**  
**Insolvenzverfahren (GAVI) – BT-Drucks. 16/7251**

**1. Grundsätzliches**

Der Entwurf ist vom Ansatz her zu begrüßen. Die vorgesehenen Änderungen und Ergänzungen der Insolvenzordnung, insbesondere die Regelungen zur Standardisierung von Verfahrensabläufen, dürften zu einer größeren Transparenz des Insolvenzverfahrens beitragen. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass sie Auswirkungen auf die gerade bei ausländischen Finanzinvestoren häufig zu beobachtende negative Einstellung zum Insolvenzstandort Deutschland haben werden (siehe aber S. 1/10 des Gesetzentwurfs). In diesen Kreisen wird insbesondere bemängelt, dass die Gläubiger keinen Einfluss auf die Insolvenzverwalterbestellung hätten und das deutsche Insolvenzrecht nur unter erschwerten Bedingungen eine Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital ermögliche. Dazu enthält der Entwurf keine Vorschläge. Allerdings ist bereits der Hinweis auf die möglichen Auswirkungen des Entwurfs auf den Insolvenzstandort Deutschland ein weiterer – positiver - Beleg dafür, dass sich Justizverwaltung und Gesetzgeber des Themas angenommen haben und nach Lösungen suchen, die dazu beitragen können, den Insolvenzstandort Deutschland attraktiver zu machen.

**2. Anmerkungen zu den Einzelbestimmungen**

**Artikel 1 Nr. 3**

Es erscheint fraglich, ob es der Ergänzung des § 21 Abs. 2 InsO um eine Ziffer 6 bedarf. Zunächst ist zu bedenken, dass es bis zum Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung noch keine „verfasste“ Gläubigergemeinschaft gibt. Das Gericht hat in diesem Verfahrensstadium noch keinen vollständigen Überblick über die Gläubigerschaft, so

dass es auch nicht ohne weiteres für deren repräsentative Zusammensetzung sorgen kann. *Frege* (in Festschrift *Pelzer*, S. 109, 118) weist darüber hinaus mit der Recht darauf hin, dass mit der Sicherungsfunktion des Eröffnungsverfahrens ein vorläufiger Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren nicht begründet werden könne, da er meist über Maßnahmen i.S.v. § 160 InsO befinden soll. Auch der Begründung zum Entwurf lässt sich nicht ohne weiteres entnehmen, welche konkreten Aufgaben ein vorläufiger Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren wahrnehmen soll. Die Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters und des Insolvenzverwalters unterscheiden sich so sehr, dass der Hinweis auf die Vorschriften über den im eröffneten Verfahren eingesetzten Gläubigerausschuss (Begr. BR-E S. 17; vgl. § 69 InsO) nicht weiter führt. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass im Falle einer Unternehmensfortführung die Unterstützung des vorläufigen Insolvenzverwalters durch sachkundige Gläubiger hilfreich sein kann. Ob es dazu indes der Institutionalisierung eines Gläubigerausschusses im Eröffnungsstadium bedarf, kann bezweifelt werden. Denkbar wäre zwar die Einbindung des vorläufigen Gläubigerausschusses in eine Verwertungshandlung des vorläufigen Insolvenzverwalters. Dies gilt insbesondere bei einer Veräußerung des Unternehmens oder von Teilen des Unternehmens während des Eröffnungsverfahrens. Da der vorläufige Insolvenzverwalter nach zutreffender Rechtsprechung des Bundesgerichtshof (vgl. nur BGHZ 146, 165) indes verpflichtet ist, das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten, er aber regelmäßig nicht berechtigt ist, das Schuldnervermögen i.S.d. §§ 159 ff., 165 ff. InsO zu verwerten, erschließt sich auch vor diesem Hintergrund die Notwendigkeit der Ergänzung des § 21 Abs. 2 InsO um eine Ziffer 6 nicht ohne weiteres. Im Gegenteil steht zu befürchten, dass sich vorläufige Insolvenzverwalter durch die vorgesehene Ergänzung des § 21 Abs. 2 InsO geradezu ermutigt fühlen könnten, die Bestellung eines solchen Gremiums anzuregen, um es anschließend in Verwertungsmaßnahmen vor der Eröffnungsentscheidung einzubinden.

#### **Art. 1 Nr. 4**

Die Regelung birgt die Gefahr in sich, dass es nach der Eröffnungsentscheidung durch den Insolvenzrichter zu Verfahrensverzögerungen kommt. Aufgrund des Aktenumlaufs ist nicht auszuschließen, dass erst einige Zeit nach der Eröffnungsentscheidung die Terminsbestimmung durch den Rechtspfleger in einem gesonderten

Beschluss erfolgt. Dies kann sich insbesondere in Fällen der Betriebsfortführung und einer beabsichtigten übertragenden Sanierung nach Eröffnung des Verfahrens verheerend auswirken. Solange der Verwalter nicht im Besitze einer Ausfertigung der Eröffnungsentscheidung ist, kann er sich gegenüber Dritten nicht legitimieren. Ob dieser Gefahr durch die in der Begründung hervorgehobene Beibehaltung der „Gleichzeitigkeit beider Beschlüsse“ wirksam begegnet werden kann, darf bezweifelt werden. Soweit es zu getrennten Entscheidungen kommt, ist nicht sichergestellt, dass die Terminbestimmung tatsächlich zeitnah erfolgt. Sollte aus der insolvenzrechtlichen Praxis der Wunsch nach einer „technischen Trennung“ geäußert worden sein, mag die Regelung gerechtfertigt sein. Aufgrund der bislang beim Amtsgericht Köln gemachten Erfahrungen mit Eröffnungsentscheidungen ist eine Notwendigkeit für eine Änderung der §§ 29, 30 InsO nach Maßgabe des Entwurfs nicht zu erkennen.

#### **Art. 1 Nr. 6 b**

Es entspricht der bei den meisten Insolvenzgerichten geübten Praxis, dass die dort gelisteten Verwalter sich bei Aufnahme in die Vorauswahlliste verpflichten, das Insolvenzgericht über etwaige gegen sie gerichtete Ermittlungsverfahren zu unterrichten. Die Regelung in § 58 Abs. 3 BRE-InsO ist zu weitgreifend. Eine Verpflichtung zur Unterrichtung über Tatsachen, die für Aufsichtsmaßnahmen des Insolvenzgerichts und die Entlassung des Insolvenzverwalters aus dem Amt erforderlich sind, sollte nicht zu früh einsetzen. So rechtfertigt z.B. allein die Strafanzeige gegen einen Sachverständigen oder (vorläufigen) Insolvenzverwalter wegen eines Vermögensdelikts grundsätzlich nicht die Hinweispflicht. In zahlreichen Fällen entbehren solche Anzeigen jeglicher Grundlage. Eine bereits nach Erstattung einer Anzeige einsetzende Informationspflicht würde den Verwalter in den meisten Fällen ohne Not einer Nichtberücksichtigung bei künftigen Bestellungsentscheidungen aussetzen. Dies erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn bereits konkrete Verdachtsmomente vorliegen. Deshalb sollte die Unterrichtungspflicht erst dann beginnen, wenn der Betreffende eine schriftliche Ladung zur Vernehmung gemäß § 133 StPO erhalten hat.

Die einschlägigen Verwaltungsvorschriften, auf die in der Begründung zu § 58 Abs. 3 BRE-InsO Bezug genommen wird, sollten dies bei der Konkretisierung der einzelnen Mitteilungspflichten hinreichend berücksichtigen.

