

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

zum Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
(BT-Drucksache 17/5712)

in der öffentlichen Anhörung des
Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
am 29.06.2011

Verfasser: Dr. Petra Hilgers
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Insolvenzrecht
Goethestraße 85, 10623 Berlin
Tel. 030 / 315 75 30
Telefax: 030 / 315 75 333
email hilgers@hilgers.partner.de

Vorbemerkung

Die Absicht des Gesetzes, eine größere Gläubigerbeteiligung in Insolvenzverfahren zu erzielen und Grundsätze für die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu schaffen, ist grundsätzlich begrüßenswert. Allerdings bedarf ein Teil der geplanten Regelungen Änderungen, weil diese die Praxis des Insolvenzalltags außer acht lassen.

Artikel 1 Nr. 1 (Änderung zu § 2 InsO)

Die Vorschrift sieht die Konzentration aller Insolvenzverfahren (IN- und IK-Verfahren) in die ausschließliche Zuständigkeit eines Amtsgerichts als Insolvenzgericht vor. Zweck der Konzentration ist die effizientere Abarbeitung von Insolvenzverfahren durch die sachkundige Begleitung der beteiligten Richter und Rechtspfleger. Hierbei unterstellt die Bundesregierung, dass durch die regelmäßige Übung bezüglich rechtlicher Sachverhalte eine größere Fachkompetenz am Insolvenzgericht entsteht. Deshalb will das Gesetz zukünftig die Zuständigkeit sogenannter „Teilzeitinsolvenzrichter“ und „-Rechtspfleger“ durch die Neuordnung vermeiden. Dies ist für komplizierte Sachverhalte in Insolvenzverfahren grundsätzlich zu befürworten (z.B. bezüglich eines Insolvenzplanverfahrens für ein Unternehmen oder die Begleitung einer Betriebsfortführung durch den Insolvenzverwalter unter Einbeziehung eines Gläubigerausschusses).

Allerdings ist nach meinen Erfahrungen in der Praxis nicht erkennbar, warum dies auch für Verbraucherinsolvenzverfahren gelten soll. In diesen Verfahren ist es sowohl dem Richter als auch dem Rechtspfleger in der Regel nach einer Einarbeitungszeit möglich, die zu entscheidenden Sachverhalte zu beurteilen, was beiden Berufsgruppen im Übrigen auch hinsichtlich anderer Rechtsgebiete zugemutet wird. Insoweit bedarf es nach meiner Auffassung der Konzentration auf ein Insolvenzgericht an dieser Stelle nicht, so dass auch die Bürokratiekosten, die der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 15.04.2011 zu Recht im Hinblick auf die Erweiterung der bisherigen Räumlichkeiten am allein zuständigen Insolvenzgericht und die Versetzung von Beschäftigten erwartet, entfallen würden.

Erhalten bliebe auch die Nähe zwischen dem Insolvenzgericht und dem Schuldner in Verbraucherinsolvenzverfahren. Zwar wird entsprechend der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats eine Vielzahl von Verfahren schriftlich oder elektronisch durchgeführt, so dass die Ortsnähe nicht mehr so entscheidend ist wie in früheren Zeiten. Jedoch ist nach meinen Erfahrungen nicht zu unterschätzen, dass insbesondere

in den Verbraucherinsolvenzverfahren die Schuldner regelmäßig persönlich den Kontakt mit den Treuhändern und dem Insolvenzgericht suchen, weil sie Rückfragen zu Verfahrensregelungen oder ihren Verhaltensobliegenheiten haben.

Art. 1 zu Nr. 2 (Änderung zu § 13 InsO)

Die Verpflichtung des Schuldners bzw. des Vertretungsorgans im geplanten § 13 Abs. 1 S. 3 InsO-E, mit dem Eröffnungsantrag ein Verzeichnis der beteiligten Gläubiger und deren Forderungen beizufügen, ist grundsätzlich zu begrüßen.

Da nach der Begründung der zukünftigen Vorschrift ein Eröffnungsantrag regelmäßig nur unzulässig sein soll, wenn das Verzeichnis vollständig fehlt, aber nicht, wenn einzelne Gläubiger fehlen oder die Forderungshöhe falsch beziffert ist, ist die Erarbeitung der Aufstellung zwar auch rechtlich weniger bewanderten Schuldnern zumutbar und bleibt sogar hinter den Anforderungen des § 305 für Schuldner im Verbraucherinsolvenzverfahren zurück. Der Entwurf setzt nach der Begründung lediglich voraus, dass der Schuldner sein Möglichstes tut, um bestmögliche Auskünfte zur Gläubigerstruktur zu erteilen. Ein etwaiger Missbrauch der Aufstellung im Hinblick auf die Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses lässt sich durch die Verbindung seiner Erklärungen mit der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung entsprechend der Stellungnahme des Bundesrats vom 15.04.2011 entgegenwirken. Die Abgabe dieser eidesstattlichen Versicherung ist auch nicht unzumutbar, weil es im Interesse nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Schuldner ist, dass das Verfahren schnell und effektiv abgewickelt wird. Schon heute nehmen die mir bekannten Insolvenzgerichte im Rahmen der Auskunftserteilung gemäß § 20 InsO regelmäßig eidesstattliche Versicherungen zu den Angaben des Schuldners ab.

Allerdings muss nach dem Gesetzentwurf keine Arbeitnehmerliste beigefügt sein, obwohl ein Vertreter der Arbeitnehmer (auch im Falle eines fehlenden Betriebsrats) nach der Gesetzesbegründung regelmäßig als Mitglied im vorläufigen Gläubigerausschuss vorgesehen ist. Diesbezüglich bedarf es also nach dem Entwurf immer einer Nachfrage des Insolvenzgerichts beim Schuldner, die unnötig ist.

Größere Schwierigkeiten werden einem Großteil der Schuldner bzw. Geschäftsführer kleiner Unternehmen die Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und der durchschnittlichen Anzahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres bereiten. Die durchschnittliche Zahl der Arbeitnehmer dürfte noch aus den Geschäftsunterlagen zu ermitteln sein. Jedoch ist insbesondere hinsichtlich der Bilanzsumme und der Umsatzerlöse mit

Schwierigkeiten zu rechnen. Speziell in kleinen Unternehmen sind nach meiner Erfahrung häufig bereits längere Zeiträume ohne ordnungsgemäße Buchführung vergangen, wenn der Eröffnungsantrag gestellt wird. Ich erlebe es regelmäßig, dass nicht nur der Jahresabschluss des vergangenen Jahres nicht erstellt wurde, sondern auch der des vorangegangenen Jahres fehlt. Die Ermittlung korrekter oder nachvollziehbarer (Schätz-)Zahlen durch das Insolvenzgericht dürfte daher in einer Vielzahl von Fällen nach der Antragstellung eine geraume Zeit in Anspruch nehmen. Erst danach kann das Insolvenzgericht im Hinblick auf § 22a InsO-E entscheiden, ob ein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt werden muss oder nicht. Dies führt automatisch zu einer Verzögerung bei der Bestellung eines Sachverständigen oder eines vorläufigen Insolvenzverwalters, obwohl gerade die schnelle Aufklärung der betrieblichen Verhältnisse und die Einleitung von Sanierungs- oder Stützungsmaßnahmen für den Erhalt des Unternehmens und der Arbeitsplätze nötig ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn bereits die Abwanderung der Belegschaft wegen rückständiger Löhne und Gehälter oder die faktische Betriebsstilllegung durch Lieferstopps oder die Abschaltung von Strom etc. droht.

Art. 1 zu Nr. 5 (Einfügung eines § 22a InsO)

Die Einfügung des § 22a InsO-E ist eine zentrale Änderung der Insolvenzordnung. Hierdurch soll der Einfluss der Gläubiger schon im Eröffnungsverfahren wesentlich gestärkt werden. Unabhängig davon, dass die Stärkung der Gläubigerinteressen in einer frühen Phase des Insolvenzverfahrens sinnvoll sein kann, ist die Ausgestaltung der Regelung sowohl von der Richterebene als auch von Verbänden teilweise kritisiert worden. Insbesondere Praktiker wenden regelmäßig ein, dass das genannte Verfahren zu einer Verzögerung der Sanierungsmaßnahmen führen und damit den Zweck des Gesetzes konterkarieren könnte. Anknüpfungspunkt für die Kritik sind im Übrigen zum einen die Schwellenwerte der genannten drei Merkmale für die obligatorische Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses, zum anderen die Möglichkeit des Insolvenzgerichts hiervon im Einzelfall abzusehen. Im Einzelnen:

1. Praktikabilität der Regelung

Der Gesetzentwurf sieht zukünftig obligatorisch die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses vor, wenn zwei der aufgeführten drei Voraussetzungen vorliegen. Spielraum soll insoweit für den Insolvenzrichter gemäß § 22a Abs. 2 InsO-E nur bleiben, wenn der Geschäftsbetrieb bereits eingestellt ist oder die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses „im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig

ist“ oder „nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners“ aufgrund der Verzögerung führt. Die Möglichkeiten des Insolvenzgerichts, von der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses abzusehen und damit dem Eilcharakter des Insolvenzeröffnungsverfahrens insbesondere bei unvollständigen Angaben durch den Schuldner im Eröffnungsantrag gerecht zu werden, hängt damit von der Auslegung der verwandten unbestimmten Rechtsbegriffe ab.

Die Auslegung der Gesetzesformulierung, dass die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses unterbleiben kann, wenn dies „im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist“ ist aufgrund der meist zu geringfügigen Informationen, über die das Insolvenzgericht zum Zeitpunkt des Eröffnungsantrags verfügt, schwierig. Auch die Einschätzung, ob die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, zu einer „nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners“ aufgrund der Verzögerung führen wird, ist bei Stellung vieler Eröffnungsanträge schwierig. Erfahrungsgemäß führt aber jede Verzögerung bei der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu negativen Veränderungen des schuldnerischen Vermögens, die ich bereits oben geschildert habe. Ich gehe daher davon aus, dass die durch das vorgesehene Procedere für die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses und des vorläufigen Insolvenzverwalters zu erwartenden Verzögerungen in vielen Fällen zur Anwendung der Ausnahmeregelung führen wird.

Kurzfristig umsetzbar ist die obligatorische Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses daher in der Regel nur, wenn der Schuldner sämtliche notwendigen Daten mit dem Eröffnungsantrag einreicht und möglichst schon eine Liste der Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses (nebst Erklärungen über die Annahme des Amtes) vorlegt. Denkbar ist dies für große Unternehmen oder Konzerne. Diese Voraussetzungen werden in der Regel von vielen kleinen Unternehmen aber nicht erfüllt werden, soweit sie nicht fachkundig beraten werden. Hieran wird auch die Verwendung von vorgefertigten Formularen wenig ändern.

2. Festlegung der Schwellenwerte

Soweit man an der Regelung festhält, halte ich die festgelegten Schwellenwerte in § 22a Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 InsO-E für zu niedrig.

Der Gesetzentwurf formuliert die Kriterien Bilanzsumme, Umsatzerlöse und Arbeitnehmerzahl in Anlehnung an die gesetzliche Regelung des § 267 HGB. Inhaltlich folgt der

Gesetzentwurf jedoch bezüglich der Größenordnungen der Empfehlung der Kommission der Europäischen Gemeinschaft noch am 06.05.2003 „betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen“ (Amtsblatt L 124/36 vom 20.05.2003). Die vorgesehenen Schwellenwerte gehen an der Realität des Insolvenzalltags vorbei. Sie legt ein allgemeines Gläubigerinteresse zugrunde, das bei insolventen Unternehmen dieser Größenordnung in der Regel nicht besteht. Dementsprechend besteht auch kein Bedarf dafür, dass regelmäßig ein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt wird. Meine Erfahrungen in dem Segment der Unternehmensinsolvenzverfahren bis etwa 250 Mitarbeitern in 15 Jahren zeigt, dass zwar gelegentlich einzelne Gläubiger im Verlauf der vorläufigen Insolvenzverwaltung eine Mitwirkung einfordern. Dabei handelt es sich aber in der Regel um Banken und andere gesicherte Gläubiger, die nur ihre Sicherheiten realisieren wollen, aber nicht zwangsläufig an der Sanierung des Unternehmens interessiert sind. Bei einer Betriebsfortführung müssen sie ohnehin vom vorläufigen Insolvenzverwalter in die zukünftige Planung einbezogen werden.

Umgekehrt besteht im Rahmen von größeren Unternehmens- oder sogar Konzerninsolvenzen durchaus ein berechtigter Bedarf bezüglich des Vorschlagsrechts für den vorläufigen Insolvenzverwalter, an der Unterstützung und Mitarbeit durch einen vorläufigen Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren, dessen Bestellung bisher gesetzlich nicht geregelt ist. Sowohl der VID als auch der DAV haben deshalb in ihren Stellungnahmen vom 02.05.2011 und 29.03. bzw. 31.05.2011 gefordert, die Schwellenwerte anzuheben. Dieser Einschätzung folgt auch die Stellungnahme des Bundesrats vom 15.04.2011. Auch ich befürworte die Anhebung der Schwellenwerte auf diejenigen des § 267 Abs. 3 HGB, so dass als Merkmale für die obligatorische Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses eine Bilanzsumme von € 19.250.000,00 nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrag, Umsatzerlöse von mindestens € 38.500.000,00 in den letzten zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag sowie eine Arbeitnehmerzahl von mindestens 250 im Jahresdurchschnitt gegeben sein müssen. Die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren von kleineren Unternehmen wird hierdurch nicht ausgeschlossen und kann durch Anregung des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Schuldners oder von Gläubigerseite eingesetzt werden.

Ungeklärt lässt die Gesetzesänderung im Übrigen das gerichtliche Vorgehen, wenn kein Eigenantrag des Schuldners, sondern ein Fremdantrag vorliegt. In diesem Fall gehe ich davon aus, dass das Insolvenzgericht nach dem vorliegenden Gesetzentwurf den Schuldner anhört, aber keinen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen muss, auch

wenn der Betrieb die Schwellenwerte des § 22a InsO-E erfüllt und er noch nicht eingestellt ist. Vielmehr muss es sofort einen vorläufigen Insolvenzverwalter/Sachverständigen einsetzen können, zumal wenn der Schuldner keine hinreichenden Auskünfte erteilt.

Art. 1 zu Nr. 6 (Änderung von § 26 InsO)

Die Vorschrift ist praktisch nicht umsetzbar. Soweit der vorläufige Insolvenzverwalter im Prozesswege – gegebenenfalls unter Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe für die Geltendmachung des Anspruchs – das zur Eröffnungsantragstellung gemäß § 15a InsO-E verpflichtete Organ zur Zahlung des Massekostenvorschusses im Prozesswege in Anspruch nehmen will, zieht sich das Eröffnungsverfahren möglicherweise um Monate oder Jahre hin. Die Vorschrift ist zu streichen.

Art. 1 zu Nr. 7a – neu - (Ziff. 4 Bundesrat)

Der Bundesrat fordert als Ergänzung zu dem seit dem 01.01.2011 in Kraft getretenen § 55 Abs.4 InsO eine Regelung, nach der auch während der vorläufigen Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren vom Schuldner oder einem vorläufigen Sachwalter begründete Steuerverbindlichkeiten mit Insolvenzeröffnung Masseverbindlichkeiten werden sollen. Die Forderung ist aufgrund der schon jetzt bestehenden Rechtsunsicherheiten, deren vorherige Klärung notwendig ist, abzulehnen.

Schon die seit dem 01.01.2011 gültige Regelung hat durch die Heraufstufung von Forderungen aus dem Steuerschuldverhältnis, die während der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Zustimmung eines (schwachen) vorläufigen Insolvenzverwalters begründet worden sind, von Insolvenzforderungen zu Masseverbindlichkeiten zu einem nicht gerechtfertigten Gläubiger-Privileg geführt. Der Gesetzgeber hat hier – wie bereits in anderen Regelungen (z.B. §§ 13b und 13c UStG) – fiskalische Interessen verfolgt, die mit der Einführung der Insolvenzordnung im Jahr 1999 zusammen mit den übrigen Vorrechten anderer Gläubiger abgeschafft wurden. Insoweit ist die Verfassungsmäßigkeit streitig. Es bleibt abzuwarten, ob diese Regelung nicht Vorreiter für die Forderungen weiterer Gläubigergruppen sein wird, ebenfalls wieder Vorrechte zu fordern. Zudem ist die Regelung inhaltlich misslungen, weil weder klar ist, welche Steuerarten betroffen sind, noch wann eine „Zustimmung“ des vorläufigen Insolvenzverwalters vorliegt. Eine Verzahnung mit der Abgabenordnung fehlt, so dass fraglich ist, mittels welchen Rechtsakts (z.B. Bescheid) die Steuerforderungen zu Massforderungen werden. Die Umsatzsteuervoranmeldungen resultieren während der vorläufigen Insolvenzverwaltung

noch vom Schuldner, da den (schwachen) vorläufigen Insolvenzverwalter keine steuerlichen Pflichten treffen.

Für die notwendige Überarbeitung des § 55 Abs. 4 InsO rege ich an, dass gleichzeitig gesetzliche Regelungen zur Korrektur der Entscheidung des BFH vom 09.12.2010 (V R 22/10) in Betracht gezogen werden. In dieser Entscheidung hat der BFH nunmehr selbst Umsatzsteueranteile aus den Forderungen zu Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs.1 Nr. 1 InsO erhoben, die weder nach der Insolvenzeröffnung begründet sind noch während der vorläufigen Insolvenzverwaltung. Vielmehr betrifft die Entscheidung Forderungen aus Leistungen, die der Schuldner als Soll-Versteuerner vor dem Insolvenzantrag erbracht und abgerechnet hat. Allein durch die Einziehung des fälligen Entgelts durch den Insolvenzverwalter entsteht die Masseverbindlichkeit, weil erst zu diesem Zeitpunkt der den Umsatzsteueranspruch begründende Tatbestand abgeschlossen sei. Die aus meiner Sicht fiskalisch motivierte Begründung dreier Vermögensmassen (Insolvenzmasse, vom Insolvenzverwalter freigegebenes Vermögen und nunmehr ein Unternehmensteil vor Insolvenz) führt zu erheblichen Konsequenzen:

1. Insbesondere bei den noch nicht abgeschlossenen Alt-Insolvenzverfahren wird es zu etlichen Anzeigen der Masseunzulänglichkeit kommen, weil die vom Insolvenzverwalter schon vor Jahren vereinnahmten Forderungen mit Umsatzsteueranteil aufgrund von Steuerkorrekturen zu Massesteuerforderungen der Finanzämter werden, soweit die Umsatzsteuern auf die jeweilige Einzelforderung nicht doch vor Insolvenzeröffnung gezahlt war. Der Insolvenzverwalter muss bei bisher fehlender Steuerfestsetzung bis zur abschließenden gesetzlichen Klärung für seine zukünftigen Erklärungen entweder die Rechtsprechung anwenden und gegen die eigenen Umsatzsteuervoranmeldungen Einsprüche einlegen oder mit seinen Erklärungen ausdrücklich auf die fehlende Anwendung der BFH-Rechtsprechung hinweisen.

In beiden Fällen ist eine Vielzahl von Einspruchs- und Finanzgerichtsverfahren zu erwarten, die die Beendigung der Insolvenzverfahren verzögern wird. Die einfachen Gläubiger nach § 38 InsO werden in diesen Insolvenzverfahren durch die Änderung der Rechtsprechung quotenlos bleiben, wenn diese nicht korrigiert wird. Die Tabellenforderungen der Finanzämter müssen korrigiert werden, weil die bisher angemeldeten Forderungen nun Masseverbindlichkeiten sein sollen.

2. Soweit der Gesetzentwurf Sanierungsmöglichkeiten verbessern und Sanierungen beschleunigen will, sind sowohl § 55 Abs. 4 InsO als auch die Rechtsprechung des BFH ein Hindernis. Die Steigerung der Masseverbindlichkeiten durch die Bevorzugung der Steuerforderungen wird z.B. in Insolvenzplanverfahren voraussichtlich dazu führen, dass die Quotenaussichten der einfachen Insolvenzgläubiger weiter sinken oder gar ganz wegfallen. Dies wird die Bereitschaft zur Zustimmung zu einem Insolvenzplan wesentlich senken.

Dementsprechend ist ein Nichtanwendungserlass oder eine klärende gesetzliche Regelung nötig.

Art. 1 zu Nr. 8 (Änderung von § 56 InsO)

1. Zu begrüßen ist das in § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 InsO-E zukünftig vorgesehene Vorschlagsrecht von Schuldner und Gläubigern bezüglich des zu bestellenden Insolvenzverwalters. Bisher werden bei den mir bekannten Gerichten Vorschläge hinsichtlich der als Insolvenzverwalter vorgeschlagenen Personen teilweise kritisch und zurückhaltend beurteilt. Teilweise verhindern Vorschläge geradezu, dass die vorgeschlagene Person zum Insolvenzverwalter wird, weil einige Insolvenzrichter befürchten, dass sich bereits durch den Vorschlag eine Vertrautheit zwischen Gläubiger bzw. Schuldner und der vorgeschlagenen Person dokumentiere. Dies ist aber nach meiner Erfahrung in der Regel nicht zutreffend. Vorschläge beruhen in der Regel auf Empfehlungen Dritter an den Schuldner/Geschäftsführer, die Erfahrungen mit einem Insolvenzverwalter im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren gemacht haben, bei Gläubigervorschlägen auf eigenen Erfahrungen über die Fähigkeiten oder Arbeitsweise der vorgeschlagenen Person.

Das Insolvenzgericht kann eine befürchtete Vorbefassung oder Beratung der vorgeschlagenen Person, die zur fehlenden Unabhängigkeit führen könnte, durch die (telefonische) Anfrage bei der vorgeschlagenen Person kurzfristig klären. Bei Abgabe einer falschen Erklärung von Seiten der vorgeschlagenen Person würde der jeweilige Insolvenzrichter bei der Entscheidung über die Vergabe zukünftiger Verfahren aufgrund der festgestellten Unzuverlässigkeit des betroffenen Insolvenzverwalters wohl kaum noch berücksichtigen. Insoweit ist die Frage der Vorbefassung einfach zu klären.

2. Die geplanten Regelungen des § 56 Abs. 1 S. 3 Nrn. 2 und 3 InsO-E bergen trotz der Einengung der Vorbefassung durch die vorgeschlagene Person im Vergleich zum

Diskussionsentwurf demgegenüber Gefahren für die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. Zwar sieht der Gesetzentwurf in der Begründung vor, dass auch bei den beiden genannten Fällen immer eine Einzelfallbeurteilung durch das Insolvenzgericht bezüglich der Unabhängigkeit der vorgeschlagenen Person zum Insolvenzverwalter möglich ist. Beide Regelungen sollten dennoch gestrichen werden.

- a) Die in § 56 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E als grundsätzlich unschädlich angesehene vorherige „allgemeine Beratung“ des Schuldners durch die vorgeschlagene Person über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Insolvenzverfahrens ist z.B. bei einem Rechtsanwalt zwingend mit einem Mandat verbunden, das den Berufsgrundsätzen der BRAO unterliegt. Danach ist der Rechtsanwalt gemäß § 43 Abs. 2 zum einen zur Verschwiegenheit verpflichtet, zum anderen darf er keine widerstreitenden Interessen vertreten (§ 43 Abs. 4 BRAO). Schon diese Kriterien kann er nicht erfüllen, wenn er in beiden Funktionen tätig wird. Als Rechtsanwalt des Schuldners muss die vorgeschlagene Person im Interesse des Mandanten und zukünftigen Schuldners und gegen die zukünftigen Gläubigerinteressen beraten. Später als Insolvenzverwalter bleibt ihm entweder die Möglichkeit, das Verfahren gegen die Gesamtinteressen aller Gläubiger und zum Besten für den Schuldner zu führen oder er verstößt möglicherweise gegen Mandatsgeheimnisse und ficht z.B. aufgrund seiner früheren Kenntnisse Vermögensdispositionen des Schuldners an. Zu verweisen ist insoweit auch darauf, dass ein Rechtsanwalt gemäß § 45 Abs. 2 Nr. 1 BRAO sogar als Insolvenzverwalter ausgeschlossen ist, wenn er vorher für einen Gläubiger gegen den Schuldner tätig war. Meines Erachtens handelt es sich dabei um geringere Interessenkollisionen als die in der geplanten Neuregelung zu befürchtenden Interessenskonflikte.

Zwar geht die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates vom 15.04.2011 davon aus, dass Interessenkollisionen vom potentiellen Verwalter zu offenbaren bzw. vom Gericht zu erfragen seien. Dies ist grundsätzlich – wie oben erwähnt – richtig. Die Grenzziehung hinsichtlich einer gesetzlich zulässigen „allgemeinen“ und einer „bereits weitergehenden“ Beratung des Schuldners ist aber wesentlich fließender als bei der Frage, ob der potentielle Insolvenzverwalter überhaupt beraten hat. Auch wenn eine reine „Erstberatung“ unschädlich sein kann, muss der Anschein der fehlenden Unabhängigkeit vermieden werden.

b) Auch bei § 56 Abs. 1 Nr. 3 InsO-E ist die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters gefährdet. Auch die Erstellung des Insolvenzplans unter Einbindung von Schuldner und Gläubiger ist in der Regel mandatsgebunden, so dass dieselben Risiken bestehen.

Art. 1 zu Nr. 14 (Änderung von § 217 InsO)

Richtig ist der Ansatz des Gesetzgebers, Blockademöglichkeiten der Gesellschafter im Hinblick auf ihre Anteils- und Mitgliedschaftsrechte zu beschränken. Um die Erstellung und Bestätigung eines Insolvenzplans zu beschleunigen oder notfalls zu ermöglichen, ist es wichtig, Hindernisse von Seiten der Gesellschafter, die entweder nicht greifbar sind oder persönliche Interessen verfolgen, zu reduzieren. Insbesondere, wenn eine Insolvenzplanlösung zwingend ist, weil z.B. unübertragbare Lizenzen für den Schuldner bestehen oder er öffentlich auszuschreibende (Bau-)Aufträge ausführt, die bei einem Asset-Deal verloren gingen, ist eine Ersetzung einiger Gesellschafterentscheidungen durch Festlegungen im gestaltenden Teil des Insolvenzplans zwingend.

Eine Beeinträchtigung der Eigentumsrechte der Anteilsinhaber gemäß Art. 14 GG ist nicht zu erwarten, weil der Wert der Anteile mit der Insolvenzeröffnung regelmäßig entfällt, der Schutz der Anteilsinhaber durch § 251 Abs. 3 InsO-E gewährleistet ist. Zur Klarstellung sollte jedoch eine Festlegung des Gesetzgebers dahin erfolgen, dass die Anteile im Regelfall bei der Insolvenzeröffnung einen Wert von € 0,00 haben, es sei denn, dass die Anteilseigner einen höheren Wert nachweisen. Diese kann allenfalls dann bestehen, wenn der Eröffnungsantrag bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt wird.

Art. 1 zu Nr. 35 (Änderung von § 251 InsO)

Der Gesetzentwurf sieht in § 251 Abs. 3 InsO-E vor, dass der Planersteller im gestaltenden Teil des Insolvenzplans Mittel für den Fall bereitstellt, dass ein Beteiligter eine Schlechterstellung nachweist. Der Streit hierüber soll außerhalb des Insolvenzverfahrens geführt werden, d.h. beim Prozessgericht. Ergänzend sollte die Vorschrift dahin ergänzt werden, dass auch Mittel aus der Masse für die Durchführung der streitigen Auseinandersetzung zurückgestellt werden müssen, deren Höhe sich an den potentiell streitigen Beträgen orientiert.

Art. 1 zu Nr. 37 (Änderung von § 253 InsO)

Der Gesetzentwurf plant, die Beschwerderechte gegen einen Insolvenzplan einzudämmen. Hervorzuheben ist zunächst, dass die § 253 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO genannten Hemmnisse in der Regel keine Rolle spielen. Gläubiger (zukünftig auch Anteilseigner), die sich gegen eine Sanierung wenden, tun dies erfahrungsgemäß sowohl vor als auch im Abstimmungs-termin und stimmen schon jetzt dementsprechend regelmäßig gegen den vorgelegten Insolvenzplan.

Einzige rechtliche Schranke ist dementsprechend die Glaubhaftmachung der wesentlichen Schlechterstellung ohne hinreichende Sicherung durch die gemäß § 251 Abs. 3 InsO zurückgestellten Mittel aus der Insolvenzmasse (§ 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO-E). Streit ist trotz der Begründung zum Gesetzentwurf vorprogrammiert, weil die „Wesentlichkeit einer Beeinträchtigung“ auslegungsbedürftig ist. Hier sollte entweder eine Definition im Gesetzestext eingefügt werden oder eine Mindestprozentzahl als Maßstab für eine wesentliche Schlechterstellung genannt werden. Tatsächlich reicht es für den betroffenen Gläubiger aus, wenn er in einem Rechtsstreit einen Ausgleich seines Vermögensverlusts geltend machen kann. Weitergehende Rechte der Gläubiger und Anteilseigner im Hinblick auf die Entscheidungsbefugnis über das weitere Schicksal des schuldnerischen Unternehmens bedarf es nicht, wenn die Mehrheit der übrigen Beteiligten dem Insolvenzplan zustimmt.

Art. 1 zu Nr. 42 (Änderung von § 270 InsO)

Neben der Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses gemäß § 270 Abs. 3 InsO-E sollte auch dem vorläufigen Sachwalter vor der Entscheidung des Insolvenzgerichts über die Anordnung der Eigenverwaltung die Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden. Hierdurch ist es möglich, dass das Gericht ein vollständiges Informationsbild über etwaige Nachteile zu Lasten der Gläubigergesamtheit erhält, insbesondere wenn der vorläufige Gläubigerausschuss keinen einstimmigen Beschluss zur Anordnung der Eigenverwaltung abgibt.

Art. 1 zu Nr. 43 (Einführung des § 270b InsO)

Bei der vorgesehenen Regelung handelt es sich um das sogenannte „Schutzschirm-Verfahren“, das ebenfalls Anreize für die frühzeitig Stellung des Eröffnungsantrags schaffen und damit die Sanierungschancen erhöhen soll.

Die Vorschrift ist im Verhältnis zur Regelung des Diskussionsentwurfs verbessert, weil die auszustellende Bescheinigung für die fehlende Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung gemäß § 270b Abs. 1 InsO-E nunmehr mit Gründen versehen sein muss, so dass zumindest dadurch eine Prüfung möglich wird, ob die geplante Sanierung nicht „offensichtlich aussichtslos“ ist. Fraglich bleibt aber, wie die fehlende Aussichtslosigkeit dokumentiert werden soll. Hier muss der Bescheinigung zu entnehmen sein, welche Maßnahmen zur Vorbereitung der Sanierung vorbereitet und ggfs. mit welchen Ergebnissen bereits vollzogen sind. Hier fordert der VID berechtigt, dass zumindest gewährleistet und belegt sein muss, dass nicht bei Erstellung der Bescheinigung schon feststeht, dass die Mehrheit der Gläubiger die geplante Sanierungslösung nicht unterstützen.

Abzulehnen ist nach wie vor, dass nach § 270b Abs. 2 InsO-E das Insolvenzgericht bei der Bestellung des vorläufigen Sachwalters an den Vorschlag des Schuldners gebunden ist. Gegen diese Regelung sprechen die oben bereits zu § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO-E dargestellten Gründe.

Art. 5 (Änderung von § 18 RPfIG)


Das Verfahren über den Insolvenzplan soll zukünftig dem Richter vorbehalten bleiben und dementsprechend den Aufgaben des Rechtspflegers entzogen werden. Grundsätzlich klarzustellen ist, dass die bisherige Zuweisung dieses Bereichs des Insolvenzverfahrens auf den Rechtspfleger nicht zwangsläufig mit Qualitätsmängeln verbunden ist. Vielmehr sind unabhängig von der Qualifikation entscheidend das Interesse an der Materie und die Fähigkeiten des einzelnen.

Richtig ist dagegen, dass es zukünftig auch für die Insolvenzgerichte zu einer wachsenden Spezialisierung kommen muss, die durch eigene Fortbildung und weitere externe Fortbildungsangebote für Rechtspfleger und Insolvenzrichter erreicht werden sollte. Dass die grundlegende Kenntnis auf den Gebieten des Insolvenzrechts, des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie über Grundkenntnisse der für die Insolvenz notwendigen Teile des Arbeits-, Sozialen- und Steuerrechts sowie des Rechnungsrechts nachweispflichtig sein sollen, widerspricht für die Insolvenzrichter schon dem System des Einheitsjuristen, dessen Ausbildung darauf beruht, dass er sich binnen kurzer Zeit in verschiedene Sachverhalte einarbeiten können muss. Neben den genannten Fortbildungen wird die weitere Konzentration der Insolvenzsachen an einem zuständigen Insolvenzgericht auch die Verstärkung der praktischen Einarbeitung zur Folge haben.

Vergleicht man die dem Insolvenzrichter derzeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG zugewiesene Entscheidung über einen Antrag auf Versagung der Rechtsschuldbefreiung und deren Aufhebung mit der vorgesehenen Übertragung der Insolvenzplanverfahren, so ist festzustellen, dass es in beiden Fällen um Entscheidungen über Beeinträchtigungen von Rechtsgütern geht, denn auch im Insolvenzplan wird regelmäßig in Rechte von Gläubigern oder Anteilshabern eingegriffen, so dass der Richtervorbehalt nachvollziehbar ist.

Erwägenswert ist im Hinblick auf die jetzt vorgesehene Regelung der Zuweisung des Verfahrens über einen Insolvenzplan auf den Insolvenzrichter auch die Überlegung, dass im internationalen Vergleich wesentliche Aufgaben ebenfalls dem Richter zugewiesen sind. Soweit zukünftig die Zahl der Insolvenzverfahren mit Kontakten zwischen deutschen und ausländischen Insolvenzgerichten wachsen wird, ist eine Vereinheitlichung der Zuständigkeiten zwar nicht zwingend, aber für die Kommunikation unter den zuständigen Organen der Gerichte sinnvoll.

Berlin, den 23.06.2011



Dr. Petra Hilgers
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Insolvenzrecht