

Stellungnahme
zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung
des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung
der Gläubigerrechte (BT-Drucks. 17/11268)
für den Deutschen Bundestag

– Sitzung des Rechtsausschusses am 14. Januar 2013 –

von

Heribert Hirte, Dr. iur. (Köln), LL.M. (Berkeley),
Universitätsprofessor,
Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-,
Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg

Inhalt

I. Einleitung	1
1. Grundansatz	1
2. Insolvenzfestigkeit von Lizenzen	1
II. Restschuldbefreiung	2
1. Verkürzung der Restschuldbefreiung (§ 300 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2 und 3 RegE-InsO)	2
a) Ziel des Entwurfs	2
b) Folgen	4
c) Alternativen	5
2. Indirekte Fiskusvorrechte (§ 174 Abs. 2, § 175 Abs. 2, § 302 Nr. 1 RegE-InsO)	8
III. Weitere Fragen	9
1. Abschaffung des Schuldenbereinigungsplanverfahrens (Art. 1 Nr. 38 RegE)	9
2. Modifikation der Insolvenzantragspflicht für Vereine und Stiftungen (§ 15a RegE-InsO)	10
3. Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters	12
4. Verlagerung der funktionellen Zuständigkeit für Verbraucherinsolvenzverfahren auf den Rechtspfleger	12
5. Altfälle nach der Konkursordnung	13
6. Übergangsregelung im Übrigen	14
IV. Zusammenfassung	14

I. Einleitung

1. Grundansatz

Mit dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte („2. Stufe der Insolvenzrechtsreform“) will die Bundesregierung in erster Linie das Restschuldbefreiungsverfahren umgestalten und insolventen Schuldnern durch eine Restschuldbefreiung schon nach drei bzw. fünf Jahren eine „zweite Chance“¹ geben. Das ist - was die Fristverkürzung angeht - grundsätzlich zu begrüßen.

Daneben enthält der Entwurf noch eine Reihe weiterer wichtiger Änderungen des Insolvenzrechts. Besonders anzusprechen ist dabei die vorgeschlagene Reform der Regelungen zur Insolvenzantragspflicht bei Vereinen und Stiftungen (unten III.2).

2. Insolvenzfestigkeit von Lizenzen

Frühere Überlegungen, auch die Lizenzfestigkeit von Insolvenzen klarer zu regeln, greift der Regierungsentwurf nicht mehr auf. Allerdings gibt es nach den die (Insolvenz-)Festigkeit von Unterlizenzen stärkenden Entscheidungen in Sachen „M2Trade“ und „Take Five“ des I. Zivilsenats des BGH² auch gute Gründe, auf eine gesetzliche Regelung der Problematik zu verzichten.³ Denn obwohl der möglicherweise für Teilaspekte der Problematik zuständige IX. Zivilsenat (anders als der X. Zivilsenat) an der Entscheidungsfindung in „M2Trade“ und „Take Five“ nicht formell beteiligt war,⁴ wird er sich über den Ansatz des I. Zivilsenats jetzt nicht mehr einfach hinwegsetzen können. Angesichts der Tatsache, dass seine eigenen früheren Aussagen zum Problemkreis eher als Randbemerkungen zu werten sind, wird ihm das vielleicht auch gar nicht schwerfallen.

¹ So ausdrücklich Begr RegE unter A. „Problem und Ziel“.

² BGH, Urt. v. 19.7.2012 - I ZR 70/10, ZIP 2012, 1561 (für BGHZ vorgesehen) (M2Trade) (m. Anm. Esser, FD-InsR 2012, 336622 und Vosberg/Klawka, EWiR § 31 UrhG 1/12, 637) und BGH, Urt. v. 19.7.2012 - I ZR 24/11, ZIP 2012, 1671 (Take Five) m. Anm. Lutz, EWiR § 31 UrhG 2/12, 639 und gemeinsamer Anm. Cepl, GRUR-Prax 2012, 393; dazu Haedicke, Mitt. 2012, 429 ff.; Marotzke, ZInsO 2012, 1737, 1740 ff.; Pleister/Wündisch, ZIP 2012, 1792, 1793 f.

³ So bereits Hirte, Blog-Beitrag im Handelsblatt-Rechtsboard (<http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/>). Für eine jetzt auf den Regelungsgegenstand des Absatzes 1 von § 108a InsO-RefE beschränkte Reform Marotzke, ZInsO 2012, 1737, 1749.

⁴ Der Vorsitzende des I. Zivilsenats, Prof. Dr. Bornkamm, hatte in der mündlichen Verhandlung zu den beiden Fällen am 10.5.2012 aber erwähnt, dass er sich (auch) mit dem IX. Zivilsenat abgestimmt habe; dazu auch Pleister/Wündisch, ZIP 2012, 1792, 1794.

Für eine gesetzliche Regelung sprechen allerdings unverändert die besonderen Schwierigkeiten, die Rechtslage in grenzüberschreitenden Sachverhalten aus der Sicht des ausländischen Rechtsanwenders hinreichend klar zu bestimmen.⁵ Das gilt aber nur dann, wenn das ausländische Recht die *lex fori concursus* hier überhaupt anerkennt, was zumindest in Einzelfällen - wie dies eine erste US-Gerichtsentscheidung zeigt⁶ - nicht zutrifft.

II. Restschuldbefreiung

1. Verkürzung der Restschuldbefreiung (§ 300 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2 und 3 RegE-InsO)

a) Ziel des Entwurfs

Kern des Gesetzesvorschlags ist die in § 300 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 RegE-InsO eröffnete Möglichkeit, eine Restschuldbefreiung schon nach fünf bzw. - **bei Erreichen einer Mindestbefriedigungsquote von 25 % - drei Jahren** erteilen zu können. Diese Bestimmung gilt es daher vorab zu beleuchten.

Die darin liegende Halbierung der Wohlverhaltensphase gegenüber dem geltenden Recht (§ 300 Abs. 1 i.V.m. § 287 Abs. 2 InsO: sechs Jahre) soll allen Beteiligten nützen: den Schuldnern, durch die Möglichkeit eines neuen Starts, den Kreditgebern durch eine im Ergebnis höhere und/oder schnellere Befriedigung ihrer Forderungen.⁷

Bei diesen Überlegungen werden allerdings entscheidende Gesichtspunkte übersehen:

Ganz zentral ist zunächst, dass eine gesetzliche Quotenvorgabe dazu führen wird, dass auch im Vorfeld einer Insolvenz nur genau diese Quote angeboten und erreicht werden wird (das ist bei anderen Quotenvorgaben nicht anders: So wird etwa in Staaten mit gesetzlichen Frauenquoten für den Aufsichtsrat auch gerade und nur diese Quote eingehalten). Die Quotenvorgabe hat damit - und das ist entscheidend - **Vorwirkungen auch auf den Wert einer Forderung vor bzw. außerhalb eines Insolvenzverfahrens.**

⁵ Insoweit zutreffend *McGuire*, GRUR 2012, 657, 659 (zum RefE).

⁶ US Bankruptcy Court for the Eastern District of Virginia, ZIP 2011, 2314 = GRURInt. 2012, 86 (nicht rechtskr.); dazu bereits *Hirte*, KSzW 2012, 268, 270.

⁷ Begr RegE, Allgemeiner Teil, am Anfang.

Sie ist zweitens **hinsichtlich ihrer absoluten Höhe bedenklich**: Denn der vorgeschlagene Mindestbefriedigungsprozentsatz von 25 % berücksichtigt nicht, dass es bei den Insolvenzverfahren einen erheblichen Anteil von „Nullverfahren“ gibt, bei denen es *keinerlei* Zahlungen gibt.⁸ Diese Fälle, bei denen auch durch Bemühung der Schuldner keine relevante Schuldentilgung zu erwarten ist, mit in die empirische Grundlage für die Festlegung der gesetzlichen Quote einzubeziehen, ist daher nicht gerechtfertigt. Für die leistungsfähigeren Schuldner hat die Festlegung der Quote bei 25 % daher zur Folge, dass Erwerbsbemühungen über diese Quote hinaus und für einen längeren als den Dreijahreszeitraum sich nicht „lohnen“. In allen anderen Fällen ist demgegenüber umgekehrt zu berücksichtigen, dass die neben der Mindestbefriedigung anfallenden Verfahrenskosten beträchtlich sein können (in Kleinverfahren können sie sogar zu einer drastischen Erhöhung (in Extremfällen bis hin zu einer Verdoppelung) des „Leistungsprozentsatzes“ führen - auch wenn dieser dann nicht der Gläubigerbefriedigung dient). Das bedeutet, dass hier selbst die Erreichung von 25 % Befriedigung einer beträchtlichen Anstrengung bedarf.

Und drittens bezieht die vorgeschlagene Regelung die **Insolvenzgläubiger nicht in ausreichendem Maße in das Verfahren der Restschuldbefreiung ein**, obwohl sie am besten wissen, welche Gründe zur Insolvenz geführt haben und welche (vor allem auch „weichen“) Faktoren von Bedeutung sind, um eine ausreichende Befriedigung (die dann auch geringer sein kann als der jetzige Satz) zu erreichen. Dabei ist nämlich zu berücksichtigen, dass Privatinsolvenzen auf ganz unterschiedliche Ursachen zurückzuführen sind, die jeweils andere Kooperationen zwischen Gläubiger und Schuldner notwendig machen - nämlich zunächst der unfreiwillige Verlust des Arbeitsplatzes, die Trennung vom Partner und damit verbundene Haushaltsauflösung, die gescheiterte Selbstständigkeit, Krankheit und - mit abnehmender Bedeutung - das Konsumverhalten.⁹ Zielvereinbarungen mit den Gläubigern, Rückmeldungen des Schuldners an die Insolvenzgläubiger und die Berücksichtigung positiver Umstände (und nicht nur von die Restschuldbefreiung ausschließenden Negativ-Faktoren) können dann ebenso wie die Ursache der Insolvenz eine Restschuldbefreiung erleichtern oder beschleunigen - oder eben nicht. Der im Gesetzentwurf vorgeschlagene § 297a InsO ermöglicht den Insolvenzgläubigern etwa nur, auf eine Versagung der Restschuldbefreiung aus den „standardisierten“ Versagungsgründen hinzuwirken; andere Gründe, wie das Verhalten des Schuldners gegenüber Nicht-Insolvenzgläubigern oder neuen Gläubigern, können nach der formalisierten Regelung nicht einbezogen werden, obwohl sie für das aktuelle und künftige Zahlungsverhalten eines Schuldners erhebliche Bedeutung haben können.

⁸ Stellungnahme des Bankenfachverbandes zum Regierungsentwurf vom 15. August 2012, S. 5.

⁹ *Kranzusch*, ZInsO 2012, 2169 m.w.N.

b) Folgen

Diese beiden ersten - hier verkürzt dargestellten - Gesichtspunkte haben in Bezug auf leistungsfähige Schuldner vor allen Dingen zwei Folgen:

Mit Inkrafttreten des Gesetzes würden vor allem **Forderungen** gegen durchaus zahlungskräftige und -willige Schuldner mit einem Schlag **faktisch entwertet** (worauf viele dieser Schuldner - wie sich dem Internet leicht entnehmen lässt - auch schon warten). Das ist einerseits vor dem Hintergrund von **Art. 14 GG problematisch**, hat aber (da die potentiell betroffenen Forderungen mit Inkrafttreten des Gesetzes teilweise abzuschreiben sind) andererseits auch unmittelbare **Auswirkungen auf die Eigenkapitalunterlegung der Banken** (die gerade in Zeiten der Finanzkrise nicht unproblematisch sind).

Umgekehrt wird die **Neuaufnahme von Krediten** durch die gesetzliche Regelung deutlich erschwert, weil Kreditnehmer von vornherein die Restschuldbefreiung nach verkürzter Frist und mit deutlich reduzierter Quote antizipieren werden und müssen. Sie werden daher entweder höhere Zinsen verlangen und/oder weitere Sicherheiten. Letzteres wird zudem dadurch erschwert, dass die **Insolvenzfestigkeit von Lohnabtretungen** durch Aufhebung von § 114 InsO (Art. 1 Nr. 15 RegE) eingeschränkt werden soll.

Gesamtwirtschaftlich kann diese Erschwerung der Kreditaufnahme dazu führen, dass auch „gewöhnliche Kreditnehmer“ sich stärker auf eine **Eigenkapitalfinanzierung** oder eine eigenkapitalartige Finanzierung ausrichten werden - eine Tendenz, wie sie bei der *Unternehmenskreditaufnahme* schon lange zu beobachten und durchaus beabsichtigt ist. Denkbar ist vor diesem Hintergrund eine zunehmende Bedeutung des „Crowd-Funding“, aber (leider) auch von sittenwidrigen Kreditierungsformen, die sich außerhalb der Rechtsordnung bewegen. Sicher aber ist, dass für alternative Finanzierungsformen eine längere Frist zur „Umsteuerung“ hilfreich ist (zu den Folgerungen sogleich c).

Verkürzt gesagt, bedeutet der Entwurf daher bei dieser Schuldnergruppe eine erhebliche Privilegierung von Altkreditnehmern, der eine Schlechterstellung von Neukreditnehmern gegenübersteht.

c) Alternativen

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage nach Alternativen auf:

Denkbar ist zunächst, entweder den Anwendungsbereich der Neuregelung des § 300 RegE-InsO insgesamt - entsprechend den auch im Gesetzentwurf erwähnten „Vorgaben“ der Koalitionsvereinbarung¹⁰ - auf „**Unternehmensgründer**“ zu beschränken. Dabei ließe sich einerseits an den Kaufmannsbegriff des § 1 HGB oder - überzeugender - an den des Unternehmers nach § 14 BGB anknüpfen. Denkbar wäre auch, nur die aus einer solchen Tätigkeit resultierenden Forderungen der besonders privilegierten Befreiungswirkung des § 300 RegE-InsO zu unterwerfen - und damit insbesondere typische Verbraucherkreditforderungen (Handyvertrag etc.) von ihr auszunehmen. Für die Abgrenzung der beiden Forderungsarten hält das Handelsgesetzbuch in §§ 343, 344 HGB zwar ein Modell vor, auf das hier - gegebenenfalls unter Erstreckung auf den weiteren Begriff des Unternehmers - zurückgegriffen werden könnte. Sehr praktikabel ist das aber nicht.

Technisch am einfachsten wäre die Festlegung einer **höheren Mindestbefriedigungsquote**, wobei nach dem zuvor Gesagten durchaus denkbar ist, diese nur für bestimmte besonders „anfällige“ Verbindlichkeiten vorzusehen oder sie umgekehrt auf unternehmerische Verbindlichkeiten nicht anzuwenden. Umgekehrt müsste dann aber für andere Schuldnergruppen (deren Abgrenzung wieder schwierig ist) über **geringere Quoten** nachgedacht werden.

Am „anderen Ende“ stellt sich die Frage, ob nicht „**gegenleistungslose Neuerwerbe**“ (Erbschaften und Schenkungen) unverändert für einen längeren Zeitraum zugunsten der Gläubiger in das Verfahren einbezogen werden sollten.¹¹ Denkbar wäre mit Blick auf Umgehungsmöglichkeiten sogar, diesen Zeitraum zum Ausgleich gegenüber dem geltenden Recht zu verlängern. Angesichts des hierbei bestehenden beträchtlichen Manipulationspotentials (weil vor allem eine Finanzierung der Lebenshaltung durch Dritte kaum als Schenkung fassbar ist), ist insoweit auch an einen (weiteren) Ausbau der Nachweis- und Informationspflichten (§ 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO) und der Sanktionen bei ihrer Verletzung zu denken.

¹⁰ So ausdrücklich Begr RegE unter A. „Problem und Ziel“.

¹¹ Ähnlich *Nocke*, FLF 2012, 157, 158; *Pape/Grote*, AnwBl 2012, 507, 511 verstehen die Quotenregelung indes gerade als Erleichterung im Falle einer solchen plötzlichen Anreicherung der Masse, da ansonsten meist eine Planlösung erreichbar sei.

Insbesondere besteht die Gefahr, dass - wie schon im geltenden Recht beim Schuldenbereinigungsplan - **Vermögen vor der Insolvenz auf Verwandte verschoben** wird, um es dann nach drei Jahren plötzlich zur Zahlung der 25 % einsetzen zu können (was im Allgemeinen nach § 134 InsO der Insolvenzanfechtung unterliegt). Dies könnte mit einer Regelung abgedeckt werden, dass der Schuldner im Fall der Zahlung nach drei Jahren einen Herkunftsnachweis erbringen muss, damit der Insolvenzverwalter ggf. Anfechtungsansprüche geltend machen kann, die über den Betrag der Mindestquote hinausgehen. Hier könnte man zudem mit gesetzlichen Vermutungen arbeiten, wenn der Herkunftsnachweis nicht erbracht wird. Denn der Sache nach lassen sich Zahlungen zur Erfüllung der Mindestquote in vielen Fällen auch als „pauschalierende Erfüllung von Anfechtungsansprüchen“ bezeichnen, die nach bislang geltendem Recht kaum durchgesetzt wurden.¹² Deshalb stehen diese „Rückflüsse“ der Masse zu, könnten aber auch noch als Instrumentarium zur Prüfung genutzt werden, ob es nicht noch weitergehende vorinsolvenzliche Vermögensverschiebungen gab.

Kern aller ergänzenden Überlegungen sollte die **Beseitigung der Kalkulierbarkeit der Restschuldbefreiung hinsichtlich der Höhe der Quote** sein. Deshalb ist neben den formal ansetzenden (und gegebenenfalls zu erweiternden) Grenzen vor allem daran zu denken, die Restschuldbefreiung (unter Umständen erst bei Unterschreitung einer bestimmten Mindestbefriedigungsquote) von einer Billigkeitsentscheidung des Gerichts abhängig zu machen - so wie umgekehrt zu erwägen ist, die Restschuldbefreiung *trotz* Unterschreitens der Mindestbefriedigungsquote zu ermöglichen, wenn ein Richter dies billigt. Hierbei könnte der Gesetzgeber dem Richter (zunächst) einen weiten Spielraum einräumen, weil dieser gerade in dem hier in Rede stehenden Bereich „seine Kunden am besten kennt“. Um einem zu starken Auseinanderdriften der Rechtsprechung entgegenzuwirken (und andererseits nicht auf eine Vereinheitlichung durch die Obergerichte warten zu müssen), könnte dies durch eine Verordnungsermächtigung ergänzt werden, nach der das Bundesministerium der Justiz ermächtigt wird, die Voraussetzungen, unter denen die Restschuldbefreiung wegen Unbilligkeit versagt werden darf, näher zu konkretisieren.

Noch besser erscheint aus den vorgenannten Gründen eine **stärkere Einbeziehung der Gläubiger** sinnvoll (wie sie auch bei der Neuregelung der Unternehmensinsolvenz durch das ESUG¹³ angestrebt wurde), die durch folgende Gesetzesformulierung erreicht werden könnte:¹⁴

¹² In diesem Zusammenhang sei auf die Streichung des bisherigen § 313 Abs. 2 InsO durch Art. 1 Nr. 40 des RegE verwiesen.

¹³ Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen.

¹⁴ Zurückgehend (mit Modifikationen) auf einen von *Hans Haarmeyer* gemeinsam mit *Anne Koark*, *Michael du Carrois* und Vertretern der Schufa und der Creditreform für den Bundesverband der mittelständischen Wirtschaft entwickelten Vorschlag.

„§ 300 Entscheidung über die Restschuldbefreiung

- (1) Das Insolvenzgericht entscheidet nach Anhörung der Insolvenzgläubiger, des Insolvenzverwalters oder Treuhänders und des Schuldners durch Beschluss über die Erteilung der Restschuldbefreiung, wenn die Abtretungsfrist ohne vorzeitige Beendigung verstrichen ist.
- (2) Hat der Schuldner die Kosten des Verfahrens berichtet und bietet er aufgrund seines Verhaltens im Verfahren die Gewähr, dass er künftig im Rahmen seiner wirtschaftlichen Verhältnisse leben wird, so kann auf Antrag des Schuldners die Restschuldbefreiung vorzeitig erteilt werden, wenn die Gläubiger einer vorzeitigen Beendigung zustimmen. Der Antrag kann frühestens nach Ablauf von drei Jahren der Abtretungsfrist gestellt werden. Der Schuldner hat einem solchen Antrag den Nachweis beizufügen, dass die Kopf- und Summenmehrheit der Gläubiger diesem Antrag zustimmt.
- (3) [Die bisherigen Absätze 2 und 3 des RegE werden zu den Absätzen 3 und 4].“

Damit wird im Ergebnis - wenn auch in anderer Form - auch dem Änderungsantrag Nr. 7 des Bundesrates Rechnung getragen.

Da die von der Bundesregierung vorgeschlagene Neuregelung als unmittelbarer Eingriff in bestehende Forderungsrechte wirkt und zudem - wie ausgeführt - ebenso unmittelbare Auswirkungen auf die Eigenkapitalsituation der Banken hat, wäre auch an ein **stufenweises und/oder zeitversetztes Inkrafttreten der Regelung** zu denken. Das hätte den Vorteil, dass sich die Kreditgeber (und die Finanzmarkt insgesamt) mit einem größeren Vorlauf auf die Neuregelung einstellen könnten und würde andererseits den Kreditnehmern die Verlässlichkeit nehmen, ihre Verbindlichkeiten nicht (mehr) vollständig begleichen zu müssen. Denkbar wäre vor diesem Hintergrund, die in § 300 RegE-InsO genannten Fristen erst in „Jahressprüngen“ in Kraft zu setzen. Unmittelbar mit Inkrafttreten des Gesetzes wären die Fristen des § 300 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2 und 3 RegE-InsO daher zunächst auf vier/fünf Jahre festzulegen und erst nach Ablauf von ein oder zwei weiteren Jahren auf drei/fünf Jahre (eine gesondert zu prüfende Frage ist dabei, ob der sich dann ergebende geringere zeitliche Abstand zwischen den beiden Varianten der Restschuldbefreiung dann noch ausreicht).

2. Indirekte Fiskusvorrechte (§ 174 Abs. 2, § 175 Abs. 2, § 302 Nr. 1 RegE-InsO)

In § 174 Abs. 2, § 175 Abs. 2, § 302 Nr. 1 RegE-InsO werden Forderungen, die aus Steuerstraftaten resultieren, anderen Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen gleich gestellt. Das soll sich, wie sich aus § 302 Nr. 1 RegE-InsO ergibt (in § 174 Abs. 2, § 175 Abs. 2 InsO-RegE aber noch deutlicher zum Ausdruck gebracht werden sollte), nur auf solche Forderungen beziehen, wegen derer der Schuldner rechtskräftig verurteilt worden ist. Gleiches gilt für Forderungen aus vorsätzlichen Unterhaltsverletzungen.

Darin liegt zunächst - das sei vorsorglich deutlich gesagt - ungeachtet der konkreten Ausgestaltung - eine deutliche **Stärkung des Fiskus im Insolvenzverfahren**. Das gilt auch für die Forderungen aus vorsätzlicher Unterhaltspflichtverletzung, da diese in diesen Fällen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz von den Kommunen erfüllt werden.¹⁵ Im Übrigen ist die Regelung - entgegen der Kritik des Bundesrates¹⁶ - „konzeptionell“ ausreichend. Denn eine Erweiterung auf solche Forderungen aus einer Steuerstraftat, die nicht Gegenstand einer strafgerichtlichen Verurteilung waren, würde Fiskus und Sozialversicherungsträgern die Möglichkeit eröffnen, durch die bloße per Bescheid aufgestellte Behauptung einer Steuerstraftat ein Insolvenzverfahren zu blockieren - und damit auf eine Ausweitung der Vorrechte für Fiskus und Sozialversicherungsträger „durch die Hintertür“ führen. Sie würde zudem wegen der Möglichkeit, sich selbst einen entsprechenden Titel zu verschaffen, zu einer - auch vor dem Hintergrund von Art. 3 GG - ungerechtfertigten Bevorzugung gegenüber anderen Deliktsgläubigern führen. Auf die Ausführungen des Unterzeichners zu dieser Frage im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum ESUG (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen) wird insoweit verwiesen.¹⁷

Unabhängig davon ergibt sich aber ein **Wertungswiderspruch zu § 290 Abs. 1 Nr. 1 RegE-InsO**, nach dem der Einleitung des Restschuldbefreiungsverfahrens erst eine Verurteilung zu einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten entgegensteht. Denn damit könnte schon ein relativ geringfügiges (wenngleich vorsätzliches) Verschulden (etwa: verspätete Abgabe einer Steuererklärung) dazu führen, dass die gesamten Forderungen, auf die es sich bezieht, deutlich weitergehender durchsetzbar werden. Ungeklärt ist insoweit außerdem, ob es allein auf die Bestrafung des

¹⁵ Schmerbach, NZI 2012, 689, 694.

¹⁶ Stellungnahme der Bundesrates, Nr. 8; der Prüfbitte offen gegenüberstehend die Gegenäußerung der Bundesregierung hierzu.

¹⁷ Hirte, ZInsO 2011, 2318 ff. sowie zuvor als Blog-Beitrag im Handelsblatt-Rechtsboard (<http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/>).

Insolvenzdeliktes oder (was den Wertungswiderspruch noch verstärken würde) auch auf eine etwa gebildete Gesamtstrafe wegen noch anderer (an sich nicht von § 290 Abs. 1 Nr. 1 RegE-InsO erfasster) Delikte ankommt.¹⁸

III. Weitere Fragen

1. Abschaffung des Schuldenbereinigungsplanverfahrens (Art. 1 Nr. 38 RegE)

Nach dem Gesetzesvorschlag soll das im bisherigen Recht vorgesehene gerichtliche Schuldenbereinigungsplanverfahren (§§ 307 bis 310 InsO) gestrichen werden (Art. 1 Nr. 38 RegE). Die Entwurfsverfasser halten dieses Verfahren nicht mehr für erforderlich, da stattdessen das Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO) für Verbraucherinsolvenzverfahren zugelassen wird.¹⁹ Außerdem sei das Schuldenbereinigungsplanverfahren praktisch bedeutungslos.²⁰

Diese Gründe können allerdings nicht überzeugen. Vielmehr müsste angestrebt werden, das Schuldenbereinigungsplanverfahren für Gläubiger und Schuldner attraktiver zu machen.²¹ Die noch im RefE vorgesehene Regelung in Form eines Zustimmungsersetzungsverfahrens (§§ 305a, 307 ff. RefE-InsO) war insoweit ein Schritt in die richtige Richtung. Danach sollten Schuldner beantragen können, dass das Gericht die Zustimmung einzelner obstruierender Gläubiger zu einem (an sich) außergerichtlich vorgelegten Plan unter gewissen Voraussetzungen ersetzen kann. Trotz einiger Unstimmigkeiten der vorgeschlagenen Regelungen²² erscheint diese Lösung sinnvoller. Denn dem Schuldner, der eine außergerichtliche privatautonome, und deshalb nach wie vor von der Zustimmung aller Gläubiger abhängende, Einigung nicht erreichen kann, bleibt nach dem vorliegenden Entwurf keine andere Wahl als das tendenziell sehr aufwändige Insolvenzplanverfahren zu bemühen, um obstruierende Gläubiger einem Plan zu unterwerfen. Damit ist stets eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwingend verbunden. Das widerspricht aber dem privatrechtlichen Modell, nach dem ein außerhalb des (eröffneten) Insolvenzverfahrens getroffener Vergleich einem im

¹⁸ Siehe *Grote/Pape*, ZInsO 2012, 1913, 1914.

¹⁹ Begr RegE zu Art. 1 Nrn. 36, 38-40.

²⁰ Das ist offenbar gemeint, wenn es in der Begründung des RegE heißt, dass das Schuldenbereinigungsplanverfahren „seine Funktion jedoch nur unzureichend erfüllen konnte“ (Begr RegE zu Art. 1 Nr. 36). In der Tat soll es in nur etwa 3 % der Verbraucherinsolvenzverfahren zu einem solchen Verfahren kommen; siehe *A. Schmidt*, Privatinsolvenzrecht (2009), Rdn. 45.

²¹ So auch *Grote/Pape*, ZInsO 2012, 1913, 1920 f.

²² Dazu etwa – nicht in allen Punkten überzeugend – *Frind*, ZInsO 2012, 475, 477 f.; ferner *Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2012, 558, 564 f.; *Pape/Grote*, AnwBl. 2012, 507, 512 f.

Insolvenzverfahren durchgesetzten Plan generell im Zweifel vorzuziehen ist.²³ Darüber hinaus bietet es sich an, das Schuldenbereinigungsplanverfahren auch noch (ggfls. als Alternative zum Insolvenzplanverfahren) nach der Verfahrenseröffnung zuzulassen.²⁴

Diese Sichtweise berücksichtigt vor allem, dass das Zustimmungseretzungsverfahren eine vorgerichtliche Wirkung entfaltet, was von den Gerichten und Verwaltern meist nicht wahrgenommen wird, da sie erst bei Scheitern der Einigung ins Spiel kommen. Weil es das Zustimmungseretzungsverfahren gibt, geben viele Gläubiger mit Hinweis darauf in einer zweiten außergerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahrensphase nach. Die Bedeutung des Zustimmungseretzungsverfahrens ist mithin höher als der statistisch bekannte Prozentsatz von 2 bis 3 %. Schließlich erleichtert eine Drohung mit diesem gerichtlichen Verfahren eine außergerichtliche Einigung. Der Hinweis auf das aufwändigere Insolvenzplanverfahren wird nicht dieselbe Wirkung haben. Auch auf der Kostenseite ist das Zustimmungseretzungsverfahren vorzugswürdig. Es ist weitgehend gerichtsgebührenfrei; insbesondere muss – anders als beim Insolvenzplanverfahren – kein Insolvenzverwalter bestellt werden.

2. Modifikation der Insolvenzantragspflicht für Vereine und Stiftungen (§ 15a RegE-InsO)

Mit einem den bisherigen § 15a InsO ergänzenden Absatz 6 will der RegE die Geltung der allgemeinen Regelungen hinsichtlich der Insolvenzantragspflicht für „Vereine und Stiftungen“ explizit ausschließen. Damit wird - auf den ersten Blick - nur das Konkurrenzverhältnis gesetzlich festgeschrieben, dass dem Gesetzgeber bei Einführung des § 15a InsO durch das MoMiG²⁵ bereits vorgeschwebt hatte, nämlich dass die Sonderregelung in § 42 Abs. 2 BGB für den Verein unverändert dem neuen § 15a InsO vorgehen soll.²⁶ Der jetzige RegE hat dabei gegenüber dem RefE durch den Einschub, „für die § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt“, sicher den Anwendungsbereich der Ausnahmvorschrift klarer gefasst.²⁷

Gleichwohl überzeugt dies auch in der leicht geänderten Fassung nicht:

Denn mit der vorgeschlagenen Neuregelung konterkariert der Gesetzgeber eines der zentralen

²³ Siehe insoweit zum Unternehmensinsolvenzrecht *Hirte*, ZInsO 2010, 1297 und *passim*.

²⁴ Vgl. insoweit ebenso die Stellungnahme des Bundesrates, Nr. 10 a.E.; sowie *Schmerbach*, NZI 2012, 364.

²⁵ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (BGBl. I, 2026).

²⁶ Begr RegE (zum MoMiG), BT-Drucks. 16/6140, S. 55; *Hirte*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung (13. Aufl. 2010), § 11 Rdn. 220, § 15a InsO Rdn. 2.

²⁷ Zur Kritik am RefE in diesem Punkt *Gregor Roth*, ZInsO 2012, 678, 680.

Regelungziele des MoMiG, durch das der jetzige § 15a InsO geschaffen wurde,²⁸ nämlich die Qualifikation der Insolvenzantragspflicht als einer rechtsformneutralen insolvenzrechtlichen Pflicht, die deshalb auch auf ausländische Rechtsträger mit inländischem Verwaltungssitz anwendbar sein soll²⁹ (der Verfasser hat diese Qualifikation im Übrigen schon früher als bloße „Scheinbehauptung“ in Frage gestellt).

Ungeachtet dessen überzeugt die Norm sachlich nicht: Denn für die (fehlende) Gefährdung der Gläubiger durch Vereine oder Stiftungen (bzw. dafür, auf Sanktionen für eine solche Gefährdung zu verzichten), kommt es nicht (allein) auf die Rechtsform, sondern auf die konkrete Art und Weise der Tätigkeit (Umfang eines etwaigen wirtschaftlichen Nebenbetriebs), die geschäftliche Erfahrung der Vorstandsmitglieder und das Maß der Sorgfaltspflichtverletzung bei ihnen an.³⁰ Allein der Verweis auf staatsanwaltschaftliches Einschreiten zu Lasten von Vereins- oder Stiftungsvorständen³¹ vermag die Regelung daher nicht zu rechtfertigen; denn diese Maßnahmen legen - ungeachtet der Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer strafrechtlichen Sanktion im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG nach geltendem Recht - eher die Frage nahe, ob der Gläubigerschutz durch die Insolvenzantragspflicht in Vereinen und Stiftungen nicht gegenwärtig zu schwach ausgestaltet ist.³² Umgekehrt können die Gesichtspunkte, die für einen Sanktionsausschluss bei Vereinen und Stiftungen streiten, unter Umständen auch bei anderen Rechtsträgern gelten, insbesondere wenn auch deren Organwalter unentgeltlich tätig sind; der Streit um die Anwendbarkeit des neuen § 31a BGB auch auf Kapitalgesellschaften³³ zeigt dies. All‘ dies berücksichtigt der Entwurf jedoch nicht.

Der Unterzeichner plädiert daher dafür, die Norm (den neuen Absatz 5) - im Anschluss an einen Vorschlag von *Roth* - stattdessen wie folgt zu fassen:³⁴

"Das Gericht kann im Fall einer fahrlässigen Tatbegehung von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2 StGB), wenn die juristische Person oder eine ihr gleichgestellte Gesellschaft (§ 15a Abs. 1 S. 2 und Abs. 2) nicht wirtschaftlich im Sinne von §§ 21, 22 BGB tätig ist und der Geschäftsbetrieb nach Art

²⁸ So zum RefE *Gregor Roth*, ZInsO 2012, 678.

²⁹ Begr RegE (zum MoMiG), BT-Drucks. 16/6140, S. 55; *Hirte* (Fn. 26), § 15a InsO Rdn. 2.

³⁰ So zum RefE *Gregor Roth*, ZInsO 2012, 678 f.

³¹ So die Begr RegE zu § 15a RegE-InsO.

³² So für das Zahlungsverbot schon ausführlich *Hirte*, NJW 2011, 656, 659; zuvor schon *Hirte*, in: Festschrift für Werner (2009), S. 222, 228 f.; *ders.* (Fn. 26), § 11 InsO Rdn. 220 sowie etwa *Roth/Knof*, KTS 2009, 163, 178 ff. gegen BGH, Hinweisbeschl. v. 8.2.2010 - II ZR 54/09, ZIP 2010, 985 = NJW-RR 2010, 1047 = NZG 2010, 625 = NZG 2010, 742 = ZInsO 2010, 915 = DStR 2010, 1143; BGH, Hinweisbeschl. v. 8.2.2010 - II ZR 156/09, ZIP 2010, 1080 = NJW-RR 2010, 978 = NZG 2010, 711 = NZI 2010, 582 = ZInsO 2010, 1003.

³³ Dazu *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht (7. Aufl. 2012), Rdn. 3.83a.

³⁴ *Gregor Roth*, ZInsO 2012, 678, 679.

und Umfang keiner kaufmännischen Einrichtung bedarf. Eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Satz 2 liegt unwiderleglich vor, wenn die juristische Person ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Unternehmens eine Handelsgesellschaft (§ 6 HGB) ist oder eine Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist (§ 33 HGB). Satz 3 gilt entsprechend, wenn nach den Vorschriften der §§ 13d bis 13h HGB eine Zweigniederlassung in das Handelsregister einzutragen ist."

3. Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters

Bei der grundsätzlich überzeugenden³⁵ Ergänzung des durch das ESUG eingeführten § 26a InsO sollte noch klar gestellt werden, dass die vorgeschlagene Neuregelung auch (und erst recht) für unzulässige Insolvenzanträge gilt.³⁶

Im Übrigen wird auch der Anregung des Bundesrates in Nr. 4 seiner Stellungnahme zugestimmt.

4. Verlagerung der funktionellen Zuständigkeit für Verbraucherinsolvenzverfahren auf den Rechtspfleger

Der RegE sieht - anders als noch der RefE - davon ab, die funktionelle Zuständigkeit für Verbraucherinsolvenzverfahren auf den Rechtspfleger zu verlagern. Der Bundesrat fordert in seiner Stellungnahme (Nr. 11), diese Frage der Entscheidung der Länder zu überlassen und begründet dies (unter anderem) unter Hinweis auf die gewachsenen Zuständigkeiten der Richter in Insolvenzsachen als Folge des ESUG.

Ich halte einen solchen „Kuhhandel“ nicht für überzeugend, vor allem dann nicht, wenn man - wie vorstehend gefordert - dem (funktional verstandenen) Richter die Möglichkeit von Ermessens- und Billigkeitsentscheidungen einräumt. Die damit zweifellos verbundenen haushaltsmäßigen Risiken lassen sich meines Erachtens eher - wie vorgeschlagen (oben II.1.c) - durch eine Verordnungsermächtigung beseitigen, mit der Entscheidungsspielräume konkretisiert werden - und damit Verfahrenskosten gesenkt werden können.

³⁵ Dazu auch *Frind*, ZInsO 2011, 2249, 2250; *Keller*, NZI 2012, 317; *Marotzke*, DB 2012, 617, 619 f.; *Römermann/Praß*, Das neue Sanierungsrecht (2012), Rdn. 353.

³⁶ So auch *Schmerbach*, NZI 2012, 689, 691.

5. Altfälle nach der Konkursordnung

Auf den ersten Blick ein Randproblem, gleichwohl aber eine erhebliche „Gerechtigkeitslücke“ stellen die Altfälle von Schuldnern dar, die noch unter der Konkursordnung (KO) oder der Gesamtvollstreckungsordnung (GesO) ein Konkursverfahren durchlaufen haben, in dem eine Restschuldbefreiung nicht vorgesehen war. Nach den allgemeinen Regeln des intertemporalen Prozessrechts, nach denen die Geltung neuen bzw. geänderten Prozessrechts vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung abhängt (so auch Art. 7 RegE), ist solchen Schuldnern der Zugang zum geltenden Rechtschuldbefreiungsverfahren, erst recht aber zum künftigen, verwehrt.

Das lässt sich vor allem deshalb schwer vermitteln, weil gerade die Restschuldbefreiung nicht (nur) prozessrechtlichen Charakter hat, sondern (auch) - jedenfalls im Ergebnis - materiellrechtlichen. Die zuvor angestellten Überlegungen zu den Auswirkungen auf die Bewertung von Forderungen schon im Vorfeld einer Insolvenz (oben II.1.b) zeigen dies ebenso deutlich wie die Tatsache, dass die Einführung der Restschuldbefreiung seinerzeit als Instrument zur Bewältigung der „Schuldturmproblematik“ verstanden wurde - und damit Ansätze fortführte, die das deutsche Zivilrecht zuvor typischerweise im Bereich des materiellen Rechts gelöst hatte (vor allem durch § 138 BGB, später durch das AGB-Recht).

Vor diesem Hintergrund - den (im Ergebnis) materiellrechtlichen Auswirkungen der Restschuldbefreiung - erscheint es angezeigt, nach einer Lösung zu suchen, die auch Schuldner früherer Konkurs- und GesO-Verfahren in den Genuss dieses Verfahrens kommen lässt. Dabei ist es nicht ausreichend, darauf zu verweisen, dass diese Schuldner erneut ein Insolvenzverfahren durchlaufen können - nunmehr ein solches neuen Rechts. Denn dessen Eröffnung würde das Vorliegen eines Insolvenzgrundes voraussetzen, der in solchen Fällen - fast möchte man sagen: Gott sei Dank - nicht immer vorliegt.

Andererseits ist es angesichts des „bivalenten Charakters“ der Regelung - formal prozessrechtlich, materiell zivilrechtlich - nicht gerechtfertigt, einen Regelungsbedarf allein unter Hinweis darauf in Frage zu stellen, dass eine Gleichbehandlung im Zeitablauf jedenfalls von Verfassungs wegen nicht erforderlich ist.³⁷ Denn angesichts der „Umsteuerung“ der Schuldturmproblematik vom Zivil- in das Verfahrensrecht geht es nicht allein um eine Frage des intertemporalen Verfahrensrechts.

Eine Lösung könnte vor diesem Hintergrund so aussehen, dass in den Übergangsvorschriften

³⁷ Dazu jüngst BGH, Urt. v. 26.10.2011 – IV ZR 150/10, BGHZ 191, 229.

der EGInsO Art. 103 EGInsO durch eine zusätzliche Norm etwa folgenden Inhalts ergänzt wird:

„Ist der Schuldner eine natürliche Person, kann er aber nach Aufhebung (§ 163 KO) oder Einstellung (§ 19 GesO) der vorgenannten Verfahren ein neues Insolvenzverfahren mit dem Ziel der Restschuldbefreiung nach §§ 286 bis 303 der Insolvenzordnung beantragen, ohne dass ein Insolvenzgrund vorliegen muss.“

Der Regelungsvorschlag beschränkt sich bewusst auf die Restschuldbefreiung. Zwar können ähnliche Probleme auch in anderem Zusammenhängen auftreten. Da davon aber bislang nichts bekannt geworden ist, sollte der Gesetzgeber hier keine unnötigen Rechtsunsicherheiten schaffen.

6. Übergangsregelung im Übrigen

Aber auch unabhängig von der Problematik „uralter Verfahren“ stellt die Übergangsregelung ein Problem dar: Denn wenn von der Neuregelung ausdrücklich nur neue Verfahren erfasst sind (Art. 7 Nr. 2 RegE), dann „überholen“ diese in jedem Fall die alten Verfahren, die noch sechs Jahre laufen. Hier müsste man ähnlich dem Vorschlag für die „Uraltverfahren“ einen Übergangszeitraum schaffen, in dem ein Schuldner in einem mindestens seit drei Jahren laufenden Verfahren die Möglichkeit hat, in das neue Verfahren zu wechseln, etwa - so auf der Grundlage des Regierungsentwurfs - durch Zahlung der Mindestbefriedigungsquote von 25 %.

IV. Zusammenfassung

1. Mit dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte („2. Stufe der Insolvenzrechtsreform“) will die Bundesregierung in erster Linie das Restschuldbefreiungsverfahren umgestalten und insolventen Schuldnern durch eine Restschuldbefreiung schon nach drei bzw. fünf Jahren eine „zweite Chance“ geben.

2. Während die Verkürzung der Frist für die Restschuldbefreiung grundsätzlich zu begrüßen ist, ist die vorgesehene Mindestbefriedigungsquote von 25 % mit ihrer pauschalierenden Wirkung nicht überzeugend: Denn sie verkürzt einerseits ohne Not die Ansprüche gegen leistungsfähige und -willige Schuldner, so wie sie andererseits (vor allem bei Einbeziehung der Verfahrenskosten) anderen Schuldner keinerlei Perspektive einer frühzeitigen

Restschuldbefreiung bietet.

3. Angezeigt ist vor diesem Hintergrund eine stärkere Einbindung der konkreten Insolvenzgläubiger, die bei ihrer Entscheidung über einer Zustimmung oder Ablehnung der Restschuldbefreiung zudem nicht nur die formalisierten Versagungsgründe sollten berücksichtigen dürfen. Insbesondere sollten auch „weiche Faktoren“ in ihre Entscheidung einfließen dürfen, zu denen auch das Verhalten gegenüber Nicht-Insolvenzgläubigern oder Neugläubigern gehört.

4. Das Problem einer gesetzlichen Quotenvorgabe zur Erreichung einer frühzeitigen Restschuldbefreiung ist, dass eine solche Regelung insoweit Vorwirkungen hätte, als es zum einen zu einer faktischen Entwertung der Forderung außerhalb bzw. vor dem Insolvenzverfahren kommen kann, und zum anderen eine Vermögensverschiebung auf Verwandte in genau dieser Höhe im Vorfeld der Insolvenz attraktiv würde. Deshalb empfiehlt es sich, eine Pflicht zur Vorlage eines Herkunftsnachweises einzuführen und die Restschuldbefreiung (auch wenn die Quote nicht erreicht wird) von einer Billigkeitsentscheidung des Gerichts abhängig zu machen. Diese Entscheidung sollte unter starker Einbeziehung der Gläubiger erfolgen.

5. Die indirekten Fiskusvorrechte (§ 174 Abs. 2, § 175 Abs. 2, § 302 Nr. 1 RegE-InsO) stehen in einem Wertungswiderspruch zu § 290 Abs. 1 Nr. 1 RegE-InsO, da selbst bei relativ geringer Schuld die gesamten Forderungen, auf die sich die Tat bezieht, deutlich weitgehender durchsetzbar werden.

6. Die geplante Abschaffung des Schuldenbereinigungsplanverfahrens überzeugt nicht. Stattdessen sollte auf Grundlage der bisherigen Regelung eine außergerichtliche Einigung mithilfe eines Zustimmungsersetzungsverfahrens gefördert werden. Diese Möglichkeit sollte auch noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehen.

7. Ein Ausschluss für „Vereine und Stiftungen“ von der Insolvenzantragspflicht (§ 15a RegE-InsO) konterkarierte nicht nur eines der zentralen Regelungsziele des MoMiG (rechtsformneutrale Pflicht), sondern überzeugt auch sachlich nicht. Es sollte nicht auf die Rechtsform, sondern auf die konkrete Art und Weise der Tätigkeit abgestellt werden.

8. Bei der geplanten Regelung zur Kostentragung hinsichtlich der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 26a Abs. 2 Satz 2 RegE-InsO) sollte klargestellt werden, dass es um „unzulässige“ Anträge geht.

9. „Gerechtigkeitslücken“ ergeben sich im Übrigen im Bereich des Übergangsrechts: So sollte einerseits geprüft werden, wie Schuldner aus Altverfahren nach KO und GesO der Weg in die Restschuldbefreiung eröffnet werden kann, andererseits verhindert werden, dass bei Inkrafttreten der Neuregelung Verfahren nach dem noch geltenden Recht „überholt“ werden.