

**Prof. Dr. Heinz Vallender**  
weiterer Aufsicht führender Richter  
am Amtsgericht Köln

Köln, den 5.1.2013

## **Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung**

### **Entwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte, Drucks. 17/11268**

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

§ 15a InsO soll um einen neuen Absatz 6 ergänzt werden, der lautet: *„Auf Vereine und Stiftungen, für die § 42 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt, sind die Absätze 1 bis 5 nicht anzuwenden.“* Privilegiert sind damit auch die Vorstände von Unternehmensstiftungen und solcher Vereine, die in erheblichem Umfang am Wirtschaftsleben teilnehmen; etwa von Automobilclubs, Vereinen aus dem Bereich des Profisports oder des sozialen Sektors. Sie haben vielfach Arbeitnehmer und eine Vielzahl an Geschäftsbeziehungen. Entgegen der Begründung des RegE sind die Verhältnisse in diesen Fällen gerade doch mit denen bei werbenden Handelsgesellschaften vergleichbar. Weshalb dann die Strafordrohung nicht gelten soll, ist kaum erklärbar.

Die weite Fassung des § 15a InsO sollte Strafbarkeitslücken schließen, die durch das vermehrte Auftreten von Auslandsgesellschaften im Inland (insb. die Ltd.) entstanden sind. Da die Privilegierung des § 15a Abs. 6 RegE aber auch für im Ausland gegründete, ausschließlich im Inland tätige Vereine und Stiftungen gilt, würde das soeben erst geschlossene Schlupfloch wieder ein Stück weit geöffnet.

Man mag die Strafordrohung für den ehrenamtlichen Vorstand, der aus §§ 42, 86 BGB ohnehin zivilrechtlich haftet, für zu scharf halten. Dann sollte zum Schutz des Geschäftsverkehrs die Einschränkung der Strafbarkeit aber auch auf den reinen Ehrenamtler beschränkt bleiben. Umgesetzt werden könnte dies durch einen neuen Abs. 6, der lautet: *„Die Absätze 4 und 5 sind auf ausschließlich ehrenamtliche Vorstandsmitglieder von Vereinen und Stiftungen nicht anwendbar.“*

## Art. 1 Nr. 29

Die Regelung, dass unter den Voraussetzungen des § 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 RegE die Erteilung der Restschuldbefreiung bereits nach Verstreichen der dreijährigen Abtretungsfrist in Betracht kommt, ist zu begrüßen. Zutreffend weist die Bundesregierung darauf hin, dass sich Deutschland mit der Neufassung des § 300 InsO der Rechtsordnung einiger Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der Restschuldbefreiung annähert. Fraglich erscheint indes, ob die Vorschrift eine hohe praktische Bedeutung erlangen wird. Nach meinen Erfahrungen in der gerichtlichen Praxis werden die meisten Schuldner die Voraussetzungen des § 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 des RegE nicht erfüllen. Bei Einführung einer Mindestquote werden neue Ungleichheiten geschaffen, die auf einfache Weise zu vermeiden wären: Verkürzung der Wohlverhaltensperiode auf drei (oder vier) Jahre ohne Mindestbefriedigungsquote für alle natürlichen Personen.

Kritiker der geplanten Einführung einer verkürzten Wohlverhaltensperiode von 3 Jahren befürchten demgegenüber, dass die „gezielt ausgelöste Diskussion über die Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens und einer deutlichen Senkung der vorgeschlagenen Mindestquote“ auf dem Rücken der Gläubiger ausgetragen werde. Dies könne negative Auswirkungen auf die Akzeptanz des gesamten Verbraucherinsolvenzverfahrens haben (*Jäger ZVI 2012, 177, 189*). Der Bundesverband Deutscher Inkassounternehmen e.V. lehnt jede Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens ab. In einer Pressemitteilung vom 18.7.2012 geht der Verband davon aus, durch die Regelung des § 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 RegE würden wirtschaftliche Schwierigkeiten an sich gesunder Unternehmen in Kauf genommen, nur um Verbrauchern eine vorzeitige Entschuldung zu ermöglichen. Dies sei unverhältnismäßig.

Es unterliegt zwar keinem Zweifel, dass eine Verkürzung der Wohlverhaltensperiode auf 3 Jahre – mit oder ohne Mindestquote - die Durchsetzung einer – titulierten – Forderung erheblich eingeschränkt. Gesetze, die Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen, müssen den beiden im Grundgesetz angelegten Elementen, der geschützten Privatnützigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs.1 S.1 GG) und der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs.2 GG), Rechnung tragen. Die dem Eigentümer auferlegten Beschränkungen müssen die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen und sind an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden (*Seuffert, ZIP 1986, 1157,*

1158; *Vallender* in: Festschrift für *Gerhardt*, 2004, S.999, 1008).

Zwar kann eine Beschränkung oder erhebliche Erschwerung der Durchsetzbarkeit einer Forderung – wie dies auf Grund einer zugunsten des Schuldners erteilten Restschuldbefreiung der Fall ist – ein Eingriff in das Eigentum des Gläubigers sein (vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.1.1991 – 1 BvR 929/89, BVerfGE 83, 201, 211 ff.). Der Gesetzgeber hat bei der Bestimmung des Inhalts des Eigentums konkurrierende Grundrechtspositionen in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen und besitzt hierbei eine weite Gestaltungsfreiheit. Dem entspricht die Bindung des Gesetzgebers an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Bei der Frage der Interessenausgewogenheit ist auch zu berücksichtigen, inwieweit das eigene Verhalten der Gläubiger, wie zum Beispiel deren Verzicht auf die Wahrnehmung ihrer prozessualen Rechte zur Verteidigung ihres Eigentums, Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Prüfung hat. Darüber hinaus darf in diesem Zusammenhang nicht außer Acht gelassen werden, dass Gläubiger bereits bei Vertragsschluss für eine Absicherung sorgen können und sich das Risiko der mangelnden Durchsetzbarkeit ihrer Forderung auf Grund einer dem Schuldner zu erteilenden Restschuldbefreiung damit teilweise auf ihr eigenes, aus der Vertragsautonomie folgendes Verhalten zurückführen lässt (BVerfG, Beschl. v. 22.12.2005 – 1 BvL 9/05, ZVI 2006, 125). Mit der Verpflichtung, den pfändbaren Teil des Arbeitseinkommens für die Dauer von drei Jahren ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Befriedigung der Gläubiger bereitzustellen, wird bereits ein erster Ausgleich zwischen den Interessen der Gläubiger an einer bestmöglichen Befriedigung ihrer Forderungen und dem Interesse des Schuldners an einer Schuldenbereinigung hergestellt. Etwaige Gläubigernachteile werden ferner durch gestärkte Auskunfts- oder Beteiligungsrechte oder die Verschärfung der Versagungsgründe – wie im Entwurf vorgesehen - vermieden oder zumindest abgeschwächt werden. Berücksichtigt man, dass angesichts der verschärften Rechtsprechung des BGH zu den Anforderungen an die Erwerbsbemühungen des Schuldners (BGH Beschl. v. 19.5.2011 – IX ZB 224/09, ZVI 2011, 305, ZVI 2011, 305) eine Erhöhung der Befriedigungsquoten zu erwarten ist und der Gesetzgeber die Rechtsposition des Schuldners dadurch erheblich eingeschränkt, dass er die Versagungstatbestände erweitert und bestimmte Forderungen von der Restschuldbefreiung ausgenommen hat, dürfte selbst die Regelung einer vorzeitigen Erteilung der Restschuldbefreiung nach drei Jahren ohne Mindestquote keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Da die Rechtsordnungen einiger Mit-

gliedstaaten der europäischen Gemeinschaft eine vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung nach einem bzw. drei Jahren vorsehen, trüge eine entsprechende Regelung der angestrebten Harmonisierung des Insolvenzrechts auf europäischer Ebene Rechnung.

Betrachtet man indes die Einführung einer Mindestquote von 25 Prozent als kleinsten gemeinsamen Nenner einer künftigen vorzeitigen Erteilung der Restschuldbefreiung, wäre zu überlegen, ob mit der Einführung einer Härte- oder Billigkeitsklausel Einzelfallgerechtigkeit geschaffen werden könnte. Gelingt es dem Schuldner nicht, innerhalb der Dreijahresfrist, 25 Prozent der Gläubigerforderungen zu befriedigen und die Verfahrenskosten zu berücksichtigen, könnte auch in einem solchen Fall dem Gericht die Möglichkeit eingeräumt werden, dem Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen vorzeitig Restschuldbefreiung zu erteilen. Die österreichische Insolvenzordnung sieht dies vor. Erfüllt der Schuldner im Abschöpfungsverfahren alle ihm auferlegten Bedingungen (vgl. § 210 öIO), wird ihm Restschuldbefreiung gewährt, wenn (§ 213 Abs. 1 öIO) die siebenjährige Laufzeit der Abtretungserklärung (§ 199 Abs. 2 öIO) abgelaufen ist und die Insolvenzgläubiger zumindest 10% ihrer Forderungen erhalten haben (Nr. 2). Hat der Schuldner weniger als 10% der Forderungen erwirtschaftet, so kann das Gericht u.a. nach Billigkeit die Restschuldbefreiung aussprechen (§ 213 Abs. 2 öIO), wenn die Insolvenzgläubiger nur geringfügig weniger als 10% der Forderungen erhalten haben. Wie hoch die Quote in diesen Fällen sein muss, ist nicht abschließend geklärt. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass eine Quote von 9 Prozent genügen soll (*Kodek*, Handbuch Privatkonkurs, 2002, Rd. 802; *Schneider*, Privatin solvenz, 2010, S. 17). Nach einer Entscheidung des OGH (8 Ob 107/08f.) reichen weniger als 6 Prozent keinesfalls aus.

Die Situation in Deutschland dürfte sich bei Einführung einer Härte- oder Billigkeitsklausel nicht anders darstellen. Eine entsprechende Regelung würde zu zahlreichen voneinander abweichenden Entscheidungen und damit zu großer Rechtsunsicherheit führen. Sie kann nicht befürwortet werden.

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung einer vorzeitigen Restschuldbefreiung nach drei Jahren schafft noch ein weiteres Problem. In zahlreichen Fällen dürfte die Höhe der Verfahrenskosten nicht zeitnah zu erfahren sein. Dem kann allerdings dadurch wirksam begegnet werden, dass das Gericht binnen einer bestimmten Frist einen im Nachhinein abzurechnenden Betrag zu benennen hat.

Soweit der Bundesrat eine Restschuldbefreiung nicht erteilen will bei Neuverbindlichkeiten, bei denen Verzug eingetreten ist, weist die Bundesregierung diesen Vorschlag in ihrer Gegenäußerung zutreffend zurück. Bei selbständiger Tätigkeit lassen sich Neuschulden nicht vermeiden. Die Feststellung eines Verzuges würde die Kapazitäten bei den Insolvenzgerichten sprengen.

#### **Art. 1 Nr. 30**

Der Regierungsentwurf weitet – ebenso wie schon der Referentenentwurf - die von der Restschuldbefreiung ausgenommenen Forderungen auf rückständigen Unterhalt, den der Schuldner vorsätzlich pflichtwidrig nicht gewährt hat oder auf Verbindlichkeiten aus einem Steuerschuldverhältnis aus, sofern der Schuldner im Zusammenhang damit wegen einer Steuerstraftat nach § 370 oder § 373 AO rechtskräftig verurteilt worden ist und die entsprechende Forderung von den Steuerbehörden unter Angabe des Rechtsgrundes nach § 174 Abs. 2 InsO zur Tabelle angemeldet wurde (kritisch hierzu *Schmerbach*, NZI 2012, 161, 165; *Ahrens*, ZVI 2012, 122; *Schmittmann*, VIA 2012, 42; *Grote/Pape*, ZInsO 2012, 409). Unbeachtlich ist, zu welchem Zeitpunkt die Verurteilung erfolgt. Damit bleibt die insolvenzrechtliche Nachhaftung insbesondere für hinterzogene Steuern bestehen. Gewöhnliche Steuerrückstände des Schuldners oder andere Geldforderungen der Steuerbehörden – wie etwa Zwangsgelder – werden weiterhin von der Restschuldbefreiung erfasst.

Die Vorschrift privilegiert den Fiskus dadurch, dass rechtskräftige Verurteilungen wegen Steuerstraftaten nach §§ 370, 373 oder 374 AO unter § 302 Nr. 1 InsO fallen. Dies ist bislang nicht der Fall (BFH NZI 2008, 764). Der Fiskus erlangt eine „Wahlmöglichkeit“ zwischen einer Versagung gem. § 290 InsO und der Privilegierung gem. § 302 Nr. 1 InsO. Durch die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 302 InsO wird die Restschuldbefreiung entwertet und es werden neue Begehrlichkeiten für weitere Ausnahmen geweckt.

#### **Art. 1 Nr. 35b**

Nach § 305 Abs.3 RegE ist künftig ein Verbraucherinsolvenzantrag als unzulässig zurückzuweisen, wenn der Schuldner die unvollständig eingereichten Formulare nicht innerhalb der gesetzlichen Monatsfrist nach Aufforderung durch das Gericht ergänzt. Die Vorschrift ersetzt die bisherige Rücknahmefiktion des § 305 Abs.3 Satz 2 InsO. Gegen die Abweisung steht dem Schuldner gemäß § 305 Abs. 3 Satz 3 RegE die sofortige Beschwerde zu.

Es trifft zwar zu, dass nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung einige Gerichte überspannte Anforderungen an die vom Schuldner gem. § 305 Abs. 1 InsO abzugebenden Erklärungen und vorzulegenden Unterlagen gestellt haben. Von einem „Missbrauch“ kann derzeit keine Rede mehr sein. Vielmehr hat sich die Regelung bewährt, so dass Änderungsbedarf nicht besteht. Die Vorschrift wird zu einer Zunahme von Beschwerdeentscheidungen und damit Mehrbelastung der Justiz führen, weil bei der Vorlage unvollständiger oder nicht aktueller Antragsangaben, die das Insolvenzgericht zu beanstanden hat, das künftig vorgesehene Rechtsmittel der Beschwerde dem Schuldner bzw. seinem Berater eine lange Zeitphase verschaffen kann, um die Mängel zu beseitigen. Vermag der Schuldner noch vor einer Entscheidung des Beschwerdegerichts, die angesichts der Belastung der Landgerichte möglicherweise erst Monate nach der angegriffenen Entscheidung des Insolvenzgerichts ergeht, die Beanstandung zu beheben, ist der Weg ins Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet.

#### **Art. 1 Nr. 38 – 40**

Das Verbraucherinsolvenzverfahren herkömmlicher Fassung soll es künftig nach Streichung der das gerichtliche Schuldenbereinigungsverfahren betreffenden Vorschriften nicht mehr geben. Dies gilt umso mehr, als bereits der Referentenentwurf sich von den Regelungen der §§ 312 ff. InsO verabschiedet hatte.

Es stellt sich die Frage, ob es vor diesem Hintergrund noch der Trennung von Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren bedarf. Um sich der Frage zu nähern, sollte man sich zunächst die Motivation des Gesetzgebers und die ursprüngliche Konzeption des Verfahrens vergegenwärtigen. Das Verbraucherinsolvenzverfahren als eigenständiges Verfahren ist erst auf Betreiben des Rechtsausschusses zu einem späten Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens Teil der InsO geworden (BT Drucks. 12/7302 vom 19.4.1994, S. 132 ff., Begründung ab S. 190 ff.). Das Regelverfahren wurde als zu komplex für die Verbraucherentschuldung empfunden. Für Kleinverfahren sollte deshalb ein einfaches und kostengünstiges Verfahren geschaffen werden, das die Gerichte nicht zu stark belastet (BT Drucks. 12/7302, S. 151). Ursprünglich wiesen Verbraucher- und Regelinsolvenzverfahren eine Reihe bedeutender Unterschiede auf: So wurde dem Verbraucherinsolvenzverfahren zur Verhinderung einer übermäßigen Belastung der Gerichte der – verpflichtend - durchzuführende außergerichtliche Einigungsversuch vorgeschaltet. Für den Fall seines Scheiterns sollte als „*Kernstück*“ (BT Drucks. 12/7302, S. 190) des Verbraucherinsolvenzverfahrens das ebenfalls *verpflichtende* gerichtliche Schuldenbereinigungsverfahren durchzuführen sein. Erst bei dessen Scheitern sieht das Gesetz ein (Verbrau-

cher-)Insolvenzverfahren mit diversen Verfahrensvereinfachungen vor. So konnte das Verbraucherinsolvenzverfahren im Gegensatz zum Regelverfahren schriftlich durchgeführt werden. Insolvenzplanverfahren und Eigenverwaltung wurden ausgeschlossen und statt eines Insolvenzverwalters war lediglich ein Treuhänder zu bestellen. Es wurde die Möglichkeit einer vereinfachten Verwertung (§ 314 InsO) geschaffen und die Insolvenzanfechtung war ausschließlich den Gläubigern vorbehalten. Tatsächlich haben sich die Erwartungen an das Verbraucherinsolvenzverfahren von Anfang an nur teilweise erfüllt. Es unterlag deshalb einer stetigen Änderung durch den Gesetzgeber. Allein von § 305 InsO, der den Eröffnungsantrag des Verbraucherschuldners regelt, sind mittlerweile fünf verschiedene Fassungen Gesetz geworden – eine sechste findet sich im Regierungsentwurf vom 31.10.2012.

Bemerkenswert dabei ist insbesondere, dass sich die Verfahrensarten im Laufe der Zeit immer weiter angenähert haben. Da sich das gerichtliche Schuldenbereinigungsverfahren schnell als sperrig und in der Vielzahl der Fälle aussichtslos erwiesen hat, erfuhr dieses „Kernstück“ (!) des Verbraucherinsolvenzverfahrens bereits durch das InsOÄndG vom 26.10.2001 (künftig: InsOÄndG 2001) eine nur noch eine fakultative Ausgestaltung. Auch das gesetzgeberische Leitbild vom aktiven Gläubiger, der „motiviert und in der Lage (ist), selbst die Anfechtung gläubigerschädlicher Handlungen“ (BT Drucks. 12/7302, S. 193) durchzusetzen, hat sich nicht verwirklicht. Durch das InsOÄndG 2001 wurde deshalb die Möglichkeit der Übertragung der Anfechtung auf den Treuhänder geschaffen. Mit demselben Gesetz hat der Gesetzgeber seinen Vorsatz, die Gerichte nicht übermäßig zu belasten, faktisch aufgegeben und mit der Einführung des Stundungsverfahrens der Verbraucherinsolvenz den Weg zum Massenverfahren geebnet.

Eine wirkliche Erfolgsgeschichte war hingegen lediglich die Einführung des schriftlichen Verfahrens. Diese Besonderheit des Verbraucherinsolvenzverfahrens wurde deshalb durch das InsVerfVeinfG vom 13.4.2007 im geänderten § 5 InsO zum allgemeinen Verfahrensgrundsatz erhoben und damit auch für das Regelverfahren eingeführt.

Sollten das gerichtliche Schuldenbereinigungsverfahren und die §§ 311 bis 314 InsO aufgehoben, die Trennung der Verfahren aber beibehalten werden, sind die mit dieser Unterscheidung der Verfahrensarten einhergehenden Schwierigkeiten nach wie vor zu meistern. Insbesondere bereitet die Abgrenzung der Verfahrensarten nach wie vor Probleme. In seiner Ursprungsfassung war das Verbraucherinsolvenzverfahren

natürlichen Personen vorbehalten, die keine oder nur eine geringfügige selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Geringfügig war eine die selbständige Tätigkeit, wenn sie nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

Da sich Abgrenzung schnell als untauglich erwiesen hat, wurde sie durch das InsOÄndG 2001 geändert. Nunmehr sollten „werbende und ehemalige Kleinunternehmer dem Regelinsolvenzverfahren“ zugewiesen werden. Nur ehemalige Unternehmer, die von ihrer Verschuldensstruktur einem Verbraucher gleichzusetzen seien, sollten noch dem Verbraucherinsolvenzverfahren unterfallen (BT Drucks. 14/5680, S. 30). Umgesetzt wurde dies durch die noch aktuelle Fassung des § 304 InsO. Danach sind die Vermögensverhältnisse überschaubar, wenn der Schuldner weniger als 20 Gläubiger hat. Ist er ehemaliger Unternehmer, so fällt er gleichwohl aus dem Anwendungsbereich der Norm, wenn gegen ihn Forderungen aus Arbeitsverhältnissen bestehen. Diese Regelung ist zwar zumeist gut handhabbar, birgt aber noch vielfältige Abgrenzungsprobleme, die sich vor allem am Merkmal der „selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit“ entzünden: Unterfällt dem Begriff jede noch so geringe, selbständige Tätigkeit (siehe dazu BGH NZI 2011, 410)? Reicht bereits das gelegentliche Verkaufen von gebrauchten Artikeln über Onlineportale? Wie regelmäßig und in welchem Umfang muss ggf. verkauft werden?

Während der Fremdgeschäftsführer nach h.M. der Verbraucherinsolvenz unterfällt, selbst wenn er etwa nach §§ 69, 34 AO, § 64 GmbHG persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet und seine Verschuldensstruktur daher derjenigen eines Unternehmers entspricht, ist der Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer dem Regelverfahren zuzuordnen. Was aber ist bei einer unter Beteiligung, die unter 50 Prozent liegt? Diese Fragen sind ungeklärt oder unterliegen der richterlichen Rechtsauslegung im Einzelfall.

Immerhin ist mittlerweile geklärt, dass Forderungen der Sozialversicherungsträger solche aus Arbeitsverhältnissen sind. Dies hat zur Konsequenz, dass ein Schuldner, der sein Kleinunternehmen seit vielen Jahren geschlossen hat und ALG-II-Leistungen bezieht, gleichwohl dem Regelverfahren unterfällt, sofern nur eine noch so geringe Forderung eines Sozialversicherungsträgers besteht. In diesem Fall wird man kaum ernsthaft davon sprechen können, dass die Verschuldensstruktur nicht derjenigen eines Verbrauchers entspricht. Nicht selten sind es hier wertmäßig gerin-

ge Forderungen der gesetzlichen Unfallversicherung für die kurzzeitige Beschäftigung einer Aushilfskraft, die den Anwendungsbereich des Regelverfahrens eröffnen. Die Abgrenzungsproblematik hat auch nach dem RegE 2012 nichts von ihrer Brisanz verloren, wenngleich der Anreiz zur Rechtsgestaltung durch die vorgesehene Übertragung der Anfechtung auf den Insolvenzverwalter geringer wird. Eine Umsetzung des Entwurfs könnte aber an anderer Stelle ungeahnte neue Probleme schaffen. Sollte, worauf noch an anderer Stelle einzugehen sein wird, das Petitum der Standesorganisation der Rechtspfleger auf Übertragung des Verbraucherinsolvenzverfahrens auf den Rechtspfleger im weiteren Gesetzgebungsverfahren Gehör finden, treten – unnötig – neue Probleme auf. Es würde dann im Eröffnungsverfahren eine Zuständigkeitsspaltung erfolgen, die an bisweilen komplexe tatsächliche und rechtliche Fragen anknüpft. Die Folgefragen sind vielfältig: Herausgegriffen sei folgender Aspekt: Was geschieht, wenn der Rechtspfleger rechtsirrig ein Regelverfahren als Verbraucherverfahren eröffnet? Ist der Eröffnungsbeschluss dann gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 RPflG ohne Heilungsmöglichkeit unwirksam? Die Feststellung der Unwirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses z.B. lange Zeit nach der Eröffnungsentscheidung hätte verheerende Folgen.

Allein der Umstand, dass die Durchführung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens – so die Entwurfsbegründung – „einen deutlich geringeren Aufwand verursacht“, rechtfertigt zwei verschiedene Verfahren nicht mehr. Sollte der Regierungsentwurf Gesetz werden, käme es fast zu einer vollständigen Annäherung der Verfahren. Die Vorschriften sollten deshalb ins allgemeine Insolvenzverfahren überführt und das Insolvenzverfahren für alle natürlichen Personen grundsätzlich gleich ausgestaltet werden. Lediglich dort, wo ein lebender Geschäftsbetrieb Besonderheiten erforderlich macht, ist diesem Umstand Rechnung zu tragen.

Die Umsetzung des Vorschlags ist vergleichsweise einfach: Die Antragsvoraussetzungen des § 305 InsO könnten in § 13 InsO überführt werden, soweit Sondervorschriften überhaupt erforderlich sind. Zur Wahrung von Sanierungschancen könnte auf einen außergerichtlichen Einigungsversuch verzichtet werden, wenn der Schuldner seinen Geschäftsbetrieb noch nicht endgültig eingestellt hat. Signifikante Änderungen in kostenmäßiger Hinsicht dürften sich keine ergeben. Auch der RegE 2012 trägt dem Umstand, dass es künftig keinen Treuhänder im eröffneten Verfahren geben soll, durch Ermäßigung der Verwaltervergütung auf 800 Euro Rechnung (Art. 6 §

13 InsVV). Diesen Ansatz könnte man für solche Schuldner, die über keinen lebenden Geschäftsbetrieb verfügen, fruchtbar machen.

### **Insolvenzplanverfahren im Verbraucherinsolvenzverfahren**

Der Regierungsentwurf belässt es – zutreffend - dabei, dass der Richter weiterhin für das Verbraucherinsolvenzverfahren bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag einschließlich dieser Entscheidung zuständig bleiben soll. Sein Aufgabenkreis wird allerdings dadurch erweitert, dass ihm nach der im Entwurf erfolgten Streichung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens künftig auch die Bearbeitung von Insolvenzplänen von Verbraucherschuldnern überantwortet wird. Diese Kompetenz ergibt sich mittelbar aus der Streichung des § 312 Abs. 2 InsO, der ausdrücklich das Plan- und Eigenverwaltungsverfahren aus dem Anwendungsbereich des Verbraucherinsolvenzverfahrens ausnimmt. Auch wenn die geänderte Vorschrift des § 18 RpfLG hierzu keine besondere Regelung trifft, dürfte es keinem Zweifel unterliegen, dass der Insolvenzrichter – sollte der Regierungsentwurf Gesetz werden - ab dem 1.1.2013 sowohl für die Bearbeitung von Insolvenzplänen im Regel- als auch im Verbraucherinsolvenzverfahren zuständig sein wird. Es wäre im Übrigen sachwidrig, die Bearbeitung von Insolvenzplänen in Regel- und Verbraucherinsolvenzverfahren unterschiedlichen Entscheidungsträgern zuzuweisen. Da sich auch die Insolvenzpläne von Verbraucherschuldnern an den Vorgaben der §§ 217 ff. InsO werden messen lassen müssen, werden anwaltliche Berater, vor allem aber die Schuldnerberatungsstellen, die nach der Vorgabe des Regierungsentwurfs den Schuldner in diesem Verfahrensstadium vertreten dürfen, mit einer neuen Herausforderung konfrontiert., denen nicht alle gewachsen sein dürften. Verwalter werden angesichts mangelnder Liquidität kein gesteigertes Interesse an der Ausarbeitung eines Insolvenzplans haben. Die Beauftragung eines Verwalters durch die Gläubiger setzt die Einberufung einer Gläubigerversammlung voraus. Dadurch wird das Verfahren verzögert.

Ob die Einführung des Insolvenzplanverfahrens für Verbraucherinsolvenzschuldner tatsächlich einen Ausgleich für die Streichung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens schafft, erscheint fraglich. Da es in der gerichtlichen Praxis wenig Erfahrung mit Insolvenzplänen gibt, bleibt abzuwarten, inwieweit sich Erfahrungen mit diesem Verfahren auf das Verbraucherinsolvenzverfahren übertragen lassen. Unklar ist in diesem Zusammenhang auch, ob das Insolvenzplanverfahren gem. § 5

Abs. 2 InsO schriftlich durchgeführt und Stundung gem. § 4a InsO bewilligt werden kann. In der Literatur (*Schmerbach*, NZI 2012, 364) wurde mit Recht die Frage gestellt, ob eine zeitliche Ausweitung des Planverfahrens auf die Wohlverhaltensperiode nicht sinnvoll sei.

Die Bereitstellung der Vorschriften des Insolvenzplanverfahrens für Schuldner, die dem Verbraucherinsolvenzverfahren zuzuordnen sind, ist zu begrüßen. Gleichwohl sei die Frage erlaubt, aus welchem Grunde der gerichtliche Einigungsversuch gänzlich verschwinden soll. Damit verabschiedet sich der Gesetzgeber vom Grundsatz der Insolvenzvermeidung (Insolvenzverfahren als ultima ratio). Das Insolvenzplanverfahren setzt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus. Das außergerichtliche und gerichtliche Schuldenbereinigungsverfahren dient gerade der Vermeidung einer Verfahrenseröffnung. Mit Recht haben die Delegierten des Deutsche Privatinsolvenztags am 2.11.2012 den Beschluss gefasst, dass die – zu begrüßende – Öffnung des Planverfahrens für alle natürlichen Personen – nicht die Möglichkeiten des Schuldenbereinigungsplanverfahrens nach §§ 305 ff. InsO ersetzt.

Angesagt ist vielmehr eine Stärkung durch eine Vielzahl von Möglichkeiten. Die noch im Referentenentwurf vorgesehene Regelung kann durchaus näher in Erwägung gezogen werden. *Schmerbach* (NZI 2012, 364 mit konkretem Gesetzgebungsvorschlag) schlägt vor, das Verfahren mit der Möglichkeit der Zustimmungsersetzung gem. § 309 InsO auf das eröffnete Verfahren und die Wohlverhaltensperiode auszuweiten. Dies hätte folgende Vorteile:

- Die Zahl der Gläubiger und die Summe der Forderungen ist geringer (unterbliebene Anmeldungen).
- Die Eigenschaft als Deliktsgläubiger gem. § 302 Nr. 1 InsO ist weitgehend abgeklärt.
- Bei den Gläubigern liegt eine realistische Einschätzung der Vermögenslage der Vermögenslage des Schuldners vor.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NZI 2011, 947) erkennt an, dass bei Teilbefriedigung und Verzicht der Gläubiger auf die Restforderung während der Wohlverhaltensperiode die vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung möglich ist. Probleme entstehen aber bei Auftreten eines „Akkordstörers“. Hier kann das Instrument der Zustimmungsersetzung gem. § 309 InsO helfen.

## **Keine Verlagerung der funktionellen Zuständigkeit für das Verbraucherinsolvenzverfahren auf den Rechtspfleger**

Der Forderung nach Übertragung der funktionellen Zuständigkeit für das Verbraucherinsolvenzverfahren auf den Rechtspfleger sollte nicht entsprochen werden. Es ist nicht zu erkennen, dass – so noch die Begründung im Referentenentwurf (S. 32) - durch eine entsprechende Regelung die Verfahrenseffizienz gesteigert werden kann. Im Gegenteil drohen neue erhebliche Zuständigkeitskonflikte und Abgrenzungsprobleme, etwa bei der bisweilen komplexen Abgrenzung der Verfahrensarten (vgl. dazu BGH, NZI 2011, 410) oder den teilweise kraft Verfassung dem Richter vorbehaltenen Sicherungsmaßnahmen (Postsperre, freiheitsentziehende Maßnahmen). Die Übertragung der funktionellen Zuständigkeit auf den Rechtspfleger hätte im Übrigen zur Folge, dass jede Eröffnungsentscheidung des Rechtspflegers mit der Rechtspflegererinnerung anfechtbar wäre, während die Eröffnungsentscheidung durch den Richter nur nach Maßgabe des § 34 InsO der Anfechtung unterliegt. Dies dürfte gleichermaßen für die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO gelten, die bei einer Zuständigkeit des Richters nur nach Maßgabe des § 21 Abs. 1 S. 2 InsO der Anfechtung unterliegen. Diese unterschiedliche Behandlung von Sachentscheidungen kann nicht ernsthaft gewollt sein. Sie stellt das Gegenteil einer verfahrenseffizienten Handhabung des Verbraucherinsolvenzverfahrens dar.

Ob die geforderte Änderung tatsächlich dem Wunsche der in Insolvenzsachen tätigen Rechtspfleger entspricht, erscheint fraglich. Bemerkenswert erscheint, dass z.B. von dem beim Amtsgericht Köln tätigen Rechtspflegern, die ich insoweit befragt habe, niemand den ausdrücklichen Wunsch nach einer Übertragung geäußert. Im Gegenteil wurde darauf hingewiesen, dass die Bearbeitung von Versagungsanträgen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sei, für die man nicht hinreichend ausgebildet sei. Hinzu kommt, dass z.B. die Personalsituation bei vielen Amtsgerichten einen solchen Wechsel der funktionellen Zuständigkeit nicht erlaubt. Bei einer Gesetzesänderung würde sich damit die ohnehin angespannte Personalsituation im Rechtspflegerbereich noch verschärfen.

Soweit der Bundesrat eine Öffnungsklausel anstrebt, kann dem ebenfalls nicht zugestimmt werden. Die Einführung einer entsprechenden Regelung birgt die Gefahr einer Vielzahl unterschiedlicher Zuständigkeiten in sich. Die bisherige Zuständigkeitsverteilung hat sich bewährt und sollte nicht angetastet werden. Zumindest sollten die

Ergebnisse der begleitend zum ESUG beschlossenen Evaluierung, die sich auch mit der Austarierung der funktionalen Zuständigkeit zwischen Richter und Rechtspfleger befasst, abgewartet werden, bevor in bewährte gerichtliche Strukturen eingegriffen wird.