

# **Probleme der praktischen Anwendungen und Schwachstellen des Regelinsolvenzverfahrens**

Analyse und Änderungsvorschläge

## **A b s c h l u s s b e r i c h t**

der Bund – Länder – Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“

zur 73. Konferenz  
der Justizministerinnen und Justizminister  
vom 10. bis 12. Juni 2002 in Weimar

**Inhaltsverzeichnis****Seite**

<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>	<b>8</b>
<b>A. Einleitung</b>	<b>15</b>
1. Einsetzung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe	15
2. Zwischenbericht und Änderungsgesetz	15
3. Weiterer Gang der Beratungen	16
4. Gegenstand des Abschlussberichtes	18
<b>B. Einzelergebnisse</b>	<b>21</b>
<b>I. Analysen und Änderungsvorschläge zu Problemen des Regelinsolvenzverfahrens</b>	<b>21</b>
<b>1. Gerichtliche Auswahl des Insolvenzverwalters</b>	<b>21</b>
<b>1.1 Ausgangslage: Derzeitige Praxis der Verwalterbestellung</b>	<b>21</b>
1.1.1 Berücksichtigter Personenkreis	22
1.1.2 Verwendung von Listen bei den Insolvenzgerichten	23
1.1.2.1 Besonderheiten bei der vorausgehenden Bestellung von Sachverständigen	24
1.1.2.2 Verschiedene Arten von Verwalterlisten	25
1.1.2.3 Kriterien für die Aufnahme in eine Liste	25
1.1.2.4 Kriterien für die konkrete Auswahlentscheidung	26
1.1.2.5 Berücksichtigung von Personen, die nicht in einer Liste ver- zeichnet sind	27
<b>1.2 Verfassungsrechtliche Bewertung</b>	<b>28</b>
1.2.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auswahlentschei- dung des Insolvenzgerichts	28
1.2.1.1 Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG)	28
1.2.1.2 Berufsfreiheit	28
1.2.1.2.1 Freiheit der Berufswahl	28
1.2.1.2.2 Verfassungsmäßigkeit des § 56 InsO	30
1.2.1.2.3 Verfassungskonforme Auslegung von § 56 Abs. 1 InsO	33
1.2.1.3 Zugangsgleichheit (Art. 33 Abs. 2 GG)	34
1.2.2 Rechtsschutzgarantie	35

<b>1.3</b>	<b>Möglichkeiten der Neuregelung der Vorschriften zur Bestellung von Insolvenzverwaltern</b>	<b>37</b>
1.3.1	Gesetzliche Festlegung von Qualifikationsmerkmalen	38
1.3.1.1	Schaffung gesetzlicher Auswahlkriterien	38
1.3.1.2	Einführung gesetzlicher Zulassungsvoraussetzungen	40
1.3.2	Gesetzliche Regelung von Insolvenzverwalterlisten	42
1.3.3	Rechtsschutz für nicht berücksichtigte Verwalter	51
1.3.4	Klarstellung des Verbots der Verwendung geschlossener Listen	51
<b>1.4</b>	<b>Ergebnisse</b>	<b>53</b>
<b>2.</b>	<b>Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters</b>	<b>55</b>
2.1	Problemstellung	55
2.2	Bewertung	56
<b>3.</b>	<b>Masseverwertung und übertragende Sanierung vor dem Berichtstermin</b>	<b>59</b>
<b>3.1</b>	<b>Verwertung von nicht mit Absonderungsrechten belasteten Massegegenständen</b>	<b>59</b>
3.1.1	Problemstellung und rechtliche Ausgangssituation	59
3.1.2	Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?	60
<b>3.2</b>	<b>Verwertung und Nutzung von Massegegenständen, an denen Absonderungsrechte bestehen</b>	<b>62</b>
3.2.1	Problemstellung	62
3.2.2	Derzeitige Rechtslage und –diskussion	63
3.2.3	Lösungsvorschläge	66
<b>3.3</b>	<b>Übertragende Sanierung</b>	<b>72</b>
3.3.1	Problemstellung und rechtliche Ausgangssituation	72
3.3.2	Lösungsalternativen	73
<b>3.4</b>	<b>Ergebnisse</b>	<b>78</b>
<b>4.</b>	<b>Aspekte der Postsperre</b>	<b>79</b>
<b>4.1</b>	<b>Problemstand</b>	<b>79</b>
4.1.1	Effektivitätsprobleme	79
4.1.2	Liberalisierung des Postdienstleistungsmarktes	80

<b>4.2</b>	<b>Lösungswege</b>	80
<b>4.2.1</b>	<b>Vorherige Anhörung des Schuldners</b>	80
4.2.1.1	Gesetzgebungsgeschichte	80
4.2.1.2	Bewertung	82
<b>4.2.2</b>	<b>Liberalisierung des Postdienstleistungsmarktes</b>	84
4.2.2.1	Rechtliche Rahmenbedingungen	84
4.2.2.1.1	Mitwirkungspflicht des Postdienstleistungsunternehmens	84
4.2.2.1.2	Zwangweise Durchsetzung der Postsperre	84
4.2.2.1.3	Rechtsschutz des Postdienstleistungsunternehmens	85
4.2.2.1.4	Datenschutz	86
4.2.2.2	Praktische Probleme bei der Durchsetzung der Postsperre	87
4.2.2.2.1	Postbereich	87
4.2.2.2.2	Telekommunikationsbereich	90
<b>4.3</b>	<b>Ergebnisse</b>	91
<b>5.</b>	<b>Probleme bei auskunftsunwilligen Schuldern</b>	94
<b>6.</b>	<b>Verfahrenseinstellung wegen Masseunzulänglichkeit</b>	95
<b>6.1</b>	<b>Die Behandlung massearmer Verfahren nach der Insolvenzordnung</b>	95
6.1.1	Statistische Ausgangslage	95
6.1.2	Die Regelung massearmer Verfahren nach der Insolvenzordnung	95
6.1.3	Gesetzgeberische Intention	96
<b>6.2</b>	<b>Die Kritik an der Regelung der Insolvenzordnung</b>	97
<b>6.3</b>	<b>Fehlende Rechtsmittel gegen die Anzeige</b>	98
<b>6.4</b>	<b>Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung</b>	101
6.4.1	Ausgangslage	101
6.4.2	Deckung der unausweichlichen Verfahrenskosten	102
<b>6.5</b>	<b>Verteilung des Verwertungserlöses</b>	104
<b>6.6</b>	<b>Ergebnis</b>	105
<b>7.</b>	<b>Zustellung durch Aufgabe zur Post durch den Insolvenzverwalter</b>	107
<b>7.1</b>	<b>Gesetzliche Ausgangslage und Problemstellung</b>	107

<b>7.2</b>	<b>Lösungsvorschlag</b>	108
7.2.1	Zieldefinition	108
7.2.2	Regelungsvorschlag	109
7.2.3	Elektronische Zustellung	110
	Elektronische Anmeldung zur Insolvenztabelle	
<b>8.</b>	<b>Niederlegung und Einsichtnahme der Tabelle bei Gericht</b>	111
8.1	Problemstellung	111
8.2	Problemanalyse	111
<b>9.</b>	<b>Insolvenzarbeitsrecht</b>	115
9.1	Anlass der Befassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe	115
9.2	§ 113 InsO: Kündigung eines Dienstverhältnisses	116
9.3	§§ 125, 128 InsO: Interessenausgleich und Kündigungsschutz / Betriebsveräußerung	121
9.4	Fazit	124
<b>10.</b>	<b>Steuerrechtliche Probleme</b>	126
<b>10.1</b>	<b>Besteuerung des Sanierungsgewinns</b>	126
<b>10.2</b>	<b>Steuererklärungspflicht des Insolvenzverwalters</b>	130
10.2.1	Problemstellung	130
10.2.2	Stellungnahme der Finanzressorts zur steuerrechtlichen Praxis	131
10.2.3	Bewertung	132
<b>11.</b>	<b>Wahrnehmung der Gläubigerstellung bei Bund, Länd und Gemeinden</b>	133
<b>11.1</b>	<b>Ausgangslage</b>	133
<b>11.2</b>	<b>Die geltende Rechtslage und ihre praktischen Konsequenzen</b>	134
11.2.1	Außergerichtlicher Einigungsversuch	136
11.2.2	Gerichtliches Schuldenbereinigungsplanverfahren	137
11.2.3	Fazit	138
<b>11.3</b>	<b>Lösungswege</b>	138
11.3.1	Zentralisierte Behördenzuständigkeit	138
11.3.2	Änderung des Gläubigerbegriffs	140

<b>12.</b>	<b>Weitere Einzelprobleme des Insolvenzrechts</b>	141
12.1	Kündigungsfrist für Geschäftsraummiete im Insolvenzfall	141
12.2	Mitwirkungspflicht des Schuldners gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter	144
12.3	Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses	144
12.4	Stimmrecht der absonderungsberechtigten Gläubiger	145
12.5	Kündigungssperre	145
12.6	Umweltrechtliche Probleme	146
12.7	Kostenerstattung für Verfahren, die nach Unterbrechung gemäß § 240 ZPO aufgenommen werden	146
12.8	Beordnung von Rechtsbeiständen im Rahmen der Stundungsentscheidung gemäß § 4 b Abs. 2 InsO	147
<b>II.</b>	<b>Begleitung des Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze durch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe</b>	148
<b>1.</b>	<b>Anwendbarkeit der §§ 850 ff. ZPO im Insolvenzverfahren</b>	148
<b>1.1</b>	<b>Ausgangspunkt</b>	148
<b>1.2</b>	<b>Einzelergebnisse</b>	149
1.2.1	§ 850 ZPO	149
1.2.2	§ 850 a ZPO	150
1.2.3	§ 850 b ZPO	150
1.2.4	§ 850 c ZPO	150
1.2.5	§ 850 d ZPO	151
1.2.6	§ 850 e ZPO	151
1.2.7	§ 850 f ZPO	152
1.2.8	§ 850 g ZPO	153
1.2.9	§ 850 h ZPO	153
1.2.10	§ 850 i ZPO	154
1.2.11	§ 850 k ZPO	154
<b>1.3</b>	<b>Gesamtergebnis</b>	154
<b>1.4</b>	<b>Gerichtliche Zuständigkeit</b>	155
<b>1.5</b>	<b>Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 26. Oktober 2001</b>	155
<b>2.</b>	<b>Abwahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung</b>	157
<b>2.1</b>	<b>Problemstellung</b>	157

<b>2.2</b>	<b>Regelungsbedürfnis</b>	157
<b>2.3</b>	<b>Lösungsansätze</b>	159
2.3.1	Modifizierung des Abwahlrechts der Gläubiger	159
2.3.2	Erweiterung der Prüfungsbefugnis des Gerichts	160
2.3.3	Modifizierung der Gläubigerstimmrechte	160
<b>2.4</b>	<b>Bewertung</b>	160
<b>2.5</b>	<b>Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 26. Oktober 2001</b>	162
<b>3.</b>	<b>Veröffentlichung insolvenzrechtlicher Daten im Internet</b>	163
<b>C.</b>	<b>Abschließende Empfehlung</b>	164

## Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

### 1. Gerichtliche Auswahl des Insolvenzverwalters

Die Auswahl des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht ist das derzeit wohl am intensivsten diskutierte Thema des deutschen Insolvenzrechts. Eine zusätzliche, besondere Aktualität hat die Problematik durch die beim Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfassungsbeschwerden zweier in konkreten Fällen vom Insolvenzgericht nicht berücksichtigter Insolvenzverwalter erhalten. Den Hintergrund der Thematik bildet die bei einigen wenigen Insolvenzgerichten bestehende Praxis geschlossener Verwalterlisten („closed shops“). Sie ist in der insolvenzrechtlichen Literatur auf heftige Kritik gestoßen. Bezweifelt wurde insbesondere die Vereinbarkeit von Verwalterlisten mit den Grundrechten der nicht in den Listen geführten Insolvenzverwalter aus Art. 3 und Art. 12 GG. Darüber hinaus wurde auch die Verfassungsgemäßheit der die Auswahl des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht regelnden Grundnorm des § 56 InsO in Frage gestellt.

Nach den Erkenntnissen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ werden von den Insolvenzgerichten überwiegend Rechtsanwälte, daneben auch Wirtschaftsprüfer, Diplom-Kaufleute und Steuerberater zu Insolvenzverwaltern bestellt. Sie werden häufig aus – bei den Insolvenzgerichten geführten – Listen ausgewählt. Der Charakter dieser Listen ist sehr unterschiedlich: Sie werden teilweise als reine Adressregister, überwiegend als offene Listen, zum Teil aber auch als geschlossene Listen im Sinne eines „closed shop“ geführt. Die Kriterien für die Aufnahme in selektive Listen und für die Auswahl aus einer Liste in einem konkreten Fall sind vielfältig. Im Vordergrund steht die fachliche Qualifikation des Bewerbers – im Allgemeinen bzw. bei der Auswahl für ein konkretes Verfahren im Besonderen.

Die **verfassungsrechtliche Bewertung** ergibt, dass die Verwalterauswahl die Grundrechte der Insolvenzverwalter aus Art. 12 GG (freie Wahl des Arbeitsplatzes) und aus Art. 3 GG (Gleichheitsgrundsatz) berührt. § 56 Abs. 1 InsO genügt als Grundlage für Eingriffe in das Recht auf freie Arbeitsplatzwahl den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Dies gilt ebenso für die Verwendung von offenen Verwalterlisten durch die Insolvenzgerichte. **Weder mit Art. 12 Abs. 1 GG noch mit**



**Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist jedoch die Vergabe von Insolvenzverwaltungen auf der Grundlage geschlossener Listen.**

Bei der Bestellung des Insolvenzverwalters handelt es sich nicht um einen Justizverwaltungsakt i.S.v. § 23 EGGVG, sondern um Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG, die dem Begriff der öffentlichen Gewalt i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG nicht unterfällt. **Rechtsschutz gegen richterliche Entscheidungen über die Bestellung des Insolvenzverwalters ist daher durch Art. 19 Abs. 4 GG nicht geboten.**

**Aus insolvenzrechtlicher Sicht empfiehlt sich die Festlegung einzelner gesetzlicher Auswahlkriterien nicht.** Sie ist nicht geeignet, dem Ausschluss geeigneter Bewerber um eine Verwaltertätigkeit durch einzelne Gerichte entgegenzuwirken. Auch die **Schaffung eines gesetzlichen Zulassungsverfahrens ist nicht zu befürworten.** Sie ist weder wünschenswert noch zur Beseitigung der im deutschen Insolvenzrecht in Einzelfällen aufgetretenen Probleme geeignet. **Gesetzlich geregelte Listensysteme**, wie sie in den U.S.A. und Frankreich bestehen, **sind ebenfalls nicht empfehlenswert.** Sie sind mit mehreren wesentlichen Grundsätzen des deutschen Insolvenzrechts nicht vereinbar.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hält jedoch eine privatwirtschaftlich organisierte Internet-Verwalterliste, in der sich - wie in Österreich geplant - jeder selbst eintragen kann, für eine wertvolle Informationsquelle und Entscheidungshilfe der Insolvenzgerichte.

Um der Verwendung geschlossener Listen entgegenzuwirken, **schlägt die Arbeitsgruppe vor, in § 56 Abs. 1 InsO klarzustellen, dass die Auswahl des Insolvenzverwalters aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen zu erfolgen hat.**

## 2. Eröffnungsverfahren

Aus Insolvenzverwalterkreisen ist wiederholt auf aus §§ 55, 60 und 61 InsO resultierende Haftungsrisiken hingewiesen worden. Die Entscheidung, den Geschäftsbetrieb fortzuführen, berge für den Verwalter erhebliche Risiken, da Art und Umfang der im Zuge der Fortführung zu begründenden Verbindlichkeiten auf der Grundlage einer Prognose ermittelt werden müssten. Insbesondere für Verpflichtungen aus gesetzlichen Pflichtaufgaben dürfe der Verwalter nicht haften.

Die Problematik der **Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters** ist durch die mit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 26.10.2001 eingefügte Bestimmung des § 55 Abs. 3 InsO wesentlich entschärft worden. Darüber hinaus vermag die Bund-Länder-Arbeitsgruppe derzeit keinen aktuellen gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu erkennen. Es sollte abgewartet werden, ob verbleibende Haftungsprobleme mit Hilfe des geltenden Rechts gelöst werden können und mit welcher Häufigkeit Haftungsfälle überhaupt auftreten. Vor allem § 61 Satz 2 InsO ermöglicht nach Auffassung der Arbeitsgruppe eine flexible, auf den Einzelfall bezogene Möglichkeit, die Haftung des „starken“ vorläufigen Verwalters hinreichend einzugrenzen.

Bezüglich der ebenfalls von Rechtsprechung und Literatur problematisierten Frage der **Zulässigkeit von Verwertungshandlungen im Eröffnungsverfahren und vor dem Berichtstermin** ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zu differenzieren:

Soweit die **Verwertung von Massegegenständen** betroffen ist, **an denen keine Absonderungsrechte bestehen**, ist ein **zwingender gesetzgeberischer Handlungsbedarf** in Bezug auf „echte“ Verwertungsmaßnahmen des vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. des endgültigen Insolvenzverwalters vor dem Berichtstermin **nicht erkennbar**. Eine Ausdehnung der Anwendbarkeit der §§ 166 ff. InsO auf das Eröffnungsverfahren empfiehlt sich nicht.

Soweit die **Verwertung von Massegegenständen** betroffen ist, **an denen Absonderungsrechte bestehen**, sollte jedoch erwogen werden, **in § 21 Abs. 2 InsO weitere sichernde Maßnahmen des Insolvenzgerichts** während des Eröffnungsver-

fahrens **gesetzlich ausdrücklich zuzulassen**. In Betracht gezogen werden könnten insbesondere die gerichtliche Anordnung eines Verwertungs- und Einziehungsverbot gegenüber Sicherungsgläubigern und einer Nutzungsbefugnis des vorläufigen Insolvenzverwalters an einzelnen wichtigen, sicherungsübereigneten Betriebsmitteln, soweit ihre Ausübung nicht zu einem endgültigen Verlust (Verbrauch) der Betriebsmittel führt.

Die Zulassung einer **übertragenden Sanierung noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** begegnet Bedenken. Die hierdurch bedingte Verzögerung und Verkomplizierung des Eröffnungsverfahrens ist im Hinblick auf das Ziel einer möglichst zügigen Eröffnungsentscheidung kontraproduktiv. Sie führt zudem zu einer Verlagerung von Verfahrensabschnitten und Entscheidungen, die dem eröffneten Verfahren vorbehalten sind. Es entstünde erneut eine Art „Insolvenzverfahren vor dem Insolvenzverfahren“, das wesentliche Funktionen des eröffneten Verfahrens vorwegnähme. Eine solche Belastung des Eröffnungsverfahrens erscheint nicht wünschenswert und ist mit der Struktur des Insolvenzrechts nicht vereinbar.

**Die Zulassung einer übertragenden Sanierung nach Verfahrenseröffnung, aber vor dem Berichtstermin sollte** dagegen nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe **in Erwägung gezogen werden**.

### **3. Probleme des eröffneten Insolvenzverfahrens und der Insolvenzverwaltung**

Hinsichtlich des Problems der **Masseunzulänglichkeit nach Eröffnung des Verfahrens** empfiehlt die Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter auf Antrag hin einer gerichtlichen Überprüfbarkeit zugänglich zu machen. Im Übrigen hält es die Bund-Länder-Arbeitsgruppe für ausreichend, dass die Verfahrenseröffnung regelmäßig geeignet ist, zu einer besseren Gläubigerbefriedigung beizutragen, mag in Ausnahmefällen auch einmal die sofortige Masseinsuffizienz drohen. Die bisher in der Literatur vorgetragenen Bedenken sind (noch) nicht geeignet, einen dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu begründen. Sollte sich künftig auf Grund neuer rechtstatsächlicher Erkenntnisse erge-

ben, dass die „Insolvenz in der Insolvenz“ zu einem Massenphänomen geworden ist, kann hierauf ggf. zu einem späteren Zeitpunkt legislativ reagiert werden.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat verschiedene **Probleme der Postsperre** erörtert:

Sie empfiehlt, vom gesetzlichen Regelfall der **vorherigen Anhörung** gemäß § 99 InsO nicht abzuweichen.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe schlägt eine **Ergänzung von § 99 Abs. 1 Satz 1 InsO** vor, um einerseits dem zwangsvollstreckungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis (konkrete Bezeichnung der Adressaten) zu genügen und andererseits die Verpflichtung der Postdienstleistungsanbieter zur Ausführung der Postsperrenanordnungen klarzustellen.

Das Problem der vollständigen **Einbeziehung aller örtlich tätigen Anbieter von Postdienstleistungen in eine Postsperre** lässt sich nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe am ehesten über ein – in Grundzügen bereits bestehendes – automatisiertes Auskunftssystem der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post lösen.

Zur Erleichterung und Verbilligung der im Insolvenzverfahren durchzuführenden Zustellungen sollte nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe die **Zustellung durch Aufgabe zur Post durch den Insolvenzverwalter** gesetzlich ermöglicht werden. Eine klarstellende gesetzliche Regelung könnte in § 8 Abs. 3 InsO erfolgen. Dabei könnte zugleich bestimmt werden, dass sich der Insolvenzverwalter sowohl bei der Aufgabe zur Post selbst als auch bei dem entsprechenden Aktenvermerk seines Personals bedienen kann. Dem Insolvenzverwalter sollte des Weiteren grundsätzlich auch die **elektronische Zustellung** (vgl. § 174 Abs. 3 ZPO n.F.) ermöglicht werden.

Eine Verlagerung des Ortes der **Niederlegung und Einsichtnahme der Insolvenztabelle** i.S.v. § 175 Satz 2 InsO empfiehlt sich nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nicht.

In Bezug auf das von Gewerkschaftsseite problematisierte **Insolvenzarbeitsrecht** ist die Bund-Länder-Arbeitsgruppe der Auffassung, dass dieses Rechtsgebiet keine Schwachstellen aufweist, die einen Eingriff in das diesbezügliche, ausgewogene Regelungsgefüge rechtfertigen. Eine Streichung insbesondere von §§ 113, 125, und § 128 InsO würde nicht die Erhaltung von Arbeitsplätzen fördern, sondern sie gefährden. Sie empfiehlt sich daher nicht. Auch eine Vorverlagerung der Geltung dieser Vorschriften in das Eröffnungsverfahren sollte allerdings wegen der mit ihr verbundenen Missbrauchsgefahren nicht erfolgen.

Im Hinblick auf die schwerwiegende Problematik der **Besteuerung des Sanierungsgewinns** hält die Bund-Länder-Arbeitsgruppe eine Änderung der steuerrechtlichen Regelungen für notwendig, um Sanierungen zu ermöglichen. Das seit geraumer Zeit bestehende Problem sollte auf steuerrechtlicher Ebene nunmehr mit besonderer und mittlerweile erhöhter Dringlichkeit einer baldigen Lösung zugeführt werden.

Die gegenwärtige Handhabung der **Steuererklärungspflichten der Insolvenzverwalter** durch die Finanzämter, wie sie sich auf Grund der Berichte der Finanzressorts darstellt, ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ein praxistauglicher Kompromiss zwischen Funktion und Aufgabenbereich der Insolvenzverwaltung einerseits und der Steuererklärungspflicht des Insolvenzverwalters andererseits. Die insbesondere in massearmen Verfahren befürchteten Probleme bleiben - bei Zugrundelegung der von den Finanzressorts dargestellten Schätzungspraxis der Finanzämter - weitgehend theoretischer Natur. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe derzeit nicht.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe schlägt vor, **die für gewerblichen Mietraum im Insolvenzfall geltenden Kündigungsfristen zu verkürzen** und an die für Arbeitsverhältnisse geltenden Kündigungsfristen (vgl. § 113 Abs. 1 InsO) anzupassen.

Die gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 InsO nunmehr mögliche **Veröffentlichung im Internet** bietet ein enormes Potenzial zur Reduzierung von Verfahrenskosten und zum Ausgleich der durch die Verfahrenskostenstundung zu erwartenden Mehrbelastung der Justizhaushalte der Länder. Sie ist auf Landesebene zum Teil bereits umgesetzt worden. Ziel der weiteren Überlegungen zur Internetveröffentlichung sollte eine bundeseinheitliche Plattform sein, in die auch die derzeitigen Pflichtveröffentlichungen im

Bundesanzeiger einbezogen werden können. Mittelfristig kann auf eine solche Plattform und eine entsprechende bundesweite Recherchemöglichkeit nicht verzichtet werden. Nur durch sie wird die Information aller betroffenen Gläubiger und des Geschäftsverkehrs in angemessener Weise gewährleistet.

## **A. Einleitung**

### **1. Einsetzung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe**

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ ist – entsprechend einem Beschluss der 70. Konferenz der Justizministerinnen und -minister von Juni 1999 - unter dem Vorsitz des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalens eingesetzt worden, um die Probleme der praktischen Anwendungen und Schwachstellen des neuen Insolvenzrechts, besonders des Verbraucherinsolvenzverfahrens, zu analysieren und Änderungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Dabei sollte namentlich die Frage einbezogen werden, ob und in welchem Umfang im Verbraucherinsolvenzverfahren und im Restschuldbefreiungsverfahren Prozesskostenhilfe gewährt werden kann.

### **2. Zwischenbericht und Änderungsgesetz**

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat zur 71. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 24. / 25. Mai 2000 einen umfangreichen Zwischenbericht vorgelegt. Gegenstand des Zwischenberichtes war - neben einigen Problemen des Regelinsolvenzverfahrens - vor allem das Verbraucherinsolvenzverfahren. Im Mittelpunkt stand die Frage des Zugangs mittelloser Schuldnerinnen und Schuldner zum Insolvenzverfahren und der mit ihm verbundenen Möglichkeit der Restschuldbefreiung.

Mit Beschluss vom 25. Mai 2000 haben die Justizministerinnen und -minister die Bundesministerin der Justiz gebeten, die Ergebnisse des Berichtes bei einer künftigen Änderung des Insolvenzrechts zu berücksichtigen. Im August 2000 hat das Bundesministerium der Justiz den Diskussionsentwurf und im Dezember 2000 den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze (Insolvenzrechtsänderungsgesetz) vorgelegt. Nach verschiedenen Änderungen und Ergänzungen hat der Bundestag am 28.06.2001 das Gesetz beschlossen. Der Bundesrat hat am 29.09.2001 beschlossen, einen Antrag auf Einberufung eines Vermittlungsausschusses nicht zu stellen. Das Gesetz ist am 01.12.2001 in Kraft getreten. Es basiert wesentlich auf den Vorschlägen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“. Dies gilt insbesondere in Bezug auf

- die Einführung der Verfahrenskostenstundung,
- die Ermöglichung der ausschließlichen Veröffentlichung bekannt zu machender insolvenzrechtlicher Daten im Internet,
- die Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches des Verbraucherinsolvenzverfahrens,
- den Schutz vor störenden Zwangsvollstreckungsmaßnahmen während des außergerichtlichen Einigungsversuches,
- die fakultative Ausgestaltung des Schuldenbereinigungsplanverfahrens und
- die Rückstufung der auf die Bundesanstalt für Arbeit übergegangenen Entgeltansprüche von Arbeitnehmern auf den Rang einer Insolvenzforderung.

### **3. Weiterer Gang der Beratungen**

In ihrem Beschluss vom 25. Mai 2000 haben die Justizministerinnen und -minister die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ beauftragt, in einem zweiten Schritt die spezifischen Probleme des Regelinsolvenzverfahrens zu analysieren und Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

In Erfüllung dieses Auftrages hat die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ in vier Sitzungen in Mainz (11.10.2000), Erfurt (16. - 18.05.2001, 12. - 14.12.2001) und Berlin (26. - 28.02.2002) getagt. Eine Unterarbeitsgruppe, bestehend aus Vertretern von Justizministerien aus sechs Bundesländern und dem Bundesministerium der Justiz hat in vier zusätzlichen Sitzungen in Wustrau (13. - 15.12.2000), Berlin (05./06.03.2001) und Düsseldorf (15.11.2001, 19.02.2002) getagt. An der Sitzung der Unterarbeitsgruppe am 06.03.2001 zum Insolvenzsteuerrecht haben auch Vertreter der Finanzressorts Nordrhein-Westfalens, Bayerns und der Bundesregierung teilgenommen. An der Sitzung der Unterarbeitsgruppe am 15.11.2001 zum Insolvenzarbeitsrecht haben Vertreter des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, der Arbeitsgerichtsbarkeit, der Gewerkschaften und mehrere renommierte Insolvenzverwalter teilgenommen. An der Sitzung der Unterarbeitsgruppe am 19.02.2002 haben erneut mehrere renommierte Insolvenzverwalter teilgenommen.



Eine weitere Unterarbeitsgruppe der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ hat in drei Sitzungen im Frühjahr/Sommer 2001 in Hannover den Entwurf eines Formulars für einen Eigenantrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens erarbeitet. In dieser Unterarbeitsgruppe haben auch mehrere Insolvenzrichter aus Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Bayern mitgewirkt. Auf der Basis der von der Unterarbeitsgruppe unterbreiteten Vorschläge hat das Bundesministerium der Justiz gem. § 305 Abs. 5 InsO die „Verordnung zur Einführung von Vordrucken für das Verbraucherinsolvenzverfahren und das Restschuldbefreiungsverfahren“ erlassen, die am 01. März 2002 in Kraft getreten ist. Die von der Verordnung zur zwingenden Verwendung eingeführten Vordrucke haben zum Ziel, dass Anträge auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens und auf Restschuldbefreiung vollständig und geordnet bei den Gerichten eingehen und dort zügig ohne Rückfragen bearbeitet werden können. Zugleich wird eine möglichst bundeseinheitliche Praxis im Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren gefördert.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat auf ihrer Sitzung am 11.10.2000 die erörterungsbedürftigen Themenbereiche eingegrenzt. In den nachfolgenden Tagungen wurden, teilweise nach gutachtlicher Vorbereitung durch die Arbeitsgruppenmitglieder, Lösungsvorschläge für die einzelnen Problembereiche erarbeitet und intensiv diskutiert. In die gutachtliche Vorbereitung wurden auch die Verfassungsrechts- und Datenschutzrechtsreferate der Justizressorts aus Nordrhein-Westfalen, Bayern und des Bundesministeriums der Justiz eingebunden.

Der Bund-Länder-Arbeitsgruppe gehörten folgende Vertreter der Justizministerien des Bundes und der Länder an:

Leitende Ministerialrätin Graf-Schlicker (als Vorsitzende)	Nordrhein-Westfalen
Richterin am Oberlandesgericht Apel	Niedersachsen
Leitender Ministerialrat Dr. Faber	Thüringen
Ministerialrat Dr. von Falkenhausen	Brandenburg
Amtsärztin Fließ	Brandenburg
Ministerialrat Fruhner	Sachsen-Anhalt
Vorsitzender Richter am Landgericht Godglück	Hamburg
Richterin am Landgericht Grubert	Hamburg

Ministerialrat Dr. Heßler	Bayern
Leitender Ministerialrat Prof. Dr. Hofmann	Hessen
Regierungsrätin Jaschinski	Sachsen
Richterin am Amtsgericht Kränzle-Eichler	Mecklenburg- Vorpommern
Oberregierungsrat Müller	Rheinland-Pfalz
Ministerialrat Perne	Rheinland-Pfalz
Richter am Landgericht Dr. Remmert	Nordrhein-Westfalen
Regierungsoberrat Römmelt	Sachsen
Richter am Amtsgericht Sabel	Bundesministerium der Justiz
Vorsitzender Richter am Landgericht Scheck	Schleswig-Holstein
Richter am Amtsgericht Schulz	Niedersachsen
Regierungsdirektor Staats	Brandenburg
Richter am Oberlandesgericht Taxis	Baden-Württemberg
Regierungsdirektor Wagner	Bundesministerium der Justiz
Ministerialdirigent Weber	Saarland
Regierungsdirektor Dr. Wiedemann	Bayern
Ministerialrat Dr. Wimmer	Bundesministerium der Justiz
Richterin am Landgericht Zillmann	Berlin

#### 4. Gegenstand des Abschlussberichts

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ hat – entsprechend dem Auftrag der 71. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister – die Probleme des Regelinsolvenzverfahrens untersucht. Einige der von ihr erörterten und begutachteten Themen sind bereits Gegenstand des Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26.10.2001. Es handelt sich um

- die Anwendbarkeit der §§ 850 ff. ZPO im Insolvenzverfahren und
- die Abwahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung gem.

## § 57 InsO.

Die Arbeitsgruppe hat mit den von ihr zu diesen Bereichen erstellten Gutachten das Gesetzgebungsverfahren begleitet. Die Gesetz gewordenen Problemlösungen entsprechen den Vorschlägen der Arbeitsgruppe.

Die Arbeitsgruppe hat sich darüber hinaus – basierend auf einer bundesweiten Umfrage bei den Insolvenzgerichten und Stellungnahmen von Insolvenzverwaltern – mit zahlreichen weiteren Fragen des Regelinsolvenzrechts befasst. Im Mittelpunkt standen hierbei die Probleme

- der Auswahl des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht gem. § 56 InsO,
- die übertragende Sanierung und Verwertung von Massegegenständen durch den Insolvenzverwalter,
- die Besteuerung des Sanierungsgewinns und
- das Insolvenzarbeitsrecht.

Die von der Arbeitsgruppe untersuchten Probleme des Regelinsolvenzverfahrens und die von ihr erarbeiteten Lösungsvorschläge sind Gegenstand des vorliegenden Berichtes. Die nachstehend aufgeführten Vorschläge werden von der überwiegenden Mehrheit der Arbeitsgruppenmitglieder getragen. Soweit in einzelnen Fällen abweichende Meinungen bestehen, ist dies jeweils deutlich gemacht worden.

**Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe sieht bewusst von Empfehlungen zum Recht des Insolvenzplanverfahrens ab.** Bisher sind aus der insolvenzrechtlichen Praxis zu wenig Pläne bekannt geworden, um eine empirisch solide untermauerte Bewertung des Insolvenzplanrechts vornehmen zu können. Insbesondere in der ersten Zeit nach In-Kraft-Treten der neuen Insolvenzordnung am 01.01.1999 konnte nur eine geringe Anzahl von Insolvenzplänen verzeichnet werden. Mittlerweile ist eine zwar immer noch geringe, aber tendenziell steigende Zahl von - zumeist „schlanken“ - Plänen zu beobachten. Die recht langsame Entwicklung des Insolvenzplanrechts gibt für sich genommen noch keinen Anlass zur Besorgnis. Es handelt sich um eine typische Erscheinung nach Einführung eines neuen Rechtsinstruments. Das Insolvenz-

planverfahren bedarf offenbar einer längeren Anlaufphase, bevor - nach Bekanntwerden von positiven Erfahrungen - eine größere Anzahl von Insolvenzverwaltern und Gläubigern bereit ist, sich auf den Versuch einer Sanierung mittels Insolvenzplan einzulassen. Eine sinnvolle Analyse und Bewertung des Insolvenzplanverfahrens kann daher erst erfolgen, wenn mehr praktische Erfahrungen vorliegen.

## **B. Einzelergebnisse**

### **I. Analysen und Änderungsvorschläge zu Problemen des Regelinsolvenzverfahrens**

#### **1. Die gerichtliche Auswahl des Insolvenzverwalters**

Die Auswahl des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht ist das derzeit wohl am intensivsten diskutierte Thema des deutschen Insolvenzrechts. Eine besondere Aktualität hat die Problematik durch die beim Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfassungsbeschwerden zweier in konkreten Fällen vom Insolvenzgericht nicht berücksichtigter Insolvenzverwalter (BVerfG, 1 BvR 135/00 und 1 BvR 1086/01) und das vom Gravenbrucher Kreis veranlasste Gutachten von *Holzer/Kleine-Cosack/Prütting* (Die Auswahl des Insolvenzverwalters, Köln 2001) erhalten, das in der Literatur und vom Gravenbrucher Kreis selbst heftig diskutiert worden ist (vgl. die Beiträge in ZInsO 2001, 652 ff., 703 ff., 734 ff.).

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ hat sich - unter Beteiligung der Verfassungsrechtsreferate mehrerer Justizressorts und unter Befragung mehrerer ausländischer Insolvenzrechtsexperten - eingehend mit der Thematik befasst. Sie hat die Verwalterauswahl sowohl in verfassungsrechtlicher als auch in spezifisch insolvenzrechtlicher Hinsicht untersucht. Dabei sind auch rechtsvergleichende Aspekte berücksichtigt worden.

##### **1.1 Derzeitige Praxis der Verwalterbestellung**

Die Bestellung des Insolvenzverwalters und des vorläufigen Insolvenzverwalters erfolgt auf Grundlage des § 56 Abs. 1 InsO durch den funktional gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 RPfIG zuständigen Richter. Dieser hat gemäß § 56 Abs. 1 InsO eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen. Er verfügt in-

nerhalb dieses gesetzlich vorgegebenen Ermessens über eine weitgehende Entscheidungsfreiheit.

### **1.1.1 Berücksichtigter Personenkreis**

Nach den vorliegenden Erkenntnissen werden in der Praxis überwiegend Rechtsanwälte, häufig Fachanwälte für Steuer- oder Arbeitsrecht und seit Einführung dieser Fachanwaltsbezeichnung zunehmend auch Fachanwälte für Insolvenzrecht als Insolvenzverwalter eingesetzt. Daneben finden Wirtschaftsprüfer und Diplomkaufleute sowie Steuerberater Berücksichtigung, wobei oft eine Mehrfachqualifikation (Rechtsanwalt und Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer und Steuerberater) vorliegt. In Verbraucherinsolvenzverfahren, in denen anstelle des Insolvenzverwalters ein Treuhänder zu bestellen ist, werden darüber hinaus gelegentlich auch Personen bestellt, die im Bereich der Schuldner- oder Verbraucherberatung tätig sind, also etwa Diplom-Betriebswirte oder Diplom-Sozialarbeiter.

Nach einer im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz durchgeführten rechtssoziologischen Untersuchung aus dem Jahre 1978 (Gessner/Rhode/Strate/Ziegert, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, Köln 1978) setzte mehr als jedes fünfte Konkursgericht ausschließlich Rechtsanwälte als Konkursverwalter ein. Insgesamt waren 56% der Konkursverwalter Rechtsanwälte, 13% Steuerberater und 11% Wirtschaftsprüfer. Der Anteil aller übrigen Berufsgruppen betrug 19%. Der Anteil der Rechtsanwälte an den Verwaltern dürfte seit dem Zeitpunkt der Untersuchung zugenommen haben. Eine Auswertung der vom RWS-Verlag betriebenen INDat-Datenbank ([www.rws-verlag.de](http://www.rws-verlag.de)), in der bundesweit alle eröffneten Regelinsolvenzen enthalten sind, ergab für das Jahr 2001 auf der Grundlage der von den Insolvenzgerichten in den öffentlichen Bekanntmachungen mitgeteilten Berufsbezeichnungen der Verwalter folgendes Bild:

Insolvenzverwalter gesamt	1272	100 %
davon.....		
Rechtsanwälte	1114	87,58 %
Steuerberater	34	2,67 %
Diplom-Kaufleute	26	2,04 %
Betriebswirte	15	1,18 %
Wirtschaftsprüfer	5	0,39 %
Rechtsbeistände	8	0,63 %
Diplom-Volkswirte	5	0,39 %
Diplom-Ökonomen	5	0,39 %
Diplom-Rechtspfleger	4	0,31 %
Notariatsassessoren	2	0,16 %
Dipl. Ingenieur	1	0,08 %
Dipl. Bibliothekar	1	0,08 %
Sonstige	52	4,09 %

Mehrfachqualifikationen sind - soweit von den Insolvenzgerichten im Eröffnungsbeschluss mitgeteilt – berücksichtigt. Stichprobenartige Überprüfungen haben ergeben, dass zusätzliche Berufsausbildungen von Rechtsanwälten, insbesondere die Bezeichnung Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer, häufig nicht genannt wurden.

### 1.1.2 Verwendung von Listen bei den Insolvenzgerichten

Die Praxis der Insolvenzgerichte bei der Bestellung von Insolvenzverwaltern ist unterschiedlich. Dies ist das Ergebnis einer bundesweiten Umfrage, die von den Landesjustizverwaltungen im Jahr 2001 im Zusammenhang mit den Verfassungsbeschwerden durchgeführt worden, die derzeit vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig sind (s.o.). Ebenso differiert der Gebrauch des Begriffs „Liste“ oder „Verwalterliste“, der zum Teil eine geschlossene, innerhalb eines Insolvenzgerichts verbindliche, teilweise dagegen eine offene, lediglich als Auswahlhilfe für den Insolvenzrichter bestimmte Liste bezeichnet (vgl. hierzu auch Schick, NJW 1991, 1328 (1330); Hol-

zer, Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren, 2. Auflage, Köln 1998, Rn 221 ff.). Innerhalb dieses weiten Spektrums des Begriffs „Liste“ wird letztlich jedes Gericht bzw. jeder Insolvenzrichter über eine irgendwie geartete Liste - sei es auch nur in Form eines bloßen „Adressregisters“ der regelmäßig oder wiederholt bestellten Insolvenzverwalter (Holzer, a.a.O., Rn 227) oder in Form einer „gedanklichen“ Liste (so Lücke, ZIP 2000, 485 (487)) - verfügen, die bei der Auswahlentscheidung herangezogen wird.

### **1.1.2.1 Besonderheiten bei der vorausgehenden Bestellung von Sachverständigen**

Der Bestellung von Sachverständigen kommt im Insolvenzverfahren eine besondere Bedeutung zu, weil in vielen Fällen die Erteilung eines Gutachterauftrags der Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters vorausgeht: Der spätere Insolvenzverwalter wird vom Insolvenzgericht in denjenigen Fällen, in denen die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters nicht erforderlich erscheint, zunächst lediglich zum Sachverständigen ernannt und mit der Erstattung eines Gutachtens zum Vorliegen eines Insolvenzgrundes und zum Vorhandensein einer kostendeckenden Insolvenzmasse beauftragt. In diesen Fällen findet mit der Auswahl des Sachverständigen, die sich über die Verweisungsnorm des § 4 InsO nach § 404 ZPO vollzieht, von wenigen Ausnahmen abgesehen zugleich die Auswahlentscheidung hinsichtlich der Person des späteren Insolvenzverwalters statt (Mönning, Die Auswahl des Verwalters als Problem der Qualitätssicherung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne/Berlin 2000, S. 375 ff., 379 (Rn 16)). Denn derjenige, der sich als Sachverständiger intensiv in die Vermögenslage des Gemeinschuldners eingearbeitet und das Insolvenzgutachten erstattet hat, wird in aller Regel zum Insolvenzverwalter zu bestellen sein. Die Auswahl der Sachverständigen im Insolvenzverfahren vollzieht sich bei den Gerichten aus diesem Grund unter Zugrundelegung derselben Listen und Auswahlkriterien, wie sie für die Insolvenzverwalter gelten.



### 1.1.2.2 Verschiedene Arten von Verwalterlisten

Die von den Landesjustizverwaltungen durchgeführte Umfrage (s.o.) hat ergeben, dass bei fast allen Gerichten Verwalterlisten geführt werden, deren Bedeutung und Tragweite jedoch stark differiert. Genauere Erkenntnisse darüber, wie hoch der Anteil derjenigen Gerichte ist, die eine „geschlossene“ Verwalterliste führen (sog. „closed shop“-Prinzip), liegen nicht vor. Die Gerichte, die streng nach dem „closed shop“-Prinzip verfahren, dürften jedoch nach den vorliegenden Stellungnahmen in der Literatur, in denen in diesem Zusammenhang stets nur auf die Bestellungspraxis einiger weniger Gerichte Bezug genommen wird, gegenüber den Gerichten, die lediglich „offene“ Listen führen, die Ausnahme bilden. Nach Einschätzung von *Holzer/Kleine-Cosack/Prütting* (Die Auswahl des Insolvenzverwalters, Köln 2001, S. 4) sind es dabei eher Großstadtgerichte, die nach dem „closed-shop“-Prinzip verfahren (vgl. auch *Holzer*, a.a.O., Rn 228, unter Berufung auf *Gessner/Rhode/ Strate/Ziegert*, a.a.O., S. 82).

### 1.1.2.3 Kriterien für die Aufnahme in eine Liste

Die bei den Insolvenzgerichten vorhandenen Verwalterlisten sind, worauf in der Literatur hingewiesen wird, in aller Regel „historisch gewachsen“ (vgl. *A. Schmidt*, Die Auswahl des Insolvenzverwalters, in: *RWS-Forum Insolvenzrecht* 2000, 15, 16 ff.). Soweit darin die bei einem Gericht bereits seit Jahren, teilweise seit Jahrzehnten regelmäßig eingesetzten Verwalter aufgeführt sind, sind die Kriterien für die erstmalige Aufnahme dieser Verwalter in die Liste zumeist nicht mehr bekannt. Was die Aufnahme neuer Bewerber in die Listen angeht, ist zu unterscheiden:

Gerichte, die eine „offene“ Liste führen, nehmen z.T. jeden Bewerber um ein Verwalteramt in diese Liste auf, wobei die konkrete Verwalterauswahl sodann den einzelnen Insolvenzrichtern überlassen bleibt. Dies führt in der Praxis teilweise dazu, dass jeder Insolvenzrichter für sich eine „Liste der Liste“ aufstellt, die er bei seinen Entscheidungen berücksichtigt (vgl. *A. Schmidt*, a.a.O., S. 20).

Im Übrigen werden Bewerber entweder nur beim Ausscheiden eines bisher tätigen Insolvenzverwalters oder in Ergänzung der vorhandenen Verwalterliste - häufig aufgrund einer Einigung der beteiligten Insolvenzrichter - in die gerichtliche Verwalterliste aufgenommen, wobei für die Aufnahme oder Ablehnung einzelner Bewerber vielfältige, in der Literatur (vgl. Holzer, a.a.O., Rn 247 bis 266a; Uhlenbruck, KTS 1998, 1 (10 f.)) aufgeführte Kriterien herangezogen werden. Im Vordergrund stehen dabei einerseits die besondere fachliche Qualifikation des Bewerbers (hier insb.: Verwaltertätigkeit an anderen Gerichten, Mitarbeit in einem renommierten Verwalterbüro), andererseits der Nachweis einer zur Abwicklung von Insolvenzen geeigneten Kanzleistruktur sowie oftmals das Vorhandensein einer Kanzlei im Bezirk des Insolvenzgerichts.

Zum Ausschlusskriterium entwickelt sich daneben bei denjenigen Gerichten, die von der Ermächtigung des § 5 Abs. 3 InsO Gebrauch machen und die Insolvenztabelle maschinell, d.h. EDV-gestützt, bearbeiten, die technische Ausstattung des Verwalterbüros mit einer Software, die nicht geeignet ist, die Daten der Insolvenztabelle auf elektronischem Weg in das gerichtliche IT-System zu überspielen.

#### **1.1.2.4 Kriterien für die konkrete Auswahlentscheidung**

Die Auswahlentscheidung, die der Insolvenzrichter zur Person des Insolvenzverwalters trifft, unterliegt keinem Begründungszwang, weshalb die Kriterien, nach denen die Auswahl für das konkrete Verfahren erfolgt, weder im Eröffnungsbeschluss noch in einem Beweisbeschluss oder im Beschluss über die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters offengelegt werden. Kriterien, an denen wohl alle Insolvenzrichter ihre Entscheidung ausrichten, sind einerseits das gesetzliche Ausschlusskriterium der Vorbefasstheit, andererseits die Aus- bzw. Überlastung eines Verwalters, wodurch eine gewisse Rotation erreicht wird.

Daneben spielt insbesondere bei Insolvenzgerichten, deren Zuständigkeit eine Vielzahl von Amtsgerichtsbezirken umfasst, die Ortsnähe eine entscheidende Rolle; bei vielen Gerichten wirkt sich eine Spezialisierung der Verwalter auf verschiedene Branchen (etwa Möbel; Speditionen; Baugewerbe; Fleischwaren) auf die Entschei-

dung aus. Entscheidend kann angesichts der unterschiedlichen Qualitäten der Verwalter schließlich auch sein, ob Aussicht auf eine Sanierung des insolventen Unternehmens besteht, oder ob bereits feststeht, dass nur eine Zerschlagung in Betracht kommt.

Schließlich werden die Insolvenzgerichte auch zu berücksichtigen haben, dass die gerichtliche Verwalterbestellung gemäß § 59 InsO in der ersten Gläubigerversammlung durch die Neuwahl des Insolvenzverwalters revidiert werden kann. Da die Auswahl des Insolvenzverwalters mithin letztlich der Gläubigerautonomie unterliegt, werden sich die Insolvenzgerichte dem im Vorfeld der Verwalterbestellung an sie herangetragenen Wunsch der Hauptgläubiger (bzw. der Gläubigermehrheit, vgl. im Einzelnen § 57 Satz 2 InsO n.F.), einen bestimmten Verwalter zu bestellen, jedenfalls in größeren Insolvenzverfahren nicht von vornherein verschließen können (vgl. hierzu Kessler, ZIP 2000, 1565, 1572 ff.) .

#### **1.1.2.5 Berücksichtigung von Personen, die nicht in einer Liste verzeichnet sind**

Soweit Gerichte die Auswahl der Insolvenzverwalter nach „geschlossenen“ Listen vornehmen, werden grundsätzlich nur diejenigen Verwalter, die Aufnahme in die Liste gefunden haben, berücksichtigt. Allerdings gibt es auch hier Fälle, in denen diese Gerichte einen nicht in der Liste verzeichneten, überregional tätigen Verwalter bestellen müssen, so etwa im Insolvenzfall eines Großkonzerns bei gleichzeitiger Vorbefasstheit eines geeigneten örtlichen Verwalters. Im Übrigen werden auch bei denjenigen Gerichten, die „offene“ Listen führen, hauptsächlich die auf der Liste geführten, zumeist örtlichen Verwalter eingesetzt, ohne dass insoweit eine strenge Beschränkung erfolgt.

## **1.2 Verfassungsrechtliche Bewertung**

### **1.2.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auswahlentscheidung des Insolvenzgerichts**

#### **1.2.1.1 Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG)**

Bei der Regelung der Bestellung des Insolvenzverwalters durch den Gesetzgeber wie auch bei der einzelnen Bestellungsentscheidung handelt es sich um grundrechtsgebundene Ausübung von Staatsgewalt (zur Grundrechtsbindung vgl. Höfling in: Sachs, GG, 2. Aufl., Art. 1 Rn 77, 95; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl., Art. 1 Rn 18). Die Grundrechte sind daher als Prüfungsmaßstab heranzuziehen.

#### **1.2.1.2 Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)**

##### **1.2.1.2.1 Freiheit der Berufswahl**

Das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG sichert die "Freiheit des Bürgers, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen, d.h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen" (BVerfGE 7, 377, 397; 30, 292, 334). Im Gegensatz zu Art. 14 Abs. 1 GG, der lediglich das Erworbenes schützt, umfasst der Schutzbereich der Berufsfreiheit den Erwerb und die berufliche Betätigung (BVerfGE 30, 292, 335). Dem weit verstandenen Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen die Wahl und die Ausübung eines Berufes. Dem stehen andererseits umfassende staatliche Regelungsbefugnisse gegenüber, die lediglich von dem Verhältnismäßigkeitsprinzip begrenzt werden (Wieland, in: Dreier, GG, Bd. 1, 1996, Art. 12 Rn 36).

Ein Beruf im verfassungsrechtlichen Sinn ist jede Tätigkeit, die der Schaffung einer Lebensgrundlage dient und auf Dauer angelegt ist. Der Begriff ist weit zu verstehen und nicht nur von den traditionellen Berufsbildern her zu bestimmen (BVerfGE 7, 377, 397).

**Die Tätigkeit des Insolvenzverwalters stellt nach diesen Grundsätzen einen Beruf im Sinne von Artikel 12 Abs. 1 GG dar.** Zwar besteht kein gesetzlich fixiertes Berufsbild des Insolvenzverwalters (Lüke in: Kübler/Prütting, InsO, § 56 Rn 7). Auch die Insolvenzordnung definiert ein solches nicht. Insolvenzverwalter sind - wie bereits ausgeführt - in der Regel Rechtsanwälte, Steuerberater oder Diplom-Kaufleute, also meist Personen, die einem bestehenden Berufsbild zuzuordnen sind. Aus solchen traditionellen Berufen können sich jedoch spezialisierte Berufe entwickeln (Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 12 Rn 25 a). Die insolvenzrechtliche Literatur geht davon aus, dass sich in den letzten Jahren faktisch ein Beruf des Insolvenzverwalters mit hohem Spezialisierungsgrad entwickelt hat (Smid in: Smid, InsO, § 56 Rn 10; Kessler, ZIP 2000, 1565).

Auch wenn man ein Berufsbild "Insolvenzverwalter" anerkennt, berührt jedoch die Bestellung eines Insolvenzverwalters und damit verbunden die Zurückweisung anderer Bewerber nicht deren Grundrecht auf Freiheit der Berufswahl. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn alle Bewerber, die die gesetzlichen Bestellungs Voraussetzungen erfüllen, grundsätzlich berücksichtigt werden und das Gericht eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren geeigneten Bewerbern zu treffen hat. **Die Zurückweisung eines Bewerbers bei der Vergabe einer konkreten Beschäftigung betrifft dann nicht die freie Wahl des Berufs, sondern vielmehr die des Arbeitsplatzes.**

Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert neben der freien Wahl des Berufs auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes. Während es bei der Berufswahl um die Entscheidung des Einzelnen geht, auf welchem Feld er sich beruflich betätigen will, betrifft die Arbeitsplatzwahl die Entscheidung, an welcher Stelle er dem gewählten Beruf nachgehen möchte. Die Arbeitsplatzwahl ist folglich der Berufswahl nachgeordnet und konkretisiert diese. Sie ist andererseits der Berufsausübung vorgeordnet, die erst an dem gewählten Arbeitsplatz stattfindet.

Dabei darf dieser Begriff nicht allein oder auch nur in erster Linie räumlich verstanden werden. Bei der Wahl des Arbeitsplatzes geht es vielmehr um die Entscheidung für eine konkrete Betätigungsmöglichkeit oder ein bestimmtes Arbeitsverhältnis. Gegenstand des Grundrechts auf freie Wahl des Arbeitsplatzes ist dementsprechend

zunächst der Entschluss des Einzelnen, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen. Dazu zählt bei abhängig Beschäftigten die Wahl des Vertragspartners samt den notwendigen Voraussetzungen, insbesondere dem Zutritt zum Arbeitsmarkt (BVerfGE 84, 133, 146; 85, 360, 373; 97, 169, 175).

Anspruch auf freie Wahl des Arbeitsplatzes hat nicht nur der abhängig Beschäftigte, sondern auch der freiberuflich Tätige. Art. 12 Abs. 1 GG unterscheidet nicht zwischen dem selbständig und nichtselbständig ausgeübten Beruf, sondern lässt beide Arten der Berufstätigkeit zu, wenn diese in selbständiger und in nichtselbständiger Form möglich sind (BVerfGE 54, 301, 322). Es spielt auch keine Rolle, ob die Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Beschäftigten dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen sind. Von dem Anspruch auf freie Wahl des Arbeitsplatzes sind daher auch solche Beschäftigungsmöglichkeiten erfasst, die - wie die Tätigkeit des Insolvenzverwalters - durch Hoheitsakt vergeben werden. Zwar liegt nur dann ein Beruf vor, wenn die Tätigkeit auf Dauer angelegt ist und sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft (BVerfGE 97, 228, 253). In den Schutzbereich des Anspruch auf freie Wahl des Arbeitsplatzes fallen hingegen nicht nur auf Dauer angelegte Beschäftigungsverhältnisse, sondern auch Tätigkeiten kurzfristiger Art.

#### **1.2.1.2.2 Verfassungsmäßigkeit des § 56 InsO**

Das durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes entfaltet seinen Schutz gegen alle Maßnahmen, die diese Wahlfreiheit beschränken. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Staat den Einzelnen an der Einnahme eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes hindert, ihn zur Annahme eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingt oder die Aufgabe eines Arbeitsplatzes verlangt. **Dagegen ist mit der Wahlfreiheit kein Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes eigener Wahl verbunden** (BVerfGE 84, 133, 146; 97, 169, 175). **Dementsprechend besteht kein Rechtsanspruch auf eine Bestellung als Insolvenzverwalter** (vgl. Robrecht, KTS 1998, 63, 65 f.).

Fraglich ist dagegen, ob und inwieweit es im Fall der Insolvenzverwalterbestellung grundrechtlich geboten ist, die für die konkrete Auswahlentscheidung maßgeblichen Kriterien und das hierbei anzuwendende Verfahren gesetzlich zu regeln.

#### 1.2.1.2.2.1

Wird - wie etwa bei den Notaren - die Zulassung zu einem Beruf kontingentiert, bedürfen sowohl die Auswahlkriterien als auch das Auswahlverfahren einer gesetzlichen Grundlage (BVerfGE 73, 280, 294 f.; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl., Art. 12 Rn 22). Der Staat muss auf Grund des Gesetzesvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zumindest die grundlegenden Auswahlgesichtspunkte selbst regeln. Außerdem fordert der Grundrechtsschutz eine angemessene Verfahrensgestaltung.

#### 1.2.1.2.2.2

Bei Eingriffen in die freie Wahl des Arbeitsplatzes gelten zwar im Prinzip die gleichen Schranken, die vom Bundesverfassungsgericht für Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl entwickelt wurden (BVerfGE 84, 133, 148). Voraussetzung ist jedoch, dass eine vergleichbare Situation vorliegt. **Daran fehlt es hier.**

Zwischen der Zulassung zu einem kontingentierten Beruf und der Vergabe einer konkreten Beschäftigung oder eines bestimmten Arbeitsplatzes bestehen grundlegende Unterschiede. Die Kontingentierung bei der Berufszulassung ist ein Ausnahmefall. Er liegt vor, wenn die Zulassung zum Beruf von einer Bedürfnisprüfung abhängig gemacht werden darf. Sie muss zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit statthaft sein (BVerfGE 63, 266, 286; 59, 302, 315 f.; 97, 12, 26). Hinsichtlich des Notarberufs etwa muss die Beschränkung der Wahl dieses Berufs durch Aufgaben und Funktion des Notars gefordert sein (BVerfGE 73, 280, 293). Der Gesetzgeber ist gerade deshalb zur Regelung der Auswahlkriterien und des Auswahlverfahrens verpflichtet, um für die objektive Berufswahlbeschränkung in Gestalt des Zulassungszwangs einen grundrechtsverträglichen Ausgleich zu schaffen.

Anders als die „künstliche“ Kontingentierung bei der Zulassung zum Notarberuf ist die im Zusammenhang mit der Insolvenzverwalterbestellung erfolgende Einschränkung des Rechts auf freie Arbeitsplatzwahl allein faktisch bedingt – nämlich dadurch,

dass es nur eine begrenzte Zahl von Insolvenzverwaltungen gibt und es regelmäßig nur eines Insolvenzverwalters pro Insolvenzverfahren bedarf. **Anders als bei staatlichen „Monopolen“ ist eine sinnvolle gesetzliche (Detail-)Regelung von Auswahlkriterien und -verfahren in Fällen beschränkter Kapazitäten sehr problematisch.** Die zu treffende Auswahlentscheidung hängt regelmäßig von den Einzelheiten des zu besetzenden Arbeitsplatzes oder der zu vergebenden Beschäftigung ab. Kriterien für die Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern oder ein Auswahlverfahren lassen sich daher nur schwer abstrakt normieren. **Die teilweise vorgeschlagenen Listensysteme** (vgl. das vom Gravenbrucher Kreis veranlasste Gutachten von Holzer/Kleine-Cosack/Prütting, a.a.O.) **mit der Pflicht zur Berücksichtigung nach Reihenfolge sind insoweit zu unflexibel und daher ungeeignet** (zur Unzulässigkeit einer schematischen Verwalterauswahl vgl. den Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages zu § 65 RegE InsO, BT-Drs. 12/7302, S. 161). Ebenso wenig lassen sich für vergleichbare Sachverhalte, etwa für die Heranziehung von Sachverständigen, Betreuern, Verfahrenspflegern, Nachlassverwaltern oder Pflichtverteidigern sinnvolle und vollziehbare Regelungen treffen. Auch in anderen Gebieten, in denen die Freiheit der Arbeitsplatzwahl betroffen sein kann, hat der Gesetzgeber nur sehr rudimentäre Vorschriften erlassen. So gestattet etwa § 70 Abs. 3 GewO dem Veranstalter eines Marktes bei Erschöpfung der räumlichen Kapazitäten den Ausschluss einzelner Anbieter „aus sachlich gerechtfertigten Gründen“, ohne dass weitere Ausschlussgründe im Einzelnen aufgeführt würden. Ein Verstoß gegen Art. 12 GG ist darin nicht zu erblicken (VGH Mannheim, DVBl. 1980, 891).

**In der gerichtlichen Praxis hat bei der Heranziehung von Fachleuten deren nachgewiesene Eignung für die konkrete Aufgabe Vorrang. Der Gesichtspunkt einer schematischen Verteilungsgerechtigkeit muss dahinter zurücktreten. Zweck des Gesetzes ist nicht die gleichmäßige Verteilung von Erwerbschancen an die als Insolvenzverwalter tätigen Personen, sondern die wirkungsvolle Insolvenzverwaltung.** In Verwirklichung dieses legitimen Gemeinwohlbelangs soll die Regelung sicherstellen, dass Auswahl und Bestellung der Insolvenzverwalter für jedes einzelne Insolvenzverfahren gesondert erfolgen und damit den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung getragen werden kann. Da die Tätigkeit des Insolvenzverwalters in einem Geflecht unterschiedlicher Interessenlagen stattfindet, **ist es da-**



her unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 GG gerechtfertigt, die Auswahl des Insolvenzverwalters in das Ermessen des unabhängigen Richters zu stellen.

Zusammenfassend betrachtet hat der Gesetzgeber die Bestellung von Insolvenzverwaltern in § 56 Abs. 1 InsO in einer Weise geregelt, die den Insolvenzgerichten unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten hinreichende Maßstäbe für die Bestellungsentscheidung im Einzelfall vorgibt. Dem verfassungsrechtlichen Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die die Voraussetzungen für einen Eingriff in das Recht der freien Wahl des Arbeitsplatzes hinreichend bestimmt regelt, wird durch § 56 Abs. 1 InsO Genüge getan.

#### 1.2.1.2.3 Verfassungskonforme Anwendung von § 56 Abs. 1 InsO

Wie bereits einleitend ausgeführt, entscheidet das Insolvenzgericht über die Bestellung eines Insolvenzverwalters nach pflichtgemäßem Ermessen. Das Insolvenzgericht muss bei dieser Entscheidung neben Art. 12 Abs. 1 GG auch den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten (Smid, a.a.O., § 56 InsO, Rn 13). Insoweit erfordert Art. 3 Abs. 1 GG, dass die Auswahl durch vernünftige, sachgerechte Gründe bestimmt wird, wenn aus Kapazitätsgründen nicht jeder Bewerber zum Zuge kommen kann (vgl. Jarass in: Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 3 GG, Rn 33).

**Die Praxis der Gerichte, sich als Entscheidungshilfe bei der Insolvenzverwalterbestellung gleichwohl einer Art Liste zu bedienen, ist - gemessen an diesen Kriterien - nicht von vorneherein verfassungswidrig.** Angesichts des Zeitdrucks, unter der die Bestellung der Insolvenzverwalter erfolgt, und angesichts der großen Zahl der in Frage kommenden Personen ist es in vielen Fällen nicht praktikabel, alle sich auf dem Insolvenzverwaltermarkt anbietenden Personen in jedem einzelnen Verfahren von Neuem auf ihre Eignung zu überprüfen und auszuwählen. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn der Insolvenzrichter auf der ersten Stufe seiner Ermessensentscheidung eine gewisse Vorauswahl der in Betracht kommenden Bewerber trifft, aus deren Kreis er in zukünftigen Verfahren zu bestellende Verwalter auswählt.

Voraussetzung ist allerdings, dass der Insolvenzrichter diese Auswahl anhand sachgerechter Auswahlkriterien vornimmt und damit stets auch **neuen Bewerbern eine Zulassungschance lässt. Die Führung sog. geschlossener Listen entspricht dagegen weder der einfachgesetzlichen Regelung des § 56 Abs. 1 InsO noch dürfte eine derartige Praxis mit Art. 3 Abs.1 GG vereinbar sein. Aber auch die Vergabe von Insolvenzverwaltungen entsprechend der Reihenfolge einer beim Insolvenzgericht geführten Bewerberliste widerspricht den Grenzen, die dem Ermessen des Insolvenzgerichts durch § 56 Abs. 1 InsO gezogen sind.** Bei einer ausschließlich an einer bestimmten Reihenfolge orientierten Insolvenzverwalterbestellung ist nicht gewährleistet, dass die für den konkreten Einzelfall am besten geeignete Person mit der Insolvenzverwaltung betraut wird. Auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit des § 56 InsO (oben 1.2.1.2.2) wird Bezug genommen.

**Festzustellen bleibt somit, dass § 56 Abs. 1 InsO als Grundlage für Eingriffe in das Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Die Anwendung dieser Vorschrift ist jedoch verfassungsbzw. gesetzeswidrig, soweit die Vergabe von Insolvenzverwaltungen auf der Grundlage geschlossener Listen oder nach der Reihenfolge einer offenen Liste erfolgt.**

### **1.2.1.3 Zugangsgleichheit (Art. 33 Abs. 2 GG)**

Aus Art. 33 Abs. 2 GG können keine weitergehenden Ansprüche hergeleitet werden. Die Vorschrift ist nicht unmittelbar anwendbar. Der Begriff des öffentlichen Amtes ist zwar weit auszulegen (Lübbe-Wolff in: Dreier, GG, Bd. 2, 1998, Art. 33 Rn 38). Gleichwohl handelt es sich bei dem Insolvenzverwalter nicht um ein öffentliches Amt im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG. Staatlich gebundene Berufe werden von dieser Vorschrift nicht erfasst (BVerfGE 73, 280, 292 betreffend Notare; Wieland in: Dreier, GG, Bd. 1, 1996, Art. 12 Rn 53). Selbst wenn man die Auffassung verträte, die Wertungen des Art. 33 Abs. 2 GG seien auf die Bestellung eines Insolvenzverwalters übertragbar (vgl. BVerfGE 73, 280, 295 bezüglich der Notare), gäben sie nur einen zusätzli-

chen Prüfungsmaßstab bei der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens. Sie würden daher vorliegend zu keiner anderen Bewertung führen.

### 1.2.2 Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)

Gegen die gerichtliche Entscheidung der Verwalterbestellung gewährt die Insolvenzordnung keinen Rechtsbehelf (vgl. Kessler, ZIP 2000, 1565, 1566 m.w.N.). Da es sich bei der Bestellung des Insolvenzverwalters um einen Akt der rechtsprechenden Gewalt handelt, ist auch **im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG kein Rechtsschutz geboten**.

#### 1.2.2.1

Die Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG setzt voraus, dass ein Grundrechtsinhaber durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt sein kann (Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl., Art. 19 Rn 24). Unter "öffentlicher Gewalt" ist die gesamte vollziehende Gewalt zu verstehen. Die Judikative unterfällt diesem Begriff nach bislang ganz herrschender Ansicht nicht

(BVerfGE 15, 275, 280; 49, 329, 340; 65, 76, 90; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl., Art. 19 Rn 31, a.A. Schulze-Fielitz in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 19 Rn 35),

da diese Vorschrift Rechtsschutz durch den Richter, nicht gegen ihn gewährt.

Demgegenüber werden insbesondere Justizverwaltungsakte i.S.v. § 23 EGGVG nach allgemeiner Auffassung von Art. 19 Abs. 4 GG erfasst (BVerfGE 28, 10, 14 f.). Auch Akte des Rechtspflegers gehören zur öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG. Soweit sie in Rechte des Bürgers eingreifen, sind auch diese Akte vollständig der richterlichen Prüfung zu unterwerfen (BVerfGE 101, 397, 407).

#### 1.2.2.2

Nach herrschender Auffassung handelt es sich bei der Bestellung des Insolvenzverwalters nicht um einen Justizverwaltungsakt i.S.v. § 23 EGGVG (so etwa OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1273; OLG Koblenz, NJW-RR 2000, 1074; Robrecht, a.a.O.; a.A. Holzer/Klein-Cosack/Prütting, a.a.O., S. 44 ff.). Der Insolvenzverwalter wird gemäß §§ 27 Abs.1, 56 Abs. 1 InsO vom Insolvenzgericht im Eröffnungsbeschluss be-

stellt. Auch bei der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO handelt es sich um eine Entscheidung des Richters.

**Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe schließt sich der Auffassung, nach der die Bestellung eines Insolvenzverwalters im Eröffnungsbeschluss gem. § 27 InsO der rechtsprechenden Gewalt im Sinne von Art. 92 GG zuzuordnen ist, ausdrücklich an.** Dabei kann dahinstehen, ob die Bestellung des Insolvenzverwalters im materiellen Sinne Rechtsprechung ist und daher unter den Richtervorbehalt des Art. 92 GG fällt. Dem Gesetzgeber ist es nicht verwehrt, der Dritten Gewalt auch solche Aufgaben zuzuweisen, die nicht materielle Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG sind (Detterbeck in: Sachs, GG, 2. Aufl., Art. 92 Rn 13). Zu nennen sind hier vor allem die Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Obwohl es sich dabei nicht um materielle Rechtsprechung im Sinne von Art. 20 Abs. 2, Art. 92 GG handelt, gelten dennoch die Vorschriften der Art. 97 ff. GG. Für die Dauer ihrer Zuweisung zur rechtsprechenden Gewalt nehmen diese Aufgaben an allen Garantien und Prinzipien teil, die für die richterliche Tätigkeit nach der Verfassung und den einschlägigen Verfahrensgesetzen gelten (vgl. Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl., Einleitung, Rn 145). Die in diesen Fällen in richterlicher Unabhängigkeit getroffenen Entscheidungen bleiben auch aus dem Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG ausgeklammert (vgl. Dürig in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 GG, Rn 101).

Eine andere Beurteilung erfordert auch nicht der teilweise geäußerte Einwand, dass in der Praxis eine Entscheidung über die Bestellung des Insolvenzverwalters meist vorab durch den Rechtspfleger getroffen wird. Die Vorbereitung richterlicher Amtshandlungen ist seit der mit Wirkung zum 01.10.1998 erfolgten Aufhebung von § 25 RPfIG (durch Gesetz vom 06.08.1998, BGBl. I S. 2030) unzulässig. Sollte sie in der Praxis dennoch erfolgen, folgt hieraus nicht die Qualifizierung der Bestellung als Justizverwaltungsakt, der als Akt der öffentlichen Gewalt der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG unterfallen würde (vgl. Pieroth in: Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 19 GG, Rn 31). Selbst wenn der richterlichen Entscheidung eine vorherige Vorbereitung durch den Rechtspfleger zugrunde liegen würde, ist die Entscheidung über die Insolvenzverwalterbestellung nach der gesetzlichen Regelung des § 18 Abs. 1 Nr. 1 RPfIG allein dem Richter zuzurechnen und somit eine richterliche Entscheidung.

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist aus den vorgenannten Gründen Rechtsschutz gegen die richterliche Entscheidung über die Bestellung des Insolvenzverwalters verfassungsrechtlich nicht geboten.**

### **1.3 Möglichkeiten der Neuregelung der Vorschriften zur Bestellung von Insolvenzverwaltern**

Nach dem Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung stellt sich die derzeitige gesetzliche Regelung zur Auswahl des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht – vorbehaltlich einer entgegenstehenden künftigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – als verfassungsgemäß dar. Hingegen kommt es bei der Anwendung des § 56 InsO vereinzelt zu rechts- und wohl auch verfassungswidrigen Auswahlentscheidungen, wenn Insolvenzrichter den Kreis der möglichen Insolvenzverwalter – abweichend von § 56 InsO – von vornherein auf wenige in einer sog. „geschlossenen Liste“ verzeichnete Bewerber beschränken („Closed-Shop“-Verfahren).

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat die Frage untersucht, ob und ggf. durch welche gesetzgeberische Maßnahmen eine ordnungsgemäße Verwalterauswahl erreicht werden kann. In diesem Rahmen hat sie rechtsvergleichend auch Informationen über die Auswahlssysteme anderer Staaten herangezogen und ausgewertet. Mehrere Staaten weisen ähnlich abstrakte und den Insolvenzgerichten Ermessen einräumende Auswahlstrukturen auf wie § 56 InsO (z.B. Schweden, Dänemark und Finnland). Andere Staaten haben entweder gar keine Auswahlnormen (z.B. die Niederlande) oder beschränken sich auf die Normierung reiner Ausschlusskriterien.

So gibt es **im italienischem Recht** nur wenige Vorschriften über die Bestellung des so genannten Masseverwalters (curatore) und der ihm gleichgestellten Personen (Vergleichsverwalter, Zwangsabwickler). Als Hauptregelung gilt die Vorschrift des Artikel 28 des Königlichen Dekrets Nr. 267 vom 16. März 1942 (so genannte Konkursordnung – Legge Fallimentare), in dem die Erfordernisse zur Bestellung des Masseverwalters geregelt sind. Vergleichbare Regelungen finden sich in Artikel 163 Nr. 3 für den Vergleichsverwalter sowie Artikel 198 für den Zwangsabwickler.

Artikel 28 des Dekrets lautet in deutscher Übersetzung (entnommen der zweisprachigen Ausgabe „Italienisches Konkursrecht und andere Insolvenzverfahren“, Bozen 1983):

### **28 (Erfordernisse zur Bestellung zum Masseverwalter)**

Der voll oder beschränkt Entmündigte, derjenige, über den der Konkurs eröffnet wurde, oder der, der zu einer Strafe verurteilt wurde, welche die auch nur befristete Unfähigkeit zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes zur Folge hat, darf nicht zum Masseverwalter bestellt werden oder verliert, wenn er bestellt wurde, sein Amt.

Außerdem dürfen der Ehegatte, Verwandte und Verschwägerte des Gemeinschuldners bis zum vierten Grad, seine Gläubiger und der, der innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Konkurseröffnung wie auch immer seine berufliche Tätigkeit zu Gunsten des Gemeinschuldners ausgeübt oder im Unternehmen Einfluss genommen hat, nicht zum Masseverwalter bestellt werden.

Artikel 27 des Dekrets, der die Überschrift „Liste der Zwangsverwalter“ trug, wurde bereits im Nachkriegsjahr 1946 durch Artikel 1 der gesetzesvertretenden Verordnung des provisorischen Staatsoberhauptes vom 23.3.1946, Nr. 153 abgeschafft.

Auf Grund der genannten Vorschrift ernennt das Landesgericht (tribunale) den Masseverwalter in dem Konkurseröffnungsurteil (sentenza dichiarativa di fallimento, Artikel 16). Es bestellt zugleich den für das Verfahren beauftragten Richter (giudice delegato), der gemäß Artikel 25 die Konkursgeschäfte führt und die Tätigkeit des Masseverwalters überwacht.

Dagegen bestehen in mehreren Ländern zum Teil sehr ausgefeilte Listensysteme und Zulassungsverfahren (z.B. in Frankreich, Österreich und den U.S.A.), auf die im Folgenden noch näher eingegangen werden wird.

## **1.3.1 Gesetzliche Festlegung von Qualifikationsmerkmalen**

In Betracht zu ziehen ist zunächst die gesetzliche Festlegung von Qualifikationsmerkmalen, nach denen das Gericht die Verwalterauswahl vorzunehmen hat. Derzeit bestimmt § 56 Abs. 1 InsO insoweit lediglich, dass zum Insolvenzverwalter „eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person“ zu bestellen ist. Dabei werden die Begriffe der Geschäftskundigkeit und der Einzelfalleignung in der Gerichtspraxis anhand verschiedener Kriterien ausgefüllt.

### **1.3.1.1 Schaffung gesetzlicher Auswahlkriterien**

Die von der Praxis entwickelten Kriterien könnten nun – wie dies die **österreichische Insolvenzrechts-Novelle 2002** (InsNov. 2002) vorsieht – zu gesetzlichen Auswahlkriterien erhoben werden. Die InsNov. 2002 führt dabei folgende gesetzliche Auswahlkriterien an, die das Gericht bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen hat:

- das Vorhandensein einer hinreichenden Kanzleiorganisation,
- eine zeitgemäße technische Ausstattung,
- die Belastung mit anhängigen Insolvenzverfahren,
- allfällige besondere Kenntnisse, insbesondere der Betriebswirtschaft sowie des Insolvenz-, Steuer- und Arbeitsrechts,
- die bisherige Tätigkeit der in Aussicht genommenen Person als Masseverwalter
- und ihre Berufserfahrung.

Darüber hinaus füllt die InsNov. 2002 den Begriff der Unabhängigkeit des Verwalters von Gläubigern und Schuldner gesetzlich aus, indem sie eine Anzeigepflicht des Verwalters fest schreibt, der

- den Gemeinschuldner oder nahestehende Personen vertritt oder berät oder dies innerhalb von fünf Jahren vor Insolvenzeröffnung getan hat,
- einen Gläubiger vertritt oder berät oder dies innerhalb von drei Jahren vor der Insolvenzeröffnung getan hat oder
- einen unmittelbaren Konkurrenten des Gemeinschuldners vertritt oder berät.

Mit diesen Regelungen übernimmt der österreichische Gesetzgeber einzelne von der Praxis entwickelte und auch in der deutschen Kommentarliteratur bereits seit langem aufgeführte Qualifikations- und Ausschlusskriterien (vgl. nur Holzer, Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren, 2. Aufl. 1998, Rn 244 ff.). Dabei sind die ausdrücklich erwähnten Kriterien nicht abschließend. Eine inhaltliche Änderung des richterlichen Auswahlermessens ist mit der gesetzlichen Festlegung dieser Kriterien nicht verbunden. Ebenso wenig ist die künftige österreichische Regelung geeignet, dem willkürlichen Ausschluss geeigneter Bewerber um eine Verwaltertätigkeit durch einzelne Gerichte entgegenzuwirken. Im Gegenteil könnten sich diese Gerichte darauf berufen, dass die von ihnen im „Closed-Shop“-Verfahren berücksichtigten Verwalter die gesetzlichen Vorgaben erfüllten, so dass kein Anlass bestehe, andere Bewerber zu berücksichtigen.

**Aus den vorgenannten Gründen ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe die Festlegung einzelner gesetzlicher Auswahlkriterien nach österreichischem Vorbild nicht empfehlenswert.**

### **1.3.1.2 Einführung gesetzlicher Zulassungsvoraussetzungen**

Anders als die Festlegung einzelner Auswahlkriterien würde die Einführung gesetzlicher Zulassungsvoraussetzungen für den Zugang zur Insolvenzverwaltertätigkeit eine deutliche inhaltliche Einschränkung des richterlichen Ermessens bei der Auswahl des Insolvenzverwalters beinhalten. Andererseits würde eine Regelung, die etwa in Anlehnung an das **französische Recht** vorsieht, dass zum Insolvenzverwalter grundsätzlich nur bestellt werden kann, wer eine mehrjährige Vorbereitungszeit und eine anschließende (staatliche) Prüfung (in Frankreich: „examen d'aptitude aux fonctions d'administrateur judiciaire“) absolviert hat, den tiefgreifenden Wandel der Insolvenzverwaltertätigkeit hin zum Berufsverwalter, der ausschließlich mit Insolvenzverwaltungen befasst ist, beschleunigen und ihn auch auf die Abwicklung kleinerer Insolvenzen erstrecken. Sie würde zudem die Einrichtung von staatlichen Prüfungskommissionen ähnlich den französischen „commissions nationales“ und die gesetzliche Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens erforderlich machen.

Eine solche Entwicklung hin zum „staatlich geprüften Insolvenzverwalter“ ist in Deutschland – anders als in Frankreich, wo vorgesehen ist, dass Insolvenzverwalter nicht anwaltlich tätig sein dürfen – indes nicht historisch gewachsen und im Hinblick auf die Vielzahl von kleinen und mittleren Insolvenzverfahren auch rechtspolitisch nicht erwünscht (Uhlenbruck, KTS 1989, 229, 251). Zudem würde sich allein durch die Verkleinerung des Bewerberkreises auf zugelassene Berufsverwalter an der grundsätzlichen Problematik bei der Vergabe einzelner Insolvenzverwaltungen nichts ändern (Uhlenbruck, KTS 1998, 1, 29). Im Gegenteil besteht dabei die Gefahr, dass letztlich nur noch wenige große Verwalterbüros für die Übernahme von Insolvenzverwaltungen zur Verfügung stehen, die von dem zuständigen Insolvenzgericht ebenso abhängig wären wie das Gericht von ihnen (Uhlenbruck, KTS 1989, 229, 251). Auch die französische Lösung mit ihrer starken Reglementierung der Insolvenzverwalterzulassung hat in der Vergangenheit zur Pfründenbildung geführt, weshalb der



französische Gesetzentwurf über die Tätigkeit der Insolvenzverwalter („Projet de loi relatif au statut des administrateurs et des mandataires judiciaires“), der sich zurzeit noch in den parlamentarischen Beratungen befindet, einerseits durch die Aufhebung der bisherigen räumlichen Beschränkung der Tätigkeit („concurrency interne“) und andererseits durch die Zulassung externer, nicht in die nationale Liste eingetragener Bewerber („concurrency externe“) eine Öffnung des Wettbewerbs herbeiführen will.

Schließlich würden durch eine gesetzliche Regelung des Zulassungsverfahrens, ohne dass hierdurch willkürliche Auswahlentscheidungen vermieden werden, neue berufs- und verfassungsrechtliche Probleme geschaffen. Insbesondere ist die Frage nach einem Rechtsanspruch auf regelmäßige Bestellung bei einer gesetzlichen Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens möglicherweise anders zu beantworten als nach der derzeitigen Rechtslage (vgl. Uhlenbruck, KTS 1989, 229, 252). Unter anderem aus diesem Grund hat der österreichische Gesetzgeber davon abgesehen, in der InsNov. 2002 ein Prüfungs- und Zulassungssystem für Insolvenzverwalter einzuführen (Erläuterungen zu § 14a, abgedr. in ZIP 2001, 1829, 1830).

Bedingt die gesetzliche Regelung des Zulassungsverfahrens für Insolvenzverwalter damit aber die Einrichtung eines komplexen Verwaltungsverfahrens einschließlich neuer Prüfungsverfahren und -kommissionen sowie die Ausgestaltung eines gerichtlichen Rechtsschutzes, so wäre dieser hohe regelungs- und verwaltungstechnische Aufwand unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nur zu rechtfertigen, wenn in der Vergangenheit erhebliche Qualitätsdefizite bei der Tätigkeit der Insolvenzverwalter feststellbar gewesen wären. Dies wird aber noch nicht einmal von den Befürwortern einer Neuregelung behauptet. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Gerichte in Ausübung ihres weiten Ermessens Verwalter bestellen, die den an sie gestellten Anforderungen nicht oder nicht ausreichend gerecht werden, gibt es nicht.

**Vor diesem Hintergrund ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe die – verfassungsrechtlich nicht gebotene – Schaffung eines gesetzlichen Zulassungsverfahrens für Insolvenzverwalter nicht zu befürworten.**

### 1.3.2 Gesetzliche Regelung von Insolvenzverwalterlisten

Nachdem bei den meisten Gerichten Insolvenzverwalterlisten zur Vorbereitung der Auswahlentscheidung herangezogen werden, war zu prüfen, ob für solche Listen eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden kann, die ausschließt, dass einzelne Gerichte weiterhin „geschlossene“ Listen verwenden und so den Kreis der in Betracht kommenden Insolvenzverwalter in unzulässiger Weise einschränken.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat hierzu die in den U.S.A., Belgien, Schweden, Österreich und den Niederlanden bestehenden bzw. vorgeschlagenen Listensysteme untersucht.

In den **U.S.A.** erfolgt die Auswahl und Überwachung von Insolvenzverwaltern (trustees) durch staatliche Amtsträger, die United States Trustees. Das United States Trustee Program ist in das Bundesjustizministerium in Washington D.C. eingegliedert. Nach den Bestimmungen des United States Code (28 U.S.C. 586) hat jeder der (derzeit 21) nationalen U.S. Trustees für seine Region eine Liste (panel) von Insolvenzverwaltern (private bzw. panel trustees) aufzustellen, zu führen und zu überwachen. Den panel trustees obliegt die Durchführung von Verbraucher oder Unternehmen betreffenden Liquidationsverfahren nach chapter 7 des U.S. Bankruptcy Code. Die U.S. Trustees können ferner für die in chapter 12 des Bankruptcy Code speziell geregelten Insolvenzen von Farmern und die in chapter 13 geregelten Insolvenzplanverfahren für bestimmte Personen (zumeist Verbraucher) ständige Insolvenzverwalter (standing trustees) ernennen. Dabei kann es sich sowohl um Privatpersonen als auch um staatliche Angestellte (assistant U.S. trustees) handeln. Voraussetzung für die Aufnahme in eine Liste als sog. panel trustee und für die Ernennung zum standing trustee ist die Eignung und Verfügbarkeit der betreffenden Personen für die Übernahme einer Insolvenzverwaltung. Einzelheiten werden über mehrere Seiten detailliert in den Verwaltungsvorschriften des Code of Federal Regulations (C.F.R., Abschnitt 58) geregelt. Die Vorschriften enthalten u.a. Bestimmungen über das Verfahren betreffend die Aufnahme in die Liste (§ 58.3 Abs. 8 C.F.R.: Antrag des Verwalters als Voraussetzung für die Aufnahme in die Liste) und die Streichung aus der Liste sowie für das Verfahren zur Ernennung und Entlassung von standing

trustees. Ferner werden zahlreiche persönliche Voraussetzungen der in Betracht kommenden Kandidaten definiert. Erforderlich sind u.a.

- Integrität und Charakterfestigkeit,
- physische und geistige Eignung zur Übernahme einer Insolvenzverwaltung,
- Höflichkeit und Zugänglichkeit gegenüber allen Beteiligten,
- Vorurteilsfreiheit und
- keine verwandtschaftlichen Beziehungen zu den Parteien.

Ferner muss der Kandidat entweder als Rechtsanwalt oder amtlicher Steuerberater/Wirtschaftsprüfer (certified public accountant) zugelassen sein oder bestimmte Hochschulabschlüsse bzw. Studiengänge nachweisen. Gelistet werden können aber auch Personen mit „vergleichbarer Erfahrung“, die vom U.S. Trustee für „akzeptabel“ gehalten werden. Die Zahl der Listenmitglieder wird vom jeweiligen U.S. Trustee bestimmt. Er ist auch befugt, eine rotierende Listenmitgliedschaft einzurichten, um Erfahrungsvielfalt, eine gleichmäßige geographische Verteilung und andere Kriterien zur Geltung kommen zu lassen.

Die Auswahl gelisteter Verwalter für ein konkretes Verfahren wird durch den Code of Federal Regulations nicht geregelt. Der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ liegen jedoch in Bezug auf die Auswahl von panel trustees präzise Informationen der für Südkalifornien, Arizona und New Mexico zuständigen U.S.Trustee vor.

Die Informationen über das U.S. - amerikanische, das schwedische, das dänische und das finnische Recht wurden im Rahmen des vom Justizministerium Nordrhein-Westfalen veranstalteten „International Exchange of Experience on Insolvency Law (IEEI)“ und seinen internationalen Online-Kolloquien zum Insolvenzrecht gewonnen.

Danach erfolgt die Auswahl nach dem Prinzip der „blind rotation“ und „random fashion“ (Zufallsauswahl). Die U.S. Trustee übersendet wöchentlich den Insolvenzgerichten eine Liste mit mehreren Verwaltern. Bei Bedarf wird entweder durch den Computer des Insolvenzgerichts oder einen Gerichtsangestellten nach dem Prinzip der Zufallsauswahl ein Verwalter ausgewählt. Bei der Erstellung der den Insolvenzgerichten übersandten Listen achtet die U.S. Trustee darauf, dass innerhalb eines Zeitraums von 6 - 12 Monaten die Zahl der Fallzuweisungen an die panel trustees in etwa gleich ist.

In **Belgien** sind gemäß Art. 27 des belgischen Konkursgesetzes vom 08. August 1997 die Konkursverwalter aus einer Liste auszuwählen, die von der Generalversammlung des jeweiligen Handelsgerichts zusammengestellt (und jährlich aktualisiert) wird. In die Liste können nur Rechtsanwälte eingetragen werden, die einer belgischen Rechtsanwaltskammer angehören. Sie haben eine besondere Ausbildung und Fähigkeiten im Bereich von Ausgleichsverfahren nachzuweisen. Aus der Liste sind auch die Konkursverfahren zu ersehen, in denen gelistete Person bestellt wurde. Nach Art. 24 Abs. 4 des belgischen Konkursgesetzes können auch andere Personen, die die vorgenannten Nachweise erbringen, als Konkursverwalter bestellt werden, wenn Art und Umfang des Konkursverfahrens dies erforderlich machen (in der Praxis handelt es sich zumeist um Wirtschaftsprüfer). Die Auswahl des Konkursverwalters für ein konkretes Verfahren wird in Belgien von dem Präsidenten des zuständigen Handelsgerichts getroffen.

Die gesetzliche Fixierung eines Listensystems hat auch die **schwedische Konkursrechtskommission** in ihrem im Jahr 2000 veröffentlichten Bericht vorgeschlagen. In Schweden ist die Auswahl des Konkursverwalters bzw. des Sanierers („rekonstruktör“) im Konkursgesetz und im Unternehmensreorganisationsgesetz derzeit ähnlich abstrakt geregelt wie im deutschen Recht. Nach Kapitel 7, § 1 des Konkursgesetzes und Kapitel 2, § 11 des Reorganisationsgesetzes soll der vom Insolvenzgericht bestellte Konkursverwalter bzw. „rekonstruktör“ die für die Aufgabe erforderlichen besonderen Einblicke und Erfahrungen aufweisen und für die Aufgabe auch sonst geeignet sein. Der „rekonstruktör“ bedarf darüber hinaus des Vertrauens der Gläubiger. Nach einer von der Konkursrechtskommission durchgeführten Erhebung verfügt die Mehrheit der schwedischen Insolvenzgerichte über Verwalterlisten, aus denen die zu bestellenden Verwalter regelmäßig ausgewählt werden. Gelistet werden nach Angabe der schwedischen Gerichte Verwalter, die ihre Kompetenz in Rechts-, Wirtschafts- und Beschäftigungsfragen sowie ihre Effizienz unter Beweis gestellt haben. Im Rahmen der konkreten Verwalterbestellung spielen ferner eine Rolle die Anzahl der Fälle, die ein Verwalter gleichzeitig betreut, und die örtliche Nähe des Verwalters zum insolventen Unternehmen.

Das gegenwärtige System hat nach Auskunft des schwedischen Justizministeriums Kritik erfahren. Sie gilt weniger den gesetzlichen Regelungen als der gerichtlichen Praxis. Insbesondere wurde beanstandet, dass das praktizierte Listensystem den freien Wettbewerb unter den Konkursverwaltern und die Vorhersehbarkeit einer Bestellung für den einzelnen Verwalter beeinträchtigt. Vor diesem Hintergrund hat die schwedische Konkursrechtskommission ein gesetzlich geregeltes Listensystem vorgeschlagen. Danach sollen regionale Konkursverwalter- Empfehlungsgremien errichtet werden. Die Gremien sollen sich aus „interessierten Kreisen“, u.a. der Gläubigerschaft und Vertretern der - bereits jetzt bestehenden - Konkursverwaltungsaufsichtsbehörde zusammensetzen. Nach dem Vorschlag der Konkursrechtskommission sollen die Empfehlungsgremien Listen mit Personen aufstellen, die als geeignet für die Übernahme von Konkursverwaltungen angesehen werden. Bewerber, die in die Liste aufgenommen werden wollen, haben Unterlagen vorzulegen, aus denen sich ihre bisher erworbenen Fähigkeiten als Konkursverwalter ergeben. Bei der Aufstellung der Listen soll der künftige Bedarf an Konkursverwaltern berücksichtigt werden. Rechtsmittel gegen die Nichtaufnahme in die Liste sind nicht vorgesehen. Die Listen der Empfehlungsgremien sollen nach den Vorschlägen der schwedischen Konkursrechtskommission als Hilfe für die Insolvenzgerichte bei der Bestellung eines Verwalters im Einzelfall dienen. Sie sind für die Gerichte nicht verbindlich. Jedoch sollen die Gerichte in der Regel einen gelisteten Verwalter bestellen.

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe kommt eine Übertragung der geschilderten Listensysteme auf das deutsche Insolvenzrecht aus mehreren Gründen nicht in Betracht.**

Bereits der mit derartigen Systemen verbundene hohe regelungs- und verwaltungstechnische Aufwand erscheint nicht gerechtfertigt. Auf die vorstehenden Ausführungen zur Einführung gesetzlicher Zulassungsvoraussetzungen wird Bezug genommen. Durch die Einrichtung staatlicher Verwaltungsbehörden - wie der des U.S. Trustee oder der schwedischen Konkursaufsichtsbehörde und der von der schwedischen Konkursrechtskommission vorgeschlagenen regionalen Empfehlungsgremien - vervielfachen sich Mehraufwand und -kosten nochmals.

**Ein regulatorisch, verfahrenstechnisch und im Hinblick auf die Zuständigkeiten aufwendiges und kompliziertes Listensystem lässt sich zudem mit dem das gesamte deutsche Insolvenzrecht durchziehenden und strukturierenden Gedanken der Gläubigerautonomie kaum vereinbaren.** Ein ausgefeiltes und gesetzlich in allen Details festgelegtes Listensystem wirkt sinnentleert, wenn im Anschluss an die mit seiner Hilfe erfolgte „Ermittlung“ des zu bestellenden Verwalters durch das Insolvenzgericht die Gläubigerversammlung einen anderen Verwalter bestellen kann, ohne an die gleichen strengen Vorgaben und Auswahlregeln gebunden zu sein wie kurz zuvor das Insolvenzgericht. Die Gläubigerversammlung an diese strengen Vorgaben binden zu wollen, würde andererseits einen erheblichen Eingriff in den das neue deutsche Insolvenzrecht - zu Recht - beherrschenden Grundsatz der Gläubigerautonomie bedeuten. Dies ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nicht vertretbar.

Darüber hinaus stehen Listen, die - wie das U.S. amerikanische System - eine schematische, turnusmäßige Auswahl des Verwalters beinhalten, zu weiteren wesentlichen Leitlinien des deutschen Insolvenzrechts in Widerspruch. Insbesondere die Vorgabe des Gesetzgebers, wonach das Vorliegen der Eignung für den jeweiligen Einzelfall vom Insolvenzgericht zu prüfen ist, steht einer schematischen Verwalterauswahl entgegen (Bericht des Rechtsausschusses zu § 65 [= § 56], BT-Drs. 12/7302). **Bei diesem Erfordernis der individuellen Eignung des Verwalters für den jeweiligen Einzelfall handelt es sich um ein besonders wichtiges Instrument zur Qualitätssicherung im Recht der Insolvenzverwaltung. An ihm sollte nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe festgehalten werden.** Auswahlverfahren nach dem Prinzip der „blind rotation“ bzw. „random fashion“ und jeder anderen schematischen, nicht an individuellen Eignungskriterien orientierten Art sind nicht empfehlenswert. Sie hätten einen erheblichen Qualitätsverlust im Bereich der Insolvenzverwaltung zur Folge.

Denkbar wäre somit allenfalls eine Verwalterliste nach österreichischem Vorbild. Die Ins.Nov. 2002 sieht die Errichtung einer im Internet abrufbaren Insolvenzverwalterliste vor, in die sich die Interessenten selbst einzutragen haben. Dabei haben sie Angaben zu den in § Art. I § 14a InsNov. 2002 angegebenen Kriterien (Ausbildung, berufliche Laufbahn, Zeitpunkt der Eintragung in die Berufsliste, Art der Berufserfah-

rung, besondere Fachkenntnisse, Erfahrungen als Insolvenzverwalter, Infrastruktur) zu machen. Der österreichische Rechtsanwaltskammertag hat sich - nach derzeitigem Stand des Gesetzesvorhabens - bereit erklärt, eine solche Liste zu führen. Sie soll dazu dienen, den Gerichten einen umfassenden Überblick über alle Personen und deren Qualifikation zu verschaffen, die an einer Bestellung zum Insolvenzverwalter interessiert sind (Art. I Ziff. 4 i.V.m. Art. II Ziff. 9 Ins.Nov. 2002). Das Gericht ist nicht verpflichtet, einen Insolvenzverwalter aus dieser Liste zu wählen.

Eine solche offene und unverbindliche Liste wäre indes kaum geeignet, einzelne Insolvenzgerichte oder -richter davon abzuhalten, bei der Verwalterbestellung wie bisher auf einen geschlossenen Kreis von Bewerbern zurückzugreifen. Dient die Liste damit aber nur der Selbstdarstellung der Bewerber und als Informationshilfe für die Insolvenzgerichte, so erscheint es nicht erforderlich und angezeigt, eine solche Plattform gesetzlich zu verankern. Vielmehr kann eine solche bundesweite Liste – ähnlich wie nach der österreichischen InsNov. 2002 vorgesehen – als Insolvenzverwalter-Informationssystem privatwirtschaftlich installiert und etwa von Verlagen oder berufsständischen Verbänden - wie z.B. dem Deutschen Anwaltverein - im Internet präsentiert werden.

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Internet-Verwalterliste, in der Insolvenzverwalter auf ihre Eignungen, Fähigkeiten, Erfahrungen oder Spezialgebiete hinweisen, bestehen aus berufsrechtlicher Sicht keine Bedenken: Rechtsanwälte dürfen werben, soweit sie über ihre berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichten (§ 43b BRAO). Entsprechende Einschränkungen ergeben sich für Nicht-Anwälte auf Grund des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Innerhalb dieser Grenzen ist die Präsentation von Insolvenzverwaltern in einer Internet-Liste ohne weiteres zulässig.

Berufsständische Verbände spielen auch in **England** bei der Auswahl des Insolvenzverwalters (insolvency practitioner) eine wichtige Rolle. Das englische Unternehmensinsolvenzrecht kennt - abhängig von der jeweiligen Verfahrensart - drei Arten des insolvency practitioners:

Der **administrator** wird vom Insolvenzgericht ernannt, wenn ein Antrag des insolventen Unternehmens oder eines Gläubigers auf Durchführung eines Insolvenzverfahrens in Form einer „administration“ vorliegt (vgl. §§ 8 ff. Insolvency Act (IA)). Dem administrator obliegt die Führung des insolventen Unternehmens. Er hat nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger eine best mögliche Befriedigung aller Gläubiger sicher zu stellen. Hierzu unterbreitet er der Gläubigerversammlung Vorschläge, über die die Gläubigerversammlung entscheidet.

Der **administrative receiver** wird bei Insolvenzverfahren in Form der „administrative receivership“ unmittelbar von einem Sicherungsgläubiger (oft einer Bank) ernannt (vgl. § 29 IA). Eine seiner Hauptaufgaben ist die vorrangige Erfüllung der Forderungen des ihn ernennenden Gläubigers und anderer Sicherungsgläubiger. In diesem Rahmen entscheidet er über die Verwertung oder Fortführung des Unternehmens. Das Insolvenzgericht ist an der Ernennung des administrative receiver in der Regel nicht beteiligt.

Der **liquidator** wird in Fällen ernannt, in denen auf Antrag eines Gläubigers das schuldnerische Unternehmen im Rahmen eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens verwertet werden soll. In diesen Fällen übernimmt zunächst ein staatlicher Beamter, der **official receiver**, die Insolvenzverwaltung § 136 IA). Er beruft eine Gläubigerversammlung ein, die den endgültigen Verwalter (liquidator) bestellt .

Die Wahl des Insolvenzverwalters in seinen verschiedenen Ausprägungen unterliegt in England somit weitgehend der **Gläubigerautonomie**. Seine Funktion wird zumeist von auf dem Gebiet des Insolvenzrechts spezialisierten Steuer- oder Finanzberatern wahrgenommen. Rechtsanwälte sind nur selten als Insolvenzverwalter tätig. Die **gesetzlichen Bestimmungen** betreffend die Person des Insolvenzverwalters sehen ein **Mischsystem** vor, dass sowohl die Beteiligung **staatlicher Behörden** als auch **berufsständischer Verbände** beinhaltet. Nach § 230 IA dürfen Insolvenzverwalter in Unternehmensinsolvenzen nur Personen sein, die hierzu befähigt („qualified“) sind. Ein Tätigwerden als Insolvenzverwalter ohne diese Befähigung wird als Straftat geahndet ( § 389 IA). Die Befähigung zum Insolvenzverwalter setzt gemäß § 390 Abs. 2 IA voraus, dass



- die betreffende Person Mitglied eines gem. § 391 IA anerkannten Berufsverbandes ist und nach den von dem Berufsverband aufgestellten Regeln als Insolvenzverwalter handeln darf oder
- die Tätigkeit als Insolvenzverwalter von einer zuständigen Stelle genehmigt worden ist.

Die Anerkennung des Berufsverbandes gem. § 391 IA erfolgt in England durch eine besondere Abteilung des Handels- und Industrieministeriums, den „Insolvency Service“. Ein bekannter, anerkannter Berufsverband ist die „Vereinigung der Insolvenzverwalter“ (Insolvency Practitioners´Association (IPA)). Sie stellt u.a. Standards und Befähigungsvoraussetzungen für Insolvenzverwalter auf. Hierzu gehören ein Universitätsabschluss und bestimmte Ausbildungsnachweise. Ferner muss der Bewerber Berufserfahrungen im Bereich der Insolvenzverwaltung aufweisen. Die meisten Mitglieder der IPA stammen daher aus Steuerberatungskanzleien, in denen sie die erforderliche berufliche Erfahrung sammeln konnten.

Die - zur Mitgliedschaft in einem anerkannten Berufsverband alternative - Genehmigung zur Aufnahme der Tätigkeit als Insolvenzverwalter wird gem. § 392 IA entweder von dem Handels- und Industrieministerium direkt oder - nach den näheren Verwaltungsbestimmungen des Ministeriums - von dritten Körperschaften oder Personen erteilt (zum Bewerbungsverfahren vgl. im Einzelnen § 392 IA). Sie setzt gem. § 393 IA voraus, dass der Bewerber tauglich und geeignet („fit and proper“) ist, um als Insolvenzverwalter zu handeln. Ferner hat er bestimmte Voraussetzungen in Bezug auf Ausbildung und Berufserfahrung zu erfüllen.

Eine wichtige Rolle spielen Berufsverbände auch in den **Niederlanden**:

Das niederländische Insolvenzrecht enthält in den Artikeln 68 bis 73a des Konkursgesetzes (faillissementswet), in denen die Rechtsstellung des Konkursverwalters (curator) geregelt ist, keine Regelungen über die Auswahl des Insolvenzverwalters. Insbesondere bestehen keine Vorgaben hinsichtlich der beruflichen Qualifikation, die ein Verwalter aufweisen muss. In der Praxis ernennen die Konkursgerichte in aller Regel Rechtsanwälte zu Konkursverwaltern, wobei sie aus dem Kreis der bekanntermaßen zur Übernahme von Verwaltungen bereiten und befähigten Personen auswählen.

Zunehmende Bedeutung hat insoweit die Niederländische Vereinigung der Insolvenzanwälte „Insolad“, in die nur solche Anwälte aufgenommen werden, die die strengen Zugangsvoraussetzungen dieser Vereinigung erfüllen. So setzt bereits die Kandidatur zur Mitgliedschaft eine mindestens fünfjährige Zulassung zur Anwaltschaft und den Nachweis voraus, dass der Kandidat jährlich mindestens 250 Stunden im Insolvenzrechtsbereich tätig ist. Die Mitgliedschaft setzt sogar eine siebenjährige Anwaltszulassung und den Nachweis von mindestens 400 jährlichen Arbeitsstunden im Insolvenzbereich voraus. Außerdem müssen die Kandidaten ein von der Vereinigung der Insolvenzanwälte durchgeführtes Examen im Insolvenzrecht bestanden haben. Diese hohen Zugangsvoraussetzungen, die von der Vereinigung der Rechtsanwälte in einem „Code of best practice“ demnächst auch schriftlich zusammengefasst werden sollen, haben dazu geführt, dass die Mitglieder der Vereinigung der Insolvenzanwälte als ausgewiesene Insolvenzrechtsexperten einen hervorragenden Ruf genießen und von vielen Gerichten bevorzugt zu Konkursverwaltern bestellt werden. Daneben bestellen die Gerichte teilweise aber auch Rechtsanwälte, die nicht Mitglieder oder Kandidaten der Vereinigung der Insolvenzanwälte sind. Da es sich bei der Vereinigung der Insolvenzanwälte um eine rein private Organisation handelt, unterliegt das Aufnahmeverfahren keiner gerichtlichen Überprüfung.

Eine ministerielle Arbeitsgruppe zur Modernisierung des niederländischen Insolvenzrechts hat sich im vergangenen Jahr auch mit der Frage der Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters befasst. Der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe (veröffentlicht unter [www.minez.nl/faillissementswet](http://www.minez.nl/faillissementswet)) enthält insoweit den Vorschlag, einen sogenannten Sachverständigen-Pool (pool van deskundigen) zusammenzustellen, in dem auch andere Berufsgruppen als Rechtsanwälte, namentlich Betriebswirtschaftler, vertreten sind (Seite 57 des Berichts). Dieser Pool soll indes lediglich eine unverbindliche Entscheidungshilfe für die weiterhin unabhängig entscheidenden Gerichte darstellen. Eine gesetzliche Normierung wird nicht vorgeschlagen.

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe kann die Einrichtung von privatwirtschaftlich organisierten Internet-Verwalterlisten oder Verwalterpools für die Insolvenzgerichte zu einer wertvollen Informationsquelle und Entscheidungshilfe werden. Eine gesetzliche Regelung von Verwalterlisten empfiehlt sich jedoch aus den genannten Gründen nicht.**

### 1.3.3 Rechtsschutz für nicht berücksichtigte Verwalter

Der Bewerber um eine Insolvenzverwaltertätigkeit ist nicht Beteiligter des Insolvenzverfahrens. Er wird dies auch durch sein Angebot, in einem bestimmten Verfahren als Verwalter zur Verfügung zu stehen, nicht. Schon aus diesem Grund kann ihm nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ein Rechtsbehelf gegen die Bestellung eines anderen Bewerbers in einem konkreten Insolvenzverfahren nicht eingeräumt werden. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Verwalterbestellung ein Vergabeverfahren vorgeschaltet würde. Da es sich bei der Bestellung des Insolvenzverwalters jedoch - wie bereits ausgeführt - nicht um Verwaltungshandeln, sondern um einen integralen Bestandteil des richterlichen Eröffnungs- oder Sequestrationsbeschlusses und mithin um richterliches Handeln auf dem Gebiet der rechtsprechenden Gewalt handelt, ist eine solche vergaberechtliche Ausgestaltung des Verfahrens mit den Besonderheiten des Insolvenzverfahrens unvereinbar. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass die Bestellung des Insolvenzverwalters in aller Regel als Eilentscheidung innerhalb weniger Stunden zu erfolgen hat.

**Das Fehlen eines Rechtsmittels für übergangene Bewerber ist damit nicht nur verfassungsrechtlich unbedenklich (s.o.), sondern ergibt sich auch aus der Natur des Verfahrens der Insolvenzverwalterbestellung.**

### 1.3.4 Klarstellung des Verbots der Verwendung geschlossener Listen

Um der bereits nach derzeitiger Rechtslage unzulässigen Verwendung geschlossener Listen entgegenzuwirken, **kommt nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nur eine klarstellende Änderung des § 56 InsO in Betracht, durch die das Verbot der Verwendung geschlossener Listen hervorgehoben und klargestellt wird, dass die Auswahl des Insolvenzverwalters aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen zu erfolgen hat.** Durch eine entsprechende Gesetzesänderung kann den bei ihren Entscheidungen an das Gesetz gebundenen Insolvenzgerichten verdeutlicht werden, dass jede Verwendung geschlossener Listen gesetzeswidrig und die ständige grundlose Nichtbe-

rücksichtigung geeigneter, zur Übernahme der Insolvenzverwaltung bereiter Bewerber willkürlich ist.

§ 56 Abs. 1 InsO könnte wie folgt gefasst werden:

„Zum Insolvenzverwalter ist **aus dem Kreis aller zur Übernahme einer Insolvenzverwaltung bereiten Personen** eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen.“

**Die Einzelheiten des gerichtlichen Verfahrens zur Auswahl des Insolvenzverwalters sollten nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe aus den bereits geschilderten Gründen nicht gesetzlich geregelt werden.** Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe beschränkt sich insoweit auf **Empfehlungen**.

Nach Auffassung der Arbeitsgruppe ist insbesondere eine **Kontaktaufnahme des Insolvenzgerichts mit den Gläubigern im Vorfeld der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in den meisten Fällen sinnvoll**, da der Insolvenzverwalter ohnehin später mit den Gläubigern zusammenarbeiten muss bzw. von ihnen abgewählt werden kann. Empfehlenswert ist in diesem Zusammenhang die Praxis mancher Insolvenzgerichte, sich vor der Bestellung des Insolvenzverwalters mit den Gläubigern an einen „Runden Tisch“ zu setzen. Die richterliche Unabhängigkeit wird durch ein solches **Kooperationsmodell** nicht gefährdet, da das Insolvenzgericht in seiner Entscheidung frei bleibt.

Bei der Bestellung eines Insolvenzverwalters empfiehlt es sich des weiteren, darauf zu achten, dass **Personen bestellt werden, die die Insolvenzverwaltung auch tatsächlich durchführen**. Nach den Berichten aus der insolvenzgerichtlichen Praxis ist dies insbesondere bei größeren Sozietäten nicht immer der Fall. Eine Verlagerung der tatsächlichen Insolvenzbearbeitung führt zu Problemen in Bezug auf die Transparenz, die Verantwortlichkeit und auch in Bezug auf die Effizienz der Verwaltung. Unproblematisch ist es jedoch, wenn der Insolvenzverwalter bei der Bewältigung seiner Aufgaben lediglich Hilfspersonal zu seiner Unterstützung heranzieht, wie dies - insbesondere bei größeren Insolvenzen - oft nicht vermeidbar ist.

## 1.5 Ergebnisse

Die Auswahl des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht ist das derzeit wohl am intensivsten und streitigsten diskutierte Thema des modernen deutschen Insolvenzrechts. Eine zusätzliche, besondere Aktualität hat die Problematik durch die beim Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfassungsbeschwerden zweier in konkreten Fällen vom Insolvenzgericht nicht berücksichtigter Insolvenzverwalter erhalten. Den Hintergrund der Thematik bildet die bei einigen Insolvenzgerichten bestehende Praxis geschlossener Verwalterlisten („closed shops“). Sie ist in der insolvenzrechtlichen Literatur auf heftige Kritik gestoßen. Bemängelt wurde insbesondere die Vereinbarkeit von Verwalterlisten mit den Grundrechten der nicht in den Listen geführten Insolvenzverwalter aus Art. 3 und Art. 12 GG. Darüber hinaus wurde auch die Verfassungsgemäßheit der die Auswahl des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht regelnden Grundnorm des § 56 InsO in Frage gestellt.

Nach den Erkenntnissen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ werden von den Insolvenzgerichten überwiegend Rechtsanwälte, daneben auch Wirtschaftsprüfer, Diplom-Kaufleute und Steuerberater zu Insolvenzverwaltern bestellt. Sie werden häufig aus – bei den Insolvenzgerichten geführten – Listen ausgewählt. Der Charakter dieser Listen ist sehr unterschiedlich: Sie werden teilweise als reine Adressregister, überwiegend als offene Listen, zum Teil aber auch als geschlossene Listen im Sinne eines „closed shop“ geführt. Die Kriterien für die Aufnahme in selektive Listen und für die Auswahl aus einer Liste in einem konkreten Fall sind vielfältig. Im Vordergrund steht die fachliche Qualifikation des Bewerbers – im Allgemeinen bzw. bei der Auswahl für ein konkretes Verfahren im Besonderen.

Die **verfassungsrechtliche Bewertung** ergibt, dass die Verwalterauswahl die Grundrechte der Insolvenzverwalter aus Art. 12 GG (freie Wahl des Arbeitsplatzes) und aus Art. 3 GG (Gleichheitsgrundsatz) berührt. § 56 Abs. 1 InsO genügt als Grundlage für Eingriffe in das Recht auf freie Arbeitsplatzwahl den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Dies gilt ebenso für die Verwendung von offenen Verwalterlisten durch die Insolvenzgerichte. **Weder mit Art. 12 Abs. 1 GG noch mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist jedoch die Vergabe von Insolvenzverwaltungen auf der Grundlage geschlossener Listen.**

Bei der Bestellung des Insolvenzverwalters handelt es sich nicht um einen Justizverwaltungsakt i.S.v. § 23 EGGVG, sondern um Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG, die dem Begriff der öffentlichen Gewalt i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG nicht unterfällt. **Rechtsschutz gegen richterliche Entscheidungen über die Bestellung des Insolvenzverwalters ist daher durch Art. 19 Abs. 4 GG nicht geboten.**

**Aus insolvenzrechtlicher Sicht empfiehlt sich die Festlegung einzelner gesetzlicher Auswahlkriterien nicht.** Sie ist nicht geeignet, dem Ausschluss geeigneter Bewerber um eine Verwaltertätigkeit durch einzelne Gerichte entgegenzuwirken. Auch die **Schaffung eines gesetzlichen Zulassungsverfahrens ist nicht zu befürworten.** Sie ist weder wünschenswert noch zur Beseitigung der im deutschen Insolvenzrecht in Einzelfällen aufgetretenen Probleme geeignet. **Gesetzlich geregelte Listensysteme**, wie sie in den U.S.A. und Frankreich bestehen, **sind ebenfalls nicht empfehlenswert.** Sie sind mit mehreren wesentlichen Grundsätzen des deutschen Insolvenzrechts nicht vereinbar.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hält jedoch eine privatwirtschaftlich organisierte Internet-Verwalterliste, in der sich - wie in Österreich geplant - jeder selbst eintragen kann, für eine wertvolle Informationsquelle und Entscheidungshilfe der Insolvenzgerichte.

Um der Verwendung geschlossener Listen entgegenzuwirken, **schlägt die Arbeitsgruppe vor, in § 56 Abs. 1 InsO klarzustellen, dass die Auswahl des Insolvenzverwalters aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen zu erfolgen hat.**

## 2. Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters

### 2.1 Problemstellung

§ 61 InsO ergänzt die Vorschrift der Verwalterhaftung für schuldhaftes Pflichtverletzungen (§ 60 InsO) in Bezug auf (neue) Massegläubiger, deren aus der Masse nicht erfüllbarer Anspruch durch den Insolvenzverwalter begründet worden ist. Die Vorschrift gilt nicht nur für den Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren, sondern über § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch für den vorläufigen Verwalter, auf den die Verfügungsbefugnis über das Schuldnervermögen übergegangen ist (sog. „starker“ vorläufiger Verwalter), soweit er Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 55 Abs. 2 InsO begründet hat. Das hieraus resultierende Haftungsrisiko besteht insbesondere bei einer Betriebsfortführung, zu der der „starke“ vorläufige Verwalter grundsätzlich nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO verpflichtet ist. Es wird vielfach als Grund für die von den Gerichten - im Gegensatz zur gesetzgeberischen Intention - fast ausschließlich praktizierte Bestellung eines (sog. „schwachen“) vorläufigen Verwalters ohne Verfügungsbefugnis genannt.

Aus Insolvenzverwalterkreisen wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass ein vorläufiger Insolvenzverwalter gerade im Anfangsstadium seiner Tätigkeit nur einen eingeschränkten Überblick über die wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse des schuldnerischen Unternehmens hat (vgl. Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises zur Unternehmensinsolvenz, Oktober 2000, S. 8 ff.). Die Entscheidung, den Geschäftsbetrieb fortzuführen, berge erhebliche Risiken in sich, da Art und Umfang der im Zuge der Fortführung zu begründenden Verbindlichkeiten auf der Grundlage einer Prognose ermittelt werden müssten. Habe der Verwalter eine **gesetzliche Pflichtaufgabe** zu erfüllen, müsse die persönliche Haftung für nicht durch die Masse gedeckte Verbindlichkeiten ausscheiden, soweit nicht strafrechtlich relevante Sachverhalte oder Fälle unerlaubter Handlung vorlägen. § 61 Satz 2 InsO sei daher dahingehend zu ergänzen, dass eine Verpflichtung des Insolvenzverwalters zum Schadensersatz auch dann nicht bestehe, wenn es sich bei den nicht gedeckten Verbindlichkeiten um Verpflichtungen handele, die der Insolvenzverwalter in Erfüllung einer gesetzlichen Pflichtaufgabe eingegangen sei (Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises, a.a.O., S. 9; vgl. ferner die Empfehlungen des Arbeitskreises

der Insolvenzverwalter Deutschland e.V. zu § 61 InsO, NZI 2002, 3 ff., 6 f.). Andere Vorschläge (aus der von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe befragten gerichtlichen Praxis) beinhalten

- die Einführung einer zweiwöchigen Karenzzeit vor Haftungsbeginn, innerhalb derer sich der vorläufige Insolvenzverwalter ein Bild über das Unternehmen machen könne und
- den Beginn der Haftung erst ab Kundgabe des vorläufigen Verwalters, ob er das Unternehmen fortführen werde.

## 2.2 Bewertung

### 2.2.1

Gemäß § 61 Satz 1 InsO begründet die fehlende Erfüllung der vom Verwalter eingegangenen neuen Masseverbindlichkeit die Vermutung eines schuldhaften Pflichtverstoßes. Diese kann von dem Verwalter durch den Nachweis widerlegt werden (§ 61 Satz 2 InsO), dass er bei der Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreichen werde (vgl. Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 61 Rn. 2). Das Wort „voraussichtlich“ ist in diesem Zusammenhang dahingehend auszulegen, dass der Eintritt des Ereignisses (hier der Masseunzulänglichkeit) wahrscheinlicher sein muss als der Nichteintritt (amtliche Begründung: BT-Drucksache 12/2443, S. 129). Tendenziell wird darin eine Haftungsveranschärfung gegenüber der bisherigen Linie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gesehen, die im Übrigen in § 61 InsO übernommen wurde (Vallender, ZIP 1997, 345, 349; Bähr, ZIP 1998, 1553, 1562).

Entlastend wirkt jedoch, dass auch im Rahmen des § 61 InsO zwischen aufgezwungenen und freiwillig eingegangenen Masseverbindlichkeiten differenziert wird. Eine Haftung für Masseverbindlichkeiten, deren Entstehen vom Verwalter nicht beeinflusst werden kann, wird allgemein abgelehnt. Aus diesem Grund soll auch eine Haftung des Verwalters ausgeschlossen sein, wenn ihm die Vornahme bestimmter Handlungen, wie z.B. die Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten, kraft Gesetzes vorgeschrieben werden oder wenn sie für die Verfahrensabwicklung unausweichlich sind und hierdurch Masseverbindlichkeiten begründet werden (vgl. Kübler/Prütting/Lüke,



a.a.O. § 61 Rn 12 und § 60 Rn 37). In diesem Falle ist eine schuldhafte Pflichtverletzung zu verneinen.

Im Rahmen der Haftung des vorläufigen Verwalters ist zusätzlich dessen konkrete Situation zu berücksichtigen. Diese ist durch erheblichen Zeitdruck und - gerade bei Beginn des Amtes - durch unübersichtliche Verhältnisse beim Schuldner gekennzeichnet. Eine zuverlässige Liquiditätsplanung wird häufig nicht möglich sein. Demzufolge wird der vorläufige Verwalter vielfach bei Begründung einer Masseverbindlichkeit nicht in der Lage sein, mit Verlass deren Erfüllbarkeit zu beurteilen. Dies ist im Rahmen von § 61 Satz 2 InsO zu berücksichtigen (Kübler/Prütting/Lüke, a.a.O. § 61 Rn 14).

Zum Teil wird bereits auf dem Boden des geltenden Rechts die Auffassung vertreten, allein die gesetzliche Verpflichtung des vorläufigen Verwalters, das schuldnerische Unternehmen gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO fortzuführen, nehme dem Verwalter jegliche Handlungsalternativen und könne deshalb nicht zu einer Haftung aus § 61 InsO führen (so Kirchhof, ZInsO 1999, 365, 366; Jaffé/Hellert, ZIP 1999, 1204). Dieser Ansicht wird entgegengehalten, allein die Betriebsfortführungspflicht rechtfertige es auch im Eröffnungsverfahren nicht, unerfüllbare Masseverbindlichkeiten einzugehen, da dies zu einer einseitigen Belastung der neuen Massegläubiger führe. Erkenne der vorläufige Verwalter eine derartige Situation, habe er die Zustimmung des Gerichts zur Stilllegung des schuldnerischen Unternehmens einzuholen (Kübler/Prütting/Lüke a.a.O., § 61 Rn 15).

### 2.2.2

**Die geschilderte Haftungsproblematik ist durch die mit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 26.10.2001 eingefügte Bestimmung des § 55 Abs. 3 InsO wesentlich entschärft worden.** Danach werden nach § 55 Abs. 2 InsO begründete Entgeltansprüche der Arbeitnehmer des schuldnerischen Unternehmens im Falle ihres Übergangs auf die Bundesanstalt für Arbeit zu Insolvenzforderungen herabgestuft (vgl. hierzu den Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe S. 115 ff.; Amtliche Begründung BR-Drucksache 14/01, S. 32, 51 ff.).

**Darüber hinaus vermag die Bund-Länder-Arbeitsgruppe derzeit keinen aktuellen gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu erkennen.** Es sollte abgewartet werden, ob verbleibende Haftungsprobleme mit Hilfe des geltenden Rechts gelöst werden können und mit welcher Häufigkeit Haftungsfälle überhaupt auftreten. Vor allem § 61 Satz 2 InsO ermöglicht nach Auffassung der Arbeitsgruppe eine flexible, auf den Einzelfall bezogene Möglichkeit, die Haftung des „starken“ vorläufigen Verwalters hinreichend einzugrenzen.

Von Vertretern des Deutschen Anwaltvereins und des Arbeitskreises der Insolvenzverwalter Deutschland (vgl. NZI 2002, 3 ff., 15) ist auf das Problem einer **strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Insolvenzverwaltern gem. § 266a StGB** (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) hingewiesen worden. Der Bund-Länder-Arbeitsgruppe sind bisher jedoch keine konkreten Fälle bekannt geworden, in denen Insolvenzverwalter wegen einer Straftat gem. § 266a StGB verurteilt worden sind. Eine Relevanz der Problematik in der insolvenzrechtlichen Praxis ist daher nicht erkennbar.

### **3. Masseverwertung und übertragende Sanierung vor dem Berichtstermin**

#### **3.1 Verwertung von nicht mit Absonderungsrechten belasteten Massegegenständen**

##### **3.1.1 Problemstellung und rechtliche Ausgangssituation**

Aus der Praxis wird über Probleme in Bezug auf die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters berichtet, auf den gem. § 22 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist (sog. "starker" Insolvenzverwalter). Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1, 2 InsO ist der „starke“ vorläufige Verwalter befugt und verpflichtet, das Vermögen des Schuldners zu sichern, zu erhalten und das schuldnerische Unternehmen fortzuführen. Die Verwertung von Massegegenständen ist ihm hingegen grundsätzlich verwehrt.

So jedenfalls die ganz überwiegende Meinung: BGH ZIP 2001, 296 ff.; Kirchhof, ZInsO 2001, 1 2 f.; Vallender, DZWIR 1999, 265, 270; Kemper, in: Kübler/Prütting, InsO, § 166 Rn 13; Delhaes, NZI 1998, 102, 104; Lwowski/Tetzlaff, NZI 1999, 395; Uhlenbruck, Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, in: Kölner Schrift, a.a.O., S. 325 ff., 353 (Rn 30)).

Nach den Berichten aus der Praxis kann sich aber in bestimmten Situationen die Notwendigkeit einer Masseverwertung bereits vor der Verfahrenseröffnung ergeben. Dies sei etwa der Fall, wenn Gegenstände aus dem schuldnerischen Vermögen aus saisonalen oder anderen Gründen vor der Verfahrenseröffnung verwertet werden müssten, um überhaupt noch einen angemessenen Gegenwert für diese Gegenstände realisieren zu können.

Ähnliche Probleme ergeben sich auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor dem Berichtstermin, da nach der Systematik der §§ 158, 159 InsO die Verwertung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens grundsätzlich erst nach dem Berichtstermin möglich ist.

### 3.1.2 Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?

Die Beantwortung der Frage nach einem gesetzgeberischen Handlungsbedarf setzt eine Analyse des derzeitigen Handlungsspielraumes des „starken“ vorläufigen Verwalters bzw. des endgültigen Verwalters vor dem Berichtstermin voraus. Insbesondere ist die ihm grundsätzlich nicht mögliche Verwertung von Massegegenständen begrifflich von der Masseverwaltung abzugrenzen. Keineswegs stellt jeder Verkauf von Gegenständen oder jeder Einzug von Forderungen eine Verwertungshandlung dar. Diese Tätigkeiten können vielmehr auch im Rahmen der „Verwaltung, Erhaltung und Fortführung“ des schuldnerischen Vermögens und Unternehmens erfolgen (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1, 2, § 148 Abs. 1 InsO). In solchen Fällen handelt es sich nicht um die Verwertung von Massegegenständen.

Zur Abgrenzung von Verwertung einerseits und Verwaltung, Erhaltung und Fortführung andererseits vgl. Kirchhof, ZInsO 1999, 436; ders. ZInsO 2001, 1, 2 f.; zustimmend Förster, ZInsO 2000, 141; vgl. ferner Mönning in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, § 22 Rn 53 ff.; Schmerbach in: FK-InsO, § 22 Rn 5 ff.

Vielmehr können im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung durchaus auch dinglich wirkende Verfügungen über einzelne Bestandteile des Schuldner- und insbesondere des betrieblichen Umlaufvermögens statthaft sein (Kirchhof a.a.O.). Produzierte Ware kann veräußert und Kaufpreisforderungen können eingezogen werden. Die Grenzen zur unzulässigen Verwertung werden erst dann überschritten, wenn entweder zweifelsfrei mehr Massebestandteile abgegeben werden, als für den Erhalt des Schuldnervermögens als Ganzes nötig wäre, oder wenn solche Gegenstände des Anlagevermögens veräußert werden, die für eine Fortführung des Schuldnerunternehmens wesentlich sind oder werden können (Kirchhof a.a.O.).

Diese Differenzierung ist bei der Beantwortung der Frage nach einem gesetzgeberischen Handlungsbedarf von entscheidender Bedeutung. Es ist zu fragen, ob während der Phase der vorläufigen Insolvenzverwaltung bzw. vor dem Berichtstermin in einer ins Gewicht fallenden Anzahl von Fällen ein Bedürfnis für eine echte Verwertung von Massegegenständen im vorgenannten Sinne besteht.

Ein solches Bedürfnis kann zum Einen bestehen in Fällen der sogenannten „**Notverwertung**“. Hierbei handelt es sich um Situationen, in denen wegen der unmittel-

baren Gefahr einer erheblichen Wertminderung von Massegegenständen, der Unzumutbarkeit ihrer Erhaltung oder der drohenden Verjährung von Forderungen ihr Verkauf bzw. ihr Einzug erforderlich erscheint. Hierunter ist u.a. auch die aus der Praxis berichtete Situation des Wertverfalls von Saisonartikeln zu rechnen.

Auch in diesen Fällen dürfte allerdings zunächst zwischen der Betriebsfortführung einerseits und der Verwertung andererseits zu differenzieren sein. Ein schneller Verkauf von Saisonartikeln oder verderblichen Waren zu Niedrigpreisen kann sich durchaus noch als Tätigkeit im Rahmen der Betriebsfortführung darstellen (vgl. hierzu die Gesetzesbegründung zu § 26 RegE, BT-Drucks. 12/2443, S.116). Anders könnte der vorzeitige Abverkauf von zur Produktion von Saisonartikeln und nur für diese brauchbaren Rohstoffen oder Halbfertigwaren zu beurteilen sein. Soweit es sich hierbei und in den anderen, vorgenannten Fällen um eine „echte“ Verwertungs-tätigkeit handelt, folgt hieraus jedoch noch nicht ihre Unzulässigkeit. Vielmehr wird eine Notverwertung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter allgemein schon nach geltendem Recht für zulässig gehalten (Kirchhof a.a.O.; ders. in: HK-InsO, § 22 Rn 6; Vallender DZWIR 1999, 265, 270; Mönning, a.a.O.). **Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist insofern nicht erkennbar.**

Um einen Fall der über die Notverwertung hinausgehenden Verwertung handelt es sich, wenn wesentliche Teile des Anlagevermögens oder gar der gesamte schuldnerische Betrieb an einen Dritten veräußert werden sollen. Eine solche, eine **übertragende Sanierung** darstellende oder ihr nahe kommende Handlung ist dem vorläufigen Verwalter verwehrt. Ob hinsichtlich dieser Fallgruppe ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, soll eingehend an späterer Stelle erörtert werden (s.u. 3.3).

Weitere Konstellationen, in denen für eine echte Verwertung durch den vorläufigen Verwalter bzw. den endgültigen Verwalter vor dem Berichtstermin ein unabweisbares Bedürfnis besteht, sind aus der insolvenzrechtlichen Praxis bisher nicht in nennenswertem Umfang bekannt geworden.

**Für nicht mit Absonderungsrechten belastete Massegegenstände ist daher ein zwingender gesetzgeberischer Handlungsbedarf in Bezug auf Verwertungs-**

**maßnahmen des vorläufigen Verwalters bzw. des endgültigen Verwalters vor dem Berichtstermin derzeit nicht zu erkennen.**

### **3.2 Verwertung und Nutzung von Massegegenständen, an denen Absonderungsrechte bestehen**

#### **3.2.1 Problemstellung**

Wesentlich schwieriger gestaltet sich die Situation, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen der Betriebsfortführung Massegegenstände nutzen, veräußern oder - im Falle von Forderungen - einziehen will, die mit Sicherungsrechten Dritter belastet sind. Die Frage der Zulässigkeit solcher Handlungen ist in der Praxis von großer Bedeutung, da im Falle insolventer Unternehmen oft große Teile des Betriebsvermögens sicherungsübereignet oder –zediert sind. Bei ihrer Beantwortung sind neben den vorstehenden, allgemeinen Grundsätzen zusätzlich die sicherungsvertraglichen Abreden und das Verhalten des Sicherungsgläubigers zu berücksichtigen (zur strikten Unterscheidung zwischen diesen beiden Ebenen vgl. Kirchhof, ZInsO 2001, 1, 2). Zwar führt allein der Insolvenzeröffnungsantrag noch nicht zu einem automatischen Wegfall einer zwischen Sicherungsnehmer und –geber (Schuldner) vereinbarten Einziehungsbefugnis des Sicherungsgebers (vgl. BGH BB 2000, 2222). Vielfach widerrufen jedoch Sicherungsgläubiger, wenn sie von dem Eröffnungsantrag des Schuldners Kenntnis erhalten, die im Sicherungsvertrag erteilten Einziehungs-, Verarbeitungs- und Weiterveräußerungsermächtigungen. Manche Gläubiger versuchen, zur Sicherheit abgetretene Forderungen nach vorheriger Offenlegung der Abtretung selbst zu realisieren. Insolvenzverwalter berichten, dass während des Eröffnungsverfahrens Forderungen, die Gegenstand einer Globalzession seien, seitens der Banken verstärkt und beschleunigt eingezogen würden. Dabei würden zugleich betroffene verlängerte Eigentumsvorbehalte der Lieferanten nicht immer hinreichend berücksichtigt. Eine Prüfung seitens des vorläufigen Insolvenzverwalters, ob die betreffenden Globalzessionen überhaupt wirksam seien, könne in der Kürze der Zeit nicht hinreichend erfolgen. Später sei es schwierig, die einmal eingezogenen Forderungen wieder „zurückzuholen“. Als Problem wird in diesem Zusammenhang auch empfunden, dass durch den Forderungseinzug eine Kostenbetei-

ligung gem. § 171 InsO umgangen werde, obwohl der vorläufige Insolvenzverwalter zur Feststellung der Rechte und zur Verwaltung der Forderungen oft denselben Arbeitsaufwand habe wie im eröffneten Verfahren.

Nach den Berichten aus der Praxis werden nicht selten auch körperliche, mit Absonderungsrechten belastete Gegenstände von Sicherungsgläubigern entweder in Besitz genommen oder aber ihre Herausgabe vom vorläufigen Insolvenzverwalter verlangt. In anderen Fällen werde zumindest die Nutzung bzw. Weiterveräußerung dieser Gegenstände untersagt.

Die Nutzung, Weiterveräußerung bzw. Einziehung von mit Absonderungsrechten belasteten Gegenständen ist zur Absicherung der im Anfangsstadium des Insolvenzverfahrens anderweitig oft nur schwer darstellbaren Anlaufliquidität und zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens in zahlreichen Fällen von erheblicher Bedeutung. Die Erhaltung der Insolvenzmasse nach Stellung des Eröffnungsantrages und die Wahrung vorhandener Chancen einer Sanierung und Reorganisation des schuldnerischen Unternehmens können gefährdet werden, wenn schon im Eröffnungsverfahren ein erheblicher Teil der Massegegenstände nicht mehr genutzt bzw. im Falle von Forderungen eingezogen werden kann.

### **3.2.2 Derzeitige Rechtslage und -diskussion**

Die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters in Bezug auf Massegegenstände, die mit Absonderungsrechten belastet sind, werden von der Insolvenzordnung nicht ausdrücklich geregelt. In diesem Bereich werden wichtige Fragen von der Rechtsprechung und vor allem der Literatur streitig diskutiert:

Streitig ist zunächst, ob dem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter ohne gerichtliche Anordnung ein Besitz-, Nutzungs- und Verwertungsrecht an zur Masse gehörendem Sicherungsgut auch dann noch zuzubilligen ist, wenn nach dem Inhalt des Sicherungsvertrages dieses Recht dem Schuldner – etwa in Folge eines wirksamen Widerrufs der entsprechenden Befugnis durch den Sicherungsgläubiger - nicht mehr zusteht.

Zum Teil wird ein solches Besitz-, Nutzungsrecht und Verwertungsrecht des vorläufigen Verwalters aus seiner Sicherungs-, Fortführungs- und Vorbereitungspflicht gefolgt.

Mönning in: Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn 145 ff.; Pape in: Kübler/Prütting, InsO, § 22 Rn 26; Eckhardt, ZIP 1999, 1734, 1738; Gerhardt in: Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrechts: 50 Jahre Kölner Arbeitskreis, S. 127, 140 f.; Schlegel, DZWIR 2000, 94, 95, 98; so wohl auch Schmerbach in: FK-InsO, § 22 Rn 13: Besitz- und Nutzungsrecht.

Das Besitzrecht kann nach dieser Auffassung gegenüber dem Sicherungsnehmer auf Grund des Anordnungs- und Bestellungsbeschlusses des Insolvenzgerichts (§ 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO i.V.m. § 148 InsO analog) bzw. bei vorhergehender verbotener Eigenmacht des Sicherungsgläubigers im Wege der einstweiligen (Leistungs-) Verfügung auf der Grundlage eines Anspruches gem. § 861 BGB durchgesetzt werden (Eckhardt, ZIP 1999, 1734, 1737, 1743 f. m.w.N.).

Nach anderer Auffassung stützt die bloße Verwaltungs- und Unternehmensfortführungsbefugnis des vorläufigen Verwalters allein nicht einen Eingriff in Drittrechte.

Kirchhof, ZInsO, 1999, 436, 437

Ein Absonderungsberechtigter kann danach grundsätzlich nach Maßgabe des Sicherungsvertrages vom Insolvenzverwalter die Herausgabe des Sicherungsgutes verlangen bzw. nach eigener Inbesitznahme des Sicherungsgutes dessen Herausgabe verweigern.

Unstreitig ist dagegen, dass das Insolvenzgericht im Wege der Anordnung im Einzelfall gem. § 21 Abs. 1 InsO dem Schuldner die freiwillige Herausgabe von körperlichen Sicherungsgegenständen verbieten und eine durch den Absonderungsberechtigten erzwungene Herausgabe mittels eines gerichtlichen Vollstreckungsverbotes gem. § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO verhindern kann.

Vgl. die Begründung zu § 25 RegE InsO (= § 21 InsO; Text bei Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, § 21 InsO):

„Die einstweilige Einstellung einer bereits anhängigen Zwangsvollstreckung kann auch insoweit geboten sein, als es um den Zugriff eines absonderungsberechtigten Gläubigers auf Gegenstände geht, an denen das Absonderungsrecht besteht; denn das Ziel einer möglichst effektiven Verfahrensgestaltung wird es häufig erfordern, ein vorzeitiges Auseinanderreißen der einzelnen Vermögensgegenstände des Schuldners zu verhindern.“



Vgl. ferner Pape in: Kübler/Prütting, InsO, § 21 Rn 18; Kirchhof, ZInsO 2001, 1, 3; Lwowski/Tetzlaff, NZI 1999, 395, 396 m.w.N.; Gerhardt, Verfügungsbeschränkungen in der Eröffnungsphase und nach Verfahrenseröffnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, a.a.O., S. 193ff., 201 (Rn 18); Eckhardt, ZIP 1999, 1734, 1738 m.w.N.; Schlegel, DZWIR 2000, 94, 96.

Dabei ist im Rahmen eines gerichtlichen Vollstreckungsverbotes nach überwiegender Auffassung zumindest im Falle des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters die ausdrückliche Erwähnung der Vollstreckung von Absonderungsrechten entbehrlich (vgl. hierzu Eckhardt, a.a.O., m.w.N.).

Streitig ist dagegen, ob auch die Forderungseinziehung durch den Sicherungsnehmer seitens des Insolvenzgerichtes gem. § 21 Abs. 1 InsO untersagt werden kann.

Bejahend: KG, ZInsO, 1999, 716, 717; BayObLG, ZInsO 2002, 754; LG Berlin, ZInsO 1999, 355, 356. Verneinend: Foltis, ZInsO 1999, 386, 390.

Geht man von einer solchen Befugnis des Insolvenzgerichts gem. § 21 Abs. 1 InsO aus, könnte sich für den Drittschuldner die Notwendigkeit ergeben, den geschuldeten Betrag entsprechend § 372 BGB wegen Ungewissheit über die Person des Gläubigers befreiend zu hinterlegen. Allerdings ist fraglich, ob einem Verbot der Ausübung eines dem Sicherungsnehmer grundsätzlich vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch zustehenden Einziehungsrechtes zugleich auch die Wirkung eines entsprechenden Erfüllungsverbotes gegenüber dem Drittschuldner zukommt (zu dieser Differenzierung vgl. Kirchhof, ZInsO 2001, 1, 4). Nur wenn dies zu bejahen ist oder vom Insolvenzgericht ausdrücklich angeordnet wird, ergibt sich die zwingende Notwendigkeit einer Hinterlegung.

Kann das Insolvenzgericht dem Sicherungsnehmer die Einziehung der Forderung untersagen, so stellt sich die weiter gehende Frage, ob der vorläufige Insolvenzverwalter die Forderung selbst einziehen kann. Die Vorschrift des § 166 InsO ist in derartigen Situationen - jedenfalls nach geltendem Recht - nicht einschlägig, da sie nach ganz überwiegender Meinung nur im eröffneten Verfahren gilt.

Vgl. die Nachweise unter 3.1.1; vgl. ferner Kirchhof, ZInsO, 1999, 436, 437; ders., ZInsO 2001, 1, 3; Eckhardt, ZIP 1999, 1734, 1735.

Teilweise wird jedoch vertreten, das Insolvenzgericht könne durch einen Beschluss gem. § 21 Abs. 1 InsO den vorläufigen Insolvenzverwalter zur Einziehung der Forderung ermächtigen.

So AG Duisburg, NZI 1999, 421; Mitlehner, ZIP 2001, 677, 679; a.A.: Lwowski/Tetzlaff, NZI 1999, 395, 397.

### 3.2.3 Lösungsvorschläge

Die Bedeutung der Frage der Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters in Bezug auf zur Masse gehörendes Sicherungsgut für das Insolvenzverfahren, das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung in der Insolvenzordnung zu dieser Frage und die daraus resultierenden unterschiedlichen Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur lassen einen **gesetzgeberischen Handlungsbedarf** vermuten.

**Lösungsvorschläge sollten von Funktion und Charakter des Eröffnungsverfahrens und der vorläufigen Insolvenzverwaltung ausgehen.** Schon die Begrifflichkeit des Gesetzes weist auf den vorübergehenden Charakter der „vorläufigen“ Insolvenzverwaltung hin. Die Bestellung des vorläufigen Verwalters erfolgt gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO als „Sicherungsmaßnahme“. Dementsprechend hat der vorläufige Verwalter, auf den die Verfügungsbefugnis übergegangen ist, das Vermögen des Schuldners zu „sichern“ und zu „erhalten“, § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO. Dies ist der Hintergrund, vor dem er ein vom Schuldner betriebenes Unternehmen fortzuführen hat, § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO. Die Vorläufigkeit einerseits und die Sicherungsfunktion andererseits prägen somit den Charakter der vorläufigen Insolvenzverwaltung und des Eröffnungsverfahrens. Hieraus lassen sich folgende wesentliche Aussagen ableiten:

#### 3.2.3.1

Handlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters, die die Rechte von Sicherungnehmern nicht nur „vorläufig“, sondern endgültig berühren bzw. verändern, widersprechen der vorläufigen Natur des Eröffnungsverfahrens und überschreiten die Grenzen der „Sicherung“. Die Verwertung von Sicherungsgut, sei es die Veräußerung und Verarbeitung von körperlichen Gegenständen, sei es der Einzug von abgetretenen Forderungen, stellt einen solchen endgültigen, nicht mehr revidierbaren

Eingriff in die Rechte der Sicherungsgläubiger dar. Es spricht daher vieles dafür, dass dieser Eingriff allein dem eröffneten, „endgültigen“ Insolvenzverfahren zugeordnet bleiben sollte (§§ 166 ff. InsO). Die insbesondere aus Kreisen der Insolvenzverwalter erhobene **Forderung nach einer unmittelbaren Anwendung der §§ 166 ff. InsO im Eröffnungsverfahrens** und der vorläufigen Insolvenzverwaltung **greift** demgegenüber **zu weit**. Durch eine solche Regelung würden die wesentlichen Wirkungen des eröffneten Verfahrens in das Stadium des Eröffnungsverfahrens vorverlagert. Es entsteht eine Art „Insolvenzverfahren vor dem Insolvenzverfahren“, das wesentliche Funktionen des eröffneten Verfahrens vorwegnimmt. Da aber das Vorliegen eines Insolvenzgrundes und die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht feststehen, fehlt derart weit reichenden Eingriffen in Gläubiger- und Schuldnerrechte eine hinreichende Legitimationsgrundlage. Zudem würden die inhaltlichen Grenzen zwischen Eröffnungsverfahren und eröffnetem Verfahren in kaum vertretbarer Weise verwischt.

Auch die von Eckhardt (ZIP 1999, 1724 ff.) **vorgeschlagene Neubelebung des § 199 des Regierungsentwurfes zur Insolvenzordnung und seine gleichzeitige Ausdehnung auf das Eröffnungsverfahren dürfte aus den vorgenannten Gründen zu weit gehen**. Die vorgenannte Vorschrift lautet wie folgt (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages vom 18.04.1994, BT-Drs. 12/7302, S.74/75):

„§ 199  
Überlassung beweglicher Gegenstände

(1) Wird eine bewegliche Sache, an der ein Absonderungsrecht besteht und die sich nicht im Besitz des Insolvenzverwalters befindet, für die Geschäftsführung des Verwalters benötigt, so ordnet das Insolvenzgericht auf Antrag des Verwalters und nach Anhörung des Gläubigers an, dass die Sache dem Verwalter zu übergeben ist. Wird ein Recht, an dem ein Absonderungsrecht besteht, für die Geschäftsführung des Verwalters benötigt, so ordnet das Gericht auf Antrag des Verwalters und nach Anhörung des Gläubigers an, dass der Verwalter das Recht für die Insolvenzmasse nutzen darf. Gegen die Entscheidung des Gerichts nach Satz 1 und 2 steht dem Gläubiger und dem Verwalter die sofortige Beschwerde zu.

(2) Der Verwalter ist berechtigt, den Gegenstand zu verwerten. Die §§ 192 bis 198 gelten entsprechend. Kosten der Feststellung werden nicht erhoben.“

Auch diese, ursprünglich ausschließlich für das eröffnete Verfahren gedachte Regelung hat bei ihrer Anwendung im Eröffnungsverfahren eine Vorverlagerung wesentlicher Funktionen des eröffneten Verfahrens zur Folge. Da die Frage, wann eine bewegliche Sache oder ein Recht „für die Geschäftsführung des Verwalters“ benötigt

wird, sehr auslegungsfähig ist, käme zumindest die in § 199 RegE geregelte Verwertungskompetenz einer Anwendung der §§ 166 ff. InsO im Eröffnungsverfahren sehr nahe. Letztere empfiehlt sich jedoch aus den vorstehenden Gründen nicht.

Es ist nicht zu verkennen, dass die Verweigerung der Verwertungskompetenz in manchen Fällen die Fortführung des Unternehmens blockieren kann, weil die erforderliche Anfangsliquidität, die durch den Forderungseinzug sicher gestellt werden könnte, fehlt oder weil sicherungsübereignete Waren nicht weiterverarbeitet bzw. weiterveräußert werden können. Es erscheint jedoch nur schwer vertretbar, dem Sicherungsgeber (Schuldner) allein in Folge der Stellung eines Insolvenzantrages und der Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung mehr Rechte einzuräumen als ihm auf Grund der Abreden des wirksamen Sicherungsvertrages und ohne Stellung eines Insolvenzantrages zustehen würden. Eine rechtsgestaltende Wirkung dieser Qualität sollte nur von einem endgültigen Insolvenzverfahren, nicht aber von einem reinen Eröffnungsverfahren ausgehen.

Zu bedenken ist ferner, dass auch nach Eröffnung des Verfahrens der Insolvenzverwalter die aus der Verwertung von Sicherungsgut erzielten Erlöse nicht uneingeschränkt für die Fortführung des Betriebes einsetzen darf. Eine gesetzliche Fortschreibung der durch den Sicherungsvertrag begründeten, zwischenzeitlich aber beendeten Befugnisse des Schuldners in Bezug auf das Sicherungsgut wird auch durch die Verfahrenseröffnung nicht bewirkt. Vielmehr ist der aus der Verwertung des Sicherungsgutes erzielte Erlös grundsätzlich an den Sicherungsnehmer auszukehren, § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO. Lediglich die Kostenbeiträge gem. § 171 InsO (9% des Erlöses) stehen der Masse zur Verfügung. **Selbst bei einer entsprechenden Anwendung der §§ 166 ff. InsO im Eröffnungsverfahren könnte somit durch Verwertung von Sicherungsgut „Anfangsliquidität“ nur begrenzt hergestellt werden.**

Nicht außer Acht gelassen werden darf schließlich auch die Möglichkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters, auf der Basis individueller Vereinbarungen mit den Sicherungsgläubigern die Verwertung von Sicherungsgut vorzunehmen. Viele Sicherungsnehmer werden an einer raschen und leichten Verwertung durch den Insolvenzverwalter jedenfalls dann interessiert sein, wenn ihnen selbst die Verwertung des Sicherungsgutes nicht oder nur schwer möglich ist. Hier besteht in Bezug auf die Kosten-

beiträge der Sicherungsnehmer ein Verhandlungs- und Einigungsspielraum, bei dessen geschickter Nutzung der vorläufige Insolvenzverwalter die Zustimmung der Sicherungsgläubiger zur Verwertung des Sicherungsgutes aushandeln kann.

### 3.2.3.2

Andererseits schafft auch die Verwertung von Sicherungsgut durch den Sicherungsgläubiger endgültige Tatsachen. Ihre Zulässigkeit eröffnet die Möglichkeit, die Regelungen der §§ 166 ff. InsO und insbesondere die dort bestimmten Kostenbeiträge durch eine Verwertung noch vor Eröffnung des Verfahrens zu unterlaufen. Damit wird nicht nur die durch diese Kostenbeiträge bewirkte Masseanreicherung verhindert. Unterminiert wird vielmehr auch die von dem neuen Insolvenzrecht grundsätzlich angestrebte Einbeziehung von Sicherungsgläubigern in das Insolvenzverfahren. An der Herausgabe wichtiger, sicherungsübereigneter Betriebsmittel an den Sicherungsnehmer (z.B. einer für die Produktion notwendigen Maschine) kann in manchen Fällen ferner die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens scheitern. Schließlich erschwert die schnelle Verwertung von Sicherungsgut durch den Sicherungsnehmer dem Insolvenzverwalter auch die Prüfung der Wirksamkeit der sicherungsvertraglichen Abreden.

Diese Folgen einer Verwertungskompetenz des Sicherungsnehmers widersprechen der Sicherungsfunktion der vorläufigen Insolvenzverwaltung und dem vorläufigen Charakter des Eröffnungsverfahrens. Sie haben ebenfalls endgültige und irreversible Auswirkungen auf das eröffnete Insolvenzverfahren. Um dessen Chancen nicht bereits vor seiner Eröffnung erheblich zu reduzieren, **schlägt die Bund-Länder-Arbeitsgruppe vor, in § 21 Abs. 2 InsO weitere sichernde Maßnahmen des Insolvenzgerichts während des Eröffnungsverfahrens zu ermöglichen und – in Anbetracht der in Rechtsprechung und Literatur bestehenden, derzeitigen Meinungsunterschiede – gesetzlich ausdrücklich zuzulassen.** In Betracht gezogen werden sollten, neben der im Einzelfall erfolgenden, gerichtlichen Anordnung

- eines Herausgabeverbotes gegenüber dem Schuldner und
- eines Vollstreckungsverbotes gegenüber dem Sicherungsgläubiger,

insbesondere die gerichtliche Anordnung

- eines Verwertungs- und Einziehungsverbotes gegenüber Sicherungsgläubigern
- und einer Nutzungsbefugnis des vorläufigen Insolvenzverwalters an einzelnen wichtigen, sicherungsübereigneten Betriebsmitteln, soweit ihre Ausübung nicht zu einem endgültigen Verlust (Verbrauch) der Betriebsmittel führt.

**Ein generelles gesetzliches Verwertungsverbot für Sicherungsnehmer während des Eröffnungsverfahrens erscheint dagegen wenig sinnvoll**, da es zu unflexibel ist und für die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles nicht genügend Spielraum lässt.

Das vorstehende Modell gewährleistet die Sicherungsfunktion der vorläufigen Insolvenzverwaltung und wahrt zugleich den vorläufigen Charakter des Eröffnungsverfahrens. Es bietet den Vorteil, dass der vorläufige bzw. später der endgültige Insolvenzverwalter hinreichend die Wirksamkeit von Globalzessionen und anderen Sicherungsabreden prüfen kann. Wichtige, für die Unternehmensfortführung bedeutsame Betriebsmittel können vorübergehend weiter genutzt werden. Die Verwertung abgetretener Forderungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt durch die Kostenbeiträge gem. § 171 InsO zur Anreicherung der Masse. Die Sicherungsgläubiger bleiben in das Insolvenzverfahren einbezogen.

Einzelfallanordnungen der vorgenannten Art könnten grundsätzlich sowohl im Rahmen einer „starken“ als auch im Rahmen einer „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwaltung erfolgen.

### **3.2.3.3**

Von den **Drittschuldnern** während des Eröffnungsverfahrens **aus eigener Initiative gezahlte Beträge** dürfen nach dem vorstehenden Lösungsvorschlag im Falle eines gerichtlich angeordneten Verwertungsverbotes weder dem Vermögen des Sicherungsgläubigers zufließen noch vom vorläufigen Insolvenzverwalter zur Betriebsfortführung genutzt werden (wenn zwischen Sicherungsnehmer und vorläufigem Insolvenzverwalter keine anderweitige Abrede getroffen wird). Sie wären vielmehr von den Drittschuldnern zu hinterlegen. Die Hinterlegung könnte auf ein vom vorläufigen Insolvenzverwalter einzurichtendes Treuhandkonto erfolgen. Ein Problem entsteht

allerdings, wenn der Drittschuldner an den Sicherungsnehmer zahlt, dem durch Gerichtsbeschluss die Einziehung und Verwertung der abgetretenen Forderung verboten worden ist. Die **Durchsetzung des Einziehungs- und Verwertungsverbotes bedarf hier einer ähnlichen Regelung wie im Falle eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses**. Durch den Beschluss, in dem das Einziehungs- und Verwertungsverbot ausgesprochen wird, ist dem Drittschuldner gleichzeitig die Zahlung an den Sicherungsnehmer zu verbieten. Der Beschluss ist ihm daher auch individuell zuzustellen. Insgesamt müsste eine Regelung ähnlich wie in § 829 ZPO erfolgen.

In Bezug auf die seitens des Drittschuldners an den Insolvenzverwalter vor Eröffnung des Verfahrens gezahlten Beträge ist ferner eine **eigenständige Kostenregelung erforderlich**. Die §§ 166 ff. InsO sind schon deshalb nicht einschlägig, weil im Falle der unaufgeforderten Zahlung eines Drittschuldners nicht eine „Verwertung“ der Forderung durch den Insolvenzverwalter vorliegt. Dementsprechend kann von dem an den Sicherungsnehmer auszuzahlenden Betrag auch kein Abzug von Verwertungskosten erfolgen. Denkbar ist jedoch ein Abzug in Höhe von 4 % der Forderung für Feststellungskosten.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens könnten die hinterlegten Beträge an die Sicherungsgläubiger verteilt werden, wobei in Anbetracht der vor der Eröffnung liegenden Zahlung hinsichtlich etwaiger Kostenbeiträge der Sicherungsgläubiger verschiedene Lösungen denkbar sind (z.B. ein im Verhältnis zu § 171 InsO reduzierter Kostenbeitrag).

#### 3.2.3.4

Zu beantworten ist schließlich die Frage, ob einem **vorläufigen Insolvenzverwalter (generell oder auf Grund gerichtlicher Anordnung) die Befugnis zustehen soll, die Herausgabe von solchen körperlichen Sicherungsgegenständen zu verlangen**, die von Sicherungsnehmern **vor seiner Bestellung aus dem Unternehmen des Schuldners abgeholt und in ihren Besitz verbracht worden sind**. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass der Zeitraum zwischen Insolvenzantragstellung (die dem Sicherungsgläubiger nicht zwingend sofort bekannt werden muss) und Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters in der Regel sehr kurz ist. Dehnt man hingegen eine Herausgabepflicht auch auf Sicherungsgut aus, das - in Folge einer wirksamen

Beendigung des schuldnerischen Besitzrechtes - noch vor Antragstellung in den Besitz des Sicherungsgläubigers gelangt ist, so hätte dies einen weit reichenden, kaum vertretbaren Eingriff in die Rechtsposition des Sicherungsgläubigers zur Folge. Zudem bräuchte die Frage, ab welchem Zeitpunkt vor Antragstellung die Besitzverschaffung durch den Sicherungsgläubiger erfolgt sein muss, um nach Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters eine Herausgabepflicht auszulösen, kaum überwindbare Abgrenzungsprobleme mit sich.

Letztlich ist es Sache des Schuldners, den Schutz des Insolvenzverfahrens und der vorläufigen Insolvenzverwaltung rechtzeitig zu suchen und mit Hilfe der vorgenannten gerichtlichen Anordnungen den Abtransport wichtiger, zur Fortführung des Unternehmens benötigter Güter durch Sicherungsgläubiger zu verhindern.

### **3.3 Übertragende Sanierung**

#### **3.3.1 Problemstellung und rechtliche Ausgangssituation**

Aus der Praxis - auch von Vertretern des Deutschen Anwaltvereins - wird die Forderung erhoben, bereits dem vorläufigen Insolvenzverwalter, zumindest aber dem endgültigen Insolvenzverwalter vor dem Berichtstermin die Möglichkeit einzuräumen, das Unternehmen des Schuldners im Wege einer übertragenden Sanierung zu veräußern (vgl. die Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises von Oktober 2000, S. 10 f.). Von einer solchen Sanierung spricht man, wenn ein Unternehmen oder ein Betriebskern von allen Verbindlichkeiten entlastet auf einen neuen Unternehmensträger übertragen wird (Jaffé in: FK-InsO, § 220 Rn 28; vgl. auch Prütting in: Kübler/Prütting, InsO, § 5 Rn 67 f.; Wellensiek, NZI 2002, 233 ff.). Ihr steht während der vorläufigen Insolvenzverwaltung § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO entgegen, wonach der vorläufige Insolvenzverwalter das schuldnerische Unternehmen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen hat. Nach Eröffnung des Verfahrens erlaubt § 159 InsO eine Verwertung der Insolvenzmasse und damit auch eine übertragende Sanierung erst nach dem Berichtstermin. Bis zur Zulässigkeit einer übertragenden Sanierung können somit, gerechnet ab der Antragstellung, mehrere Monate verstreichen (zur zeitlichen Lage des Berichtstermins nach der Eröffnung des Verfah-



rens vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO: bis zu drei Monate). Ein durchschnittlicher Zeitraum von 4 – 6 Monaten dürfte insofern, je nach Länge der vorläufigen Insolvenzverwaltung, nicht unrealistisch sein. Nach den Ergebnissen einer von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe durchgeführten Befragung der gerichtlichen Praxis zur durchschnittlichen Länge der Eröffnungsverfahren liegt diese im Bundesdurchschnitt bei knapp drei Monaten.

Gerade in der Phase unmittelbar nach Eintritt des Insolvenzereignisses bestehen aber in manchen Fällen besonders günstige Chancen einer übertragenden Sanierung des Unternehmens (vgl. hierzu u.a. Marotzke, Das Unternehmen in der Insolvenz, Neuwied/Kriftel 2000, Rn 44 ff. m.w.N.). Zu diesem Zeitpunkt ist das schuldnerische Unternehmen häufig noch am Markt tätig und bekannt. Nicht selten melden sich daher gerade in der Phase der vorläufigen Insolvenzverwaltung Unternehmen, die an einer Übernahme des schuldnerischen Unternehmens interessiert sind. Zu einem späteren Zeitpunkt, zu dem sich die Krise des schuldnerischen Unternehmens intensiviert und bereits ein allgemeiner Vertrauensverlust der Geschäftspartner eingetreten sein kann, nehmen die ursprünglichen Interessenten möglicherweise von ihren Erwerbsabsichten und -angeboten Abstand. Das schuldnerische Unternehmen kann dann nur noch im Wege der Zerschlagung verwertet werden. Der dabei zu erzielende Zerschlagungswert wird in der Regel erheblich niedriger sein als der Veräußerungserlös, der im Rahmen einer übertragenden Sanierung zu einem früheren Zeitpunkt zu realisieren gewesen wäre. Die übertragende Sanierung zu einem frühen Zeitpunkt kann daher im Einzelfall durchaus sinnvoll und im Interesse aller Beteiligten sein.

### **3.3.2 Lösungsalternativen**

Eine übertragende Sanierung des schuldnerischen Unternehmens hat einen erheblichen Eingriff in die Rechte des Schuldners zur Folge. Erfolgt sie vor der Verfahrenseröffnung, so nimmt sie dem Schuldner endgültig die Möglichkeit der Fortführung seines Unternehmens zu einem Zeitpunkt, in dem noch nicht einmal das Vorliegen eines Insolvenzgrundes feststeht. Auch wird dem Schuldner die Aufstellung und Vorlage eines Insolvenzplanes und damit das Aufzeigen alternativer Wege der Sa-

nierung und aus der Insolvenz unmöglich gemacht. Eine übertragende Sanierung noch während des Eröffnungsverfahrens ist daher nur denkbar, wenn vor einer diesbezüglichen Entscheidung die Rechte des Schuldners wirksam und in ausreichender Weise gewahrt werden.

Dies könnte zum Einen dadurch realisiert werden, dass eine übertragende Sanierung während des Eröffnungsverfahrens an die Zustimmung des Schuldners gebunden wird (so Marotzke, a.a.O., Rn 47 m.w.N.). Eine Zustimmungsentscheidung des Insolvenzgerichts könnte in einem solchen Fall auf die Feststellung des Vorliegens weniger, leicht zu ermittelnder formaler Kriterien begrenzt werden.

Alternativ könnten die Schuldnerinteressen auch unmittelbar in eine gerichtliche Zustimmungsentscheidung einbezogen werden. Ein solches Verfahren dürfte sich allerdings als inhaltlich und zeitlich recht aufwendig erweisen, da es dem Schuldner ein Mindestmaß an Anhörungs- und sonstigen Verfahrensrechten garantieren und darüber hinaus eine sorgfältige Abwägung mit entgegen stehenden Gläubigerinteressen beinhalten müsste.

Zur Wahrung der durch eine übertragende Sanierung ebenfalls erheblich betroffenen Gläubigerrechte wäre zudem sicherzustellen, dass innerhalb der Gläubigerschaft eine hinreichende Willensbildung erfolgen kann. Dies könnte durch einen seitens des Insolvenzgerichts einzusetzenden vorläufigen Gläubigerausschuss geschehen.

Unklar ist, ob die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses schon nach der derzeitigen Rechtslage möglich ist. Bejahend: AG Köln, NZI 2000, 1350; Delhaes in: Nerlich/Römermann, InsO, § 67 Rn 4 m.w.N.; Kübler/ Prütting/Kübler, InsO, § 67 Rn 11; Verneinend: Uhlenbruck, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, a.a.O., S. 325 ff., 336 f. (Rn 12); ausführlich Marotzke, a.a.O., Rn 67 ff. m.w.N., der weder eine Zustimmung eines Gläubigerorgans noch des Insolvenzgerichts für erforderlich hält.

Eine Regelung, die eine übertragende Sanierung von der Zustimmung eines vorläufigen Gläubigerausschusses, des Schuldners und/oder des Gerichts abhängig macht, stellt sicher, dass alle betroffenen Interessen hinreichend berücksichtigt werden. Die Zustimmung sowohl des Schuldners als auch eines vorläufigen Gläubigerausschusses dürfte allerdings nur in einer eher geringen Anzahl von Fällen unproblematisch zu erlangen sein. Im Regelfall wird sie, wenn überhaupt, nur nach einem erheblichen Erklärungs-, Vermittlungs- und Zeitaufwand des vorläufigen Insolvenzverwalters zu erzielen sein. Die hierdurch bedingte Verzögerung und Verkomplizie-

rung des Eröffnungsverfahrens ist im Hinblick auf das Ziel einer möglichst zügigen Eröffnungsentscheidung kontraproduktiv. Sie führt zudem zu einer Verlagerung von Verfahrensabschnitten und Entscheidungen, die eigentlich dem eröffneten Verfahren vorbehalten sind. Es entstünde erneut eine Art „Insolvenzverfahren vor dem Insolvenzverfahren“, das wesentliche Funktionen des eröffneten Verfahrens vorwegnimmt. Eine solche Belastung des Eröffnungsverfahrens erscheint nicht wünschenswert und ist mit der Struktur des Insolvenzrechts kaum vereinbar. Danach sind die wesentlichen und richtungsweisenden Entscheidungen dem durchstrukturierten und auf gesicherten Erkenntnissen basierenden, eröffneten Insolvenzverfahren vorbehalten und nicht einem vorläufigen, wenig strukturierten Verfahrensstadium wie dem des Eröffnungsverfahrens, in dem der Insolvenzgrund und die näheren Umstände der Insolvenz erst noch ermittelt werden müssen bzw. nur auf einer vorläufigen Datenbasis beurteilt werden können.

Nichts anderes gilt, wenn man eine übertragende Sanierung als Stilllegung im Sinne von § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO auffasst.

So Schmerbach in: FK-InsO, § 22 Rn 25, 27 m.w.N.; Kirchhof in: HK-InsO, § 22 Rn 11 f. m.w.N.. In Anbetracht der Reichweite einer solchen Art von „Stilllegung“ wäre ggfs. eine gesetzliche Klarstellung sinnvoll, wenn eine übertragende Sanierung tatsächlich von diesem Begriff umfasst werden soll. Kritisch zu einer analogen Anwendung von § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO auf Unternehmensveräußerungen: Marotzke, a.a.O., Rn 89 ff.

Im Rahmen der gem. § 22 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO erforderlichen gerichtlichen Zustimmungsentscheidung sind die durch eine solche Stilllegung in erheblichem Umfang betroffenen Gläubiger- und Schuldnerinteressen angemessen zu berücksichtigen. Insbesondere ist die Anhörung des Schuldners und die Beteiligung eines etwaigen vorläufigen Gläubigerausschusses erforderlich (Kirchhof, a.a.O.; Schmerbach, a.a.O.). Es wäre zu überlegen, ob in diesem Fall die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (oder alternativ die – sehr aufwendige - Einberufung einer Gläubigerversammlung) nicht sogar obligatorisch ausgestaltet werden müsste, um eine hinreichende Beteiligung der Gläubiger – auch im Hinblick auf die im eröffneten Verfahren geltende Bestimmung des § 160 Abs. 1, 2 Nr. 1 InsO - zu gewährleisten. Ein derartiger Verfahrensablauf zur Herbeiführung einer die übertragende Sanierung umfassenden Stilllegungsentscheidung dürfte nicht weniger aufwendig sein und im Hinblick auf die Eröffnungsentscheidung verzögernd wirken als eine ei-

genständige Regelung zur Ermöglichung einer übertragenden Sanierung während des Eröffnungsverfahrens. Ihr stehen dieselben Bedenken entgegen.

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe spricht somit vieles gegen die Zulassung einer übertragenden Sanierung noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.**

Die Zielrichtung einer möglichst zügigen Verfahrenseröffnung sollte bei der Frage der Zulässigkeit der übertragenden Sanierung eine entscheidende Rolle spielen. Dabei ist zu bedenken, dass im Falle einer zügigen Verfahrenseröffnung der Gefahr einer Verringerung der Chancen einer übertragenden Sanierung durch Zeitablauf (s.o.) entgegen gewirkt werden kann. **Das Augenmerk sollte mithin eher darauf gerichtet sein, das Eröffnungsverfahren zu beschleunigen und zu einem zügigen Abschluss zu bringen als es durch die Vorverlagerung aufwendiger Verfahrensabschnitte und Entscheidungen anzufüllen und zu verlängern.**

In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass bei einer übertragenden Sanierung dem Angebot des Erwerbsinteressenten oft eine „due diligence“ – Prüfung zugrunde liegt, das schuldenrische Unternehmen und seine wirtschaftliche Lage also bereits umfangreich analysiert worden sind. In derartigen Fällen steht einer zügigen Eröffnung des Verfahrens und einer anschließenden übertragenden Sanierung im eröffneten Verfahren nichts entgegen.

Ein weiteres Abwarten von bis zu drei Monaten (vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO) bis zum Berichtstermin könnte sich im Hinblick auf die Chancen einer Sanierung durch Übertragung allerdings negativ auswirken. Ein ernsthafter Kaufinteressent wird in vielen Fällen die Verfahrenseröffnung abwarten können, nicht aber weitere wertvolle Wochen, innerhalb derer das insolvente Unternehmen nicht mehr am Markt tätig ist und möglicherweise die wichtigsten Arbeitnehmer den Betrieb in Anbetracht der ungewissen Zukunft in Folge einer Eigenkündigung bereits verlassen haben.

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe sollte daher die Zulassung einer übertragenden Sanierung nach Verfahrenseröffnung, aber vor dem Berichtstermin zugelassen werden.**

Viele der vorstehend dargestellten Probleme entstehen bei einer übertragenden Sanierung nach Eröffnung des Verfahrens nicht. So steht in Folge der Eröffnungsentcheidung das Vorliegen eines Insolvenzgrundes fest. Der mit einer übertragenden Sanierung verbundene Eingriff in die Rechte des Schuldners hat deshalb eine ganz andere und solidere Legitimationsgrundlage als im Falle der übertragenden Sanierung noch während des Eröffnungsverfahrens. Das Insolvenzgericht hat zudem, wenn sich die Chance einer übertragenden Sanierung abzeichnet, die Möglichkeit, ohne besonderen Verfahrensaufwand und gleichzeitig mit dem Eröffnungsbeschluss einen Gläubigerausschuss einzusetzen, der die betroffenen Gläubigerrechte wahren kann, § 67 Abs. 1 InsO. Auch dürften die Chancen einer anderweitigen Sanierung zu diesem Zeitpunkt bereits umfassender ausgelotet sein als während des Eröffnungsverfahrens. Schließlich kann die Zeit des Eröffnungsverfahrens sinnvoll genutzt werden, um die übertragende Sanierung vorzubereiten und insbesondere den Schuldner und die anderen Gläubiger von der Notwendigkeit einer solchen Maßnahme zu überzeugen. Einer zügigen Übertragung unmittelbar nach Verfahrenseröffnung steht dann nichts mehr im Wege.

Regelungstechnisch bereitet die Ermöglichung der übertragenden Sanierung vor dem Berichtstermin keine größeren Probleme. Der Gravenbrucher Kreis hat vorgeschlagen, § 159 InsO um einen zweiten, wie folgt lautenden Absatz zu erweitern:

„Vor dem Berichtstermin darf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen nur mit Zustimmung des Insolvenzschuldners sowie des Gläubigerausschusses verwertet werden.“

Der Standort dieser Bestimmung als Ausnahme zum Grundsatz des § 159 Abs. 1 InsO begegnet keinen Bedenken. Allerdings umfasst der vorgeschlagene Wortlaut nicht nur übertragende Sanierungen von Unternehmen oder Betrieben bzw. ihrer wesentlichen Teile, sondern die gesamte Verwertung der Insolvenzmasse. Ob hierfür ein Bedürfnis besteht, ist eher fraglich. Der Vorteil einer solch weit reichenden Formulierung besteht jedoch unbestreitbar darin, dass eine definitorisch nicht einfache Abgrenzung der übertragenden Sanierung von anderen Verwertungsakten entbehrlich wird und dementsprechend Auslegungsprobleme in späteren, von der Recht-

sprechung zu entscheidenden Einzelfällen vermieden werden. Zudem beinhaltet der Formulierungsvorschlag die Zustimmung sowohl der Gläubiger als auch des Schuldners. Er stellt daher eine Möglichkeit zur Regelung des Problems dar (vgl. auch die Vorschläge des Arbeitskreises der Insolvenzverwalter Deutschland zu diesem Problem in: NZI 2002, 3 ff., 9).

### **3.4 Ergebnisse**

Die Überlegungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zu einer Masseverwertung und übertragenden Sanierung vor dem Berichtstermin führen somit – zusammengefasst – zu folgenden Ergebnissen:

Ein zwingender gesetzgeberischer Handlungsbedarf in Bezug auf „echte“ Verwertungsmaßnahmen des vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. des endgültigen Insolvenzverwalters vor dem Berichtstermin ist nicht erkennbar. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung und Fortführung des Unternehmens können bereits nach derzeitiger Rechtslage die notwendigen Maßnahmen erfolgen.

Hinsichtlich der Verwertung von mit Absonderungsrechten belasteten Massegegenständen schlägt die Bund-Länder-Arbeitsgruppe vor, in § 21 Abs. 2 InsO weitere sichernde Maßnahmen des Insolvenzgerichts während des Eröffnungsverfahrens gesetzlich ausdrücklich zuzulassen. In Betracht gezogen werden sollten insbesondere die gerichtliche Anordnung eines Verwertungs- und Einziehungsverbotes gegenüber Sicherungsgläubigern und einer Nutzungsbefugnis des vorläufigen Insolvenzverwalters an einzelnen wichtigen, sicherungsübereigneten Betriebsmitteln, soweit ihre Ausübung nicht zu einem endgültigen Verlust (Verbrauch) der Betriebsmittel führt.

Eine übertragende Sanierung noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sollte gesetzlich nicht ermöglicht werden. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe spricht sich jedoch dafür aus, bereits vor dem Berichtstermin eine übertragende Sanierung zuzulassen.

## 4. Aspekte der Postsperre

### 4.1 Problemstand

Nach § 99 Abs. 1 InsO kann das Insolvenzgericht anordnen, dass an den Schuldner gerichtete Postsendungen dem Insolvenzverwalter zur Öffnung und Einsichtnahme zuzuleiten sind, soweit dies erforderlich erscheint, um gläubigerschädigendes Verhalten des Schuldners aufzuklären oder zu verhindern. Die Anordnung kann auch schon als vorläufige Sicherungsmaßnahme im Eröffnungsverfahren ergehen (vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 4 InsO). Sie wird dem zuständigen Postdienstleistungsunternehmen bekannt gegeben.

Mehrere Insolvenzgerichte haben im Rahmen der von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe durchgeführten Problemerkhebung über verschiedene Probleme mit der insolvenzrechtlichen Postsperre gem. § 99 InsO berichtet:

#### 4.1.1 Effektivitätsprobleme

**Kritisiert** wird sowohl von den Insolvenzgerichten als auch von Seiten der Insolvenzverwalter, dass nach wie vor **wichtige Dokumente und Informationen am Insolvenzverwalter vorbei zum Schuldner gelangen**. Die Postsperre könne dem Verwalter gerade in der Anfangsphase seiner Tätigkeit wertvolle Hinweise auf die Vermögenssituation des Schuldners geben. Ihr Ziel, masseschädigende Manipulationen des unredlichen Schuldners aufzudecken bzw. zu unterbinden, werde jedoch durch dessen vorherige Anhörung typischerweise vereitelt. Es erscheine daher sachgerecht, eine Postsperre ohne vorherige Schuldnerbeteiligung zu verhängen. Der frühere Rechtszustand nach § 121 KO sei insofern vorzugswürdig gewesen, als er die regelmäßige Verhängung der Postsperre ohne vorherige Anhörung des Schuldners zugelassen habe. Dies habe unter der Konkursordnung bewährter Rechtspraxis entsprochen. Ein Verzicht auf die vorherige Anhörung des Schuldners sei verfassungsrechtlich unbedenklich, wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 121 KO (ZIP 1986, 1336) zeige. Das Recht des Schuldners zur sofortigen Beschwerde gem. § 99 Abs. 3 InsO sei zur Wahrung der Schuldnerrechte ausreichend.

## 4.1.2 Liberalisierung des Postdienstleistungsmarktes

**Weitere Probleme** im Zusammenhang mit der Postsperre treten **in Folge des Wegfalls des Beförderungsmonopols der Deutsche Post AG** und der damit einhergehenden Liberalisierung des Postdienstleistungsmarktes auf. Sie sind nach dem endgültigen Wegfall des noch fortbestehenden Beförderungsmonopols im Bereich der Briefsendungen nach dem Jahr 2007 in verstärktem Maße zu erwarten (vgl. § 51 PostG i.d.F. des Ersten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes vom 2. September 2001, BGBl I S. 2271, sowie den Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes, BR-Drs. 341/02 vom 19.04.2002).

**Unklar** ist in diesem Zusammenhang zum einen, **welcher Rechtsrahmen** für die **Rechtsbeziehungen zwischen dem Insolvenzgericht** und dem im Einzelfall vollziehenden privaten **Postdienstleistungsunternehmen** gilt. **Fraglich** ist aber auch, **wie datenschutzrechtlichen Belangen** hinreichend **Rechnung getragen werden kann**. Ferner wird die effektive Durchsetzung einer Postsperreanordnung praktisch immer schwieriger, weil eine verlässliche Informationsquelle über die wachsende Zahl der - regional oder überregional tätigen - privaten Postdienstleister bislang fehlt.

## 4.2 Lösungswege

### 4.2.1 Vorherige Anhörung des Schuldners

#### 4.2.1.1 Gesetzgebungsgeschichte

Die Anordnung einer Postsperre setzt nach geltendem Recht grundsätzlich die vorherige Anhörung des Schuldners voraus. Von dieser kann das Gericht nach § 99 Abs. 1 Satz 2 InsO nur dann absehen, wenn sie den Zweck der Maßnahme gefährden würde. Der Verzicht auf die vorherige Anhörung bedarf besonderer Begründung; die Anhörung ist unverzüglich nachzuholen (§ 99 Abs. 1 Satz 3 InsO).

Ausweislich des Regierungsentwurfs zur Insolvenzordnung (vgl. BT-Drs. 12/2443,



S. 142 f.) ist das Rechtsinstrument der Postsperre aus § 121 KO übernommen worden. In der Begründung wurde allerdings die besondere Grundrechtsrelevanz dieser Maßnahme für den Schuldner ausdrücklich hervorgehoben. Die eingriffsbegrenzenden rechtsstaatlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit sowie der Gewährung rechtlichen Gehörs sollten in jedem Einzelfall Beachtung finden. Dementsprechend sah der Regierungsentwurf noch eine ausnahmslose vorherige Anhörung des Schuldners vor (vgl. dazu § 112 Abs.1 RegE sowie die Begründung hierzu, BT-Drs. 12/2443, S. 26 bzw. S. 142 f.).

Auf Empfehlung des Bundesrats (vgl. dessen Stellungnahme und Formulierungsvorschlag in BT-Drs. 12/2443, S. 252) wurde dann im Rahmen der parlamentarischen Beratungen von der Bundesregierung die jetzige Fassung des § 99 Abs. 1 Sätze 2 und 3 InsO vorgeschlagen mit dem ausdrücklichen Bemerkens, dass die regelmäßige Anordnung einer Postsperre ohne vorherige Anhörung des Schuldners im Hinblick auf Art. 10 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich bedenklich erscheine (a.a.O. S. 264). Diese Einschätzung hat sich der Gesetzgeber zu eigen gemacht.

Vgl. die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 12/7302, S. 40 bzw. S. 166; zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. auch Gundlach/Frenzel/Schmidt, ZInsO 2001, 979.

Für das Verständnis des geltenden § 99 InsO ergibt sich daraus zweierlei:

Zum einen soll eine Anordnung der Postsperre im Gegensatz zur früheren Rechtslage nicht mehr "routinemäßig", sondern nur aufgrund einer differenzierten Einzelfallprüfung erfolgen dürfen (zu den Anforderungen, die sich daraus für die Insolvenzgerichte ergeben, vgl. etwa OLG Celle ZIP 2000, 1898, 1900).

Zum anderen hat der Gesetzgeber eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass er grundsätzlich die vorherige Anhörung des Schuldners im Rahmen dieser Einzelfallprüfung für geboten hält. Zugleich wurde den Gerichten allerdings die Möglichkeit eingeräumt, in begründeten Fällen von der vorherigen Anhörung ausnahmsweise abzusehen. § 99 Abs. 1 Satz 2 InsO benennt den insoweit gültigen Maßstab, der von den Insolvenzgerichten unter Ausgleich aller Belange im Einzelfall zu konkretisieren ist.

Demnach hat der Gesetzgeber die Entscheidung über die vorherige Schuldnerbeteiligung bei der Postsperre der richterlichen Entscheidung im Einzelfall zugewiesen und den Gerichten die hierfür maßgeblichen Vorgaben zur Verfügung gestellt. Ein Regelungsdefizit in diesem Punkt ist nicht ersichtlich.

#### 4.2.1.2 Bewertung

Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe stößt ein genereller gesetzlicher Verzicht auf die vorherige Anhörung des Schuldners im Rahmen des § 99 InsO nach wie vor auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Verfahrensbeteiligte haben in jedem Verfahren vor staatlichen Gerichten einen Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG (BVerfGE 19, 148, 149). Dieser Anspruch umfasst insbesondere das Recht auf Äußerung im Verfahren, d.h. es muss die hinreichende Möglichkeit gewährleistet sein, sich vor Erlass einer Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zur Sache äußern zu können (BVerfGE 9, 89, 96; 57, 346, 359; 83, 24, 35 f.; 86, 133, 144 f.; std. Rspr.). Ausnahmen hiervon sind nur unter strengen Voraussetzungen statthaft, etwa bei Gefährdung des Zwecks einer gerichtlichen Maßnahme (BVerfGE 9, 89, 98; 65, 227, 233). Sie bedürfen einer gesetzlichen Regelung. In diesen Fällen gebietet Art. 103 Abs. 1 GG allerdings die unverzügliche Nachholung einer unterbliebenen Anhörung (Pieroth in: Jarass / Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., Art. 103 Rn 22 m.w.N.).

Diesen verfassungsrechtlichen Leitlinien ist § 99 Abs. 1 InsO nachgebildet. Aus ihnen ergibt sich nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, dass die Anhörung des Schuldners auch im Verfahren der Postsperreanordnung unverzichtbar ist. **Ein abstrakt-genereller Verzicht auf eine vorherige Anhörung könnte nur durch zwingende, in jedem Einzelfall vorliegende Sachgründe gerechtfertigt werden.** Die Postsperre ist jedoch keine Maßnahme, die ihrer Natur nach eine vorherige Anhörung des Schuldners stets und zwangsläufig verbietet. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine vorherige Anhörung stets zu einem Unterlaufen der anschließend angeordneten Postsperre führt. Eine solche Annahme würde den betroffenen Schuldnern in unzulässig verallgemeinernder Sichtweise stets eine Böswilligkeit und mangelnde Kooperationsbereitschaft mit dem Verwalter und

dem Gericht unterstellen. Eine solche Tatsachenlage kann nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nicht generell angenommen werden. Sie ist jeweils im Einzelfall festzustellen. Dem entspricht der Vorbehalt richterlicher Einzelfallprüfung, wie ihn § 99 Abs. 1 Satz 2 InsO vorsieht. Er erscheint sachgerecht und verfassungsrechtlich geboten. Die Bestimmung stellt den Gerichten das zur Einzelfallbewältigung erforderliche Instrumentarium grundsätzlich zur Verfügung. Ein normatives Defizit, das unter den vorgenannten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine Änderung der Rechtslage hinreichend rechtfertigen könnte, ist nicht erkennbar.

Die zu § 121 KO ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juni 1986 (ZIP 1986, 1336,1337) steht dieser Einschätzung nicht entgegen. Das Gericht hat zwar in seinem Kammerbeschluss § 121 KO als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft. Es hat die Vorschrift jedoch ausschließlich unter dem Blickwinkel des Gesetzesvorbehalts nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG und nicht unter demjenigen des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG gewürdigt. Zugleich hat es in anderen Entscheidungen betont, dass vor einem gerichtlich angeordneten Eingriff in Grundrechte regelmäßig eine Anhörung des Betroffenen zu erfolgen habe (vgl. BVerfGE 9, 89, 98; 18, 399, 404). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei nur dann geboten, wenn der Zweck der Maßnahme durch die vorherige Anhörung vereitelt werde. Der Gesetzgeber sei daher verpflichtet, Eingriffe ohne vorheriges rechtliches Gehör an enge Voraussetzungen zu knüpfen (BVerfGE 9, 89, 98).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung erscheint es – auch angesichts der im Gesetzgebungsverfahren zu § 99 InsO geführten Diskussion – äußerst zweifelhaft, ob eine Rückkehr zu einer der vorkonstitutionellen Norm des § 121 KO entsprechenden Vorschrift der erneuten Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht standhalten könnte. **Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe sollte daher vom gesetzlichen Regelfall der vorherigen Anhörung gemäß § 99 InsO nicht abgewichen werden.** Das geltende Recht vermeidet verfassungsrechtliche Risiken und entspricht insbesondere den Anforderungen des Art. 103 GG besser als die frühere Regelung des § 121 KO.

## **4.2.2 Liberalisierung des Postdienstleistungsmarktes**

### **4.2.2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen**

Die Insolvenzordnung enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen zu den durch die Anordnung einer Postsperre bewirkten, die Postdienstleistungsunternehmen betreffenden Rechtsfolgen. Auch das Postgesetz enthält - im Gegensatz zum Telekommunikationsrecht (vgl. § 89 Abs. 6, §§ 90, 92 TKG) - keine einschlägigen Vorgaben.

Fraglich sind insbesondere folgende Punkte:

#### **4.2.2.1.1 Mitwirkungspflicht des Postdienstleistungsunternehmens**

Um die Vollziehung von Postsperreanordnungen zu gewährleisten, sah § 121 KO ausdrücklich eine Mitwirkungspflicht der "Post- und Telegraphenanstalten" vor. Diese Regelung hat in den Wortlaut des § 99 Abs. 1 InsO keinen Eingang gefunden. Der Gesetzgeber wollte jedoch ausweislich der Materialien (vgl. die Begründung zum RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 142 f.) den Regelungsgehalt des § 121 KO grundsätzlich unverändert übernehmen. Auch sind tatsächlich nur die Postdienstleistungsunternehmen zur Vollziehung einer Postsperre in der Lage. Das spricht für die Annahme, dass die Insolvenzgerichte auch nach neuer Rechtslage diese Unternehmen im Rahmen des § 99 InsO zu einer Mitwirkung verpflichten können. Entsprechend sind Anordnungen nach § 99 Abs. 1 InsO im Einzelfall nicht nur dem Schuldner, sondern auch dem betreffenden Postdienstleister bekannt zu geben.

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe erscheint aus Gründen der Klarstellung eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dieser Rechtslage in § 99 Abs. 1 Satz 1 InsO gleichwohl empfehlenswert.**

#### **4.2.2.1.2 Zwangsweise Durchsetzung der Postsperre**

Im Einzelfall kann eine zwangsweise Durchsetzung der Mitwirkungspflicht des Postdienstunternehmers notwendig werden. Sie richtet sich über § 4 InsO grundsätzlich

nach den allgemeinen Regelungen der Zivilprozessordnung. Um dem zwangsvollstreckungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis zu genügen, müssen in den jeweiligen Gerichtsbeschlüssen die verpflichteten Postdienstleistungsanbieter allerdings konkret bezeichnet sein. Um einerseits dies sicherzustellen und um andererseits die Verpflichtung der Postdienstleistungsanbieter zur Ausführung der Postsperrenanordnungen klarzustellen (vgl. oben zu (1)), **schlägt die Bund-Länder-Arbeitsgruppe vor, § 99 Abs. 1 Satz 1 InsO wie folgt zu ändern** (Änderungen unterstrichen):

„..., ordnet das Insolvenzgericht auf Antrag des Insolvenzverwalters oder von Amts wegen durch begründeten Beschluss an, dass die in dem Beschluss bezeichneten Unternehmen bestimmte oder alle Postsendungen für den Schuldner dem Verwalter zuzuleiten haben.“

#### 4.2.2.1.3 Rechtsschutz des Postdienstleistungsunternehmens

Die Anordnung der Postsperre greift im Regelfall in den von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Bereich unternehmerischer Betätigungsfreiheit der betroffenen Postdienstleistungsunternehmen ein. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet insoweit die Gewährung effektiven Rechtsschutzes. Dieser ist z.B. erforderlich, wenn im Einzelfall die Voraussetzungen der Mitwirkungspflicht des Postdienstleistungsunternehmens nicht gegeben sind. Die Insolvenzordnung stellt einen wirksamen Rechtsschutz derzeit nicht zur Verfügung, da § 6 InsO das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde auf die gesetzlich geregelten Fälle beschränkt.

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe empfiehlt es sich daher, gesetzlich ausdrücklich Rechtsschutzmöglichkeiten für solche Postdienstleistungsunternehmen vorzusehen, die durch gerichtlichen Beschluss zur Mitwirkung an einer konkret angeordneten Postsperre verpflichtet werden.**

#### 4.2.2.1.4 Datenschutz

Die Anordnungsbehörde, also das Insolvenzgericht, gibt mit dem Beschluss, der eine Postsperre anordnet, regelmäßig personenbezogene Daten (vgl. § 3 Abs. 1 BDSG) des Insolvenzschuldners an das Postdienstleistungsunternehmen weiter. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat untersucht, ob das geltende Recht in diesem Zusammenhang die datenschutzrechtlichen Belange des Schuldners hinreichend wahrt oder ob ergänzende datenschutzrechtliche Bestimmungen erforderlich sind. Zu unterscheiden sind hier zwei Sachverhalte:

- die Datenübermittlung der Insolvenzgerichte an das Postdienstleistungsunternehmen und
- die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung durch die Postdienstleistungsunternehmen.

Soweit die Datenübermittlung der Insolvenzgerichte an die Postdienstleistungsunternehmen betroffen ist, stellt § 99 Abs. 1 InsO eine spezifische Rechtsgrundlage zur Verfügung. Hält man diese nach datenschutzrechtlichen Maßstäben für nicht ausreichend bestimmt, wäre ergänzend das allgemeine Datenschutzrecht zum Tatbestand der Datenübermittlung an nicht-öffentliche Stellen heranzuziehen. Einschlägige Rechtsgrundlagen für die Datenübermittlung wären somit die den §§ 2, 16, 27 ff. BDSG entsprechenden Vorschriften der Landesdatenschutzgesetze.

Der Bereich der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung durch die Postdienstleistungsunternehmen selbst beurteilt sich nach den bereichsspezifischen Regelungen des § 41 PostG und der darauf basierenden Postdienstunternehmen-Datenschutzverordnung (PDSV) vom 4. November 1996 (BGBl I S. 1636). Diese Vorschriften treten jedoch zurück, wenn das Postdienstleistungsunternehmen - wie im Fall der Vollziehung einer Maßnahme nach § 99 InsO - "aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften eine Leistung für öffentliche Stellen" erbringt. In diesem Fall gelten die für den jeweiligen öffentlich-rechtlichen Auftraggeber geltenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen (vgl. § 1 Abs. 3 PDSV), vorliegend also die §§ 2, 16, 27 ff. BDSG entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften.

**Angesichts dieser Rechtslage ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe bei Maßnahmen nach § 99 InsO ein datenschutzrechtlich hinreichender Standard gewahrt. Ergänzende Regelungen sind nicht erforderlich.**

#### **4.2.2.2 Praktische Probleme der Durchsetzung der Postsperre**

##### **4.2.2.2.1 Postbereich**

Die Effektivität einer angeordneten Postsperre wird praktisch immer problematischer, weil die ständig zunehmende Zahl und der rasche Wechsel der im Einzelfall in Betracht kommenden Postdienstleistungsanbieter für das einzelne Insolvenzgericht nicht mehr ohne weiteres zu überblicken sind. Das Problem einer vollständigen Einbeziehung aller örtlich tätigen Anbieter wird sich noch dadurch verschärfen, dass zum 31. Dezember 2007 die gesetzliche Exklusivlizenz der Deutschen Post AG für die Beförderung von Briefsendungen ausläuft (§ 51 PostG i.d.F. des Ersten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes vom 2. September 2001, a.a.O., sowie den Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes vom 19.04.2002, a.a.O.). Ab diesem Zeitpunkt werden private Anbieter nach Maßgabe des Postgesetzes unbeschränkter Zutritt zum Postdienstleistungsmarkt erhalten.

Auch die Erbringung von Postdienstleistungen außerhalb des lizenzierten Bereichs (§ 5 ff. PostG) unterliegt gemäß § 36 PostG einer Anzeigepflicht. Aufgrund dessen verfügt die Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation im Regelfall über eine vollständige und aktuelle Kenntnis des Kreises der Postdienstleistungsanbieter. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat erörtert, wie diese Informationen für das einzelne Anordnungsverfahren optimal genutzt werden können. In diesem Rahmen bieten sich drei Alternativen an:

- Denkbar ist zum einen ein automatisiertes Auskunftssystem der Regulierungsbehörde. Grundzüge eines solchen Systems bestehen bereits. Unter der Internet-Adresse der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post ([http://www.regtp.de/reg\\_post/start/fs\\_07.html](http://www.regtp.de/reg_post/start/fs_07.html)) kann in ein nach bundesweiten, bundeslandbezogenen und regionalen Lizenzen gegliedertes Auskunftssystem Ein-

sicht genommen werden. Das Auskunftssystem wird in kurzen Zeitabständen aktualisiert. Eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung der Regulierungsbehörde zur Führung des Internet-Auskunftssystems besteht allerdings nicht. Auch enthält das Auskunftssystem solche Lizenznehmer nicht, die einer Veröffentlichung widersprochen haben.

- Alternativ zu einem automatisierten Auskunftssystem kommen regelmäßige schriftliche Mitteilungen der Regulierungsbehörde an die Gerichte über den sie betreffenden Anbieterkreis an Postdienstleistungen in Betracht. Die schnelle Fluktuation im Anbieterkreis stellt allerdings eine hinreichende Aktualität der Mitteilungen in Frage.
- Als dritte Alternative kommt eine gesetzliche Verpflichtung der Regulierungsbehörde zur Weiterleitung von Postsperranordnungen an die betroffenen Anbieter in Betracht. Eine solche Gestaltung erscheint jedoch rechtlich wie tatsächlich problematisch. Sie würde die grundsätzliche Frage nach einer zulässigen Bund-Länder-Mischverwaltung aufwerfen. In jedem Fall wäre eine detaillierte gesetzliche Aufgaben-, Verantwortungs- und Haftungsverteilung erforderlich. Praktisch würde sich mit der Einbeziehung einer Drittstelle der Verwaltungsaufwand für Postsperranordnungen vervielfachen. Es wären zusätzliche Vollzugsdefizite zu befürchten. Den Gerichten würde die effektive Überwachung der Postsperranordnung erheblich erschwert. Diese Lösungsalternative empfiehlt sich nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe daher nicht.

Die aufgezeigte Problematik besteht nicht nur im Insolvenzrecht, sondern auch im Strafprozessrecht. Dort hat sich der Unterausschuss der Justizministerkonferenz für die Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) auf eine Neufassung der Nrn. 77 ff. der RiStBV geeinigt. Nr. 79 der RiStBV wurde wie folgt neu gefasst:

„Der Staatsanwalt prüft, welche Post- oder Telekommunikationsunternehmen als Adressaten einer Beschlagnahmeanordnung in Betracht kommen. Hierzu ist zunächst festzustellen, welche Unternehmen eine Lizenz für die Beförderung von Sendungen der zu beschlagnahmenden Art in dem betreffenden



geografischen Bereich besitzen. Die Beschlagnahmeanordnung ist allen Post- oder Telekommunikationsunternehmen zu übersenden, bei welchen die Beschlagnahme erfolgen soll. In Zweifelsfällen ist bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Heinrich-von-Stefan-Str. 1, 53175 Bonn) festzustellen, welche Unternehmen als Adressaten einer Beschlagnahmeanordnung in Betracht kommen (Fußnote 1: Hinweis auf die Aufstellung der Lizenzunternehmen im Internet). Bei der Adressierung der Beschlagnahmeanordnung ist die jeweilige Betriebsstruktur des Adressaten zu beachten (z.B. das Bestehen rechtlich selbständiger Niederlassungen, Franchise-Unternehmen). In Zweifelsfällen empfiehlt sich eine vorherige Kontaktaufnahme mit dem jeweiligen Unternehmen.“

Die RiStBV bauen somit auf dem Internet-Auskunftssystem der Regulierungsbehörde auf.

Auch die **Bund-Länder-Arbeitsgruppe befürwortet grundsätzlich eine** solche, der zuerst genannten Alternative **entsprechende Lösung**. Ihre umfassende Umsetzung würde allerdings voraussetzen, dass die Internet-Auskunftei der Regulierungsbehörde eine dauerhafte, technisch und inhaltlich uneingeschränkt zuverlässige Informationsquelle über die Anbieter von Postdienstleistungen zur Verfügung stellt. Hierfür wäre aus Verantwortungs- und Haftungsgründen die Schaffung eines geeigneten Rechtsrahmens notwendig, der bislang fehlt. Ferner müsste jedem Insolvenzgericht der direkte Zugriff auf das Internet zur Verfügung stehen. Diese Voraussetzung ist bisher noch nicht flächendeckend erfüllt.

Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist zweifelhaft, ob der für eine lückenlose Umsetzung des Internet-Auskunftsmodells erforderliche regulatorische Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zu dem zu erwartenden praktischen Wirkungsgrad steht. Dies gilt in verstärktem Maße für die Zeit nach dem Wegfall des für Briefsendungen geltenden Beförderungsmonopols nach dem Jahr 2007. Nach den aus der insolvenzrechtlichen Praxis der Arbeitsgruppe vorliegenden Erkenntnissen adressieren viele Insolvenzgerichte Postsperrbeschlüsse schon jetzt nicht an alle in Betracht kommenden Postdienstleistungsanbieter. Eine gesetzliche Verpflichtung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post zur Bereitstellung

einer dauerhaften und vollständigen Internetauskunft wäre aber nur zu vertreten, wenn von einer intensiven Nutzung der Auskunft durch die Insolvenzgerichte ausgegangen werden könnte. Hiervon vermag die Bund-Länder-Arbeitsgruppe nicht mit der Gewissheit auszugehen, die für die Empfehlung der Schaffung eines rechtlichen Rahmens im vorgenannten Sinne erforderlich wäre. **Nach Auffassung der Arbeitsgruppe sollte es daher zunächst bei der derzeitigen Rechts- und Tatsachenlage verbleiben.** Sollte sich zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere nach der vollständigen Liberalisierung des Postdienstleistungsmarktes, ein Bedürfnis für ein vollständiges und dauerhaftes Auskunftssystem ergeben, kann ggf. die Notwendigkeit legislativer Maßnahmen neu erörtert werden.

#### 4.2.2.2 Telekommunikationsbereich

Der Reformgesetzgeber hat vorausgesehen, dass eine Postsperre in Zukunft nur in dem Maße effektiv sein würde, als sie den Schriftverkehr medienunabhängig erfasst. Dem Begriff der "Postsendung" in § 99 InsO wurde deshalb ausdrücklich ein weites Verständnis beigelegt. Er soll den gesamten Schriftverkehr abdecken, also namentlich Telegramme, Fernschreiben und Telekopien (so die Begründung zum RegE InsO, BT-Dr. 12/2443, S. 143). In Weiterführung dieses Ansatzes werden heute alle Bereiche der schriftlichen Telekommunikation - also insbesondere auch die elektronische Post ("E-Mail") - als "Postsendung" klassifiziert (vgl. nur HK-Eickmann, § 99 Rn 13 m.w.N.). § 99 InsO gestattet in dieser Beziehung weiter gehende Eingriffe als § 99 StPO (vgl. Nack in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 4. Aufl., § 99 Rn 7, § 100a Rn 6 ff.).

Demnach sind die gesetzlichen Voraussetzungen für eine effektive Durchsetzung der Postsperre im Sinne des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG im Geltungsbereich der Insolvenzordnung grundsätzlich gegeben. Die Insolvenzgerichte sind im nationalen Bereich auch in der Lage, die für eine Kontrolle der Telekommunikationswege erforderlichen Informationen zu beschaffen. Bei national betriebenen Informationsnetzen (Festnetze und Mobilfunknetze) sind die nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TKG lizenzpflichtigen Anbieter der Regulierungsbehörde bekannt. Sie sind gemäß § 90 TKG ggf. aus-

kunftspflichtig. Im Einzelfall können Überwachungsmaßnahmen nach § 88 TKG durchgeführt werden.

Schwierigkeiten bereitet die Durchsetzung einer Postsperrenanordnung im Bereich der Telekommunikation jedoch bei international betriebenen Netzen (z.B. dem Internet). Hier sind bereits die in Frage kommenden Anbieter in der Regel nicht bekannt. Auch ist mit rechtlichen Zugriffsmöglichkeiten auf Anbieter mit ausländischem Sitz - jedenfalls zeitnah - nicht zu rechnen.

Die elektronischen Medien verursachen darüber hinaus eine Vielzahl weiterer Probleme im Bereich der faktischen und effektiven Umsetzbarkeit einer Postsperr im Telekommunikationsbereich. Beispielhaft sei erwähnt, dass eine E-Mail – Adresse jederzeit und viel leichter gewechselt werden kann als eine Postanschrift. Die Möglichkeiten zur Umgehung einer Postsperr sind im Telekommunikationsbereich vielfältig und derzeit kaum kontrollierbar.

Es handelt sich bei dem vorstehend skizzierten, weiten Problembereich allerdings weniger um rechtliche Fragen als vielmehr um solche der IT-technischen Verwirklichung gerichtlicher Postsperr. Diese Fragen sind nicht Gegenstand des Arbeitsauftrages der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“. Sie dürften letztlich einer auf das Insolvenzrecht beschränkten Lösung auch nicht zugänglich sein.

#### 4.4 Ergebnisse

Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe sollte bei der **Postsperr** vom gesetzlichen Regelfall der **vorherigen Anhörung** gemäß § 99 InsO nicht abgewichen werden. Das geltende Recht vermeidet verfassungsrechtliche Risiken und entspricht insbesondere den Anforderungen des Art. 103 GG besser als die frühere Regelung des § 121 KO.

Die Anordnung der Postsperr greift im Regelfall in den von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Bereich unternehmerischer Betätigungsfreiheit der betroffenen Postdienstleistungsunternehmen ein. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet insoweit die Gewährung

effektiven Rechtsschutzes. Diesen stellt die Insolvenzordnung derzeit nicht zur Verfügung, da § 6 InsO das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde auf die gesetzlich geregelten Fälle beschränkt. Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe empfiehlt es sich daher, gesetzlich ausdrücklich **Rechtsschutzmöglichkeiten für solche Postdienstleistungsunternehmen** vorzusehen, die durch gerichtlichen Beschluss zur Mitwirkung an einer konkret angeordneten Postsperre verpflichtet werden.

Im Einzelfall kann eine **zwangsweise Durchsetzung der Mitwirkungspflicht des Postdienstleistungsunternehmens** notwendig werden. Sie richtet sich über § 4 InsO grundsätzlich nach den allgemeinen Regelungen der Zivilprozessordnung. Um dem zwangsvollstreckungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis zu genügen, müssen in den jeweiligen Gerichtsbeschlüssen die verpflichteten Postdienstleistungsanbieter allerdings konkret bezeichnet sein. Um einerseits dies sicherzustellen und um andererseits die Verpflichtung der Postdienstleistungsanbieter zur Ausführung der Postsperrenanordnungen klarzustellen, schlägt die Bund-Länder-Arbeitsgruppe eine **Ergänzung von § 99 Abs. 1 Satz 1 InsO** vor.

Ein hinreichender **datenschutzrechtlicher Standard** in Bezug auf die Behandlung der von den Insolvenzgerichten an die Postdienstleistungsunternehmen übermittelten Daten ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe bei Maßnahmen nach § 99 InsO gewahrt. Ergänzende Regelungen sind nicht erforderlich.

Das Problem der vollständigen **Einbeziehung aller örtlich tätigen Anbieter von Postdienstleistungen in eine Postsperre** lässt sich nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe am ehesten über ein – in Grundzügen bereits bestehendes – automatisiertes Auskunftssystem der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post lösen. Die umfassende Umsetzung dieser Lösung würde allerdings einen erheblichen regulatorischen Aufwand voraussetzen, der nicht in einem angemessenen Verhältnis zu dem zu erwartenden praktischen Wirkungsgrad steht. Es sollte daher zunächst bei der derzeitigen Rechts- und Tatsachenlage verbleiben. Sollte sich zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere nach der vollständigen Liberalisierung des Postdienstleistungsmarktes, ein Bedürfnis für ein vollständiges und dauerhaftes Auskunftssystem ergeben, können die hierzu erforderlichen legislativen Schritte zu gegebener Zeit erfolgen.

Die **elektronischen Medien** verursachen darüber hinaus eine Vielzahl weiterer Probleme im Bereich der faktischen und effektiven Umsetzbarkeit einer Postsperre im Telekommunikationsbereich. Die **Möglichkeiten zur Umgehung einer Postsperre** sind im Telekommunikationsbereich vielfältig und derzeit kaum kontrollierbar.

## 5. Probleme bei auskunftsunwilligen Schuldnern

Im Rahmen der von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe im Jahr 2000 erfolgten Erhebung zu den praktischen Problemen des Regelinsolvenzverfahrens wurde aus den neuen Bundesländern, vor allem aus Berlin und Thüringen, von Problemen berichtet, die bei auskunftsunwilligen Schuldnern (zur Auskunftspflicht vgl. §§ 20, 97 InsO) im Zusammenhang mit der Vollstreckung von Haftbefehlen gem. § 98 Abs. 2 InsO bestehen. Nach diesen Berichten verzögert sich wegen der Überlastung der Gerichtsvollzieher in nicht wenigen Fällen die Vollstreckung der Haftbefehle. Bis zur Vollstreckung besteht die Gefahr, dass Vermögenswerte bei Seite geschafft werden.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat das Thema ausführlich erörtert. Dabei wurde deutlich, dass das Problem keine spezifisch insolvenzrechtlichen Wurzeln hat. Vielmehr **handelt es sich bei der Überlastung der Gerichtsvollzieher in den neuen Bundesländern um ein allgemeines Problem, das einer übergreifenden Lösung bedarf**. Aus diesem Grund hat die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ davon abgesehen, einen Lösungsvorschlag zu unterbreiten. Ihr Auftrag beschränkt sich auf die Analyse von spezifischen Schwachstellen des Insolvenzrechts und die Erarbeitung hierauf bezogener Lösungen.

## **6. Die Insolvenz in der Insolvenz: Verfahrenseinstellung wegen Masseunzulänglichkeit**

### **6.1 Die Behandlung massearmer Verfahren nach der Insolvenzordnung**

#### **6.1.1 Statistische Ausgangslage**

Unter dem Regime der Konkursordnung musste über viele Jahre in nahezu 75 % der Insolvenzen die Eröffnung eines Verfahrens mangels Masse abgelehnt werden. Nach den Mitteilungen des Statistischen Bundesamtes ist nach In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung die Abweisung mangels Masse auf einen Anteil von 61 % gesunken. Keine statistischen Angaben liegen allerdings zu der Frage vor, in wie vielen Fällen das eröffnete Verfahren wegen Masseinsuffizienz anschließend wieder eingestellt werden musste. Unter der Konkursordnung wurde berichtet, dass mehr als 20 % der Konkurse nachträglich massearm wurden (vgl. Pape, KTS 1995, 189, 191).

Es bleibt damit offen, ob die steigende Zahl von Eröffnungen tatsächlich auch durch ein dem Interesse der Gläubigerbefriedigung dienendes Ergebnis legitimiert wird.

#### **6.1.2 Die Regelung massearmer Verfahren nach der Insolvenzordnung**

Bei der Abwicklung masseloser und masseunzulänglicher Verfahren unterscheidet die Insolvenzordnung zwei Fallgestaltungen:

Gemäß § 207 Abs. 3 Satz 2 InsO kommt es nicht mehr zu einer Verwertung von Massegegenständen durch den Verwalter, wenn sich nach Eröffnung des Verfahrens herausstellt, dass die Masse die Verfahrenskosten (§ 54 InsO ) nicht deckt. Das Verfahren endet durch den Einstellungsbeschluss des Insolvenzgerichts nach § 207 Abs. 1 Satz 1 InsO.

Sind zwar die Verfahrenskosten gedeckt, reicht aber die Masse nicht zur Erfüllung der sonstigen Masseverbindlichkeiten (§ 55 InsO) aus, dann hat der Verwalter nach

§ 208 Abs. 1 Satz 1 InsO die Masseunzulänglichkeit anzuzeigen. Während bei der Einstellung nach § 207 InsO lediglich die vorhandenen Barmittel zu verteilen sind, besteht nach § 208 Abs. 3 InsO im Falle der Masseunzulänglichkeit die Pflicht des Verwalters zur Verwaltung und Verwertung der Masse fort. Die Anzeige hat die verfahrensrechtliche Konsequenz, dass das gesetzliche Vollstreckungsverbot nach § 210 InsO für die Altmassegläubiger ausgelöst wird, welches das sechsmonatige Vollstreckungsverbot für oktroyierte Masseverbindlichkeiten (§ 90 InsO) ergänzt. Von noch größerer Bedeutung ist die materiell-rechtliche Regelung des § 209 InsO, die vorgibt, in welcher Rangfolge die Masseverbindlichkeiten zu bedienen sind.

### **6.1.3 Gesetzgeberische Intention**

Aus der Begründung zum Regierungsentwurf lässt sich ablesen, welcher hoher Stellenwert der Eröffnung des Verfahrens beigemessen wird (vgl. BT-Drs. 12/2443 S. 80 f). Aus wirtschaftlichen, sozialen und rechtsstaatlichen Gründen soll die Insolvenzordnung gegenüber dem früheren Rechtszustand in einer weit höheren Zahl von Fällen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermöglichen. Im Einzelnen wird darauf hingewiesen, dass die Verfahrenseröffnung

- Vorteile für die Arbeitnehmer bietet (Erhaltung des Arbeitsplatzes, Unterstützung durch den Verwalter bei der Beantragung von Insolvenzgeld, Aufstellung eines Sozialplans),
- Chancen für den Schuldner eröffnet, sein Unternehmen zu erhalten oder zumindest eine Restschuldbefreiung zu erreichen, und
- eine Sicherung der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung ermöglicht durch Rückgängigmachung von Vermögensverschiebungen im Vorfeld der Insolvenz.

Eine erhebliche Bedeutung wird aber nicht nur den vollständig durchgeführten Insolvenzverfahren beigemessen. Auch die Eröffnung an sich wird bereits als Vorteil gewertet, da sie



- eine geordnete Feststellung von Aktiv- und Passivvermögen ermöglicht,
- zu einem zeitweiligen Vollstreckungs- und Zugriffsstopp der Gläubiger führt, um die Selbstorganisation der Beteiligten zu fördern, und
- eine außergerichtliche private Insolvenzabwicklung erleichtert.

Verbunden ist damit auch die Hoffnung, dass es engagierten Verwaltern gelingt, selbst in hoffnungslos erscheinenden Fällen Masse zu schaffen (so Roth in FS Gaul, S. 573, 574).

Es bestand jedoch schon früher Übereinstimmung, eine Zunahme eröffneter Verfahren könne nicht verhindern, dass es in zahlreichen Fällen zu Masseunzulänglichkeit komme (so etwa BT-Drs. 12/2443 S. 85; Pape, KTS 1995, 189, 190; Roth, a.a.O.). Tritt der Fall der „Insolvenz in der Insolvenz“ ein, so führt dies zu einem Funktionswandel des Verfahrens. Das eröffnete Verfahren dient dann nicht mehr primär dem Interesse der Insolvenzgläubiger, sondern der geordneten Befriedigung der Massegläubiger. Wenngleich die Verbesserungen im Vergleich zur Rechtslage unter der Konkursordnung in der Literatur überwiegend anerkannt werden (vgl. Roth, a.a.O., S. 575; Pape, a.a.O., S. 220; Dinstühler, ZIP 1998, 1697, 1707), wurde frühzeitig doch Kritik an der Ausgestaltung massearmer Verfahren in der Insolvenzordnung laut.

Neben der üblichen Kommentarliteratur und den bereits erwähnten Aufsätzen sei zusätzlich noch auf folgende Beiträge hingewiesen: Möhlmann, KTS 1998, 373 ff.; Kluth, ZInsO 2000 S. 177 ff.; Smid, WM 1998, 1313 ff.; Ahrendt/Struck, ZInsO 2000 S. 264 ff.; Wienberg/Voigt, ZIP 1999, 1662 ff.; Rattunde/Röder, DZWIR 1999 S. 309 ff.; Kübler, Die Behandlung massearmer Insolvenzverfahren nach neuem Recht, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, a.a.O., S. 967 ff.

## **6.2 Die Kritik an der Regelung der Insolvenzordnung**

Die von der Literatur geäußerte Kritik an der Regelung der Insolvenzordnung betrifft vor allem folgende Punkte:

- Ungeklärt bleibe, wie Altmassegläubiger ihre Forderung gegenüber dem Verwalter gerichtlich klären könnten. Insbesondere sei fraglich, ob sie ein Leistungsurteil erstreiten könnten (so Roth, a.a.O., S. 575) oder auf eine Feststellungsklage verwiesen werden könnten (so Pape, a.a.O., S. 214 f.).
- Ebenso wie unter der Konkursordnung bleibe die Frage ungeregelt, in welchem Umfang der Schuldner gegenüber den unbefriedigt gebliebenen Massegläubigern hafte (Roth, a.a.O., S. 578).
- Der Verwalter werde bei der Verteilung des Verwertungserlöses weitgehend allein gelassen (so Kluth, a.a.O., S.182).
- Die Verpflichtung zur gesonderten Rechnungslegung sei weitgehend sinnlos (Kluth, a.a.O.).
- Obwohl die Anzeige der Massezulänglichkeit einschneidende Wirkungen für den Insolvenzverwalter und die Gläubiger zeige, sei eine gerichtliche Überprüfung dieser Anzeige nicht vorgesehen.
- Nach der gesetzlichen Ausgestaltung sei ein Insolvenzverfahren auch dann zu eröffnen, wenn lediglich die Verfahrenskosten im Sinne des § 54 InsO gedeckt seien und bereits im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung klar sei, dass der Verwalter unverzüglich die Masseunzulänglichkeit anzeigen müsse.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe misst den beiden zuletzt genannten Kritikpunkten besondere Bedeutung zu. Sie hat sie ausführlich erörtert:

### **6.3 Fehlende Rechtsmittel gegen die Anzeige**

Während der Regierungsentwurf der Insolvenzordnung (RegE) noch vorsah, dass die Masseunzulänglichkeit durch Beschluss des Gerichts festgestellt wird (vgl. § 318 RegE), wurde diese Regelung im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens im Interesse einer Entlastung der Insolvenzgerichte gestrichen (vgl. BT-Drs. 12/7302, S. 179 f.).

Dies hat zur Konsequenz, dass ohne Kontrolle des Gerichts allein der Verwalter bestimmt, ab wann die Gläubiger nur nach Maßgabe des § 209 InsO befriedigt werden. Ebenso liegt es in seiner Hand, das Vollstreckungsverbot des § 210 InsO auszulösen (vgl. Pape, a.a.O., S. 198 f). Den Altmassegläubigern wird die Möglichkeit der Vorewegbefriedigung nach § 53 InsO somit ohne eine unmittelbare Rechtsschutzgewährung genommen. Es findet lediglich eine Überprüfung im Rahmen einer etwaigen Haftung des Verwalters statt, wenn er z.B. verfrüht oder zu Unrecht die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat. Letztlich wird damit eine vergleichsweise geringe Entlastung der Insolvenzgerichte mit einer unter Umständen erheblichen Belastung der Prozessgerichte erkaufte. Der im Regierungsentwurf vorgesehene Beschluss des Insolvenzgerichts hätte zur Rechtssicherheit für alle Beteiligten beigetragen, während nach der jetzigen Gesetzeslage in jedem Rechtsstreit die Frage der Masseinsuffizienz aufs Neue geprüft werden muss (so Pape, a.a.O., S. 201). Außer in einem Haftungsprozess gegen den Verwalter kann die Richtigkeit der Anzeige auch nicht inzident gerichtlich überprüft werden. Dies gilt etwa für eine Erinnerung nach § 766 ZPO. Es ist einem betroffenen Gläubiger verwehrt, sich im Verfahren nach § 766 ZPO darauf zu berufen, er sei wegen der Unrichtigkeit der Anzeige kein Altmassegläubiger im Sinne von § 210 InsO. Eine andere Auffassung widerspräche schon der Struktur der Erinnerung, weil der Richter anderenfalls die materiell-rechtliche Rangordnung beurteilen müsste (vgl. Roth, a.a.O., S. 582).

Ebenso wenig dürfte der Weg weiterführend sein, dass ein Massegläubiger, dessen Anspruch vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden ist, auf Feststellung klagt, er sei Massegläubiger ohne die Beschränkung des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO, weil die Anzeige des Verwalters unrichtig sei. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die durch die bloße Anzeige ausgelöste Rechtsfolge nicht durch eine gerichtliche Prüfung beseitigt werden kann (so Roth, a.a.O., S. 583).

Stimmen in der Literatur sehen hierin nicht nur eine Verletzung des Justizgewährungsanspruchs, sondern monieren insbesondere, der Verwalter werde weitgehend allein gelassen, ihm würden nicht kalkulierbare Haftungsrisiken aufgebürdet. Diese kulminierten z.B. bei den besonders bedeutsamen Rechtshandlungen und bei der Masseerlösverteilung (so etwa Kluth, ZInsO 2000, 177, 181 ff.)

Der Bund-Länder-Arbeitsgruppe liegen keine Erkenntnisse darüber vor, ob die befürchtete Belastung der Prozessgerichte tatsächlich eingetreten ist. Für eine verstärkte Haftung der Verwalter in massearmen Verfahren sind ebenfalls keine Anzeichen erkennbar. Allerdings bleibt die unbefriedigende Situation, dass ein massiver Eingriff in die Gläubigerposition lediglich inzident in einem Haftungsprozess geklärt werden kann. Gewisse Wertungswidersprüche sind auch darin zu erkennen, dass nach § 216 InsO zwar die Einstellung des Verfahrens gemäß § 207 InsO angefochten werden kann, eine Anfechtung des Einstellungsbeschlusses in § 211 InsO den Insolvenzgläubigern jedoch nicht eröffnet wird (vgl. Pape, a.a.O., S. 200).

Wenngleich die Haftungsgefahren nach Einschätzung der Arbeitsgruppe oftmals überzeichnet dargestellt werden, sollte doch dem Aspekt einer verstärkten Justizbelastung Aufmerksamkeit geschenkt werden. Daneben spricht für einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf auch die rechtsstaatlich unbefriedigende Situation, dass allein die Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Verwalter zu tiefgreifenden Eingriffen in die Rechte der Gläubiger führt.

Aus den vorstehenden Gründen **empfiehlt die Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die Masseunzulänglichkeit einer gerichtlichen Überprüfbarkeit zugänglich zu machen**. De lege ferenda sind im Wesentlichen zwei normative Modelle denkbar:

### 6.3.1

So könnte die **Feststellung der Masseunzulänglichkeit auf das Gericht übertragen werden**. Dieses Modell entspricht dem des Regierungsentwurfes der Insolvenzordnung (s.o.).

### 6.3.2

Alternativ könnte die **Anzeige der Masseunzulänglichkeit** durch den Insolvenzverwalter auf Antrag **der Überprüfung durch das Insolvenzgericht** unterstellt werden. Das diesbezügliche Antragsrecht könnte dabei möglicherweise auf Massegläubiger beschränkt werden. Der Justizfiskus bedürfte eines solchen Antragsrechtes jedenfalls dann nicht, wenn die (gestundeten) Verfahrenskosten noch während einer sich anschließenden Wohlverhaltensphase zurückgezahlt werden können. Die auf Antrag

hin ergehende Gerichtsentscheidung müsste nicht zwingend rechtsmittelfähig ausgestaltet werden.

**Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe befürwortet das letztgenannte Modell.** Eine Einbindung des Insolvenzgerichts in die Feststellung der Masseunzulänglichkeit in jedem Einzelfall (Modell a)) ist - insbesondere bei größeren Insolvenzen - sehr aufwendig und belastet die Gerichte in einem nicht vertretbaren Ausmaß. Das Modell zu 6.3.2 beschränkt dagegen die gerichtliche Überprüfung der Masseunzulänglichkeit auf die problematischen und streitigen Fälle. Es trägt den vorstehend wiedergegebenen rechtsstaatlichen Argumenten hinreichend Rechnung, beschränkt aber zugleich das Maß der Mehrbelastung der Insolvenzgerichte auf das unerlässlich Notwendige. Aus diesem Grund erscheint es vorzugswürdig.

## **6.4 Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung**

### **6.4.1 Ausgangslage**

Der Wortlaut der gesetzlichen Regelungen ist in Bezug auf die angesprochene Problematik eindeutig. Nach § 26 Abs. 1 InsO erfolgt eine Abweisung mangels Masse, wenn die Kosten des Verfahrens nicht gedeckt sind. Wird das Verfahren eröffnet, so wird es nach § 207 Abs. 1 InsO eingestellt, sobald die Masse nicht mehr zur Begleichung der Verfahrenskosten ausreicht. Beide Vorschriften knüpfen an die Definition der Verfahrenskosten in § 54 InsO an. Sonstige Verbindlichkeiten dürfen nach dem Wortlaut nicht berücksichtigt werden.

Diese Rechtslage ist in der Literatur auf massive Kritik gestoßen. Selbst existenzielle Ausgaben, die zwingend und vorhersehbar bei der Verwaltung der Masse anfallen, können bei der Frage der Kostendeckung nicht berücksichtigt werden. Das Gericht hat somit unter Umständen sehenden Auges ein Verfahren zu eröffnen, bei dem von vornherein feststeht, dass es in kürzester Zeit massearm wird. Ein Verfahren, das grundsätzlich der Gläubigerbefriedigung dienen soll, würde damit initiiert, obwohl feststeht, dass es die Gläubiger nur schädigt, weil die letzten freien Mittel des Schuldners durch die Verfahrenskosten aufgezehrt werden (so Dinstühler, ZIP 1998,

1697, 1699). Diese Kritik wird noch durch den Hinweis verstärkt, der absolute Vorrang der Verfahrenskosten auch gegenüber Ansprüchen aus rechtsgrundloser Bereicherung der Masse könne unter Umständen die Eigentumsgarantie des Artikel 14 GG berühren (vgl. Häsemeyer in Leipold, Insolvenzrecht im Umbruch, Band 1, S. 101 ff.).

#### **6.4.2 Deckung der unausweichlichen Verfahrenskosten**

Es wird deshalb die Forderung erhoben, über die bloße Deckung der Verfahrenskosten hinaus müssten zumindest in der Masse noch so viel Mittel vorhanden sein, „um wenigstens die zur sinnvollen Abwicklung erforderlichen Ausgaben tragen zu können“ (so Dinstühler, a.a.O., S. 1699). Daraus wird die weitergehende Forderung abgeleitet, zumindest müssten die „unausweichlichen Verwaltungskosten“ gedeckt sein (so HK-Landfermann § 207 Rn 5). Rattunde/Röder (DZWIR 1999 S. 309 ff.) haben versucht zu präzisieren, welche Sachverhalte zu den „unausweichlichen Verwaltungskosten“ zu rechnen sind. Hierzu zählen sie folgende Positionen:

- Notwendigkeit der Kosten aus tatsächlichen Gesichtspunkten (Beleuchtung, Beheizung, Bewachung),
- Unausweichlichkeit wegen nichtinsolvenzrechtlicher Pflichten (Verkehrssicherungspflichten, Pflichten des Schuldners in steuerrechtlicher, arbeits- und sozialrechtlicher Hinsicht) und
- allgemeine öffentlich-rechtliche Pflichten (z.B. Altlasten).

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist zweifelhaft, ob mit Hilfe dieser Kategorisierung die „unausweichlichen Verwaltungskosten“ von den sonstigen Kosten abgeschichtet werden können, wie sie in jedem Insolvenzverfahren anfallen.** In der Literatur wird gegenüber diesem Ansatz zu Recht eingewandt, es bestehe die Gefahr, dass man zu dem Rechtszustand, wie er unter der Konkursordnung bestanden habe, wieder zurückkehre (so Wienberg/Voigt, ZIP 1999, 1662, 1663). Es könnten deshalb nur solche Verwaltungskosten berücksichtigt wer-

den, die auch unter § 54 InsO zu subsumieren seien. Letzteres wird z.B. für die **häufig diskutierten Steuerberatungskosten** angenommen, die bei einer gesonderten Beauftragung durch den Insolvenzverwalter als Auslagen im Rahmen der Vergütungsfestsetzung und damit auch als Kosten nach § 54 InsO zu berücksichtigen seien (Wienberg/Voigt, a.a.O., S. 1665).

Nach der grundlegenden Entscheidung des Bundesfinanzhofes aus dem Jahre 1994 (ZIP 1994, 1969 ff.) hat der Insolvenzverwalter alle Pflichten zu erfüllen, die dem Schuldner oblagen, wenn nicht das Insolvenzverfahren eröffnet worden wäre. Dazu gehört auch die **Steuererklärungspflicht**. Die Erfüllung dieser Pflicht ist nicht davon abhängig, ob bei Beauftragung eines Steuerberaters die dafür erforderlichen Kosten aus der Masse aufgebracht werden können (BFH aaO., S. 1972). Ebenso dürfte diese Pflicht davon unberührt sein, ob der Verwalter aus der Masse eine angemessene Vergütung erhalten kann. Etwas anderes gilt allenfalls in den Fällen, in denen für die Steuererklärung umfangreiche Vorarbeiten, wie etwa Buchführung und Gewinnermittlung, erforderlich sind, die vom Verwalter nicht selbst erbracht werden können und für die in der Masse keine Mittel zur Erledigung durch einen Steuerberater vorhanden sind (BFH ZIP 1996, 430, 431). Zur Begründung für diese rigide Position verweist der Bundesfinanzhof auf das übergeordnete öffentliche Interesse an der ordnungsgemäßen Abwicklung des Besteuerungsverfahrens (BFH ZIP 1994, 1972).

Da die Steuererklärungspflicht des Insolvenzverwalters Ausfluss des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das insolvenzbefangene Vermögen des Schuldners ist, enden die steuerlichen Pflichten des Verwalters mit Rückfall der Dispositionsbefugnis an den Schuldner (BFH ZIP 1996, 430, 431). Insofern bestehen auch keine nachwirkenden Verpflichtungen seitens des Verwalters.

Nach derzeitigem Erkenntnisstand dürfte mit der geschilderten Rechtslage keine unzumutbare Härte für die Praxis verbunden sein. Die wiederholt von Verwalterseite vorgetragene Befürchtung, Steuererklärungen für mehrere Veranlagungszeiträume abgeben zu müssen, dürfte in der Mehrzahl der Fälle nicht begründet sein. Vielmehr sind die Finanzämter regelmäßig bemüht, die Veranlagungszeiträume periodengerecht abzuschließen und begnügen sich gegebenenfalls auch mit Schätzungen (vgl. dazu im Einzelnen unten zu 10.2). Im Übrigen ist nach Einschätzung der Finanzver-

waltung das Zwangsgeldverfahren zu umständlich, so dass von ihm bereits unter Praktikabilitätsgesichtspunkten so gut wie kein Gebrauch gemacht werde.

Zu den Steuererklärungspflichten des Verwalters bleibt somit zusammenfassend festzuhalten, dass zwar nach dem geschriebenen Recht weitreichende Pflichten für ihn bestehen, in der Praxis der Steuerverwaltung jedoch eine überwiegend pragmatische Handhabung anzutreffen ist, die die Insolvenzverwalter nicht über Gebühr belastet (vgl. im Einzelnen unten zu 10.2).

## **6.5 Verteilung des Verwertungserlöses**

Nach § 289 Abs. 3 Satz 1 InsO kann ein Restschuldbefreiungsverfahren auch durchgeführt werden, wenn nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit die Insolvenzmasse nach § 209 InsO verteilt und anschließend das Insolvenzverfahren nach § 211 InsO eingestellt wurde. Nach Auffassung des Gesetzgebers ermöglicht auch ein solches Verfahren einen hinreichenden Überblick über die Vermögensverhältnisse des Schuldners, der im Interesse der Gläubiger zwingende Voraussetzung für eine Restschuldbefreiung ist.

Fraglich ist dabei allerdings, wie im Restschuldbefreiungsverfahren eine Verteilung der an den Treuhänder abgetretenen Beträge erfolgen soll, wenn nach einer Einstellung gemäß § 211 InsO noch kein Schlussverzeichnis vorliegt, das gemäß § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO Grundlage für die Verteilung sein soll. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat die insolvenzgerichtliche Praxis befragt, ob dieses Problem aufgetreten ist und wie es gegebenenfalls bewältigt wurde. Das Ergebnis der Umfrage ist eindeutig. Es wurde lediglich ein Fall bekannt, in dem es zu einer Einstellung nach § 211 InsO vor dem Prüfungstermin gekommen ist. Die ganz überwiegende Mehrheit der befragten Gerichte sprach sich dafür aus, in masseunzulänglichen Verfahren, in denen der Schuldner Restschuldbefreiung beantragt hat, vor Einstellung des Verfahrens nach § 211 InsO die angemeldeten Forderungen zu prüfen und das Forderungsverzeichnis öffentlich bekannt zu machen. Ergänzend wird von einigen Gerichten darauf hingewiesen, die Befriedigung der Masseverbindlichkeiten könne nach § 209 InsO



erfolgen, da durch § 289 Abs. 3 Satz 2 InsO die Aufhebung und die Einstellung des Verfahrens gleichgestellt würden.

**Ein Tätigwerden des Gesetzgebers hält die Bund-Länder-Arbeitsgruppe vor dem Hintergrund dieses Ergebnisses der von ihr durchgeführten Umfrage nicht für notwendig.**

## **6.6 Ergebnis**

Zusammenfassend ist zur Behandlung massearmer Verfahren nach der Insolvenzordnung festzuhalten:

Die Darstellung der Haftungsgefahren, die im Zusammenhang mit der Deckung „un-  
ausweichlicher“ Verfahrenskosten in massearmen Verfahren bestehen, spiegelt sich  
nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe in der insolvenzrechtlichen Wirk-  
lichkeit nicht wieder. So wird etwa eine Pflichtenkollision des Verwalters beschrieben,  
der entweder seine außerinsolvenzrechtlichen Pflichten erfüllen könne und dann  
nach § 61 InsO hafte oder diese Pflichten gerade nicht erfülle und deshalb haften  
müsse (so Rattunde/Röder, a.a.O., S. 313). Diese Gefahren dürften überzeichnet  
sein, da der Verwalter die Masseunzulänglichkeit bereits dann anzeigen kann, wenn  
die Masse „voraussichtlich“ unzureichend werden sollte, § 208 Abs. 1 Satz 2 InsO.  
Es besteht somit eher die Wahrscheinlichkeit, dass Verwalter vorzeitig eine Massein-  
suffizienz geltend machen, um die Risiken des § 61 InsO zu minimieren. Der Ver-  
walter hat dabei eine vorausschauende Betrachtung vorzunehmen und die voraus-  
sichtlich noch entstehenden Masseverbindlichkeiten zu berücksichtigen. Er befindet  
sich somit in der Situation eines insolvenzantragspflichtigen Organs einer juristischen  
Person, das ebenfalls die Überschuldung der Gesellschaft zu beobachten hat (so  
Kübler/Prütting/Pape § 208 InsO Rz. 16).

Die behaupteten Legitimitätsdefizite eines Verfahrens, das zu keiner nennenswerten  
Befriedigung der Gläubiger beiträgt, müssen vor dem Hintergrund der Ordnungsfunk-  
tion des Insolvenzverfahrens neu gewichtet werden. Eines der wesentlichen Reform-  
anliegen, in deutlich mehr Fällen als nach dem alten Recht zu einer Verfahrenseröff-

nung zu gelangen, würde konterkariert, wenn durch die Hereinnahme der - durch die Bildung von Fallgruppen kaum justiziabel auszugestaltenden - sog. „unausweichlichen“ Verwaltungskosten in die Kosten des Verfahrens die Verfahrenseröffnung weitgehend vom Vorgehen des vorläufigen Insolvenzverwalters abhängig gemacht würde. Nur in einem eröffneten Verfahren kann überprüft werden, ob die Massearmut des Verfahrens auf gläubigerschädigende Manipulationen im Vorfeld der Insolvenz zurückzuführen ist. Bleibt demgegenüber die Verfahrenseröffnung die Ausnahme, so läuft auch das verschärfte Anfechtungsrecht leer. Ebenso wenig könnte die vom Gesetzgeber angestrebte Vollabwicklung gesellschaftsrechtlicher Schuldner realisiert werden. Für ganz oder teilweise ungesicherte Gläubiger bietet ein funktionierendes Insolvenzrecht eine durch Gesetz eingeräumte Sanktionsmöglichkeit, die sie im Markt auf privater Grundlage nicht haben durchsetzen können. Das Insolvenzrecht leistet damit einen Beitrag zum „Abschreckungsgleichgewicht“ zwischen Schuldern und Gläubigern (Drukarczyk, Unternehmen und Insolvenz, S. 59). Die Verfahrenseröffnung hat in diesem Rahmen auch einen generalpräventiven Charakter. Wenn betrügerische Schuldner nicht mehr darauf vertrauen können, regelmäßig die Abweisung mangels Masse zu erreichen, dürfte sich dies positiv auf die Wirtschaftsmoral auswirken. Ein solcher Abschreckungseffekt kommt jedoch nur dem eröffneten Verfahren zu.

**Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hält es - zusammenfassend - für ausreichend, dass die Verfahrenseröffnung regelmäßig geeignet ist, zu einer besseren Gläubigerbefriedigung beizutragen, mag in einigen Fällen auch einmal die sofortige Masseinsuffizienz drohen. Die bisher in der Literatur vorgetragene Bedenken sind – von dem fehlenden Rechtsmittel gegen die Anzeige der Masseunzulänglichkeit abgesehen - (noch) nicht geeignet, einen dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu begründen.** Sollte sich künftig auf Grund neuer rechtstatsächlicher Erkenntnisse ergeben, dass die „Insolvenz in der Insolvenz“ zu einem Massenphänomen geworden ist, kann hierauf ggf. zu einem späteren Zeitpunkt legislativ reagiert werden.

## **7. Zustellung durch Aufgabe zur Post durch den Insolvenzverwalter**

### **7.1 Gesetzliche Ausgangslage und Problemstellung**

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 InsO geschehen Zustellungen im Insolvenzverfahren von Amts wegen. Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 InsO können diese Zustellungen durch Aufgabe zur Post erfolgen.

Die Aufgabe zur Post ist derzeit in §§ 213, 175 ZPO geregelt. Sie wird dadurch bewirkt, dass das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnort zur Post gegeben wird, § 175 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Bei Zustellungen von Amts wegen hat der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (UdG) in den Akten zu vermerken, zu welcher Zeit und unter welcher Adresse die Aufgabe geschehen ist, § 213 Satz 1 ZPO. Der Aufnahme einer Zustellungsurkunde bedarf es nicht, § 213 Satz 2 ZPO. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unzustellbar zurückkommt, § 175 Abs. 1 Satz 3 ZPO.

Das am 15.03.2001 vom Bundestag verabschiedete Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren (Zustellungsreformgesetz – ZustRG; In-Kraft-Treten: 01.07.2002) regelt die Aufgabe zur Post in § 184 ZPO n.F.. § 184 Abs. 1 Satz 2 ZPO n.F. (Bewirken der Zustellung durch Aufgabe zur Post) entspricht § 175 Abs. 1 Satz 2 ZPO a.F., § 184 Abs. 2 Satz 3 ZPO n.F. (Aktenvermerk des UdG) entspricht § 213 ZPO a.F. Gemäß § 184 Abs. 2 Satz 1, 2 ZPO n.F. gilt das Schriftstück allerdings erst zwei Wochen nach Aufgabe zur Post als zugestellt. Das Gericht kann eine längere Frist bestimmen.

Das Insolvenzgericht kann nach § 8 Abs. 3 InsO den Insolvenzverwalter beauftragen, die Zustellungen durchzuführen. Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang, ob der mit der Zustellung beauftragte Insolvenzverwalter durch Aufgabe zur Post zustellen darf. Dies ist insbesondere deshalb zweifelhaft, weil – wie dargestellt – die Aufgabe zur Post eine Beurkundung (durch den UdG) voraussetzt. Insofern ist unklar, ob diese Befugnis des UdG mit der Übertragung der Zustellung automatisch auf den Insolvenzverwalter übergeht.

Das Gesetz selbst enthält zu der aufgeworfenen Problematik keine ausdrückliche Regelung. Im Schrifttum ist die Frage umstritten. Während teilweise eine Zustellung durch Aufgabe zur Post durch den Insolvenzverwalter für unzulässig gehalten wird,

Bernsen, Probleme der Insolvenzrechtsreform aus Sicht des Rechtspflegers, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, a.a.O., S. 1843 ff., 1849 (Rn 14); Schmerbach in FK-InsO, § 8 Rn 24,

ist nach überwiegender Auffassung eine solche Zustellung möglich

Sabel, ZIP 1999, 305, 307; Kirchhof in HK-InsO, § 8 Rn 10; Prütting/ Kübler/Prütting, InsO, § 8 Rn 14.

## **7.2 Lösungsvorschlag**

### **7.2.1 Zieldefinition**

Die Zustellung durch Aufgabe zur Post führt zu einer erheblichen Erleichterung und Verbilligung der im Insolvenzverfahren durchzuführenden Zustellungen. Diesen Vereinfachungszwecken dient auch die Übertragung der Zustellung auf den Insolvenzverwalter. Es wäre kontraproduktiv, wenn in diesem Rahmen dem Insolvenzverwalter nicht dieselben Möglichkeiten der vereinfachten Zustellung zur Verfügung stünden wie dem Gericht selbst. Dies könnte dazu führen, dass Zustellungen gar nicht erst auf den Insolvenzverwalter übertragen werden und beim Gericht verbleiben, um sie mittels Aufgabe zur Post bewirken zu können. Erfolgt eine Übertragung dennoch und stellt der Insolvenzverwalter förmlich zu, entstehen zusätzliche Kosten. Beide Varianten führen zu höchst unerwünschten Folgen. Im ersten Fall entfällt die Entlastung der Insolvenzgerichte, die durch § 8 Abs. 3 InsO bewirkt werden soll (vgl. hierzu Kirchhof, a.a.O., Rn 9). Im zweiten Fall werden durch die erhöhten Zustellungskosten die Insolvenzmasse und damit die Gläubiger bzw. im Falle der Stundung der Kosten die Gerichtskasse zusätzlich belastet.

**Zur Vermeidung dieser nachteiligen Folgen sollte daher nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe die Zustellung durch Aufgabe zur Post durch den Insolvenzverwalter gesetzlich ausdrücklich ermöglicht werden.**

### 7.2.2 Regelungsvorschlag

Eine klarstellende gesetzliche Regelung bereitet keine größeren Probleme. So **könnte § 8 Abs. 3 dahingehend ergänzt werden, dass das Insolvenzgericht den Insolvenzverwalter beauftragen kann, die Zustellungen im Sinne von Absatz 1 durchzuführen.**

Allerdings sollte zugleich klargestellt werden, **dass sich der Insolvenzverwalter – sowohl bei der Aufgabe zur Post selbst als auch bei dem entsprechenden Aktenvermerk - seines Personals bedienen kann.** Eine eigenhändige Ausführung durch den Insolvenzverwalter oder gar die Beauftragung gerichtlichen Personals erscheint zu aufwendig und würde die Vereinfachungs-, Verbilligungs- und Entlastungsfunktion der auf den Insolvenzverwalter übertragenen Zustellung unterlaufen. Eine Klarstellung in diesem Sinne könnte in einem § 8 Abs. 3 InsO anzufügenden Satz 2 erfolgen:

“Der Insolvenzverwalter kann sich zur Durchführung und Beurkundung der Zustellung Dritter, insbesondere auch eigenen Personals bedienen.”

Durch die vorgeschlagene Regelung wird der Insolvenzverwalter mit hoheitlichen (Beurkundungs-)Befugnissen ausgestattet. Er wäre insofern einem beliebigen Unternehmer vergleichbar. Durchgreifende Bedenken gegen eine solche Rechtsfolge bestehen nicht. Die Beleihung mit Hoheitsbefugnissen ist im Bereich der postalischen Zustellung durchaus üblich, vgl. § 33 Abs. 1 Satz 2 PostG. Die beliebigen Unternehmen müssen, um die notwendige Beförderungslizenz zu erhalten, “zuverlässig” sein, § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 PostG. Eine solche Zuverlässigkeit besitzt, wer die Gewähr dafür bietet, dass er die Rechtsvorschriften einhalten wird, § 6 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 PostG. Hiervon wird man bei einem gerichtlich bestellten oder durch die Gläubigerversammlung gewählten Insolvenzverwalter ausgehen können.

Vgl. § 57 Satz 2 InsO: bei mangelnder Gewähr der Einhaltung von Rechtsvorschriften dürfte mangelnde Amtseignung und damit gem. § 57 Satz 2 InsO ein Grund zur Versagung der Bestellung des Verwalters vorliegen.

### 7.2.3 Elektronische Zustellung

#### Elektronische Anmeldung zur Insolvenztabelle

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe sollte dem Insolvenzverwalter grundsätzlich auch eine elektronische Zustellung ermöglicht werden** (vgl. hierzu § 174 Abs. 3 ZPO n.F.). Dies könnte dadurch erreicht werden, dass die elektronische Zustellung - wie die Aufgabe zur Post - ausdrücklich in § 8 Abs. 1 InsO genannt wird. Der vorgeschlagene Verweis in § 8 Abs. 3 InsO würde dann nicht nur die Aufgabe zur Post, sondern auch die elektronische Zustellung durch den Insolvenzverwalter ermöglichen.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat des Weiteren im Rahmen des elektronischen Rechtsverkehrs die elektronische Anmeldung von Forderungen zur Insolvenztabelle erörtert. Diese ist per E-Mail zusätzlich zur schriftlichen Anmeldung grundsätzlich schon jetzt möglich. Ihre Realisierung als Alternative zur schriftlichen Anmeldung bedarf allerdings noch der weiteren Analyse. Eine Insellösung für den elektronischen Rechtsverkehr nur für den Bereich der Insolvenztabelle ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nicht empfehlenswert. Die Bund-Länder-Kommission für Datenverarbeitung und Rationalisierung in der Justiz (BLK) beschäftigt sich intensiv mit der Erarbeitung von Vorschlägen zur Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs in der Justiz. Ihre Ergebnisse sollten abgewartet werden.

## **8. Niederlegung und Einsichtnahme der Tabelle bei Gericht**

### **8.1 Problemstellung**

Gemäß § 175 Satz 2 InsO ist die Insolvenztabelle mit den Anmeldungen sowie den beigefügten Urkunden innerhalb des ersten Drittels des Zeitraums, der zwischen dem Ablauf der Anmeldefrist und dem Prüfungstermin liegt, in der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen.

Von Teilen der gerichtlichen Praxis ist berichtet worden, die gem. § 175 Satz 2 InsO vorgeschriebene Niederlegung der Insolvenztabelle in der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts zum Zwecke der Einsicht der Beteiligten erfordere einen unangemessenen Aufwand bei Gericht und nehme erhebliche räumliche Kapazitäten in Anspruch. Andererseits werde von dem Einsichtsrecht seitens der Gläubiger zumeist kein Gebrauch gemacht.

Zur Lösung des berichteten Problems wird teilweise vorgeschlagen, die Gläubiger auf die Einsichtnahme in die Tabelle bei dem Insolvenzverwalter zu verweisen. Alternativ wird angeregt, zwar die Insolvenztabelle zur Einsicht in der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts niederzulegen, hinsichtlich der oft sehr umfangreichen Anlagen zur Insolvenztabelle aber lediglich eine Einsichtnahme beim Insolvenzverwalter vorzusehen.

### **8.2 Problemanalyse**

Der beklagte Aufwand bei Gericht entsteht nach den aus der Praxis vorliegenden Berichten weniger durch die – ohnehin nur selten erfolgende – Einsichtnahme in die bei Gericht niedergelegten Unterlagen. Er besteht vielmehr in der Lagerung dieser Unterlagen in den Geschäftsstellen der Insolvenzabteilungen und der hierdurch bedingten Inanspruchnahme räumlicher Kapazitäten. Eine Lösung dieses Problems ist daher nur denkbar, wenn auf eine Lagerung der genannten Dokumente oder eines erheblichen Teils dieser Dokumente bei Gericht vor dem Prüfungstermin gänzlich verzichtet werden könnte.

Eine Analyse des den Prüfungstermin und seine Vorbereitung betreffenden Normengefüges zeigt, dass die **Frage der Niederlegung der Tabelle, der Anmeldungen und der ihnen beigefügten Unterlagen bei Gericht nicht nur die Bestimmungen des § 175 Satz 2 InsO und des § 15a Abs. 4, 5 AktO berührt** (die eine Übergabe der Tabelle an das Insolvenzgericht vor ihrer Niederlegung zur Einsicht voraussetzen). Im Falle der Niederlegung dieser Unterlagen zur Einsicht beim Insolvenzverwalter wäre vielmehr, um eine hinreichende Vorbereitung des Insolvenzgerichts auf den Prüfungstermin zu gewährleisten, die Pflicht des Insolvenzverwalters zu normieren, die zur Einsicht ausgelegte Tabelle einschließlich der Anmeldungen und der beigefügten Unterlagen unmittelbar nach Ablauf des Zeitraums gem. § 175 Satz 2 InsO dem Insolvenzgericht zu übergeben. Die den Anmeldungen beigefügten Urkunden werden in der gerichtlichen Praxis im Prüfungstermin insbesondere dann benötigt, wenn die Forderung bestritten wird und somit erörtert werden muss, § 176 Satz 2 InsO. In derartigen Fällen ist die gerichtliche Kenntnis und rechtzeitige Einsichtnahme in die der Anmeldung beigefügten Unterlagen unerlässlich. Ferner ist zu bedenken, dass Urkunden, aus denen sich die angemeldete Forderung ergibt, dem Insolvenzverwalter mit der Anmeldung nur in Abdruck vorzulegen sind (§ 174 Abs. 1 InsO). Insbesondere diese Unterlagen müssen dem Gericht aber vor dem Prüfungstermin vorgelegt werden. Andernfalls könnte das Gericht nicht rechtzeitig vor diesem Termin erkennen, dass Urkunden i.S.v. § 178 Abs. 2 Satz 3 InsO existieren, und diese vorher nicht im Original vom Gläubiger einfordern. Dies ist aber sinnvoll, um die Feststellungsvermerke gem. § 178 Abs. 2 Satz 3 InsO möglichst noch im Prüfungstermin oder unverzüglich nach seinem Schluss auf den Urkunden anbringen zu können (vgl. § 15 Abs. 6 AktO).

Ist mithin eine rechtzeitige Übergabe der Insolvenztabelle und der mit den Anmeldungen eingereichten Unterlagen vor dem Prüfungstermin an das Insolvenzgericht ohnehin erforderlich, so ist die beklagte Inanspruchnahme räumlicher Kapazitäten bei Gericht unvermeidlich. Eine Niederlegung der Dokumente zur Einsicht beim Insolvenzverwalter würde die Gerichte kaum entlasten. Sie hätte in Bezug auf das Insolvenzverfahren vielmehr eine gewisse Verzögerungswirkung, da sich in Anbetracht der erst später erfolgenden Übergabe der Unterlagen an das Gericht und der in Fol-



ge dessen erst später möglichen Vorbereitung des Prüfungstermins eine kurzfristige Anberaumung des Prüfungstermins nach dem Ablauf der Anmeldefrist (vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 2, 2. Hs. InsO) verbietet.

**Eine Verlagerung des Ortes der Einsichtnahme i.S.v. § 175 Satz 2 InsO empfiehlt sich nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe daher nicht.**

**Eine solche Verlagerung könnte darüber hinaus auch leicht als falsches Signal im Hinblick auf die Frage der Führung der Insolvenztabelle verstanden werden.** Die Führung der Insolvenztabelle obliegt nach der derzeitigen Rechtslage ab der Übergabe der Tabelle durch den Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht (vgl. Merkle, Rechtspfleger 2001, 157 m.w.N., der von einem „Tabellenentwurf“ des Insolvenzverwalters spricht).

**Eine Übertragung der Führung der Tabelle auf den Insolvenzverwalter begegnet demgegenüber schwerwiegenden Bedenken.** Sie hätte zur Folge, dass ein vom Gericht geschaffener Vollstreckungstitel (vgl. §§ 201 Abs. 2, 257 Abs. 1 InsO) von einer nicht mit hoheitsrechtlichen Aufgaben und Befugnissen ausgestatteten Person verwahrt werden müsste. Dies würde nicht nur eine gesetzliche Verpflichtung der Insolvenzverwalter in Bezug auf Form, Herstellung und Behandlung der Insolvenztabelle sowie die Art und Länge ihrer Aufbewahrung - ähnlich den diesbezüglichen Vorschriften des Beurkundungsgesetzes, der Bundesnotarordnung und der Dienstordnung für Notare (DONot) - bedingen. Zu prüfen wäre vielmehr auch, ob an die Bestellung zum Insolvenzverwalter nicht weitere (Eignungs-)Voraussetzungen zu knüpfen wären (z.B. die Gewährleistung eines dauerhaften und leistungsfähigen Büro- und Kanzleibetriebes einschließlich eines zuverlässigen Archivierungs- und Aufbewahrungssystems).

Erhöhte Eignungs- und Zuverlässigkeitskriterien dürften bei einer Führung der Insolvenztabelle durch andere als Gerichtspersonen auch im Hinblick auf die Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen erforderlich sein. Die Befugnis zur Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Urkunden durch die Notare findet (ebenso wie die Herstellung dieser Titel durch die Notare) ihre Legitimationsbasis in den besonderen notarrechtlichen Eignungs- und Zuverlässigkeitskriterien und Aufsichtsmecha-

nismen, die in der Bundesnotarordnung und dem notariellen Standesrecht im Einzelnen normiert sind. Entsprechende Regelungen für Insolvenzverwalter wären im Falle ihrer Ermächtigung zur Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen aus der Insolvenztabelle kaum verzichtbar. Auch wäre eine intensivere Aufsicht durch die Justiz erforderlich. Mit einer Entlastung der Justiz durch die Verlagerung der Tabelle wäre daher kaum zu rechnen.

Der vorstehend skizzierte, umfangreiche und folgenschwere Regelungsaufwand wird durch die vorstehend unter 8.1 geschilderten Probleme nach Auffassung der Bundesländer-Arbeitsgruppe nicht gerechtfertigt. Auch die von Insolvenzverwalterseite zuweilen angeführten IT-technischen Probleme begründen keinen Handlungsbedarf. Sie können durch die Öffnung bzw. Angleichung der Schnittstellen der Justizsoftware gelöst werden.

**Von einer Übertragung weiterer Aufgaben und Befugnisse auf die Insolvenzverwalter in Bezug auf die Führung der Tabelle sollte daher auch aus diesem Grund abgesehen werden.**

## **9. Insolvenzarbeitsrecht**

### **9.1 Anlass der Befassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe**

Von Seiten der Gewerkschaften sind verschiedene, auf die Änderung des Insolvenzarbeitsrechts (§§ 113 ff. InsO) gerichtete Forderungen an die Bund-Länder-Arbeitsgruppe herangetragen worden. Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) und die IG Metall haben eine Trendabfrage zu einzelnen Vorschriften des Insolvenzarbeitsrechts durchgeführt und die Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe übersandt. Im Mittelpunkt der von den Gewerkschaften geäußerten Kritik stehen § 113 InsO (Kündigung von Dienstverhältnissen) und §§ 125, 128 InsO (Interessenausgleich und Kündigungsschutz / Betriebsveräußerung). Nach Auffassung des DGB sind die negativen sozialen Auswirkungen der in § 113 InsO geregelten, verkürzten Kündigungsfrist erheblich. Eine schnellere Sanierung und Beschleunigung der Insolvenzverfahren werde nicht erreicht. Insbesondere die Übernahme durch ein anderes Unternehmen als Hauptfall der Sanierung hänge nicht von den bestehenden Arbeitsverhältnissen, sondern von der wirtschaftlichen Darstellung des zu sanierenden Unternehmens ab. Auch bei § 125 InsO handele es sich um eine verfehlte Regelung. Sein Ziel, schnell Klarheit über den Fortbestand von Arbeitsverhältnissen zu schaffen, werde nicht erreicht. In vielen Fällen würden trotz Namenslisten gerichtliche Kündigungsschutzverfahren durchgeführt. Beklagenswert sei vor allem, dass die Verhandlungsposition der Betriebsräte geschwächt werde.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat die von DGB und IG Metall geäußerte Kritik an den Regelungen des Insolvenzarbeitsrechts mit Vertreterinnen und Vertretern der Gewerkschaften, der Arbeitsgerichtsbarkeit, des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales und mehreren renommierten Insolvenzverwaltern eingehend erörtert. Die Auswertung der Diskussionsergebnisse führt nach einhelliger Auffassung aller Mitglieder der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zu folgender Einschätzung:

## 9.2 § 113 InsO: Kündigung eines Dienstverhältnisses

Nach § 113 Abs. 1 InsO kann ein Dienstverhältnis, bei dem der Schuldner der Dienstberechtigte ist, von dem Insolvenzverwalter und vom anderen Teil ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Diese Regelung enthält eine erhebliche Einschränkung der individuellen Rechte des Arbeitnehmers, wenn die für ihn im konkreten (Nichtinsolvenz-)Fall bestehenden gesetzlichen, tarifvertraglichen oder individualvertraglichen Kündigungsfristen durch die Dreimonatsfrist des § 113 Abs. 1 InsO unterschritten werden bzw. wenn die eigentlich ausgeschlossene ordentliche Kündigung nunmehr wieder möglich wird (zum weiten Geltungsbereich des § 113 Abs. 1 InsO vgl. BAG NZI 1999, 39; BAG ZIP 2000, 1941; vgl. ferner Boemke, NZI 2001, 460). **Eine solche Einschränkung der Arbeitnehmerrechte ist nur gerechtfertigt, wenn gewichtige Gründe für sie sprechen.**

An derartigen Gründen würde es fehlen, wenn längere Kündigungsfristen einer Lösung der im Insolvenzfall eintretenden arbeitsrechtlichen Probleme nicht entgegen stehen würden.

Nach den Berichten der Insolvenzverwalter gelingen in vielen, insbesondere in den großen Insolvenzen einvernehmliche Lösungen mit Betriebsräten und Arbeitnehmern, aufgrund derer vom Arbeitgeberkündigungsrecht des Insolvenzverwalters und der verkürzten Kündigungsfrist des § 113 Abs. 1 InsO kein Gebrauch gemacht wird. Bei der Betrachtung dieser „Musterfälle“ darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass die einvernehmlichen Lösungen vor dem Hintergrund der Existenz des § 113 InsO und damit einer - im Falle der Nichteinigung - verkürzten Kündigungsfrist erfolgen. Die von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe angehörten Insolvenzverwalter haben insofern übereinstimmend berichtet, die Vorschrift des § 113 InsO trage zu einer zügigen einvernehmlichen Lösung erheblich bei.

Einen geeigneten Weg zur Bewältigung der Folgen einer Unternehmensinsolvenz für die Arbeitnehmer stellen auch die sog. Beschäftigungsqualifizierungsgesellschaften

(BQG) dar. In eine solche Gesellschaft werden Arbeitnehmer eines insolventen Unternehmens aufgenommen. Das schuldnerische Unternehmen hat in diesem Fall zunächst keine Arbeitnehmer mehr, was eine Unternehmensübernahme durch Dritte erleichtert. Die Finanzierung der BQG erfolgt mit Hilfe des Strukturkurzarbeitergeldes nach dem Sozialgesetzbuch und des Europäischen Sozialfonds (ESF). Während ihrer Zugehörigkeit zur BQG nehmen die Arbeitnehmer an verschiedenen Qualifizierungs- und Fortbildungsmaßnahmen teil. Sie scheiden sodann zu unterschiedlichen Zeitpunkten wieder aus, wobei im Falle der zwischenzeitlich erfolgten übertragenden Sanierung des insolventen Unternehmens auch eine Übernahme durch den Unternehmenserwerber in Betracht kommt. Werden BQG gebildet, sind einvernehmliche Lösungen möglich, ohne dass die verkürzte Kündigungsfrist des § 113 Abs. 1 InsO unmittelbar relevant wird.

Die BQG sind zweifellos ein geeignetes Mittel, um die arbeitsrechtlichen Folgen einer Insolvenz für die betroffenen Arbeitnehmer zu mildern und die in § 113 Abs. 1 InsO erfolgende Einschränkung von Arbeitnehmerrechten nicht wirksam werden zu lassen. Allerdings kommen BQG aus Gründen ihrer Finanzierbarkeit nur in einem kleinen - meist größere Unternehmen betreffenden - Teil aller Insolvenzen in Betracht. Ihre Existenz darf nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nicht darüber hinweg täuschen, dass in der weit überwiegenden Zahl der Unternehmensinsolvenzen nur die übertragende Sanierung oder die Liquidation des Unternehmens ohne Ausnutzung der Möglichkeiten einer BQG in Betracht kommen.

Somit bleibt festzuhalten, dass einvernehmliche Lösungen der arbeitsrechtlichen Probleme im Insolvenzfall zwar wünschenswert, aber nicht immer möglich sind bzw. nur vor dem Hintergrund des § 113 Abs. 1 InsO zu erzielen sind.

Dennoch wäre die in § 113 InsO erfolgende Einschränkung der Arbeitnehmerrechte nicht zu vertreten, wenn sie nicht durch (weitere) gewichtige Vorteile gerechtfertigt wird.

Vorteile für die von der verkürzten Kündigungsfrist unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer sind nicht erkennbar. Auch eine vor dem Hintergrund einer kürzeren insolvenzrechtlichen Kündigungsfrist erfolgende Einigung zwischen Arbeitnehmer und

Insolvenzverwalter über das Ende des Arbeitsverhältnisses kann als solche noch nicht als Vorteil für den betroffenen Arbeitnehmer verbucht werden. Sie wird aus Sicht des Arbeitnehmers in der Regel hinter einer ggf. längeren regulären Kündigungsfrist zurückbleiben.

**Allerdings ist fraglich, ob die betroffenen Arbeitnehmer im Falle der Nichtgeltung des § 113 InsO von dann maßgeblichen längeren Kündigungsfristen tatsächlich profitieren könnten.** Die von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe angehörten Vertreter der Arbeitsgerichtsbarkeit haben dies - nach Auffassung der Arbeitsgruppe mit überzeugenden Gründen - verneint. Längere Kündigungsfristen als die des § 113 InsO können danach in vielen Insolvenzfällen gar nicht „bedient“ werden, d.h. die entsprechenden Lohnansprüche der Arbeitnehmer könnten aus der Insolvenzmasse nicht realisiert werden. Dies gilt insbesondere in der nach wie vor großen Anzahl von massearmen Kleinverfahren. Im Ergebnis stellt deshalb die kurze Kündigungsfrist in den meisten Fällen für den betroffenen einzelnen Arbeitnehmer nur eine theoretische Beschränkung seiner Rechte, nicht aber eine Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Situation im Verhältnis zur Geltung längerer Kündigungsfristen dar. Dieser Aspekt darf nicht aus den Augen verloren werden, wenn es um die Bewertung und das erforderliche Gewicht von Vorteilen geht, die andere Personen und Personengruppen aus der Vorschrift des § 113 InsO ziehen.

In diesem Rahmen ist zunächst die Gesamtheit der Gläubiger zu nennen. Anlass für die Aufnahme von § 113 InsO in die neue Insolvenzordnung war der **Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger** (par conditio creditorum; vgl. Begründung zu § 127 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 148). Danach würde es eine nicht vertretbare Schlechterstellung der Insolvenzgläubiger bedeuten, wenn nicht mehr benötigte Arbeitnehmer noch längere Zeit hindurch aus der Insolvenzmasse das volle Arbeitsentgelt erhalten müssten (a.a.O.).

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe stellt sich die Geltung längerer Kündigungsfristen im Insolvenzfall aber auch deshalb als problematisch dar, weil sie die Sanierung erhaltungswürdiger Betriebe erschwert.** Eines der wesentlichen Ziele des neuen Insolvenzrechts ist es, die Sanierung insolventer Unternehmen zu fördern und dadurch die volkswirtschaftlich schädliche Zerstörung be-

trieblicher Einheiten und Strukturen so weit wie möglich zu verhindern. Dieser Zielsetzung kann die Geltung langer und starrer Kündigungsfristen entgegen stehen.

Das gilt zum einen für die erhaltende Sanierung. Die Belastung der Masse mit Ansprüchen aus regulär gekündigten Arbeitsverhältnissen verringert das Massepotenzial, das zur Sanierung des Betriebes zur Verfügung steht. Hierdurch wird die Sanierungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens erheblich beeinträchtigt, zumal oftmals - insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen - nicht viel Masse zur Sanierung zur Verfügung steht. Zwischen der Länge der Kündigungsfristen und der Sanierungsfähigkeit eines insolventen Unternehmens besteht somit ein unmittelbarer Zusammenhang.

Die Vertreter der Arbeitsgerichtsbarkeit haben ferner zu Recht darauf hingewiesen, dass die Fortgeltung der regulären Kündigungsfristen in der Insolvenz auch eine Überalterung der betrieblichen Arbeitnehmerschaft fördern bzw. erhalten kann. Während im Insolvenzfall die Arbeitsverhältnisse jüngerer Arbeitnehmer eher und mit kürzeren Fristen gekündigt werden können, stellt sich die Kündigung älterer Arbeitnehmer bei uneingeschränkter Geltung des regulären Arbeitsrechts als problematisch und langwierig dar. Als Folge dessen wird das ohnehin in einer existenzbedrohenden Krise befindliche insolvente Unternehmen zusätzlich noch mit einer ungünstigen Altersstruktur belastet, die eine erhaltende Sanierung deutlich erschweren kann. Die Bestimmung des § 113 InsO, die eine einheitliche Handhabung aller Arbeitsverhältnisse ermöglicht, fördert hingegen die Wahrung bzw. die Herstellung einer günstigen Altersstruktur als Voraussetzung einer erhaltenden Sanierung. „Günstige“ Altersstruktur in diesem Sinne darf dabei nicht als Beschäftigung ausschließlich jüngerer Arbeitnehmer missverstanden werden. Betriebswirtschaftlich sinnvoll ist vielmehr eine Beschäftigungsmischung von jungen und entwicklungsfähigen Arbeitnehmern, Leistungsträgern im mittleren Alter und älteren, erfahrenen Arbeitnehmern, die in der Lage sind, ihre Erfahrung weiter zu vermitteln. **Die Wahrung bzw. – in vielen Fällen – die Herstellung einer solchen gemischten Altersstruktur unter den Beschäftigten zur Sanierung des Unternehmens wird durch die verkürzte Kündigungsfrist des § 113 InsO deutlich erleichtert.**

Ähnliches gilt in Bezug auf die Chancen einer Rettung des Unternehmens im Wege der übertragenden Sanierung. Eine nicht unbeträchtliche Anzahl insolventer Unternehmen verfügt über einen erhaltungswürdigen Kern. In derartigen Fällen ist die Übertragung des Unternehmenskerns auf einen anderen Unternehmensträger sinnvoll. Etwaige Übernehmer sind aber oft nur an einer reduzierten Arbeitnehmerschaft interessiert. Andere insolvente Unternehmen haben insgesamt entweder einen zu hohen oder aber zu ungünstig strukturierten Arbeitnehmerbestand. Potenzielle Erwerber sind zur Übernahme solcher Unternehmen nur dann oder zumindest eher bereit, wenn die betrieblichen Verhältnisse geordnet sind, d.h. eine Restrukturierung des Arbeitnehmerbestandes erfolgt oder zumindest eingeleitet ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch im Insolvenzfall die Bestimmung des § 613a BGB gilt. Bei einer übertragenden Sanierung gehen danach grundsätzlich alle bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber über.

Zur Geltung des § 613a BGB in der Insolvenz vgl. LAG Hamm, DZWIR 2000, 240; Annuß, ZInsO 2001, 49; Lohkemper, ZIP 1999, 1251, jeweils m.w.N.

§ 113 InsO stellt in diesem Rahmen einen gewissen Ausgleich für die nicht erfolgte Einschränkung des § 613a BGB im Insolvenzfall dar und ermöglicht dem Insolvenzverwalter gegenüber Übernahmeinteressenten ein Entgegenkommen im Sinne der vorgenannten Erwartungshaltung des Interessenten.

**Die größten Vorteile einer verkürzten Kündigungsfrist sind nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe jedoch innerhalb der Gruppe der Arbeitnehmerschaft selbst zu finden.** Das kollektive Interesse der Arbeitnehmerschaft eines insolventen Unternehmens ist auf die Erhaltung von möglichst vielen Arbeitsplätzen und damit auf die möglichst weitgehende Erhaltung des Unternehmens gerichtet. Die erfolgreiche Sanierung des Unternehmens ist die unabdingbare Voraussetzung für die Erreichung dieses Ziels. Sie erfordert mitunter gravierende Einschnitte in die Struktur des Unternehmens und seiner Arbeitnehmerschaft. Innerhalb dieses Szenarios ist die verkürzte Kündigungsfrist des § 113 InsO eines von mehreren Handlungsinstrumenten des sanierenden Insolvenzverwalters. So wie in der Insolvenz oft Betriebsteile zugunsten der Erhaltung des sanierungsfähigen Unternehmenskerns aufgegeben werden müssen, dient die rasche Herstellung einer reduzierten bzw. umstrukturierten betrieblichen Arbeitnehmerschaft der Erhaltung der nicht von einer



Kündigung betroffenen Arbeitsverhältnisse. **Die Einschränkung der individuellen Rechte der von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer dient somit dem kollektiven Interesse der Gesamtarbeitnehmerschaft an der Erhaltung möglichst vieler Arbeitsverhältnisse.** Sie dient damit zugleich dem individuellen Interesse der nicht von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer an dem Fortbestand ihrer Einzelarbeitsverhältnisse.

**In Anbetracht dieser Gesichtspunkte empfiehlt die Bund-Länder-Arbeitsgruppe, § 113 InsO nicht aufzuheben.**

### **9.3 §§ 125, 128 InsO: Interessenausgleich und Kündigungsschutz / Betriebsveräußerung**

§ 125 InsO schränkt die gerichtliche Überprüfbarkeit eines zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat zustande gekommenen Interessenausgleichs ein, in dem die Arbeitnehmer namentlich bezeichnet sind, denen gekündigt werden soll.

Die Vorschrift erfüllt nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe eine ähnliche Funktion wie § 113 InsO. Mit Hilfe der durch sie ermöglichten Namenslisten entsteht für den Insolvenzverwalter, für potenzielle Erwerber und für alle Gläubiger einschließlich der Arbeitnehmer des Betriebs selbst zu einem relativ frühen Zeitpunkt Klarheit über die bestehenden Sanierungsmöglichkeiten des insolventen Unternehmens. **Die Vorschrift fördert somit eine zügige Sanierung zum Vorteil aller Beteiligten - vor allem aber auch zum Vorteil der nicht von der Namensliste betroffenen Arbeitnehmer.**

Wie § 113 InsO enthält auch § 125 InsO - im Zusammenspiel mit § 128 InsO - einen gewissen Ausgleich für die Geltung des § 613a BGB in der Insolvenz. Gemäß § 613a Abs. 4 BGB ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs des Betriebs oder eines Betriebsteils unwirksam. Gemäß § 128 Abs. 2 InsO erstreckt sich die Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz Nr. 1 InsO (Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung) auch darauf, dass die Kündigung der Arbeitsverhältnisse

nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt. Eine Unwirksamkeit der entsprechenden Kündigungen gem. § 613a BGB scheidet somit in Fällen einer Namensliste gem. § 125 InsO in aller Regel aus. Dies erhöht die Flexibilität des dem Insolvenzverwalter zur (übertragenden) Sanierung zur Verfügung stehenden Handlungsinstrumentariums. Zugleich wird dem potenziellen Erwerber des insolventen Unternehmens ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit geboten.

Die von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe angehörten Vertreter der Arbeitsgerichtsbarkeit haben ferner darauf hingewiesen, dass auch die Vorschrift des **§ 125 InsO - wie § 113 InsO - die Bildung einer günstigen Altersstruktur erleichtert**. Der durch diese Bestimmung für den Insolvenzverwalter eröffnete Handlungsspielraum gibt ihm die Möglichkeit, problematische und ggf. für die Insolvenz des Betriebes mit verantwortliche Alterstrukturen aufzubrechen und entsprechend den betrieblichen Bedürfnissen umzugestalten.

Nach den Berichten der von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe angehörten Insolvenzverwalter gehen die Betriebsräte mit der ihnen durch § 125 InsO eingeräumten Verantwortung in aller Regel sehr gewissenhaft um. Die mit ihnen geführten Gespräche seien stets sehr schwierig und sehr ausgewogen. Keineswegs setze sich der Insolvenzverwalter bei diesen Gesprächen mit seinen Vorstellungen stets durch.

Nicht zu verkennen ist allerdings die Gefahr, dass in Einzelfällen unerfahrene Betriebsräte im Rahmen eines Interessenausgleichs gem. § 125 InsO Namenslisten zustimmen, die nicht den Kriterien einer ordnungsgemäßen Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer in sozialer und anderer Hinsicht entsprechen. Dieser Gefahr sollte jedoch nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe in Anbetracht der dargestellten Vorteile des § 125 InsO nicht mit einer Streichung der Vorschrift begegnet werden. Es ist die Aufgabe des Betriebsrates, sich - ggf. durch Fortbildungsmaßnahmen - hinreichende Kenntnisse betriebsverfassungs- und individualarbeitsrechtlicher Art zu verschaffen, um die ihm übertragenen Aufgaben mit der erforderlichen Sachkunde ausüben zu können. Ggf. kommt auch eine gewerkschaftliche Unterstützung in Betracht, wenn der Betriebsrat im Einzelfall mit der Aufstellung von Namenslisten überfordert sein sollte. In Fällen fehlerhafter Namenslisten steht es

zudem den betroffenen Arbeitnehmern frei, Kündigungsschutzklagen zu erheben und die für sie nachteiligen Folgen der fehlerhaften Auswahl zu verhindern.

Nicht zu verkennen ist auch, dass von Namenslisten oft Arbeitnehmer mit unterdurchschnittlichem Leistungsvermögen betroffen sein werden, deren Chancen auf eine anschließende Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt in Zeiten der wirtschaftlichen Stagnation begrenzt sind. Die Chancen dieser Arbeitnehmergruppe auf einen langfristigen Erhalt ihres Arbeitsplatzes wären jedoch auch im Falle der Nichtexistenz von Namenslisten gering. Die Erfolgsaussichten einer Sanierung sind nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ohne die durch die Aufstellung von Namenslisten geförderte Möglichkeit der Schaffung einer geordneten, übersichtlichen und betriebswirtschaftlichen Erfordernissen entsprechenden Altersstruktur deutlich geringer. Im Falle der gescheiterten Sanierung des insolventen Unternehmens ist aus Sicht der vorgenannten Arbeitnehmergruppe mithin ein Verlust des Arbeitsplatzes ebenso zu befürchten wie im Falle der Aufstellung einer Namensliste gem. § 125 InsO.

Soweit teilweise eingewandt wird, die Praxis zeige, dass die Aufstellung von Namenslisten die Zahl der Kündigungsschutzprozesse nicht vermindere, spricht dies nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nicht gegen die Aufstellung von Namenslisten. Entscheidend im Hinblick auf die Sanierungschancen eines insolventen Betriebes ist nicht eine etwaige Verminderung der Zahl von Kündigungsschutzprozessen, sondern die durch die Regelung des § 125 InsO bewirkte höhere Vorsehbarkeit ihres Ausgangs. **Namenslisten fördern somit die für die Sanierung eines Unternehmens äußerst bedeutsame Planungssicherheit.**

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe handelt es sich auch bei den Vorschriften der §§ 125, 128 InsO um Regelungen, die - im Gesamtinteresse der betrieblichen Arbeitnehmerschaft - die Erhaltung bzw. sanierende Übertragung von insolventen Betrieben erleichtern. Eine Streichung dieser Bestimmungen ist ebenfalls nicht empfehlenswert.**

#### 9.4 Fazit

**Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ ist – zusammenfassend - der Auffassung, dass das Insolvenzarbeitsrecht keine Schwachstellen aufweist, die einen Eingriff in das diesbezügliche, ausgewogene Regelungsgefüge der Insolvenzordnung rechtfertigen.** Erforderlich ist eine Gesamtschau aller im Rahmen einer Insolvenzverwaltung zu berücksichtigenden Interessen. Einzubeziehen sind damit nicht nur die Interessen der Arbeitnehmer, deren Rechte durch die Vorschriften des Insolvenzarbeitsrechts im konkreten Fall unmittelbar eingeschränkt werden. Einzubeziehen sind vielmehr die Interessen aller Gläubiger und damit auch und vor allem das kollektive Interesse der Gesamtarbeitnehmerschaft des insolventen Unternehmens an der Sanierung und Erhaltung möglichst vieler Arbeitsverhältnisse. Es ist die - vielleicht tragische - Konsequenz der Insolvenzsituation, dass dieses Ziel mitunter nur durch die vereinfachte und beschleunigte Kündigung einzelner Arbeitsverhältnisse erreicht werden kann, wie sie durch die Vorschriften insbesondere der §§ 113, 125 und 125 InsO ermöglicht wird. Eine Streichung dieser Vorschriften würde daher nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe langfristig nicht die Erhaltung von Arbeitsplätzen fördern, sondern sie gefährden. Sie empfiehlt sich aus diesem Grunde nicht.

Allerdings **sollte nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe auch eine - von manchen Stimmen geforderte - Vorverlagerung der Geltung der §§ 113, 125 ff. InsO in das Eröffnungsverfahren nicht erfolgen.** Wegen der mit ihr verbundenen Erhöhung der Flexibilität der (vorläufigen) Insolvenzverwaltung und der damit einher gehenden Erhöhung der Chancen zur Erhaltung des insolventen Betriebes und seiner Arbeitsplätze sprechen für sie zwar gewichtige Argumente. Es ist aber nicht zu verkennen, dass eine Vorverlagerung auch die erhebliche Gefahr des Missbrauchs der erleichterten Kündigungsmöglichkeiten bzw. verkürzten Kündigungsfristen beinhaltet. Von ihr sollte daher abgesehen werden.

Gedacht werden könnte nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe allenfalls an eine Streichung der Vorschriften der **§§ 122, 126, 127 InsO**. Nach den insoweit übereinstimmenden Ausführungen der von der Arbeitsgruppe angehörten Vertreter der Arbeitsgerichtsbarkeit, der Insolvenzverwalter und der Gewerkschaftsvertreter

sind diese Bestimmungen in der insolvenzrechtlichen Praxis weitgehend bedeutungslos bzw. nur schwer praktikabel. Andererseits wird aber auch von negativen Auswirkungen der genannten Normen nicht berichtet. **Nach Auffassung der Arbeitsgruppe sollte daher derzeit** - gut drei Jahre nach In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung - **noch davon abgesehen werden, die Vorschriften ersatzlos zu streichen.** Dies kann ggf. zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. **Das insgesamt ausgewogene Gesamtgefüge des Insolvenzrechts sollte derzeit nicht verändert werden.**

## 10. Steuerrechtliche Probleme

Die Durchführung eines Insolvenzverfahrens wirft auch besondere steuerrechtliche Probleme auf. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat die beiden insoweit wichtigsten Fragestellungen erörtert:

### 10.1 Die Besteuerung des Sanierungsgewinns

Wegen der besonderen Dringlichkeit des Problems der Besteuerung des Sanierungsgewinns hat die Arbeitsgruppe bereits in ihrem im Frühjahr 2000 vorgelegten Zwischenbericht die Besteuerung des Sanierungsgewinns thematisiert (Zwischenbericht S. 128 f.). Sie hat insoweit ausgeführt:

**„Ein Hemmnis für erfolgreiche Unternehmenssanierungen bildet die Besteuerung des Sanierungsgewinns.** Nach Streichung des § 3 Nr. 66 EstG durch das Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29.10.1997 (BGBl. 1997, 2590) sind Sanierungsgewinne grundsätzlich als steuerpflichtige Betriebseinnahmen anzusehen (zur Problematik der Besteuerung von Sanierungsgewinnen vgl. Kroschel, DStR 1999, 1383 m.w.N.; Kroschel/Wellisch, DStR 1998, 1661; Georg, ZInsO 2000, 93, 94 f.; Vögeli, ZInsO, 2000, 144). Die Frage, ob die Steuerpflicht von Sanierungsgewinnen im Einzelfall durch Billigkeitsentscheidungen (z.B. einen **Erläss**) gemildert werden kann, wird in der steuerrechtlichen Literatur uneinheitlich beantwortet (Kroschel, DStR 1999, 1383, 1384/1385, 1387 m.w.N.). Auch die Möglichkeit, den Sanierungsgewinn vollständig **mit Verlustvorträgen zu verrechnen**, ist in vielen Fällen nicht gegeben (Georg, a.a.O.; Kroschel, a.a.O., S. 1386). Eine **Steuerstundung** setzt gem. § 222 AO voraus, dass der Anspruch durch die Stundung nicht gefährdet wird. Diese Voraussetzung wird aber im Falle von zu sanierenden, in der Insolvenz befindlichen Unternehmen zumeist nicht gegeben sein.

Als Lösung bietet sich an, **auf die Besteuerung des Sanierungsgewinnes ganz zu verzichten** und die vor der Streichung von § 3 Nr. 66 EStG beste-

hende Rechtslage wieder herzustellen. Hiergegen wird von Teilen der steuerrechtlichen Literatur allerdings geltend gemacht, die Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen widerspreche dem im Steuerrecht geltenden Grundsatz der Einmalbesteuerung von Gewinnen und begründe ein ungerechtfertigtes Steuerprivileg (Kroschel, a.a.O., S.1386 m.w.N.). Als Alternative wird eine **zeitliche Verschiebung der Besteuerung** vorgeschlagen (Kroschel, a.a.O., S.1388 m.w.N.). Nach diesem Modell kann der nach Verrechnung mit einem etwaigen Verlust(-vortrag) verbleibende Sanierungsgewinn in eine steuerfreie Rücklage eingestellt werden, die über einen längeren Zeitraum nach und nach gewinnerhöhend aufzulösen ist (vgl. zu einer solchen Rücklage im Zusammenhang mit der Umrechnung in Euro: § 6 d EStG).

Die Beantwortung der Frage, welche der diskutierten Möglichkeiten zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Sanierungsziel einerseits und Steuergerechtigkeit andererseits am besten geeignet ist, bedarf der vertiefenden Prüfung, die auch die betroffenen steuerrechtlichen Aspekte einbezieht.

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe besteht - unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der steuerrechtlichen Regelungen - ein dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf, um nicht durch die Sofortbesteuerung von Sanierungsgewinnen den Erfolg insolvenzrechtlicher Sanierungsbemühungen und damit den Erhalt von Unternehmen und Arbeitsplätzen zu gefährden.“**

**An dieser Einschätzung hält die Bund-Länder-Arbeitsgruppe ausdrücklich fest.**

Eine Änderung der Rechtslage hat sich seit dem Zwischenbericht der Arbeitsgruppe trotz der fortbestehenden Dringlichkeit einer Problemlösung nicht ergeben. Eine abschließende Lösung wurde bisher von den zuständigen Finanzressorts des Bundes und der Länder noch nicht entwickelt.

Zahlreiche renommierte Insolvenzverwalter und die insolvenzrechtliche Literatur haben nach dem Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe weiterhin auf die Brisanz und die Lösungsbedürftigkeit des Problems hingewiesen.

Eingehend Maus, ZIP 2002, 589; ders., NZI 2000, 449 ff.; Take/Schmidt-Sperber, ZInsO 2000, 374 ff. (jeweils m.w.N.),

Nach einer von dem Deutschen Anwaltverein auf Bitte der Bund-Länder-Arbeitsgruppe im Frühjahr 2002 durchgeführten Erhebung sehen 63 von 68 befragten Insolvenzverwaltern die Besteuerung des Sanierungsgewinns als ein wesentliches Hindernis im Insolvenzplanverfahren an. In 270 Fällen wurde eine Sanierung wegen der steuerlichen Lasten aus dem Sanierungsgewinn von den befragten Insolvenzverwaltern gar nicht erst in Angriff genommen. 54 der befragten Verwalter prognostizieren bei Abschaffung der Besteuerung des Sanierungsgewinns positive Auswirkungen auf die Anzahl der zu erhaltenden Arbeitsplätze.

Die Bundesregierung hat einen Handlungsbedarf über die bestehenden Regelungen hinaus zunächst verneint (Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der PDS-Bundestagsfraktion vom 02.08.2000, BT-Drs. 14/3970). Sie hat die Auffassung vertreten, die Vermutung, dass durch die Streichung der Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen der Fortbestand von Unternehmen gefährdet worden sei, treffe nicht zu (a.a.O.).

Dennoch haben sich die Finanzressorts des Bundes und der Länder weiterhin mit der Thematik befasst. Sie haben u.a. die Vereinbarkeit einer (teilweisen) Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen mit dem europäischen Beihilferecht geprüft. Dabei hat sich ergeben, dass eine allgemeine Regelung zur (teilweisen) Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen aus EG-rechtlicher Sicht unbedenklich ist. Ferner wurde eine Umfrage unter den Oberfinanzdirektionen der Länder zur ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Sanierungsgewinnen durchgeführt. Sie hat nach Mitteilung der Finanzressorts ergeben, dass weniger als 50 konkrete Einzelfälle im Zusammenhang mit Verfahren nach der Insolvenzordnung benannt werden konnten, in denen sich eine jeweils beabsichtigte Sanierung bzw. Schuldenbereinigung bei nicht bzw. nicht in ausreichendem Umfang vorhandenen Verlustvorträgen unter dem Gesichtspunkt „Besteuerung der Sanierungsgewinne“ als problematisch erwiesen habe.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat sich nach ihrem Zwischenbericht mehrfach an die Finanzressorts des Bundes und der Länder gewandt und darum gebeten, der Sache Fortgang zu geben. Sie hat während der gemeinsamen Tagung ihrer Unterar-



beitsgruppe mit den Vertretern der Finanzressorts des Bundes und mehrerer Bundesländer am 06. März 2001 nachdrücklich auf die fortbestehende Dringlichkeit einer Problemlösung hingewiesen.

Besonders problematisch sind nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe die Fälle von sanierungsbedürftigen Personengesellschaften, in denen nicht genügend Verlustvorträge vorhanden sind. Eine Besteuerung des Sanierungsgewinns führt hier sofort zu neuen, erheblichen Verbindlichkeiten, die einer erfolgreichen Sanierung entgegen stehen. Die von den Finanzressorts durchgeführte Umfrage bei den Finanzbehörden zur ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Sanierungsgewinnen geht in vorstehendem Zusammenhang nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe von einem unzutreffenden Ansatz aus. Das Umfrageergebnis, dass die Finanzbehörden der Länder nur von wenigen Fällen zu berichten wissen, in denen sich eine jeweils beabsichtigte Sanierung bzw. Schuldenbereinigung unter dem Gesichtspunkt der „Besteuerung der Sanierungsgewinne“ als problematisch erwiesen hat, war vorherzusehen. Die nach geltendem Recht durchzuführende Besteuerung des Sanierungsgewinns ist den Insolvenzverwaltern bekannt. Es ist nicht ihre Aufgabe, Sanierungsverfahren zu betreiben und Insolvenzpläne zu entwickeln, die vor dem Hintergrund des geltenden Steuerrechts von Anfang an keine realistische Umsetzungchance haben. In vielen Fällen verzichten sie daher von vornherein auf die Entwicklung von Insolvenzplänen und den Versuch der erhaltenden Sanierung eines insolventen Unternehmens. In günstigen Fallkonstellationen mag sich eine übertragende Sanierung als Lösung anbieten. Oft bleibt jedoch nur noch die Liquidation des Unternehmens als einzige Alternative der Verfahrensabwicklung. Dabei handelt es sich um die - insbesondere aus Sicht der betroffenen Arbeitnehmer - schlechteste Alternative innerhalb der Trias „erhaltende Sanierung, übertragende Sanierung und Liquidation“.

Zu berücksichtigen ist aber auch, dass die Besteuerung von Sanierungsgewinnen nicht nur bei Unternehmenssanierungen und Insolvenzplänen eine Rolle spielt, sondern auch im Zusammenhang mit der Restschuldbefreiung von Bedeutung ist. Im Falle der Restschuldbefreiung führen die Verbindlichkeiten, von denen der Schuldner befreit worden ist, zu einer Besteuerung des durch die Restschuldbefreiung erlangten „Einkommens“ des Schuldners. Der Schuldner sieht sich mithin nach der Restschuldbefreiung sofort wieder neuen (Steuer-)Verbindlichkeiten gegenüber. Nach

Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist dieses Ergebnis mit den wirtschafts-, sozial- und rechtspolitischen Zielsetzungen des durch die Insolvenzordnung im Jahr 1999 im deutschen Recht erstmals eingeführten Instituts der Restschuldbefreiung nicht vereinbar.

**Das Problem der Besteuerung des Sanierungsgewinns sollte nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nunmehr mit besonderer und mittlerweile erhöhter Dringlichkeit einer baldigen Lösung zugeführt werden.**

## **10.2 Steuererklärungspflicht des Insolvenzverwalters**

### **10.2.1 Problemstellung**

Eine aus Sicht des Insolvenzverwalters problematische Situation entsteht, wenn er von den Finanzbehörden anstelle des Schuldners zur Abgabe von Steuererklärungen aufgefordert wird. Zu den Pflichten, die nach der Insolvenzordnung auf den Insolvenzverwalter mit seiner Bestellung übergehen, gehört auch der steuerrechtliche Pflichtenkreis des Schuldners. Vor allem in masselosen, vermögenslose Kleingewerbetreibende betreffenden Verfahren kann dies zu Härten führen (vgl. unter 6.4.2). Hier besteht - zumindest theoretisch - die Gefahr der Zwangsgeldfestsetzung gegen den Insolvenzverwalter zur Durchsetzung der ihn treffenden Steuererklärungspflicht. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang die Vergütungssituation des Insolvenzverwalters in masselosen Verfahren. Dem Insolvenzverwalter kann nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe für eine Vergütung von 500,- EUR (vgl. § 2 Abs. 2 InsVV) nicht zugemutet werden, eine Insolvenz ordnungsgemäß abzuwickeln und zugleich die Steuererklärungen für mehrere zurückliegende Jahre abzugeben. In seiner Entscheidung vom 23.08.1994 (BStBl. II 1995, 194) hat der BFH allerdings erkannt, es sei in der Regel unerheblich, ob die Konkursmasse über ausreichende Mittel verfüge, um Steuererklärungen durch einen Dritten erstellen zu lassen. Der Konkursverwalter könne die Abgabe der Steuererklärung nicht mit der Begründung ablehnen, die Kosten für die Erstellung der Steuererklärung durch einen Steuerberater könnten nicht aus der Konkursmasse beglichen werden. Wenn andererseits das Insolvenzverfahren in Anbetracht der Steuererklärungspflicht des Verwalters und den

mit ihr verbundenen Kosten wegen Masseunzulänglichkeit eingestellt werden müsste (vgl. dazu oben zu Ziff. 6.4.2), ginge die wichtige Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens verloren.

### **10.2.2 Stellungnahme der Finanzressorts zur steuerrechtlichen Praxis**

Um die vorstehend aufgezeigte Problematik näher auszuleuchten, hat die Bund-Länder-Arbeitsgruppe Vertreter der Finanzressorts des Bundes und mehrerer Bundesländer zu einer gemeinsamen Besprechung eingeladen, die am 06. März 2001 in Berlin stattgefunden hat. Dabei haben die Vertreter der Finanzressorts übereinstimmend darauf hingewiesen, dass die von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe aufgeworfene Fragestellung in der steuerrechtlichen Praxis nur selten Bedeutung erlange. Im Regelfall erfolge im Falle der Nichterfüllung von Steuererklärungspflichten durch den Schuldner zumindest für die vergangenen Veranlagungszeiträume eine Schätzung seitens des Finanzamtes.

Die Schätzung bewirke zwar nicht, dass der Schuldner bzw. der Insolvenzverwalter von der Pflicht zur Steuererklärung befreit sei. Eine Befreiung komme schon aus Gründen der Gleichbehandlung mit anderen, nicht in der Insolvenz befindlichen Steuer- und Vollstreckungsschuldnern nicht in Betracht. Auch müsse die Kehrseite der Steuerklärungspflicht, das Steuerklärungsrecht bedacht werden. Sei beispielsweise eine Schätzung zu hoch, dann müsse dem Insolvenzverwalter das Steuerklärungsrecht zustehen, um eine niedrigere Steuerfestsetzung erreichen zu können. Auf das Steuerklärungsrecht des Insolvenzverwalters könne daher nicht verzichtet werden. Aus diesem Grunde komme aber auch eine einseitige Befreiung von der Steuerklärungspflicht nicht in Betracht.

Die Finanzämter seien jedoch bemüht, die Veranlagungszeiträume periodengerecht abzuschließen. Der Insolvenzverwalter habe daher in der Regel nur die aktuellen Steuererklärungspflichten zu erfüllen. Eine Befragung der Finanzämter habe ergeben, dass Zwangsgeldfestsetzungen gegen Insolvenzverwalter zur Durchsetzung von Steuerklärungspflichten die absolute Ausnahme seien. Die Finanzämter würden in aller Regel die Steuersachverhalte mit Hilfe der Schätzungen abschließen und

die - theoretisch fortbestehenden - Steuererklärungspflichten der Insolvenzverwalter nicht mit Zwangsmitteln durchsetzen. Vor den Schätzungen würden die Insolvenzverwalter zur Abgabe der Steuererklärung aufgefordert. In etwa 50 % aller Fälle würden von den Insolvenzverwaltern dann auch Steuerklärungen abgegeben. In Anbetracht der Praxis der Finanzämter, in den übrigen Fällen zu schätzen und keine Zwangsmittel gegen die Insolvenzverwalter festzusetzen, könne nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Steuerklärungspflicht des Insolvenzverwalters in masselosen Verfahren um ein praktisch relevantes Problem handele.

### 10.2.3 Bewertung

Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist die von den Finanzressorts dargestellte Behandlung der Steuererklärungspflichten des Insolvenzverwalters durch die Finanzämter ein praxistauglicher Kompromiss zwischen Funktion und Aufgabenbereich der Insolvenzverwaltung einerseits und der Steuerklärungspflicht des Insolvenzverwalters andererseits. Die befürchteten Probleme im Hinblick auf die Steuerklärungspflicht der Insolvenzverwalter in massearmen Verfahren dürften bei Zugrundelegung der von den Finanzressorts dargestellten Schätzungspraxis der Finanzämter weitgehend theoretischer Natur bleiben. Sollte im Einzelfall der Insolvenzverwalter von der Finanzverwaltung zur Erfüllung von umfangreichen Steuerklärungspflichten angehalten werden, bleibt ihm im Hinblick auf die hierbei entstehenden Kosten immer noch die Möglichkeit der Anzeige der Masseunzulänglichkeit. Fälle, die Sanktionen von Finanzämtern gegenüber Insolvenzverwaltern auch bei Masseunzulänglichkeitsanzeigen belegen, sind nicht bekannt geworden. Sie wurden der Bund-Länder-Arbeitsgruppe auch aus Insolvenzverwalterkreisen nicht benannt. Die Finanzressorts haben dagegen mitgeteilt, dass die Entscheidung des BFH vom 23.08.1994 in der Praxis keine praktische Relevanz entfaltet habe. Solange keine gegenteiligen Fälle bekannt werden, ist daher **ein aktueller Handlungsbedarf nicht erkennbar**.

**Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vor diesem Hintergrund derzeit nicht.**

## **11. Wahrnehmung der Gläubigerstellung bei Bund, Ländern und Gemeinden**

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat sich auf Anregung Mecklenburg-Vorpommerns mit dem Problem der Wahrnehmung der Gläubigerstellung bei Bund, Ländern und Gemeinden befasst.

### **11.1 Ausgangslage**

Gemäß § 304 ff. InsO sind im Verbraucherinsolvenzverfahren ggfs. zwei Versuche einer einvernehmlichen Schuldenregulierung zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern zu unternehmen, bevor es zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommen kann. Ziel und Zweck des außergerichtlichen Einigungsversuchs und des gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahrens ist es, frühzeitig eine verbindliche und rechtlich tragfähige Vereinbarung über die Schuldenregulierung zu erreichen und dadurch den mit dem eigentlichen Insolvenzverfahren und der anschließenden Wohlverhaltenszeit verbundenen Aufwand nach Möglichkeit zu vermeiden. Die erzielte Einigung ist in ihrer materiell-rechtlichen Wirkung der gerichtlich angeordneten Restschuldbefreiung nach §§ 300, 301 InsO vergleichbar, allerdings mit der Einschränkung, dass sie nur gegenüber denjenigen Gläubigern wirkt, die sich außergerichtlich vertraglich daran beteiligt haben oder durch ihre prozessuale Beteiligung im gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahren davon erfasst worden sind.

Diese besondere Ausgestaltung des Verbraucherinsolvenzverfahrens bringt es - anders als beim Regelinsolvenzverfahren - mit sich, dass bereits vor der Verfahrenseröffnung, nämlich im Rahmen des außergerichtlichen Einigungsversuchs und beim gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahren, sämtliche bekannten Gläubiger wirksam und umfassend beteiligt werden müssen, wenn der mit der Restschuldbefreiung verfolgte gesetzliche Zweck („fresh start“) für den Schuldner in rechtlich tragfähiger Weise erreicht werden soll. In den Fällen, in denen Körperschaften als Gläubiger zu berücksichtigen sind, setzt deren ordnungsgemäße passive Beteiligung nach allgemeinen zivilrechtlichen und prozessualen Regeln voraus, dass die Erklärungen des Schuldners bzw. des Gerichts richtig adressiert sind, also den jeweils vertretungsberechtigten Organen zugehen bzw. zugestellt werden. Umgekehrt müs-

sen die im Verfahren vorgesehenen bzw. abgegebenen materiell-rechtlichen und prozessualen Erklärungen der Körperschaft als Gläubiger diesen Organen und damit der von ihnen vertretenen Körperschaft nach speziellen und allgemeinen Vertretungsregeln zuzurechnen sein.

Bei Bund und Ländern richtet sich die Vertretung der Körperschaft und die damit verbundene Aufgabenzuweisung nach dem jeweils geltenden öffentlichen Organisationsrecht. Dies kann im Hinblick auf die angestrebte umfassende Schuldenregulierung praktische Probleme bereiten. Die Verbindlichkeiten eines Schuldners können als Forderungen der Körperschaft je nach Sachbezug von vielen verschiedenen im Einzelfall zuständigen Behörden verwaltet werden. Deren aktive und passive Vertretungsmacht für die Körperschaft endet an der räumlich oder sachlich definierten Grenze ihrer jeweiligen Zuständigkeit. Ihre materiell-rechtlichen Erklärungen bzw. ihr prozessuales Verhalten binden die betroffene Körperschaft nur in diesem Bereich.

## **11.2 Die geltende Rechtslage und ihre praktischen Konsequenzen**

Der Begriff des „Gläubigers“ im Sinne der Insolvenzordnung ist materiell-rechtlich definiert. Gläubiger ist danach diejenige natürliche oder juristische Person, die Inhaberin einer Forderung gegen den insolventen Schuldner ist (vgl. § 38 InsO). Dementsprechend kann eine Person immer nur ein Gläubiger sein und zwar auch dann, wenn sie mehrere Forderungen gegen denselben Schuldner hat. Dies wirkt sich im gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahren gem. § 307 Abs. 1, 2, § 308 Abs. 3 Satz 2 InsO dahingehend aus, dass auch in dem Plan nicht erwähnte Forderungen erlöschen, falls nicht fristgerecht widersprochen wird. Gerade „professionelle“ Großgläubiger (z. B. Banken) müssen deshalb darauf achten, dass nicht ein Teil ihrer gegen denselben Schuldner gerichteten Forderungen im Schuldenbereinigungsplanverfahren übersehen wird und demzufolge unerkannt erlischt (vgl. Kirchhof, ZInsO 1998, 54, 57 f.).

Organe einer Körperschaft, die nach deren interner Organisation für diese eine Forderung verwalten (d.h. sie gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen und ggf. zwangsweise beizutreiben haben oder auch erlassen können), können nicht unter den vorstehend definierten Begriff des „Gläubigers“ im Sinne der Insolvenzordnung subsumiert werden. Sie vertreten lediglich die Körperschaft (den „Rechtsträ-

ger"), ohne selbst Inhaber der Rechte zu sein, über die sie verfügen können. Die Annahme einer „funktionalen“ Rechtsinhaberschaft der zwar sachbefugten, aber nicht rechtsfähigen Behörden ist mit dem geltenden Recht nicht vereinbar. Danach sind Behörden keine Verwaltungsträger mit eigenen Rechten. Die im Grundgesetz festgeschriebene Aufgabendeckonzentration staatlichen Handelns geht grundsätzlich nur von Bund, Ländern und Gemeinden als Trägern öffentlicher Verwaltung aus. Innerhalb dieser durch die vertikale Aufgabenteilung des Grundgesetzes bestimmten Verwaltungsträger bestehen Organisationsregeln, auf Grund deren die von dem Träger der Verwaltung zu treffenden Entscheidungen dezentralisiert und meist in organisatorisch verfestigter Form („Behördenaufbau“) getroffen werden. Eine auch rechtliche Verfestigung solcher organisierter Entscheidungskompetenzen im Sinne einer Rechtsinhaberschaft der zuständigen Verwaltungsorganisation setzt deren Rechtsfähigkeit und eine bestimmte Rechtsform (als Körperschaft des öffentlichen Rechts, Anstalt des öffentlichen Rechts oder Stiftung des öffentlichen Rechts) voraus. Sie können grundsätzlich nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes gebildet werden (vgl. Becker, Öffentliche Verwaltung, S. 204 f.).

In der Rechtsordnung kommen diese Grundsätze an verschiedenen Stellen dadurch zum Ausdruck, dass dem Fiskus in bestimmten Konstellationen ausdrücklich eine Sonderstellung eingeräumt wird. In derartigen Fällen sind für bestimmte Rechtsfolgen gegenüber dem Fiskus - insbesondere bei der Aufrechnung - die die zuständige Kasse bzw. Behörde betreffenden Verhältnisse entscheidend (vgl. § 395 BGB und § 18 ZPO). Im Bereich der Steuerforderungen (Problem der Zuständigkeit verschiedener Verwaltungsträger im Hinblick auf die unterschiedliche Ertrags- bzw. die Verwaltungshoheit) stellt § 226 AO i.V. m. §§ 6, 16 ff AO - insoweit alternativ - ebenfalls auf die Behörde der verwaltenden Körperschaft ab, die neben der Körperschaft, der im Einzelfall die Ertragshoheit an der betreffenden Forderung zusteht, aufrechnen kann oder die Aufrechnung gegen sich gelten lassen muss.

In dem vorliegend zu betrachtenden Zusammenhang des Insolvenzverfahrens gibt es keine vergleichbare Regelung, nach der die für die Verwaltung der staatlichen Forderungen zuständigen Behörden (fiktiv) wie (verschiedene) Gläubiger zu behandeln sind.

In den beiden Stadien des Versuchs der einvernehmlichen Schuldenbereinigung ergeben sich daraus die folgenden praktischen Konsequenzen:

### 11.2.1 Außergerichtlicher Einigungsversuch

Der von dem Schuldner zum Zweck der Schuldenbereinigung vorzulegende Plan und die ggf. darauf fußende Vereinbarung muss alle (bekannten) Gläubiger mit einer erschöpfenden Aufzählung der jeweiligen Verbindlichkeiten enthalten. Denn die Einbeziehung aller Gläubiger und Verbindlichkeiten ist das Ziel und damit auch die wesentliche Grundlage des darüber abzuschließenden Vertrages. Bei Forderungen eines öffentlichen Gläubigers, insbesondere eines Landes, ist letzteres in dem Plan als Gläubiger zu bezeichnen, das von der zuständigen verfügungsbefugten Behörde vertreten wird. Bestehen mehrere verschiedene Forderungen eines Landes, sind die jeweils zuständigen Behörden als Vertreter des Landes zu benennen und an den Verhandlungen über die angetragene Schuldenbereinigung zu beteiligen.

Der mit dem Plan unterbreitete Vorschlag für eine Schuldenbereinigung sieht für den Fall der Erfüllung des Plans - entsprechend seiner Zweckbestimmung - in der Regel die ausdrückliche oder stillschweigende Generalquittung aller Gläubiger vor. Eine derart umfassende Schuldenbereinigung setzt die Beteiligung des Gläubigers „Land“ (oder auch „Bund“) mit allen potenziell „zuständigen“ (= sachbefugten) Behörden voraus. Nicht nur diejenigen Behörden, in deren Zuständigkeit die in dem Plan genannten Forderungen fallen, sondern alle Behörden, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit Forderungen des Landes zu verwalten haben, müssen im Prinzip ihre Zustimmung zu einer in einer außergerichtlichen Einigung enthaltenen Generalquittung erteilen, um dieser zu einer umfassenden Wirksamkeit zu verhelfen.

Fraglich ist, auf welche Weise ein Schuldner praktisch vorgehen muss, um rechtswirksam die erforderlichen Erklärungen der zahlreichen Vertreter des Landes als Gläubiger zu erhalten. Aus Sicht des Schuldners einfach wäre der Weg über die obersten Landesbehörden, wenn diese für das gesamte Land und seine Forderungen vertretungsbefugt sind. Letzteres dürfte landesrechtlich jeweils unterschiedlich zu bewerten sein.

Sollte das Landesrecht einen solchen Weg zulassen, entstehen für die obersten Landesbehörden große praktische Probleme bei der Beantwortung der an sie damit herangetragenen Frage (Zustimmung zum Schuldenbereinigungsvorschlag unter Forderungsverzicht?). Sie können sich nur mit erheblichem Aufwand (durch interne



Abfrage innerhalb der Ressorts) einen Überblick über den Stand der Verbindlichkeiten eines Schuldners verschaffen, da es im Bereich der öffentlichen Haushalte keine einheitliche und erschöpfende Forderungsbuchhaltung gibt. Das vorstehend geschilderte Problem von Großgläubigern besteht also in noch größerem Umfang bei den großen öffentlichen Gläubigern, deren primäre Aufgaben (mit Ausnahme der Finanzverwaltung) auf anderem Gebiet liegen und die deshalb mit ihrer Infrastruktur nur teilweise (bei den Finanzbehörden und im Bereich der Kassen) für eine effiziente Forderungsverwaltung eingerichtet sind. Der Abschluss einer außergerichtlichen Vereinbarung wird durch ein solches Vorgehen des Schuldners erschwert, da auf Grund der dargestellten Umstände Entscheidungen der obersten Landesbehörden innerhalb angemessener Zeit oft nicht zu erlangen sein werden.

### **11.2.2 Gerichtliches Schuldenbereinigungsplanverfahren**

Im gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahren ist das Land Verfahrensbeteiligter als Gläubiger einer oder mehrerer Forderungen, die der Schuldner in dem von ihm eingereichten Plan benannt hat. Es ist gleichermaßen betroffen in Bezug auf eine in dem Plan enthaltene Generalquittung. Zu seiner ordnungsgemäßen umfassenden Vertretung müssten nach den vorstehenden Grundsätzen wiederum sämtliche haushaltsbefugten Behörden und ihre ggf. nach besonderen Regeln im gerichtlichen Verfahren zuständigen Vertreter förmlich beteiligt werden. Anders als beim außergerichtlichen Einigungsvorschlag, der nur durch eine ausdrückliche, in das Belieben des Gläubigers gestellte Erklärung zu einer entsprechenden Vereinbarung führt, muss im Schuldenbereinigungsplanverfahren der (ordnungsgemäß beteiligte) Gläubiger sich erklären und ggf. widersprechen, wenn er nicht Gefahr laufen will, die in dem Plan genannten und alle anderen möglichen Forderungen gegen den Schuldner zu verlieren, § 307 Abs. 2 Satz 1, § 308 Abs. 3 Satz 2 InsO. Zudem besteht ein erheblicher zeitlicher Druck, da die entsprechende Erklärung innerhalb eines Monats abzugeben ist, § 307 Abs. 2 i.V.m. § 307 Abs. 1 InsO. Dies kann aus Gründen der haushaltswirtschaftlichen Vorsicht dazu führen, dass dem Schuldenbereinigungsplan - zumindest vorläufig - widersprochen wird, auch wenn der Sache nach in Bezug auf die im Plan genannte(n) Forderung(en) die Zustimmung hätte erteilt werden können. Dadurch

kann das gerichtliche Verfahren verzögert werden. Zudem bestehen haushaltswirtschaftliche Risiken für die öffentlichen Gläubiger.

### **11.2.3 Fazit**

Der materiell-rechtliche Gläubigerbegriff der Insolvenzordnung führt bei der Beteiligung eines Landes (oder des Bundes) als Gläubiger im Verbraucherinsolvenzverfahren zu praktischen Schwierigkeiten, die sich als problematisch erweisen und das Verfahren schwerfällig gestalten können. Wegen der dezentralen, vielfältig gegliederten Organisationsstruktur von Bund und Ländern kann eine rechtlich verbindliche umfassende Schuldenregulierung unter Beteiligung eines Landes oder des Bundes außergerichtlich (also durch einfachen Vertrag) oder gerichtlich (im Schuldenbereinigungsplanverfahren nach §§ 307 ff. InsO) nur getroffen werden, wenn die zuständigen Behörden sämtlicher Ressorts im Rahmen ihrer Sachbefugnis dem Schuldenbereinigungsvorschlag/-plan und der damit verbundenen Gesamtbereinigung der Schulden zustimmen bzw. ihre Zustimmung gem. § 308 Abs. 3 Satz 2 letzter Hs. InsO fingiert wird.

## **11.3 Lösungswege**

Die vorstehenden Überlegungen geben Anlass, nach einer verwaltungspraktischen Lösung der angesprochenen Probleme zu suchen.

### **11.3.1 Zentralisierte Behördenzuständigkeit**

So könnten die haushaltsrechtlichen Befugnisse des Landes als Gläubiger im außergerichtlichen und gerichtlichen Verbraucherinsolvenzverfahren auf eine oder wenige Behörden übertragen werden, die in diesem Zusammenhang allein rechtsverbindlich für das Land handeln könnte(n) und demgemäß außergerichtlich und gerichtlich zu beteiligen wäre(n).

In Mecklenburg-Vorpommern wurden zu diesem Zweck bis zum 31.12.2001 befristete Verwaltungsvorschriften des Finanzministeriums zur Landeshaushaltsordnung erlassen, nach denen die Landes-kassen mit der vorgenannten Aufgabe betraut sind. In Bayern regelt die Vertretungsverordnung (i.d.F.

vom 13. November 2001), welche Behörden den Freistaat Bayern allgemein in Gerichtsverfahren, u.a. auch in gerichtlichen Insolvenzverfahren, vertreten (Bekanntmachung der Verordnung: BayGVBl. 10995, 733; Änderungsverordnung: BayGVBl. 2001, 742). Es handelt sich hierbei insbesondere um die Bezirksfinanzdirektionen Ansbach, Augsburg, München, Regensburg und Würzburg als allgemeine Vertretungsbehörden des Freistaates vor den ordentlichen Gerichten. In Sachsen-Anhalt wird das Land durch jedes Ministerium in den jeweiligen Angelegenheiten seines Geschäftsbereiches vertreten (Gemeinsamer Runderlass der Staatskanzlei und der Ministerien über die Vertretung des Landes Sachsen-Anhalt vom 17.05.1994 (MBI. 1994, 1289), zuletzt geändert durch Runderlass des Ministeriums der Finanzen vom 25.03.1999 (MBI. 1999, 494)). Darüber hinaus wird das Land in allen Angelegenheiten außerhalb gerichtlicher Verfahren mit Ausnahme der Grundstücksangelegenheiten jeweils durch die Behörde vertreten, in deren Zuständigkeit die Angelegenheit fällt. Vor den ordentlichen Gerichten wird das Land vertreten durch die Regierungspräsidien, den Oberfinanzpräsidenten der Oberfinanzdirektion, die Präsidenten der oberen Gerichte, den Generalstaatsanwalt sowie durch weitere Behörden jeweils in den Angelegenheiten ihres Aufgaben- bzw. Geschäftsbereiches. Ähnliche Vertretungsregeln bestehen auch in anderen Bundesländern.

Soweit die in diesen landesrechtlichen Bestimmungen zum Teil enthaltene Übertragung von Ressortbefugnissen reicht, wird das Verbraucherinsolvenzverfahren damit jedoch lediglich nach außen - im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bzw. dem Gericht - vereinfacht, indem dem Schuldner die Behörde genannt wird, an die er sich zu wenden hat. Um inhaltlich sachgerecht agieren zu können, ist die nach außen zuständige Behörde aber nach wie vor auf die Informationen und Entscheidungen angewiesen, die ihr von den forderungsverwaltenden Behörden zur Verfügung gestellt werden. Entsprechendes gilt dort, wo bereits aufgrund allgemeiner ressortinterner Vertretungsregeln im gerichtlichen Verfahren eine andere als die sachlich-materiell befugte Behörde zuständig ist.

Vgl. z.B. die AV vom 10. Februar 1993 über die Vertretung des Landes Mecklenburg-Vorpommern im Geschäftsbereich des Ministers für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten, Amtsblatt Mecklenburg-Vorpommern S. 709, wonach die Landesjustizverwaltung im gerichtlichen Verfahren grundsätzlich von dem Generalstaatsanwalt vertreten wird.

Soll eine landesweit oder auch nur innerhalb eines bestimmten Bereichs zentral zuständige Behörde nicht ohne nähere Kenntnisse agieren (was schon im Haushaltsinteresse nicht zu vertreten ist), dann dient sie nur als ein zusätzlicher Filter bei der Willensbildung des Gläubigers. Eine Verfahrensvereinfachung aus Sicht des Landes als Gläubiger ist hiermit nicht zwingend verbunden.

### 11.3.2 Änderung des Gläubigerbegriffs

Als gesetzliche Lösung der aufgezeigten Probleme hat die Bund-Länder-Arbeitsgruppe eine von der materiellen Rechtslage abweichende funktionale Definition des Gläubigerbegriffs der Insolvenzordnung für die genannten Gläubiger (Bund und Länder) diskutiert. Die geschilderten Probleme haben ihre Ursache in der (möglichen) Vielfalt von Forderungen des öffentlichen Gläubigers und ihrer Gesamtbereinigung, die im Wege der einvernehmlichen oder gerichtlich angeordneten Restschuldbefreiung erzielt werden soll. Eine Regelung, die - abweichend von der materiellen Rechtslage - im Insolvenzverfahren die Gläubigereigenschaft der öffentlichen Körperschaft für jede Forderung isoliert definiert und insofern an die jeweils sachbefugte Behörde anknüpft, könnte daher zur Lösung der Probleme beitragen.

Andererseits ist in diesem Fall – zumindest teilweise – mit einer Problemverschiebung zu rechnen. Statt der bisher problematischen „vollständigen“ Beteiligung eines öffentlichen Gläubigers (im materiell-rechtlichen Sinne) könnte sich aus Sicht des Schuldners nunmehr die Beteiligung aller an seine Stelle tretenden (Behörden-) Gläubiger als schwierig erweisen. Auch ist fraglich, ob ein so weit gehender Schritt wie das Abweichen vom materiell-rechtlichen Gläubigerbegriff und die mit ihm verbundene Privilegierung öffentlicher Großgläubiger gerechtfertigt ist.

Der Kern der geschilderten Probleme liegt in der Frage der Vertretungsbefugnis öffentlicher Gläubiger in Insolvenzverfahren. Hierbei handelt es sich um ein Problem der staatsinternen Organisation, d.h. des Landesrechts.

**Nach Auffassung der ganz überwiegenden Mehrheit der Arbeitsgruppe empfiehlt es sich daher, auch die Lösung auf landesorganisationsrechtlicher Ebene zu suchen. Eine bundesrechtliche, den materiell-rechtlichen Gläubigerbegriff der Insolvenzordnung ändernde Lösung greift dagegen zu weit und ist nicht empfehlenswert.**

## 12. Weitere Einzelprobleme des Insolvenzrechts

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ hat zahlreiche weitere Probleme des Insolvenzrechts diskutiert und analysiert, die ihr von verschiedener Seite berichtet worden sind (vgl. u.a. die Vorschläge des Arbeitskreises der Insolvenzverwalter Deutschland e.V., veröffentlicht in NZI 2002, 2). Um die Überschaubarkeit der Darstellung zu gewährleisten, sollen im Folgenden nur die wichtigsten Problemfelder angesprochen werden. In den nicht erwähnten Bereichen besteht nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe kein zwingender aktueller Handlungsbedarf des Gesetzgebers.

### 12.1 Kündigungsfrist für Geschäftsraummiete im Insolvenzfall

Von verschiedener Seite ist kritisiert worden, die **Ausweitung der Kündigungsfristen für gewerblichen Mietraum auf bis zu neun Monate** im Insolvenzfall ( § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO i.V.m. § 580a Abs. 2, 4 BGB) führe zu einer **Aushöhlung der Insolvenzmasse** und zu einer **nicht gerechtfertigten Bevorzugung der gewerblichen Vermieter** gegenüber anderen Gläubigern, insbesondere gegenüber Arbeitnehmern.

**Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe schließt sich dieser Auffassung an.** Vor dem Hintergrund des zentralen insolvenzrechtlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Gläubiger (par conditio creditorum), aber auch zur Vermeidung einer Masseaufzehrung, die im Einzelfall die Sanierung erhaltungsfähiger Unternehmen verhindern kann, ist eine Verkürzung der für gewerblichen Mietraum geltenden Kündigungsfristen im Insolvenzfall geboten.

Aus mietrechtlicher Sicht bestehen gegen eine solche Verkürzung keine durchgreifenden Bedenken:

§ 109 InsO regelt ein Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters und verweist dabei auf die gesetzlichen Kündigungsfristen (sog. außerordentliche befristete Kündigung). Die gesetzlichen Kündigungsfristen ergeben sich aus § 580 a Abs. 4 BGB

neuer Fassung, der wiederum für die Geschäftsraummiete auf seinen Absatz 2 verweist. Mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf Absatz 2 in § 580a Abs. 4 BGB wurde durch die Mietrechtsreform gesetzlich klargestellt, welche Frist für die außerordentliche befristete Kündigung im Falle der Geschäftsraummiete gilt. Dies war vor Inkrafttreten der Mietrechtsreform umstritten, weil in der Vorgängervorschrift des § 565 Abs. 5 BGB alter Fassung ein Verweis auf § 565 Abs. 1a BGB alter Fassung - der dem neuen § 580a Abs. 2 BGB inhaltlich entsprach – fehlte.

Die vorgenommene Klarstellung dient der Vereinfachung und Vereinheitlichung der Kündigungsfristen und damit dem wichtigen Ziel, das Mietrecht zu systematisieren und zu vereinheitlichen: Für alle Sonderkündigungsrechte bei der Geschäftsraummiete gelten dieselben Fristen. Eine Verkürzung der Kündigungsfristen für das Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters nach § 109 InsO würde in diesem Zusammenhang eine Sonderregelung für eines der Sonderkündigungsrechte schaffen, die einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

Letzteres gilt auch, soweit durch eine Verkürzung der Kündigungsfristen nur zu Gunsten des Insolvenzverwalters (auf Mieterseite) asymmetrische Kündigungsfristen geschaffen werden, die im Gesetz für das Gewerberaummietrecht bislang nicht vorgesehen sind. Die Schaffung von asymmetrischen Kündigungsfristen lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn das Interesse des Mieters und das des Vermieters an der Länge der Kündigungsfristen unterschiedlich zu bewerten ist. Anders als im Bereich der Wohnraummiete, bei dem es für den Mieter bei einer Kündigung immer auch darum geht, das „Dach über den Kopf“ zu verlieren, ist dies im Bereich der Gewerberaumiete nicht ohne Weiteres der Fall.

**Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe stellt jedoch der Insolvenzfall eine Sondersituation dar, die es rechtfertigt, sowohl eine abweichende gesetzliche Kündigungsfrist als auch asymmetrische Kündigungsfristen vorzusehen:**

Im Insolvenzfall muss die typischerweise knappe Insolvenzmasse möglichst gerecht und unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Gläubiger (s.o.) verteilt werden. Dieses Ziel wird durch das geltende Insolvenzrecht insofern nicht

erreicht, als Vermieter von Geschäftsräumen gegenüber anderen (Masse-) Gläubigern erheblich privilegiert werden. Mietverhältnisse bestehen nach § 108 InsO grundsätzlich mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort und können auch bei Ausübung des Sonderkündigungsrechts nur mit einer langen Kündigungsfrist von im Ergebnis sechs bis neun Monaten gekündigt werden. Damit besteht eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung gegenüber anderen Gläubigern, vor allem aber im Verhältnis zu den Arbeitnehmern des insolventen Unternehmens. Zwar bestehen auch Dienstverhältnisse wie das Arbeitsverhältnis nach § 108 InsO grundsätzlich fort. Sie können aber nach § 113 Abs. 1 InsO mit einer Frist von „drei Monaten zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist“, gekündigt werden. Arbeitsverhältnisse können also mit einer weit kürzeren Frist gekündigt werden als Mietverhältnisse. Es ist aber nicht erkennbar, dass Vermieter im Insolvenzfall schutzwürdiger sind als Arbeitnehmer.

Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe wird der Vermieter durch eine einseitig verkürzte Kündigungsfrist zu Gunsten der Gegenseite auch nicht unangemessen benachteiligt. Seine Interessen werden dadurch regelmäßig nicht maßgeblich berührt: Sofern sich der Insolvenzverwalter vertragstreu verhält und die Miete bzw. Pacht zahlt, hat der Vermieter grundsätzlich kein Interesse an einer früheren Vertragsbeendigung. Zahlt dagegen der Insolvenzverwalter die Miete nicht, kann der Vermieter ohnehin außerordentlich fristlos kündigen (§ 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB).

**Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe schlägt daher vor, die für gewerblichen Mietraum im Insolvenzfall geltenden Kündigungsfristen zu verkürzen und an die für Arbeitsverhältnisse geltenden Kündigungsfristen anzupassen.** § 109 Abs. 1 Satz 1 und 2 (neu) InsO könnte in Anlehnung an § 113 Abs. 1 InsO wie folgt gefasst werden:

„Ein Miet- oder Pachtverhältnis über einen unbeweglichen Gegenstand oder über Räume, das der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war, kann der Insolvenzverwalter ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer **oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung** kündigen. **Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist.**“

## 12.2 Mitwirkungspflicht des Schuldners gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter

Aus Kreisen der Insolvenzverwalter ist die Forderung erhoben worden, in §§ 20 und 22 InsO ausdrücklich nicht nur die Auskunftspflicht, sondern auch eine Mitwirkungspflicht des Schuldners im Eröffnungsverfahren zu normieren.

Die Auskunftspflicht des Schuldners gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter wird durch **§ 22 Abs. 3 Satz 3 InsO** geregelt. Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist die dort umfassend in Bezug genommene Vorschrift des § 97 InsO, in der neben der Auskunftspflicht des Schuldners auch seine Mitwirkungspflicht bestimmt wird, uneingeschränkt auf die Pflichten des Schuldners gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter anzuwenden. Die Mitwirkungspflicht des Schuldners gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter ergibt sich somit bereits aus der derzeitigen Gesetzessystematik. Ein aktueller **gesetzlicher Änderungsbedarf ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nicht zu erkennen.**

## 12.3 Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses

Aus der insolvenzrechtlichen Praxis ist angeregt worden, die in § 71 InsO geregelte Haftung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses dahingehend auszudehnen, dass eine Haftung nicht nur gegenüber dem in § 71 InsO genannten Personenkreis (absonderungsberechtigte Gläubiger und Insolvenzgläubiger), sondern - wie in § 89 KO - gegenüber allen Beteiligten besteht. Insofern ist fraglich, ob die Interessen der übrigen Beteiligten durch den umfassenderen Pflichtenkreis des Insolvenzverwalters und durch die Aufsicht des Gerichts hinreichend geschützt werden (so die Begründung zu § 82 RegE, BT-Drs. 12/2443 S.132). Der Bund-Länder-Arbeitsgruppe sind allerdings keine Fälle bekannt geworden, in denen die Haftung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses gegenüber anderen als den in § 71 InsO genannten Gläubigern von Bedeutung gewesen wäre. Eine **praxisrelevante Schwachstelle des Insolvenzrechts und dementsprechend ein zwingender gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist daher nicht zu erkennen.**



## 12.4 Stimmrecht der absonderungsberechtigten Gläubiger

Von verschiedener Seite ist vorgeschlagen worden, das Stimmrecht absonderungsberechtigter Gläubiger in der Gläubigerversammlung analog dem bisherigen § 96 KO zu begrenzen. Nach dieser Regelung konnten Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wurde, nur in Ansehung ihres mutmaßlichen Ausfalls zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen.

Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe hätte die Verwirklichung dieses Vorschlages einen schwer wiegenden Eingriff in das System der Insolvenzordnung zur Folge. Mit dem Erfordernis der „doppelten Mehrheit“ bei der Abwahl des Insolvenzverwalters ist das Problem der Stimmmacht der absonderungsberechtigten Gläubiger in einem wesentlichen Punkt bereits beseitigt worden (vgl. § 57 InsO n.F.). Hintergrund für die volle Stimmberechtigung der absonderungsberechtigten Gläubiger ist u.a., dass die Kreditwirtschaft - auch um eine ggf. beabsichtigte Sanierung zu fördern - in das Insolvenzverfahren eingebunden werden soll. Eine **weitere Änderung der Stimmberechtigung von absonderungsberechtigten Gläubigern empfiehlt sich zum derzeitigen Zeitpunkt nicht.**

## 12.5 Kündigungssperre

Als problematisch ist mehrfach die Beschränkung der Kündigungssperre in § 112 InsO auf Miet- und Pachtverhältnisse kritisiert worden. Gefordert wird die Ausdehnung der Kündigungssperre entweder auf alle oder zumindest auf besonders wichtige Dauerschuldverhältnisse wie z.B. Energieversorgungsverträge.

Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe handelt es sich um ein im Hinblick auf den Sanierungsgedanken beachtliches Problem des Insolvenzrechts. Bei seiner Bewertung ist allerdings zu bedenken, dass die postulierte Erweiterung der Kündigungssperre einen tiefen Eingriff in die Rechte der betroffenen Gläubiger zur Folge hätte. Eine Ausdehnung auf alle Dauerschuldverhältnisse kommt daher nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nicht in Betracht. Andererseits ist die **Abgrenzung der Dauerschuldverhältnisse**, die aus Sicht der Fortführung des schuldneri-

schen Unternehmens besonders wichtig sind, von anderen Dauerschuldverhältnissen, von denen das Unternehmen zwar auch, aber nicht in gleichem Maße abhängig ist, **sehr schwierig**. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass es **vornehmlich die Aufgabe des Insolvenzverwalters ist, die Fortführung der Belieferung des schuldnerischen Unternehmens mit wichtigen Leistungen und Waren sicherzustellen und auszuhandeln**. Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist es dagegen kein Ziel der Insolvenzordnung, bestehende, aber nach der Vertragsentwicklung nicht mehr gerechtfertigte Vorzugskonditionen zugunsten des Schuldners zu erhalten. Bei natürlichen Personen als Schuldner ist zudem zu bedenken, dass die **vor kurzem erheblich angehobenen Pfändungsfreigrenzen die zur Fortführung der Versorgungsverträge notwendigen Beträge grundsätzlich abdecken**.

## 12.6 Umweltrechtliche Probleme

In der insolvenzrechtlichen Literatur und aus Kreisen der Insolvenzverwalter ist vielfach auf die gravierenden Probleme der umweltrechtlichen Haftung der Insolvenzmasse und des Insolvenzverwalters hingewiesen worden. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat sich mit diesem Themenbereich befasst. Dabei wurde erkennbar, dass die betroffenen Schwerpunkte sich aus rein insolvenzrechtlicher Sicht nicht hinreichend erfassen und lösen lassen. Es handelt sich um Fragestellungen, die weit über das Insolvenzrecht hinausreichen und daher in einem größeren Kontext untersucht werden müssen. Sie werden von dem Auftrag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, spezifische Schwachstellen des Insolvenzrechts zu analysieren, nicht umfasst.

## 12.7 Kostenerstattung für Verfahren, die nach Unterbrechung gemäß § 240 ZPO aufgenommen werden

In Bezug auf das Gerichtskostenrecht ist vorgeschlagen worden, eine Kostenerstattung für ein nach Unterbrechung gem. § 240 ZPO aufgenommenes Verfahren gegen den Insolvenzverwalter nur festzusetzen, soweit sie auf Gerichts- und Anwaltsgebühren beruht, deren Tatbestände nach der Aufnahme verwirklicht wurden.

Die Verwirklichung dieses Vorschlages begegnet nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Bedenken. Sie beinhaltet eine Durchbrechung des das Kostenrecht durchzuziehenden Grundsatzes der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung und führt zu Kostenentscheidungen, die wesentlich komplizierter sind als nach der derzeitigen Rechtslage. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe vermag sich dem Vorschlag daher nicht anzuschließen. Nach ihrer Auffassung kann dem Verwalter bei seiner Entscheidung, einen bestimmten Prozess wieder aufzunehmen, zugemutet werden, das geltende Kostenrecht zu berücksichtigen.

#### **12.8 Beordnung von Rechtsbeiständen im Rahmen der Stundungsentscheidung gem. § 4b Abs. 2 InsO**

Klärungsbedürftig ist, ob **Rechtsbeistände**, die Mitglied einer Rechtsanwaltskammer sind (vgl. § 209 BRAO), **im Rahmen einer insolvenzrechtlichen Stundungsentscheidung gem. § 4b Abs. 2 InsO** beigeordnet werden können. In den entsprechenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung und des Beratungshilfegesetzes ist die Zulässigkeit der Beordnung von Kammer-Rechtsbeiständen ausdrücklich geregelt (§ 25 EGZPO) bzw. geplant (vgl. Art. 18 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten, BR-Drs. 107/02). Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist aus Gründen der Klarstellung eine **ausdrückliche gesetzliche Regelung der Zulässigkeit der Beordnung von Kammer-Rechtsbeiständen auch im Insolvenzrecht sinnvoll**. Als geeigneter Standort für eine solche Regelung könnte sich das Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung empfehlen.

## **II. Begleitung des Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze durch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe**

Einige der von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe im Anschluss an die Konferenz der Justizministerinnen und -minister im Frühjahr 2000 erörterten und begutachteten Themen waren Gegenstand des Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26.10.2001. Es handelt sich um

- die Anwendbarkeit der §§ 850 ff. ZPO im Insolvenzverfahren und
- die Abwahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung gem. § 57 InsO.

Die Arbeitsgruppe hat mit den von ihr zu diesen Bereichen erstellten Gutachten das Gesetzgebungsverfahren begleitet. Die Gesetz gewordenen Problemlösungen entsprechen den Vorschlägen der Arbeitsgruppe.

### **1. Anwendbarkeit der §§ 850 ff. ZPO im Insolvenzverfahren**

#### **1.1 Ausgangspunkt**

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat die Anwendbarkeit der §§ 850 ff. ZPO im Insolvenzverfahren nach ihrem Zwischenbericht erneut erörtert. Das Thema ist in der Literatur intensiv diskutiert worden. Überwiegend wurde ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bejaht.

vgl. Stephan ZInsO 2000, 376 ff.; Göbel ZInsO 2000, 383 (385); Pape/Pape, ZIP 2000, 1553 (1559); das Siebte Gesetz zur Änderung der Pfändungsfreigrenzen wurde am 13. Dezember 2001 vom Bundestag verabschiedet (BGBl. I 2001, 3638). Es ist am 01. Januar 2002 in Kraft getreten.

Angesichts der Vielzahl der vertretenen Ansichten

- von der aus der Unterschiedlichkeit von Einzel- und Gesamtvollstreckung gefolgerten grundsätzlichen Unanwendbarkeit (Prütting in Kübler/Prütting, InsO, § 4 Rn. 25) bis zur direkten Anwendung im Insolvenzverfahren über die Generalverweisung des § 4 InsO auf die ZPO (vgl. zu § 850f ZPO: Haarmeyer in Smid, InsO, 2. Aufl. 2001, § 287 Fn 36) -

und eines insgesamt buntscheckigen Bildes

vgl. Pape/Pape a.a.O. S. 1559: „hier ist von der Frage, ob das Insolvenzgericht oder das Vollstreckungsgericht für die Entscheidung zuständig ist, bis hin zur Anwendung der ZPO-Vorschriften nahezu alles umstritten“,

war konkret zu prüfen, inwieweit die jeweilige Norm von ihrem Regelungsgehalt her für das Insolvenzverfahren passt (Stephan a.a.O. S. 379). Dabei waren der Prüfung feste Prämissen zugrunde zu legen. Ausgangspunkt war die Überlegung, dass auch in einem Gesamtvollstreckungsverfahren Gestaltungen auftreten können, in denen es richtig ist, neben den pauschalierten Pfändungsfreigrenzen Regelungen anzuwenden, die besonderen, von der Norm abweichenden Fallkonstellationen Rechnung tragen. Unter dem Blickwinkel des beherrschenden Prinzips der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung (*par conditio creditorum*) waren Vorschriften, die die Pfändbarkeit für **alle** Gläubigergruppen erweitern oder beschränken (§§ 850 c, 850 e Nr. 2 a, 850 f Abs. 1) anders zu bewerten als Vorschriften, die die Pfändbarkeit für **bestimmte** Gläubiger und Gläubigergruppen modifizieren (§ 850 d, § 850 f Abs. 2 ZPO). Im zuerst genannten Fall ergab sich eine Bevorzugung bzw. Schlechterstellung der Insolvenzschuldner gegenüber den Vollstreckungsschuldnern, wenn bei ihnen eine Zusammenrechnung mehrerer Arbeitseinkommen oder eine Heraufsetzung der unpfändbaren Beträge unterblieb. Der Verzicht auf eine individuelle Anhebung der Pfändungsfreigrenze bei erhöhtem Bedarf führte außerdem zu dem problematischen Ergebnis, dass private Schulden mit Mitteln der Sozialhilfe getilgt worden wären.

**In diesem Sinne ließ sich sagen, dass eine entsprechende Anwendung der §§ 850 ff. ZPO in der Regel dann in Betracht kam, wenn der Zweck einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Regelung mit dem Ziel der Gesamtvollstreckung im Einklang stand** (vgl. Stephan a.a.O. S. 379).

## **1.2 Einzelergebnisse**

### **1.2.1 § 850 ZPO**

Die Vorschrift enthält (für die ZPO) den Hinweis auf den zwingenden Charakter der §§ 850 a bis 850 i ZPO und die Definition des Arbeitseinkommens. Mangels eigener Begriffsbestimmung der Insolvenzordnung ist diese Definition auch für die Insolvenz

maßgebend. Für den zwingenden Charakter der Pfändungsschutzvorschriften gilt dies nur insoweit, als eine Anwendbarkeit im Insolvenzverfahren zu bejahen ist.

### **1.2.2 § 850 a ZPO**

Die Auflistung der unpfändbaren Bezüge in § 850 a ZPO betrifft zunächst die Forderungspfändung nach §§ 828 ff. ZPO. Da für die Bestimmung des Umfangs der Insolvenzmasse (§ 35 InsO) darauf abgestellt wird, ob die Gegenstände der Zwangsvollstreckung unterliegen (§ 36 InsO), wird damit auf die einschlägigen Normen der Zivilprozeßordnung Bezug genommen. Solche Regelungen sind in §§ 811, 850 a und 851 ZPO enthalten und für das Insolvenzverfahren zu berücksichtigen. Für den Begriff der „pfändbaren Forderungen“, die nach § 287 Abs. 2 InsO dem Treuhänder abzutreten sind, kann nichts anderes gelten.

### **1.2.3 § 850 b ZPO**

§ 850 b ZPO regelt die bedingte Pfändbarkeit von Renten und ähnlichen Bezügen. Durch Entscheidung des Vollstreckungsgerichts wird die Pfändbarkeit eröffnet, wenn dies näher normierten Billigkeitskriterien entspricht. Es soll den berechtigten Interessen des Gläubigers Rechnung getragen werden. Damit liegt die Norm im Bereich der rechtspolitischen Zwecksetzung, die Position einzelner Gläubiger zu verbessern. Sie ist daher im Insolvenzverfahren nicht anwendbar.

### **1.2.4 § 850 c ZPO**

Die Vorschrift enthält die konkreten Pfändungsfreigrenzen für Arbeitseinkommen, die in der Anlage zu § 850 c ZPO aufgeführt sind. § 850 c Abs. 4 ZPO eröffnet auf Antrag eines Gläubigers die Möglichkeit, die pauschale Pfändungsfreigrenze zu Gunsten der Gläubiger dadurch abzusenken, dass ein Unterhaltsberechtigter mit eigenem Einkommen bei der Zahl der Personen, denen der Schuldner aufgrund gesetzlicher Unterhaltspflicht Unterhalt zu gewähren hat, ganz oder teilweise nicht mit gerechnet wird.

Gegen die Anwendung der Norm im Insolvenzverfahren sprach, dass ein Antrag des Gläubigers vorausgesetzt wird, so dass einzelne Gläubiger hätten begünstigt werden können. Die Rechte der Gläubiger sind jedoch einheitlich durch Verwalter oder Treuhänder geltend zu machen, so dass sich keine unterschiedliche Gläubigerbehand-

lung ergeben muss (vgl. AG München ZInsO 2000, 407; Ott/Zimmermann, ZInsO 2000, 421 (423)). Dagegen hätte die Nichtberücksichtigung des Einkommens eines selbst verdienenden Unterhaltsberechtigten die Gläubiger gegenüber der Lage in der Einzelzwangsvollstreckung ungerechtfertigt benachteiligt (Stephan, ZInsO 2000, 376 (379)).

Die Anwendbarkeit des § 850 c ZPO in der Wohlverhaltenszeit wurde teilweise unter Hinweis auf die „Freiwilligkeit“ der Abtretung des Schuldners bezweifelt. Diese Argumentation erklärte jedoch nicht den Ausschluss der Anwendung einer pfändungserweiternden Norm, wie der des § 850 c Abs. 4 ZPO. Zwanglos ließ sich feststellen, dass die Interessenlage, wonach eine einzelfallbezogene Abänderung des gemäß § 850 c Abs. 4 ZPO pauschalierten Pfändungsbetrages gerechtfertigt und notwendig ist, sich in der Wohlverhaltensperiode nicht von der im eröffneten Insolvenzverfahren unterscheidet (Steder, ZIP 1999, 1874 (1878); Stephan ZInsO 2000, 376 (379); Ott/Zimmermann, ZInsO 2000, 421 (423)).

Eine Anwendbarkeit des § 850 c ZPO sowohl im Insolvenzverfahren als auch während der Wohlverhaltenszeit war daher zu bejahen.

### **1.2.5 § 850 d ZPO**

Die Vorschrift zielt auf eine Besserstellung bestimmter Unterhaltsgläubiger, zu deren Gunsten die Beschränkungen des § 850 c ZPO durchbrochen werden. Diese Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Gläubigern ist mit dem Zweck eines Gesamtvollstreckungsverfahrens nicht vereinbar. Eine entsprechende Anwendung des § 850 d ZPO auf das Insolvenzverfahren kam daher nicht in Betracht (vgl. Stephan ZInsO 2000, 376 (379)).

### **1.2.6 § 850 e ZPO**

Die Vorschrift befasst sich mit der Berechnung des pfändbaren Arbeitseinkommens. Praktisch bedeutsam sind vor allem die Zusammenrechnungsanordnungen bei mehreren Arbeitseinkommen, bei Arbeitseinkommen und Sozialleistungen und bei mehreren Sozialleistungen. Die Anwendung des § 850 e Nr. 2, 2a ZPO ist auch im Insolvenzverfahren sinnvoll (Steder, ZIP 1999, 1874 (1876 f.); Stephan ZInsO 2000, 376

(377); Ott/Zimmermann ZInsO 2000, 421 (424). Dies gilt in gleichem Maße für die übrigen Anrechnungs- und Verrechnungsvorschriften.

### 1.2.7 § 850 f ZPO

Rechtsprechung und Literatur haben sich eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Anhebung der pfändungsfreien Beträge nach § 850 f Abs. 1 ZPO auf das Insolvenzverfahren übertragbar ist. Die vertretenen Lösungsvorschläge reichten auch hier von der Unanwendbarkeit des § 850 f Abs. 1 ZPO bis zu seiner Anwendung - über § 4 InsO oder durch Gesetzesanalogie - bzw. bis zur unmittelbaren Heranziehung von Grundsätzen des Bundesverfassungsgerichts zur Anerkennung eines rechtlich geschützten Existenzminimums.

Möhlen (RPfl 2000, 4 f.) sah in § 850 f Abs. 1 ZPO eine Norm, die in originärem Zusammenhang mit der Forderungspfändung steht. Der Anwendung auf den Fall der Forderungsabtretung im Restschuldbefreiungsverfahren stehe entgegen, dass der Schuldner nicht einem staatlichen Vollstreckungsakt unterworfen sei, sondern sich freiwillig in das Restschuldbefreiungsverfahren begeben und entsprechend disponiert habe.

Andere Autoren nahmen an, dass von der Generalverweisung in § 4 InsO auf die ZPO § 850 f Abs. 1 ZPO mit erfasst sei (Mäusezahl, ZInsO, 2000, 193 (194, 196)). Für die Annahme einer Analogie haben sich ausgesprochen das OLG Köln (ZInsO 2000, 499, 501 u. ZIP 2000, 2074, 2077), Ott/Zimmermann (ZInsO 2000, 421, 425), Grote (ZInsO 2000, 490, 491) und Steder (ZIP 1999, 1874, 1880).

Einen anderen Ansatz wählte das OLG Frankfurt am Main (ZInsO 2000, 614). In § 100 InsO sei eine Spezialregelung für Unterhaltsansprüche des Schuldners getroffen. Es könne daher dahinstehen, ob die Möglichkeit der Unterschreitung des Existenzminimums eine planwidrige Lücke des § 100 InsO darstelle, die durch § 850 f Abs. 1 Buchst. a ZPO geschlossen werden könne. Jedenfalls habe das Insolvenzgericht im Rahmen der ihm nach § 58 InsO obliegenden Aufsicht sicherzustellen, dass der Schuldner den notwendigen Unterhalt aus der Insolvenzmasse erhalte. Dies bedeute, dass entsprechend dem materiellen Regelungsgehalt des § 850 f Abs. 1 Buchst. a ZPO eine Erhöhung des pfändungsfreien, nicht vom Insolvenzbeschluss erfassten Teils des Arbeitseinkommens erfolgen müsse, wenn das unpfändbare Einkommen das rechtlich geschützte Existenzminimum des Schuldners nicht sichere. Es sei kein Grund ersichtlich, der es erlaube, den Schuldner durch Beschlagnahme seines Vermögens (§ 80 i.V.m. §§ 35, 36 InsO) schlechter zu stellen als in den Fällen der Forderungspfändung (§§ 829, 835 ZPO). Nach Auffassung des OLG Frankfurt am Main „verdichtet sich“ das dem Treuhänder in § 100 InsO eingeräumte Ermessen zur Verpflichtung, den notwendigen Unterhalt aus der Insolvenzmasse zu gewähren.

Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe war die Anwendbarkeit von § 850 f Abs. 1 ZPO sowohl im Insolvenzverfahren als auch während der Wohlverhaltenszeit geboten. In den betroffenen, besonderen Fallkonstellationen, in denen das rechtlich geschützte Existenzminimum durch die pauschalierte Pfändungsfreigrenze nicht mehr gedeckt ist, konnte es nicht akzeptiert werden, dass die Insolvenzgläubiger ihre privaten Interessen letztlich zu Lasten der Allgemeinheit befriedigen konnten, indem der Schuldner zur Erlangung des notwendigen Unterhalts auf die Sozialhilfe verwiesen wurde. Im Rahmen des längerfristigen Restschuldbefreiungs-



verfahrens konnte auch nicht mit der „freiwilligen“ Entscheidung der Schuldners und seiner entsprechenden Disposition argumentiert werden. Mit zunehmendem Zeitablauf wächst für ihn die Gefahr, in Folge nicht vorhersehbarer Veränderungen der persönlichen oder beruflichen Bedürfnisse während der Wohlverhaltenszeit die zwischenzeitlich erworbene „Anwartschaft“ zu verlieren, wenn den eingetretenen Veränderungen nicht gem. § 850 f Abs. 1 ZPO Rechnung getragen werden kann.

Als nicht anwendbar erwiesen sich jedoch § 850 f Abs. 2 und 3 ZPO, da dort wiederum nach der Qualität der gegen den Schuldner gerichteten Forderung differenziert wird. Auf die vorstehenden Ausführungen zu § 850 d ZPO wird Bezug genommen.

### **1.2.8 § 850 g ZPO**

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat auch die Anwendbarkeit von § 850 g ZPO im Insolvenzverfahren befürwortet, da dort die rechtstechnischen Voraussetzungen und Folgen einer Änderung der Unpfändbarkeitsvoraussetzungen normiert sind (vgl. OLG Köln ZIP 2000, 2074, 2077).

### **1.2.9 § 850 h ZPO**

Die Vorschrift befasst sich mit fiktivem Arbeitseinkommen des Schuldners. In den geregelten Fällen fließt das Arbeitseinkommen etwa einem Dritten zu (Abs. 1) oder es wird die Arbeitsleistung ganz oder teilweise unentgeltlich erbracht (Abs. 2). Die Regelung ist auf die Erweiterung der Haftungsgrundlage gerichtet und bezieht den Drittempfänger mit ein. Ihre Anwendbarkeit im Insolvenzverfahren war umstritten.

Teilweise wurde davon ausgegangen, dass im Fall des § 850 h Abs. 1 ZPO die Ansprüche nicht zum Schuldnervermögen gehören und damit auch nicht in die Insolvenzmasse fallen (Ott/Zimmermann, ZInsO 2000, 421, 424). Im Normbereich des Abs. 2 seien Ansprüche - ggf. in anfechtbarer Weise - abbedungen. Da die Entscheidung letztlich von materiell-rechtlichen Vorfragen der „angemessenen“ Vergütung abhängt, sei die Zuständigkeit des Prozessgerichts sachgerecht.

Nach anderer Auffassung fällt verschleiertes Arbeitseinkommen in Höhe des pfändbaren Teiles der angemessenen Vergütung in die Masse, weil § 850 h Abs. 2 ZPO

eine materielle Anspruchszuweisung enthalte und eine Haftungsnorm zugunsten der Gläubiger darstelle (Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 1 Rdn. 29).

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat die Anwendung des § 850 h ZPO im Insolvenzverfahren für folgerichtig gehalten. Sie hat sich der zuletzt genannten Auffassung ausdrücklich angeschlossen.

#### **1.2.10 § 850 i ZPO**

Die Norm enthält eine Sondervorschrift für die Unpfändbarkeit nicht wiederkehrend zahlbarer Vergütungen und sog. gemischter Bezüge für persönlich geleistete Dienste. Die Interessenlage entspricht der des § 850 f Abs. 1 ZPO. Die Vorschrift ist auch im Insolvenzverfahren sinnvoll.

#### **1.2.11 § 850 k ZPO**

Diese Vorschrift bezweckt die teilweise Unpfändbarkeit des bargeldlos überwiesenen Arbeitseinkommens im Einzelzwangsvollstreckungsverfahren. Im Insolvenzverfahren bedarf es demgegenüber keiner Durchbrechung der Beschlagnahmewirkung (§ 80 InsO), da der laufende Unterhalt des Schuldners in § 100 InsO geregelt ist. Im Restschuldbefreiungsverfahren kann der Schuldner nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens zwar wieder über sein Konto verfügen, um seinen Obliegenheiten (§ 295 InsO) nachzukommen. Die Kontenpfändung eines Gläubigers hat er jedoch regelmäßig nicht zu befürchten, da die Einzelzwangsvollstreckung durch Insolvenzgläubiger während der Laufzeit der Abtretung unzulässig ist (§ 294 InsO). Für eine entsprechende Anwendung des § 850 k ZPO bestand mithin kein Bedürfnis.

### **1.3 Gesamtergebnis**

**Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat in Zusammenfassung der vorstehenden Einzelergebnisse vorgeschlagen, § 36 der Insolvenzordnung dahingehend zu ergänzen, dass die Bestimmungen der §§ 850, 850 a, 850 c, 850 e, 850 f Abs. 1 und 850 g bis 850 i ZPO entsprechend anwendbar sind. Sie hat ferner vorgeschlagen, eine entsprechende Regelung für das Verfahren zur Restschuldbefreiung in § 292 InsO einzufügen.**

## 1.4 Gerichtliche Zuständigkeit

Bis zur Verabschiedung des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes vom 26.10.2001 war umstritten, ob für Entscheidungen nach § 850 c ZPO im Insolvenzverfahren das Insolvenzgericht oder das Prozessgericht zuständig ist. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat auch diese Problematik erörtert. Sie hat es für zweckmäßig gehalten, in Teilbereichen die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts zu begründen. Um hier die erforderliche gesetzliche Klarheit zu schaffen, hat sie empfohlen, **die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts in einem § 36 InsO anzufügenden Absatz ausdrücklich festzuschreiben.**

Da es sich um eine insolvenzgerichtliche Entscheidung handelt, war die für insolvenzgerichtliche Entscheidungen maßgebliche, restriktive Rechtsmittelregelung zu beachten. Durch die Insolvenzordnung sind die im Vergleich zum früheren Recht eröffneten Anfechtungsmöglichkeiten stark beschnitten worden (§ 6 InsO). Damit wollte der Gesetzgeber bewusst ein effektives und beschleunigtes Verfahren schaffen. Dies sprach dafür, auch bei einer "formellen Ausdehnung" der Anwendbarkeit der §§ 850 ff. ZPO davon abzusehen, in diesem Bereich einen engmaschigen Rechtsschutz zu implementieren. Hinzu kam, dass gegen Entscheidungen des Rechtspflegers die Rechtspflegererinnerung erhalten bleibt (§ 11 Abs. 2 RPfIG).

## 1.5 Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 26. Oktober 2001

Der Bundestag hat die Vorschläge der Bund-Länder-Arbeitsgruppe in seinem Gesetzesbeschluss vom 28.06.2001 aufgegriffen. Durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz ist § 36 Abs. 1 InsO folgender Satz angefügt worden:

„Die §§ 850, 850a, 850c, 850e, 850f Abs. 1, §§ 850g bis 850i der Zivilprozessordnung gelten entsprechend.“

Ferner wurde § 36 InsO folgender Absatz 4 angefügt:

„Für Entscheidungen, ob ein Gegenstand nach den in Absatz 1 Satz 2 genannten Vorschriften der Zwangsvollstreckung unterliegt, ist das Insolvenzgericht zuständig. Anstelle eines Gläubigers ist der Insolvenzverwalter antragsberechtigt. Für das Eröffnungsverfahren gelten die Sätze 1 und 2 entsprechend.“

Nach § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO wurde folgender Satz eingefügt:

„§ 36 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 gilt entsprechend.“

## **2. Abwahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung**

### **2.1 Problemstellung**

Die Neuordnung der Gläubigerstimmrechte durch die Insolvenzordnung hatte den Einfluss von absonderungsberechtigten Gläubigern, die typischerweise große Forderungen haben, im Insolvenzverfahren zunächst deutlich erhöht. Durch die Erweiterung des Stimmrechts der absonderungsberechtigten Gläubiger auf den vollen Betrag ihrer Insolvenzforderung gemäß § 76 Abs. 2 InsO war die Möglichkeit eröffnet worden, dass wenige Großgläubiger trotz zahlenmäßiger Unterlegenheit die Gläubigerversammlung dominieren und zum Nachteil der ungesicherten Gläubiger ihre Interessen durchsetzen konnten.

Zwar hatten Sicherungsgläubiger schon unter der Geltung des alten Konkursrechts erheblichen Einfluss auf das Verfahren. Denn der Konkursverwalter war regelmäßig darauf angewiesen, zur sinnvollen Verwaltung der überwiegend mit Absonderungsrechten behafteten Masse mit den dinglich gesicherten Gläubigern unabhängig von dem Umfang ihrer Beteiligung an den Beschlüssen der Gläubigerversammlung eine Einigung herbeizuführen. Durch die Institutionalisierung dieses Einflusses in § 76 Abs. 2 InsO ergaben sich jedoch nunmehr auch erhebliche Einflussmöglichkeiten im Hinblick auf die Wahl eines neuen Insolvenzverwalters nach § 57 InsO, da nach der Insolvenzordnung zunächst ebenfalls allein die absolute Mehrheit der Forderungsbeträge erforderlich war. Dies konnte zu einer Gefährdung der Unabhängigkeit der Verwalter und zu einer unzureichenden Berücksichtigung des Gesamtinteresses aller Insolvenzgläubiger bei der Verfahrensabwicklung führen.

### **2.2 Regelungsbedürfnis**

Zwar lagen Erkenntnisse über die Zahl erfolgreicher Abwahanträge bei den Insolvenzgerichten nicht vor. In der Literatur wurde jedoch von einer erkennbar zunehmenden Zahl von Abwahlen berichtet (vgl. Förster, ZInsO 1999, 625; Pape, ZInsO 2000, 469; Graeber, ZIP 2000, 1465). Eine Umfrage des RWS-Verlages hatte zudem ergeben, dass seit dem In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung schon 19 % der Ge-

richte, die auf die Umfrage geantwortet hatten, Erfahrungen mit Abwahlvorgängen gemacht hatten (vgl. Kessler, KTS 2000, 491 f. m.w.N.). Unter der Konkursordnung wurde dagegen von dem Abwahlrecht nur sehr selten Gebrauch gemacht. Nach einer Untersuchung aus dem Jahr 1978 betrug die Abwahlquote lediglich 0,15 % (vgl. Kessler, a.a.O., S. 491; Uhlenbruck, KTS 1989, 229, 243; jeweils m.w.N.).

Eine mögliche Gefährdung der Unabhängigkeit der Verwalter folgte im Übrigen nicht allein aus der tatsächlichen Ausübung des Abwahlrechts, sondern schon aus der „Fernwirkung“ der den Großgläubigern durch die Insolvenzordnung eingeräumten Befugnisse: Es war nicht auszuschließen, dass bei einer zunehmenden Zahl von Abwahlverfahren die Verwalter von vornherein Maßnahmen, die die Interessen von Großgläubigern beeinträchtigen, nur noch mit großer Zurückhaltung oder in rechtlich eindeutigen Fallkonstellationen ergriffen hätten, um den wirtschaftlichen Konsequenzen einer Abwahl zu entgehen. Das betraf nicht nur das Bestreiten angemeldeter Forderungen und die Geltendmachung von Anfechtungsrechten, sondern z. B. auch Verwertungs- bzw. Sanierungskonzepte. Es bestand damit die Gefahr, dass auf längere Sicht die Art und Weise der Insolvenzabwicklung weitgehend durch die Interessen institutionalisierter Großgläubiger bestimmt worden wäre.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe gelangte in ihren Beratungen daher zu dem Ergebnis, dass **ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich ist, um der vorstehend beschriebenen Entwicklung vorzubeugen und eine eigennützig motivierte Ausübung des Abwahlrechts durch einzelne Gläubiger auszuschließen**. Handlungsbedarf bestand auch deshalb, weil aufgrund der Einschränkung der Prüfungsbefugnis der Insolvenzgerichte im Abwahlverfahren durch die obergerichtliche Rechtsprechung nicht zu erwarten war, dass der aufgezeigten Gefahr für die Unabhängigkeit der Verwalter eine wirksame gerichtliche Kontrolle gegenüber stehen würde.

Insbesondere nach den Entscheidungen der Oberlandesgerichte Naumburg vom 26.05.2000 (ZIP 2000, 1394), Zweibrücken vom 19.10.2000 (ZIP 2000, 2173) und des Kammergerichts vom 16.10.2001 (ZIP 2001, 2240-2241) schied eine an dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger ausgerichtete Überprüfung der Verwalterabwahl durch das Insolvenzgericht aus. Prüfungsmaßstab für die Frage der Versagung der Ernennung des von der Gläubigerversammlung gewählten Verwalters ist danach ausschließlich die Eignung des Gewählten für die Übernahme des Amtes.

## **2.3 Lösungsansätze**

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat verschiedene Lösungsansätze erörtert:

### **2.3.1 Modifizierung des Abwahlrechts der Gläubiger**

#### 2.3.1.1

Am weitgehendsten wäre eine Abschaffung des Abwahlrechts der Gläubiger nach § 57 InsO gewesen. In diesem Fall hätte daran gedacht werden können, eine Anfechtungsmöglichkeit (sofortige Beschwerde gemäß § 6 InsO) gegen die Ernennung des Insolvenzverwalters durch das Gericht zu begründen.

Ein Ausschluss des Abwahlrechts der Gläubiger hätte die Position und Unabhängigkeit des Verwalters deutlich gestärkt. Aus diesem Grund hatte sich auch die Kommission für Insolvenzrecht in ihrem ersten Bericht im Jahr 1985 gegen ein Abwahlrecht der Gläubigerversammlung ausgesprochen (vgl. Uhlenbruck, KTS 1989, S. 248). Durch die gleichzeitige Einführung einer Anfechtungsmöglichkeit gegen die Ernennung des Insolvenzverwalters durch das Gericht wäre andererseits eine Berücksichtigung berechtigter Gläubigerbelange bereits in einem sehr frühen Verfahrensstadium möglich gewesen.

#### 2.3.1.2

In Betracht kam des Weiteren eine Einschränkung des freien Abwahlrechts der Gläubigerversammlung in § 57 Satz 1 InsO durch Normierung besonderer Abwahlgründe (z.B. mangelnde Eignung des gerichtlich bestellten Verwalters, durch objektive Umstände gerechtfertigtes fehlendes Vertrauensverhältnis zur Gläubigermehrheit). Die gesetzliche Festlegung spezieller Abwahlgründe hätte die Gläubiger zur substantiierten Darlegung ihrer Abwahlmotive gezwungen und damit einen Missbrauch des Abwahlrechts erschwert.

### **2.3.2 Erweiterung der Prüfungsbefugnis des Gerichts**

Um dem Gericht bei der Entscheidung über die Bestellung des von der Gläubigerversammlung gewählten Verwalters gemäß § 57 Satz 2 InsO eine Berücksichtigung der Interessen der übrigen Insolvenzgläubiger zu ermöglichen und dadurch der Funktion des Insolvenzverfahrens als Verfahren zur bestmöglichen Befriedigung aller Gläubiger des insolventen Schuldners Rechnung zu tragen, hätte anstelle einer Modifizierung des Abwahlrechts der Gläubiger auch die Prüfungsbefugnis des Gerichts erweitert werden können. Denkbar war z. B., das Gericht zur Berücksichtigung eines widersprechenden gemeinsamen Interesses der Insolvenzgläubiger von Amts wegen zu verpflichten. Alternativ kam eine Ergänzung des § 57 Satz 2 InsO dahingehend in Betracht, dass § 78 Abs. 1 InsO unberührt bleibt, ein widersprechendes gemeinsames Gläubigerinteresse also (nur) auf Antrag eines Betroffenen zur Versagung der Bestätigung des gewählten Verwalters führen kann.

### **2.3.3 Modifizierung der Gläubigerstimmrechte**

Der Einfluss einzelner Großgläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters hätte schließlich auch durch eine Modifizierung der Stimmrechte im Abwahlverfahren zurückgedrängt werden können. Insofern kam zum Einen in Betracht, in Anlehnung an die frühere Regelung in § 96 Abs. 1 KO das Stimmrecht absonderungsberechtigter Gläubiger auf den Betrag ihrer Ausfallforderung zu beschränken. Eine vergleichbare Wirkung ließ sich durch eine Kombination der nach § 76 Abs. 2 InsO maßgeblichen Summenmehrheit mit einer Kopfmehrheit der Gläubiger erzielen, wie sie in § 15 Abs. 4 Satz 2 GesO und § 87 Abs. 2 RegE InsO vorgesehen war.

## **2.4 Bewertung**

Die Kombination von Summen- und Kopfmehrheit der Gläubiger (vgl. zu 2.3.3) bot nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe gegenüber den unter 2.3.1 und 2.3.2 dargestellten Ansätzen folgenden Vorteil:



Eine Modifizierung des Abwahlrechts der Gläubiger durch gesetzliche Festlegung besonderer Abwahlgründe oder die vollständige Abschaffung des Abwahlrechts die Gläubigerautonomie, deren Stärkung ein wesentliches Ziel der Insolvenzordnung ist, erheblich eingeschränkt. Der Ausbau der Beteiligtenautonomie war einer der zentralen Kernpunkte der Insolvenzrechtsreform (vgl. Ziffer 3 a) kk) und h) der Allgemeinen Begründung zum Regierungsentwurf der Insolvenzordnung, BT-Drs. 12/2443, S. 72 ff.). Für die grundlegenden Entscheidungen über die Gestaltung des Verfahrens soll nach dem Willen des Reformgesetzgebers grundsätzlich das Urteil derjenigen Personen maßgeblich sein, deren Vermögenswerte auf dem Spiel stehen und die deshalb die Folgen von Fehlentscheidungen zu tragen haben. Zu den grundlegenden Entscheidungen im vorgenannten Sinn gehört wegen ihrer erheblichen Auswirkung auf die konkrete Verfahrensabwicklung auch die Frage der Auswahl des Verwalters. Es erschien deshalb nicht gerechtfertigt, die insoweit bestehenden Mitbestimmungsrechte der Gläubiger massiv zu beschneiden, wenn das erstrebte Ziel einer Zurückdrängung des unangemessenen Einflusses einzelner Großgläubiger bei der Abwahl des gerichtlich bestellten Verwalters auch durch eine Verfahrensgestaltung erreicht werden konnte, die die Beteiligungsrechte der Gläubigerschaft insgesamt weniger stark berührt.

Auch eine Erweiterung der Prüfungsbefugnis des Gerichts bei der Entscheidung über die Bestellung des von der Gläubigerversammlung gewählten Verwalters erschien nur bedingt geeignet, eigennützig motivierte Abwahlentscheidungen zu verhindern. Zwar wäre dem Gericht eine Berücksichtigung der Interessen der übrigen Insolvenzgläubiger ermöglicht worden. Ob aber allein Kosten- und Verfahrensgesichtspunkte (z.B. eintretende Verzögerungen) und die daraus für die ungesicherten Gläubiger folgenden Nachteile eine Versagung der Bestellung des neuen Verwalters hätten rechtfertigen können, erschien fraglich. Diese Nachteile sind mit jedem Verwalterwechsel verbunden und deshalb grundsätzlich als Folge der gesetzlichen Zulassung der Wahl eines anderen Verwalters hinzunehmen (so auch ausdrücklich die Begründung zu § 66 RegE). Ein Machtmissbrauch einzelner Großgläubiger zum Nachteil der übrigen Insolvenzgläubiger dürfte sich indessen regelmäßig kaum nachweisen lassen.

Eine Erweiterung der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Abwahl hätte zudem Verfahrensverzögerungen und eine Mehrbelastung der Insolvenzgerichte zur Folge gehabt. Dies hätte in besonderem Maße gegolten, wenn Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung eröffnet worden wären.

Der Lösung des Problems durch eine Modifizierung der Gläubigerstimmrechte war daher der Vorzug zu geben. Sie trägt der Kritik an der bisherigen Regelung hinreichend Rechnung, ohne zu stark in das Regelungsgefüge der Insolvenzordnung und die Gläubigerautonomie einzugreifen.

Für einen weiter reichenden Einschnitt im Sinne einer generellen Beschränkung des Stimmrechts absonderungsberechtigter Gläubiger auf den Betrag ihrer Ausfallforderung hat die Bund-Länder-Arbeitsgruppe kein Bedürfnis gesehen. Eine solche Maßnahme hätte mit der stärkeren Einbindung dieser Gläubiger in das Insolvenzverfahren - eine der wesentlichen Neuerungen der InsO (vgl. Allgemeine Begründung des RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 86) - kollidiert.

## **2.5 Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 26. Oktober 2001**

Der Gesetzgeber hat in Übereinstimmung mit der Arbeitsgruppe ein Regelungsbedürfnis bei der Frage der Verwalterabwahl bejaht. Er hat durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 26.10.2001 nach § 57 InsO Satz 1 folgenden Satz eingefügt:

„Die andere Person ist gewählt, wenn neben der in § 76 Abs. 2 genannten Mehrheit auch die Mehrheit der abstimmenden Gläubiger für sie gestimmt hat.“

Dies entspricht dem vorstehend unter Ziffer 2.3.3 beschriebenen Modell. Für die Wahl eines anderen Insolvenzverwalters muss nunmehr neben der in § 76 Abs. 2 InsO vorgeschriebenen Summenmehrheit auch eine Kopfmehrheit der Gläubiger erreicht werden.

### 3. Veröffentlichung insolvenzrechtlicher Daten im Internet

Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 InsO in der Fassung des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes vom 26. Oktober 2001 kann die öffentliche Bekanntmachung auch in einem für das Insolvenzgericht bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem, d.h. im Internet erfolgen. Damit hat der Gesetzgeber eine der zentralen Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ umgesetzt (vgl. Zwischenbericht der Arbeitsgruppe S. 71 ff.). Die **Internetveröffentlichung bietet ein enormes Potenzial zur Reduzierung von Verfahrenskosten**. Sie steht damit in einem unmittelbaren und untrennbaren **Zusammenhang mit** der - ebenfalls von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vorgeschlagenen und in §§ 4a ff. InsO umgesetzten - **Stundung von Verfahrenskosten in Insolvenzverfahren**. Die mittels der Internetveröffentlichung bewirkte Reduzierung der Verfahrenskosten trägt zum Ausgleich der durch die Stundung verursachten Mehrkosten bei.

In mehreren Bundesländern werden derzeit Lösungen zur Umsetzung der Internetveröffentlichung von insolvenzrechtlichen Daten entwickelt bzw. entsprechende Überlegungen angestellt. **In Nordrhein-Westfalen ist die Internetveröffentlichung bereits vollständig umgesetzt worden**. Sie befindet sich seit dem 01. April 2002 im Echtbetrieb. Die Bekanntmachungen der nordrhein-westfälischen Insolvenzgerichte erfolgen landeseinheitlich unter der Internetadresse [www.insolvenzen.nrw.de](http://www.insolvenzen.nrw.de).

Die Internetveröffentlichung von insolvenzrechtlichen Daten auf Landesebene kann nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe jedoch nur ein - wenn auch wichtiger - Zwischenschritt sein. **Ziel** der weiteren Überlegungen zur Internetveröffentlichung sollte eine **bundeseinheitliche Plattform** sein, in die auch die derzeitigen Pflichtveröffentlichungen im Bundesanzeiger einbezogen werden können. Mittelfristig kann auf eine solche Plattform und eine entsprechende **bundesweite Recherchemöglichkeit** nicht verzichtet werden, da nur durch sie die Information aller betroffenen Gläubiger und des Geschäftsverkehrs in angemessener Weise gewährleistet wird. Eine Arbeitsgruppe der Bund-Länder-Kommission für Datenverarbeitung und Rationalisierung in der Justiz (BLK) ist zurzeit mit der Erarbeitung eines Vorschlages für eine bundeseinheitliche Plattform befasst.

### C. Abschließende Empfehlung

Nachdem die Zeit unmittelbar nach In-Kraft-Treten der neuen Insolvenzordnung am 01.01.1999 vornehmlich von den Problemen des Verbraucherinsolvenzverfahrens und der Suche nach ihrer Lösung geprägt war, ist mittlerweile das Regelinsolvenzverfahren und mit ihm die Unternehmensinsolvenz in den Blickpunkt der Aufmerksamkeit gerückt. Seine Schwachstellen sind nicht immer so augenfällig wie etwa die Frage des Zugangs völlig mittelloser Verbraucher-Schuldner zum Insolvenzverfahren. Ein funktionierendes Unternehmensinsolvenzverfahren ist aber betriebs- und volkswirtschaftlich mindestens ebenso wichtig wie ein funktionierendes Verbraucherinsolvenzverfahren. Gerade in Zeiten der wirtschaftlichen Stagnation ist es von besonderer Bedeutung, dass in der Krise befindlichen Unternehmen und ihren Gläubigern ein wirksames insolvenzrechtliches Instrumentarium zur Verfügung steht, mit dessen Hilfe möglichst ein Weg aus der Krise gefunden, zumindest aber eine geordnete Abwicklung der Insolvenz ermöglicht wird.

Um dieser Zielsetzung gerecht zu werden, hat sich die von der Justizministerkonferenz beauftragte Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ den besonderen Problemen des Unternehmensinsolvenzrechts gewidmet. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Rahmen

- die gerichtliche Auswahl des Insolvenzverwalters,
- die übertragende Sanierung und Verwertung von Massegegenständen durch den Insolvenzverwalter,
- das Insolvenzarbeitsrecht und
- die Besteuerung des Sanierungsgewinns.

#### 1.

Die **gerichtliche Auswahl des Insolvenzverwalters** ist das derzeit wohl am intensivsten diskutierte Thema des deutschen Insolvenzrechts. Die beim Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfassungsbeschwerden von Insolvenzverwaltern verleihen ihm eine besondere Aktualität. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ hat sich mit dieser Problematik daher besonders intensiv befasst. Sie hat sie sowohl

in verfassungs- als auch in insolvenzrechtlicher und rechtsvergleichender Hinsicht untersucht.

Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe **weist die zentrale, die Verwalterauswahl regelnde Norm des § 56 Abs. 1 InsO keine verfassungsrechtlichen Defizite auf**. Der Zweck des Gesetzes ist nicht die gleichmäßige Verteilung von Erwerbschancen an die als Insolvenzverwalter tätigen Personen, sondern die Sicherstellung einer wirkungsvollen Insolvenzverwaltung. In Verwirklichung dieses, im volkswirtschaftlichen Interesse und im individuellen Interesse der Gläubiger stehenden Zieles stellt § 56 InsO sicher, dass Auswahl und Bestellung der Insolvenzverwalter für jedes einzelne Insolvenzverfahren gesondert erfolgen und damit den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung getragen werden kann. Unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 GG ist es daher gerechtfertigt, die Auswahl des Insolvenzverwalters in das Ermessen des unabhängigen Richters zu stellen.

**Verfassungswidrig ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe dagegen die von einigen wenigen Insolvenzgerichten geübte Praxis geschlossener Verwalterlisten („closed shop“)**. Sie verstößt sowohl gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG als auch gegen § 56 Abs. 1 InsO. In dieser „closed shop“ – Praxis einiger Insolvenzgerichte liegt der Kern des Problems. Sie ist der eigentliche Grund für die großflächige Thematisierung der Insolvenzverwalterauswahl. Die verfassungswidrige Anwendung einer einfachgesetzlichen Ermessensnorm im Einzelfall begründet aber keineswegs stets einen Reformbedarf in Bezug auf die Norm selbst. Änderungsbedürftig ist im Falle des § 56 Abs. 1 InsO die Normanwendung durch kleine (!) Teile der insolvenzgerichtlichen Praxis und nicht die Norm selbst.

**Aus insolvenzrechtlicher Sicht bestehen zu dem System der Ermessensentscheidung und der Normierung abstrakter Auswahlkriterien, wie sie in § 56 Abs. 1 InsO erfolgt, keine überzeugenden Alternativen**. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat die in den U.S.A. und mehreren europäischen Staaten bestehenden, zum Teil sehr unterschiedlichen Verfahren zur Auswahl von Insolvenzverwaltern untersucht. Die dort teilweise anzutreffende Normierung detaillierter Auswahl- oder Zulassungskriterien und erst recht die gesetzliche Regelung von Verwalterlisten bergen schwer wiegende Nachteile. Sie erfordern einen kaum vertretbaren, hohen regulato-

rischen und verfahrenstechnischen Aufwand. Zudem sind derartige Verfahren mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Insolvenzrechts wie dem der Gläubigerautonomie und dem der individuellen Auswahl eines für das jeweilige Verfahren geeigneten Verwalters nicht vereinbar.

Letztlich ließen sich diese Bedenken aber überwinden oder wären hinzunehmen, wenn von der Übernahme eines der geschilderten Normsysteme die Behebung gravierender Schwachstellen des Rechts der Verwalterauswahl zu erwarten wäre. Dies ist nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe jedoch eindeutig zu verneinen. Erhebliche Qualitätsdefizite bei der Tätigkeit der Insolvenzverwalter sind nicht feststellbar. Es ist auch nicht Inhalt und Ziel der Verwalterauswahl, eine möglichst hohe, quasi schematische Verteilungsgerechtigkeit unter den in Betracht kommenden Insolvenzverwaltern herzustellen. Die Heranziehung von Fachleuten und deren Eignung für die konkrete Aufgabe hat vielmehr Vorrang.

Auch aus insolvenzrechtlicher Sicht fokussiert sich die Problematik der Insolvenzverwalterwahl daher auf die **Verwendung geschlossener Verwalterlisten**. Diese in der Insolvenzpraxis bestehende Schwachstelle **kann jedoch mit Hilfe der geschilderten Normsysteme nicht befriedigend beseitigt werden**. Auch bei der Schaffung gesetzlicher Auswahlkriterien könnten sich Gerichte darauf berufen, die von ihnen im „closed shop“ - Verfahren berücksichtigten Verwalter genügen den gesetzlichen Vorgaben, so dass kein Anlass bestehe, andere Bewerber zu berücksichtigen. Ein gesetzlich geregeltes Zulassungsverfahren würde ebenfalls nicht die Gefahr willkürlicher Auswahlentscheidungen vermeiden. Allenfalls ein auf Rotation und Zufallsauswahl basierendes Listensystem wie das der U.S.A. könnte die Bildung von „closed shops“ verhindern. Ein solches System birgt jedoch wegen der mit ihm verbundenen Widersprüche zu den Prinzipien der Gläubigerautonomie und der Bestenauslese derart schwer wiegende Nachteile, dass seine Einrichtung allein zum Zwecke der Behebung punktueller Probleme fehlerhafter Normanwendung nicht gerechtfertigt erscheint.

**Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe empfiehlt daher, das bestehende System der Ermessensauswahl und der Normierung abstrakter Auswahlkriterien grundsätzlich beizubehalten. Um der Verwendung geschlossener Listen entgegen-**

**zuwirken, sollte jedoch in § 56 Abs. 1 InsO klargestellt werden, dass die Auswahl des Insolvenzverwalters aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen zu erfolgen hat.**

## **2.**

Aus der Praxis ist die Forderung erhoben worden, bereits dem vorläufigen Insolvenzverwalter, zumindest aber dem endgültigen Insolvenzverwalter vor dem Berichtstermin die Möglichkeit einzuräumen, das Unternehmen des Schuldners im Wege einer **übertragenden Sanierung** zu veräußern. Dem steht gegenwärtig § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO entgegen, wonach der vorläufige Insolvenzverwalter das schuldnerische Unternehmen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen hat. Nach Eröffnung des Verfahrens erlaubt § 159 InsO eine Verwertung der Insolvenzmasse und damit auch eine übertragende Sanierung erst nach dem Berichtstermin. Bis zur Zulässigkeit einer übertragenden Sanierung können somit wertvolle Monate verstreichen. Gerade in der Phase unmittelbar nach Eintritt des Insolvenzereignisses bestehen nicht selten besonders günstige Chancen einer werterhaltenden übertragenden Sanierung des Unternehmens. Zu einem späteren Zeitpunkt kann das schuldnerische Unternehmen oft nur noch wertvernichtend im Wege der Zerschlagung verwertet werden. Dies ist sowohl volks- als auch betriebswirtschaftlich in vielen Fällen nicht sinnvoll und schadet den Interessen der Gläubiger und der Arbeitnehmer des insolventen Unternehmens.

Eine Zulassung der übertragenden Sanierung bereits im Eröffnungsverfahren erfordert allerdings eine aufwendige Verfahrensgestaltung, um die betroffenen Rechte des Schuldners und der Gläubiger hinreichend zu wahren. Die hierdurch bedingte Verzögerung und Verkomplizierung des Eröffnungsverfahrens ist im Hinblick auf das Ziel einer möglichst zügigen Eröffnungsentscheidung kontraproduktiv. Sie führt zudem zu einer Verlagerung von Verfahrensabschnitten und Entscheidungen, die eigentlich dem eröffneten Verfahren vorbehalten sind. Es entstünde ein „Insolvenzverfahren vor dem Insolvenzverfahren“, das wesentliche Funktionen des eröffneten Verfahrens vorwegnimmt. Eine solche Belastung des Eröffnungsverfahrens erscheint nicht wünschenswert und ist mit der Struktur des Insolvenzrechts kaum vereinbar.

Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ sollte das Augenmerk darauf gerichtet sein, das Eröffnungsverfahren zu beschleunigen und zu einem zügigen Abschluss zu bringen. Die Zeit des Eröffnungsverfahrens kann sinnvoll genutzt werden, um alle Sanierungsmöglichkeiten auszuloten, ggf. eine übertragende Sanierung vorzubereiten und insbesondere den Schuldner und die anderen Gläubiger von der Notwendigkeit einer solchen Maßnahme zu überzeugen. Einer zügigen sanierenden Übertragung unmittelbar nach Verfahrenseröffnung steht dann nichts mehr im Wege.

Die Zulassung einer übertragenden Sanierung unmittelbar nach Verfahrenseröffnung sollte daher ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

### 3.

Das **Insolvenzarbeitsrecht** enthält in §§ 113 ff. InsO nicht unerhebliche Einschränkungen der Rechte der Arbeitnehmer im Insolvenzfall. Es ist daher nachvollziehbar, dass von Gewerkschaftsseite eine Revision dieses Sonderarbeitsrechtes angestrebt wird. Indessen setzt eine abschließende und ausgewogene Beurteilung eines etwaigen gesetzlichen Änderungsbedarfs die Sichtung und Bewertung aller mit dem derzeitigen Insolvenzarbeitsrecht verbundenen, individuellen und kollektiven Vor- und Nachteile voraus. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ hat diese Aspekte auf Grund einer ausführlichen und intensiven Diskussion mit Vertretern der Arbeitsgerichtsbarkeit, der Gewerkschaften und der Insolvenzverwalter analysiert.

Dabei hat sich gezeigt, dass für die in den §§ 113 ff. InsO enthaltenen Einschränkungen von Arbeitnehmerrechten gewichtige Gründe sprechen. Nicht nur der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger (*par conditio creditorum*), sondern auch das Ziel der Erhaltung und Sanierung insolventer Betriebe rechtfertigen kürzere Kündigungsfristen und die Aufstellung von Namenslisten. Vor allem aber profitiert die Arbeitnehmerschaft selbst in ihrem kollektiven Interesse an dem Erhalt einer möglichst großen Anzahl von Arbeitsplätzen im insolventen Unternehmen von der gegenüber dem Normalarbeitsrecht erhöhten Flexibilität des Insolvenzarbeitsrechts.



In diesen Gesichtspunkten finden die Sonderregelungen des Insolvenzrechts ihre Rechtfertigung. Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe sollte daher in das ausgewogene Gesamtgefüge des Insolvenzrechts nicht eingegriffen werden.

#### 4.

Die **Besteuerung des Sanierungsgewinns** ist ein schwer wiegendes Hemmnis für erfolgreiche Sanierungen insolventer Unternehmen und damit zugleich für den Erhalt von Arbeitsplätzen. Hierauf hat die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ bereits vor zwei Jahren in ihrem Zwischenbericht hingewiesen. Sie bedauert nachdrücklich, dass der Gesetzgeber auf die Problemlage bisher nicht reagiert hat.

Die Besteuerung des Sanierungsgewinns führt dazu, dass Insolvenzverwalter in vielen Fällen von vornherein auf die Entwicklung von Insolvenzplänen und den Versuch der erhaltenden Sanierung eines insolventen Unternehmens verzichten. Oft bleibt dann nur noch die wert- und arbeitsplatzvernichtende Liquidation des Unternehmens als einzige Alternative der Verfahrensabwicklung.

Die Besteuerung von Sanierungsgewinnen verursacht aber auch im Zusammenhang mit der Restschuldbefreiung Probleme. Die Verbindlichkeiten, von denen der Schuldner befreit worden ist, sind als „Einkommen“ zu versteuern. Der Schuldner sieht sich mithin nach der Restschuldbefreiung sofort wieder neuen (Steuer-)Verbindlichkeiten gegenüber. Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist dieses Ergebnis mit den wirtschafts-, sozial- und rechtspolitischen Zielsetzungen des durch die Insolvenzordnung im Jahr 1999 im deutschen Recht erstmals eingeführten Instituts der Restschuldbefreiung nicht vereinbar.

**Das Problem der Besteuerung des Sanierungsgewinns sollte nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nunmehr mit besonderer und mittlerweile erhöhter Dringlichkeit einer baldigen gesetzlichen Lösung zugeführt werden.**