



Verband  
Insolvenzverwalter  
Deutschlands e.V.

**Vorstand**

Dr. Siegfried Beck  
- Vorsitzender -

Dr. Achim Ahrendt

Angelika Amend

Barbara Beutler

Norbert Weber

## **Stellungnahme**

**zum Gesetzentwurf der Bundesregierung  
für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der  
Sanierung von Unternehmen  
vom 04. März 2011 ( BR-Drs.127/11)**

**Geschäftsführer**  
Dr. Daniel Bergner

**Geschäftsstelle**  
Jägerstraße 26  
10117 Berlin

Tel.: 030/204555-25  
Fax: 030/204555-35

[info@vid.de](mailto:info@vid.de)  
[www.vid.de](http://www.vid.de)

**Dr. Siegfried Beck**  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
und Vorsitzender des VID e.V.

**Vorbemerkung:**

Der Verband Insolvenzverwalter Deutschlands hat sich in einer Stellungnahme vom 14.10.2010 sowie in einer ergänzenden Stellungnahme vom 23.11.2010 zum Diskussionsentwurf (DiskE) des o.g. Gesetzes geäußert. Soweit im Nachfolgenden zu dem Regierungsentwurf (RegE) vom 23.2.2011 Stellung genommen wird, verstehen sich die nachfolgenden Ausführungen als Ergänzungen dieser früheren Stellungnahmen. Für textlich und inhaltlich übereinstimmende Regelungsvorschläge in Diskussionsentwurf und Regierungsentwurf wird deshalb auf eine Wiederholung verzichtet. Die nachfolgend zitierten §§ beziehen sich ausnahmslos auf §§ der Insolvenzordnung auch wenn dies nicht gesondert ausgewiesen wird.

Der Regierungsentwurf hat nach seinem Gesamteindruck gegenüber dem Diskussionsentwurf eine Reihe von inhaltlichen Klarstellungen und Verbesserungen eingebracht. Hervorzuheben sind folgende Punkte:

**1) Konzentration der Insolvenzgerichte - § 2 Abs.2 Satz 1 InsO**

Anders als noch im Diskussionsentwurf vorgesehen soll nun die Konzentration der Insolvenzgerichte auch die Verbraucherinsolvenzverfahren erfassen und damit eine einheitliche Organisation der Insolvenzgerichte für alle Verfahrensarten gewährleisten. Diese Änderung ist ausdrücklich zu begrüßen. Sie verhindert die ansonsten drohende Aufteilung einheitlicher Lebenssachverhalte (z. B. bei der Insolvenz von Gesellschaften und Geschäftsführern) und unterstützt die angestrebte Stärkung von Erfahrungen und Kompetenzen bei den konzentrierten Gerichten.

Im Hinblick auf die zuletzt durch den Rechtsausschuss des Bundesrates (Drs. 127/1/11) geäußerten Bedenken bleibt zu konstatieren, dass derzeit keine belastbaren Daten zu den finanziellen Ergebnissen und dem Ausgang eröffneter Insolvenzverfahren vorliegen. Diese sollen durch das geplante Insolvenzstatistikgesetz gewonnen werden. Damit werden erst nach Inkrafttreten dieses Gesetzes auch Daten vorliegen, die es erlauben die sachdienliche Förderung oder schnellere Erledigung der Insolvenzverfahren als Ziel der Konzentration einem bundesweiten Vergleich zu unterziehen.

Nach § 6 des geplanten Insolvenzstatistikgesetzes sollen Insolvenzverwalter, Treuhänder und Sachwalter rückwirkend Angaben zu allen ab dem 31.12.2008 eröffneten Verfahren übermitteln. Aus diesen Angaben (§ 4 Abs.1 Nr.2 i.V.m. § 2 Nr. 3 InsStatG) kann insbesondere durch die Angaben zur erfolgten Beendigung des Verfahrens und zum Datum der Einreichung des Schlussberichts bei den Gerichten ein erster Überblick gewonnen werden. Im Rahmen der vorgesehenen Übermittlungsfristen (§ 4 Abs.3 Nr.2 InsStatG) müssen die genannten Angaben innerhalb von vier Wochen nach Ablauf des Kalenderjahrs übermittelt werden, in dem die Einstellung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens erfolgte. Erste, rückwirkend bis zum 31.12.2008 erfasste Daten würden deshalb bei einem Inkrafttreten des InsStatG zum 1.1.2012 bereits im Frühjahr 2012 vorliegen.

Vor dem Hintergrund weiterer geplanter Reformschritte im Insolvenzrecht wäre deshalb eine Umsetzung der geplanten Konzentration zu einem späteren Zeitpunkt und auf der Grundlage des dann vorliegenden Datenmaterials zu empfehlen.

## 2) **Eigenanträge - § 13 Abs.1 InsO**

Der Regierungsentwurf präzisiert die inhaltlichen Anforderungen an einen Eigenantrag des Schuldners und erweitert sie gegenüber der Fassung des Diskussionsentwurfs.

Diese Präzisierung erscheint sinnvoll. Die zusätzlichen inhaltlichen Vorgaben bei laufendem Geschäftsbetrieb sollen dem Gericht insbesondere die kurzfristige Beantwortung der Fragen nach Notwendigkeit und Besetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses ermöglichen. Sie schließen beim Eigenantrag in Unternehmensinsolvenzverfahren an bereits bestehende Vorgaben im Verbraucherinsolvenzverfahren an.

Durch die im Vergleich zum Diskussionsentwurf nochmals strengeren Vorgaben steigt jedoch auch die Gefahr unvollständiger Eigenanträge insbesondere bei kleineren Unternehmen.

Dies könnte zu einer steigenden Zahl unzulässiger Schuldneranträge führen, die von den Gerichten zunächst mit entsprechenden Aufforderungen zur Antragsergänzung beantwortet werden müssten. Die hierdurch zu erwartenden Verzögerungen bei der Bestellung eines Gutachters und der Anordnung vorläufiger Maßnahmen gem. § 21 würden die Gefahr einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners deutlich erhöhen und damit dem Ziel des § 21 (Sicherung des schuldnerischen Vermögens für die Gläubiger) aber auch dem Zweck des ESUG zuwiderlaufen.

Um diese Verzögerungen zu verhindern sollten die in § 13 Abs.1 Satz 3-5 geplanten Anforderungen nur in solchen Fällen zur Anwendung kommen, in denen der Schuldner aufgrund der Größe seines laufenden Geschäftsbetriebes die Schwellenwerte (zur notwendigen Anhebung dieser Schwellenwerte auf die Schwelle großer Kapitalgesellschaften nach § 267 Abs. 3 HGB s. unten 4) des geplanten § 22a Abs.1 erreicht. In den damit allein erfassten großen Kapitalgesellschaften ist schon aufgrund der auf den Jahresabschluss bezogenen Maßgaben des HGB die Gefahr einer unvollständigen Datenlage und damit eines unvollständigen Antrages weitestgehend eingedämmt.

Zudem sollte die Vorgabe mit einer Sanktion im Falle der Nichtbeachtung versehen werden, die darin bestehen sollte, dass bei unvollständigen Angaben die Regelung des § 22a InsO nicht anwendbar ist. Der bereits in der Stellungnahme zum DiskE vom 14.10.2010 angesprochene Wertungswiderspruch zu den Regelungen der Restschuldbefreiung bleibt damit in diesem Punkt erhalten und vertieft sich sogar noch weiter<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> „Die vorgesehene Regelung steht auch in einem Wertungswiderspruch zu der strengen Regelung in § 290 Abs.1 Nr.6 InsO, die eine Restschuldbefreiung versagt, wenn der Schuldner in den nach § 305 Abs. 1 Nr. 3 InsO mit dem Eröffnungsantrag vorzulegenden Verzeichnissen seines Vermögens und seines Einkommens, seiner Gläubiger und der gegen ihn gerichteten Forderungen vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht hat.“

Die Forderung nach der dort vorgeschlagenen Sanktion (Versagung der Sanierung in Eigenverwaltung) drängt sich nun geradezu auf, wird jedoch im Regierungsentwurf nicht umgesetzt. Dies ist umso unverständlicher, als ja gerade der Sanierung in Eigenverwaltung eine zumindest rudimentäre Beratung und eine Bescheinigung von Sanierungschancen vorausgehen soll, die eine vertiefte Auseinandersetzung mit den nun geforderten Inhalten eines Eigenantrages unabweisbar voraussetzt.

### 3) Anordnung vorläufiger Maßnahmen - § 21 InsO

Im Regierungsentwurf wurde nun auf die vorgesehene Regelung des § 21 Abs.1 Satz 2 DiskE verzichtet. Dieser Verzicht ist im Hinblick auf die in der Stellungnahme des VID vom 14.10.2011 geschilderten Bedenken zu begrüßen<sup>2</sup>. Die gesetzliche Verankerung des vorläufigen Gläubigerausschusses ist ebenfalls positiv zu werten (s. schon d. Stellungnahme vom 14.10.2010). Der Regierungsentwurf greift zudem die Anregung auf, auch § 67 Abs.2 in diesem Zusammenhang in Bezug zu nehmen (s. Stellungnahme des VID vom 14.10.2010 zu § 13 Abs.1 a.E.)<sup>3</sup>. Bei der Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses ergibt sich durch die obligatorische Berücksichtigung der Arbeitnehmer (durch gleichzeitige Änderung des in Bezug genommenen § 67) eine sinnvolle Erweiterung. Durch die vorgesehene Regelung des § 22a Abs.2 RegE wird die in der Stellungnahme des VID zum DiskE angesprochene Verhältnismäßigkeit<sup>4</sup> überzeugend im Gesetz verankert.

### 4) Vorläufiger Gläubigerausschuss - § 22a InsO

Die geplante Einführung von Schwellenwerten für die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses erscheint grundsätzlich sinnvoll. Sie trägt der Tatsache Rechnung, dass bei kleineren Unternehmen ein laufender Geschäftsbetrieb im Antragsstadium oftmals nur noch geringe Ausmaße aufweist.

Ihre Ausgestaltung als obligatorische Schwellenwerte, die zwingend die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach sich ziehen, ist jedoch rechtlich wie praktisch bedenklich. **Die Möglichkeit der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses sollte deshalb auch bei Erreichung der Schwellenwerte fakultativ ausgestaltet und an die Einhaltung der in § 13 Abs.1 Satz 3-5 erhobenen Anforderungen geknüpft werden.**

Rechtliche Bedenken verbinden sich hier mit der Einordnung des vorläufigen Gläubigerausschusses als vorläufige Maßnahme.

---

<sup>2</sup> „Grundsätzlich sind alle aus- und absonderungsberechtigten Gläubiger von einer Sicherungsmaßnahme betroffen, die ihre Aus- und Absonderungsrechte einschränkt. Eine solche Sicherungsmaßnahme ist jedoch gerade in den Fällen einer Betriebsfortführung regelmäßig notwendig, um (mit den Worten der Entwurfsbegründung) „das materielle Substrat des Unternehmens nicht auseinanderzureißen“. Die in der Entwurfsbegründung angesprochene Prüfung der Verhältnismäßigkeit wird hier regelmäßig zugunsten einer Aufrechterhaltung der entsprechenden Sicherungsmaßnahmen ausfallen.“

<sup>3</sup> „Die Anordnung einer entsprechenden Anwendung der §§ 69 bis 73 InsO auf den vorläufigen Gläubigerausschuss sollte deshalb um die Vorschrift des § 67 Abs.2 InsO erweitert werden.“

<sup>4</sup> S. oben Fn 2

Die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses hat als vorläufige Anordnung den Vorgaben des § 21 Abs.1 InsO zu folgen. Sie ist damit grundsätzlich gebunden an die Erforderlichkeit, bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Die nun durch § 22a RegE gebildete Ausnahmeregelung fingiert eine solche Erforderlichkeit bei Erreichung der dort genannten Schwellenwerte. Als gesetzliche Fiktion setzt sie damit das Beschwerderecht des Schuldners nach § 21 Abs.1 Satz 2 außer Kraft. Diese Verkürzung des Rechtsschutzes, der für den Schuldner von erheblicher Bedeutung sein kann, erscheint als grundsätzlicher Wertungsbruch mit den übrigen vorläufigen Maßnahmen des Insolvenzgerichts. Wird ansonsten die Abwendung einer drohenden nachteiligen Veränderung der schuldnerischen Vermögenslage vorausgesetzt, deren Anschein der Schuldner entkräften kann, so wird ihm hier diese Möglichkeit zur Entkräftung des Anscheins genommen wenn die Schwellenwerte erreicht sind.

Angesichts der generellen Eingriffstiefe aller vorläufigen Maßnahmen dürfte diese partielle Rechtsschutzverkürzung verfassungsrechtlich bedenklich sein. Als vorläufige Maßnahme setzt die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses in einem Zeitpunkt an, in dem die Frage der Insolvenzreife, d.h. des Vorliegens eines Insolvenzgrundes, regelmäßig erst noch durch ein Gutachten geklärt werden muss. Sie schafft damit u.U. bereits zu diesem frühen Zeitpunkt eine Situation, in der sich ein vorläufiger Gläubigerausschuss gem.§ 21 Abs.2 Satz 1 Ziff.1a RegE i.V.m. § 69 Satz 2 über den Gang der Geschäfte zu unterrichten, sowie die Bücher und Geschäftspapiere einsehen und den Geldverkehr und -bestand prüfen zu lassen hat. Mit Hinblick auf die potentiellen Konsequenzen eines solchen tiefen Einblicks erscheint eine gleichzeitige Verkürzung des schuldnerischen Rechtsschutzes zu weitgehend. Dies gilt umso mehr, als das Gericht Vorschläge des Schuldners zur Besetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zwar nach § 22a Abs.3 RegE erfragen kann, ihnen aber nicht zu folgen braucht.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass der vorläufige Gläubigerausschuss nach dem geplanten § 270 b Abs.3 Nr. 3 RegE die Aufhebung der Anordnung nach § 270 b Abs.1 RegE ohne weitere Begründung beantragen und damit in Zukunft die Sanierungschancen des Schuldners in diesem Verfahren bereits vor Ablauf der gesetzten Frist beschränken kann. Dem vorläufigen Gläubigerausschuss wächst damit im Rahmen des Verfahrens nach § 270b RegE eine mitentscheidende Bedeutung zu.

Die in Bezug genommenen Schwellenwerte aus der Empfehlung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 6.5.2003 „betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen“ (Amtsblatt L 124/36 vom 20.5.2003) begegnen erheblichen praktischen Bedenken.

Sie setzen bereits bei relativ kleinen Unternehmensgrößen an und könnten nach der Begründung des Entwurfes dazu führen, dass zukünftig in ca. 12% aller Unternehmensinsolvenzen ein vorläufiger Gläubigerausschuss zu bestellen wäre. Bei ca. 30.000 Unternehmensinsolvenzen wären dies ca. 3.600 Verfahren p.a.

Selbst wenn man die Fälle eines bereits eingestellten Geschäftsbetriebes gem. § 22a Abs.2 RegE und die weiteren dort genannten Ausnahmen in Ansatz bringt, ergäbe sich damit eine sehr erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereiches von (vorläufigen) Gläubigerausschüssen. Die mit dieser Ausweitung verbundene Mehrbelastung von Gerichten und Gläubigern dürfte zu erheblichen Verzögerungen bei der Einsetzung von vorläufigen Gläubigerausschüssen führen und würde damit der zugedachten Wirkung zuwiderlaufen. Insbesondere bei der Einsetzung des vorläufigen Insolvenzverwalters als Sicherungsmaßnahme dürfte deshalb die in § 22a Abs.2 RegE vorgesehene Ausnahme zur Abwendung einer nachteiligen Entwicklung der schuldnerischen Vermögenslage häufig zum Tragen kommen (s. hierzu auch Anm. zu § 56 Abs.2 und 3 RegE). Damit würde der praktische Regelfall zur gesetzlichen Ausnahme erklärt.

Der Wortlaut des § 22a Abs. 2 RegE schließt allerdings nicht aus, dass erst später im Verlauf des Eröffnungsverfahrens ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt wird. Eine solche Einsetzung kann etwa geboten sein, um die nach § 270 Abs. 3 RegE vorgesehene Äußerung des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Anordnung der Eigenverwaltung einzuholen.

Eine Anwendung der Schwellenwerte des § 22a Abs.1 RegE ist in diesem Fall aber nach dem Wortlaut („Absatz 1 ist nicht anzuwenden...“) des § 22a Abs.2 RegE ausgeschlossen. Man wird deshalb nicht ohne weiteres annehmen dürfen (die Begründung des RegE schweigt hierzu), dass die Erreichung der genannten Schwellenwerte im weiteren Verlauf des Eröffnungsverfahrens zur obligatorischen Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses führen soll. Die nachträgliche Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses als (zusätzliche) vorläufige Sicherungsmaßnahme kommt deshalb nur noch dann in Frage, wenn eine Verschlechterung der schuldnerischen Vermögenslage gem. § 21 Abs. 1 zu besorgen ist. Diese Besorgnis hat dann jedoch schon zur Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und zur Nichteinsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses bei Verfahrensbeginn geführt.

Sie kann hier deshalb nur dann zur Begründung herangezogen werden, wenn Umstände bekannt werden, die eine zusätzliche Unterstützung und Überwachung des vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 69 durch einen vorläufigen Gläubigerausschuss im weiteren Verlauf des Eröffnungsverfahrens unabweisbar machen. Diese Fallgestaltung dürfte sehr selten vorkommen.

**Um die hier skizzierten Probleme auf Fälle eines voraussichtlich größeren Gläubigerinteresses zu begrenzen sollten deshalb die Schwellenwerte nach § 22a Abs.1 RegE deutlich angehoben werden.** Es empfiehlt sich eine Orientierung an den Werten, die in § 267 Abs. 3 HGB für große Kapitalgesellschaften vorgesehen sind. Ein vorläufiger Gläubigerausschuss sollte nur in Frage kommen, wenn gem. § 267 Abs.3 HGB mindestens zwei der nachfolgenden Merkmale überschritten sind:

- 19 250 000 Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags (§ 268 Abs. 3 HGB).
- 38 500 000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag.
- Im Jahresdurchschnitt zweihundertfünfzig Arbeitnehmer

## 5) Bestellung des Insolvenzverwalters - § 56 InsO

Die vorgesehene Regelung des § 56 Abs.1 Satz 3 Nr.1 RegE entspricht dem Text des Diskussionsentwurfs. Insoweit ergeben sich keine notwendigen Ergänzungen der positiven Stellungnahme zum DiskE vom 14.10.2010<sup>5</sup>.

Die nun in §56 Abs.1 Satz 3 Nrn.2 und 3 RegE vorgesehenen Regelungen stellen zwar eine Konkretisierung des ursprünglichen Vorschlags aus dem DiskE dar. Sie sind aber in ihrer Ausgestaltung weiterhin den gleichen grundsätzlichen Zweifeln unterworfen, die schon in der Stellungnahme des VID zum DiskE vom 14.10.2010 und in der ergänzenden Stellungnahme vom 23.11.2010 geäußert wurden<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> „Der VID hat in seinen am 04.11.2006 verabschiedeten Berufsgrundsätzen die notwendigen Voraussetzungen für eine unabhängige Insolvenzverwaltung näher ausgeführt. Nach § 4 Ziffer 3 a dieser Berufsgrundsätze begründet der Umstand, dass ein Insolvenzverwalter vom Schuldner oder einem Gläubiger vorgeschlagen wird für sich allein noch keinen Zweifel an seiner Unabhängigkeit. Die nun nahezu wortgleich vorgesehene Regelung in § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 InsO nimmt diesen Ansatz auf und ist als Klarstellung und Hinweis für die gerichtliche Praxis zu begrüßen.“

<sup>6</sup> „In seinen Berufsgrundsätzen hat der VID auch zur sog. Vorbefasstheit des Insolvenzverwalters sowie zu den Umständen Stellung genommen, unter denen eine solche Vorbefasstheit die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ausschließt.“

- Nach § 4 Ziffer 2 c der Berufsgrundsätze ist die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ausgeschlossen, wenn er selbst oder eine mit ihm zur gemeinsamen Berufsausübung verbundene Person den Schuldner oder eine diesem nahestehende Person (§ 138 InsO) innerhalb von vier Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mittelbar oder unmittelbar vertreten oder beraten hat.

- Nach § 4 Ziffer 2 d der Berufsgrundsätze ist ein Ausschluss der Unabhängigkeit ebenfalls anzunehmen, wenn der Insolvenzverwalter oder eine mit ihm zu gemeinsamer Berufsausübung verbundene Person einen verfahrensbeteiligten Großgläubiger, Kreditversicherer oder anderen institutionellen Gläubiger ständig in Insolvenzrechtsangelegenheiten, z.B. auch durch die Übernahme von sog. Poolverwaltungen, betreut.

- Die Unabhängigkeit wird nach § 4 Ziffer 3 b der Berufsgrundsätze jedoch noch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Insolvenzverwalter, eine ihm nahestehende Person im Sinne von § 138 InsO oder eine mit ihm zur gemeinsamen Berufsausübung verbundene Person für Gläubiger des Schuldners oder andere Verfahrensbeteiligte als Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Poolverwalter in anderen als den in § 4 Ziffer 2d genannten Angelegenheiten tätig ist.

- Die in den Berufsgrundsätzen des VID erfassten Fälle einer Vorbefasstheit erlauben somit ausschließlich Tätigkeiten für Gläubiger und diese auch nur in anderen und konkret gefassten Angelegenheiten. Eine Befassung in derselben Sache wird damit untersagt.

- In der nun vorgesehenen Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 InsO wird dagegen auch die einem Eröffnungsantrag vorausgehende Tätigkeit für den Schuldner unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit für unbedenklich erklärt soweit dabei „auf die Geschäftsführung kein Einfluss genommen“ wurde.

- Die Entwurfsbegründung führt hierzu aus, dass etwa die Beratung bei einem außergerichtlichen Sanierungsversuch oder die Beauftragung mit der Erstellung eines Insolvenzplans noch nicht per se zu einer Gefährdung der Unabhängigkeit führe. Diese Tätigkeiten seien regelmäßig dadurch gekennzeichnet, dass die gegenläufigen Interessen aller Beteiligten berücksichtigt und ausgeglichen werden und die betreffende Person vermittelnd tätig wird. Maßgeblich bleibe stets eine Einzelfallbetrachtung, die regelmäßig eine Offenlegung aller relevanten Umstände gegenüber dem Gericht voraussetze.

Diese Regelung stößt unter mehreren Gesichtspunkten auf erhebliche Bedenken.

- Zunächst vermag die Begründung nicht zu überzeugen. Anwaltliche Tätigkeit muss stets den Individualinteressen des Auftraggebers dienen, auch wenn sie von dem Versuch geleitet ist, einen Ausgleich zu erzielen und damit einen Rechtsstreit zu vermeiden.

- Gegen die vorgesehene Regelung sprechen aber auch erhebliche rechtliche Bedenken.

- Die einem Eröffnungsantrag vorausgehende Tätigkeit von Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern für den Schuldner beruht regelmäßig auf einem Mandatsverhältnis.

- In den Berufsordnungen der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sind die Pflichten des mandatierten Berufsträgers gegenüber dem Mandanten näher geregelt. Die Rechtsprechung hat darüber hinaus diese Regelungen weiter konkretisiert.

- Nach § 45 Abs. 2 Nr.2 BRAO ist es dem Rechtsanwalt untersagt, in Angelegenheiten, mit denen er bereits als Rechtsanwalt befasst war, außerhalb seiner Anwaltstätigkeit oder einer sonstigen Tätigkeit im Sinne des § 59 a Abs. 1 Satz 1 BRAO beruflich tätig zu werden. Dies gilt auch dann, wenn er zuvor das Mandatsverhältnis beendet hat.

- Die Tätigkeit als Insolvenzverwalter stellt nach der ständigen Rechtsprechung des BvG (grundlegend: 1 BvR 135/00 und 1 BvR 1086/01) eine eigenständige berufliche Tätigkeit dar und ist damit keine unselbständige Ableitung des Anwaltsberufs.

Weiterhin ist kein hinreichender sachlicher Differenzierungsgrund erkennbar, der die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Vorschläge entkräften könnte. Die partielle Durchbrechung des allgemeinen berufsrechtlichen Gebotes zur Unabhängigkeit würde voraussetzen, dass die nunmehr konkretisierten Tätigkeiten im Vorfeld der Insolvenz eine Ungleichbehandlung mit anderen vorinsolvenzlichen Beratungstätigkeiten rechtfertigen.

Das BVerfG (1 BvL 8/08) führt hierzu aus: „Zur Begründung dieser Ungleichbehandlung reicht es nicht aus, dass der Normgeber ein seiner Art nach geeignetes Unterscheidungsmerkmal berücksichtigt hat. Vielmehr muss auch für das Maß der Differenzierung ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung bestehen, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht anführen lässt (vgl. BVerfGE 93, 386 <401>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 -, VersR 2009, S. 1607 <1609>). Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind dabei umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, hier der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 121, 317 <370>).“

- 
- Die beratende Tätigkeit für den Schuldner im Rahmen eines außergerichtlichen Sanierungsversuchs oder des Auftrages zur Erstellung eines Insolvenzplans ist mit Blick auf eine spätere Tätigkeit als Insolvenzverwalter als „dieselbe Sache“ im Sinne des § 45 BRAO anzusprechen.
  - Entscheidend für diese Einordnung ist der sachlich-rechtliche Inhalt der anvertrauten Interessen, also das anvertraute materielle Rechtsverhältnis, das bei natürlicher Betrachtungsweise auf ein innerlich zusammengehörendes, einheitliches Lebensverhältnis zurückzuführen ist. Nicht der einzelne Anspruch aus dem einheitlichen Lebensverhältnis ist entscheidend sondern das zugrunde liegende einheitliche Lebensverhältnis selbst (BGHSt 18,193; Feuerich/Braun, BRAO, § 43a Rdn.63; Henssler/Prütting, BRAO, § 43a Rdn.126).
  - Besonders augenfällig wäre diese Einordnung, wenn ein Insolvenzverwalter die zuvor als Anwalt des Schuldners geleistete Arbeit für die Erstellung eines Insolvenzplans im Insolvenzverfahren aufgreifen und bewerten dürfte.
  - Ein Blick auf die Regelungen des § 45 Abs.2 Nr.1 BRAO zeigt, dass der Gesetzgeber selbst von einem einheitlichen Lebensverhältnis ausgeht, wenn sich die Tätigkeit als Insolvenzverwalter einem Vorgehen als Anwalt gegen den Träger des verwalteten Vermögens anschließt. Folgerichtig untersagt er eine solche Tätigkeit. Eine anwaltliche Tätigkeit für den Träger des verwalteten Vermögens vor einer Tätigkeit als Insolvenzverwalter in derselben Sache wird in § 45 BRAO nicht explizit angesprochen. Sie wird jedoch durch § 45 Abs.2 Nr.2 BRAO erfasst da nicht der einzelne Anspruch sondern das einheitliche Lebensverhältnis ausschlaggebend ist (s.o.).
  - Als Insolvenzverwalter wäre ein zuvor für den Schuldner tätiger Anwalt nicht mehr der Vertreter von Partikularinteressen. Die Notwendigkeit der Äquidistanz gilt dabei sowohl für einzelne Gläubiger als auch für den Schuldner. Es kann deshalb für die Beurteilung eines einheitlichen Lebensverhältnisses im Sinne des § 45 BRAO nicht darauf ankommen, ob im Vorfeld ein Gläubiger oder der Schuldner anwaltlich vertreten wurde.
  - Im Umkehrschluss aus § 45 Abs.2 Nr.1 BRAO ist sogar zu folgern, dass die Untersagung einer Tätigkeit als Insolvenzverwalter bei vorheriger Tätigkeit als Anwalt für einen (oder mehrere) Gläubiger erst recht die Untersagung bei einer vorherigen Tätigkeit für den Schuldner nach sich ziehen muss. Da das Insolvenzverfahren gem. § 1 Satz 1 InsO vorrangig der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger zu dienen hat und dieses Verfahrensziel in den gemeinschaftlichen Einwirkungsrechten der Gläubiger bestätigt wird muss die trotzdem ausgesprochene gesetzliche Untersagung erst recht für eine vorherige Tätigkeit auf Schuldnerseite gelten.
  - Mit der Aufnahme einer nach § 45 Abs. 2 Nr.2 BRAO untersagten Tätigkeit als Insolvenzverwalter in derselben Sache würde ein zuvor für den Schuldner beratend tätiger Anwalt zugleich gegen das anwaltliche Gebot der Unabhängigkeit aus den §§ 1, 3 und 43a Abs. 1 BRAO verstoßen.“
  - In den Berufsordnungen der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer finden sich ähnliche Regelungen zum Gebot der Unabhängigkeit, die ebenfalls durch entsprechende Untersagungen abgestützt sind.
  - Die hier geschilderte rechtliche Situation führt zu dem Schluss, dass die vorgesehene Formulierung des § 56 Abs.2 Satz 3 Nr.2 InsO erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.
  - Als partielle Ausnahme der bestehenden berufsrechtlichen Unabhängigkeitsgebote und der sie abstützenden Untersagungsvorschriften bedürfte sie einer inhaltlichen Konkretisierung, die der Gesetzgeber selbst vorzunehmen hätte. Diese Konkretisierung wäre schon im Hinblick auf den Schutz der Berufsträger vor berufsrechtlichen Konsequenzen geboten.
  - Die Verfassungsmäßigkeit einer solchen partiellen Ausnahme wäre jedoch zweifelhaft. Der hierzu notwendige sachliche Differenzierungsgrund erscheint nicht gegeben weil die beratende Tätigkeit des Anwalts, Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers für den Schuldner im Vorfeld einer Insolvenz insbesondere unter Berücksichtigung der von der Entwurfsbegründung angeführten Tätigkeiten keine wesentliche Ungleichbehandlung zu sonstigen rechtsberatenden Tätigkeiten rechtfertigen würde.

Die berufsrechtlich begründeten Tätigkeitsverbote, die sich aus dem Unabhängigkeitsgebot ableiten, stellen einen intensiven Eingriff in die Berufsfreiheit der betroffenen Berufsträger dar. Ihre partielle Durchbrechung stellt zwar keine weitere nachteilige Beschränkung sondern eine Entgrenzung dar. Sie wirft dabei aber die Frage auf, wieso nicht auch andere beratende Tätigkeiten für den Schuldner im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens von den berufsrechtlichen Beschränkungen ausgenommen werden. Die hier angelegte Ungleichbehandlung kann auch nicht damit begründet werden, dass die nun konkretisierten Tätigkeiten keinen Interessenkonflikt begründen können, dessen Vermeidung die Tätigkeitsverbote bezwecken. Die Tätigkeitsverbote richten sich nicht gegen die konkrete Gefahr eines Interessenkonflikts sondern sollen bereits die abstrakte Gefahr eines solchen Konflikts und damit eine mögliche nachteilige Wirkung für das Erscheinungsbild der Rechtspflege verhindern. Eine entsprechende Gefahr und Wirkung geht auch von den nun konkretisierten Tätigkeiten aus. Die berufsrechtlichen Tätigkeitsverbote sollten deshalb uneingeschränkt erhalten bleiben.

**Die nun vorgesehene Konkretisierung von Ausnahmen in § 56 Abs.1 Satz 3 Nrn.2 und 3 RegE sollte deshalb ersatzlos entfallen.** Zu bedenken wäre in jedem Fall die ergänzende Verpflichtung, einen Vorschlag gem. § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr.1 RegE um die Notwendigkeit der Angabe zu erweitern, ob und wie die vorgeschlagene Person bereits in derselben Angelegenheit vorbefasst gewesen ist. Mit dieser Angabe könnte das Gericht unmittelbar die Einhaltung der im Einzelfall gebotenen Unabhängigkeit überprüfen.

Die Ausgestaltung der nun in § 56 Abs.2 und 3 RegE angelegten Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses begegnet rechtlichen und praktischen Bedenken.

Vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen (s. hierzu insbes. die ergänzende Stellungnahme vom 23.11.2010<sup>7</sup>) ist die nun vorgesehene Bindungswirkung des einstimmigen Votums zur Bestellung eines vorgeschlagenen Verwalters als schwere Gefährdung der gebotenen Unabhängigkeit zu werten. Zur Sicherstellung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ist die Entscheidung durch ein unabhängiges Gericht unabdingbar. Diese Entscheidungsbefugnis darf nicht außer Kraft gesetzt oder eingeschränkt werden. Den berechtigten Gläubigerinteressen ist bereits Genüge getan, wenn ihnen gemäß § 56 Abs.2 RegE die Gelegenheit gegeben wird, sich gegenüber dem Gericht zu den Anforderungen an den Verwalter und zur Person eines möglichen Verwalters zu äußern und den Verwalter sogar konkret vorzuschlagen. **§ 56 Abs.3 RegE sollte deshalb ersatzlos entfallen.**

---

<sup>7</sup> „Aus der Praxis wird berichtet, dass derzeit bereits der Versuch unternommen wird, Insolvenzverwalter durch entsprechende Angebote dazu zu bewegen, in Großkanzleien zu wechseln, welche bislang überwiegend auf Gläubigerseite beratend aufgetreten sind. Diese Versuche zielen ganz offensichtlich auf die Rechtsänderungen des § 56 DiskE-InsO und die damit eröffnete Möglichkeit, durch entsprechende Vorschläge von Gläubigerseite „eigene“ Insolvenzverwalter einsetzen zu können.“

Es wird weiter berichtet, dass sich „Gläubigerschutzvereinigungen“ konstituieren, die ebenfalls auf der Suche nach bevorzugten - und kooperierenden - Insolvenzverwaltern sind. Es droht jetzt die verhängnisvolle Entwicklung, dass künftig überwiegend Partikularinteressen wahrende Verwalter vorgeschlagen werden. Hier werden wichtige Grundsätze des Insolvenzverfahrens gefährdet. Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ist eine unverzichtbare rechtsstaatliche Schranke gegen jeden Versuch einer Schwächung der par conditio creditorum. Diese Schwächung durch den Einsatz „eigener“ Insolvenzverwalter wird derzeit gerade in Großbritannien beklagt, wo die Entwicklung der letzten Jahre Anlass zu einer sehr kritischen Studie des office of fair trading gegeben hat („the market für corporate insolvency practitioners“, veröffentlicht im Sommer 2010).“

Weitere rechtliche Bedenken sind bereits im Rahmen des § 22a RegE angesprochen (s. dort). Anders als dort soll eine Äußerungsmöglichkeit des vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 56 Abs.2 RegE nur dann entfallen, wenn dies offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt. Diese Offensichtlichkeit wird beim Verzicht auf die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses nicht gefordert. Hieraus ergibt sich ein Wertungswiderspruch (s. auch Stellungnahme zum DiskE<sup>8</sup>), der durch einen generellen Verzicht auf das Merkmal der Offensichtlichkeit aufgelöst werden sollte.

Die praktischen Bedenken sind begründet durch das notwendige Procedere der Auswahl, Tagung, Beschlussfassung und Protokollierung zur Herbeiführung einer Entscheidung über die Verwalterauswahl. Die notwendigen Formalitäten dieses gesetzlich unabweisbaren Vorgehens werden es nahezu unmöglich machen, innerhalb von 48 Stunden eine entsprechende Entscheidung herbeizuführen. Da der vorläufige Gläubigerausschuss nach § 22a Abs.2 RegE bei Unternehmen mit laufendem Geschäftsbetrieb bei Erreichung der Schwellenwerte zwingend zur Anwendung kommen soll, steht eine solche Verzögerung in eklatantem Widerspruch zu den Notwendigkeiten eines vorläufigen Schutzes der Gläubigergesamtheit vor nachteiligen Veränderungen der schuldnerischen Vermögenslage. Der Regierungsentwurf begegnet diesen Bedenken in § 22a Abs.2 RegE durch die Möglichkeit des Absehens von der sofortigen Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses wenn die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt. Damit wird ein Regel-Ausnahmeverhältnis geschaffen, das gerade bei der Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters zum Tragen kommen wird. Gerade die unmittelbare Gefahr einer nachteiligen Veränderung der schuldnerischen Vermögenslage gebietet einerseits die sofortige Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und verhindert andererseits die sofortige Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses da dieser ja vor der Auswahlentscheidung beteiligt werden müsste.

Die zwangsläufige Zeitverzögerung bei der Erarbeitung eines Anforderungsprofils (§ 56 Abs.2 RegE) oder bei der Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 56 Abs.3 RegE) durch die geschilderten Formalien eines vorläufigen Gläubigerausschusses bei Auswahl, Tagung, Beschlussfassung und Protokollierung wäre nur zu umgehen, wenn bereits im Vorfeld dem Gericht alle notwendigen Angaben vollständig vorlägen. Hierzu erscheint zumindest eine Reihe weiterer Ergänzungen des Regierungsentwurfs unabweisbar.

---

<sup>8</sup> „Die im Entwurf vorgesehene Regelung geht davon aus, dass die Einräumung einer Äußerungsmöglichkeit nur dann entfallen kann, wenn dies offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt. Damit qualifiziert sie den beschriebenen Fall abweichend von der bisherigen Regelung in § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO, der lediglich auf die Erforderlichkeit zur Abwendung nachteiliger Veränderungen in der Vermögenslage des Schuldners abstellt. Eine Offensichtlichkeit dieser nachteiligen Veränderungen wird hier also nicht gefordert. Zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs sollte deshalb auch in der vorgesehenen Regelung des § 56 Abs. 2 Satz 1 InsO auf das Erfordernis der Offensichtlichkeit verzichtet werden.“

Eine Ergänzung des § 13 sollte neben den nun bereits vorgesehenen Angaben für den Fall des § 56 Abs.3 RegE vorsehen, dass dem Eigenantrag des Schuldners auch ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen wäre, dessen Richtigkeit der Schuldner eidesstattlich versichern müsste damit es unmittelbar und ohne umfangreiche weitere Recherchen des Gerichts als Informationsbasis für die Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses herangezogen werden könnte<sup>9</sup>. Zusätzlich sollte der Schuldner in diesem Fall auch Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres machen. Voraussichtliche oder bereits eingetretene signifikante Abweichungen im laufenden Geschäftsjahr wären ebenfalls mitzuteilen. Im Rahmen des § 22a RegE wäre ergänzend festzuhalten, dass der Schuldner bei Erreichung der Schwellenwerte des § 22a Abs.1 namentliche Vorschläge (§ 22a Abs.3) nebst Gruppenzuordnung nach § 67 Abs.2 zur personellen Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses sowie Einverständniserklärungen der benannten Personen einzureichen hätte. Schließlich sollte der § 56 Abs. 3 RegE dahingehend ergänzt werden, dass ein einstimmiger Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters zwingend mit einer Erklärung der vorgeschlagenen Person zu ihrer Bereitschaft zur Amtsübernahme sowie zu Art und Umfang einer evtl. Vorbefassung in derselben Angelegenheit verbunden werden müsste.

## 6) Voraussetzungen der Eigenverwaltung - § 270 InsO

Der Regierungsentwurf verzichtet nun in § 270 Abs.3 auf die im DisKE vorgesehene Einbindung der wesentlichen Gläubiger. Dies ist zu begrüßen.

Die Formulierung der in §270 Abs.3 RegE vorgesehene Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses stößt (soweit in Ergänzung der Stellungnahme zum DiskE) auf praktische Bedenken.

Seine Befragung kann - anders als der Wortlaut des § 270 Abs.3 RegE es andeutet - nie zu einer offensichtlich nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führen. Sie findet noch innerhalb des Eröffnungsverfahrens und damit immer unter dem Schutz vorläufiger Sicherungsmaßnahmen statt. Dies gilt für alle Fälle einer beantragten Eigenverwaltung.

Im Rahmen einer beantragten Eigenverwaltung (nur) im eröffneten Verfahren hat das Gericht die Notwendigkeit vorläufiger Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren nach §21 zu prüfen und diese ggf. anzuordnen. Bei der Beantragung einer Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren (§ 270a RegE) sind ebenfalls - eingeschränkte - Sicherungsmaßnahmen vorgesehen. Besteht die Gefahr, dass sich die Vermögenslage des Schuldners im Zeitpunkt einer Äußerung des vorläufigen Gläubigerausschusses offensichtlich nachteilig verändert, wird das Gericht dieser Veränderung mit weiteren Sicherungsmaßnahmen begegnen und notfalls auch die Aufhebung der Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren anordnen.

---

<sup>9</sup> Ähnlich nun auch die Empfehlung des Rechtsausschusses d. Bundesrats (Drs. 127/1/11)

**Die in § 270 Abs.4 RegE vorgesehene schriftliche Begründung einer Ablehnung des Antrages auf Eigenverwaltung stößt auf rechtliche Bedenken.** Gegen die Ablehnung der Anordnung ist - anders als bei der Aufhebung der Anordnung (§ 272 Abs.2 Satz 3) - kein Rechtsmittel vorgesehen. Der Schuldner kann den Antrag nach dem Beschluss über die Eröffnung des Verfahrens nicht mehr wiederholen. Eine nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung kann nach § 271 Satz 1 nur aufgrund eines entsprechenden Antrages der ersten Gläubigerversammlung erfolgen. Soweit die erste Gläubigerversammlung von der ablehnenden Entscheidung des Gerichtes gem. § 274 abweichen möchte, erscheint für ihre Information über die Ablehnungsgründe eine Information durch das Gericht in der Versammlung ausreichend.

Wird der Antrag auf Eigenverwaltung bereits für das Eröffnungsverfahren gestellt, soll das Gericht vor eine Ablehnung gem. § 270a Abs.2 RegE dem Schuldner seine Bedenken mitteilen und diesem Gelegenheit zur Rücknahme des Antrages geben. **Die vorgesehene entsprechende Anwendung des § 27 Abs.2 Nr.5 RegE auf die Begründung erscheint ebenfalls rechtlich bedenklich.** Sie eröffnet wiederum kein eigenständiges Rechtsmittel. Die in Bezug genommene Vorschrift sieht im Falle eines einstimmigen Votums des vorläufigen Gläubigerausschusses für einen bestimmten Insolvenzverwalter und einer Abweichung des Gerichts von diesem Votum eine Nennung der Gründe im Eröffnungsbeschluss vor. Die entsprechender Anwendung auf eine beantragte Eigenverwaltung kann sich (die Begründung des RegE schweigt hierzu) nur auf die Person des Sachwalters beziehen, soweit der vorläufige Gläubigerausschuss hierzu nach § 272 Abs.1 i.V.m. § 56 Abs.3 RegE ein einstimmiges Votum abgegeben hat. Die gerichtliche Entscheidung über die Anordnung einer Eigenverwaltung und die Entscheidung über die Bestellung eines Sachwalters sind jedoch unabhängig und getrennt voneinander zu treffen. Sieht das Gericht die Voraussetzungen einer Eigenverwaltung als gegeben, will aber den vom vorläufigen Gläubigerausschuss einstimmig vorgeschlagenen Sachwalter nicht akzeptieren, so kann es die Eigenverwaltung anordnen und einen anderen Sachwalter bestellen. Die erste Gläubigerversammlung hat dann im Zuge einer nachträglichen Anordnung nach § 274 Abs.1 i.V.m. § 57 auch die Möglichkeit, einen anderen Sachwalter zu wählen. Im Falle einer Ablehnung der Eigenverwaltung kann dies im Zusammenhang mit der nachträglichen Anordnung der Eigenverwaltung ebenfalls in der ersten Gläubigerversammlung geschehen. Zur Information über die Gründe der gerichtlichen Ablehnung des vorgeschlagenen Sachwalters erscheint deshalb ebenfalls eine Information durch das Gericht in der ersten Gläubigerversammlung ausreichend.

Durch die Veröffentlichung der schriftlichen Begründung nach § 270 Abs.4 RegE im Eröffnungsbeschluss (§27 i.V.m. § 30) wird zudem eine weitergehende Öffentlichkeit nur über die Ablehnung des vorgeschlagenen Sachwalters, nicht aber über die Begründung für die Ablehnung einer Eigenverwaltung informiert. Hieraus ergibt sich ein Wertungswiderspruch da in jedem Fall das Interesse an den Gründen für eine Ablehnung der Eigenverwaltung überwiegen dürfte.

## 7) Vorbereitung einer Sanierung - § 270b InsO

Im Vergleich zum DiskE präzisiert der RegE den Inhalt der nach § 270b Abs.1 Satz 3 vorgesehenen Bescheinigung. Die Präzisierung ist grundsätzlich zu begrüßen.

Sie schließt nunmehr auch den Insolvenzgrund der Überschuldung ein, der nach § 19 Abs.2 Satz 1 ausgeschlossen ist, wenn eine Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Demgegenüber enthält die vorgesehene Bescheinigung die Aussage, dass eine Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Daraus ergibt sich ein gewisser Widerspruch. Ist die Fortführung des Unternehmens nicht überwiegend wahrscheinlich (Überschuldung), erscheinen auch die Aussichten einer Sanierung zumindest fraglich. Dieser Widerspruch kann nur dahingehend aufgelöst werden, dass eine im Zustand der Überschuldung ausgestellte Bescheinigung nach § 270b Abs.1 Satz 3 RegE sich nicht darauf beschränken kann, lediglich die nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit einer Sanierung festzustellen. Der RegE sieht deshalb nunmehr zu recht eine Begründung der Bescheinigung vor.

Im Rahmen der nun auch für die Aussichten einer Sanierung vorgesehenen Begründungspflicht erscheint die gesetzliche Ausgestaltung noch ergänzungsbedürftig. Anders als im Rahmen der Insolvenzgründe ist hier der notwendige Inhalt einer Begründung nicht durch Gesetz und Rechtsprechung vorgeprägt. Er muss deshalb durch das Ziel des Verfahrens, die Sanierung mit Hilfe eines Insolvenzplans, erschlossen werden. Mit Blick auf diesen Insolvenzplan wird man eine Sanierung dann für offensichtlich aussichtslos halten müssen, wenn bereits zum Zeitpunkt der Bescheinigung feststeht, dass eine Mehrzahl von Gläubigern diese Lösung nicht unterstützen wird. Dabei wird es auch genügen müssen, dass eine Ablehnung durch Gläubiger formuliert wird, deren Haltung auch in einem Insolvenzplanverfahren nicht im Wege der Abstimmung überwunden werden könnte. **Die Begründung der Bescheinigung sollte deshalb zu den Aussichten einer Sanierung festhalten, dass eine Kontaktaufnahme mit den Gläubigern stattgefunden hat und diese jedenfalls nicht in einer Zahl ablehnend reagiert haben, die einen Insolvenzplan scheitern lassen könnte. Diese Maßgabe sollte im Gesetz verankert werden.** Eine danach näher begründete Aussage über die Aussichten einer Sanierung wäre der Nachweis einer auch von der Begründung des RegE für unabweisbar gehaltenen Kontaktaufnahme mit den Gläubigern im Vorfeld des Verfahrens. Sie würde zudem auch den Nachweis führen, dass die Erfolgsaussichten einer Sanierung ernsthaft geprüft worden sind. Anderenfalls könnte die Bescheinigung in diesem Punkt (Aussichten einer Sanierung) nur als anhaltsloser Ausdruck der Hoffnungen des Schuldners gewertet werden. Als solcher wäre sie jedoch kaum geeignet, die Schutzschirmfunktion des Verfahrens zu rechtfertigen.

Die insoweit folgerichtige Erweiterung der Notwendigkeit von insolvenzrechtlicher Erfahrung auf alle bescheinigenden Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ist ebenfalls zu begrüßen. Fraglich erscheint jedoch die Einbeziehung von Personen mit „vergleichbarer Qualifikation“. Hier stellt sich die Frage nach dem Maßstab der Vergleichbarkeit von Erfahrungen und dem Nachweis der notwendigen Berufshaftpflichtversicherung.

Eine europarechtlich induzierte Gleichbehandlung von Berufsträgern aus EU-Mitgliedsstaaten kann eine Definition dieser Bedingungen schon vor dem Hintergrund des Verbotes der Inländerdiskriminierung nicht entfallen lassen. Dies gilt insbesondere für den Nachweis von Erfahrungen im deutschen Insolvenzrecht. **Die nun vorgesehene Formulierung einer „vergleichbaren Qualifikation“ sollte deshalb ebenfalls gesetzlich näher definiert werden.**

Zu den erheblichen Bedenken gegen die weiterhin vorgesehene Regelung eines sog. „mitgebrachten Sachwalters“ vgl. zunächst die Stellungnahme zum DiskE<sup>10</sup>. Der RegE sieht hier insoweit sogar noch eine Verschärfung vor, als er nun auch eine Begründungspflicht des Gerichtes konstituiert wenn es den „mitgebrachten Sachwalter“ als ungeeignet ablehnen will.

Die erforderliche Offensichtlichkeit einer mangelnden Eignung soll im Verbund mit dieser Begründungspflicht offenbar eine weitgehende Duldung durch die Gerichte sicherstellen. Dies ist umso bedenklicher, als nun durch die Inhabilitätsregelungen des RegE (§ 56 Abs. 1 Satz 3) auch die vorhergehende Erstellung eines Insolvenzplans (Nr.3) nicht mehr zum Verlust der Unabhängigkeit führen soll. Ein unter Einbindung von Schuldner und Gläubigern - aber im Rahmen eines zumeist mit dem Schuldner bestehenden Mandatsverhältnisses - erstellter Insolvenzplan begründet im Rahmen des geltenden Berufsrechts bisher eindeutig ein späteres Tätigkeitsverbot als Insolvenzverwalter oder Sachwalter. Der Ersteller eines solchen Planes wird - soweit er auch die Bescheinigung erstellt, was dann der Regelfall sein dürfte - in dieser Bescheinigung schon aus Rücksicht auf seine vorhergehende Tätigkeit keine offensichtliche Aussichtslosigkeit einer Sanierung feststellen. Die mit der Bescheinigung verbundene und nunmehr durch die Begründungspflicht nochmals untermauerte Absicherungswirkung für Gericht und Gläubiger wird deshalb in diesem Fall zwangsläufig unterlaufen. **Um diesen Effekt zu vermeiden, sollte eine Personenidentität zwischen dem Ersteller eines Insolvenzplans und dem Aussteller einer Bescheinigung nach § 270b Abs.1 Satz 3 RegE gesetzlich ausgeschlossen werden.**

**In jedem Fall ist die Personenidentität zwischen dem Aussteller der Bescheinigung und dem späteren Sachwalter auszuschließen. Im Hinblick auf die mögliche Haftung des Ausstellers für Fehler der Bescheinigung erscheint es geradezu unabweisbar, dass er nicht später als (vorläufiger) Sachwalter mit der Frage nach den möglichen Konsequenzen einer solchen Haftung befasst werden darf.**

Berlin, den ~~02~~ 05-2011



Dr. Siegfried Beck  
Rechtsanwalt als Vorsitzender des VID e.V.

---

<sup>10</sup> „Die vorgesehene Möglichkeit eines sog. „mitgebrachten Sachwalters“ (§ 270 b Abs. 2) begegnet demgegenüber erheblichen rechtlichen Bedenken. Der mitgebrachte Sachwalter wird regelmäßig bereits im Vorfeld für den Schuldner tätig gewesen sein. Damit unterliegt seine Bestellung durch das Gericht den bereits oben unter § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 InsO geschilderten Vorbehalten. Die vorgesehene Regelung des § 270 b Abs. 2 Satz 2 InsO sollte deshalb ersatzlos entfallen.“