

ZInsO-Aufsätze

Die Praxis fragt, „ESUG“ antwortet nicht

Eine Exegese der wichtigsten „ESUG“-Auslegungsfragen mit Handlungsvorschlägen

von Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht) Frank Frind, Hamburg*

Der Bundestag hat am 27.10.2011 in zweiter und dritter Lesung das „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (ESUG) beschlossen und zwar in der vom Rechtsausschuss teilweise abgeänderten Fassung.¹ Der Bundesrat hat das Gesetz am 25.11.2011 ohne Änderungen passieren lassen. Mit dem Inkrafttreten der Vorschriften ist im Frühjahr 2012 zu rechnen. Viele Unsicherheiten bestehen bei der Anwendung des inhomogenen Gesetzeswerkes. Der Verfasser zeigt insbesondere für die erst durch den Rechtsausschuss erfolgten Neuformulierungen Probleme für die insolvenzrechtliche Praxis auf und unterbreitet Anwendungs- und Auslegungsvorschläge.²

I. Neue Vergütungsregelung in § 26a InsO

Die nunmehr durch den Rechtsausschuss eingeführte Vorschrift ist motiviert durch die BGH-Entscheidung v. 3.12.2009³ mit welcher der BGH eine weitreichende Versicherung zur Frage der Zuständigkeit für die Vergütungsfestsetzung des vorläufigen Insolvenzverwalters bei nicht eröffneten Insolvenzeröffnungsverfahren geschaffen hatte.⁴ Unklar war danach, ob der BGH in diesen Fällen nur die Kostenlastentscheidung, also die Frage, wer die Vergütung letztendlich zu bezahlen hatte, den Zivilgerichten zuweisen wollte,⁵ oder, ob er auch die Vergütungsfestsetzung der Höhe nach, mithin die gesamten Fragen nach der InsVV, inzident in einen Zivilprozess transportieren wollte, denn der BGH hatte in seiner Entscheidung bekanntlich § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 64 Abs. 1 InsO nicht gewürdigt.⁶

1. Kostenhöhe oder auch Kostenlastentscheidung?

Die nunmehrige gesetzliche Regelung bringt zu dem Fragenkreis wenig hilfreiche „Erleichterung“. Das Insolvenzgericht soll nach Abs. 1 die Vergütung nebst Auslagen „gegen den Schuldner“ festsetzen. Für die Praxis ergibt sich daraus zunächst die Frage, ob hier genauso wie bei der verunglückten Norm des § 14 Abs. 3 InsO i.d.F. des Haushaltbegleitgesetzes 2011 eine Kostenlastentscheidung zu lasten des Schuldners in jedem Fall vorgegeben sein soll; damit würde das Insolvenzgericht zu Kostenlast und Kostenhöhe entscheiden müssen. Der Tenor müsste lauten: „Für die vorläufige Insolvenzverwaltung wird eine Vergütung i.H.v. XXX € nebst Auslagen i.H.v. XXX € und MwSt. von XXX €, mithin insgesamt XXX €, festgesetzt. Diese Kosten hat der Schuldner zu tragen“. Damit wären auch in Konstellationen, in denen ein unzulässiger oder unbegründeter Gläubigerantrag zurückgenommen wird, dem Schuldner die Kosten aufzubürden. Das wird bereits zu § 14 Abs. 3 InsO als nicht hinnehmbar beklagt.⁷ Die vom Rechtsausschuss gegebene Begründung für die Vorschrift klärt zur Formulierungsauslegung nichts auf.⁸

Zwar wird vertreten, die Kosten der vorläufigen Vergütung seien immer „aus dem Vermögen des Schuldners zu leisten“,⁹ gemeint ist damit aber selbstverständlich nur die Masse. Eine über das Insolvenzverfahren hinausweisende Kostenlastentscheidung wäre ein Novum. Auch Ansprüche des Schuldners aus § 826 BGB sollten nicht abgeschnitten werden. Insolvenzgerichte haben bisher nur in sehr seltenen Ausnahmefällen, z.B. bei regelwidrig für erledigt erklärten Anträgen von Sozialkassen, im Kostentenor zugleich mit der allgemeinen Kostenverteilungsfrage auch ausdrücklich und extra über die Kostenlast für die Vergütung des Verwalters entschieden (hier zulasten des antragstellenden Gläubigers).¹⁰ Der BGH hat dies bisher für nicht zulässig erachtet.¹¹

* Vorstandsmitglied Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte (BAK_{InsO} e.V.)

1 BT-Drucks. 17/7511.

2 Diese sind mit → gekennzeichnet. Die bereits durch das „ESUG“ eingeführten Normen werden ohne Zusatz mit „InsO“ bezeichnet.

3 ZInsO 2010, 107; Anschluss an BGH: LG Duisburg v. 20.5.2010, ZInsO 2010, 1663; LG Gießen v. 9.9.2010, ZInsO 2011, 304; LG Lüneburg v. 18.2.2011, ZInsO 2011, 590.

4 S. krit. Anmerkungen Frind, ZInsO 2010, 108; Riewe, NZI 2010, 131; Uhlenbruck, NZI 2010, 161; Mitlehner, EWIR 2010, 195; Sämisch, ZInsO 2011, 996; Seehaus, ZInsO 2011, 1783.

5 So die gutwillige Interpretation des Verfassers ZInsO 2010, 108.

6 Deshalb dem BGH nicht folgend AG Hamburg v. 17.9.2007, ZInsO 2007, 1167; AG Duisburg v. 18.8.2008, ZInsO 2010, 635; AG Duisburg v. 28.4.2010, ZInsO 2010, 973; AG Göttingen v. 5.5.2010, ZInsO 2010, 975; AG Düsseldorf v. 9.9.2010, ZInsO 2010, 1807; LG Koblenz, Beschl. v. 5.7.2011 – 2 T 342/11, ZInsO 2011, 1802.

7 AG Deggendorf, Beschl. v. 3.8.2011, ZInsO 2011, 1801, hat die Vorschrift wegen Verfassungswidrigkeit (Verstoß gegen Willkürverbot gem. Art. 3 GG) vorgelegt; Marotzke, ZInsO 2011, 841.

8 BT-Drucks. 17/7511, S. 46.

9 Z.B. AG Duisburg v. 28.4.2010, ZInsO 2010, 973.

10 AG Hamburg, ZInsO 2001, 1121; ZInsO 2002, 687; ZInsO 2004, 458; ZVI 2004, 256; LG Hamburg v. 3.2.2006 – 318 T 8/06 n.V. = AG Hamburg v. 12.12.2005 – 67c IN 385/05; HambKomm-InsO/Wehr, 3. Aufl., § 13 Rn. 90; Jaeger/Gerhardt, InsO, § 22 Rn. 253 f; MünchKomm-InsO/Schmahl, 2. Aufl., § 13 Rn. 171; Hess, InsVV, § 11 Rn. 132; Frind/A. Schmidt, ZInsO 2002, 8, 12; ebenso bereits Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 106 Rn. 24; vgl. auch Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsVV, 4. Aufl., § 11 Rn. 81, die diese Lösung freilich nur als „vertretbar“ bezeichnen.

11 Der BGH hat mit Entscheidung v. 13.12.2007 (ZInsO 2008, 151), dort Rn. 14, diese Ansicht in einem Sachverhalt, der noch unter Geltung der KO „spielte“, abgelehnt und den vorläufigen Verwalter auf den materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch verwiesen; so auch LG Gießen v. 9.9.2010, ZInsO 2011, 304.

Die neue Vorschrift will nun nach ihrem Wortlaut offenbar, dass *immer* eine abschließende Kostenlastentscheidung zu Lasten des Schuldnervermögens getroffen wird. Dem kann nicht gefolgt werden: Wenn ein Gläubiger z.B. einen Insolvenzantrag bei einem unzuständigen Gericht stellt und das Insolvenzgericht, was durchaus statthaft ist, zunächst Sicherungsmaßnahmen in Form der Zustimmungsverwaltung durch einen vorläufigen Verwalter ergreift,¹² gleichzeitig diesen beauftragt, sachverständig auch die Zuständigkeit zu prüfen, und der Gläubiger später seinen Antrag, z.B. auf gerichtlichen Unzuständigkeitshinweis zur Vermeidung einer zeitaufwändigen Verweisung, zurücknimmt, würde normalerweise dieser Gläubiger die „Kosten des Verfahrens“ zu tragen haben. Dieser Tenor würde die Kosten der vorläufigen Verwaltung bisher nicht umfassen; der Schuldner aber wäre im Kostentenor natürlich nicht zu belasten. Die Vergütung würde nach InsVV nur der Höhe nach vom Insolvenzgericht festgesetzt (§ 21 Abs. 2 i.V.m. § 64 InsO).

Der vorläufige Verwalter könnte sich dann „aussuchen“, welchen Beteiligten er vor dem Zivilgericht in Anspruch nimmt. Naheliegender wäre diesbezüglich eine Anwendung von § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO, der auch direkt über § 4 InsO fruchtbar gemacht werden könnte, d.h. die Kosten trüge der Gläubiger. In jedem Falle ist eine Beschneidung der Ermessensvorschrift des § 269 Abs. 2 Satz 3 ZPO im Rücknahmefall untunlich, wie auch eine Einbeziehung der Insolvenzgerichte in eine „regelhafte“ Kostenlastentscheidung zu Lasten des Schuldners. Die Beispielfälle ließen sich ad infinitum fortsetzen: Antragsrücknahme wegen sachverständig aufgekärter Nicht-Zahlungsunfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens (keine Fallgestaltung nach § 14 Abs. 3 InsO!); Antragsrücknahme wegen nicht zustellfähigem Insolvenzantrag, etc. In diesen Fällen darf keine Kostenlastentscheidung zu Lasten des „unschuldigen“ Schuldners, (der evtl. den Antrag noch gar nicht kennt) erfolgen.

→ Die Vorschrift des § 26a Abs. 1 InsO ist mithin insofern geltungsreduzierend dahin gehend auszulegen, dass nur eine Kompetenz des Insolvenzgerichtes zur Festsetzung der Höhe der Vergütung des vorläufigen Verwalters gemeint ist. Die Sentenz „gegen den Schuldner“ ist so auszulegen, dass „gegen die Masse“ gemeint ist, also eine deklaratorische Formel, die ins Leere geht, wenn noch keine Masse vorhanden ist (oder das Gericht beim „schwachen“ vorläufigen Verwalter von § 25 Abs. 2 InsO keinen analogen Gebrauch macht).

2. Rechtsmittelbeschränkung?

In diesem Zusammenhang bemerkenswert ist auch die Regelung in § 26a Abs. 2: Danach soll gegen die Vergütungsfestsetzung ein Gläubiger entgegen der eigentlich durch § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 64 InsO geltenden Verweisung auf § 64 Abs. 3 Satz 1 InsO nunmehr kein Rechtsmittel mehr haben. Auch diese Regelung zeigt, dass der „Gesetzgeber“ Rechtsausschuss schlicht übersehen hat, dass auch Gläubiger ein Interesse daran haben könnten, die Vergütungsfestsetzung zur Höhe in nicht eröffneten Verfahren anzugreifen,

denn sollte der ehemalige vorläufige Verwalter bei ihnen dann im Zivilprozesswege zur Kostenlast Rückgriff nehmen (oder der Schuldner) wären sie bei Geltung der Norm mit Einwendungen zur Höhe ausgeschaltet – und zwar vor dem Insolvenzgericht qua Gesetzesregelung und vor dem Zivilgericht qua dort nicht vorhandener Zuständigkeit. Ein absurdes Ergebnis.

→ Die Regelung ist daher bei Gläubigerbeteiligung im Eröffnungsverfahren im Lichte der nach wie vor geltenden, dann vorgehenden Verweisung aus § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO nach § 64 Abs. 3 InsO auszulegen.

II. Vorläufiger Gläubigerausschuss und seine Verbindungen zum zulässigen Schuldnerantrag (§§ 13, 22a InsO)

1. Vorläufiger Gläubigerausschuss – Erscheinungsformen, Zusammensetzung, Amtsdauer

Nunmehr kennt das Gesetz *drei mögliche Gläubigerausschüsse*: den des Eröffnungsverfahrens („vorläufiger“ Ausschuss), den nach Eröffnung bis zum Berichtstermin amtierenden (§ 67 InsO; künftig vom Verfasser „Interims-Ausschuss“ oder „einstweiliger Ausschuss“ genannt) und den endgültigen Gläubigerausschuss (§ 68 InsO).

Zunächst bergen die Veränderungen in § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO auf den ersten Blick wenig Bedeutsames. Dies täuscht: Der Gläubigerausschuss nach der Verfahrenseröffnung ist keine unmittelbare „Fortsetzung“ des Gläubigerausschusses des Eröffnungsverfahrens, wie der Gesetzgeber durch § 21 Abs. 1 Nr. 1a zu erkennen gibt. Danach sind §§ 67 Abs. 1, 68 InsO und § 67 Abs. 3 InsO auf den Gläubigerausschuss des Eröffnungsverfahrens *nicht* „entsprechend“ anwendbar und ausdrücklich ausgenommen.

a) Zusammensetzung

Ausdrücklich dürfen Nicht-Gläubiger nicht Mitglieder des Gläubigerausschusses des Eröffnungsverfahrens werden, womit die eigentlich für Gewerkschaftsvertreter geschaffene Regelung des § 67 Abs. 3 InsO¹³ durch Nichtanwendung bei gleichzeitiger Streichung des § 67 Abs. 2 Satz 2, 2. HS InsO (daraus folgt: Arbeitnehmervertreter werden Pflichtmitglieder) dazu führt, dass z.B. die Belegschaft aus ihren Reihen einen eigenen Vertreter finden muss.

→ Die Streichung des § 67 Abs. 3 InsO in der Bezugnahmenorm des § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO durch den Rechtsausschuss zeigt, dass das Gericht sich vor einer Besetzungsentcheidung sicher vergewissern muss.

¹² Zur Möglichkeit auch des (möglicherweise) unzuständigen Gerichts Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen LG Göttingen v. 31.1.2008, NZI 2008, 191; BGH v. 13.12.2007, ZInsO 2007, 440; dazu *Webel*, EWIR 2008, 181; *Thiemann*, DZWIR 2007, 347; so nun auch BGH v. 22.4.2010 – IX ZB 217/09, ZInsO 2010, 1013.

¹³ HambKomm-InsO/*Frind*, (Fn. 10), § 67 Rn. 7.

- a) über die genaue Gläubigerstruktur und
 b) darüber, ob vorgeschlagene Mitglieder/Vertreter auch wirklich Gläubiger i.S.d. § 67 Abs. 2 InsO sind oder vertreten.

Gerade im Eröffnungsverfahren mit seinen wichtigen Weichenstellungsentscheidungen sollen „Fremde“ nach den nunmehr vom Rechtsausschuss vorgenommenen Änderungen nicht mitbestimmen.

Das Gericht ist – bei jeder Erscheinungsweise des vorläufigen Ausschusses – an Besetzungsvorschläge nicht gebunden und kann von Amts wegen geeignete Mitglieder ermitteln, wie u.a. § 22a Abs. 4 InsO zeigt. Diese Norm ist aber hinsichtlich möglicher Auskunftspersonen nicht abschließend (§ 5 Abs. 1 InsO; zum Antragsausschuss s.u.).

Gleichzeitig wird der Kreis möglicher Mitglieder erweitert: Der „Insolvenzgläubiger in spe“ darf gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1a, 2. HS InsO (Regelung durch den Rechtsausschuss eingefügt) bereits Mitglied werden. Voraussetzung ist für die Bestellung solcher Mitglieder, dass die Gläubigereigenschaft „mit Eröffnung“ sicher eintritt, wie die Beispiele in der Begründung des Rechtsausschusses zeigen.¹⁴

Gerade im Eröffnungsverfahren wird das Gericht die Anzahl der Mitglieder des Ausschusses nicht „künstlich klein“ halten können.

→ Da der Ausschuss nach dem Mehrheitsprinzip entscheidet (§ 72 InsO), ist ein „Vierer“-Ausschuss – der neue Regelfall nach § 67 Abs. 2 InsO – kaum funktionsfähig. Praxisgerechte Lösung wird daher künftig der Ausschuss mit fünf Mitgliedern, auch und gerade im Eröffnungsverfahren, in dem die wichtigsten „Weichenstellungsentscheidungen“ erfolgen, sein.

Das Gericht kann zwar in Ausnahmefällen auch einen „Zweier“-Ausschuss einsetzen.¹⁵ Für das Eröffnungsverfahren mit seinen häufigen verfahrenswichtigen Entscheidungen verbietet sich aber eindeutig ein Ausschuss, der sich durch Stimmgleichheit blockieren könnte. Der „Pflicht“-Ausschuss nach § 22a Abs. 1 InsO sollte immer fünf Mitglieder zählen, da es hier i.d.R. um Betriebsfortführungsverfahren geht. Der Gesetzgeber wollte ausweislich der Änderungen im „ESUG“ eine repräsentative Abbildung der Gläubigerschaft erreichen. Ein Ausschuss mit weniger als fünf Mitgliedern muss daher in den Fällen des § 22a Abs. 1 InsO als unzulässig angesehen werden.

b) Amtsdauer

Das Amt des vorläufigen Gläubigerausschusses des Eröffnungsverfahrens beginnt erst mit dem Erhalt des gerichtlichen Einsetzungsbeschlusses durch jedes eingesetzte Mitglied und dessen Amtsannahme.¹⁶ Vorherige Willenserklärungen sind unbeachtlich (s. bei § 56a InsO). Es endet kollektiv mit der Verfahrenseröffnung. Das „ESUG“ regelt dies nicht ausdrücklich, deshalb ist es von Bedeutung, dies

für die Praxis ausdrücklich festzuhalten, z.B. um die Kosten im Rahmen des § 22a Abs. 2, 2. Alt. InsO, im Umfang abschließend abschätzen zu können. Der Gesetzgeber hat mit der „ESUG“-Reform in §§ 21a Abs. 2 Nr. 1a, 22a InsO ein gesondertes Gremium für das Eröffnungsverfahren geschaffen, auf das die Regelungen des eröffneten Verfahrens nur teilweise und nur „entsprechend“ anwendbar sind; § 68 InsO ist gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO für den Übergang zum eröffneten Verfahren ausdrücklich nicht anwendbar. Die Eröffnung stellt eine Zäsur dar.¹⁷

→ Da § 67 Abs. 1 InsO auf den vorläufigen Ausschuss des Eröffnungsverfahrens nicht und die übrigen Regelungen nur „entsprechend“ mit Modifikationen anwendbar erklärt werden, ergibt sich daraus eindeutig, dass der Gläubigerausschuss *nach Eröffnung* („Interims-Ausschuss“) ein gesondertes Gremium mit gesondertem Regelungsbereich ist.

Das Insolvenzgericht hat daher *bei Eröffnung* (zuständig dann Richter) bzw. spätestens im zeitlichen Raum bis zur ersten Gläubigerversammlung (dann: Rechtspfleger) zu entscheiden, ob ein „einstweiliger Gläubigerausschuss“ überhaupt, und wenn ja, ob in der bisherigen Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 22a InsO), oder in abgewandelter Zusammensetzung, neu bestellt werden sollte. Für eine abgewandelte Zusammensetzung sprechen die im Vergleich zum Eröffnungsverfahren andere Aufgabengewichtung und der nunmehr deutlicher konturierte und u.U. anders zusammengesetzte Gläubigerkreis, z.B. könnten Massegläubiger zu berücksichtigen sein.

→ Das Insolvenzgericht muss sich darüber bewusst sein, dass es bei der Verfahrenseröffnung erneut über die Zusammensetzung des „vorläufigen“ Gläubigerausschusses (nunmehr des eröffneten Verfahrens) zu entscheiden hat. Ergeht keine Entscheidung, endet das Amt des vorläufigen Ausschusses nach § 22a InsO mit Eröffnung.

Das Amt des danach bestellten „Interims“-Ausschusses endet kollektiv wiederum mit der Bestellung des endgültigen Gläubigerausschusses in der Versammlung gem. § 68 InsO oder wenn in dieser ausdrücklich kein Ausschuss bestellt wird. Individuell endet das Amt durch Erklärung der Niederlegung gegenüber dem Gericht, durch Abwahl oder Entlassung.

14 S. 45: Pensionssicherungsverein, Kreditschutzversicherer, hierzu wird sicher auch die Bundesagentur für Arbeit zu zählen sein, nicht aber der Vermieter, wenn bisher alle Mieten bezahlt sind und weiterhin bezahlt werden sollen, da die Entscheidung nach § 103 InsO noch unsicher ist.

15 BGH, ZInsO 2009, 716: Mindestzahl zwei Mitglieder; BGHZ 124, 86 = ZIP 1994, 46 = JurionRS 1993, 15001; ein „Einer“-Ausschuss ist unzulässig (LG Neuruppin, ZIP 1997, 2130 = JurionRS 1997, 24216; AG Augsburg, NZI 2003, 509).

16 HambKomm-InsO/*Frind* (Fn. 10), § 67 Rn. 8 m.w.N. (allg. M.).

17 So bereits zum bisherigen Recht Kübler/Prütting/*Kübler*, InsO, 23. Lfg., § 67 Rn. 12.

c) Erscheinungsformen

Innerhalb des Eröffnungsverfahrens unterscheidet das Gesetz in § 22a InsO den „Pflicht-“ (§ 22a Abs. 1 InsO) und den „Antrags“-Ausschuss (§ 22a Abs. 2 InsO). Der „Pflicht“-Ausschuss ist unmittelbar mit der Auswahl des (vorläufigen) Verwalters verknüpft (§ 56a InsO).

Gesetzesstruktur nach „ESUG“: Der Pflichtausschuss setzt zur rechtzeitigen Einsetzung zeitnahe Erkenntnisse des Gerichtes über Gläubigerstruktur und Unternehmensgröße bei Antragstellung voraus. Die Vorschrift des § 22a Abs. 3 InsO markiert drei Varianten einer „Einsetzungsbremse“, die für beide Arten des Ausschusses gilt. Seine Bildung ist daher von raschen und belastbaren Angaben des Schuldners gem. § 13 Abs. 1 InsO abhängig; flankiert wird die Vorschrift von der Verpflichtung zu Angaben nach § 22a Abs. 4 InsO, wobei die Angabeverpflichtung des vorläufigen Verwalters für den Fall, dass die Ausschussbildung seiner Bestellung vorweg gehen soll ersichtlich leerläuft. Für Gläubigeranträge ist die Vorschrift in jedem Falle untauglich, da Schuldnerangaben gem. § 13 InsO dann nicht vorliegen.¹⁸

2. Pflichtausschuss und die Schuldnerangaben gem. § 13 InsO

Der Gesetzgeber hält in jedem Verfahren in dem der Geschäftsbetrieb bei Antragstellung noch läuft, einen vorläufigen Gläubigerausschuss für notwendig, soweit eine bestimmte Größenordnung überschritten ist (§§ 13, 22a InsO). Diese Größenordnung regeln die sog. Schwellenwerte in § 22a Abs. 1 InsO. Im Gegensatz zum RegE¹⁹ in dem die Schwellenwerte noch niedriger als in der nunmehrigen Regelung waren,²⁰ hat der Rechtsausschuss die Werte leicht angehoben. Sie sind nunmehr abweichend vom RegE angehoben worden und an § 267 Abs. 1 Nr. 1 – 3 HGB „angelehnt“ (Begründung BT-Drucks. 17/7511), im Grunde entsprechen sie diesen. Jeweils zwei der in Nr. 1 – 3 genannten Werte sind zur Auslösung der Pflichteinsetzung *kumulativ* zu erfüllen. Die Sinnhaftigkeit der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses in jedem der so definierten Verfahren ist in jedem Falle nach § 22a Abs. 3 InsO zu prüfen, weshalb die vormalige Diskussion, ob die Schwellenwerte „zu niedrig“ sind,²¹ zwar berechtigt war, aber nunmehr in diesem Rahmen ihren Niederschlag findet.

a) Bezugszeitraum „Schwellenwerte“

Allerdings müssen diese Werte nicht bei Antragseingang vorliegen, sondern im *vorangegangenen Geschäftsjahr* (es gilt das „Geschäftsjahr“ nach welchem der Betrieb zu bilanzieren hat), sodass sie u.U. bei Antragstellung bereits weit unterschritten sind. Es kommt hier ein beträchtlicher zeitlicher Abstand von bis zu über 11 Monaten in Betracht. Die Angaben zu den Arbeitnehmern (§ 22a Abs. 1 Nr. 3 InsO) müssen nur dem „Jahresdurchschnitt“ entsprechen, wobei hier gem. § 22a Abs. 1 Satz 1, 1. HS das Geschäftsjahr vor der Antragstellung gilt, nicht das Zeitjahr vor der Antragstellung. Da Betriebe in Krisennähe zumindest meist

Arbeitsplätze abbauen, wenn nicht auch Umsatz einbüßen, werden mit dieser Regelung Unternehmen dem Pflichtausschuss unterworfen, die bei Antragstellung längst nicht mehr die eigentlich gemeinten Größenordnungen haben.²² Jedoch ist auch der umgekehrte Fall denkbar. Beide Varianten darf das Gericht nicht berücksichtigen, da insofern Wortlaut und Begründung des „ESUG“ eindeutig sind.

b) Unvollständige Regelung zu den Erkenntnisquellen

Um die Regelung mit Leben zu füllen, muss das Gericht eine gesicherte Erkenntnisbasis zur Frage des Vorliegens der Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO haben. Das Gericht soll Kenntnis vom Vorliegen der Schwellenwerte durch die Angaben des Schuldners nach § 13 Abs. 1 Satz 3 – Satz 5 InsO erlangen. Danach soll der Schuldner regelhaft ein *Gläubigerverzeichnis* einreichen müssen (§ 13 Abs. 1 Satz 3 InsO); liegt dieses nicht vor, ist der Antrag unzulässig.

→ Jeder Schuldnerantrag ohne Gläubigerverzeichnis ist zurückzuweisen. Ggf. kann eine – kurze – Nachbesserungsfrist Abhilfe schaffen. Die Richtigkeitsversicherung nach § 13 Abs. 1 Satz 7 InsO ist weiteres Zulässigkeitsmerkmal.

Allerdings ist die Angabe der Werte, die zur Beurteilung des Zutreffens der in § 22a Abs. 1 Nr. 1 – 3 InsO geregelten Voraussetzungen erforderlich ist, gerade regelhaft *nicht Pflicht, der Rechtsausschuss hat § 13 Abs. 1 Satz 4 InsO nur als Sollvorschrift* ausgestaltet. Die Vorschrift versagt als verlässlicher „Lieferant“ der notwendigen Angaben für die Einsetzung des Gläubigerausschusses bereits vollkommen, *wenn bei Antragstellung der (ehemals größere) Betrieb mittlerweile eingestellt ist*, denn § 22a Abs. 1 InsO erlegt dem Gericht dann trotzdem die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses wegen der abweichenden Bezugsbasis „vorangegangenes Geschäftsjahr“ auf (d.h. die Schwellenwerte sind erfüllt), aber der Schuldner muss verpflichtend die notwendigen Angaben nicht machen. Bereits dies wird zur Verzögerung i.S.v. § 22a Abs. 3, 3. Alt. führen.

Die „Scharf-Schaltung“ als Pflichtangaben mittels § 13 Abs. 1 Satz 6 InsO in jedem der dort genannten Fälle versagt i.Ü. auch bei laufenden Geschäftsbetrieben, da dort nur die Angabe der substanziierten Gläubigergliederung (*Gläubigerstruktur*) nach § 13 Abs. 1 Satz 4 InsO verpflichtend gemacht wird. Die wichtigsten Angaben, die zur Bestimmung der Schwellenwerte benötigt werden, nämlich dieje-

18 A.A. Pape, ZInsO 2011, 2154, 2156, der meint, der Schuldner könne in Gläubigerantragsverfahren die Angaben nachreichen.

19 BT-Drucks. 17/5712 v. 4.5.2011.

20 Krit. *Urlaub*, ZIP 2011, 1040; Stellungnahme des VID v. 21.4./2.5.2011 unter www.vid.de; Stellungnahme BAKinso, VID und Gravenbrucher Kreis v. 28.4.2011 unter www.bak-inso.de.

21 Pape, ZInsO 2011, 1033; Zuleger, NZI 2011, 136; Steinwachs, ZInsO 2011, 410; Gemeinsame Stellungnahme des VID e.V., des GK und des BAKinso e.V. zu Antragschürden und Gläubigerbeteiligung an der Verwalterauswahl v. 3.5.2011, ZInsO 2011, 913.

22 Bereits dazu krit. Frind, ZInsO 2011, 269; ders., ZInsO 2011, 373.

nigen nach § 13 Abs. 1 Satz 5 InsO (*Betriebsgröße*), werden in keinem der Fälle des § 13 Abs. 1 Satz 6 Nr. 1 – 3 InsO für verpflichtend erklärt, da Satz 6 ausdrücklich nur Satz 4 „scharf schaltet“, wobei das Vorliegen von § 13 Abs. 1 Satz 6 Nr. 2 InsO (Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO sind erfüllt; dies löst Satz 6 aus) für das Gericht gerade mangels verpflichtender Angaben dazu nicht prüfbar ist (gesetzlicher Zirkelschluss).²³

Aber auch das Vorliegen der pflichtauslösenden Merkmale gem. § 13 Abs. 1 Satz 6 Nr. 1 und Nr. 2 InsO ist nicht nur von einem laufenden Geschäftsbetrieb bei Antragstellung abhängig (Generalvoraussetzung für Satz 4). Vielmehr fordert § 13 Abs. 1 Satz 6 InsO, um zur Geltung zu gelangen, zwei kumulative Voraussetzungen: nämlich, dass das Unternehmen Eigenverwaltung beantragt (Nr. 1) und, so dürfte die Vorschrift des § 13 Abs. 1 bei Nr. 1 und 2 InsO zu lesen sein, es *alle Merkmale nach § 22a Abs. 1 InsO* erfüllt (Nr. 2). Letzteres kann das Gericht eben wiederum nicht prüfen, da die Angaben im Schuldnerantrag zunächst, sofern das Unternehmen nur die Schwellenwerte erfüllt, aber keine Eigenverwaltung beantragt, nicht verpflichtend sind.

→ Lösung: Da zudem die Angaben nach § 13 Abs. 1 Satz 4 und 5 InsO nur als „richtig versichert“ werden müssen (§ 13 Abs. 1 Satz 7 InsO), empfiehlt es sich ohnehin in jedem Fall, dass das Gericht bei Antragstellung eines größeren Unternehmens mit laufendem Geschäftsbetrieb das Vorliegen der Schwellenwerte amtswegig nach § 5 Abs. 1 InsO mithilfe eines Sachverständigen ermittelt und/oder verifiziert. Denn das Gericht muss sich vergewissern, ob ein Fall des „Pflicht-Ausschusses“ vorliegt, da dieser dann in jedem Fall so bald als möglich einzusetzen sein wird, d.h. das Vorliegen einer „nachteiligen Verzögerung“ für die Vermögenslage nach § 22a Abs. 3, 3. Alt. InsO suspendiert nicht von der grds. fortdauernden Einsetzungspflicht. Der „Pflicht“-Ausschuss ist bei Erfüllung zweier Schwellenwerte einzusetzen, sobald das Gericht erkennt, dass diese erfüllt sind. Besteht zwischenzeitlich bereits ersichtlicher Sicherungsbedarf, ist in Kombination mit der Verifizierung der Gläubiger- und Betriebsgrößenfrage bereits ein vorläufiger Verwalter einzusetzen, insofern greift die Einsetzungsbremse des § 22a Abs. 3 InsO in der 3. Alt. temporär.

3. Antragsausschuss und Schuldnerangaben nach § 13 InsO

Der optionale Antragsausschuss ist erst auf Betreiben des Rechtsausschusses in das Gesetz gekommen.²⁴ Diesem wurde im Gesetzgebungsverfahren die vorgebliche Notwendigkeit „nahegebracht“, auch in kleineren Verfahren als denen nach den Schwellenwerten des § 22a Abs. 1 InsO zu beurteilenden Unternehmen, einen Gläubigerausschuss einzusetzen zu können. Dieses Ziel ist allerdings bereits ohnehin durch § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO verwirklicht. Die Vorschrift ist daher nunmehr im Vergleich zu der v.g. Grundregelung als „Soll“-Vorschrift, allerdings ohne Rechtsmittelmöglichkeit, ausgestaltet.

a) Zulässiger Antrag

Antragsberechtigt sind der Schuldner (bei Unternehmen folglich jeder organschaftliche Vertreter mit Alleinvertretungsbefugnis), der vorläufige Verwalter und *jeder Gläubiger*. Letzteres dürfte auf jeden Insolvenzgläubiger i.S.v. § 38 InsO, der bereits eine Forderung hat, zielen. Weiter müssen auch Absonderungs- und Aussonderungsberechtigte als antragsberechtigt angesehen werden, weil gerade sie im Eröffnungsverfahren einen Ausschuss als Kontrollorgan erhalten können sollen. Der „Gläubiger in spe“ gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1a, 2. HS InsO und der Massegläubiger sind nicht antragsberechtigt.

Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Antrag ist nach dem reinen Wortlaut der Vorschrift nur die Benennung geeigneter „Personen“ für den Ausschuss mit deren Einverständniserklärung. Mit dieser unglücklichen und unkonturierten Formulierung hat der Gesetzgeber aber auf eine volle Besetzung i.S.v. § 67 Abs. 2 InsO abgehoben, denn ein „Zweier“-Ausschuss wäre ein absoluter Ausnahmefall (s.o.). Es genügt daher nicht, wenn nur zwei oder drei „Personen“ benannt werden.

→ Der Antrag ist mithin bereits zulässig, wenn regelhaft vier notwendige Personen i.S.v. § 67 Abs. 2 InsO mit „Gruppenangabe und Gruppennachweis (Forderung)“ benannt werden. Die Begründung des Rechtsausschusses zu der Norm besagt dies denn recht klar,²⁵ dort heißt es, es sollten Personen benannt werden, die unter Beachtung des „§ 67 Abs. 2 InsO in Betracht kommen“. Die Zulässigkeitschürde bewirkt, dass das Gericht nicht die übrigen Mitglieder aus der Gläubigerstruktur zusammensuchen muss.

Die Personen müssen als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung *Einverständniserklärungen* mit der Annahme des Amtes im Fall der Bestellung abgeben. Da diese nur „beigefügt“ werden müssen, ist der Antrag somit schriftlich zu stellen und entweder Originale oder beglaubigte Abschriften der Einverständnisse sind als Anlage beizufügen.

→ Die Formulierung „in Betracht kommen“ in § 22a Abs. 2 InsO zeigt, dass das Gericht nicht an die vorgeschlagenen Personen bei seiner Besetzungsentscheidung gebunden ist. Das Gesetz formuliert lediglich eine Zulässigkeitschürde für den Antrag. Das Gericht ist nach einem zulässigen Antrag frei darin, sich ggf. nach § 22a Abs. 4 InsO weitere oder andere mögliche Gläubigerausschussmitglieder vorschlagen zu lassen oder zu ermitteln. Da beim Antragsausschuss i.d.R. keine dringende Entscheidung anstehen wird, die eine Bestellung des Ausschusses unverzüglich erfordert, besteht dafür auch genügend Zeit.

²³ Pape, ZInsO 2011, 2154, 2155, der Satz 5 bei jedem laufenden Geschäftsbetrieb als verpflichtend ansieht. Die Vorschrift bezieht sich aber nur auf die *Soll*-Vorschrift des Satzes 4.

²⁴ BT-Drucks. 17/7511, S. 11.

²⁵ BT-Drucks. 17/7511, S. 46, li. Sp.

b) „Scharf-Schaltungs-Rechtsfolge“ des zulässigen Antrags

Den schlimmsten „Baufehler“ enthält aber § 13 Abs. 1 InsO mit der „Scharfschaltung“ der Angabe der Pflichtmerkmale des Satzes 4 durch § 13 Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 InsO: Diese Vorschrift nimmt den Antrags-Ausschuss gem. § 22a Abs. 2 InsO in Bezug.

Problematisch wird dies in folgender Konstellation: Selbst wenn das schuldnerische Unternehmen bei laufendem Geschäftsbetrieb die „Schwellenwerte“ des § 22a Abs. 1 InsO nicht erreicht und demzufolge auch zunächst zulässigerweise keine Angaben nach § 13 Abs. 1 Satz 4 InsO in seinem Eigenantrag zur Gläubigerstruktur gemacht hat, wird dieser Eigenantrag *nachträglich unzulässig*, sobald ein zulässiger Antrag nach § 22a Abs. 2 InsO gestellt wird, da dann die Angaben nach § 13 Abs. 1 Satz 4 InsO verpflichtend werden!²⁶ Diese Fallgestaltung gewinnt eine gewisse Schärfe auch durch die niedrigen Schwellen zur Beantragung eines Antragsausschusses, denn es genügt ein zulässiger Antrag nach § 22a Abs. 2 InsO, dieser muss nicht vom Gericht befürwortet worden sein. Der „Gesetzgeber Rechtsausschuss“ hat mit diesem „Zusammenspiel“ des veränderten § 13 InsO und des neu geschaffenen Antragsausschusses die Einmaligkeit der nachträglichen Unzulässigkeit eines Schuldnerantrags bei laufendem Geschäftsbetrieb produziert.

→ In diesem Fall muss das Insolvenzgericht also entweder die Sicherungsmaßnahmen, soweit bereits angeordnet, sofort aufheben oder dem Schuldnerunternehmen eine kurze Frist zur Ergänzung (§ 139 ZPO; § 4 InsO) seiner Angaben gem. § 13 Abs. 1 Satz 4 InsO setzen. Kommt binnen der Frist keine Ergänzung, ist der Antrag als unzulässig abzuweisen.²⁷

c) Gerichtliche Entscheidung

Die gerichtliche Entscheidung über den Antrag kann erst ergehen, wenn das Gericht die Zusammensetzung der Gläubigerschaft und die Repräsentationsnotwendigkeiten im Eröffnungsverfahren einigermaßen abschätzen kann. Mangels anfänglich pflichtiger Angaben des Schuldners in den Antragskonstellationen von Nicht-Schwellenwertbetrieben (s. § 13 Abs. 1 Satz 6 Nr. 1 i.V.m. Nr. 2 InsO) wird dies erst im fortgeschrittenen Eröffnungsverfahren der Fall sein. Die Ablehnung des Antrags nach § 22a Abs. 2 InsO ist nicht rechtsmittelfähig. Das Gericht sollte daher auch keinen „Ablehnungsbeschluss“ fertigen, da ansonsten der Eindruck der Beschwerdefähigkeit durch den Rechtsschein der Handlungsweise des Gerichtes gefördert werden könnte. Trotzdem empfiehlt sich ein kurzes begründendes Schreiben an den oder die Antragsteller, z.B. mit Ausführungen zu § 22a Abs. 3 InsO.

4. „Einsetzungsbremse“ des § 22a Abs. 3 InsO

Die Regelung des § 22a Abs. 3 InsO normiert für beide „Arten“ des vorläufigen Ausschusses drei Tatbestände, bei

deren Vorliegen ein Gläubigerausschuss – teilweise nur zunächst – nicht einzusetzen ist (also ein gesetzliches Verbot bei Eingreifen der Tatbestandsmerkmale ohne Ermessen; Ermessen besteht nur zur Frage, ob die Tatbestandsmerkmale vorliegen), wobei die ersten beiden Tatbestände endgültig zur Nichteinsetzung führen, der dritte nur temporär:

a) Ein laufender Geschäftsbetrieb ist nicht vorhanden (Alt. 1)

Dies zielt nicht nur auf den Antragsausschuss, da der Pflichtausschuss, wie vorseitig gezeigt, auch zuweilen bei eingestellten Geschäftsbetrieben eingesetzt werden müsste (Auseinanderfallen der Beurteilungszeit für die Tatbestandsmerkmale von § 22a Abs. 1 und § 13 Abs. 1 Satz 4 InsO). undefiniert lassen Normwortlaut, aber auch Begründung des Rechtsausschusses, was unter einem „eingestellten“ Geschäftsbetrieb zu verstehen sein wird.

→ Hier empfiehlt sich, auf die Definitionsrechtsprechung zur „wirtschaftlichen Tätigkeit“ nach § 3 Abs. 1 Satz 2 InsO zu rekurrieren: Danach ist „kein werbender Geschäftsbetrieb mehr“ gemeint. Die h.M. klammert auch bei § 3 Abs. 1 Satz 2 InsO Liquidationsmaßnahmen aus.²⁸

Wird der Geschäftsbetrieb erst im Laufe des Eröffnungsverfahrens eingestellt, wird der Ausschuss demzufolge im Regelfall zu entlassen sein (§§ 21 Abs. 1 Nr. 1a mit § 70 InsO). Vorher werden aber im Einzelfall seine weitere Funktion und Sinnhaftigkeit abzuwägen sein, da § 22a Abs. 3 InsO eigentlich nur den Fall des von Anfang an bereits eingestellten Geschäftsbetriebes regelt.

b) Kosten-Nutzen-Abwägung (Alt. 2)

Die problematischste Alternative ist diejenige des „Kosten-Nutzen“-Abwägungsgebotes nach § 22a Abs. 3, 2. Alt. InsO.

Hier wird das Gericht die Insolvenzmasse zu prognostizieren haben, die nach Abzug der Verfahrenskosten inklusive der Vergütung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters verbleibt und mit den voraussichtlichen Kosten des vorläufigen Gläubigerausschusses ins Verhältnis zu setzen haben.

→ Das Gericht hat dabei als Bezugsgröße (die Begründung des RegE hilft hier zur Auslegung nicht weiter)²⁹ für die „zu erwartende Insolvenzmasse“ definitorisch vom Zweck der Regelung her diejenige Masse zu nehmen, die als *freie Masse* zur Verteilung an die Gläubiger prognostisch zur Ver-

26 So auch *Pape*, ZInsO 2011, 2154, 2156.

27 Es versteht sich von selbst, dass das hier vom „ESUG“ provozierte Geschehen mit „Sanierung“ nichts zu tun hat, dies ist aber regelhaft an vielen Stellen des Gesetzes der Fall.

28 BayObLG, ZInsO 2003, 902; BayObLG, ZInsO 2003, 1142; OLG Düsseldorf, NZI 2000, 601; OLG Braunschweig, ZInsO 2000, 286; OLG Hamm, ZInsO 1999, 533; OLG Schleswig, NZI 2004, 264 = JurionRS 2004, 12422; OLG Karlsruhe, ZIP 2005, 1475 = JurionRS 2005, 18794; AG Hamburg v. 18.12.2008, ZInsO 2009, 302; OLG Stuttgart v. 8.1.2009, ZInsO 2009, 350.

29 S. 25 dort: Bezugsgröße sei das „Restvermögen des Schuldners“.

fügung stehen wird, denn es geht um die Frage, inwiefern und um wie viel diese durch die Kosten des Ausschusses geschmälert werden wird.

Bei der Abwägung zum Umfang der letztgenannten Kosten sind die Aufgaben des vorläufigen Gläubigerausschusses in den Blick zu nehmen, da diese die Häufigkeit der notwendigen voraussichtlichen Sitzungstermine, die Dauer der Sitzungen, den Schwierigkeitsgrad der Aufgaben und damit die Stundensatzhöhe und die Höhe der notwendigen Haftpflichtversicherung bestimmen wird.³⁰ Über § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO hat der Gläubigerausschuss des Eröffnungsverfahrens die gesamte Aufgabenbandbreite des § 69 InsO zu bewältigen und nicht nur an der Auswahl des vorläufigen Verwalters gem. § 56a InsO mitzuwirken. Nur letztere Aufgabe ist gem. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsVV (Neufassung) mit 300 € abgegolten. I.Ü. gelten die „normalen“ Stundensatzvergütungen, wobei § 17 Abs. 2 Satz 2 InsVV ungenau formuliert dazu zur Voraussetzung macht, dass ein „vorläufiger Verwalter“ eingesetzt sein müsse, was aber so auszulegen ist, dass der Gesetzgeber an die Alternative eines Gläubigerausschusses nur mit einem Sachverständigen nicht gedacht hat.

Für die Weichenstellungen im Verfahrensverlauf und die Abwägung zum Umfang der Aufgaben am bedeutsamsten sind die Zustimmungsregelungen in §§ 158, 160 InsO. Beide Bereiche werden regelmäßig bereits im Eröffnungsverfahren tangiert sein und erfordern dort eine hohe Tagungsdichte des Ausschusses in der Anfangsphase. Weiter zu beachten ist der gesetzliche Auftrag zur Kassenprüfung. Die Begründung zum RegE³¹ spricht bei Art. 2 (17 InsVV) von „möglicherweise arbeitsintensiven Aufgaben“.

→ Der Ausschuss wird daher im Eröffnungsverfahren weit öfter zu tagen und beschließen haben als im eröffneten Verfahren. Er wird z.B. bei der Entscheidung zur Insolvenzforderungfinanzierung und Betriebsfortführung, bei der Beantragung von Masseverbindlichkeitsbegründungskompetenzen im Wege der Einzelermächtigung, zumindest bei solchen größeren Umfangs, bei Anträgen gem. § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO und bei Verhandlungen mit ernsthaften Betriebsübernahmeinteressenten vorher zu konsultieren sein. Weiterhin wird das Gericht zu prognostizieren haben, ob auch nach Eröffnung ein kostenproduzierender Ausschuss massenschmälernd notwendig sein wird, da dies die Gesamtmasse am Ende beeinflussen wird.

Wichtig ist, dass der vorläufige Verwalter den Ausschuss umfassend und belegbar (Haftungsbegrenzung) informiert. Ggf. kann der vorläufige Verwalter die Einsetzung des Ausschusses gem. § 22a Abs. 2 InsO auch erst beantragen. Er wird aber dann bereits eine Kosten-Verhältnismäßigkeits-Berechnung i.S.d. Vorschrift des § 22a Abs. 3, 2. Alt. InsO mit vorzulegen haben, da ihm die Berechnungsgrundlagen am Besten bekannt sein werden.

→ Ansonsten muss das Gericht in anderen Fällen diese selbst oder unter Beauftragung eines speziellen Sachverständigen

erstellen. Die Haftpflichtversicherungsnotwendigkeiten sind dabei konkret nach Verfahrensumfang mit einzubeziehen. Weiterhin ist bei größeren Verfahren zumindest von der Stundensatzhöchstgrenze von 95 €/Std. (die bisweilen durchaus überschritten werden) auszugehen. Gesamtkosten i.H.v. 20.000 – 40.000 € bei mittelgroßen Verfahren werden demgemäß keine Seltenheit sein. Im Verhältnis zur Masse sollte ein Anteil von 5 % nicht überschritten werden. Selbstverständlich dürfen die Kosten für einen vorläufigen Gläubigerausschuss nicht zur Abweisung mangels Masse führen.

c) Nachteilige Zeitverzögerung

Dieses Merkmal wird nur beim Pflichtausschuss nach § 22a Abs. 1 InsO in Betracht kommen und nur zu einer temporären Verzögerung von dessen Einsetzung führen (s.o.). Zu den diesbezüglich denkbaren Umständen ist anderweit bereits Stellung genommen worden.³² Sofern die Schuldnerangaben nach § 13 Abs. 1 Satz 4 und 5 InsO nicht vorhanden (Gläubigerantrag), lückenhaft oder überprüfungswürdig erscheinen, ist vom Eintritt dieser Tatbestandsalternative bei laufenden Geschäftsbetrieben, aber auch bereits bei Massesicherungsnotwendigkeiten, auszugehen. Verzögern die Ausschussmitglieder voraussichtlich die Amtsannahme und die konstituierende Sitzung, indem z.B. nicht alle notwendigen Mitglieder vor Ort oder zeitlich unabhkömmlich sind, liegt ebenfalls eine beachtliche Verzögerung vor. Die Regelung meint objektiv eintretende Umstände, nicht nur solche, die von den Mitgliedern des Ausschusses „verschuldet“ sind.

→ Zu beachten ist, dass die Regelung des § 56a Abs. 1, 2. HS InsO dementsprechend erst auf einer zweiten Ebene (nachteilige Verzögerung durch Anhörung, aber Ausschuss ist vorhanden) ggf. erneut zu prüfen ist.³³

III. Die Verwalterauswahl nach § 56a InsO

1. Anhörung zum Anforderungsprofil und zur Person (§ 56a Abs. 1 InsO)

Die Regelung enthält zunächst bei genauer Betrachtung eine Voraussetzung und zwei Anhörungsgegenstände: Ein vorläufiger Gläubigerausschuss muss bereits eingesetzt sein, d.h. die Mitglieder müssen einen Bestellungsbeschluss, eine Amtsannahme und eine Bestellungsurkunde „hinter sich haben“,³⁴ erst dann erfolgt Anhörung zu

- a) Anforderungsprofil und
- b) Person des Verwalters (sog. Mehrheitsvorschlag in Abgrenzung zu § 56a Abs. 2 InsO).

³⁰ Erste Kostenschätzungen prognostizieren für eine Haftpflichtversicherung von fünf Ausschussmitgliedern bei 5 Mio. € Deckungssumme 20.000 – 25.000 €.

³¹ Dort S. 43.

³² Frind, ZInsO 2011, 757; BAKinso-Stellungnahme v. 18.4.2011 www.bak-inso.de; Uhlenbruck, INDat-Report 3/2011, 16; Preuß, ZIP 2011, 933, 940.

³³ RegE-Begr., S. 26, dort re. Sp. 1. Abs. ausdrücklich.

³⁴ HambKomm-InsO/Frind (Fn. 10), § 67 Rn. 8 m.w.N.

Diese Notwendigkeiten gelten auch im eilbedürftigen Eröffnungsverfahren, da das – insbesondere in diesem Verfahrensabschnitt – haftungsträchtige Gläubigerausschussamt einer Person nicht aufgedrängt werden kann.³⁵ Das Gericht kann zur Amtsannahme den Ausschussmitgliedern zwecks Beschleunigung eine Frist setzen.³⁶ Bei § 22a Abs. 2 InsO kann die Einverständniserklärung mit der Bestellung im Vorwege erklärt werden; eine wirksam werdende Amtsannahme setzt aber die Kenntnis der tatsächlichen Bestellung voraus.

a) Ausschuss-Antwort

Laut gesetzlichem Wortlaut ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss nur „Gelegenheit zu geben“ sich zu v.g. Fragen zu äußern, daher ist eine Antwort nicht verpflichtend für das Gremium vorgesehen – die Antwort kann gar nicht oder nur zum ersten der Anhörungspunkte erfolgen; bei einem Personalvorschlag ist aber die Beantwortung zur Frage „Anforderungsprofil“ zwingend.

→ Der Ausschuss muss sich, wenn er sich äußert, in Form eines Beschlusses (der auf Grundlage der Voraussetzungen des § 72 InsO, der durch § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO ausdrücklich in Bezug genommen wird, zustande kommt) äußern,³⁷ da eine Mitteilung des Gremiums, nicht von Einzelmeinungen, vom Gesetzgeber erwartet wird. Anzuraten ist daher die Übermittlung eines (ggf. isoliert) protokollierten Beschlusses³⁸ an das Gericht, auch um spätere Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden („das habe ich so nicht gesagt“) und die ordnungsgemäße Beschlussfassung (z.B. vorherige Einladung, sonst besteht Nichtigkeitsgefahr) zu dokumentieren.

Aus dem Vorhergesagten ergibt sich, dass die Anhörung nicht mündlich erfolgen muss, da das Gericht bei der Beratung des Ausschusses ohnehin nicht zugegen sein darf,³⁹ mithin hat die Anhörung i.d.R. schriftlich zu erfolgen. Das Gericht sollte die Ausschussmitglieder anschreiben optional sie zusätzlich telefonisch jeweils unter Nennung einer kurzen Frist unterrichten und durchaus vorher mündlich seine Vorstellungen zu den o.g. Fragen bereits kommunizieren.

→ Eine schriftlich dokumentierte Anhörung in der Gerichtsakte ist unabdingbar wichtig, um eindeutig nachvollziehbar zu machen, ob der Fall des § 56a Abs. 3 InsO (von der Anhörung abgesehen) eingetreten ist oder nicht, da dieses Tatbestandsmerkmal für eine zulässige (!) spätere eventuelle Abwahl des vorläufigen Verwalters ist!

b) Häufigkeit der Anhörung

Die Regelung gilt über § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO auch für das Eröffnungsverfahren, obwohl im Wortlaut von „dem Verwalter“ die Rede ist. Fraglich ist, ob bei bereits erfolgter Anhörung vor Eröffnung und endgültiger Bestellung daher eine erneute Anhörung zu erfolgen hat. Die Begründung des RegE gibt hier zur Auslegung nichts her, da dort nur eine erneute Anhörung bei zunächst erfolgter „Beteiligung“ des Ausschusses für unnötig befunden wird.⁴⁰ Übersehen wur-

de, dass die „Beteiligung“ in zwei möglichen Mitteilungen des Ausschusses (zum Profil und zur Person), die nicht notwendig verbunden werden müssen, erfolgen kann.

→ Da eine Anhörung „zur Person“ vor Eröffnung auch dann erneut sinnvoll ist, wenn dem Gericht bei erster Anhörung zur Auswahl des vorläufigen Verwalters *nur ein Anforderungsprofil mitgeteilt worden ist*, sollte durchaus, sofern ausreichend Zeit zur Verfügung steht, dann in diesem Fall eine erneute Anhörung zur Person erfolgen, da es keine zwingende Einsetzung des bisherigen vorläufigen Verwalters im Eröffnungsbeschluss gibt.⁴¹

Weiterhin erscheint es denkbar, dass das Anforderungsprofil sich aus Erkenntnissen des Eröffnungsverfahrens verändert oder fortentwickelt hat. I.Ü. sollte bedacht werden, dass die Möglichkeit zum einstimmigen Vorschlag nach § 56a Abs. 2 InsO dem vorläufigen Gläubigerausschuss nicht im Stadium vor der Eröffnung genommen werden darf, zumal wenn bisher ein solcher nicht entäußert worden war oder werden konnte (z.B. bei bisherigen Meinungsverschiedenheiten).

2. Anforderungsprofil

Ein „Anforderungsprofil“⁴² sollte sachlich gehalten werden. Es sollte substantiiert sein.⁴³

→ Eine Kurzdefinition könnte wie folgt lauten: *Die ausformulierte Mitteilung konkreter und allgemeiner Eigenschaften des Verwalters und seines Büros mit einer Setzung ins Verhältnis zu denjenigen Anforderungen des Verfahrens inkl. Begründung zur Korrelation!*

Danach sollten dem Gericht also Kenntnisse zum genauen Gegenstand des schuldnerischen Unternehmens vermittelt werden (sofern diese nicht bereits aus dem Antrag hervorgehen). Weiterhin sind daraus Erwartungen an den möglichen Insolvenzverwalter abzuleiten. Ein „Anforderungsprofil“ i.S.d. § 56a Abs. 1, 2 InsO sollte für den Insolvenzrichter als Adressaten immer allgemeine, aber *verobjektivierbare Kriterien* an den Verwalter in den Vordergrund stellen,⁴⁴ um eine leichte Nachvollziehbarkeit und eine Auswahlbandbreite möglicher Kandidaten zu ermöglichen. Daneben können konkrete Personen benannt werden (diese sind gem.

35 Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 67 Rn. 21.

36 LG Duisburg, NZI 2004, 95 = JurionRS 2003, 32440; Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 35), § 67 Rn. 21.

37 RegE Begr. S. 26 ausdrücklich.

38 Kübler/Prütting/Kübler (Fn. 17), § 72 Rn. 12; HambKomm-InsO/Frind (Fn. 10), § 72 Rn. 7 m.w.N.

39 Jaeger/Gerhardt (Fn. 10), § 71 Rn. 5; Kübler/Prütting/Kübler (Fn. 17), § 72 Rn. 13; Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 35), § 72 Rn. 3.

40 RegE-Begr., S. 26.

41 Allg. M.

42 Begriff bereits bei Frind, ZInsO 2007, 643.

43 Vorschläge dazu bereits bei Frind, ZInsO 2011, 1913 ff.

44 Leistungskennzahlen, Beachtung von Rahmenrichtlinien, sprachliche Fähigkeiten, Bürogröße und Bürofachkräfte, Zertifizierungen, Kenntnisse in bestimmten Branchen, etc.

§ 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 InsO deswegen nicht in ihrer Unabhängigkeit bemakelt).

Ein schlechtes Anforderungsprofil enthält Allgemeinplätze, Textbausteine oder Leerformeln (z.B.: „sollte die Masse bestmöglich generieren können; sollte sanierungsorientiert sein; sollte Arbeitsplätze erhalten; sollte fortführungserfahren sein“. Unzulässig sind Anforderungsprofile, deren Bestandteile gesetzliche Rahmenbedingungen der Auswahl ad absurdum führen⁴⁵ (s. auch unten), z.B. die Unabhängigkeit generell zunichtemachen (z.B.: „sollte über gute Beziehungen zur XY-Bank (Absonderungsgläubiger) verfügen“).

3. Nachteilige Verzögerung

§ 56a Abs. 1, 2. HS InsO erlaubt das Absehen von einer Anhörung, wenn schnell zur Massesicherung vom Gericht ein vorläufiger Insolvenzverwalter oder (über §§ 270a, 274 InsO) ein vorläufiger Sachwalter eingesetzt werden muss. Die „nachteilige Veränderung“ muss nach insolvenzgerichtlicher Erfahrung wahrscheinlich sein. Dies ist immer dann der Fall, wenn Vollstreckungen durch Gläubiger drohen, aber auch dann, wenn durch auch nur wenige Tage Zuwarten mit der Bestellung fortführungsgefährdende Unsicherheiten bei einer Betriebsfortführung in der Beleg- oder Lieferantenschaft entstehen würden (sog. Abwanderungsgefahr). In diesen Fällen ist trotz der Möglichkeit des § 56a Abs. 3 InsO zu erwägen, eine Anhörung zumindest vor Eröffnung durchzuführen (s.o. III. 1).

4. Einstimmiger Vorschlag (§ 56a Abs. 2 InsO)

Übermittelt der vorläufige Gläubigerausschuss einen einstimmigen Vorschlag, hat das Gericht zunächst dessen Vorliegen zu prüfen: Der Ausschuss entäußert seinen Willen in Beschlussform (§§ 72 InsO, § 21a Abs. 2 Nr. 1a InsO).⁴⁶ Nichtige Beschlüsse sind unbeachtlich.⁴⁷ Wichtig ist z.B. ein Beschluss, der auf einer nicht ordnungsgemäß einberufenen Sitzung gefasst wurde⁴⁸ (z.B. Einladung ohne betreffenden Tagesordnungspunkt).⁴⁹ Eine „Sitzung“ setzt denknötwendig die vorherige Konstituierung und ordnungsgemäße Besetzung des Ausschusses voraus.⁵⁰

→ Obwohl dem Gericht nicht das gesamte Ausschussprotokoll übermittelt werden muss,⁵¹ muss der in § 56a Abs. 2 InsO vorausgesetzte Beschluss erkennbar von allen („einstimmig“) Gläubigerausschussmitgliedern ordnungsgemäß gefasst worden sein, er hat daher deren Unterschriften oder diejenige des Protokollanten mit Abstimmungsergebnis zu tragen; die Einladung ist beizufügen. Ein Beschluss im schriftlichen Umlaufverfahren ist zulässig. Ein „Vorratsbeschluss“ von Ausschussmitgliedern „in spe“ ist nach den vorher dargelegten Regeln unzulässig, da eine Meinungsbildung nach Amtsbestellung, Kenntnis und Annahme erfolgen muss.

Der einstimmige Personalvorschlag ist laut Gesetzeswortlaut „zur Person“ des Verwalters zu machen, dies bedeutet nicht notwendig, dass nur „eine Person“ vorzuschlagen

ist. Obwohl der RegE in der Begründung wenig praxisfreundlich von einer „bestimmten“ Person ausgeht,⁵² ist es aus praktischer Sicht durchaus möglich und sogar sinnvoll, mehrere Personen einstimmig zu benennen und dem Gericht eine eingeschränkte Auswahl zu lassen, zumal die Ausschussmitglieder evtl. nicht über alle „Vorzüge“ eines Kandidaten informiert sind.

→ Der Vorschlag sollte alle für das Gericht notwendigen Rahmendaten enthalten (also neben dem Namen des vorgeschlagenen Verwalters Telefon- [auch Mobil-], Faxnummer und genaue Adressierung des Hauptbüros).

Die Vorschrift des § 56a Abs. 2 Satz 2 InsO ist missverständlich formuliert. Sie rekurriert auf das nach Abs. 1 ohnehin zu unterbreitende Anforderungsprofil. Dies muss auch im Fall eines einstimmigen Vorschlags „mitgeliefert“ werden, denn die Vorschrift erfordert vom Gericht die Prüfung, ob die vorgeschlagene Person zum Anforderungsprofil „passt“. Die missverständliche Formulierung könnte nahelegen anzunehmen, das Gericht dürfe nur diese isolierte Prüfung vornehmen. Dies ist nicht richtig.

→ Der Terminus „für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist“ in § 56a Abs. 2 Satz 1 InsO bedeutet, dass das Gericht auch die „Generalanforderungen“ nach § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO mit zu prüfen hat. Hier in der Auslegung der Begriffe „Geschäftskunde“ und „Unabhängigkeit“ ist wiederum das Anforderungsprofil des Gerichts zu verorten.⁵³ Diese gerichtliche Prüfung stellt nur die erste Stufe der Prüfung nach § 56a Abs. 2 InsO beim Personalvorschlag dar, hinzu kommt dann im zweiten Schritt die Prüfung, ob das Ausschuss-Anforderungsprofil erfüllt ist. Sowohl die Begründung des Rechtsausschusses, die das Merkmal „Unabhängigkeit“ besonders hervorhebt,⁵⁴ als auch die Begründung des RegE zeigen, dass ein Widerspruch zu den Kriterien des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht in Betracht kommt.⁵⁵

Sonderkonstellation: Beim „mitgebrachten“ vorläufigen Sachwalter im *Schutzschirmverfahren* nach § 270b Abs. 2 InsO hat das Gericht nur „offensichtliche Ungeeignetheitsgründe“ zu prüfen; dies ist weniger als die Vollprüfung nach § 56 Abs. 1 InsO. Die Gesetzesbegründung hebt aber auch hier insbesondere die „Unabhängigkeit“ des vorgeschlagenen Kandidaten hervor.⁵⁶ Auch der Schuldnerorschlag ist,

45 RegE-Begr. S. 26 ausdrücklich.

46 RegE-Begr. S. 26 ausdrücklich.

47 BGH v. 21.7.2011, ZInsO 2011, 1598.

48 Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 35), § 72 Rn. 1 m.w.N.

49 BGH, ZInsO 2008, 504 zur Gläubigerversammlung; Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 35), § 72 Rn. 4.

50 Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 35), § 67 Rn. 7 – 21.

51 Zum Streitstand dazu Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 35), § 72 Rn. 16.

52 S. 38.

53 HK-InsO/Eickmann, 6. Aufl. § 56 Rn. 26; HambKomm-InsO/Frind (Fn. 10), § 56 Rn. 9a.

54 BT-Drucks. 17/7511, S. 47, 48.

55 So der RegE-Begr., S. 26 ausdrücklich.

56 S. RegE-Begr. S. 40 re. Sp. ausdrücklich.

wie die Ablehnungsmöglichkeit nach § 270b Abs. 2 Satz 2 InsO zeigt, durchaus zu prüfen.

Weiterhin weist die Begründung des RegE ausdrücklich darauf hin, dass das „Mitbringen“ des vorläufigen Sachwalters nur im Eröffnungsverfahren gilt, bei Eröffnung könne das Gericht einen anderen Sachwalter einsetzen.⁵⁷

5. Gerichtliche Entscheidung

Soweit ein Personalvorschlag gemacht worden ist, muss (Abs. 2) oder sollte (Abs. 1 – Mehrheitsvorschlag) sich das Gericht mit diesem befassen.

→ Kennt es die vorgeschlagene Person nicht, wird wegen der bereits aus § 56a Abs. 2 InsO folgenden Prüfungsanforderungen eine Amtsermittlung zu den notwendig zu prüfenden Umständen erfolgen müssen. Dies wird immer dann erforderlich werden, wenn die vorgeschlagene Person nicht auf der Vorauswahlliste des Gerichts steht (was natürlich zulässig ist), da dann die Prüfungsstufe „Erfüllen der Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO“ in Form einer Generalprüfung erfolgen muss, während ansonsten nur die Merkmale „Geschäftskunde“ und „Unabhängigkeit“ in Bezug auf das konkrete Verfahren zu prüfen sind.

Da in Fällen mit Betriebsfortführung oder größeren Massesicherungsnotwendigkeiten Eile geboten ist, muss die vorgeschlagene Verwalterperson umgehend die notwendigen Mitteilungen/Auskünfte auf gerichtliche Anfrage herausgeben. In jedem Falle empfiehlt sich ein Gespräch mit dem „unbekannten“ Verwalter. Eine rein nationale oder bundesweite öffentliche „Bekanntheit“ ersetzt dabei die Prüfung durch das Gericht nicht. Der Ausschuss muss sich vergegenwärtigen, dass die Benennung nur eines Kandidaten (ohne Wahlmöglichkeit) oder eines dem Gericht unbekanntem Kandidaten erhöhten Prüfungsaufwand auslöst,⁵⁸ der wiederum zur „nachteiligen Verzögerung für die Vermögenslage“ i.S.v. § 56a Abs. 1 InsO führen kann.

→ Das Gericht sollte durchaus den Mitgliedern des Gläubigerausschusses eigene Personalvorschläge aus seiner amtswegigen Kenntnis durch Führung der Vorauswahlliste unterbreiten. Hier werden Gerichte, die substanziierte Aufzeichnungen über Stärken und Schwächen der von ihnen gelisteten Verwalter haben, im Vorteil sein und auch nutzbringend für die Ausschussmitglieder zu einer konstruktiven Auswahl beitragen können, da die Ausschussmitglieder sehr häufig weder die Belastung einzelner Kandidaten noch mögliche „Vorzüge und Nachteile“ so eingehend wie ein erfahrener Insolvenzrichter kennen werden. In solchen Fällen empfiehlt es sich, dass das Gericht (aber nach interner Meinungsbildung des Ausschusses) diesen evtl. zum Gespräch einlädt. Keinesfalls sollte das Gericht allerdings die Konstituierung des Gläubigerausschusses organisieren oder dessen Meinungsbildung im Vorwege beeinflussen, da der Ausschuss ein Selbstverwaltungsgremium ist und das Gericht sich nicht in die Gläubigersphäre begeben darf.

Eine ablehnende gerichtliche Entscheidung ist nicht rechtsmittelfähig, da § 56a Abs. 2 InsO kein solches vorsieht (§ 6 InsO).⁵⁹ Sie ist nach gesetzlichem Verfahrensgang erst in dem zu veröffentlichen Eröffnungsbeschluss zu begründen (§ 27 Abs. 2 Nr. 5 InsO). Diese Vorschrift ist vollkommen sinnlos, da weder der richtige Adressat noch der richtige Zeitpunkt darin festgelegt werden.⁶⁰

→ Das Gericht sollte daher den Ausschussmitgliedern bereits vorher in mündlicher oder schriftlicher Form zeitnah eine kurze Begründung zuteilwerden lassen.

6. Abwahlmöglichkeit nach § 56a Abs. 3 InsO

Die vom Rechtsausschuss erst eingefügte Regelung sieht eine Abwahlmöglichkeit des vorläufigen Verwalters in der ersten Sitzung des Gläubigerausschusses vor. Damit wird ein Vorschlag des Verfassers aufgegriffen.⁶¹ Allerdings war dort vorgeschlagen worden, eine in der Praxis anwendbare Version des § 57 InsO in das Eröffnungsverfahren „vorzuziehen“. Die nunmehr vom Rechtsausschuss eingefügte Regelung ist hingegen aus mehreren Gründen schlicht unanwendbar:

- Zunächst ist der Anwendungsbereich laut des eindeutigen Wortlauts („von einer Anhörung nach Absatz 1 abgesehen“) auf den Fall verengt, dass ein vorläufiger Gläubigerausschuss zwar existent, aber gem. § 56a Abs. 1, 2. HS InsO nicht vor der Auswahl angehört worden ist. Der Fall des § 22a Abs. 3 InsO (keine Einsetzung des vorläufigen Ausschusses vor Bestellung des vorläufigen Verwalters) ist eindeutig, auch nach der Begründung, nicht erfasst. Auch die Begründung des RegE sieht diese beiden Fälle völlig getrennt.⁶²

→ Keine Abwahlmöglichkeit, wenn der vorläufige Verwalter vor Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses bestellt wurde.

- Weiterhin endet das Amt des „vorläufigen Gläubigerausschusses“ gem. eindeutiger Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO durch Nicht-Bezug auf § 68 InsO mit der Eröffnung des Verfahrens. Laut Begründung des Rechtsausschusses soll die Regelung ausschließlich im Eröffnungsverfahren anwendbar sein („anders als im eröffneten Verfahren“).⁶³

Gleichzeitig will die Regelung, dass der Ausschuss im Eröffnungsverfahren jemanden „zum Insolvenzverwalter“ wählt, das geht im Eröffnungsverfahren nicht. Die Norm des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO hilft da nicht weiter, da die Wirkung einer Norm nur für das Eröff-

57 RegE, S. 41 re. Sp., 2. Abs. a.E.

58 Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 35), § 56 Rn. 23.

59 Die Begründung zum RegE (S. 26) verweist darauf, dass § 57 InsO ausreicht ist.

60 Vgl. bereits Pape, ZInsO 2011, 1033; Frind, ZInsO 2011, 269.

61 Frind, ZInsO 2007, 643; erneut ders., ZInsO 2011, 757.

62 Siehe S. 26.

63 BT-Drucks. 17/7511 S. 47 re. Sp.

nungsverfahren „entsprechend“ gelten kann, wenn sie im eröffneten Verfahren überhaupt gelten kann. Dies ist bei § 56a Abs. 3 InsO nicht der Fall, dort soll laut Begründung des Rechtsausschusses ausdrücklich § 57 InsO – und zwar selbst bei erfolgter Abwahl im Eröffnungsverfahren – allein und weiter gelten!!

→ Abwahl mit gleichzeitiger Bestellung eines „Insolvenzverwalters“ geht im Eröffnungsverfahren nicht. Im eröffneten Verfahren findet die Norm keine Anwendung.

- Der bedeutsamste Fehler der Norm aber ist, dass nicht geregelt ist, wann genau das Amt des „abgewählten“ vorläufigen Verwalters (sofern dieser denn gemeint sein sollte) endet. Denn die Regelung des § 57 Satz 3 InsO wurde nicht „nach vorne gezogen“. Es ist aber genau diese dort geregelte gerichtliche Bestätigungsentscheidung, die die neu gewählte Person erst mit Amtsannahme ins Amt bringt.⁶⁴ Und das mit gutem Grund: Die InsO benötigt jederzeit genaue, durch die verpflichtende Angabe zeitlicher Abgrenzungen normiert (§ 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO), Klarheit, wer wann und bis wann (vorläufiger) Verwalter ist, um Masseverbindlichkeitsbegründung und ggf. Haftungsfragen immer abgrenzen zu können. Kurzum: Der Regelung fehlt die zeitliche Klarstellung zum Amtsübergang, sie ist somit verfassungswidrig, da der Eingriff in die Rechte von Schuldner und derzeitigem (vorläufigen) Verwalter nicht geltungserhaltend auslegungsfähig geregelt, sondern gänzlich unbestimmt ist.

Es stellen sich folgende Fragen: Wird bei Geltung der vorliegenden Regelung der (vorläufige) Verwalter irgendwo in einem „stillen Kämmerlein“ vom Gläubigerausschuss abgewählt, ist weder geregelt, wie er wann davon Kenntnis erlangt, noch, ab wann er nicht mehr im Amt ist (ab Beschlussfassung? Muss das Protokoll dann Stunde und Minute verzeichnen? Gilt der Zugang des Beschlusses?). Wann erfährt das Gericht davon? Muss das Gericht Umsetzungsmaßnahmen ergreifen, z.B. Einzug der Urkunde? Gelten diese Umsetzungsmaßnahmen erst für das Amtsende? Erfolgt keinerlei Eignungsprüfung des Gerichts hinsichtlich des Neugewählten, wie nach § 57 InsO?⁶⁵ Was geschieht, wenn der bisherige (vorläufige) Verwalter zunächst keine Kenntnis von der Abwahl erhält und noch Masseverbindlichkeiten begründet? Die Norm ist so unbestimmt, dass Verfassungswidrigkeit zu befürchten ist.

→ § 57 Satz 3 InsO ist ergänzend in § 56a Abs. 3 InsO hineinzu lesen, um Verfassungswidrigkeit zu verhindern.

IV. Praxisrelevante Auslegungsnotwendigkeiten im Plan- und Eigenverwaltungsverfahren

1. Zeitliche und inhaltliche Geltung der gerichtlichen Zuständigkeitsänderung beim Planverfahren

Die Regelung in § 18 Abs. 1 RPfG wird durch das „ESUG“ – mit einem verzögerten Inkrafttreten (erst 6 Monate nach Verkündung) – durch eine Nr. 2 dahin gehend ge-

ändert, dass der Insolvenzrichter insgesamt für „das Verfahren über einen Insolvenzplan nach den §§ 217 bis 256 InsO und den §§ 258 bis 269 InsO“ zuständig wird. Damit ist eine genaue zeitliche Grenze des Zuständigkeitsübergangs nicht markiert und aus der Begründung des RegE auch nicht ersichtlich,⁶⁶ denn es ist unklar, ab wann ein Verfahren ein „Planverfahren“ ist.

Mindestens drei Zeitpunkte sind denkbar:

Möglich wäre es, bereits die Ankündigung des Schuldners, einen Plan vorlegen zu wollen, in diesem Sinne gelten zu lassen. Die entgegengesetzte Möglichkeit besteht darin, erst bei definitiver Vorlage eines Plans (§ 218 Abs. 1 Satz 2 InsO) zur Gerichtsakte mit Datum des Eingangsstempels den Wechsel der Zuständigkeit anzunehmen. Mittelweg wäre es, bereits den Beschluss der Gläubigerversammlung an den Verwalter, wenn dieser denn erfolgen sollte, gem. § 218 Abs. 2 InsO als Übergangszeitpunkt anzusehen. Da jedoch die Umsetzung dieses Beschlusses weder sicher ist noch ein klarer Zeithorizont bis zur Klarheit besteht, kann der gesetzliche Rechtsanwender wohl kaum nach diesem Merkmal bereits „ausgewechselt“ werden.

→ Anzuraten ist hier die Annahme eines klar und objektiv definierten Zeitpunkts; dies kann nur *derjenige des tatsächlichen Vorliegens des Plans zur Gerichtsakte* sein.

Zu praktisch gefährlichen Friktionen führt die offene Frage nach dem Zuständigkeitsübergang deshalb, weil der Rechtspfleger zunächst die Gläubigerversammlung terminieren und leiten muss, dann jedoch plötzlich „durch äußeres Ereignis“ mit der scharfen Rechtsfolge des § 8 Abs. 4 Satz 1 RPfG nicht mehr zuständig wird. Wird der Plan z.B. in der Gläubigerversammlung erst vorgelegt, muss diese abgebrochen werden, wenn der – u.U. nicht erreichbare – Richter nicht sofort übernehmen kann.

Ein weiteres Problem ergibt sich in diesem Zusammenhang durch die durch den Rechtsausschuss neu eingeführte Möglichkeit auch „verfahrensabwickelnde“ Pläne vorzulegen.⁶⁷ Damit wird das eigentliche Verteilungsverfahren nicht tangiert, das eröffnete Verfahren zerfällt in zwei Teile:⁶⁸ Ein Teil wird „normal“ abgewickelt, darüber liegt aber eine „plangestaltete“ Abwicklungsanordnung. Ein solches Verfahren ist aber kein vollwertiges „Planverfahren“ i.S.v. § 18 Abs. 1 Nr. 2 InsO (neu), denn mit der neuen Rechtsanwender-Zuständigkeit sollten in erster Linie nur Planverfahren unter Ausnutzung der neuen gesellschaftsrechtlichen Aus-

64 HK-InsO/Eickmann (Fn. 53), § 57 Rn. 10; HambKomm-InsO/Frind (Fn. 10), § 57 Rn. 15; Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 35), § 57 Rn. 30; Jaeger/Gerhardt (Fn. 10), § 57 Rn. 16.

65 Vgl. dazu HambKomm-InsO/Frind (Fn. 10), § 57 Rn. 6 m.w.N.

66 Siehe S. 44 dort.

67 Ziff. 15 v. BT-Drucks. 17/7511.

68 So ausdrücklich die Begründung des Rechtsausschusses in BT-Drucks. 17/7511, S. 48 re. Sp.: „das Verfahren wird teilweise losgelöst von den Vorschriften des Regelinsolvenzverfahrens ...“.

gestaltungsmöglichkeiten (DES) auf den Richter übertragen werden, keine Abwicklungsverfahren.

→ Das Planverfahren nach § 217 InsO mit reinen „Abwicklungsregelungen“ unterfällt weiterhin der Rechtspflegerzuständigkeit.

2. Unklarer Geltungsbereich des Verfahrens nach §§ 221 Satz 2, 248a InsO

Der Rechtsausschuss hat mit der neuen Regelung in den v.g. Normen ein „Berichtigungsverfahren“ geschaffen, das der Insolvenzverwalter offenbar aus eigenem Antrieb betreiben kann.⁶⁹ Der Umfang und die Reichweite der vorgesehenen planinternen „Ermächtigung“ „offensichtliche Fehler“ zu berichtigen, ist unklar. Die Begründung nennt als Beispiel Registereintragungshindernisse. Inhaltliche „Berichtigungen“ wären damit ausgeschlossen. Dies erscheint richtig im Sinne einer Begrenzung der Vorschriftsanwendung zugunsten aller Plangläubiger und des Schuldners, um von vornherein Rechtsmittel nach § 248a Abs. 4 InsO zu begrenzen.

Da das Gericht die Berichtigungen gem. § 248a InsO in einem neuen Sonderverfahren bestätigen muss, ist dem Verwalter dringend anzuraten, vor einer entsprechenden Maßnahme mit dem Insolvenzrichter Rücksprache zur Geltungsreichweite der Norm aufzunehmen, da bereits § 248a Abs. 1 InsO eine Ermessensmöglichkeit zur Zulässigkeit des Verfahrens enthalten dürfte, d.h. das Gericht leitet dann u.U. das Anhörungsverfahren nach Abs. 2 überhaupt nicht ein, wenn es die Berichtigung für zu weitgehend erachtet.

→ Im Verfahren nach § 221 Satz 2 InsO neu sollte nur der Bereich des § 319 Abs. 1 ZPO zulässigerweise zu berichtigen sein. Mit dem Gericht ist vorher Rücksprache zu nehmen.

3. Notwendige Prüfung bei Einleitung des Eigenverwaltungsverfahrens

Das Eigenverwaltungsverfahren soll künftig regelhaft das normale Insolvenzverfahren auf Schuldnerantrag werden. Allerdings besteht in den Fällen, in denen Masse zu sichern ist, eine „vorgezogene“ Entscheidung des Insolvenzgerichts über die Anordnung der Eigenverwaltung. Diese Entscheidung fällt im Grunde genommen nicht erst mit Eröffnung (§ 270 InsO), sondern bereits bei der Entscheidung, ob ein vorläufiger Insolvenzverwalter oder Sachwalter vom Gericht im Eröffnungsverfahren eingesetzt wird.⁷⁰ Dies betrifft in erster Linie Betriebsfortführungsverfahren und Verfahren mit Massesicherungsnotwendigkeiten. Eine Überprüfung, ob in diesen Verfahren wirklich eine Eigenverwaltung verantwortet werden kann, ist daher bereits zu Beginn des Eröffnungsverfahrens äußerst notwendig.

→ Daher besteht die Notwendigkeit, den Prüfungsmaßstab des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO neu bereits bei Verfahrensbe-

ginn zur Entscheidung gem. § 270a Abs. 1 InsO anzuwenden. Zu prüfen ist daher, ob Umstände mit konkreter Nachteilerwartung für die Gläubiger „bekannt“ sind.

Dieses „Bekanntsein“ muss – insbesondere bei Verfahrensbeginn – weit ausgelegt werden. So kann z.B. kein Eigenverwaltungsverfahren zugelassen werden, wenn bereits Insolvenzverschleppungstatbestände im Raum stehen. Da für das Gericht die entsprechenden Erkenntnisse nicht aus den Schuldnerangaben gem. § 13 InsO zu entnehmen sein werden, muss es zunächst einen Sachverständigen mit der – zeitnahen – Prüfung i.S.d. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO beauftragen,⁷¹ da der Amtsermittlungsgrundsatz aus § 5 Abs. 1 InsO auch im Eigenverwaltungsverfahren nicht suspendiert ist.⁷²

→ Beim Eigenverwaltungsantrag mit Betriebsfortführung oder Massesicherungsnotwendigkeiten muss das Gericht gem. § 270a Abs. 1 InsO die Frage der „offensichtlichen Aussichtslosigkeit“ des Eigenverwaltungsantrags zur Sicherung der Gläubigerinteressen von Anfang an mit der Prüfung der Sicherungsvoraussetzung nach § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO verbinden und diese Fragen sachverständig, wenn auch zeitlich innerhalb kurzer Frist, prüfen lassen. Dies gilt insbesondere dann, wenn noch kein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt ist, der gem. § 270 Abs. 3 InsO agieren und mitüberwachen kann. Im Fall sofortiger Sicherungsnotwendigkeiten ist einer Kombination Sachverständiger – vorläufiger Insolvenzverwalter zunächst der Vorzug zu geben, da der vorläufige Insolvenzverwalter ggf. später zum vorläufigen Sachwalter „herabgestuft“ werden kann (analog § 22 Abs. 2 InsO).

4. Unklar gewordene Masseverbindlichkeitsbegründungskompetenz des Schuldners im Eigenverwaltungsverfahren

Der RegE hat sich zu der Frage, ob der Schuldner im Eigenverwaltungsverfahren Masseverbindlichkeiten begründen kann, in der Begründung nicht eindeutig geäußert. Aber § 270a Abs. 1 Satz 2 InsO sieht eine Bezugnahme auf § 275 InsO vor. Damit wird die Kompetenz des Sachwalters nach § 275 Abs. 1 InsO eigentlich durch „Vorverlagerung“ dieser Figur ins Eröffnungsverfahren mit „nach vorne“ gezogen.⁷³ Damit müsste der Schuldner eigentlich im Eröffnungsverfahren „mit Eigenverwaltung“ wie im eröffneten Verfahren unter den Voraussetzungen des § 275 Abs. 1 InsO Masseverbindlichkeiten begründen können (gewöhnlicher Geschäftsbetrieb mit Widerspruchsbefugnis des vorläufigen Sachwalters; ansonsten Zustimmungskompetenz).

69 Dafür *Frank/Heinrich*, ZInsO 2011, 858.

70 S. bereits *Frind*, ZInsO 2011, 656; *Fröhlich/Bächstädt*, ZInsO 2011, 985.

71 So auch ein Punkt der Entschließung der BAKinso-Herbsttagung v. 15.11.2011.

72 *Pape*, ZInsO 2011, 2154, 2157 hält sogar Eigenverwaltungsanträge auf Gläubigerantrag für statthaft.

73 Zumindest insoweit eindeutig die Begründung des RegE, S. 39.

Durch den Rechtsausschuss wurde nun für das „Schutzschirmverfahren“ im Glauben, dieses sei notwendig, mit § 270b Abs. 3 InsO eine weit schärfere Regelung eingeführt: Danach hat das Insolvenzgericht ohne jede Prüfungsbefugnis dem Schuldner unbeschränkte (!) Masseverbindlichkeitsbegründungskompetenz auf dessen Antrag hin einzuräumen. Die Begründung verweist vergleichend auf die Befugnis des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters oder auf die Möglichkeit, die „Einzelermächtigungsrechtssprechung“ auf den Schuldner anzuwenden. Durch diese überraschende Regelung ist zweierlei bewirkt worden: Zum einen ist nun unklar, da es dieser Regelung ja nicht bedurft hätte, wenn das Vorhergesagte zur „Vorwirkung“ des § 270a Satz 2 i.V.m. § 275 InsO richtig wäre, ob § 275 InsO wirklich im Eröffnungsverfahren mit Eigenverwaltung gilt, und zum anderen, die weit schlimmere Folge, dass nunmehr im Schutzschirmverfahren, evtl. ohne bisher genaue Prüfung des Gerichtes von der Zulässigkeit der Beantragung dieses Verfahrens, der Schuldner völlig unkontrolliert Masseverbindlichkeiten begründen können soll.

→ Eine praxisgerechte Auslegung der Vorschriften des § 270a Abs. 1 Satz 2 InsO und § 270b Abs. 3 InsO ergibt, dass diese harmonisiert werden müssen: Der Schuldner kann auch im Schutzschirmverfahren nur Masseverbindlichkeiten im Rahmen der Geltung des § 275 InsO begründen.

Wird das Verfahren abgebrochen (§ 270b Abs. 3 InsO), ist zur Prüfung der Eröffnungsfähigkeit zunächst immer in eine vorläufige Insolvenzverwaltung überzugehen.

5. Prüfung der Bescheinigung im Schutzschirmverfahren (§ 270b Abs. 2 InsO)

Weiterhin muss im Schutzschirmverfahren die Bescheinigung gem. § 270b Abs. 2 InsO, um einen Missbrauch des Verfahrens zu verhindern, gerichtlich sachverständig überprüft werden können. Zulässigkeitsvoraussetzung für das Verfahren ist gem. Abs. 1, dass der Schuldner nicht zahlungsunfähig ist. Dies ist nur durch eine substantiierte Be-

scheinigung zu belegen. Da weder der RegE⁷⁴ noch die Begründung des Rechtsausschusses klarstellen, was mit dieser „Bescheinigung“ genau gemeint sein könnte,⁷⁵ müssen die Gerichte hier eigene Anforderungen aufstellen.

→ Da Zulässigkeitsvoraussetzungen vom Insolvenzgericht immer gem. § 5 Abs. 1 InsO überprüft werden können, wenn Anlässe zu Zweifeln gegeben sind (z.B. isolierte Gutachtenbeauftragung zur Zuständigkeit),⁷⁶ kann das Gericht auch einen Gutachtauftrag zur Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 270b Abs. 1 Satz 1 InsO erteilen. Zugleich entsteht dadurch die Möglichkeit, Erkenntnisse zur Objektivität des „Bescheinigers“ zu erlangen und mögliche Verbindungen zum vorläufigen Sachwalter, den der Schuldner zur Ernennung „mitbringt“, aufzudecken.⁷⁷

Denn weiterhin ist zu verlangen, dass der „Bescheiniger“, der gem. der Fassung des § 270b Abs. 2 InsO nunmehr „personenverschieden“ vom vorläufigen Sachwalter, den der Schuldner „mitbringen“ darf, sein muss, auch „kanzlei-verschieden“ von diesem sein muss.

→ Die Inhabilitätsvoraussetzungen des § 45 Abs. 3 BRAO sind daher auf die genannten Personen anzuwenden.

V. Fazit

Die neuen Regelungen durch das „ESUG“ bedürfen aufgrund mannigfacher Unklarheiten und handwerklicher Fehler im Gesetzeskonstrukt praxisgerechter Auslegung und Umsetzung. Die Gerichte werden daher nicht nur mit der reinen Anwendung des neuen Rechts, sondern zunächst mit seiner Konturierung zu tun haben.

⁷⁴ In der Begründung heißt es zu der Bescheinigung, diese müsse „kein umfassendes Sanierungsgutachten“ sein, s. S. 40 RegE.

⁷⁵ S. BT-Drucks. 17/7511, S. 50, 51.

⁷⁶ Z.B. zu „Quelle“ *Pluta*, ZInsO 2009, 2188.

⁷⁷ Der RegE hält in der Begründung (dort S. 41) die Vorschrift des § 270b Abs. 2 Satz 3 InsO für ein Verbot der Einsetzung eines Sachverständigen. Da dieses keine Sicherungsmaßnahme ist, ist dies nicht richtig.

Sicherheitenverwertung durch den Insolvenzverwalter: Gefahren und Probleme

von Rechtsanwalt Dr. Philipp Fölsing, Hamburg

Im Insolvenzverfahren ist die freihändige Verwertung von Sicherungsgegenständen durch den Insolvenzverwalter gang und gäbe. Stellt sich die Veräußerung des Unternehmens oder eines Teilbetriebs insgesamt als beste Option dar, ist er zur Gesamtveräußerung verpflichtet. Dennoch sieht die Finanzverwaltung die freihändige Verwertung als umsatzsteuerpflichtige Geschäftsbesorgung für die Sicherungsgläubiger an. Der BFH folgte dem in seiner aktuellen Entscheidung v. 28.7.2011 – VR 28/09, ZInsO 2011, 1904.

I. Sicherheitenverwertung durch den Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter ist gem. § 159 InsO zur Verwertung der Insolvenzmasse verpflichtet. Zur Insolvenzmasse gehören auch Gegenstände, an denen Sicherungsrechte aus Sicherungsabtretung, Globalzession oder Grundschuld

bestehen. Deshalb ordnet § 166 Abs. 1 InsO an, dass der Insolvenzverwalter bewegliche Gegenstände, an denen ein Absonderungsrecht besteht, freihändig verwertet, wenn er sie in seinem Besitz hat. Abgetretene Forderungen zieht er gem. § 166 Abs. 2 InsO ein. Am Verwertungserlös wird die Masse gem. § 171 Abs. 1, 2 InsO mit insgesamt 9 % (4 %