

§ 56 InsO ist keine Ermessensvorschrift

Zur Auslegung des Merkmals der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters auf dieser Basis

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Klaus Siemon, Düsseldorf/Köln

Das ESUG bringt die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters neu in die Diskussion. Das ESUG regelt zwei Fallgruppen, die die Unabhängigkeit nicht beeinträchtigen sollen, ausdrücklich. Zugleich wird der Insolvenzrichter durch die Gesetzesbegründung aber aufgefordert, die Unabhängigkeit des vorgeschlagenen Insolvenzverwalters in besonderer Weise zu prüfen. Es stellt sich die Frage, wie dies in der Eilsituation der Beststellungsentscheidung geschehen soll und in welchem Umfang dies zu erfolgen hat. Ein sinnvolles Ermittlungswerkzeug des Insolvenzrichters könnte ein umfassender Fragebogen sein.

I. Einführung

Das Merkmal der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ist durch die Neuregelungen des ESUG neu in den Fokus der Betrachtungen geraten. Indem Schuldner und/oder Gläubiger den Insolvenzverwalter vorschlagen können und der Gläubigerausschuss ein Vorschlagsrecht bei der Einsetzung des Insolvenzverwalters hat, richtet sich das Interesse naturgemäß in besonderer Weise auf das Merkmal der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. Nach Auffassung des Verfassers zwingt diese Neuausrichtung durch den Gesetzgeber dazu, die rechtsdogmatischen Grundlagen des § 56 InsO stärker als bisher in die Betrachtungen einzubeziehen, denn ein überzeugendes Ergebnis bei der Anwendung des Merkmals der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters wird nur auf einer zutreffenden rechtsdogmatischen Grundlage zu erzielen sein. Bei diesem sensiblen Merkmal ist ein überzeugendes Ergebnis in der Rechtsanwendung für das gesamte Insolvenzverfahren von wichtiger Bedeutung.

Der Verfasser ist der Auffassung, dass § 56 InsO keine Ermessensvorschrift darstellt.¹ Bei dem Merkmal der Unabhängigkeit, wie auch bei den anderen Merkmalen des § 56 InsO, handelt es sich jeweils um unbestimmte Rechtsbegriffe, die durch den Rechtsanwender auszufüllen sind, wobei der Ausfüllung prognostische Elemente immanent sind.² Bisher waren Literatur und Rechtsprechung wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass der Insolvenzrichter eine Auswahl nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen hat.³ Auch der BGH hat in der Entscheidung v. 19.12.2007 noch formuliert, bei der Auswahl räume § 56 Abs. 1 InsO dem Insolvenzrichter ein weites Auswahlermessen ein.⁴ Inzwischen weisen aber viele Verfasser darauf hin, dass dem Richter in § 56 InsO ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, aber ihm kein Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte einbeziehendes Auswahlermessen zusteht.⁵ Zum Inhalt von unbestimmten Rechtsbegriffen im Zivilrecht hat *Stichelbrock* im Jahr 2002 umfassend Stellung genommen.⁶ Die besondere Bedeutung der Ermittlung dieser rechtsdogmatischen Grundlage für die Rechtsanwendung in § 56 InsO besteht darin, dass unbestimmte Rechtsbegriffe durch Fallgruppenbildungen auszufüllen sind.⁷ Die Grenzen dieser unbestimmten Rechtsbegriffe werden nämlich nicht allein durch eine allgemein anerkannte Definition gezogen, sondern insbesondere dadurch, dass bestimmte Einzelfälle unter die Norm subsumiert, andere von ihr ausgenommen werden.⁸ Auf diesem Wege stellt eine Einzelfallentscheidung zugleich eine Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs dar und dient für alle künftigen Entscheidungen als

Beispiel. Auch wenn es in jedem Einzelfall einer eigenen Konkretisierung bedarf, wird durch die von der Rechtsprechung, Praxis und Literatur herausgebildeten „Fallgruppen“ für bestimmte typische Fallkonstellationen der Auslegungsspielraum des Richters immer weiter eingengt.⁹ Inhalte und Grenzen der unbestimmten Rechtsbegriffe werden auf diese Weise immer bestimmter.

In Bezug auf § 56 InsO n.F. hat diese Vorgehensweise den wichtigen Vorteil, dass Praxis und Wissenschaft Fallkonstellationen erarbeiten und vorab durchdenken, auf deren Ergebnis der Insolvenzrichter in der konkreten Beststellungsentscheidung, die immer in einer Eilsituation zu treffen ist, zurückgreifen kann. Das „Zurückgreifenkönnen“ auf vorgedachte Lösungen ist aufgrund der Eilsituation notwendig. In der Kürze der vorhandenen Zeit, unter teilweise massivem Druck von Außen, prasseln in der Bestellsituation eine Vielzahl von Informationen auf den Richter ein, die zu verarbeiten, eine eigene Kunst darstellt.¹⁰ Es kann in dieser Situation dem Insolvenzrichter nicht zugemutet werden, dass er etwa im Internet recherchiert, um die Unabhängigkeit eines vorgeschlagenen Insolvenzverwalters abzuklopfen.¹¹ Wissenschaft und Praxis stehen hier in der Verantwortung, dem Insolvenzrichter ein geeignetes Handwerkszeug zur Überprüfung des Merkmals der Unabhängigkeit zu erarbeiten. Solange dies nicht geschehen ist, sind allzu kritische Äußerungen gegenüber Beststellungsentscheidungen von Insolvenzrichtern nicht zutreffend.

In besonderer Weise wird es die Aufgabe von Rechtsprechung und Literatur sein, diese Fallgruppenbildungen vorzunehmen und herauszuarbeiten, weil der Insolvenzrichter gem. § 56a Abs. 2 InsO n.F. an einen einstimmigen Vorschlag des vorläu-

1 Hierzu mit ausführlicher Begründung *Siemon*, ZInsO 2010, 401 ff.

2 BGH, Beschl. v. 19.12.2007 – IV AR (VZ) 6/07, ZInsO 2008, 207, Rn. 21; ausführlich zur Prognoseentscheidung *Siemon*, ZInsO 2010, 401, 405.

3 *Preuß*, KTS 2005, 155, 157 mit umfangreichen weiteren Nachweisen; so das BVerfG in allen Entscheidungen zu diesem Problemkreis, z.B. BVerfG, Beschl. v. 23.5.2006 – BvR 2530/04, ZInsO 2006, 765.

4 BGH, Beschl. v. 19.12.2007 – IV AR (VZ) 6/07, ZInsO 2008, 207, Rn. 17.

5 *Preuß*, KTS 2005, 155, 157; *ders.*, ZIP 2011, 933, 934; *Siemon*, ZInsO 2010, 401, 403 ff.; *Rechel*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, § 56 Rn. 8; *Frind*, ZInsO Newsletter 8/2011, 2.

6 *Stichelbrock*, Inhalte und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, 2002, S. 117 ff.; in Bezug auf § 56 InsO *Siemon*, ZInsO 2010, 401 ff.

7 Ausführlich *Siemon*, ZInsO 2010, 401, 403.

8 *Stichelbrock* (Fn. 6), S. 135.

9 *Stichelbrock* (Fn. 6), S. 136.

10 Zur Bestellsituation instruktiv *Graeber*, NZI 2002, 345.

11 So geschehen im Fall AG Hamburg – 67g IN 459/11, ZInsO 2011, 2337, 2339.

figen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters gebunden ist, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes geeignet und unabhängig ist. In der Gesetzesbegründung zum ESUG hat der Gesetzgeber in besonderer Weise hervorgehoben, dass das Insolvenzgericht die Unabhängigkeit eines vorgeschlagenen Insolvenzverwalters zu prüfen hat.¹² Es wird dort mitgeteilt, dass die Notwendigkeit der Prüfung der Unabhängigkeit in besonderer Weise dann gegeben ist, wenn der Insolvenzverwalter von einem vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschlagen wird. Diese Prüfung hat einzuschließen, ob die vorgeschlagene Person etwa in einer Anwaltssozietät tätig ist, von denen ein Mitglied den Schuldner im Vorfeld der Insolvenz beraten hat. Ein besonderes Augenmerk ist nach Auffassung des Gesetzgebers auf die Unabhängigkeit des Verwalters auch in den Fällen zu richten, in denen der Vorgeschlagene etwa in einer internationalen Großkanzlei mit Unternehmensberatern tätig ist, die den Schuldner in der Krise beratend begleitet haben.¹³ Ohne Zweifel gelten diese Maßstäbe auch für kleine und mittelständische Kanzleien.

II. Bedeutung des Merkmals der Unabhängigkeit

1. Allgemeine Überlegungen

Die Finanzkrise 2008 hat das Weltwirtschaftssystem in seinen Grundfesten erschüttert. In der Folge haben sich Staaten bis an die Grenzen ihrer Belastbarkeit oder darüber hinaus verschuldet. Das marktwirtschaftliche System hat Schäden erlitten. Immer wieder ist die fehlende Unabhängigkeit der Ratingagenturen als eine von mehreren Ursachen der Finanzkrise genannt worden.¹⁴ Bis heute dauern die Diskussionen über ein System von Abhängigkeiten an, in die die Ratingagenturen verstrickt sind.¹⁵ Diese Diskussionen beleuchten exemplarisch, wie wichtig die Unabhängigkeit von Personen sein kann, die eine zentrale Funktion im Wirtschaftsleben ausfüllen. Das Insolvenzrecht ist ein zentraler Bestandteil des Wirtschaftsprivatrechts.¹⁶ Das Insolvenzrecht regelt das Ausscheiden eines Marktteilnehmers im marktwirtschaftlichen System und regelt heute auch, in welcher Weise ein ursprünglich insolventer Marktteilnehmer am marktwirtschaftlichen System weiter teilnehmen darf. Ein System von Abhängigkeiten in diesem Bereich würde dem marktwirtschaftlichen System Schaden zufügen, aber auch die Qualität des Rechtsstaats bundesrepublikanischer Prägung beeinträchtigen. *Die Qualität eines Rechtsstaats ist kein Produkt,¹⁷ sondern ein Standortvorteil.* Die angelsächsischen Insolvenzrechtssysteme enthalten Garantien, die die Unabhängigkeit und Objektivität der Entscheidungsfindung gewährleisten, die aber in dieser Form im Deutschen Insolvenzrecht nicht vorhanden sind. Der Insolvenzrichter ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gar nicht mehr zuständig. Das Insolvenzgericht kontrolliert zwar den Insolvenzverwalter, ist aber relativ weit von der Entscheidungsfindung entfernt. Anders als in anderen Rechtssystemen ist der Insolvenzverwalterberuf in der Bundesrepublik Deutschland ein Beruf, dem keine staatliche Zulassung vorausgeht. Gravierende Mängel haften dem „Produkt Englisches Insolvenzrecht“ an, weil es zu einem System von Abhängigkeiten geführt hat.¹⁸ Der Sinn und Zweck der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters besteht vor dem Hin-

tergrund der rechtshistorischen Entwicklung eindeutig darin, spezifische Eigeninteressen zurückzudrängen.¹⁹ Im Deutschen Insolvenzrecht ist die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters deshalb ein wichtiger Garant für Objektivität.²⁰

2. Keine Ermessensbindung bei Prüfung der Unabhängigkeit

Das AG Hamburg hat in seiner Entscheidung v. 18.11.2011 darauf abgestellt, dass das Insolvenzgericht das einstimmige Votum eines vorläufigen Gläubigerausschusses bei der Ausübung seines Auswahlermessens zu berücksichtigen habe.²¹ Da § 56 InsO keine Ermessensvorschrift beinhaltet, ist der vom AG Hamburg gewählte Ansatz nicht zutreffend. *In Bezug auf das Merkmal der Unabhängigkeit gibt es keine Bindung des Richters an das Gläubigervotum.*²² Eine solche Bindung lässt sich weder dem Sinn und Zweck des § 56 InsO noch der Systematik entnehmen. Der vom Gesetzgeber in der zitierten Gesetzesbegründung geäußerte Wille spricht ausdrücklich dagegen.²³

3. Unabhängigkeit im Lichte der multipolaren Konfliktlage

Das BVerfG verweist zu Recht darauf, dass die Beststellungsentscheidung des Insolvenzrichters eine multipolare Konfliktlage regelt.²⁴

Die Prüfung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters hat im Lichte dieser multipolaren Konfliktlage zu erfolgen. Das BVerfG hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die für bipolare Rechtsverhältnisse entwickelten Regeln zur Berücksichtigung unterschiedlicher Interessen einer Anpassung an die Besonderheiten der hier gegebenen multipolaren Konfliktlage bedürfen. Diese Anpassung hat insbesondere im Hinblick darauf zu erfolgen, dass die Beststellungsentscheidung nicht nur in die Grundrechte der Gläubiger und des Schuldners aus Art. 14 Abs. 1 GG eingreift,²⁵ sondern auch in die Grundrech-

12 Gesetzesbegr. zum ESUG, BT-Drucks. 17/7511, S. 48 links oben; nach Graeber, NZI 2002, 345 f. hat die Prüfung von Amts wegen zu erfolgen.

13 Gesetzesbegr. zum ESUG, BT-Drucks. 17/7511, S. 48 links oben.

14 Vgl. die umfangreiche Zusammenstellung zur Kritik bei Wikipedia.

15 Spiegel, Bericht v. 17.8.2011 „Roland Berger kritisiert Verflechtung von Ratingriesen“.

16 Uhlenbruck, InsO, § 1 Rn. 2.

17 Zur Produktqualität des Insolvenzrechts Undritz, BB 2011, 1 v. 14.11.2011.

18 NZI 22/2010, X. Stellungnahme des BAKInso e.V. zur Situation des Englischen Insolvenzsystems.

19 Siemon, ZInsO 2011, 381, 383, 384.

20 Aus diesem Grunde ist die Beschränkung des Verwalteramts auf natürliche Personen auch verfassungsgemäß; anders Kleine-Cosack, NZI 2011, 791.

21 AG Hamburg, ZInsO 2011, 2337.

22 So ausdrücklich aktuell Frind, ZInsO Newsletter 1/2012, 2; im Ergebnis bereits sehr eindeutig, ebenso BGH, Beschl. v. 22.4.2004 – IX ZB 154/03, ZInsO 2004, 614; anders Riggert, NZI 2002, 352, 354.

23 Gesetzesbegr. zum ESUG, BT-Drucks. 17/7511, S. 48 links oben.

24 BVerfG, Beschl. v. 23.5.2006 – 1 BvR 2530/04, ZInsO 2006, 765; Überblick bei Siemon, ZInsO 2010, 401, 407.

25 Überblick bei Siemon, ZInsO 2010, 401, 407 sowie ders., ZInsO 2011, 381 ff.

te der Mitbewerber um ein Insolvenzverwalteramt aus Art. 3, 12 GG. Jeder Bewerber um das Insolvenzverwalteramt muss nach Auffassung des BVerfG eine faire Chance erhalten.²⁶

Ein von Gläubigern nicht unabhängiger, *mithin abhängiger Insolvenzverwalter*, greift unverhältnismäßig in die Eigentumsrechte des Schuldners ein.²⁷ Der Vollstreckungszugriff des Staats mithilfe eines vom Gläubiger abhängigen Insolvenzverwalters ist nicht geeignet, ein geordnetes Insolvenzverfahren zu gewährleisten und verstößt deshalb gegen Art. 14 Abs. 1 GG.²⁸ Auch können andere Gläubiger, etwa Kleingläubiger, negativ in ihren Rechten betroffen sein.²⁹ Die Bestellung eines gegenüber dem Schuldner nicht unabhängigen, *mithin vom Schuldner abhängigen Insolvenzverwalters*, ist ebenfalls nicht geeignet, ein geordnetes Insolvenzverfahren zu gewährleisten und verstößt somit gegen Art. 14 Abs. 1 GG. Die Bestellung eines solchen Insolvenzverwalters kann den Vollstreckungszugriff der Gläubiger vereiteln oder schmälern. Die Bestellung eines nicht unabhängigen Insolvenzverwalters ist geeignet, die faire Chance eines jeden Bewerbers um das Insolvenzverwalteramt zu vereiteln und den Bestellungsverfahren insgesamt zu diskreditieren. Die Bestellung eines nicht unabhängigen Insolvenzverwalters ist einem Insolvenzrichter nicht zumutbar, weil ihn dies in ein „juristisches Minenfeld“ führen kann. Mit der Bestellungsentscheidung übernimmt der Insolvenzrichter – zumindest aus Sicht der Verfahrensbeteiligten – eine Mitverantwortung. Der Insolvenzrichter und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens i.d.R. der Rechtspfleger sind für die spätere Überwachung des Insolvenzverwalters verantwortlich.³⁰ Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass es nicht zutreffend ist, aus der Gläubigerautonomie eine Einschränkung des Begriffs der Unabhängigkeit abzuleiten.³¹ Eine solche Einschränkung wegen der Gläubigerautonomie würde der Mehrpolarität des Rechtsverhältnisses nicht gerecht.

Im Ergebnis lässt sich sagen, dass der Eingriff durch die Bestellungsentscheidung in die mehrpolare Konfliktlage eine Güterabwägung der verschiedenen grundrechtlich betroffenen Interessen im Einzelfall erfordert, die die Bestellung eines unabhängigen Insolvenzverwalters notwendig macht.³²

III. Gesetzlich geregelte Fallgruppen des § 56 Abs. 1 InsO³³

Die Bestellungsentscheidung trifft eine Regelung der mehrpolaren Konfliktlage. Deshalb hat die Prüfung der Unabhängigkeit auch in dieser Mehrpolarität zu erfolgen.³⁴ Nach Auffassung des Verfassers ist deshalb die Überprüfung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters im Verhältnis zum Vorschlagenden, zum Antragsteller, zu den Gläubigern und zum Schuldner in jedem Fall notwendig.³⁵

Der Gesetzgeber des ESUG regelt zwei Fallgruppen in Bezug auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters in § 56 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO n.F. ausdrücklich. Danach ist die erforderliche Unabhängigkeit nicht ausgeschlossen, wenn der Insolvenzverwalter vom Schuldner oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist. Zum Zweiten ist die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters nicht ausgeschlos-

sen, wenn er den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.

1. Allgemeine Beratung über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens

Der Gegensatz zur allgemeinen Beratung ist die konkrete Beratung. Daraus lässt sich die Definition für die durch § 56 Abs. 1 Nr. 2 InsO n.F. geregelte Fallgruppe ableiten. Die erforderliche Unabhängigkeit ist nicht mehr gegeben, wenn der Vorgeschlagene vor dem Eröffnungsantrag in konkreter Form über den Ablauf dieses konkreten Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat. Die Beratung ist konkret, sobald Fragen zum betroffenen Sachverhalt oder zur Rechtslage beantwortet werden. Der Grad, auf dem sich die Beteiligten hier bewegen, ist sehr schmal. Konkret ist die Beratung in jedem Fall, wenn der Beratende z.B. zum konkreten Vorliegen von Anfechtungstatbeständen Stellung nimmt oder die Stellung eines Gesellschafters im Insolvenzverfahren konkret besprochen wird. Aber auch die allgemeine Beratung über eine spezifische Rechtsform, z.B. die britische Ltd., und deren Situation im allgemeinen Insolvenzverfahren, geht bereits über die allgemeine Beratung gem. § 56 Abs. 1 Nr. 2 InsO hinaus. In diversen Entscheidungen ist ausgeführt worden, dass den Insolvenzverwalter umfangreiche Offenbarungspflichten für entsprechende, entscheidungsrelevante Tatbestände treffen.³⁶ Daraus folgt, dass das Insolvenzgericht selbstverständlich berechtigt ist, dezidiert nach Sachverhalten dieser Art zu fragen, etwa durch Aufstellung eines Fragebogens. Für den Beratenden folgt aus dieser Rechtsprechung, dass das Beratungsgespräch dezidiert zu dokumentieren ist. An diese Dokumentation werden hohe Anforderungen zu stellen sein. Zu Recht weist nämlich *Römermann* darauf hin, dass in seiner langjährigen Tätigkeit als Anwalt noch kein Fall bekannt geworden sei, in dem der Mandant nach einer „allgemeinen“ Beratung gefragt hätte; gewünscht sei immer eine konkrete, individuelle und spezielle Auskunft zum unterbreiteten Lebenssachverhalt gewesen.³⁷

2. Der unredliche Vorschlag

Der Gesetzgeber regelt in § 56 Abs. 1 Nr. 1 InsO n.F. die Fallgruppe, dass die erforderliche Unabhängigkeit nicht aus-

26 BVerfG, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00, ZInsO 2004, 913.

27 Vgl. *Haarmeyer*, ZInsO 2011, 1722.

28 Dazu *Siemon*, ZInsO 2011, 381, 383 ff.

29 *Haarmeyer*, ZInsO 2011, 2316.

30 Zur Entscheidungsfreiheit des Insolvenzrichters nach dem ursprünglichen RefE *Siemon*, ZInsO 2011, 381, 384, 385.

31 So aber *Riggert*, NZI 2002, 352, 354.

32 Anders z.T. *Graeber*, NZI 2002, 345 f., der die Befangenheitsregeln aus § 42 ZPO anwendet.

33 Zu Gründen, die die Unabhängigkeit nach alter Rechtslage beeinträchtigen, umfassend *Uhlenbruck* (Fn. 16), § 56 Rn. 26 ff.; *Graeber*, NZI 2002, 345 f.; Berufsgrundsätze des VID.

34 Selbst Regularien können diese Prüfung nicht ersetzen. Umfassend zum Einfluss von Selbstregularien *Frind*, NZI 2011, 785 f.

35 Sehr instruktiv zum Problem *Römermann/Praß*, ZInsO 2011, 1576 f.

36 BGH, Urt. v. 24.1.1991, NJW 1991, 982 = JurionRS 1991, 14521; BGH, Urt. v. 6.5.2004 – IX ZB 349/02, ZInsO 2004, 669, 671; OLG Celle, Beschl. v. 23.2.2001 – 2 W 41/01, ZInsO 2001, 755.

37 *Römermann/Praß*, ZInsO 2011, 1576, 1577.

geschlossen wird, wenn die Person vom Schuldner oder vom Gläubiger vorgeschlagen worden ist. Der Gesetzgeber selbst fordert aber den Insolvenzrichter in der Gesetzesbegründung zur besonderen Prüfung auf, wenn ein entsprechender Vorschlag erfolgt. Es stellt sich deshalb die Frage, wann ein Vorschlag die erforderliche Unabhängigkeit beeinträchtigt. Der Verfasser ist der Auffassung, dass ein *unredlicher Vorschlag* die erforderliche Unabhängigkeit ausschließt. Ein Vorschlag ist unredlich, wenn er auf sachwidrigen Umständen beruht oder zumindest durch sachwidrige Umstände überlagert wird. Ein klassischer Fall für diese Fallgruppe könnte etwa sein, dass der Vorschlagende den Vorschlag gegenüber dem Vorgesetzten an eine Vergütungsabrede knüpft. Vergütungsabreden aller Art, auch nicht vermögensrechtlicher Natur, die in Zusammenhang mit dem Vorschlag stehen, sollten unter der Fallgruppe unredlicher Vorschlag nicht zulässig sein. Ein solchermaßen unredlicher Vorschlag gefährdet das Vertrauen in die Gesetzmäßigkeit des Handelns der Verfahrensbeteiligten und gefährdet deshalb das Ziel, nämlich die Durchführung eines geordneten Insolvenzverfahrens.

Die Relevanz weiterer Fallkonstellationen ist zu diskutieren, etwa der Vorschlag eines Gläubigers, der mit der Inaussichtstellung eines Massekredits verbunden wird. Grds. kann die Gewährung eines Massekredits im Verfahren sehr nützlich und verfahrensgemessen sein. Klar ist aber auch, dass ein Gläubiger mit der Inaussichtstellung eines Massekredits das Verfahren wesentlich lenken kann. Der Vorschlag wird im Einzelfall sehr genau zu prüfen sein. Bedenken könnten sich insbesondere ergeben, wenn der Gläubiger zum wiederholten Male den Massekredit mit dem Vorschlag verknüpft. Es ist i.Ü. darauf zu verweisen, dass es inzwischen Bankinstitute gibt, die außerhalb einer Beteiligung am konkreten Insolvenzverfahren zur Gewährung von Massekrediten bereit sind.

3. Die ausdrücklich nicht geregelten Fallkonstellationen

Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat eine im ursprünglichen RegE zum ESUG enthaltene Regelung gestrichen und das ESUG wurde ohne diesen gestrichenen Teil Gesetz.³⁸ Nach der im RegE enthaltenen Regelung sollte die Unabhängigkeit nicht durch die Erstellung eines Insolvenzplans ausgeschlossen sein, wenn sie unter Einbindung von Schuldner und Gläubigern erfolgt wäre. Durch die Streichung dieser Fallkonstellation ist jetzt davon auszugehen, dass jegliche Beteiligung an einer Insolvenzplanerstellung zum Ausschluss der Unabhängigkeit für das Insolvenzverwalteramt führt.³⁹ *Dieses Ergebnis kann ein Gläubigerausschuss nicht gem. § 56a Abs. 2, 3 InsO n.F. korrigieren.*⁴⁰ Die Auffassung, der Gläubigerausschuss könne durch sein Votum über § 56a Abs. 2, 3 InsO n.F. den Planersteller zum Insolvenzverwalter bestellen, findet im Gesetz keine Stütze. In Bezug auf das Merkmal der Unabhängigkeit gibt es keine Bindung des Insolvenzrichters an das Gläubigervotum. Schon 2004 hatte der BGH entschieden, dass selbst die 1. Gläubigerversammlung einen nicht unabhängigen Insolvenzverwalter *nicht* in das Amt wählen kann.⁴¹ Das Insolvenzgericht hätte die Bestellung zu versa-

gen. Gleiches gilt für den Fall, dass gem. § 56a Abs. 3 InsO n.F. der Planersteller durch den vorläufigen Gläubigerausschuss in das Amt gewählt werden würde. Das Insolvenzgericht müsste auch insoweit die Bestellung versagen.

Zweifelhaft kann dieses Ergebnis allenfalls deshalb sein, weil in der Gesetzesbegründung zur Streichung des alten, ehemals vorgesehenen § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 ausgeführt wird, dass das Anliegen einer stärkeren Planbarkeit des Verfahrens dadurch realisiert werden könne, dass der Planersteller durch einstimmigen Beschluss des Gläubigerausschusses zum Insolvenzverwalter vorgeschlagen werden könne.⁴² Wenige Sätze vorher wird die Streichung der Vorschrift aber damit begründet, es solle auch nur der Anschein einer Parteilichkeit des Insolvenzverwalters vermieden werden. Es zeigt sich, dass die Gesetzesbegründung nicht in jeder Hinsicht stringent ist. Die dort geäußerte Auffassung, der nicht unabhängige Planersteller könne zum Insolvenzverwalter vorgeschlagen werden, beruht auf einem Subsumtionsfehler, der wesentlich darauf zurückgeht, dass die rechtsdogmatischen Grundlagen des § 56 InsO nicht ausreichend erfasst werden. § 56 InsO ist keine Ermessensvorschrift und das Gläubigervotum kann das Merkmal der Unabhängigkeit nicht aushebeln. Das Insolvenzgericht kann nur bei Vorliegen der Unabhängigkeit der zu bestellenden Person einen Vorgesetzten in das Insolvenzverwalteramt bestellen. Dies ist letztendlich der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers.⁴³ Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat. Der *Wille des Gesetzgebers* ist der im Gesetz objektivierte Wille.⁴⁴ Die auf einem Subsumtionsfehler beruhende Ausführung in der Gesetzesbegründung, wonach der Planersteller zum Insolvenzverwalter vorgeschlagen werden könne, hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Das Merkmal der Unabhängigkeit ist eigenständig Prüfungsgegenstand der Prüfungen des Insolvenzrichters, bei der ihm kein Ermessen zusteht.

IV. Ergebnis

§ 56 InsO ist keine Ermessensvorschrift. Das Merkmal der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ist vom Insolvenzrichter ohne Ermessensbindung zu prüfen. Ein einstimmiges Gläubigervotum ersetzt diese Prüfung nicht. Die Prüfung der Unabhängigkeit hat im Lichte der multipolaren Konfliktlage zu erfolgen. Ein Vorschlag, der unredlich ist, ist nicht zulässig und führt zum Ausschluss der Unabhängigkeit.

38 Dazu *Frind*, ZInsO Newsletter 1/2012, 2; *Willemsen/Rechel*, BB 2012, 203, 204.

39 Ebenso *Frind*, ZInsO Newsletter 1/2012, 2 und *Willemsen/Rechel*, BB 2012, 203, 204.

40 So aber ausdrücklich anders *Willemsen/Rechel*, BB 2012, 204, 204.

41 BGH, Beschl. v. 22.4.2004 – IX ZB 154/03, ZInsO 2004, 614.

42 Gesetzesbegr. zum ESUG, BT-Drucks. 17/7511, S. 47 links Mitte.

43 Dazu umfassend *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 137 ff.; BVerfGE 11, 126, 130, 131; auch BVerfGE 6, 389, 431 sowie 41, 291, 309.

44 Wie Fn. 43.