

Ein Verlust der richterlichen Entscheidungsfreiheit des Insolvenzrichters und der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters verstößt gegen Art. 14 GG

Ein fragwürdiger Paradigmenwechsel in § 56 InsO soll die Sanierungserfolge erhöhen

von Rechtsanwalt Klaus Siemon, Düsseldorf

Der RefE zum Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) will das Verfahren zur Bestellung des Insolvenzverwalters neu regeln. Der nachfolgende Beitrag befasst sich kritisch damit und geht zunächst auf die rechtsdogmatischen Grundlagen des § 56 InsO ein. Ausführlich wird erörtert, ob die Gesetzesbegründung die vorgeschlagenen Regelungen trägt. Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und der Eingriff in die richterliche Entscheidungsfreiheit des Insolvenzrichters werden untersucht. Ein Beispielsfall aus der Praxis soll die potenziellen Gefahren des vorliegenden Entwurfs aufzeigen.

I. Rechtsdogmatische Grundlagen des § 56 InsO

Das Insolvenzverfahren regelt den Vollstreckungszugriff des Staats auf das schuldnerische Vermögen. Dies ist in § 1 InsO geregelt. In diesem Sinne handelt es sich um ein

Gesamtvollstreckungsverfahren, in dem der Staat das Prioritätsprinzip ausschaltet und durch das Prinzip der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger ersetzt.¹ Der „Krieg

¹ Uhlenbruck, InsO, § 1 Rn. 2.

alle gegen alle“ wird beendet und durch den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung ersetzt.² Die gesetzlichen Vorschriften, die die Verfahrenstypen, Liquidation, fortführende oder übertragende Sanierung, Insolvenzplanverfahren und Restschuldbefreiungsverfahren regeln, bilden das Insolvenzrecht. Das BVerfG erkennt an, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des Insolvenzverfahrens in die grundrechtliche Gewährleistung der Eigentumsrechte des Gläubigers eingreift. Gerade aus diesem Grunde ist vorrangiger Zweck des Insolvenzverfahrens die bestmögliche Befriedigung der Forderungen der Gläubiger, die auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung als private Vermögenswerte von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt werden.³ Das BVerfG verweist darauf, dass auch die Interessen des Schuldners eine Rolle spielen, weil die InsO nicht nur die Verwertung seines Vermögens, sondern auch die Möglichkeit einer Entscheidung für den Erhalt eines Unternehmens des Schuldners vorsieht und außerdem es für natürliche Personen die Möglichkeit gibt, die Restschuldbefreiung zu erlangen. Soweit der Erhalt eines Unternehmens in der Hand des Schuldners infrage steht, sind die Eigentumspositionen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG betroffen. Aus Gründen eines angemessenen Schuldnerschutzes ist auch das Sozialstaatsprinzip berührt.⁴

In Bezug auf § 56 InsO, der die Bestellung des Insolvenzverwalters normiert und den das ESUG nunmehr neu regeln möchte, führt das BVerfG aus, dass § 56 InsO nicht zu dem Zweck geschaffen worden ist, Insolvenzverwaltern die berufliche Betätigung zu ermöglichen. § 56 dient der sachgerechten Durchführung des Insolvenzverfahrens und damit der Wahrung der Interessen der Gläubiger sowie auch des Schuldners.⁵ Das BVerfG verweist auf die multipolare Konfliktlage, in die die Bestellungsentscheidung des Insolvenzrichters eingreift.⁶ Aus diesen Grundsätzen lässt sich ableiten, dass die multipolare Konfliktlage, in die die Bestellung des Insolvenzverwalters eingreift, die Berücksichtigung der jeweiligen Vor- und Nachteile bei der Verwirklichung der verschiedenen betroffenen Rechtsgüter in ihrer Gesamtheit erfordert. Es muss im Rahmen der Bestellungsentscheidung mit anderen Worten eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter stattfinden.⁷

Das BVerfG verweist insbesondere auch darauf, dass die Ausgestaltung des Verfahrensrechts beachten muss, dass die Bestellungsentscheidung den dargestellten Grundrechtseingriff vollzieht.

Das ESUG regelt den § 56 InsO neu und enthält insbesondere Regelungen zum Tatbestandsmerkmal der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. Das Merkmal der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters hat in Deutschland eine lange Tradition. Schon zu Zeiten der KO v. 10.2.1877 war anerkannt, dass der Konkursverwalter eine von Gläubiger und Schuldner unabhängige Person zu sein hat.⁸ In § 78 KO war dieses Tatbestandsmerkmal nicht geregelt, wenngleich die Unabhängigkeit des Konkursverwalters als Erfordernis allgemein anerkannt war. In § 38 VerglO ist die Unabhängigkeit des Vergleichsverwalters von Gläubiger und Schuldner ausdrücklich geregelt gewesen. § 56 InsO hat dies aufge-

nommen und die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters von Gläubiger und Schuldner ausdrücklich geregelt. Da der Insolvenz-(Konkurs-)Verwalter tragende Funktionen im Insolvenzverfahren auszuüben hat und er von Gläubiger und Schuldner unabhängig sein soll, folgt aus dem Merkmal der Unabhängigkeit, dass es im Insolvenzverfahren nicht auf die Verwirklichung der *individuellen* Gläubigerinteressen, sondern auf *objektivierte* Gläubigerinteressen ankommt, nämlich solche, die der Verwirklichung der Verfahrensziele aus §§ 1 und 156, 157 InsO dienen.

Die durch das ESUG vorgesehene Einschränkung des Merkmals der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters stellt vor diesem Hintergrund einen *Paradigmenwechsel* dar. Ein Insolvenzverwalter, der auf Vorschlag eines individuellen Gläubigers in das Amt kommt, ist diesen individuellen Gläubigerinteressen faktisch verpflichtet. Eine „Planung der Insolvenz“ durch Insolvenzverwalter, Schuldner und/oder Gläubiger vor Insolvenzantragstellung bindet den Insolvenzverwalter und macht ihn zum Vollstrecker der individuellen Interessen der Vorschlagenden und Planenden. Die Regelungen des ESUG beinhalten deshalb eine klare Absage daran, dass sich das Verfahren an den objektivierten Gläubigerinteressen auszurichten hat.

II. Gesetzesbegründung trägt nicht

Die Begründung des RefE für ein ESUG leitet aus Einzelfällen ab, dass der Sanierungsstandort Deutschland in der Diskussion sei und diese Einzelfälle den Blick für die Schwächen des geltenden Rechts geschärft haben. In Einzelfällen sei nämlich der Sitz von Unternehmen von Deutschland nach England verlegt worden, weil das englische Recht in Bezug auf die Sanierung von Unternehmen vorteilhafter erschiene. Das deutsche Recht sei für Sanierungen weniger geeignet, weil der Ablauf eines deutschen Insolvenzverfahrens für Schuldner und Gläubiger nicht berechenbar sei und man keinen Einfluss auf die Auswahl des Insolvenzverwalters nehmen könne.

Diese Gesetzesbegründung trägt nicht. Es ist nicht überzeugend, dass Einzelfälle, in denen der Sitz eines Unternehmens nach England verlegt worden ist, zur Leitlinie des Handelns des bundesdeutschen Gesetzgebers gemacht werden sollen. Es gibt auch sehr kritische Stellungnahmen gegenüber dem Insolvenzrecht in dem Vereinigten Königreich.⁹ Der BAKinso e.V. verweist auf eine aktuelle Studie v. Juni 2010 des Office of Fair Trading. Diese britische Be-

2 Uhlenbruck (Fn. 1), § 1 Rn. 2.

3 BVerfG, Beschl. v. 27.6.2005 – 1 BvR 114/05 sowie BVerfG, Beschl. v. 23.5.2006 – 1 BvR 2530/04, ZInsO 2006, 765.

4 BVerfG, Beschl. v. 22.9.2005 – 1 BvR 9/05 sowie BVerfG, Beschl. v. 23.5.2006 – 1 BvR 2530/04, ZInsO 2006, 765.

5 BVerfG, Beschl. v. 23.5.2006 – 1 BvR 2530/04, ZInsO 2006, 765, Ifd. Nr. 30.

6 BVerfG, Beschl. v. 23.5.2006 – 1 BvR 2530/04, ZInsO 2006, 765, Ifd. Nr. 40.

7 Siemon, ZInsO 2010, 401, 407.

8 Külger, KO, § 78 Anm. 1.

9 NZI 22/2010, X, Stellungnahme des BAKinso e.V. zur Situation des englischen Insolvenzsystems.

hörde ist nicht von einer Steuerung seitens der Exekutive abhängig. Sie berichtet direkt der Legislative in England.¹⁰ Die dort mitgeteilten Ergebnisse sollten alarmieren und es ist schwer verständlich, dass der RefE in der Begründung so schwach bleibt, obwohl die Ergebnisse der Studie des Office of Fair Trading bereits bekannt gewesen sind. Zusammengefasst lassen sich die Ergebnisse dahin gehend interpretieren, dass das englische System der beruflichen Verquickung von beratender und verwaltender Tätigkeit im Insolvenzbereich nebst faktischem Einsetzungsrecht des Verwalters durch die Hauptgläubiger im Insolvenzfall zu einer starken Abhängigkeit des Insolvenzverwalters von den Banken geführt hat. Es überrascht nicht wirklich, dass die englischen Insolvenzverwalter in ihren Bemühungen, an Mandate zu kommen, enge Beziehungen zu den (vorschlagenden) Banken unterhalten und darum konkurrieren. Die Studie verweist an verschiedenen Stellen auf die fatalen Auswirkungen dieser Abhängigkeit der englischen Verwalterschaft. Die ungesicherten Gläubiger gehen bei der Kontrolle und dem Einfluss auf das Verfahren weitgehend leer aus. Eine äußere Kontrolle der Insolvenzabwicklung durch ein unabhängiges Organ findet faktisch nicht statt. Das Kontrollsystem wird als zu schwach angesehen.¹¹

In einer Untersuchung von Prof. Dr. Eidenmüller und anderen wird als zentrales Ergebnis der Untersuchung festgestellt, dass der Wettbewerb in Europa um den geeigneten Sanierungsstandort geringer ist, als es die Prominenz einzelner Fälle und die Diskussion der Fachöffentlichkeit indizieren mögen.¹²

Ebenso wenig reicht die fehlende „Planbarkeit der Insolvenz“ zur Begründung des dargestellten *Paradigmenwechsels* aus. Es erscheint sehr fraglich, ob eine fehlende Planbarkeit der Insolvenz tatsächlich ein Hindernis bei der Sanierung sein kann. Das BMJ verwendet hier Argumente der Beratungsindustrie. Es ist i.Ü. durchaus so, dass die „Planung einer Insolvenz“ in der breiten Öffentlichkeit regelmäßig mit einem erheblichen Misstrauen gesehen wird. Nicht selten haftet der „Planung einer Insolvenz“ nach Meinung einer breiten Öffentlichkeit etwas Verwerfliches an. Für die Geschäftsleitung eines Unternehmens ist der Verlust der Verfügungsbefugnis, welche durch die Insolvenz eintritt, das gravierendste Hindernis für eine Insolvenzantragstellung. Die Geschäftsleitung muss dann darauf vertrauen können, dass eine qualifizierte Person als Verwalter sich der Sache annimmt, die den Zielen der InsO unabhängig verpflichtet ist. Wenn es insoweit Defizite bei den Verwaltern geben sollte, die der RefE aber nicht darlegt, dann wären Regelungen zu finden, die die Qualität des unabhängigen Verwalters verbessern.

Insbesondere erkennt die Gesetzesbegründung nicht, dass die deutsche Lösung der Verwalterernennung durch das Gericht und der nachfolgenden Korrekturmöglichkeit durch die Gläubigerversammlung einen rechtshistorischen Kompromiss darstellt.¹³ Die rechtshistorischen Entwicklungen und die daraus sich ergebenden Schlussfolgerungen werden durch die Gesetzesbegründung überhaupt nicht aufgearbeitet. Letztendlich kommt in der Regelung, dass der

Insolvenzverwalter eine von Schuldner und Gläubiger unabhängige Person zu sein hat, eine lange Rechtstradition in Deutschland zum Ausdruck. Es gelingt den Verfassern der Begründung des RefE nicht, die Notwendigkeit der Aufgabe dieser Rechtstradition darzulegen.

Die Begründung des ESUG enthält keinerlei Überlegungen zur rechtsdogmatischen Einordnung der vorgesehenen Regelungen, was ebenfalls mit Nachdruck zu beanstanden ist.

III. Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters nach der noch geltenden InsO v. 1.1.1999 hat verschiedene Bausteine. Zum einen ist in § 56 InsO die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters von Gläubiger und Schuldner ausdrücklich geregelt. Der Insolvenzverwalter wird von einem Insolvenzrichter bestellt, der an das Gesetz gebunden ist und dem die InsO die Vorgabe macht, dass eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und unabhängige natürliche Person zu bestellen ist. Die darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe hat der Insolvenzrichter auszufüllen.¹⁴ Ist der Insolvenzverwalter durch den Insolvenzrichter auf diesem Wege bestellt worden, kann der Insolvenzverwalter bei pflichtgemäßem Verhalten erst im Berichtstermin durch die erste Gläubigerversammlung abberufen werden. Damit hat sich das deutsche Insolvenzrecht für eine Lösung der Verwalterernennung durch das Insolvenzgericht und der nachfolgenden Korrekturmöglichkeit durch die Gläubigerversammlung entschieden. *Braun* hat dargelegt, dass es sich insoweit um einen rechtshistorischen Kompromiss handelt.¹⁵ *Uhlenbruck* hatte bereits in früheren Jahren dargestellt, dass der Verwalter durch das Konkursgericht ernannt wurde, zuvor jedoch eine Wahl vonseiten der Gläubiger zu veranlassen war und die Stimmenmehrheit berücksichtigt werden sollte. Nur dann, wenn sich die Gläubiger zu keinem Beschluss durchringen konnten, sei es dem Richter gestattet gewesen, selbst den Kurator zu ernennen.¹⁶ Es zeigt sich also, dass schon in früheren Zeiten Regelungen geprüft und durchdacht worden sind, die dem ziemlich nahe kommen, was das ESUG nunmehr vorlegt und die dann aber verworfen worden sind. Ergebnis dieser Entwicklung ist der heute geltende rechtshistorische Kompromiss.

Versucht man zu ergründen, warum die deutsche Lösung der Verwalterernennung durch das Gericht und der nachfolgenden Korrekturmöglichkeit durch die Gläubigerversammlung in diesem rechtshistorischen Kompromiss mündeten, dann ergibt sich, dass schon im 19. und 20. Jahrhundert immer

10 NZI 22/2010, X, Stellungnahme des BAKInso e.V. zur Situation des englischen Insolvenzsystems.

11 NZI 22/2010, X, Stellungnahme des BAKInso e.V. zur Situation des englischen Insolvenzsystems.

12 *Eidenmüller/Frobenius/Prusko*, NZI 2010, 545, 546.

13 *Braun*, FS Uhlenbruck, 2000, S. 478 m.w.N.

14 Hierzu ausführlich *Siemon*, ZInsO 2010, 401 ff.

15 *Braun* (Fn. 13), S. 478.

16 *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229, 238 ff.

wieder betont wurde, jeder Gläubiger oder jede Gläubigergruppe verfolge im Rahmen eines Insolvenzverfahrens spezifische Eigeninteressen.¹⁷ Es bildete sich die Rechtsüberzeugung, dass diese Eigeninteressen zurückzudrängen seien und dafür ein von Gläubiger und Schuldner unabhängiger Insolvenzverwalter notwendig sei.

Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, welchem Sinn und Zweck die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters denn dient und ob das Ziel des Gesetzentwurfs, die Sanierungserfolge zu erhöhen, durch eine Einschränkung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters tatsächlich erreicht werden kann. Der Sinn und Zweck der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters besteht vor dem Hintergrund der rechtshistorischen Entwicklung eindeutig darin, spezifische Eigeninteressen zurückzudrängen. Natürlich handelt der Insolvenzverwalter im Interesse der Gläubiger. Wenn er jedoch unabhängig handelt, dann hat er nicht das Interesse eines einzelnen Gläubigers im Auge, sondern das Interesse der Gesamtgläubigerschaft. Ein unabhängiger Insolvenzverwalter macht sich im Verfahren keine Gedanken darüber, ob er im nächsten Fall erneut vorgeschlagen wird. Seine Leitlinie sollte sein, den Fall im Sinne des Gesetzes gut zu lösen. Ein unabhängiger Insolvenzverwalter wird versuchen, den vorliegenden Fall so zu lösen, wie das Gesetz es ihm in §§ 1 und 156, 157 InsO vorgibt. Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters am ehesten geeignet ist, den Verfahrenszielen der InsO zu dienen.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt die Eignung des Eingriffsmittels, hier die Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, zur Förderung des angestrebten Zwecks, nämlich die Erhöhung des Sanierungserfolgs. Der Gesetzentwurf will die Sanierungserfolge erhöhen und rechtfertigt damit den Eingriff in die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. Es stellt sich die Frage, ob die Förderung der individuellen Gläubigerinteressen geeignet ist, den angestrebten Zweck, nämlich die Sanierungserfolge zu erhöhen, erreichen kann. Einen Nachweis dafür, dass die Förderung der individuellen Gläubigerinteressen die Sanierungserfolge erhöht, liefert die Gesetzesbegründung nicht. Es erscheint auch sehr fraglich, dass dieser Nachweis geführt werden kann. Die einzelnen Gläubiger im Insolvenzverfahren verfolgen zunächst einmal ihre eigenen Interessen. Die Begründung zum Gesetzentwurf lässt nicht erkennen, warum sich dies in einer Verbesserung des Sanierungserfolgs niederschlagen soll. Es wäre doch z.B. notwendig darzulegen, dass etwa die Gläubiger ein höheres Know-how für die Sanierung eines Unternehmens haben, als dies es nach der bisherigen Gesetzeslage bei einem unabhängigen Insolvenzverwalter der Fall gewesen wäre. Entsprechende Darlegungen fehlen in der Gesetzesbegründung. Auf der Grundlage des ESUG ist der Eingriff in die dargestellten Rechte der Verfahrensbeteiligten aus Art. 14 GG deshalb nicht verhältnismäßig.

Die Gestaltung der multipolaren Konfliktlage, die durch die Beststellungsentscheidung erfolgt, lässt es zudem als nicht

sachgerecht und nicht geeignet erscheinen, den individuellen Gläubigerinteressen bei der Gestaltung dieser multipolaren Konfliktlage den Vorzug zu geben. Eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter vor der Beststellungsentscheidung kann auf dem vom ESUG vorgeschlagenen Wege nicht gelingen. Diese Abwägung setzt eine Instanz voraus, die „unabhängig abwägt“, mithin einen Richter. Nicht geeignet sind die vorgeschlagenen Regelungen des ESUG insbesondere aber auch zusätzlich deshalb, weil diese Regelungen andere Verfahrensziele gefährden. Die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung, dem etwa das Anfechtungsrecht dient, erfährt durch die Regelungen des ESUG eine beträchtliche Einschränkung. Ein Verwalter, der auf vorgeschlagenem Wege ins Amt gelangt, tut sich sehr schwer damit, die ihn vorschlagenden Gläubiger mittels Anfechtung in Anspruch zu nehmen.

Das angestrebte Ziel der Verbesserung der Sanierungserfolge wird wesentlich geeigneter durch Maßnahmen gefördert, die die Bedingungen der Sanierung verbessern. Solche Maßnahmen sind zum einen die Verbesserung der Qualifizierung der Verfahrensbeteiligten. Zu den geeigneten Maßnahmen gehören auch solche, die die Fortführung eines Geschäftsbetriebs fördern. Die Fortführung eines Geschäftsbetriebs ist unerlässliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Sanierung. Eine wesentliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Fortführung eines Geschäftsbetriebs sind liquiditätsschaffende Maßnahmen. Dazu gehört etwa das Insolvenzgeld. Gerade im Bereich der Liquidität hat der Gesetzgeber mit der Neuschaffung des § 55 Abs. 4 InsO aber eine Maßnahme gesetzt, die die Liquiditätssituation der Masse verschlechtert. Angesprochen sind damit die Regelungen, die die Ansprüche der Finanzverwaltung aus dem Insolvenzantragsverfahren zu Masseverbindlichkeiten erheben. Es lassen sich eine ganze Reihe weiterer Maßnahmen denken, die wesentlich geeigneter den Sanierungserfolg fördern, als die Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters.

Die Einschränkungen der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters sind eindeutig abzulehnen.¹⁸ Die Einschränkungen begegnen insbesondere aber auch Bedenken im Hinblick auf Art. 14 GG. Die grundrechtsrelevante Gestaltung der mehrpolaren Konfliktlage durch die Beststellungsentscheidung ist durch das Gewährenlassen individueller Gläubigerinteressen nicht möglich. Der Eingriff ist unverhältnismäßig, da der Verlust der Unabhängigkeit des Verwalters zur Erreichung der angestrebten Ziele nicht geeignet ist.

IV. Entscheidungsfreiheit des Insolvenzrichters

Das ESUG will die Entscheidungsfreiheit des Insolvenzrichters bei der Bestellung des Insolvenzverwalters einschränken. Der Insolvenzrichter soll an ein einstimmiges Votum eines vorläufigen Gläubigerausschusses gebunden

¹⁷ Braun (Fn. 13), S. 479.

¹⁸ Ebenso Frind, NZI 2010, 705, 708.

sein und soll von einem einstimmigen Vorschlag nur abweichen dürfen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Ein entsprechender Beschluss ist durch den Insolvenzrichter mit Gründen zu versehen. Außerdem hat das Gericht bei der Auswahl des Verwalters die vom vorläufigen Gläubigerausschuss beschlossenen Anforderungen an die Person des Verwalters zugrunde zu legen.

Diese Regelungen begegnen grundsätzlichen rechtsstaatlichen Bedenken. Ein Insolvenzrichter soll an die nicht im Gesetz geregelten Vorgaben eines im Regelfall äußerst vielfältige Interessen verfolgenden Gläubigerausschusses gebunden sein. Diese Regelung entzieht dem Richter seine Entscheidungsfreiheit und lässt ihn für etwas verantwortlich zeichnen, für das er im Innenverhältnis nicht verantwortlich ist. Der Richter wird damit dazu missbraucht, einem Vorgang, der auf klarer Interessenverfolgung beruht, einen rechtsstaatlichen Anstrich zu geben. Dies entspricht nicht dem Rechtsstaatsprinzip.

Ein Richter ist an Recht und Gesetz gebunden. Einen Richter an die Vorgaben eines Gläubigerausschusses zu binden, der die unterschiedlichsten individuellen Interessen verfolgen kann, verstößt deshalb gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Die Abweichungsbefugnis des Richters von den Vorgaben des vorläufigen Gläubigerausschusses ist nicht hinreichend. Er kann den Vorgeschlagenen nur ablehnen, wenn er nicht geeignet ist. Nach dem RefE könnte der Insolvenzrichter einem von ihm als nicht unabhängig erkannten Insolvenzverwalter nicht die Bestellung versagen. Da der Richter aber zugleich für die Bestellung und die spätere Überwachung dieser Person verantwortlich ist, zeigt sich, dass auch für den Insolvenzrichter persönlich diese Vorgaben nicht rechtsstaatskonform sein können. Die Regelungen des RefE drücken ein tiefes Misstrauen gegenüber der richterlichen Unabhängigkeit aus. Der Richter wird als ein Hindernis empfunden. Er wird als störend wahrgenommen, der damit „bestraft“ wird, dass er seine Bestellungsentscheidung zu begründen hat, wenn er dem Votum der Gläubiger nicht folgt. Die Verfasser des RefE lassen ein merkwürdiges Verständnis von Rechtsstaat erkennen. Dass der Entwurf aus dem Hause der Bundesjustizministerin stammt, verbessert die Sachlage nicht. Ehrlicher wäre es in solch einer Konstellation, einen Verwaltungsbeamten für diese Aufgabenerledigungen einzusetzen, wie dies etwa in Italien der Fall ist.

Art. 14 GG wird ebenfalls durch den RefE verletzt. Der Eingriff der Bestellungsentscheidung in die mehrpolare Konfliktlage erfordert eine Güterabwägung der verschiedenen grundrechtlich betroffenen Interessen im Einzelfall.¹⁹ Diese Güterabwägung erfolgt am ehesten sachgerecht durch einen in der Sache qualifizierten unabhängigen Richter. Von einer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter bei der Bestellungsentscheidung kann keine Rede mehr sein, wenn individuelle Gläubigerinteressen zur Bestellung führen.

Ein Verstoß gegen Art. 14 GG liegt aber auch vor, weil das hier angewandte Mittel, nämlich die Beschränkung

der Entscheidungsfreiheit des Insolvenzrichters, nicht zur Zweckerreichung geeignet ist, nämlich die Sanierungserfolge zu erhöhen. Der Gesetzesbegründung gelingt es nicht darzulegen, dass ein Zusammenhang zwischen der Unabhängigkeit des Insolvenzrichters und potenziellen Sanierungserfolgen besteht. Insbesondere gelingt es dem RefE auch nicht darzulegen, dass gerade die richterliche Unabhängigkeit das Hindernis für potenzielle Sanierungserfolge darstellt.

In § 13 des RefE tritt zutage, worum es in Wirklichkeit geht. Dort sind die Gläubiger aufgeführt, die potenziell den vorläufigen Gläubigerausschuss bilden sollen. Es handelt sich zu Nr. 1 um die Gläubiger mit den höchsten Forderungen und zu Nr. 2 um die Gläubiger mit den höchsten gesicherten Forderungen. Im Regelfall dürften dies Bankinstitute sein oder Unternehmen, die die Finanzierung des Schuldners sicherstellen. Sodann handelt es sich bei den in Nr. 3, 4 und 5 genannten Gläubigern, nämlich der Finanzverwaltung, den Sozialversicherungsträgern und den Trägern der betrieblichen Altersversorgung um Gläubiger, die der Sphäre der Exekutive zuzuordnen sind. Merkwürdig ist an dieser Stelle, dass die Bundesagentur für Arbeit, die noch am ehesten sanierungsfreundlich eingestellt ist, nicht genannt wird. Die Bundesagentur ist zwar auch ein Sozialversicherungsträger. Im Zeitpunkt der Stellung des Insolvenzantrags ist die Bundesagentur im Regelfall aber noch kein Gläubiger. Sie wird dies erst mit der Beantragung des Insolvenzgeldes durch die Arbeitnehmer. Im Ergebnis sollen nach dem RefE mithin die Bankinstitute und die öffentlichen Gläubiger den Verwalter bestimmen und dem Insolvenzrichter vorgeben, wen er zu bestellen hat.

An dieser Stelle kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es dem RefE nicht in erster Linie um die Verbesserung von Sanierungserfolgen geht. Die öffentlichen Gläubiger haben sich in den Insolvenzverfahren bisher nicht als in besonderer Weise sanierungsfreundlich gezeigt. Es stellt sich auch die Frage, ob bei diesen öffentlichen Gläubigern ausreichend Know-how vorhanden ist, um die Sanierungsqualität tatsächlich zu verbessern. Bankinstitute werden für eine Sanierung gebraucht. Die sachgerechte Einbindung der Bankinstitute durch einen unabhängigen Insolvenzverwalter ist für eine Erfolg versprechende Sanierung deshalb unerlässlich. Da Bankinstitute in erster Linie aber eigene Interessen verfolgen, lässt sich nicht erkennen, inwieweit durch die Regelungen des RefE die Sanierungsqualität tatsächlich verbessert werden kann.

Es offenbart sich zudem, dass es in Einzelfällen zu einem Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip kommen kann. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn in einem Insolvenzverfahren die Exekutive dominierend als Gläubiger beteiligt ist, wodurch sie in der Lage ist, dem Insolvenzrichter den zu bestellenden Insolvenzverwalter vorzugeben.

¹⁹ Hierzu ausführlich *Siemon*, ZInsO 2010, 401, 407, 310 ff.

Die Regelungen des RefE stellen zudem einen schweren Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Gläubiger dar. Die Regelungen des RefE bereiten eindeutig den Weg zu einer Dominierung des Insolvenzverfahrens durch die Großgläubiger und die öffentlichen Gläubiger. Diese Gläubiger sind nicht den Verfahrenszielen gem. § 1 InsO verpflichtet, nämlich zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung beizutragen und das Unternehmen des Schuldners zu erhalten.

Die Einschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Insolvenzrichters durch den RefE sind abzulehnen.

V. Beispielsfall aus der Praxis

Die Regelungen des ESUG lassen es zu, dass interessierte Personen die Insolvenz strategisch in ihre Planungen mit einbeziehen, um etwa andere Gruppen auszuschalten. So ist es denkbar, dass ein potenzieller Investor eines Unternehmens die Überlegung anstellt, dass der Kauf eines Unternehmens günstiger durch den Kauf vom Insolvenzverwalter gestaltet werden kann. Hier sind Konstellationen denkbar, in denen ein Unternehmen mithilfe eines Großgläubigers, eines Geschäftsführers eines schuldnerischen Unternehmens und in Zusammenwirken mit einem Beratungsunternehmen in die Insolvenz gezwungen wird, um etwa mittels übertragender Sanierung zu kaufen oder durch die Insolvenz einer Zwischenholding günstig an die Gesellschaftsanteile eines operierenden Unternehmens heran zu kommen. Diese Fälle sind nicht nur theoretischer Natur. Sie kommen in der Realität vor.²⁰ So ist etwa ein Fall denkbar, in dem ein Eigentümer eines werthaltigen, operativ tätigen Unternehmens dieses nicht verkaufen will. Gelingt es dem Investor, den Geschäftsführer zu überzeugen und ein Beratungsunternehmen zu finden, das ausreichende Beziehungen zu einem Großgläubiger oder mehreren Großgläubigern hat, dann ist der Weg zur strategischen Einplanung der Insolvenz als Mittel zum Erwerb eines Unternehmens nicht weit.

Gelingen kann ein solcher Weg, indem der Insolvenzverwalter in seinem Handeln von den Beteiligten eingeschätzt werden kann und er auf diesem Wege gelenkt werden kann. Möglich ist dies insbesondere, wenn das Beratungsunternehmen und der Insolvenzverwalter in einer Kanzlei partnerschaftlich verbunden sind. Das Nachsehen haben die Eigentümer. Der Insolvenzrichter kann nach den Vorstellungen des ESUG nur marginal einwirken, weil er nicht einmal berechtigt ist, einen als nicht unabhängig erkannten Insolvenzverwalter abzulehnen. Der Insolvenzrichter muss diesen nicht unabhängigen Insolvenzverwalter bestellen. Er gerät möglicherweise sogar in Haftungssituationen durch Handlungen dieses nicht unabhängigen Insolvenzverwalters und er trägt nach außen die Verantwortung. Regelmäßig wird es zudem so sein, dass ein Insolvenzrichter in der Eilsituation gar nicht erkennen und ermitteln kann, inwieweit das Beratungsunternehmen und der vorgeschlagene Insolvenzverwalter verbunden sind.

Es zeigt sich, welche Risiken die vorgesehenen Regelungen des ESUG bergen, nämlich:

1. dass eine „zulässige“ Vorbefassung gravierende schädliche Auswirkungen auf die Verfahrensgestaltung haben kann;
2. dass die vorinsolvenzliche Fassung eines „Plans“ schnell in den Bereich gerät, in dem Verfahrensrechte unterlaufen werden und dies den Charakter einer „Verabredung einer Insolvenz“ erhält;
3. dass gerade der Verlust der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters die Eigentumsrechte unverhältnismäßig verletzt, weil er als objektivierende Instanz und Wahrer der Interessen „aller“ ausfällt.

In seiner aktuellen Fassung statuiert § 56 InsO die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und ist damit letztendlich Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der im Rahmen des Art. 14 GG zu beachten ist. Durch die vorgesehenen Modifikationen im ESUG würde dieser bedeutende Grundsatz untergraben und dies lässt einen Missbrauch zu, der den Anforderungen des Art. 14 GG nicht gerecht werden kann. Dies kann nicht hingegenommen werden.

VI. Ergebnis

Die Neuregelungen in Bezug auf § 56 InsO und die Bestellung des Insolvenzverwalters sollten im ESUG ersatzlos gestrichen werden. Die Gesetzesbegründung ist schwach. Moderne Gesetzgebungstechnik muss hier mehr leisten. Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und die Entscheidungsfreiheit des Insolvenzrichters in ihrer aktuell geltenden Fassung stellen einen rechtshistorischen Kompromiss dar. Gründe, diesen Kompromiss aufzugeben, kann der RefE nicht darlegen. Der Insolvenzrichter trägt im Außenverhältnis Verantwortung, obwohl seine Entscheidungsfreiheit reduziert ist und er im Innenverhältnis für diese Vorgänge nicht verantwortlich ist. Die Sanierungserfolge in Insolvenzverfahren sind durch Maßnahmen zu erhöhen, die die Sanierungsvoraussetzungen verbessern. Die Einbeziehung der Rechte der Anteilshaber gem. § 225a des Entwurfs ist aber eine richtige Maßnahme, die die Sanierungsvoraussetzungen verbessert. Eine erfolgreiche Sanierung erfordert es, einen insolventen Geschäftsbetrieb fortzuführen. Maßnahmen, die die Unternehmensfortführung erleichtern, wären solche Maßnahmen, die die Sanierungserfolge erhöhen. Solche Maßnahmen sollten herausgearbeitet und gezielt gefördert werden. Sanierungserfolge werden nicht dadurch erhöht, dass man zwei maßgeblich Beteiligten im Insolvenzverfahren die Unabhängigkeit nimmt. Sanierungserfolge werden vielmehr erhöht, indem die Parameter verbessert werden, die für eine Sanierung wichtig sind. Dazu finden sich im RefE fast keine Überlegungen.

²⁰ So ist es vor einiger Zeit vorgekommen, dass der Eigentümer mittels Insolvenz aus seinem Unternehmen herausgedrängt werden sollte. Ein Investor wollte dieses Unternehmen kaufen. Der Investor, der Geschäftsführer, die Bankinstitute und eine international tätige Anwaltskanzlei, die die Bankinstitute beraten hat und zugleich den vorgeschlagenen vorläufigen Insolvenzverwalter stellte, wirkten dabei zusammen.