

Westermann

Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im
Widerstreit der Interessen von Gläubigern und Schuldner

Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Widerstreit der Interessen von Gläubigern und Schuldner

von

Ann-Kristin Westermann



RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH · Köln

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2016 RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH
Postfach 27 01 25, 50508 Köln
E-Mail: info@rws-verlag.de, Internet: <http://www.rws-verlag.de>

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es auch nicht gestattet, das Werk oder Teile daraus in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) zu vervielfältigen.

Satz und Datenverarbeitung: SEUME Publishing Services GmbH, Erfurt
Druck und Verarbeitung: Hundt Druck GmbH, Köln

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Juristischen Fakultät der Universität Bremen als Dissertation angenommen. Diese Veröffentlichung lag dem Promotionsausschuss Dr. jur. der Universität Bremen als Dissertation vor. Das Kolloquium fand am 22.12.2015 statt.

Betreut wurde die Arbeit von Herrn *Priv.-Doz. Dr. Gerrit Hölzle*. Für die stets umfassende Betreuung und Erstbegutachtung bin ich ihm zu großem Dank verpflichtet. Er war jederzeit für Fragen und Diskussionen offen und prägte mit seinen Anregungen die Arbeit – wenn auch stets zurückhaltend – entscheidend. Herrn *Prof. Dr. Peter Derleder* danke ich herzlich für die so zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonders danken möchte ich Herrn *Kolja von Bismarck*, Herrn *Frank Frind*, Herrn *Dr. Karl Beck* sowie Herrn *Klaus-Dieter Neubert* für die interessanten fachlichen Diskussionen, die mir den notwendigen Einblick in die insolvenzrechtliche Praxis gewährt haben.

Für die Korrektur der Arbeit und die dafür investierte Zeit und Mühe danke ich ganz herzlich Frau *Helga Asmuß*.

Von ganzem Herzen danke ich Herrn *Martin Asmuß, LL.M. (UCLA)*, der mir stets liebevoll zur Seite stand und mir ein großer Rückhalt war. Sein kritisches Auge und die zahlreichen fachlichen Unterhaltungen haben häufig an entscheidenden Stellen die notwendigen Impulse gegeben. Danken möchte ich ihm auch für seine Geduld bei der Korrektur der Arbeit.

Mein größter Dank gebührt schließlich meinen Eltern, die mich zeit meines Lebens mit voller Kraft unterstützt haben. Besonderer Dank gilt dabei meinem während der Phase der Dissertation verstorbenen Vater, *Johann Otto Westermann*, der mir stets ein unersetzbarer Begleiter in jeglichen Lebenslagen war. Ich konnte mir der vollsten Unterstützung und Förderung durch meine Eltern immer sicher sein. Keine Danksagung könnte angemessen würdigen, was ich ihnen zu verdanken habe.

Frankfurt am Main, im Januar 2016

Ann-Kristin Westermann

Etwas ist nicht recht, weil es Gesetz ist, sondern es muss Gesetz sein, weil es recht ist.
(Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu)

Inhaltsverzeichnis

Rn. Seite

Abkürzungsverzeichnis	XVII
-----------------------------	------

Einleitung.....	1..... 1
-----------------	----------

Erster Teil: Das Recht der (vorläufigen)

Insolvenzverwalterbestellung.....	6..... 5
-----------------------------------	----------

§ 1 Der (vorläufige) Insolvenzverwalter.....	7..... 5
--	----------

A. Mehrseitige Interessenbindung.....	10..... 7
---------------------------------------	-----------

B. Die Rechtsstellung.....	16..... 10
----------------------------	------------

C. Die Funktionen	25..... 13
-------------------------	------------

D. Die Aufgaben	27..... 14
-----------------------	------------

I. Der starke vorläufige Insolvenzverwalter	28..... 14
---	------------

II. Der schwache vorläufige Insolvenzverwalter	29..... 14
--	------------

III. Der (endgültige) Insolvenzverwalter.....	30..... 15
---	------------

§ 2 Chronologie der kontroversen Diskussion der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters.....	34..... 16
--	------------

A. Insolvenzrechtliche Entwicklung vom Altertum über das Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert.....	35..... 16
--	------------

B. Die deutsche Konkursordnung von 1877	47..... 22
---	------------

C. Die Insolvenzordnung von 1999	49..... 23
--	------------

D. Die Reform: Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) von 2012	52..... 25
---	------------

E. Zusammenfassung	57..... 27
--------------------------	------------

§ 3 Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters de lege lata	58..... 28
--	------------

A. Auswahl durch das Insolvenzgericht.....	59..... 28
--	------------

I. Die Auswahlkriterien	60..... 29
-------------------------------	------------

1. Normierte Kriterien des § 56 Abs. 1 InsO	61..... 29
---	------------

a) Natürliche Person	62..... 29
----------------------------	------------

b) Übernahmebereitschaft	64..... 30
--------------------------------	------------

c) Geschäftskunde.....	65..... 31
------------------------	------------

d) Einzelfalleignung.....	66..... 32
---------------------------	------------

e) Unabhängigkeit.....	68..... 33
------------------------	------------

aa) § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1–2 InsO	69..... 33
---	------------

bb) Rechtsbegriff der Unabhängigkeit im Verfassungsrecht	73..... 34
---	------------

	Rn.	Seite
cc) Ausschluss- und Befangenheitsregeln des §§ 41 f. ZPO.....	75	35
dd) Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen im Sinne des § 43a BRAO	78	36
ee) Tätigkeitsverbote im Sinne des § 45 BRAO.....	79	37
ff) § 1 BNotO	80	37
gg) Untergesetzliche Definitionsversuche	81	38
hh) Fallgruppen.....	84	39
(1) Vorbefassung	85	39
(2) Poolverwaltung	87	41
(3) Verwaltergesellschaften	92	43
(4) Konzerninsolvenzen	94	44
ii) Zwischenergebnis	99	47
2. Sonstige Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter.....	100	47
a) Persönliche Anforderungen	101	47
b) Fachliche Voraussetzungen	102	48
c) Organisatorische Voraussetzungen.....	106	49
d) Erreichbarkeit	107	49
e) Ortsnähe.....	108	50
f) Belastbarkeit	111	52
g) Vertrauen	112	53
h) Zwischenergebnis	114	54
3. Hinderungsgründe.....	115	55
II. Das Auswahlverfahren	117	56
1. Vorauswahl durch die Insolvenzverwalterliste	117	56
a) Geschlossene Liste	120	58
b) Offene Liste	121	59
c) Fazit	122	59
2. Festgelegter Insolvenzverwalterkreis.....	124	60
B. Auswahl durch die Gläubiger.....	125	61
I. Der vorläufige Gläubigerausschuss.....	126	61
1. Originärer Pflichtausschuss	128	62
2. Derivativer Pflichtausschuss	130	64
3. Fakultativer Ausschuss	131	65
4. Form der Mitwirkung.....	132	65
5. Probleme bei und nach der Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses	136	69
II. Die Gläubigerversammlung	145	74
1. Aktive Auswahlentscheidung	146	74
2. Passive Auswahlentscheidung	150	77
3. Praktische Relevanz.....	151	77
III. Zwischenergebnis.....	152	79

	Rn.	Seite
C. Auswahl durch den Schuldner	155	79
D. Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Sachwalters im Rahmen der (vorläufigen) Eigenverwaltung, §§ 270, 270a InsO	158	80
I. Die Stärken der Eigenverwaltung	159	81
II. Die Bestellung des (vorläufigen) Sachwalters	162	84
III. Die Anhörung der Gläubiger	164	84
IV. Der Unternehmensvorstand als (vorläufiger) Insolvenzverwalter	167	86
V. Zwischenergebnis	169	87
E. Die Auswahl und die Bestellung des vorläufigen Sachwalters im Rahmen des Schutzschirmverfahrens, § 270b InsO	170	87
I. Die Stärken	171	88
II. Die Bestellung des vorläufigen Sachwalters	174	90
III. Zwischenergebnis	179	93
F. Fazit	180	94
 Zweiter Teil: Das Recht der Verwalterauswahl und -bestellung im Ausland	 184	 95
§ 4 Motivationen und Ziele des Gesetzgebers zum Erlass des ESUG	184	95
A. Intransparenz und fehlende Vorhersehbarkeit des Ablaufs des Insolvenzverfahrens für Schuldner und Gläubiger	188	96
B. Geringer Einfluss auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters	189	97
C. Fehlende Möglichkeit der Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte	192	98
D. Geringe Bedeutung der Eigenverwaltung	195	99
E. Niedrige Quoten für die Gläubiger	198	100
F. Folge: Sitzverlegung nach England	200	101
§ 5 Rechtsvergleich	202	102
A. Die Insolvenz in England	202	102
I. Grundsätzliche Unterschiede des deutschen und des englischen Rechts	203	102
II. Verfahrensarten des englischen Insolvenzrechts	206	103
1. Liquidation	207	104
a) Ablauf des Verfahrens	207	104
aa) Compulsory liquidation	208	104
bb) Voluntary liquidation	209	105
(1) Members' voluntary liquidation	210	105
(2) Creditors' voluntary liquidation	211	105
b) Die Auswahl und die Bestellung des liquidator	212	106
c) Die Vorteile	218	110

	Rn.	Seite
2. Vergleichs- und Sanierungsverfahren	219	110
a) Vergleichsverfahren	221	110
aa) Company Voluntary Arrangement (CVA)	221	110
(1) Ablauf des Verfahrens	222	111
(2) Die Auswahl und die Bestellung des nominee und des supervisor	224	112
(3) Die Vorteile	226	113
bb) Scheme of Arrangement	227	114
(1) Ablauf des Verfahrens	228	115
(2) Die Vorteile	230	116
cc) Administration	231	116
(1) Ablauf des Verfahrens	232	116
(2) Die Auswahl und die Bestellung des administrator	235	118
(3) Die Vorteile	239	119
dd) Administrative receivership	241	120
3. Zwischenergebnis	244	122
B. Die Insolvenz in den U.S.A.	248	123
I. Die Struktur des Bankruptcy Code	249	124
II. Das Chapter 11-Verfahren	250	124
1. Ablauf des Verfahrens	250	124
2. Die Auswahl und die Bestellung des trustee	251	126
3. Die Vorteile	252	126
III. Zwischenergebnis	254	127
C. Ergebnis des Rechtsvergleichs	257	128
Dritter Teil: Die Interessenverteilung und ihre Folgen	259	129
§ 6 Die Interessen der Verfahrensbeteiligten	259	129
A. Die Interessen im Konkreten	260	129
I. Die Gläubiger	260	129
1. Die Banken	262	130
a) Interesse(n) im Insolvenzverfahren	263	130
b) Interesse(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ...	264	131
2. Die Lieferanten	266	132
a) Interesse(n) im Insolvenzverfahren	267	132
b) Interesse(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ...	269	133
3. Die Arbeitnehmer	271	134
a) Interesse(n) im Insolvenzverfahren	272	135
b) Interesse(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ...	273	136

	Rn.	Seite
4. Öffentlich-rechtliche Gläubiger	275	137
a) Interesse(n) im Insolvenzverfahren	276	137
b) Interessen(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters	278	138
5. Zwischenergebnis	279	138
II. Der Schuldner	281	139
1. Interesse(n) im Insolvenzverfahren	282	139
2. Interesse(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters	283	140
III. Der (vorläufige) Verwalter	290	143
IV. Das Insolvenzgericht	293	145
1. Interesse(n) im Insolvenzverfahren	294	146
2. Interesse(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters	298	148
B. Die Divergenz der Interessen	299	149
I. Die Gläubiger untereinander	299	149
II. Die Divergenz der Interessen der Gläubiger, des Schuldners und des Insolvenzgerichts	304	150
§ 7 Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse	307	151
A. Feststellung der Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse	307	151
I. Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse im Insolvenzverfahren im Allgemeinen	308	151
1. Asymmetrische Informationsverteilung	308	151
2. Gefangenendilemma	312	153
3. Gefahr der „Trittbrettfahrer“	320	156
II. Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Konkreten	322	156
1. Das Insolvenzgericht	323	157
2. Die Gläubiger	326	160
3. Der Schuldner	327	161
4. Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse im Allgemeinen	328	162
III. Zwischenergebnis	336	166
B. Wege und Möglichkeiten zur Überwindung der Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse	337	167
I. Transparenz und Vorhersehbarkeit als vertrauensbildende Faktoren	337	167
1. Transparenz	340	167
2. Vorhersehbarkeit	343	169

	Rn.	Seite
II. Ableitung allgemeiner Anwendungs- und Auslegungsregeln aus dem Erfordernis einer transparenzindizierten Vertrauensallokation	344	171
1. Vorbemerkung	344	171
2. Ableitung allgemeiner Anwendungs- und Auslegungsregeln.....	346	171
a) Das Insolvenzgericht	347	171
aa) Ablehnung eines vorläufigen Gläubigerausschusses	348	172
bb) Rechtswidriges Übergehen eines Vorschlags und der beschlossenen Anforderungen an die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters... ..	359	179
b) Die Gläubiger	363	180
c) Der Schuldner.....	367	182
d) Im Allgemeinen.....	373	184
aa) Kein Verweis des § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO auf § 67 Abs. 3 InsO.....	373	184
bb) Der Einfluss der Schuldnerberater.....	378	188
e) Zwischenergebnis	381	191
III. Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe anhand dieses Anwendungs- und Auslegungskanons	383	191
1. Die Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO	384	192
a) Der gesetzgeberische Wille	385	192
b) Der Wortlaut	389	196
c) Die Systematik.....	394	198
d) Das Telos	396	199
e) Die Umsetzung in der Praxis	400	200
f) Zwischenergebnis	406	202
2. Nachteilige Verzögerung im Sinne des § 22a Abs. 3 3. Var. InsO.....	407	202
a) Der gesetzgeberische Wille	409	203
b) Der Wortlaut	412	204
c) Die Systematik.....	414	204
d) Das Telos	417	207
e) Die Umsetzung in der Praxis	419	207
f) Zwischenergebnis	423	211
3. Offensichtlich nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners im Sinne des § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO	426	212
a) Der gesetzgeberische Wille	427	212
b) Der Wortlaut	430	213
c) Die Systematik.....	432	215

	Rn.	Seite
d) Das Telos	433	215
e) Die Umsetzung in der Praxis	434	216
f) Zwischenergebnis	437	217
4. Nachteilige Anordnung im Sinne des		
§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO	439	217
a) Der gesetzgeberische Wille	440	217
b) Der Wortlaut	442	218
c) Die Systematik	445	220
d) Das Telos	447	221
e) Die Umsetzung in der Praxis	448	221
f) Zwischenergebnis	449	222
5. Unverhältnismäßigkeit im Sinne des		
§ 22a Abs. 3 2. Var. InsO	451	223
a) Der gesetzgeberische Wille	452	223
b) Der Wortlaut	454	223
c) Die Systematik	456	224
d) Das Telos	457	225
e) Die Umsetzung in der Praxis	458	225
f) Zwischenergebnis	463	228
6. Einstimmigkeit im Sinne des § 56a Abs. 2 S. 1 InsO		
und § 56a Abs. 3 InsO	464	229
a) Der gesetzgeberische Wille	465	229
b) Der Wortlaut	467	230
c) Die Systematik	469	230
d) Das Telos	472	231
e) Die Umsetzung in der Praxis	474	232
aa) § 56a Abs. 2 S. 1 InsO	475	233
bb) § 56a Abs. 3 InsO	477	234
f) Zwischenergebnis	478	234
C. Ergebnis	480	235
§ 8 Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen)		
Insolvenzverwalters de lege ferenda	483	235
A. Die Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter	484	236
I. Situationsbedingte Anforderungen	484	236
1. Eröffnungsverfahren	485	236
2. Regelinsolvenzverfahren	486	237
3. Verbraucherinsolvenzverfahren	492	238
4. Eigenverwaltung	493	239
II. Verhaltensbezogene Anforderungen	494	239
III. Zwischenergebnis	496	240
B. Gesetzliche Ausgestaltungsmöglichkeiten	499	241
I. Die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters	501	241

Inhaltsverzeichnis

	Rn.	Seite
1. Staatliches Zulassungsverfahren	501	241
a) Zulassungsvoraussetzungen.....	505	242
b) Rechtsfolge	513	244
2. Listenverfahren	514	244
a) Struktur der Liste	518	245
aa) Aufbau der Liste.....	518	245
bb) Territoriale Reichweite der Liste	521	246
b) Ablauf des Verfahrens	523	247
aa) Vorauswahl durch den Insolvenzrichter und abschließende Auswahl durch die Gläubiger	523	247
bb) Kein schematisches Verfahren nach fester Geschäftsverteilung oder einem Rotationsprinzip	526	248
cc) Begründete Abwahl durch die Gläubigerversammlung	527	248
II. Die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters.....	529	249
C. Fazit.....	530	249
Vierter Teil: Schlussbetrachtung.....	532	251
Literaturverzeichnis		253
Stichwortverzeichnis.....		291

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft; auch Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAKinsO	Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V.
BB	Betriebs-Berater
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drs.	Bundestagsdrucksachen
BR-Drs.	Bundesratsdrucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Co.	Company
CVA	Company Voluntary Arrangement
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe

Abkürzungsverzeichnis

DJ	Deutsche Justiz: Rechtspflege und Rechtspolitik, amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege (1933 bis 1945)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungs- gesetz
Einl.	Einleitung
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
etc.	et cetera
e.V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Kurzkommmentare
f. (ff.)	folgende (Plural)
FPR	Familie Partnerschaft Recht
Fn.	Fußnote
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
IfM	Institut für Mittelstandsforschung
IHK	Industrie- und Handelskammer
IILR	International Insolvency Law Review
InsO	Insolvenzordnung

Abkürzungsverzeichnis

InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
i. V.m.	in Verbindung mit
JMBL.	Justiz-Ministerialblatt für die Preussische Gesetzgebung und Rechtspflege (bis 1933)
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
KredReorG	Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs, Treu- hand, Sanierung (ehemals Zeitschrift für Kon- kurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen)
KuT	Konkurs und Treuhand, Monatsschrift für Wirtschaft und Recht (bis 1941)
LG	Landgericht
n. Chr.	nach Christus
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift-Spezial
Nr.	Nummer
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht- Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OLG	Oberlandesgericht
Para.	Paragraph
RefE	Referentenentwurf
RG	Reichsgericht
RiAG	Richter am Amtsgericht
Rn.	Randnummer(n)

Abkürzungsverzeichnis

RPflG	Rechtspflegergesetz
S.	Satz; auch Seite
Sch.	Schedule
SchVG	Schuldverschreibungsgesetz
sec.	section
sog.	sogenannte, -r, -s, -n
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
u.a.	unter anderem
U.S.A.	United States of America
U.S.C.	United States Code
US	United States
v. Chr.	vor Christus
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VerglO	Vergleichsordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VID	Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Teil IV, Wirtschaft-, Wertpapier- und Bankrecht)
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesell- schaftsrecht
ZHS	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirt- schaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ehemals: Zeit- schrift für die gesamte Insolvenzpraxis)
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

„Wir brauchen eine andere Insolvenzkultur“⁽¹⁾ war die Aussage der Bundesjustizministerin, Frau Leutheusser-Schnarrenberger, in ihrer Begrüßungsansprache am 18.3.2010 beim 7. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin. Nach zahlreichen Reformbemühungen⁽²⁾ trat am 1.3.2012 das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) in Kraft. Damit ist die erste von drei Stufen der Reform des Insolvenzrechts⁽³⁾ erreicht. Nach dem ESUG ist es eines der großen Ziele, die Stellung der Gläubiger im Insolvenzverfahren zu stärken. Dabei sollen, im Interesse einer Verbesserung der Sanierungschancen, die Gläubiger und der Schuldner in die Auswahl der maßgeblichen Akteure des Insolvenzverfahrens einbezogen werden.⁽⁴⁾

Und hier wird sie wieder aufgeworfen, die allzeit umstrittene und in der insolvenzrechtlichen Literatur übereinstimmend als „*Schicksalsfrage des Insolvenzverfahrens*“ bezeichnete,⁽⁵⁾ wohl schwierigste Verfahrensentscheidung⁽⁶⁾: Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Zahlreiche wissenschaftliche Abhandlungen beschäftigen sich mit dieser Thematik, beleuchten die Probleme,

1) **Leutheusser-Schnarrenberger**, ZInsO 2010, 614 ff. (614).

2) BT-Drs. 17/2008, 1 ff.; **Smid**, DZWIR 2011, 133 ff.

3) „Drei-Stufen-Plan“: Stufe 1 (Reformen im Insolvenzplanverfahren und bei der Eigenverwaltung, Regelungen für sogenannte „Clearinghäuser“, Einführung eines Insolvenzstatistikgesetzes sowie eines Reorganisationsverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute; zu letzterem vergleiche bereits das Restrukturierungsgesetz vom 9.12.2010, BGBl I S. 1900), Stufe 2 (Verbraucherinsolvenzverfahren, gegebenenfalls Einführung eines der Insolvenz vorgelagerten Sanierungsverfahrens) und Stufe 3 (Regelungen für Konzerninsolvenzen).

Zu beachten ist, dass sich vor allem die Stufe 3 der Reform des Insolvenzrechts mit dem Insolvenzverwalter befasst. Wie Frau **Leutheusser-Schnarrenberger** in ihrer Rede beim 7. Deutschen Insolvenzrechtstag am 18. März 2010, ZInsO 2010, 614 ff. (617) (siehe Fn. 1) dargestellt hat, werden dabei insbesondere „die grundlegenden Voraussetzungen für den Zugang zu diesem Berufsstand und auch die Amtspflichten eines Insolvenzverwalters“ geregelt. Dabei soll einerseits klargestellt werden, „dass der Verwalter einen eigenen, freien Beruf ausübt und ein unabhängiges Organ der Rechtspflege ist und dass andererseits diese Tätigkeit mit anderen freien Berufen vereinbar ist.“ Zudem soll „ein Anforderungsprofil für die Befähigung und persönliche Eignung eines Verwalters im Gesetz klar“ fixiert werden.

4) BT-Drs. 17/5712, 1 f.

5) So das viel zitierte Diktum „Die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses“ von **Jaeger**, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen (1936), § 78 Rn. 7; so auch jüngst **Leutheusser-Schnarrenberger** in ihrer Rede auf dem Achten Deutschen Insolvenzrechtstag am 7. April 2011 in Berlin, http://www.bmj.de/SharedDocs/Reden/DE/2011/20110407_Achter_Insolvenzrechtstag.html?nn=1356288.

6) **Zipperer** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 56 Rn. 1; **Höfling**, NJW 2005, 2341 ff. (2343).

führen Rechtsvergleiche durch und versuchen Lösungen zu finden.⁷⁾ Reformen verändern die Gesetzesstruktur und verlagern die Entscheidungsgewalt im Rahmen der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters.⁸⁾ Schon seit der Konkursordnung hat der Gesetzgeber den Versuch unternommen, die Insolvenzverwalterauswahl und -bestellung in Gesetzestext zu gießen. Dabei muss der Gesetzgeber alle Interessen bewerten und gegeneinander abwägen, um seiner Aufgabe, die optimalen Voraussetzungen der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters festzusetzen, gerecht zu werden. Und doch: Bis zum Erlass des ESUG hat der Gesetzgeber die Aufgabe, alle Interessen in einen Einklang zu bringen und damit ein einheitliches, interessengerechtes und praktikables Bild der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu schaffen, nicht zu leisten vermocht.⁹⁾

- 3 Aus leistungswirtschaftlicher Sicht ist das deutsche Insolvenzrecht mit seinen durch die Insolvenzordnung zur Verfügung gestellten Institutionen den Sanierungsstatuten anderer Rechtsordnungen überlegen.¹⁰⁾ Gerade die neu eingeführten Instrumente, wie das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO und der Debt-Equity-Swap nach § 225a Abs. 2 S. 1 InsO sind dabei gewichtige Instrumente. Doch nur wenn der Schuldner, die Gläubiger, das Insolvenzgericht und der (vorläufige) Insolvenzverwalter zum Dialog bereit sind und ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis aufbauen, kann auch das Vertrauen in das (deutsche) Insolvenzverfahren wachsen. Einzig und allein das Vertrauen der Schuldner und der Gläubiger in die Institutionen des Insolvenzrechts und das damit einhergehende Vertrauen in die Sanierungsseignung eines Insolvenzverfahrens kann die Insolvenzkultur in Deutschland verändern.¹¹⁾ Eine besonders gewichtige Rolle spielt dabei der häufig unbekannte (vorläufige) Insolvenzverwalter. Er ist der Hauptakteur im Insolvenzverfahren und bedarf auf Grund seiner wichtigen Funktionen und Aufgaben des besonderen Vertrauens der

7) U.a. **Köster**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 1 ff.; **Graeber**, NZI 2003, 569 ff.; **Holzer/Kleine-Cosack/Prütting**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 1 ff.; **Frind**, DZWIR 2001, 497 ff.; **Smid**, DZWIR 2001, 485 ff.

8) BT-Drs. 17/5712, 1 f.

9) Vgl. mit einer Analyse der Defizite des Status quo **Eidenmüller**, ZIP 2010, 649 ff. (651 f.); **Frind**, ZInsO 2011, 2249 ff. (2255 ff.).

10) So auch das Handelsblatt Nr. 105 vom 31.5.2011, 14: „Deutschland ist Europas attraktivster Insolvenzstandort“.

11) Vgl. mit diesem Ansatz schon **Vallender**, NZI 2007, 129 ff. (136); **ders.** NZI 2010, 838 ff. (844); **Andres/Grund**, NZI 2007, 137 ff. (142).

Beteiligten.¹²⁾ Der Status quo ist, dass an den Insolvenzgerichten ein Überangebot an Bewerbern für ein Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters vorliegt.¹³⁾ Für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter bedeutet dies, dass er sich gegen eine große Anzahl von Konkurrenten durchsetzen muss, wohingegen das Insolvenzgericht der Aufgabe unterliegt, eine objektive Auswahlentscheidung zu treffen. Dabei stellt sich die Frage, welche messbaren Kriterien für die Auswahlentscheidung herangezogen werden können. Während die Insolvenzgerichte auf Fragebögen, Vorauswahllisten und Erfahrungen aus der Praxis zurückgreifen, versuchen sich die Insolvenzverwalter durch Ratingverfahren und Zertifizierungen von den Konkurrenten abzuheben. Doch bei allen gesetzlich fixierten und messbaren Kriterien spielt ein ungeschriebenes und nicht messbares Kriterium eine wesentliche Rolle im Prozess der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters: Das Vertrauen. Hierbei ist zum einen zwischen dem Vertrauen in den (vorläufigen) Insolvenzverwalter und in das Insolvenzgericht¹⁴⁾ und zum anderen dem Vertrauen zwischen dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter, der Gläubiger und dem Schuldner zu trennen. Dabei kommt den Gläubigern eine gesteigerte Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeit bei der Auswahlentscheidung und somit auch eine besondere Vertrauensstellung zu. Dies hat nun auch der Gesetzgeber erkannt und den Versuch unternommen, diesen Grundsatz durch § 56a InsO im Gesetz zu fixieren.¹⁵⁾ Nach dem Inkrafttreten des ESUG ist es die Praxis, die nun die Aufgabe hat, das Gesetz mit Leben zu füllen und das vom Gesetzgeber Gewollte bestmöglich umzusetzen. Auf diesem Weg ist die Praxis gehalten, für auftretende Dissonanzen im Gesetz Lösungen zu entwickeln. Dabei ist nicht nur die strenge Befolgung der Gesetzesdogmatik zielführend, sondern insbesondere die Kooperation aller Beteiligten.

Die Gesetzeslage *de lege lata* legt fest, dass die Entscheidung über den (vorläufigen) 4
Insolvenzverwalter mit Eröffnung jedes Verfahrens durch den Insolvenzrichter erfolgt. Die Insolvenzordnung sieht dafür in § 56 Abs. 1 InsO vor, dass zum Insolvenzverwalter „eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige

12) **Hölzle**, KTS 2011, 291 ff. (294); das Vertrauen in Bezug auf die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters aufgreifend auch schon **Haberhauer/Meeh**, DStR 1995, 1442 ff. (1446), **Henssler**, ZIP 2002, 1053 ff. (1057), **Höfling**, NJW 2005, 2341 ff. (2343) und jüngst **Seagon**, NZI 2015, 825 ff.; zu den Qualifikationen des (vorläufigen) Insolvenzverwalters neben Managerqualitäten, umfassenden betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnissen, auch persönliche Eigenschaften, die das Vertrauen des Insolvenzgerichts und der Gläubiger rechtfertigen, zählend **Vallender**, NZI 2005, 473 ff. (474); auf das Vertrauen abstellend zwischen Insolvenzrichter, Gläubiger und Insolvenzverwalter **Ley** in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz (2010), § 8 Rn. 47 f.; zum Vertrauen zwischen Gläubiger (hier: Bank) und Insolvenzverwalter bei der Fortführung des schuldnereischen Unternehmens **Bales**, BKR 2003, 967 ff. (968).

13) **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 56 Rn. 2.

14) Schon zu Konkurszeiten den Unterschied des Verhältnisses zwischen Insolvenzrichter und (vorläufigem) Insolvenzverwalter im Gegensatz zu dem Verhältnis der Partei zu ihrem Richter in einem normalen Zivilprozess aufgreifend **Zirpins**, KTS 1958, 78 ff. (79).

15) BT-Drs. 17/5712, 1 f.

und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen“ ist. Dem vorläufigen Gläubigerausschuss verbleibt es gemäß § 56a Abs. 1 InsO, Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zugrunde zu legen und der Gläubigerversammlung, in der ersten Versammlung, den gerichtlich bestellten (vorläufigen) Insolvenzverwalter nach ihrer Wahl durch einen anderen, den Anforderungen des § 56 InsO entsprechenden, Insolvenzverwalter zu ersetzen. Die Herausforderung bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist es, den für das konkrete Insolvenzverfahren geeignetsten (vorläufigen) Insolvenzverwalter auszuwählen und zu bestellen. Dabei müssen die Interessen aller Verfahrensbeteiligten miteinbezogen und unterschiedlich gewichtet werden. Die Mehrheit der Insolvenzgerichte führt Listen mit bekannten Insolvenzverwaltern, aus denen nach freiem Ermessen des Gerichts ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter ausgewählt wird. Dabei bleibt es dem Schuldner, den Gläubigern und selbst den Bewerbern um das Insolvenzverwalteramt verborgen, warum das Insolvenzgericht für den konkreten Einzelfall den jeweiligen (vorläufigen) Insolvenzverwalter ausgewählt und bestellt hat. Auf Grund des bestehenden Regelvakuum hat sich an den Insolvenzgerichten eine uneinheitliche Auswahlpraxis etabliert, die völlige Intransparenz für die Verfahrensbeteiligten in sich birgt¹⁶⁾ und ein unbefriedigendes Ergebnis für alle Beteiligten des Insolvenzverfahrens nach sich zieht.

- 5 Das Ziel dieser Arbeit ist es zu untersuchen, ob das Gesetz *de lege lata* den Anforderungen der Praxis genügt. Insbesondere, ob die reformierte Insolvenzordnung bei den Verfahrensbeteiligten das Vertrauen stärkt, Transparenz schafft und die Vorhersehbarkeit fördert. Ferner wird erarbeitet, wie das Gesetz die erforderliche Objektivität des Verfahrens verankern kann und es schafft, den Blickwinkel der Verfahrensbeteiligten zu solidarisieren.

16) Statt vieler *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 14 Rn. 1.

Erster Teil: Das Recht der (vorläufigen) Insolvenzverwalterbestellung

Das Ziel der Arbeit, durch das Beleuchten der Interessen des Schuldners und der Gläubiger, sowie internationaler Rechtssysteme, eine einheitliche dogmatische Form für die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu schaffen, erfordert ein Grundlagenverständnis. Ein Grundlagenverständnis dafür, welche Rechtsstellung der (vorläufige) Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren einnimmt, welche Funktionen er erfüllt und wie die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im deutschen Recht de lege lata verankert ist. Die Frage, wie die Auswahl und Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu verbessern ist, kann nur beantwortet werden, wenn im geltenden Recht Regelungslücken und nicht berücksichtigte Interessen aufgedeckt werden. Es ist daher geboten, die Interessen der Beteiligten herauszufiltern und gegeneinander abzuwägen, um im Rahmen einer praktischen Konkordanz ein gerechtes Ergebnis zu erzielen.

§ 1 Der (vorläufige) Insolvenzverwalter¹⁷⁾

Der (vorläufige) Insolvenzverwalter – „*Der Herr der Pleiten*“¹⁸⁾, „*leben von der Pleite*“¹⁹⁾ oder „*Pleitegeier*“²⁰⁾ sind nur einige Charakteristika, die in der Gesellschaft mit dem Beruf des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in Verbindung gebracht werden. Diese Aussagen und die Tatsache, dass Insolvenzanträge ungeachtet der strafrechtlichen Relevanz im Durchschnitt erst zehn Monate nach Eintritt der materiellen Insolvenzreife gestellt werden,²¹⁾ zeigen deutlich, dass die Insolvenz in

17) In der Eigenverwaltung wird anstelle eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters ein Sachwalter bestellt.

18) *Willeke*, Zeit (Ausgabe 06/2002), http://www.zeit.de/2002/06/200206_wellensiek.xml.

19) *Amann*, FAZ (17.3.2009), <http://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/recht-und-gehalt/insolvenzverwalter-sie-leben-von-der-pleite-1770116.html>.

20) *Terpitz*, Handelsblatt (Ausgabe vom 22.1.2010), <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/insolvenz-kreist-der-pleitegeier-sind-beiraete-oft-ueberfordert/3351550.html>; der Begriff des „*Pleitegeiers*“ stammt aus dem Jiddischen und meint als Verbum „*entwischen*“, „*fliehen*“ oder „*flüchten*“; der „*Pleitegeier*“ hat sich aus der jiddischen Diktion von „*Pleitegeher*“, also desjenigen, welcher „*pleite geht*“ entwickelt und hat damit keine Verbindung zum Geier als Vogel.

21) So *Kirstein*, ZInsO 2006, 966 ff. (967), der 326 Verfahren ausgewertet hat. Die Untersuchungen bezüglich des tatsächlichen Eintritts der materiellen Insolvenz haben ergeben, dass im Durchschnitt die materielle Insolvenz und damit die Antragspflicht 10,28 Monate vor der tatsächlichen Antragstellung eintrat.

Deutschland kein Anreizsystem für eine frühzeitige Sanierung darstellt,²²⁾ sondern in der deutschen Öffentlichkeit mit der Insolvenz die Liquidation des Unternehmens verbunden wird. Die Insolvenz gilt damit nicht als Rettungsschirm in letzter Sekunde oder wird metaphorisch verstanden als „*Der Lotse geht an Bord*“,²³⁾ sondern als das Scheitern des Unternehmens, verbunden mit der Auflösung desselbigen.²⁴⁾ Festzuhalten ist, dass sich die Aussage Winston Churchills „*Success means getting up even more than fall*“²⁵⁾ (noch) nicht in dem Verhalten der deutschen Unternehmer verbreitet hat. Neben dem Bild des dolos handelnden Schuldners, fehlt häufig das Vertrauen in die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Bedingt ist dies vor allem durch die Bedenken, die die Verfahrensbeteiligten bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters haben. Der Schuldner hat auf der einen Seite Befürchtungen, an einen „Plattmacher“ zu geraten, wenn ihm der Einfluss bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters entzogen wird. Die Gläubiger misstrauen auf der anderen Seite einem Vorschlag des Schuldners hinsichtlich eines bestimmten (vorläufigen) Insolvenzverwalters.

- 8 Das primäre Ziel des Insolvenzverfahrens ist es gemäß § 1 S. 1 InsO, die Gläubiger gemeinschaftlich durch Verwertung des Schuldnervermögens und Erlösverteilung zu befriedigen. Nach § 2 InsO obliegt dabei dem Insolvenzgericht die Leitung des Verfahrens. Das Insolvenzgericht hat dabei vor allem die Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach §§ 27, 270, 311 InsO, die Aufhebung nach §§ 200, 289 Abs. 2 InsO und die Einstellung des Insolvenzverfahrens nach

22) **Hölzle**, KTS 2011, 291 ff. (295). Die jüngste Umfrage des **VID**, Auswertung des Fragebogens vom Insolvenzverwalterkongress 2012 in Berlin (Teil 1), zeigt zumindest schon einen kleineren Wandel. Der Teil 1 des Fragebogens bezieht sich auf die Auswertung der Teilnehmer mit ESUG Erfahrung. 38 von 61 Teilnehmern hatten bereits praktische Erfahrungen mit dem ESUG sammeln können. Dies entspricht einem Anteil von 62,3 % der Teilnehmer der Umfrage. Auf die Frage, ob festgestellt werden konnte, dass Insolvenzanträge frühzeitiger gestellt wurden, antworteten 50 % der Teilnehmer mit „Ja“, 45 % der Teilnehmer mit „Nein“ und 5 % der Teilnehmer machten *keine Angaben*. Ein leichter Aufwärtstrend der frühzeitigeren Insolvenzantragstellung ist demnach zu verzeichnen.

23) So die Überschrift eines Zeitschriftenbeitrages von **Raab**, MC 2002, 10 ff.; weiter heißt es „*Der Anwalt kann als rettender Lotse das in schwere Wasser geratene Unternehmensschiff aus der Krise herausführen – mit dem akribisch angeeigneten Fachwissen und der nötigen Kanzleiorganisation.*“

24) So beschreibt **Grell**, Latham & Watkins LLP – Presse-Roundtable: Erfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht (15. Juni 2012) die Situation vor der Insolvenzrechtsreform hierzulande zutreffend als „*das Grauen*“, das unbedingt vermieden werden muss. Das entscheidende Kriterium, das dieses Empfinden hervorgerufen hat, ist die mangelnde Vorhersehbarkeit, insbesondere, weil unklar war, wer der (vorläufige) Insolvenzverwalter wird. Problematisch war zudem, dass die Insolvenz damit verbunden wurde, dass „*die Mitbestimmung der Gläubiger auf Null gesetzt*“ wurde.

25) Übersetzung aus dem Englischen ins Deutsche: „*Erfolg hat der, der einmal mehr aufsteht als er hingefallen ist*“.

§§ 207 ff. InsO, die rechtliche Rahmensetzung für das Verfahren²⁶⁾ sowie die (Rechts-)Aufsicht über die Verfahrensbeteiligten und deren Entscheidungen²⁷⁾ inne.

Über die Dauer des gesamten Insolvenzverfahrens hat der (vorläufige) Insolvenzverwalter eine besondere Funktion. Im Regelfall geht auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Insolvenzmasse über.²⁸⁾ Neben der verfahrensleitenden Funktion des Insolvenzgerichts hat der (vorläufige) Insolvenzverwalter damit eine verfahrensdurchführende Funktion. Er ist es, der die Verantwortung der Umsetzung des in § 1 S. 1 InsO festgesetzten Zieles trägt. Neben der Eilbedürftigkeit, die das Insolvenzverfahren mit sich bringt, wird an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter daneben ein hohes Maß an Genauigkeit verlangt, denn von der Qualität seiner Arbeit hängt der wirtschaftliche Erfolg des Verfahrens ab. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter ist somit die „zentrale Figur des Insolvenzverfahrens“²⁹⁾ und „das letztlich wichtigste Organ des Insolvenzverfahrens.“³⁰⁾

A. Mehrseitige Interessenbindung

Der (vorläufige) Insolvenzverwalter unterliegt einer mehrseitigen Interessenbindung. Zu Recht wird der (vorläufige) Insolvenzverwalter daher „als *mehrseitig fremdbestimmter Liquidator eines fremden Vermögens*“³¹⁾ beschrieben.

Neben natürlichen Personen sind auch operierende Unternehmen einer Vielzahl von Rechtsbeziehungen ausgesetzt, aus denen Verbindlichkeiten gegenüber verschiedenen Gläubigern resultieren. Die Auseinandersetzung zwischen dem Schuldner, der zumeist ein Erhaltungsinteresse hat, und den Gläubigern, die zumeist ein Befriedigungsinteresse verfolgen, prägt das gesamte Insolvenzverfahren.

Da die Gläubiger an einer möglichst hohen Befriedigungsquote interessiert sind, ist es das Ziel, die Masse, aus der sie befriedigt werden, so gut wie möglich zu sichern. Ein entscheidender Faktor ist dabei die möglichst frühzeitige Eröffnung des Verfahrens. Die Verfahrenseröffnung führt dazu, dass sowohl die in der Unternehmens-

26) U.a. die Einsetzung und Entlassung des Insolvenzverwalters (§§ 56 ff. InsO), die Einberufung und Leitung der Gläubigerversammlung (§§ 74 ff. InsO).

27) Vgl. §§ 58, 78 InsO.

28) Dieser Regelfall tritt nicht ein, wenn nach § 270 InsO Eigenverwaltung angeordnet wird. Im Rahmen der Eigenverwaltung verbleibt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis dem Gemeinschuldner gemäß § 270 Abs. 1 InsO, der damit entscheidend die Verfahrensabwicklung bestimmt. Dem Sachwalter ist gemäß § 274 Abs. 2 InsO die Überwachung des Gemeinschuldners, nach §§ 275, 277 InsO die Mitwirkung in einzelnen Fragen der Verfahrensdurchführung, sowie die Ausübung der Insolvenzanfechtung und Einziehung von gemeinschaftlichen Gläubigerrechten gemäß § 280 InsO vorbehalten.

29) *Gogger*, Insolvenzgläubiger-Handbuch (2011), § 2 Rn. 449; *Stapper*, NJW 1999, 3441 ff. (3441).

30) *Zipperer* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 56 Rn. 1.

31) Vgl. *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 13 Rn. 2.

krise typischen defizitären Geschäfte des Schuldners als auch die Aushöhlung der Masse durch Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger verhindert werden. Auch eine Anreicherung der Masse ist möglich, wenn durch die Fortführung des operativen Geschäfts noch Gewinne erwirtschaftet werden, die in die Masse einfließen können. Andererseits kann durch die Fortführung des Unternehmens und der damit einhergehenden möglichen defizitären Geschäfte die Masse auch vermindert werden. Die Interessen der Gläubiger sind je nach ihrer Stellung im konkreten Insolvenzverfahren verschieden. Gläubiger können zum einen Konkurrenten des Schuldners sein und damit ein Interesse an der Liquidation oder an der Übernahme des schuldnerischen Unternehmens haben. Während die ungesicherten Gläubiger ein Interesse an der Betriebsfortführung haben, da sie darin die einzige Möglichkeit ihrer Befriedigung sehen, haben die dinglich gesicherten Gläubiger ein Interesse an der Sanierung oder Liquidation des Unternehmens, abhängig von der Art ihrer Forderung. Die öffentlich-rechtlichen Gläubiger haben ein Interesse daran, dass ihre Rechte so wenig wie möglich angefochten werden, damit ihre Forderungen befriedigt werden. Ferner finden mögliche Interessen der Arbeitnehmer Berücksichtigung. Die Arbeitnehmer haben das Ziel, ihren Arbeitsplatz zu erhalten und somit ihr monatliches Gehalt zu sichern. Auch die Absicht, offene Gehaltsforderungen vollständig und zeitnah ausbezahlt zu bekommen, spielt für das Interesse der Fortführung und der späteren Sanierung des Unternehmens eine nicht unwesentliche Rolle. Ferner können die Gläubigerinteressen durch eine persönliche Beziehung zum Schuldner beeinflusst werden.

- 13** Für den Schuldner steht seine unternehmerische Freiheit und Entscheidungsmacht auf dem Spiel. Grundsätzlich hat der Schuldner ein Interesse daran, sein Unternehmen vor der Liquidation zu schützen und eine Sanierung zu erreichen.³²⁾ Sei es, weil es sich um ein Familienunternehmen handelt und das Unternehmen damit die Existenzgrundlage der Familie darstellt. Oder sei es, weil die Insolvenz durch einen Ausfall einer hohen Forderung herbeigeführt worden ist und somit ein einmaliges Ereignis darstellt, bei dem die Fortführung des Unternehmens ein berechtigtes Ziel des Schuldners sein kann. Bei einem zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits eingestellten Geschäftsbetrieb besteht keine vernünftige Fortführungsmöglichkeit.
- 14** Das Gesetz muss den Rahmen schaffen, die widerstreitenden Interessen in einen gerechten Ausgleich zu bringen. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter hat die Aufgabe, das Gesetz und die Vorstellung des Gesetzgebers umzusetzen. Dabei kann der (vorläufige) Insolvenzverwalter als *„objektiver, aber nicht rechts- oder handlungsneutraler Vertreter der Gläubigerinteressen und des öffentlichen Interesses, zugleich aber auch Interessenwahrer für einen vom Gesetz „entmündigten“ Gemeinschuldner“*⁽³³⁾ beschrieben werden. Die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzver-

32) Zur Verhältnismäßigkeit des Sofortvollzugs der Zwangsstillegung bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und der Fortführung der Apotheke durch den Insolvenzverwalter *d'Avoine*, ZInsO 2015, 1725 ff. (1725 ff.).

33) *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229 ff. (230).

walters unterstreicht zugleich die vermittelnde Stellung, die dieser während des Insolvenzverfahrens innehat. Diese Unabhängigkeit verpflichtet den (vorläufigen) Insolvenzverwalter, die verschiedenen Interessen zu berücksichtigen und zu koordinieren.

Dabei ist der (vorläufige) Insolvenzverwalter auf die Unterstützung des Gesetzgebers angewiesen. Der Gesetzgeber muss einen institutionellen Rahmen für eine abstrakte Vertrauensanknüpfung schaffen. Transparenz bei der Zulassung zum (vorläufigen) Insolvenzverwalteramt, einhergehend mit einer konkreten Normierung der Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter, kann dazu beitragen, dass die Gerichte stärker in die Seriosität von konkreten Vorschlägen beziehungsweise Anregungen der Gläubiger oder des Schuldners in Bezug auf einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter vertrauen.³⁴⁾ Ist das Verfahren der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters objektiviert, wird nicht zuletzt auch das Vertrauen in die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wachsen. Nur durch das von allen Beteiligten entgegengebrachte Vertrauen ist es dem Insolvenzgericht überhaupt möglich, einen für den konkreten Einzelfall geeigneten (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu bestellen. Das Vertrauen der Beteiligten untereinander³⁵⁾ sowie in die Institutionen und Instrumente der Insolvenzordnung schafft die Sicherheit, die gerade in der unsicheren Situation der Insolvenz benötigt wird.³⁶⁾ Das Vertrauen der einzelnen Beteiligten untereinander sichert auch den nötigen Informationsaustausch,³⁷⁾ der im Insolvenzverfahren unerlässlich ist. Der Informationsaustausch erleichtert dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter die angemessene Berücksichtigung der Interessen aller Verfahrensbeteiligter. Ferner wird durch den Informationsaustausch die Transparenz des Verfahrens gesteigert und mit der Steigerung der Transparenz wiederum das Vertrauen in das Insolvenzverfahren und auch in den (vorläufigen) Insolvenzverwalter gestärkt. Somit wird ein Kreislauf in Gang gesetzt, der auf dem

34) Vgl. **Vallender**, NZI 2007, 129 ff. (136).

35) Sehr interessant hierzu **Ripperger**, Ökonomik des Vertrauens (1998), 258 ff.: „*Soziale Dilemmata sind durch eine Divergenz zwischen individueller und kollektiver Rationalität gekennzeichnet. Für jeden Akteur existiert die Alternative, Ressourcen in die Realisierung eines kollektiven Ziels zu investieren, an dem alle Akteure gleichermaßen interessiert sind. Gleichzeitig hat er jedoch ein Interesse daran, seinen individuellen Vorteil nicht zugunsten des gemeinsamen Ziels, beispielsweise gegenseitig vorteiliger Kooperation oder der Bereitstellung eines öffentlichen Gutes, zu opfern. In einer solchen Situation kann dieses „kollektiv Rationale“ gerade deshalb unerreichbar sein, weil alle Beteiligten ihre Entscheidungen auf individuell rationales Kalkül gründen. Für die Überwindung sozialer Dilemmata ist vor allem das Vertrauen in das Vertrauen anderer notwendig.*“

36) Mit Bezug zum Vertrauen im Rahmen einer außergerichtlichen Unternehmensreorganisation **Eidenmüller**, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz (1999), 414 ff. und **Hölzle**, NZI 2010, 207 ff. (208).

37) Dieses Aussage basiert auf einer empirischen Untersuchung von **Späth**, Interpersonelles Vertrauen in Organisationen (2008), 169 ff., die nachweist, dass „je höher das Vertrauen ist, desto weniger Informationen verschweigt der Vertrauensgeber dem Interaktionspartner.“ Dabei werden einem bekannten Interaktionspartner höchst signifikant weniger Informationen verschwiegen als einem unbekannten Partner. Zudem verringert sich die Menge verschwiegener Informationen hoch signifikant mit zunehmender Vertrauensneigung des Vertrauensgebers.

Vertrauen der Beteiligten begründet ist und die Stärkung des Insolvenzverfahrens zum Ziel hat. Das Vertrauen ist folglich ein entscheidendes Element, um die Chancen eines erfolgreichen Insolvenzverfahrens zu erhöhen.

B. Die Rechtsstellung

- 16 Die rechtliche Stellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist seit Inkrafttreten der Konkursordnung³⁸⁾ Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Untersuchungen und kontroverser Diskussionen.³⁹⁾ Nach Inkrafttreten der InsO hat der Meinungsstreit neue Bedeutung erlangt, da durch die Beseitigung des Dualismus von Konkursordnung und Vergleichsordnung die Stellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters neu definiert wurde. Die intensive Auseinandersetzung mit der Rechtsstellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters hat dazu geführt, dass viele verschiedene Theorien zu dieser Problematik entwickelt wurden.
- 17 Doch nicht nur die Rechtsstellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist umstritten, sondern auch die Frage der praktischen Bedeutung und die Reichweite des Streits selbst.⁴⁰⁾ Ist ein Teil der Literatur von der praktischen Bedeutung dieses Streits eminent überzeugt, sieht hingegen der überwiegende Teil der Literatur, auch im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des RG und des BGH und deren Festlegung auf die Amtstheorie,⁴¹⁾ von der Bedeutung dieses Streits für die Praxis ab.⁴²⁾
- 18 Der Theorienstreit hat sich mit der Zeit so stark verästelt, dass eine knappe Darstellung kaum noch möglich ist. Eine Darstellung, die alle Theorien erfasst und alle für und gegen diese Theorien sprechenden Argumente aufgreift, ist von der Thematik dieser Arbeit nicht veranlasst. Auf Grund dessen werden an dieser Stelle nur die am stärksten vertretenen Theorien kurz aufgegriffen und gegeneinander abgewogen.⁴³⁾

38) Zum Zeitpunkt der Konkursordnung heißt der (vorläufige) Insolvenzverwalter Konkursverwalter.

39) Dazu **von Sarwey**, Konkurs-Ordnung (1901), § 6 Anm. 5: „Die Frage über die juristische Konstruktion der Stellung des Konkursverwalters ist eine sehr bestrittene. Die meisten Schriftsteller nehmen an, daß der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen sei, wobei allerdings von manchen eine Ausnahme hinsichtlich der Ausübung des Anfechtungsrechtes, hinsichtlich deren der Konkursverwalter Vertreter der Konkursgläubiger sei, gemacht wird. Andere sind der Ansicht, daß der Konkursverwalter überhaupt Vertreter der Gläubiger oder der „Gläubigerschaft“ sei. Wieder andere wollen den Konkursverwalter als Vertreter sowohl des Gemeinschuldners als auch der Gläubiger ansehen. Einzelne Schriftsteller endlich bezeichnen den Konkursverwalter als Vertreter der Konkursmasse (welche aber gar kein Rechtssubjekt ist!).“

40) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 14 Rn. 6.

41) Statt vieler LAG Berlin, Beschl. v. 6.12.2002 – 9 Ta 1726/02, NZA 2003, 630 f. (631).

42) **Kluth**, NZI 2000, 351 ff. (351 ff.); **Klopp/Kluth/Pechartscheck** in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 22 Rn. 20; vgl. LAG Hamm, Beschl. v. 2.2.2002 – 4 (14) Ta 24/02, NZI 2002, 273 ff. (275).

43) Zur Vertiefung siehe **Häsemeyer**, Insolvenzrecht (2007), Rn. 15.01 ff.; **Gerhardt** in: Jaeger, InsO, Band 2 (2007), § 56 Rn. 9 ff.; **Schmidt**, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen (1990), 107 ff.; **Erdmann**, KTS 1967, 87 ff.

Unstreitig ist, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter kein öffentliches Amt ausübt und keine staatliche Macht hat.⁴⁴⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter wird vom Insolvenzgericht ernannt. Von dem Insolvenzgericht leitet der (vorläufige) Insolvenzverwalter seine Legitimation ab.⁴⁵⁾ Seine Rechte und Pflichten ergeben sich aus der Insolvenzordnung.

Nach der Vertretertheorie sei der (vorläufige) Insolvenzverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners hinsichtlich der Insolvenzmasse, als Vertreter der Konkursgläubiger, der Gläubigergemeinschaft oder teils als Vertreter des Gemeinschuldners oder teils als Vertreter der Konkursgläubiger anzusehen.⁴⁶⁾ Diese Theorie ist aber abzulehnen, da der (vorläufige) Insolvenzverwalter kein Vertreter nur eines Verfahrensbeteiligten ist. Wäre das der Fall, wäre ihm ein Interessenausgleich versagt.⁴⁷⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter handelt mithin nicht subjekt-, sondern objektbezogen.⁴⁸⁾

Nach der Organtheorie sei der (vorläufige) Insolvenzverwalter Organ oder Repräsentant der Insolvenzmasse.⁴⁹⁾ Die Insolvenzmasse wird dabei als verselbstständiges Vermögen und damit als Rechtsträger behandelt.⁵⁰⁾ Für die Annahme der Insolvenzmasse als ein selbstständiges Rechtsobjekt fehlt es jedoch an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage, vergleiche § 80 InsO.⁵¹⁾ Der Organtheorie ist somit nicht zu folgen.

Die Theorie vom neutralen Handeln besagt, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter weder im fremden noch im eigenen Namen, sondern in seiner Eigenschaft als Verwalter objektbezogen auf die Konkursmasse als Sondervermögen und damit neutral handle.⁵²⁾ Problematisch ist, dass diese Theorie die Rechtsträgerschaft des Verwalterhandelns offen lässt. Aus § 164 Abs. 2 BGB folgt, dass die Zivilrechtsordnung

44) BVerfGE 116, 1 ff. (13); *Delhaes* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), Vorb. §§ 56 bis 79 Rn. 8 ff.

45) *Schick*, NJW 1991, 1328 ff. (1328).

46) *Wolff*, Konkursordnung (1921), § 78 Anm. 1 sieht den Verwalter wahlweise als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Gläubiger oder der Konkursmasse, jedenfalls als gesetzlichen Vertreter, der unter den Vorschriften der §§ 164–166 BGB steht, an; *von Wilmski*, Deutsche Reichs-Konkursordnung (1906), § 6 Anm. 5 sieht den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter des Gesamtschuldners hinsichtlich des zur Masse gehörigen Vermögens an; verneinend *von Sarwey*, Konkurs-Ordnung (1901), § 6 Anm. 5.

47) Vgl. *Henckel* in: Jaeger, Konkursordnung (1997), § 6 Rn. 166.

48) *Smid*, Praxishandbuch Insolvenzrecht (2007), § 9 Rn. 86; *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 144.

49) Statt vieler *Erdmann*, KTS 1967, 87 ff. (128 ff.), auf diesen eingehend *Papke*, KTS 1968, 49 ff.

50) *Stürner*, ZZZ 1981, 263 ff. (287 ff.); *Erdmann*, KTS 1967, 87 ff. (128 ff.).

51) *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 29 Rn. 7; *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 145; BGH, Urt. v. 27.10.1983 – I ARZ 334/83, BGHZ 88, 331 ff. (334).

52) *Kroth* in: Braun, InsO (2014), § 80 Rn. 22.

keine Willenserklärung kennt, die weder im eigenen noch im fremden Namen abgegeben wird.⁵³⁾

- 23 Nach der vor allem von *Karsten Schmidt*⁵⁴⁾ verbreiteten neuen Vertretertheorie, handele der (vorläufige) Insolvenzverwalter bei juristischen Personen und Konkurs- beziehungsweise insolvenzfähigen Personenvereinigungen als Vertretungsorgan und somit als deren obligatorischer Fremdliquidator, bei natürlichen Personen hingegen als deren gesetzlicher Vertreter, mit Beschränkung auf die Masse.⁵⁵⁾ Tritt die Situation ein, in der selbst die Verfahrenskosten nicht mehr gedeckt sind, steht die neue Vertretertheorie im Widerspruch zu der ausdrücklichen Regelung des § 207 InsO, der in dieser Situation die sofortige Beendigung der Liquidationstätigkeit des (vorläufigen) Verwalters vorschreibt.⁵⁶⁾
- 24 Nach der Amtstheorie sei der (vorläufige) Insolvenzverwalter als Organ der Rechtspflege kraft des ihm übertragenen privaten Amtes anzusehen, der im eigenen Namen die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse ausübe, mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Gemeinschuldner als Träger der den Gläubigern als Haftungsmasse zugewiesenen Insolvenzmasse. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter sei demnach nicht Vertreter eines bestimmten Beteiligten, sondern sei eigenverantwortlich tätig.⁵⁷⁾ Im Wesentlichen folgt die Rechtsprechung⁵⁸⁾ und der überwiegende Teil der Literatur⁵⁹⁾ der Amtstheorie. Der Amtstheorie gelingt es, durch die Zuordnung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zum „Amt“ die objektive Funktionsbestimmtheit des Verwalterhandelns angemessen zum Ausdruck zu bringen und der Regelung des § 80 InsO gerecht zu werden. Zudem beachtet die Amtstheorie, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Insolvenzmasse im Interesse aller Verfahrensbeteiligten zu verwalten hat. Ferner spricht auch der Gesetzeswortlaut der §§ 56 Abs. 2 S. 2, 57 S. 2, 59 Abs. 1 S. 1 und S. 2 InsO, die das „Amt“ des (vorläufigen) Insolvenzverwalters aufgreifen, für die Amtstheorie.⁶⁰⁾

53) *Wittkowski/Kruth* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 80 Rn. 39.

54) *Schmidt*, KTS 1984, 345 ff. (362 ff.); *ders.* KTS 1994, 309 ff. (310); *ders.* NJW 1987, 1905 ff. (1906); *ders.* NJW 1995, 911 ff. (912 f.); zustimmend *Lindacher* in: MünchKomm ZPO, Band 1 (2013), Vorb. § 50 Rn. 36; *Hüftege* in: Thomas/Putzo, ZPO (2013), § 51 Rn. 28a.

55) *Schmidt*, KTS 1984, 345 ff. (362 ff.); *Lüke* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Band II (2015), § 80 Rn. 36.

56) *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 14 Rn. 7.

57) *Ott/Vuia* in: MünchKomm InsO, Band 2 (2013), § 80 Rn. 27; *Mock* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 80 Rn. 58.

58) BGH, Urt. v. 10.3.1960 – II ZR 56/59, NJW 1960, 1006 ff. (1007); BGH, Urt. v. 26.1.2006 – IX ZR 282/03, ZInsO 2006, 260 f. (260).

59) *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht (2012), § 7 Rn. 68; *Mock* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 80 Rn. 58; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht (2007), Rn. 15.06; *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 80 Rn. 16 f.

60) Vgl. *Gerhardt* in: Jaeger, InsO, Band 2 (2007), § 56 Rn. 9.

C. Die Funktionen

Im Insolvenzverfahren kommt dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter eine überragende Bedeutung zu. So wird der (vorläufige) Insolvenzverwalter oftmals als zentrale Figur des Insolvenzverfahrens bezeichnet.⁶¹⁾ Auch die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wird als „*Schicksalsfrage des Insolvenzverfahrens*“⁶²⁾ deklariert. Dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter kommt diese zentrale Stellung zu, da dem Insolvenzgericht zwar die Verfahrensleitung und Überwachung der Tätigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters obliegt, nach § 80 Abs. 1 InsO geht im eröffneten Insolvenzverfahren jedoch das Recht des Schuldners zur Verwaltung und Verfügung über die Insolvenzmasse auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter über. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter wird durch seine Verwaltungs- und Verfügungsmacht innerhalb der insolvenzrechtlichen Selbstverwaltung zum alleinigen Organ mit unmittelbarer Außenwirkung.⁶³⁾ In weitreichendem Umfang wirkt der (vorläufige) Verwalter hierbei als Inspirator, Moderator und Organisator.⁶⁴⁾ 25

Diese wichtige Bedeutung und zentrale Stellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Insolvenzverfahren bedarf von allen Beteiligten Vertrauen in die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Das Insolvenzgericht muss darauf vertrauen, einen geeigneten und unabhängigen (vorläufigen) Insolvenzverwalter ausgewählt zu haben, der den Anforderungen des Einzelfalls genügt. Der Schuldner muss darauf vertrauen, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter sein Unternehmen aus der Krise führt und dabei die wirtschaftlich effizientesten Entscheidungen trifft. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter muss dabei auch das Interesse des Schuldners beachten, der möglicherweise eine Fortführung des Unternehmens aus persönlichen Gründen favorisiert. Und letztlich müssen auch die Gläubiger darauf vertrauen, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter sie aus der Insolvenzmasse optimal befriedigt. Nur das gegenseitige Vertrauensverhältnis der Beteiligten in Bezug auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter kann den Sanierungsstandort Deutschland zu einer neuen Insolvenzkultur⁶⁵⁾ führen.⁶⁶⁾ 26

61) *Wellensiek/Schluck-Amend* in: Römermann, MAH GmbH-Recht (2009), § 23 Rn. 251; *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 1 (siehe auch Fn. 26).

62) Dieses Diktum prägend, vgl. *Jaeger* (Fn. 5).

63) *Klopp/Kluth/Pechartscheck* in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 22 Rn. 1.

64) *Kluth*, NZI 2000, 351 ff. (353).

65) *Leutheusser-Schnarrenberger*, mit der Rede auf dem 7. Deutschen Insolvenzrechtstag am 18. März 2010 und der Forderung nach einer „anderen Insolvenzkultur“ (siehe Fn. 1).

66) So auch *Vallender*, NZI 2010, 838 ff. (838 ff.) „Heute fasse man unter den Begriff Insolvenz-kultur vor allem das Bestreben aller Verfahrensbeteiligter nach Maximierung der Gläubigerbefriedigung. (...) Voraussetzung für eine erfolgreiche Restrukturierung sei vor allem eine hohe Professionalität der Beteiligten und gegenseitiges Vertrauen.“; a.A. *Thiemann*, Die vorläufige Masseverwaltung im Insolvenzeröffnungsverfahren (2000), Rn. 168, der das Vertrauen der Gläubiger in den Insolvenzverwalter als unbeachtlich beurteilt.

D. Die Aufgaben

- 27 Die Insolvenzordnung weist dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter einen umfangreichen Aufgabenbereich zu, der stark nach der jeweiligen Verfahrensart variieren kann. Auf Grund dessen sind die Aufgaben des (vorläufigen) Insolvenzverwalters kaum abschließend aufzuzählen und werden im Rahmen dieser Arbeit nur überblicksartig dargestellt.⁶⁷⁾

I. Der starke vorläufige Insolvenzverwalter

- 28 Handelt es sich um einen sogenannten starken vorläufigen Insolvenzverwalter, bestellt das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter und erlegt dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO auf. Die Befugnis nach § 21 Abs. 1 S. 1 InsO, das Vermögen des Schuldners zu verwalten und über dieses zu verfügen, geht auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über. Der starke vorläufige Insolvenzverwalter hat dadurch nahezu alle Befugnisse wie der endgültige Insolvenzverwalter bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Nach § 22 Abs. 1 S. 2 InsO hat der starke vorläufige Insolvenzverwalter das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten, das schuldnerische Unternehmen bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen und zu prüfen, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Insolvenzverfahrens decken wird. Der starke vorläufige Insolvenzverwalter hat zur Sicherung des Schuldnervermögens das Vermögen in Besitz zu nehmen, dieses zu bewachen und zu verwalten. Verwertungshandlungen sind dem vorläufigen Insolvenzverwalter grundsätzlich untersagt.

II. Der schwache vorläufige Insolvenzverwalter

- 29 In der Praxis wird häufiger ein schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter als ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt. Dem Schuldner wird dabei kein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt. Eine Inbesitznahme, Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse steht dem schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter nicht zu. Der schwache vorläufige Insolvenzverwalter hat die Aufgabe, das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten.⁶⁸⁾ Dazu erfolgt zumeist die Anordnung, dass Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Seine einzeln zu bestimmenden Rechte und Pflichten werden im Bestellungsbeschluss angeordnet. Diese dürfen nicht umfangreicher sein als die Rechte und Pflichten des starken vor-

67) Zur Vertiefung **Becker**, Insolvenzrecht (2010), § 7 Rn. 368 ff., der zwischen den Aufgaben des Insolvenzverwalters, Eigenverwalters, Sachwalters, Treuhänders im Restschuldbefreiungsverfahren und dem vorläufigen Insolvenzverwalter differenziert. Jüngst zur Funktion des vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 21 Abs. 2 Nr. 2. Alt. InsO, **Ries**, ZIP 2013, 1612 ff.

68) Zur Reichweite der Kompetenzen des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters bei der Fortführung von Unternehmen im Eröffnungsverfahren **Hölzle**, ZIP 2011, 1889 ff.

läufigen Insolvenzverwalters. Die Person des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters muss jedoch auch der schwierigen Aufgabe der Fortführung des schuldenrischen Unternehmens gewachsen sein.⁶⁹⁾

III. Der (endgültige) Insolvenzverwalter

Zu Beginn der Insolvenzeröffnung ist die Insolvenzmasse des Schuldners noch in keinem verteilungsreifen Zustand, sondern ist diejenige Vermögensmasse, die der Insolvenzverwalter beim Schuldner tatsächlich vorfindet, die sogenannte „Ist-Masse“.⁷⁰⁾ Der Insolvenzverwalter hat zunächst die Aufgabe, die Ist-Masse in Besitz zu nehmen gemäß § 148 InsO.⁷¹⁾ **30**

Im Anschluss daran hat der Insolvenzverwalter die Aufgabe, die sogenannte „Soll-Masse“ zu identifizieren und zu definieren. Die Soll-Masse ist das gesamte pfändbare Vermögen des Schuldners, wie es bei der Insolvenzeröffnung besteht und auf das sich der Gesamtvollstreckungszugriff materiell erstreckt.⁷²⁾ Die Soll-Masse ist somit das materielle Haftungssubstrat.⁷³⁾ Der Insolvenzverwalter muss feststellen, welche Ansprüche und Verpflichtungen der Schuldner hat und die Ansprüche des Schuldners (§ 80 Abs. 1 InsO) sowie die gemeinschaftlichen Ansprüche der Gläubiger (§§ 92, 93 InsO) für die Masse einziehen. Dabei hat er besondere Rechte und vorrangige Ansprüche einzelner Gläubiger (§§ 47–55 InsO) zu berücksichtigen und aus der Masse zu erfüllen. Zu den schwierigsten Aufgaben des Insolvenzverwalters gehört dabei die Prüfung der Wirksamkeit der Absonderungsrechte. Der Insolvenzverwalter ist nach § 167 Abs. 1 InsO verpflichtet, dem Absonderungsgläubiger Auskunft über den Zustand des Absonderungsguts zu erteilen oder dem Absonderungsgläubiger zu gestatten, das Sicherungsgut zu besichtigen.⁷⁴⁾ Erklärt der Insolvenzverwalter im Rahmen des Abschlusses einer Verwertungsvereinbarung im Insolvenzeröffnungsverfahren, dass er die Wirksamkeit der Absonderungsrechte anerkennt, vertrauen die absonderungsberechtigten Gläubiger auf diese Erklärung.⁷⁵⁾ Damit die Gläubiger dieses Vertrauen nicht verlieren, bedarf es seitens des Insolvenzverwalters einer besonders bedachten Prüfung hinsichtlich der Absonderungsrechte. **31**

Nach der Feststellung der Insolvenzforderungen hat der Insolvenzverwalter die Insolvenzmasse nach den Zielvorgaben der Gläubigerversammlung (§ 157 InsO) zu verwerten und den Erlös an die Insolvenzgläubiger zu verteilen (§§ 187 ff. InsO). **32**

69) BGH, Urt. v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, NJW 2002, 3326 ff. (3329); dazu *Spliedt*, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, EWiR 2002, 919 f. (919 f.).

70) *Adolphsen* in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 39 Rn. 1.

71) *Hirte* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 35 Rn. 46.

72) *Hölzle* in: Vallender/Undritz, Praxis des Insolvenzrechts (2012), Kapitel 5 Rn. 5.

73) *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung (2011), § 8 Rn. 20.

74) *Ringsmeier* in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz (2010), § 15 Rn. 84.

75) Vgl. *Tetzlaff* in: MünchKomm InsO, Band 2 (2013), Vorb. §§ 166–173 Rn. 40 ff.

Dabei kommen als drei gleichberechtigte Wege zur Zielerreichung die Liquidation, die übertragende Sanierung sowie das Insolvenzplanverfahren in Betracht.

- 33 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter eine große Verantwortung trägt. Er hat rechtlich wie wirtschaftlich komplexe Aufgaben zu übernehmen. Demnach sind sehr hohe Anforderungen an die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu stellen.

§ 2 Chronologie der kontroversen Diskussion der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

- 34 Um die intransparente Materie der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in ihrem Gesamtzusammenhang verstehen und vollständig durchdringen zu können, ist es geboten, einen historischen Rückblick vorzunehmen. Gerade auch im Hinblick auf die Fortentwicklung eines vor weit über 100 Jahre in Kraft getretenen Gesetzes, das seinerseits die Wurzeln im römischen Recht hat und auf über Jahrhunderte gewachsene und verdichtete europäische Einflüsse und Erfahrungsgrundsätze zurückgeht, ist eine kurze Darstellung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung sinnvoll. Noch heute haben Grundzüge des römischen Prozess-, Vollstreckungs- und Insolvenzrechts Geltung. Durch die Aufbereitung des rechtshistorischen Hintergrundes soll es ermöglicht werden, sowohl die Kritik als auch die Lösungsansätze der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters (besser) beurteilen zu können. Die Kenntnis von der Geschichte des Insolvenzrechts kann nicht hoch geschätzt werden.⁷⁶⁾

A. Insolvenzrechtliche Entwicklung vom Altertum über das Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert

- 35 Im vorderasiatisch-orientalischen Raum finden sich erste Ansätze einer Praxis des Vollstreckungsrechts im Rechtsbuch des babylonischen Königs Hammurabi,⁷⁷⁾ dem sogenannten Codex Hammurabi. Danach konnte der Schuldner samt seiner Familie in Schuldknechtschaft fallen und seine Schuld in dem Haus und dem Hof des Gläubigers abarbeiten. Der Schuldner wurde erst nach drei Jahren mit Erlöschen der Schuld frei.⁷⁸⁾ Auch bei den Sumerern und in Israel war es üblich, dass im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Schuldner sich selbst oder seine Familienangehörigen verkaufte oder verpfändete.⁷⁹⁾

76) So auch **Baur/Stürner**, Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht (1990), Rn. 3.1.

77) Hammurabi (auch: Hammurapi) war von 1792 bis 1750 v. Chr. der 6. König der ersten Dynastie von Babylonien und trug den Titel König von Sumer und Akkad.

78) **Keller**, Insolvenzrecht (2006), Rn. 25.

79) **Boecker**, Recht und Gesetz im Alten Testament und im Alten Orient (1984), 135 ff.; **Trinkner**, BB 1992, 2441 ff. (2441 f.); **Uhlenbruck**, DZWIR 2007, 1 ff. (1).

Verschiedene Rechtsbestimmungen, die mittelbar eine ähnliche Rechtspraxis ansprechen, kennt das Alte Testament.⁸⁰⁾ Das Neue Testament differenziert sogar zwischen dem Schuldrecht und dem Vollstreckungsrecht.⁸¹⁾ Die Personalexekution durch Inhaftierung des Schuldners sollte den zahlungsunwilligen Schuldner zur Zahlung bewegen.⁸²⁾ 36

Das Zwölftafelgesetz von 451 v. Chr. ist eine der ersten schriftlichen Aufzeichnungen, die die Nichterfüllung einer rechtswirksam begründeten Schuldverbindlichkeit als ein strafbares Delikt, das von den Gläubigern geahndet werden konnte, festgehalten hat.⁸³⁾ Dem Gläubiger war es gestattet, den Schuldner bei Nichterfüllung der Urteilsverpflichtung und sofern sich auch am dritten Markttag niemand fand, der ihn durch Zahlung der Schuldsumme auslöste, in die Sklaverei zu verkaufen.⁸⁴⁾ In der Entwicklung des römischen Rechts wurde ab etwa 326 v. Chr. die Personalexekution zur Realexekution durch die lex Poetilia und die Entwicklung des prätorischen Rechts. Bis etwa 111 v. Chr. wurde daraus die Vermögensvollstreckung durch Einweisung der Gläubiger in den Besitz des Schuldnervermögens (missio in bona) entwickelt. In diesem Zusammenhang tritt das erste Mal eine Form des (vorläufigen) Insolvenzverwalters auf: Die Einweisung der Gläubiger in das Schuldnervermögen erfolgte mit der Zielrichtung der Erhaltung und der Verwaltung des Vermögens (rei servandae causa) durch einen Vermögenspfleger (curator bonorum).⁸⁵⁾ Der curator bonorum hatte im Wesentlichen die Aufgabe, „das Vermögen des Schuldners rein und vollständig herzustellen, dasselbe, so lang es notwendig ist, zweckmäßig zu verwalten und für den Verkauf der Güter auf geeignete Art zu sorgen.“⁸⁶⁾ Die Vermögensvollstreckung erfolgte in der Weise, dass der Prätor als Rechtspflegeorgan und Träger der Zivil- und Strafggerichtsbar- 37

80) Ex 21, 2 (zur Sklavenfreilassung und Entschuldung) und Lev 25, 10 (zum Schuldenerlass im sogenannten Jubeljahr).

81) Mt 18, 23–25; Luk 16, 1–8.

82) Mt 18, 23–25.

83) Vgl. **Stüdemann** in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, Festschrift Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln (1977), 401 ff. (414 f.). Nach dem römischen Zwölftafelgesetz aus dem Jahre 451 v. Chr. verfiel der Schuldner einem unerbittlichen Gesetz, so heißt es in einer Vorschrift der dritten Tafel des Zwölftafelgesetzes: „Der Gläubiger soll den Schuldner vor Gericht führen. Erfüllt dieser seine Urteilsverpflichtung nicht (...), soll ihn der Gläubiger mit sich führen, fesseln, entweder mit einem Strick oder mit Fußfesseln im Gewicht von 15 Pfund, nicht mit stärkeren, wenn der Gläubiger aber will, mit leichteren. Wenn der Schuldner will, soll er sich selbst verpflegen. Geschieht das nicht, soll ihn der Gläubiger, der ihn gefesselt hält, täglich mit einem Pfund Spelzbrei versorgen. Wenn der Gläubiger will, soll er mehr geben.“

84) **Kaser/Knüttel**, Römisches Privatrecht (2008), § 81 Rn. 10 ff.; **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 3; umstritten ist, ob der Gläubiger auch zur Tötung des Schuldners befugt war.

85) **Kaser/Knüttel**, Römisches Privatrecht (2008), § 85 Rn. 6; nach **Dabelow**, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concourse (1801), 479 f., sei der curator bonorum gewissermaßen Stellvertreter des Richters und eine Art von Commissarius gewesen, den der Richter zur Regelung des Schuldenwesens einsetzte, wenngleich er von den Gläubigern gewählt wurde.

86) **Von Bayer**, Theorie des Concurs-Processes nach gemeinem Rechte (1868), 111.

keit per Dekret die Beschlagnahme des Vermögens erklärte. Zudem erfasste der Prätor die Beschlagnahme des Vermögens in einem Verzeichnis und machte sie öffentlich bekannt. Durch die öffentliche Bekanntmachung sollten möglichst alle Gläubiger am Verfahren beteiligt und ihre Forderungen gleichmäßig befriedigt werden. Innerhalb einer 30-tägigen Frist⁸⁷⁾ ab der öffentlichen Verkündung der Beschlagnahme des Vermögens (Proskriptionsfrist) konnten alle Gläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner anmelden (proscriptio bonorum). Die Gläubiger waren berechtigt, die Erträge aus bestehenden oder neu abgeschlossenen Miet- und Pachtverträgen für sich zu vereinnahmen.⁸⁸⁾ War kein Verwalter bestellt, so wurde aus der Mitte der Gläubiger ein Geschäftsführer (magister bonorum)⁸⁹⁾ gewählt, der die Veräußerung des Schuldnervermögens durch Versteigerung und Zuschlag an den Meistbietenden sowie die gleichmäßige Verteilung des Erlöses (par conditio creditorum) unter Aufsicht des Prätors an die Gläubiger durchführte.⁹⁰⁾ Der heutige (vorläufige) Insolvenzverwalter findet somit seinen Ursprung im römischen Recht der Realexekution. Rechtsgeschichtlich ist demnach festzuhalten, dass es die Einbeziehung von Personen zur Wahrnehmung von Verwalterfunktionen im Konkurs eines Schuldners erst nach dem Übergang von der Personalexekution zur Sachexekution und der Bildung eines Verfahrens, das aus Billigkeitserwägungen das Vorzugsrecht des einzelnen Gläubigers beseitigt, zu Gunsten eines Konkursverfahrens, das den Verlust nach dem Grundsatz der „*par conditio creditorum*“ auf alle Gläubiger gleichmäßig verteilt, gibt.⁹¹⁾

- 38 Als Ausdruck des Leistensollens des Schuldners blieb als weiteres Zwangsvollstreckungsmittel die Schuldknechtschaft bestehen. Erst durch die lex Iulia unter Augustus (31 v. Chr. bis 14 n. Chr.) wurde die Schuldknechtschaft eingeschränkt, sofern der Schuldner ohne sein Verschulden in Überschuldung geraten war und den Gläubigern freiwillig sein Vermögen abtrat (cessio bonorum).⁹²⁾
- 39 Mit Beginn der Kaiserzeit wurde die ursprünglich durch den magister bonorum als venditio bonorum praktizierte Versteigerung des Schuldnervermögens im Ganzen an einen bonorum emptor durch das Verfahren des Einzelverkaufs der Vermögenswerte ergänzt. Für dieses Verfahren wurde ein curator bonis distrahendis eingesetzt, der das Vermögen zunächst verwaltete und, wenn der Ertrag nicht ausreichte, insgesamt oder einzeln veräußerte und den Erlös unter den Gläubigern pro rata aufteilte.

87) Beim Nachlasskonkurs betrug diese Frist 15 Tage.

88) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 4.

89) Ob der magister bonorum, zumindestens zum Teil, die Aufgabe der Verwaltung des Schuldnervermögens innehatte, ist sehr umstritten: Im Ganzen verneinend **Degenkolb**, Magister und Curator im Altrömischen Konkurs (1897), 1 ff.; anders hingegen, **Solazzi**, Il concorso dei creditori nel diritto romano, Band 3 (1940), 80 ff.

90) **Stürner** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), Einl. Rn. 26; **Kaser/Knützel**, Römisches Privatrecht (2008), § 85 Rn. 6; **Mayer-Maly**, Römisches Recht (1999), 215.

91) Vgl. **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 8 ff.

92) **Kaser/Knützel**, Römisches Privatrecht (2008), § 85 Rn. 9.

Der Gläubiger hat insoweit ein Wahlrecht, ob eine Verwertung des Vermögens im Ganzen oder nur im Einzelnen stattfinden soll.⁹³⁾

In der Zeit nach dem römischen Kaiser Diokletian (284 bis 305 n. Chr.) wurde die **40** *vendito bonorum* beseitigt und allein die Möglichkeit des Einzelverkaufs durch den *curator* mit richterlicher Bewilligung blieb bestehen.⁹⁴⁾

Durch den *Codex Justinianus* (529 n. Chr.) erfolgte ein Versuch der Neuordnung **41** des Konkursverfahrens. Der *Codex Justinianus* beinhaltete, dass der *curator*, der im Rahmen der Verwertung des Vermögens kraft Richterspruchs für die Gläubigerschaft den Verkauf durchführte, zu beschwören hatte, dass er diesen im guten Glauben und mit allem Fleiße besorgen würde.⁹⁵⁾

Im Mittelalter veränderte sich die Kultur und mit der Kultur auch das Recht. In den **42** vielen Verfahrensordnungen fanden sich sowohl Elemente der Personalvollstreckung als auch der Vermögensvollstreckung.⁹⁶⁾ Zunächst entstanden in den großen oberitalienischen Handelsstädten auf die besonderen Bedürfnisse der Kaufleute zugeschnittene einzelne Stadtrechte (Statutarrechte).⁹⁷⁾ Dabei waren insbesondere der Grundsatz der Gläubigerautonomie und der Grundsatz der Selbsthilfe ausgeprägt.⁹⁸⁾ Bis heute haben die italienischen Statutarrechte das Konkursrecht bis in viele Einzelheiten praktisch schon vorweggenommen. Nach den Statutarechten wurde entweder von der Gläubigerversammlung direkt oder durch einen von dieser gewählten magistratus ein Verwalter (*curator*) ernannt und vom Gericht bestimmt. Zur Erhebung von Klagen und zur Prüfung von Ansprüchen konnte daneben auch noch ein *procurator* von den Gläubigern bestimmt werden.⁹⁹⁾

In Deutschland war das Mittelalter geprägt von den Stadtrechten und Landesrechten. **43** Während die deutschen Stadtrechte von dem Gedanken der Prävention geleitet wurden, regelten die Landesrechte des 16. und 17. Jahrhunderts überwiegend die Einzelvollstreckung. Ein Überschuldungsverfahren auf Gläubigerinitiative oder als Folge der *cessio bonorum* des Schuldners war in den Landesrechten nur ausnahmsweise ausführlicher geregelt.¹⁰⁰⁾ Nur vereinzelt fanden sich Vorschriften für den Konkurs- bzw. Überschuldungsfall. Im Rahmen der Stadtrechte konnten die Gläubiger

93) **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 9.

94) **Birkmeyer**, Encyklopädie der Rechtswissenschaft (1901), 716.

95) **Dabelow**, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concourse (1801), 495; **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 10 f.; **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 4.

96) **Vallender**, NZI 2010, 838 ff. (839).

97) **Frege/Keller/Riedel**, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Einl. Rn. 13.

98) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 8.

99) **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 14.

100) **Baur/Stürner**, Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht (1990), Rn. 3.11.

und der Schuldner das Verfahren beantragen. Städtische Organe (Vogt, Bürgermeister etc.) verwahrten das Vermögen des Schuldners. Die Gläubiger hatten regelmäßig ein Selbstverwaltungsorgan (curator bzw. curatores oder procuratores). Seine Funktion und Kompetenzen gegenüber dem magistratischen Gerichtsorgan waren aber sehr unterschiedlich geregelt.¹⁰¹⁾

- 44 Nach dem System des sächsischen Rechts galt in Deutschland bis zum 15. und 16. Jahrhundert allgemein der Grundsatz des Vorrangs desjenigen Gläubigers, der im Wege des Arrestprozesses zuerst Zugriff auf das Schuldnervermögen nahm und einen pfandrechtsähnlichen Beschlag für sich alleine erwarb und allen weiteren Gläubigern vorging, die erst nach ihm einen solchen Beschlag erwarben.¹⁰²⁾ In diesem System war für Verwalterfunktionen kein Bedarf.¹⁰³⁾ Ausgehend von den großen Hansestädten, Lübeck (Lübischer Kodex 1294), Hamburg und Bremen wurde dieses System allmählich durchbrochen. Dabei entwickelte sich eine Organisation, die die Aufstellung von Konkursverwaltern (capitanei creditorum oder procuratores) mit weitgehender Verwaltungs- und Veräußerungsmacht vorsah.¹⁰⁴⁾ So wurden nach dem Hamburger Stadtrecht von 1603 und später auch nach der Hamburger Fallitenordnung von 1753 Kuratoren von den Gläubigern benannt, die obrigkeitlich zu bestätigen waren.¹⁰⁵⁾ Auch die Frankfurter Reformation von 1578 wurde vom römisch-italienischem Recht geprägt. Im Jahr 1611 wurde die Frankfurter Reformation nochmals erweitert. Hierbei wurde dem curator bonorum im Rahmen der sogenannten Gantabwicklung¹⁰⁶⁾ ein Prüfungsrecht hinsichtlich der Anmeldungen zugesprochen. Der curator bonorum hatte den Gläubigern gebührend Rede zu stehen und nur solche Anmeldungen anzuerkennen, welche genugsam dargetan und bewiesen werden.¹⁰⁷⁾ Auch das bayerische Landrecht von 1616 wurde von dem römisch-italienischem Recht beeinflusst. Das bayerische Landrecht von 1616 sah vor, dass Kuratoren, die durch Gläubiger gewählt oder durch das Gericht benannt wurden, für den Verkauf der Massegüter zuständig waren.¹⁰⁸⁾ Ferner beinhaltete die Eisenacher Gerichtsordnung von 1702 die Wahrnehmung der Verwaltertätigkeit durch einen curator bonorum.¹⁰⁹⁾

101) Zur Vertiefung **Baur/Stürner**, Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht (1990), Rn. 3.10.

102) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 7.

103) Vgl. **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 29.

104) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 7; **Kohler**, Leitfaden des deutschen Konkursrechts (1903), 29 ff.

105) **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 32 f.

106) „Gant“ ist ein Begriff aus dem Zwangsvollstreckungs- bzw. Insolvenzrecht aus dem süddeutschen, österreichischen und schweizerischen Raum. Gant hat die Bedeutung Konkurs, (öffentliche) Versteigerung oder Zwangsversteigerung.

107) **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 33 f.

108) **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 34.

109) **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 34.

Ein maßgeblicher Einfluss auf die europäischen Insolvenzrechte trat im Zuge der weiteren Entwicklung durch das von Salgado de Samoza 1646 in Spanien verfasste Grundlagenwerk „*Labyrinthus creditorum concurrentium*“ ein.¹¹⁰⁾ Dieses Werk beinhaltet ein streng gerichtsorientiertes, aber auch langwieriges Verfahren, in dem Verwaltung, Feststellung und Zahlung sämtlichst dem Gericht oblag.¹¹¹⁾ Aus diesem Werk stammt der Begriff „*concursum creditorum*“, dem Zusammenkommen der Gläubiger zur gemeinschaftlichen Befriedigung aus dem Schuldnervermögen.¹¹²⁾ Aber auch wenn das von Salgado de Samoza konzipierte spanische Konkursrecht eine starke Stellung des Gerichts beinhaltete, war dennoch vorgesehen, einen administrator nach dem einstimmigen oder dem Mehrheitswillen der Gläubigerschaft und notfalls auch dessen Bestimmung durch das Gericht, zu ernennen. Im weiteren Verfahren hat der administrator weitgehend als Organ des Gerichts mitgewirkt.¹¹³⁾

Im 19. Jahrhundert entwickelten zahlreiche europäische Staaten eigene Konkursgesetze. Diese waren vor allem durch die Regelungen des französischen Konkursrechts als Teil des französischen Handelsrechts, Ordonnance du commerce von 1673, dem Code de Commerce von 1807 und von dem Grundsatz der Gläubigerselbstverwaltung stark geprägt.¹¹⁴⁾ Dem gegenüber standen die deutschen partikularrechtlichen Kodifikationen des Konkursrechts im 18. Jahrhundert bis etwa Mitte des 19. Jahrhunderts unter dem starken Einfluss des spanischen Konkursrechts.¹¹⁵⁾ Als bedeutsame Gesetzeswerke sind vor allem die preußische Hypotheken- und Konkursordnung von 1722, die preußische Konkursordnung von 1855¹¹⁶⁾ und die bayerische Zivilprozessordnung von 1869 zu nennen, die jeweils einen von den Gläubigern gewählten oder notfalls vom Gericht ernannten Kurator beziehungsweise Masseverwalter und

110) **Baur/Stürner**, Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht (1990), Rn. 3.12.

111) **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 23, 34 ff.; **Frege/Keller/Riedel**, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Einl. Rn. 13; **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 7.

112) **Frege/Keller/Riedel**, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Einl. Rn. 13.

113) **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 26 f.; **Frege/Keller/Riedel**, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Einl. Rn. 13 verweisen darauf, dass dadurch, dass das Verfahren im Wesentlichen gerichtsorientiert und der Konkursverwalter somit lediglich ausführendes Organ war, ein wesentlicher Kritikpunkt am römischrechtlichen Konkursverfahren sich aus der Schwerfälligkeit des Verfahrens ergibt; auch **Baur/Stürner**, Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht (1990), Rn. 3.12 greifen diese Kritik auf, indem sie ausführen, dass „die Gläubigerselbstverwaltung des italienischen Statutarrechts durch gerichtliches Übergewicht abgelöst“ worden ist.

114) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 8.

115) **Birkmeyer**, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (1901), 717; **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 34 ff.

116) Danach ging die Gerichtsmacht auf die Gläubiger und den Verwalter über. Hingegen beschränkte sich die preußische Konkursordnung nicht auf den Kaufmannskonkurs, anders als das französische Vorbild, vgl. **Baur/Stürner**, Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht (1990), Rn. 3.21.

zum Teil daneben auch einen Kontraktor zum Bestreiten zu Unrecht geltend gemachter Ansprüche vorsahen.¹¹⁷⁾

B. Die deutsche Konkursordnung von 1877

- 47 Im Jahr 1870 beauftragte der Bundesrat den Reichskanzler Otto von Bismarck mit dem Entwurf einer einheitlichen Konkursordnung. Begründet wurde das Ersuchen mit der Unzulänglichkeit der einzelnen landesrechtlichen Konkursregelungen der Länder des norddeutschen Bundes (1866–1871) auf Grund zum Teil wesentlicher Unterschiede.¹¹⁸⁾ Die maßgeblich auf Entwürfe von Carl Hagens und Franz Förster basierende Reichskonkursordnung trat als Teil der sogenannten Reichsjustizgesetze am 1.10.1879 in Kraft.¹¹⁹⁾ Hauptziel der Konkursordnung von 1877 war die Vollstreckung der Gläubigeransprüche und deren gemeinsame Befriedigung durch ein von den Gläubigern selbst verwaltetes Verfahren, das lediglich unter der Aufsicht des Gerichts stand.¹²⁰⁾ Dabei hat sich die Konkursordnung als eine Art Kombination zwischen dem spanischen und dem System der oberitalienischen Stadtrechte etabliert. Im Gegensatz zu anderen Konkursgesetzen des 19. Jahrhunderts unterscheidet das Regelwerk nicht mehr zwischen dem Konkurs des Kaufmannes und dem Konkurs der Privatperson.¹²¹⁾ Die Konkursordnung von 1877 unterliegt einem System staatlich überwachter Selbstverwaltung.¹²²⁾ Die preußische Konkursordnung von 1877 greift in § 70¹²³⁾ die Ernennung eines Konkursverwalters durch das Gericht und in § 72¹²⁴⁾ ein Wahlrecht der Gläubiger hinsichtlich des Konkursverwalters auf. Seit der preußischen Konkursordnung von 1877 gehört die Funktion des Kontraktors zu den Aufgaben des Verwalters.¹²⁵⁾ Die Tatsache, dass die Konkursordnung von 1877 bis zum 31.12.1998 und damit über hundert Jahre gültig war, begründet sich auf ihrem klaren Aufbau, der stringenten Entwicklung der richtigen und zugänglichen Prinzipien, sowie durch eine einfache und schlichte Spra-

117) **Kohler**, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (1903), 36 f.; **Birkmeyer**, Encyklopädie der Rechtswissenschaft (1901), 71.

118) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 9; **Gottwald** in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 1 Rn. 8 ff.

119) **Thieme** in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, Festschrift Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln (1977), 35 ff. (65 ff.); **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 10 f.

120) **Kießner** in: Braun, InsO (2014), Einf. Rn. 6.

121) **Frege/Keller/Riedel**, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Einl. Rn. 14.

122) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 7 Rn. 11.

123) In § 70 der preußischen Konkursordnung von 1877 heißt es: „Der Konkursverwalter wird von dem Gerichte ernannt. Das Gericht kann demselben die Leistung einer Sicherheit auferlegen.“

124) In § 72 der preußischen Konkursordnung von 1877 heißt es: „In der auf die Ernennung eines Verwalters folgenden Gläubigerversammlung können die Konkursgläubiger statt des Ernenneten eine andere Person wählen. Das Gericht kann die Ernennung des Gewählten versagen.“

125) Vgl. **von Sarwey**, Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich (1901), Einl. Rn. 22.

che.¹²⁶⁾ Die Konkursordnung von 1877 gilt als das „*trefflichste der Reichsjustizgesetze*.“¹²⁷⁾

Nach Inkrafttreten der Konkursordnung wurde am 1.4.1935 eine Vergleichsordnung¹²⁸⁾ erlassen. Die Vergleichsordnung diente als Alternative zum Konkurs mit Zwangsvergleich.¹²⁹⁾ Erfasste die Konkursordnung noch kein ausdrückliches Anforderungsprofil für den Konkursverwalter, so war in § 38 VerglO ein Anforderungsprofil an den Vergleichsverwalter festgelegt: „*Zum Vergleichsverwalter ist eine geschäftskundige, von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Person zu bestellen.*“ 48

C. Die Insolvenzordnung von 1999

Spätestens seit Mitte der siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts waren die Konkursordnung und die Vergleichsordnung starken Belastungen ausgesetzt, da ein Funktionsverlust des Insolvenzrechts festzustellen war, weil Vergleiche selten zustande kamen und Konkurse nur noch geringe Erträge brachten.¹³⁰⁾ Im Jahr 1978 wurde vom Bundesjustizminister¹³¹⁾ eine Kommission für Insolvenzrecht eingesetzt. Einfluss auf die Reformüberlegungen übte dabei vor allem die US-amerikanische Reform des Bankruptcy Code und sein Reorganisationsverfahren aus.¹³²⁾ Nachdem das Bundesjustizministerium 1988 einen Diskussionsentwurf und Ende 1989 einen Referentenentwurf ausgearbeitet hatte, folgte im Jahr 1992 der Regierungsentwurf. Nachdem sich der Rechtsausschuss seit 1992 mit der Materie befasst hatte, beschloss der Bundestag am 21.4.1994 die Gesetzesfassung des Rechtsausschusses. Um den Bedenken der Landesjustizverwaltungen Rechnung zu tragen, einigten sich Bundesrat und Bundestag darauf, dass die Insolvenzordnung am 1.1.1999 in Kraft treten sollte. Die Insolvenzordnung trennt nicht mehr zwischen der Konkursordnung und der Ver- 49

126) **Gottwald** in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 1 Rn. 8.

127) **Jaeger**, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts (1973), 17.

128) Zur Vertiefung **Flessner**, Sanierung und Reorganisation (1982), 15 ff.

129) **Baur/Stürner**, Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht (1990), Rn. 3.24.

130) **Stürner** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), Einl. Rn. 33; zur Vertiefung **Uhlenbruck** in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, Festschrift Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln (1977), 3 ff., der eingehend die Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuordnung des Insolvenzrechts erläutert.

131) Vom amtierenden Bundesjustizminister **Hans-Jochen Vogel** (Amtszeit: 16.5.1974 bis zum 22.1.1981).

132) **Stürner** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), Einl. Rn. 35; **Wienberg**, MittRhNotK 1999, 1 ff. (1); der amerikanische Einfluss (Bankruptcy Code, Chapter 11, Reorganization) wurde in Deutschland, vor allem durch den deutsch-US-amerikanischen Rechtswissenschaftler **Stefan Albrecht Riesenfeld**, verbreitet.

gleichsordnung, sondern hat diese abgelöst.¹³³⁾ Als wesentliche Ziele wurden, entsprechend der Kritik an der Konkursordnung, unter anderem die Gleichwertigkeit der Verfahrensziele der Liquidation und der Sanierung, die Beseitigung der Massearmut durch erleichterte und frühzeitige Verfahrenseröffnung, die Herabsetzung der Kostenschwelle, die Stärkung der Gläubigerautonomie, die Abschaffung der Gläubigervorrechte, das Insolvenzplanverfahren und die Restschuldbefreiung gesetzlich verankert.¹³⁴⁾ Durch das System der Deregulierung und der flexiblen, marktkonformen Insolvenzabwicklung sollte eine optimale Haftungsverwirklichung und gemeinsame und gleichmäßige Befriedigung unter Einbeziehung und mehrheitlicher Mitbestimmung der Gläubiger realisiert werden, wobei auch die Teilnahme der absonderungsberechtigten Gläubiger an der Mitbestimmung vorgesehen wurde.¹³⁵⁾

- 50 Hinsichtlich des (vorläufigen) Insolvenzverwalters hat die Insolvenzordnung von 1999 neue und deutlich höhere Anforderungen in § 56 InsO¹³⁶⁾ festgelegt.¹³⁷⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter hat grundsätzlich die Aufgabe und Pflicht, insolvente Unternehmen zum Zwecke der Sanierung fortzuführen (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO) und Insolvenzpläne auszuarbeiten (§§ 1, 217 ff. InsO). In § 56 Abs. 1 InsO heißt es: „*Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern unabhängige natürliche Person zu bestellen.*“ Im Wesentlichen hat der Gesetzgeber damit die Formulierung des § 38 InsO übernommen. Er hat jedoch vor dem Wort „*geschäftskundig*“ ein „*insbesondere*“ eingefügt, um damit zu betonen, dass der Geschäftskunde des (vorläufigen) Insolvenzverwalters überragende Bedeutung beizumessen ist.¹³⁸⁾ Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber erkannt hat, dass (vorläufige) Insolvenzverwalter mit betriebswirtschaftlichem Hintergrund beziehungsweise Kenntnissen, eine deutlich höhere Fortführungs- und Sanierungsquote aufweisen als lediglich juristisch ausgebildete Insolvenzverwalter.¹³⁹⁾ Mit der Hinwendung zur Re-

133) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 8 Rn. 9; in den neuen Bundesländern hat die Insolvenzordnung von 1999 die Gesamtvollstreckungsordnung (GesO) und das Gesetz zur Unterbrechung von Gesamtvollstreckungsverfahren (GÜG) abgelöst.

134) **Kießner** in: Braun, InsO (2014), Einf. Rn. 12 ff.; **Frege/Keller/Riedel**, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Einl. Rn. 15 ff.

135) **Pape** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 1 Rn. 4 ff.; **Kießner** in: Braun, InsO (2014), Einf. Rn. 12 ff., § 1 Rn. 3 f.; **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 8 Rn. 9 ff.

136) Das in § 56 InsO festgelegte Anforderungsprofil gilt auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO.

137) Ein Anforderungsprofil für Sanierungsberater beschreiben **Harz/Hub/Schlarb**, Sanierungs-Management – Unternehmen aus der Krise führen (1996), 201 f.

138) **Stapper**, NJW 1999, 3441 ff. (3442).

139) Nach einer empirischen Untersuchung von **Gessner/Rhode/Strate/Ziegert**, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland (1978), 223, wurde dieses über den Einfluss der Ausbildung des Konkursverwalters statistisch nachgewiesen; **Wellensiek**, AnwBl 1999, 505 ff. (507); wohl auch **Haarmeyer/Wutke/Förster**, Kommentar zur GesO (1998), § 5 Rn. 17.

organisation des Schuldners wird nun nicht mehr nur die Liquidation des schuldnerischen Vermögens geregelt, sondern dem tertiären und quartären Wirtschaftssektor Rechnung getragen.¹⁴⁰⁾ An den (vorläufigen) Insolvenzverwalter werden insoweit höhere Anforderungen gestellt, da eine erfolgreiche Liquidation einen hervorragenden Verkäufer voraussetzt und eine erfolgreiche Sanierung einen hervorragenden Unternehmer erfordert.¹⁴¹⁾

Hinsichtlich der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist anzuführen, dass bei Verfahrensbeginn allein der Insolvenzrichter über die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters entscheidet.¹⁴²⁾ Die Gläubiger haben in der ersten Gläubigerversammlung die Möglichkeit, einen anderen Insolvenzverwalter zu wählen. In der Praxis wird von dieser Möglichkeit jedoch nur sehr selten Gebrauch gemacht.¹⁴³⁾ **51**

D. Die Reform: Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) von 2012¹⁴⁴⁾

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) ist am 1.3.2012 in Kraft getreten.¹⁴⁵⁾ Damit ist die erste von insgesamt drei Stufen der Reform des Insolvenzrechts erreicht.¹⁴⁶⁾ Ein Schwerpunkt des ESUG ist es, die Gläubigerrechte zu stärken. Dieses Ziel soll durch den Ausbau und die Straffung des Insolvenzplanverfahrens, durch die Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung und durch eine größere Konzentration der Zuständigkeit der Insolvenzgerichte erreicht werden. Ferner ist insbesondere der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl **52**

140) **Paulus**, Insolvenzrecht (2007), 31 ff.

141) Vgl. **Paulus**, NZI 2008, 705 ff. (706).

142) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 81.

143) **Leithaus** in: Andres/Leithaus, InsO (2014), § 27 Rn. 2.

144) Auf die Stufe 3 der Reform des Insolvenzrechts (Regelungen für Konzerninsolvenzen und Insolvenzverwalter) (siehe Fn. 3) wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen, da zu dieser Stufe noch kein Gesetzesentwurf vorliegt.

145) Aus Sicht von **Gewitz**, Latham & Watkins LLP – Presse-Roundtable: Erfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht (15. Juni 2012) hat das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) einen Kulturwandel in Deutschland eingeleitet. Nach dem ESUG wird die Eigenverwaltung gefördert, die Position der Gläubiger gestärkt und mit dem Schutzschirmverfahren ein starker Anreiz zur frühzeitigen Beantragung des Insolvenzverfahrens geboten. Ferner werde es auch einen tiefgreifenden Wandel in der Unternehmensrestrukturierung geben, da der (vorläufige) Insolvenzverwalter künftig in der Lage sein müsse, sich mit einem vorher entwickelten Sanierungsplan auseinanderzusetzen. Nach **Grell**, Latham & Watkins LLP – Presse-Roundtable: Erfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht (15. Juni 2012) benötige der Kulturwandel allerdings seine Zeit, ähnlich wie es auch in Amerika gedauert habe, bis eine Insolvenz nach Chapter 11 und der damit verbundene Neustart zur Regel geworden sei.

146) Stufe 2 (Verbraucherinsolvenzverfahren, gegebenenfalls Einführung eines der Insolvenz vorgelagerten Sanierungsverfahrens) und Stufe 3 (Regelungen für Konzerninsolvenzen und Insolvenzverwalter).

des (vorläufigen) Insolvenzverwalters hervorzuheben.¹⁴⁷⁾ Durch die frühzeitige Einbindung der Gläubiger in das Insolvenzverfahren soll sichergestellt werden, dass die Gläubigerrechte gestärkt werden. Die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 22a InsO¹⁴⁸⁾ schon im Eröffnungsverfahren und die Beteiligung des Ausschusses im Vorfeld der Entscheidungen des Insolvenzgerichts, sollen in Zukunft den frühzeitigen Einfluss der Gläubiger sichern.

- 53** Den Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wahrt § 56a InsO. Nach § 56a Abs. 1 InsO ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss vor Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen, die an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu stellen sind und zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, zu äußern. Das Insolvenzgericht hat gemäß § 22a Abs. 1 InsO einen originären Pflichtausschuss einzusetzen, wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei Merkmale (6 Millionen Euro Bilanzsumme (Nr. 1), 12 Millionen Euro Umsatzerlöse (Nr. 2) oder 50 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt (Nr. 3))¹⁴⁹⁾ erfüllt hat. Das Insolvenzgericht soll unabhängig davon einen derivativen Pflichtausschuss gemäß § 22a Abs. 2 InsO einsetzen, wenn der Schuldner, der vorläufige Insolvenzverwalter oder ein Gläubiger Personen benennt, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und hiermit ihr Einverständnis erklärt haben. Daneben hat das Insolvenzgericht auch immer die Möglichkeit, einen fakultativen Gläubigerausschuss nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO einzusetzen.
- 54** Nach § 56a Abs. 2 InsO kann der vorläufige Gläubigerausschuss bei einem einstimmigen Beschluss die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters verbindlich festlegen. Hat sich der vorläufige Gläubigerausschuss auf eine bestimmte Person einstimmig festgelegt, darf das Gericht nach § 56a Abs. 2 S. 1 InsO von diesem Vorschlag nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Bei der Prüfung der Tauglichkeit hat das Insolvenzgericht die Anforderungen, die der vorläufige Gläubigerausschuss an den (vorläufigen) Insolvenz-

147) BT-Drs. 17/5712, 1 f.; **Fritsch**, Latham & Watkins LLP – Presse-Roundtable: Erfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht (15. Juni 2012) begrüßt die neu eröffnete Möglichkeit durch das ESUG, dass die Gläubiger im Insolvenzfall den (vorläufigen) Insolvenzverwalter aussuchen können. Die Abstimmung mit allen Gläubigern erhalte eher den Kern des Unternehmens.

148) Das Institut des vorläufigen Gläubigerausschusses wurde schon vor ESUG im Rahmen des Ermessens des Insolvenzgerichts eingesetzt, ist aber erst seit dem 1.3.2012 gesetzlich in § 22a InsO verankert.

149) An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass sich die Feststellung der Bilanzsumme (Nr. 1) und der Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt (Nr. 3) in der Praxis als problematisch erweisen. Die Bilanzsumme festzustellen dürfte Schwierigkeiten bereiten, da zumeist der Jahresabschluss auf den dem Insolvenzantrag vorangegangenen Abschlussstichtag noch nicht vorliegt. Ferner ist vom Gesetzgeber nicht geregelt, wie der Jahresdurchschnitt der Arbeitnehmerzahl zu ermitteln ist. Durch saisonalen Betrieb kann sich hierbei eine starke Schwankung ergeben. So schon **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 12 ff. Diese Problematik wird unter § 3 B. I. 1.5 näher beleuchtet.

verwalter festgelegt hat, zugrunde zu legen gemäß § 56a Abs. 2 S. 2 InsO. Hat das Insolvenzgericht mit Rücksicht auf eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners von einer Anhörung abgesehen, so kann der vorläufige Gläubigerausschuss nach § 56a Abs. 3 InsO in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person als die bestellte zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter wählen.

Daneben wird auch das Recht des Schuldners gestärkt. Der in § 56 Abs. 1 S. 1 InsO **55** verankerte Grundsatz der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wurde durch das ESUG dahingehend modifiziert, dass die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters nicht mehr allein deshalb ausgeschlossen werden darf, weil die Person vom Schuldner vorgeschlagen wurde oder den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat gemäß § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1, 2 InsO.

Somit wurde durch das ESUG die Aufgabe der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters weitestgehend von dem Insolvenzgericht auf die Gläubiger verlagert, **56** wohingegen die Aufgabe der Bestellung des Insolvenzverwalters beim Insolvenzgericht verblieben ist.

E. Zusammenfassung

Die Auswahl und Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters findet ihren **57** Ursprung im römischen Recht der Realexekution durch den curator bonorum und den magister bonorum. Auch im Mittelalter findet man eine Form des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wieder. Hervorzuheben ist hierbei, dass sich neben dem curator auch noch ein procurator herausbildete. Im Rahmen des sächsischen Rechts bedurfte es hingegen keiner Auswahl und Bestellung eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters, da der Grundsatz des Vorrangs desjenigen Gläubigers, der im Wege des Arrestprozesses zuerst Zugriff auf das Vermögen des Schuldners erlangte, Geltung hatte. Erst die Stadtrechte, die ihren Anfang in den nordischen Städten fanden, führten wieder den curator bonorum ein. Im 18. bis etwa Mitte des 19. Jahrhunderts entwickelten sich partikularrechtliche Kodifikationen des Konkursrechts, die jeweils einen von den Gläubigern gewählten oder notfalls vom Gericht ernannten Kurator und daneben noch einen Kontraktor zum Bestreiten zu Unrecht geltend gemachter Ansprüche vorsahen. Dabei ist eine Parallelität zum Mittelalter zu erkennen. Die preußische Konkursordnung von 1877 kodifiziert die Ernennung eines Konkursverwalters durch das Gericht und das Recht der Gläubiger in der ersten Gläubigerversammlung, einen anderen Konkursverwalter zu wählen. Die Vergleichsordnung von 1935 erfasste sogar schon ein Anforderungsprofil des Vergleichsverwalters. In der Insolvenzordnung von 1999 wird das Anforderungsprofil an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter noch erhöht. Die Reform von 2012 führt dazu, dass die Gläubiger mehr Einfluss auf die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters haben und die Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter stetig erhöht werden.

§ 3 Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters de lege lata

- 58** Im Rahmen des Eröffnungsbeschlusses erfolgt die Auswahl und die Bestellung des Insolvenzverwalters durch den Insolvenzrichter des sachlich und örtlich zuständigen Amtsgerichts gemäß §§ 2, 3, 27, 56 InsO, § 18 RPflG. Neben dem festgelegten Anforderungsprofil des § 56 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzrichter bei seiner Auswahlentscheidung auch die Verfahrensziele des § 1 InsO zu berücksichtigen. Seit der Reform durch das ESUG ist nun auch der Gläubigerwille bei der Insolvenzverwalterauswahl und -bestellung gesetzlich fixiert. Um die Gläubigerrechte zu stärken, hat der Insolvenzrichter nicht mehr das alleinige Auswahlrecht, sondern hat aktiv die Meinung der Gläubiger zu berücksichtigen. Um dieses Recht der Gläubiger zu sichern, hat der Gesetzgeber in § 22a InsO festgesetzt, unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzgericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen hat (Abs. 1) und unter welchen Bedingungen das Insolvenzgericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen soll (Abs. 2). Nach § 56a Abs. 1 InsO ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zu geben, sich vor der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu den Anforderungen, die an den Insolvenzverwalter zu stellen sind und zur Person des Insolvenzverwalters zu äußern, soweit dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt. Das Gericht darf dabei von einem einstimmigem Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist gemäß § 56a Abs. 2 S. 1 InsO. Nach § 56a Abs. 2 S. 2 InsO hat das Gericht bei der Auswahl des Verwalters die vom vorläufigen Gläubigerausschuss beschlossenen Anforderungen an die Person des Verwalters zugrunde zu legen. Über die Verweisung in § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 InsO gilt § 56a InsO auch für die Auswahl und die Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters.

A. Auswahl durch das Insolvenzgericht

- 59** Sieht das Insolvenzgericht den Eröffnungsantrag als zulässig und begründet an, hat es das Insolvenzverfahren durch Beschluss zu eröffnen. Im Rahmen des Eröffnungsbeschlusses hat das Insolvenzgericht den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu ernennen. Nach § 27 Abs. 1 S. 1 InsO erfolgt die Ernennung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht. Dabei ist der Richter funktional zuständig gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 RPflG. Das Gericht sieht von der Ernennung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ab, wenn es die Eigenverwaltung des Schuldners unter Aufsicht eines Sachwalters (§§ 270 ff. InsO) anordnet. Innerhalb des ihm gesetzlich vorgegeben Ermessens hat der Insolvenzrichter eine große Entscheidungsfreiheit bei der Einsetzung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters für den konkreten Einzelfall. Über die gesetzlich durch § 56 Abs. 1 InsO festgelegten Kriterien hat der Insolvenzrichter zum Zwecke der Qualitätssicherung allen Anforderungen zu genü-

gen, die zur Verwirklichung der Insolvenzverfahrenszwecke entwickelt wurden. Bei einem Auswahlverschulden seitens des Insolvenzrichters kommt eine Haftung aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG in Betracht.¹⁵⁰⁾

I. Die Auswahlkriterien

Der Gesetzgeber hat eine Trennung vorgenommen: § 56 InsO erfasst die allgemeinen Anforderungen an die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, während § 56a InsO sich auf die verbindlichen Vorschlagsrechte des vorläufigen Gläubigerausschusses bezieht. Die Auswahlkriterien bezüglich der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters spalten sich auf in die normierten Kriterien, die in § 56 Abs. 1 InsO festgelegt sind und die sonstigen Anforderungen, die sich nicht aus dem Gesetz ergeben.

60

1. Normierte Kriterien des § 56 Abs. 1 InsO

In § 56 Abs. 1 InsO ist der allgemeine Anforderungskatalog für die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gesetzlich fixiert. Für die Einsetzung als (vorläufiger) Insolvenzverwalter nach § 56 Abs. 1 S. 1 InsO ist „eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen“, die zur Übernahme des Amtes bereit ist. Mit der Reform des ESUG erfolgte zwar keine Veränderung der Anzahl der Kriterien des § 56 Abs. 1 InsO. Besonderheiten ergeben sich jedoch im Rahmen der Kriterien der Übernahmefähigkeit, der Unabhängigkeit und der Einzelfalleignung.

61

a) Natürliche Person

Nach § 56 Abs. 1 S. 1 InsO ist eine natürliche Person zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu bestellen.¹⁵¹⁾ Nur eine natürliche Person kann Gewähr für das Vertrauen bieten, das mit der persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters verbunden ist.¹⁵²⁾ Um in der Lage zu sein, die Bonität, Bildung, Erfahrung und Serio-

62

150) *Meyer-Löwy/Ströhm*, ZIP 2012, 2432 ff. (2434 f.); *Mönning/Schweizer* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 27 Rn 29 f.

151) Diese Voraussetzung wurde auch schon in der Zeit der Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsordnung gefordert. Aktuell ist eine Verfassungsbeschwerde einer deutschen Insolvenzverwalterkanzlei in der Rechtsform einer GmbH anhängig, die den pauschalen Ausschluss juristischer Personen als mit ihrem Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) unvereinbar rügt. Der Beschwerde ging ein Beschluss des BGH, Beschl. v. 19.9.2013 – IX AR (VZ) 1/12, NZI 2013, 1022 ff. voraus, der die Entscheidungen der Vorinstanzen bekräftigt, nach denen eine solche Beschränkung nach geltendem Recht unumgänglich sei.

152) *Seagon*, NZI 2015, 825 ff. (827 f.); *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 4.

sität einschätzen zu können, ist es in der Praxis nur selten der Fall, dass die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters dem Insolvenzgericht nicht bekannt ist.¹⁵³⁾

- 63** Die ursprünglich in § 65 Abs. 1 RegE-InsO zugelassene Möglichkeit, auch juristische Personen als (vorläufige) Insolvenzverwalter bestellen zu können, wurde vom Gesetzgeber abgelehnt. Damit wird vermieden, dass das Organ der juristischen Person, das heißt der tatsächliche Träger der Aufgaben der Verwaltung, ohne Beteiligung des Insolvenzgerichts und der Gläubiger ausgewechselt werden kann.¹⁵⁴⁾ Mit der Bestellungsbefugnis des Insolvenzgerichts und der Abwahlbefugnis der Gläubiger ist eine Einsetzung eines anderen gesetzlichen Vertreters einer juristischen Person nach gesellschaftsrechtlichen Regelungen nicht vereinbar.¹⁵⁵⁾ Soweit für das Insolvenzgericht und die Gläubiger erkennbar, würde ein Wechsel der Gesellschafter oder in der Geschäftsführung eine erneute Prüfung erfordern, ob das der Bestellung zugrunde liegende Vertrauen weiter gewährt werden kann.¹⁵⁶⁾ Ein weiterer Punkt ist die persönliche Haftung. Fehlt eine persönliche Haftung, könnten Nachteile für die Beteiligten entstehen.¹⁵⁷⁾ Auf Grund dessen wurde auch schon zu Zeiten der Konkursordnung die Bestellung einer juristischen Person als unzulässig abgewiesen.¹⁵⁸⁾

b) Übernahmebereitschaft

- 64** Das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters beginnt nicht sofort mit dem Erlass oder der Zustellung des Bestellungsbeschlusses, sondern erst mit der Amtsannahme durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter.¹⁵⁹⁾ Grundsätzlich ist der bestellte (vorläufige) Insolvenzverwalter nicht zur Übernahme des Amtes verpflichtet.¹⁶⁰⁾ Schlagen die Gläubiger oder schlägt der Schuldner eine Person als möglichen (vorläufigen) Insolvenzverwalter vor, so ist es ratsam, um unnötige Verfahrensverzögerungen zu vermeiden, dass das Insolvenzgericht im Vorfeld die Übernahmebereitschaft des potentiellen (vorläufigen) Insolvenzverwalters feststellt.¹⁶¹⁾ Ein Vorschlag der Gläubiger oder des Schuldners kann aber nur dann als verbindlich angesehen werden, wenn die benannte Person eine beim Insolvenzgericht gelistete Person ist, die die

153) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 16.

154) Zu den Konsequenzen der Bestellung einer juristischen Person als (vorläufigen) Insolvenzverwalter *Pape*, ZInsO 2015, 1650 ff. (1650 ff.).

155) *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 4; *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 15.

156) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 16.

157) Vgl. *Rein* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 60 Rn. 1 f.

158) *Braun*, BB 1993, 2172 ff. (2177); *Pape*, ZIP 1993, 737 ff. (738 f.).

159) OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.11.1972 – 4 U 79/72, KTS 1973, 270 ff. (272); *Zipperer* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 56 Rn. 63.

160) *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 28; *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 139; *Delhaes* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56 Rn. 24.

161) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 8.

Übernahmebereitschaft in allgemeiner Form dem Gericht gegenüber erklärt hat oder mit dem Vorschlag eine schriftliche Erklärung des Benannten beim Insolvenzgericht eingereicht worden ist. Dies ist darauf zurückzuführen, dass das Gericht keiner verfahrensleitenden Verpflichtung unterliegt, die Übernahmebereitschaft einer vom Schuldner oder von einem Gläubiger benannten Person zu erforschen und deshalb der Amtsermittlungsgrundsatz des § 5 Abs. 1 InsO nicht greift.¹⁶²⁾ Den Gläubigern und dem Schuldner ist es daher zu empfehlen, schon zum Zeitpunkt des Vorschlags zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters eine schriftliche Erklärung des Benannten, in der dieser seine Übernahmebereitschaft erklärt, beim Insolvenzgericht einzureichen.

c) Geschäftskunde

Nach § 56 Abs. 1 S. 1 InsO muss der (vorläufige) Insolvenzverwalter auch geschäftskundig sein. Die Geschäftskunde bezieht sich auf die Tätigkeit als (vorläufiger) Insolvenzverwalter. Dabei bezieht sich die Geschäftskunde im Rahmen des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO nicht auf das konkrete Insolvenzverfahren, sondern darauf, ob der (vorläufige) Insolvenzverwalter allgemein in der Lage ist, das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu übernehmen. Die Prüfung der Geschäftskunde unterliegt dem Ermessen des Gerichts. Das Gericht darf eine Person ohne einschlägige Vorbildung nicht zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter bestellen, auch wenn die Person Bereitschaft zeigt, sich das notwendige insolvenzrechtliche Wissen anzueignen.¹⁶³⁾ Von dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter werden juristische, wirtschaftliche und insolvenzrechtliche Kenntnisse gefordert. Neben einem abgeschlossenen rechts- und/oder wirtschaftswissenschaftlichen Hochschulabschluss werden auch theoretische Kenntnisse im materiellen Insolvenzrecht sowie im Insolvenzverfahrensrecht vorausgesetzt. Erforderlich ist auch die Kenntnis von betriebswirtschaftlichen Grundlagen. Zwar wird ein bestimmter Berufsabschluss, zum Beispiel als Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer oder Betriebswirt, nicht verlangt.¹⁶⁴⁾ Die Bezeichnung „*Fachanwalt für Insolvenzrecht*“ ist aber ein Indiz für das Vorliegen solcher theoretischer Kenntnisse.¹⁶⁵⁾ Für das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters kommen wegen ihrer berufsspezifischen Vorbildung vor allem Rechtsanwälte, Diplomkaufleute, Buchprüfer, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in Betracht.¹⁶⁶⁾ Auch wenn man die Hürde der Bestellung zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter überwunden

65

162) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 8.

163) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 18.

164) *Eickmann* in: Heidelberger Kommentar InsO (2011), § 56 Rn. 17.

165) Vgl. *Keller*, Insolvenzrecht (2006), Rn. 260; *Zipperer* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 56 Rn. 18.

166) *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Rn. 991f.

hat, besteht weiterhin die Pflicht, seine Kenntnisse durch ständige Fortbildung weiterzuentwickeln.¹⁶⁷⁾

d) Einzelfalleignung

- 66** Das Tatbestandsmerkmal der Eignung für den Einzelfall nach § 56 Abs. 1 S. 1 InsO geht zurück auf eine Ergänzung des Regierungsentwurfs durch den Rechtsausschuss, der eine schematische Auswahl nicht zulassen, sondern das Vorliegen der Eignung im Einzelfall vom Insolvenzgericht geprüft wissen wollte.¹⁶⁸⁾ Das Ziel ist es dabei, einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter auszuwählen, der für das konkrete Insolvenzverfahren geeignet ist.¹⁶⁹⁾ Mangels konkreter gesetzlicher Kriterien für die Eignung im Einzelfall hat das Tatbestandsmerkmal seine Konkretisierung in Rechtsprechung und Literatur erfahren. Die danach zu treffende Auswahl liegt im Ermessen des Gerichts.¹⁷⁰⁾ Ob der (vorläufige) Insolvenzverwalter für das Insolvenzverfahren geeignet ist beziehungsweise die erforderlichen Qualifikationen aufweist, hängt von verschiedenen Faktoren ab. So ergeben sich spezifische Anforderungen für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter insbesondere auf Grund des Unternehmens, der Branche, der Größe und des Marktsegments.¹⁷¹⁾ Der potentielle (vorläufige) Insolvenzverwalter hat alle Fähigkeiten aufzuweisen, um das konkrete Insolvenzverfahren pflichtgemäß und bestmöglich abzuwickeln.¹⁷²⁾ Eine Person ist geeignet, wenn sie die für eine Insolvenzverwaltung erforderliche persönliche Zuverlässigkeit und Befähigung mitbringt.¹⁷³⁾ Im Interesse der Vermeidung einer Verfahrensverzögerung und der bestmöglichen Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters für den Einzelfall, hat das Insolvenzgericht sich frühestmöglich einen Überblick über den Schuldner, sein Unternehmen und die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu verschaffen.¹⁷⁴⁾ Nur so ist gewährleistet, dass für den konkreten Einzelfall der geeignetste (vorläufige) Insolvenzverwalter bestellt wird.
- 67** Eine Besonderheit ergibt sich durch das ESUG: Ist ein vorläufiger Gläubigerausschuss nach § 22a InsO bestellt, hat das Insolvenzgericht bei seiner Entscheidung über den (vorläufigen) Insolvenzverwalter nach § 56a Abs. 2 S. 2 InsO die vom vorläufigen Gläubigerausschuss beschlossenen Anforderungen an die Person des (vor-

167) Dazu die Richtlinien des **DAV**, AnwBl 1992, 118 f. (119).

168) BT-Drs. 12/7302, 161, der ausdrücklich verlangt: „*Das Vorliegen der Eignung für den jeweiligen Einzelfall ist vom Insolvenzgericht zu prüfen.*“

169) **Uhlenbruck**, KTS 1998, 1 ff. (18 ff.); **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 23.

170) Vgl. **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56 Rn. 4; **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 22 f.; **Vallender**, DZWIR 1999, 265 ff. (266).

171) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 21.

172) **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56 Rn. 5 ff.

173) **Frege/Keller/Riedel**, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Rn. 991e.

174) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 22.

läufigen) Insolvenzverwalters zugrunde zu legen. Dadurch wird die Gläubigerautonomie gestärkt, denn gemäß § 56a InsO haben die Gläubiger nicht nur ein Benennungsrecht, sondern auch ein Recht zur Eignungsprüfung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Selbst wenn der vorläufige Gläubigerausschuss keine konkrete Person vorgeschlagen, sondern nur ein Anforderungsprofil vorgegeben hat, ist der aufgestellte Anforderungskatalog von den Gläubigern bei der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zugrunde zu legen. Anders als bei der Prüfung der Geschäftskunde, die allein dem Insolvenzgericht obliegt, hat das Insolvenzgericht bei der Prüfung der Einzelfälleignung immer den Willen der Gläubiger zu beachten.¹⁷⁵⁾

e) Unabhängigkeit

Gemäß § 56 Abs. 1 S. 1 InsO darf nur zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter bestellt werden, wer unabhängig ist. Dabei muss der (vorläufige) Insolvenzverwalter sowohl vom Schuldner als auch von den Gläubigern unabhängig sein. Die Unabhängigkeit ist dabei ausgeschlossen, wenn die Tätigkeit die Gefahr von Sondervorteilen oder tatsächlichen Sondervorteilen in sich birgt.¹⁷⁶⁾ Dabei ist allein die Möglichkeit der Pflichtwidrigkeit ausreichend, so dass es unerheblich ist, ob es sich um unmittelbare oder mittelbare Eigenvorteile oder Vorteile für andere Verfahrensbeteiligte handelt.¹⁷⁷⁾ Grundsätzlich darf der (vorläufige) Insolvenzverwalter weder identisch mit dem Schuldner oder einer dem Schuldner nahestehenden Person im Sinne der § 138 InsO, § 41 ZPO, § 22 StPO, § 3 BeurkG sein,¹⁷⁸⁾ so wie auch Gläubiger beziehungsweise deren gesetzlichen Vertreter nicht zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter bestellt werden können.¹⁷⁹⁾ Daneben sind auch die Belegschaft des schuldnerrischen Unternehmens und die Gesellschafter der Beteiligten nicht unabhängig im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO.¹⁸⁰⁾ Zudem ist eine Unabhängigkeit auch dann nicht mehr gegeben, wenn der (vorläufige) Insolvenzverwalter mit dem Schuldner Geschäfte getätigt hat, die nicht geringfügig waren.¹⁸¹⁾

aa) § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1–2 InsO

In § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1–2 InsO hat der Gesetzgeber festgelegt, in welchen Fällen die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nicht schon ausgeschlossen ist. Nach § 56 Abs. 1 S. 3 InsO wird die erforderliche Unabhängigkeit nicht dadurch ausgeschlossen, dass der potentielle (vorläufige) Insolvenzverwalter vom Schuldner

175) Vgl. *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 19.

176) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 25.

177) *Schumann* in: Schütze, Festschrift Geimer (2002), 1043 ff. (1071).

178) *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 11.

179) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 26.

180) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 26.

181) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 27.

oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist (Nr. 1) oder den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat (Nr. 2).

- 70 Im Rahmen des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 InsO könnte sich in der Praxis als problematisch erweisen, dass sich lobbyistische Verwalterstrukturen bilden, die zum einen die Unabhängigkeit der institutionellen Gläubiger und zum anderen die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gefährden. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter könnte der Abhängigkeit der institutionellen Gläubiger unterliegen, da er befürchten muss, dass er, setzt er sich den Gläubigern entgegen, in künftigen Insolvenzverfahren nicht mehr bestellt wird.¹⁸²⁾
- 71 Noch größere Bedenken werden § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO entgegengebracht, auch wenn mit dieser Norm das Vertrauen des Schuldners gestärkt werden soll.¹⁸³⁾ Der Gesetzgeber hat offengelassen, was die „*Beratung in allgemeiner Form*“ umfasst. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter könnte sich möglicherweise in einem Interessenkonflikt befinden, wenn er den Schuldner zuvor als Mandanten beraten hat und ihm nun als Verwalter gegenübersteht.
- 72 Festzuhalten ist, dass Schwierigkeiten hinsichtlich der Beurteilung der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 InsO und des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO bestehen. Das Insolvenzgericht muss somit sehr sorgfältig die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Rahmen des § 56 Abs. 1 S. 3 InsO prüfen. Der Vorschlag des Schuldners oder eines Gläubigers ist, anders als ein einstimmiger Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 56a Abs. 1 InsO, nicht bindend und unterliegt damit der freien Ermessensentscheidung des Insolvenzgerichts.¹⁸⁴⁾

bb) Rechtsbegriff der Unabhängigkeit im Verfassungsrecht

- 73 In der Insolvenzordnung findet sich keine konkretisierende Eingrenzung des Merkmals der Unabhängigkeit. Um sich inhaltlich dem Begriff der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO zu nähern, bietet sich demnach der Rückgriff auf andere Rechtsgebiete an, in denen eine Konkretisierung des Begriffs vorgenommen wurde.
- 74 Vor dem Hintergrund der Normenhierarchie ist zunächst das Verfassungsrecht als mögliche Hilfe zur Konkretisierung des Begriffs der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO heranzuziehen. Im Verfassungsrecht ist der Begriff der Unabhängigkeit in Art. 97 GG verankert. Nach Art. 97 Abs. 1 GG heißt es, dass Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind. Eine Definition des Begriffs der Unabhängigkeit findet in Art. 97 GG jedoch nicht statt.¹⁸⁵⁾ Art. 97 GG hat vor allem

182) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 13.

183) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 5.

184) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 14.

185) *Graf-Schlicker* in: Gerhardt/Haarmeyer/Kreft, Festschrift Kirchhof (2003), 135 ff. (138).

gewaltenteilende Funktion und schützt insbesondere die sogenannte sachliche Unabhängigkeit des Richters, das heißt die Freiheit des Richters vor sachfremder Einflussnahme der Exekutive auf seine Rechtsprechungstätigkeit außerhalb der legitimen gesetzlichen Vorgaben.¹⁸⁶⁾ Somit ist der verfassungsrechtliche Begriff der Unabhängigkeit eindeutig abwehrrechtlicher Natur und begründet keine Pflicht des Richters.¹⁸⁷⁾ Anders hingegen der § 56 InsO, der nicht dem Schutz des (vorläufigen) Insolvenzverwalters vor sachfremder Einflussnahme auf seine Amtsführung dient. Art. 97 GG ist auf Grund seiner anderen Zielrichtung somit keine Hilfe zur Konkretisierung der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO.

cc) Ausschließungs- und Befangenheitsregeln des §§ 41 f. ZPO

Möglicherweise kann eine Konkretisierung der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO aus einer einfachgesetzlichen Begriffsbestimmung erfolgen. Hierbei sind die Ausschließungs- und Befangenheitsregeln des §§ 41 f. ZPO heranzuziehen.¹⁸⁸⁾ Die §§ 41, 42 ZPO regeln die Ausschließung von der Ausübung des Richteramts und die Ablehnbarkeit wegen der Besorgnis der Befangenheit des Richters. Eine direkte Anwendung der §§ 41 f. ZPO scheidet unstreitig aus, da sich die Problematik vorliegend nicht auf den Richter, sondern den (vorläufigen) Insolvenzverwalter bezieht. Jedoch könnten die §§ 41 f. ZPO möglicherweise im Einzelfall entsprechend heranzuziehen sein.¹⁸⁹⁾ 75

Funktional dienen die §§ 41 f. ZPO der Gewährleistung eines geeigneten gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG)¹⁹⁰⁾ und eines fairen Verfahrens.¹⁹¹⁾ Bei Vorliegen der Ausschlussgründe des § 41 ZPO ist davon auszugehen, dass die Unabhängigkeit nicht gewahrt ist, denn bei einer vernünftigen Betrachtung liegt es nahe, bei Eingreifen der Ausschlussgründe des § 41 ZPO auch keine Unabhängigkeit zu bejahen.¹⁹²⁾ 76

186) **Riggert**, NZI 2002, 352 ff. (352).

187) **Riggert**, NZI 2002, 352 ff. (352).

188) Vgl. **Graeber**, NZI 2002, 345 ff. (347); **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 26; **Eickmann** in: Heidelberger Kommentar InsO (2011), § 56 Rn. 10.

189) Die analoge Anwendung der §§ 41 ff. ZPO zur Konkretisierung des Begriffs der Unabhängigkeit des § 56 Abs. 1 InsO ist umstritten; zustimmend BGH, Urt. v. 24.1.1991 – IX ZR 250/89, NJW 1991, 982 ff. (985); **Graeber**, NZI 2002, 345 ff. (347); verneinend, mit dem Argument, dass das Amt des Insolvenzverwalters nicht mit dem des Richters gleichgesetzt werden könne, so dass es an einer für die Analogie erforderlichen vergleichbaren Interessenlage fehle **Lüke**, ZIP 2003, 557 ff. (559 ff.); **Graf-Schlicker** in: Gerhardt/Haarmeyer/Kreft, Festschrift Kirchhof (2003), 135 ff. (138 ff.); und mit dem Argument, dass mit der einseitigen Beschränkung auf die Vorschriften der ZPO andere wichtige Vorschriften der BRAO nicht zum Ausdruck kommen **Frind**, ZInsO 2002, 745 ff. (748).

190) BVerfG, Beschl. v. 23.9.1997 – 1 BvR 116/94, NJW 1998, 369 f. (370).

191) Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 5.4.2001 – 9 W 94/01, MDR 2001, 767 (767).

192) **Graeber**, NZI 2002, 345 ff. (347).

Somit liegt bei einem Ausschlussgrund des § 41 ZPO keine Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO vor.

- 77 § 42 Abs. 2 ZPO erfasst den Fall der Besorgnis der Befangenheit, der dann als gegeben anzusehen ist, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen.¹⁹³⁾ § 56 Abs. 1 InsO fordert hingegen nur einen tatsächlich unabhängigen Verwalter und lässt dem Wortlaut nach nicht die Besorgnis der Abhängigkeit ausreichen. Dennoch ist § 42 ZPO auch auf den Unabhängigkeitsbegriff des § 56 Abs. 1 InsO anzuwenden. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter steht unter der Aufsicht des Insolvenzgerichts beziehungsweise des Insolvenzrichters gemäß § 58 Abs. 1 S. 1 InsO. Es ist jedoch nicht sinnvoll, das Aufsichtsorgan strengeren Anforderungen zu unterstellen als das Organ, das die Aufgabe der Verwaltung fremden Vermögens innehat.¹⁹⁴⁾ Ist § 42 ZPO einschlägig, liegt somit auch eine Abhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO vor.

dd) Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen im Sinne des § 43a BRAO

- 78 Als weitere einfachgesetzliche Regelung ist § 43a BRAO zur Konkretisierung des Begriffs der Unabhängigkeit nach § 56 Abs. 1 InsO heranzuziehen. § 43a Abs. 4 BRAO regelt das Verbot, als Rechtsanwalt widerstreitende Interessen zu vertreten. Eine Interessenkollision im Sinne des § 43a Abs. 4 BRAO setzt einen identischen Sachverhalt voraus. Demnach ist ein Rechtsverhältnis gefordert, das „*bei natürlicher Betrachtungsweise auf ein innerlich zusammengehöriges, einheitliches Lebensverhältnis zurückzuführen ist*“.¹⁹⁵⁾ Die Tätigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist aber keine Tätigkeit eines Rechtsanwalts,¹⁹⁶⁾ so dass § 43a BRAO nicht anwendbar ist, soweit ein Rechtsanwalt als (vorläufiger) Insolvenzverwalter tätig wird und es somit schon an einem einheitlichen Lebensverhältnis fehlt.¹⁹⁷⁾ Die Hauptaufgabe des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist es, die Masse zu verwerten und damit wirtschaftliche Geschäfte zu besorgen, während der Anwalt als Rechtsbeistand eine

193) BGH, Beschl. v. 30.1.1986 – X ZR 70/84, NJW-RR 1986, 738 f. (738).

194) **Graeber**, NZI 2002, 345 ff. (347).

195) **Feuerich/Weyland**, BRAO (2003), § 43a Rn. 63; **Henssler** in: Henssler/Prütting, BRAO (2010), § 43a Rn. 199.

196) Die Frage, ob die Insolvenzverwaltung als originär anwaltliche Tätigkeit einzuordnen ist, ist umstritten. Ausführlich dazu **Henssler** in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln, Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrecht – 50 Jahre Kölner Arbeitskreis Jubiläumskongress 1999 (2000), 45 ff. (63 ff.). Für die vorliegende Thematik kann dieser Streit dahinstehen, da sich die Frage der Anwendbarkeit des Berufsrechts der Rechtsanwälte auf Insolvenzverwalter nur auf bereits bestellte Insolvenzverwalter auswirkt und nicht die vorliegende Problematik der Auswahl und der Bestellung des Insolvenzverwalters betrifft.

197) BGH, Urt. v. 8.9.1959 – 5 StR 310/59, NJW 1959, 2028 f. (2028 f.) mit Bezug auf § 356 StGB.

Rechtssache zu führen hat.¹⁹⁸⁾ Auf Grund des fehlenden einheitlichen Lebensverhältnisses ist § 43a BRAO nicht zur Konkretisierung der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO geeignet.

ee) Tätigkeitsverbote im Sinne des § 45 BRAO

§ 45 Abs. 2 Nr. 1 BRAO verbietet einem Rechtsanwalt, die Verwaltung einer Vermögensmasse zu übernehmen, gegen deren Träger er bereits zuvor anwaltlich tätig gewesen ist.¹⁹⁹⁾ § 45 Abs. 1 Nr. 3 BRAO verbietet das anwaltliche Vorgehen gegen den Träger eines Vermögens, als dessen (vorläufiger) Insolvenzverwalter der betreffende Rechtsanwalt zuvor tätig gewesen ist, und erfasst damit den umgekehrten Fall zu § 45 Abs. 2 Nr. 1 BRAO.²⁰⁰⁾ Unproblematisch finden § 45 Abs. 2 Nr. 1 BRAO und § 45 Abs. 1 Nr. 3 BRAO auf die insolvenzrechtliche Tätigkeit eines Rechtsanwalts Anwendung, ohne dass man dafür die Tätigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters als originär anwaltliche Tätigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 BRAO einordnet.²⁰¹⁾ Folglich ist die Unabhängigkeit nach § 56 Abs. 1 InsO zu verneinen, sobald die Tätigkeitsverbote im Sinne des § 45 BRAO einschlägig sind.

79

ff) § 1 BNotO

Notare sind nach § 1 BNotO unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes.²⁰²⁾ Als ein wesentliches Merkmal des Notarberufs wurde die Unabhängigkeit erstmals explizit im Gesetz verankert. Die Unabhängigkeit des Notars ist eine notwendige Folge der im Grundgesetz verankerten Rechtsstaatlichkeit. Nur durch die Unabhängigkeit wird dem Notar ermöglicht, seine Entscheidung frei zu treffen und allein dem Gesetz unterworfen zu sein. Die Bindung an das Gesetz stellt das Korrelat zur Unabhängigkeit dar.²⁰³⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter übt aber keine Tätigkeit eines Notars, dessen primäre Aufgabe in der Beglaubigung und Beurkundung von Rechtsgeschäften liegt, aus. Auf Grund eines fehlenden einheitlichen Lebensverhältnisses ist § 1 BNotO nicht zur Konkretisierung des Begriffs der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO praktikabel.

80

198) **Riggert**, NZI 2002, 352 ff. (353); BGH, Urt. v. 8.9.1959 – 5 StR 310/59, NJW 1959, 2028 f. (2028 f.) mit Bezug auf § 356 StGB.

199) Kritisch hierzu **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 56 Rn. 39 ff.

200) **Feuerich/Weyland**, BRAO (2003), § 45 Rn. 32.

201) Vgl. **Kleine-Cosack**, BRAO (2009), § 45 Rn. 21; **Henssler** in: Henssler/Prütting, BRAO (2010), § 45 Rn. 25; zum Streit, ob die Insolvenzverwaltung als originär anwaltliche Tätigkeit einzuordnen ist, ausführlich **Henssler** in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln, Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrecht – 50 Jahre Kölner Arbeitskreis Jubiläumskongreß 1999 (2000), 45 ff. (63 ff.).

202) **Renner** in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurKG DNot Kommentar (2009), D § 32 Rn. 1.

203) **Bracker** in: Schippel/Bracker, BNotO (2011), § 1 Rn. 17.

gg) Untergesetzliche Definitionsversuche

- 81 Möglicherweise lässt sich eine Konkretisierung des Begriffs der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO auch auf untergesetzlicher Ebene vornehmen. Insbesondere zur Zeit der Konkursordnung wurden zahlreiche Versuche unternommen, auf der untergesetzlichen Ebene den Begriff der Unabhängigkeit zu konkretisieren.²⁰⁴⁾ Dabei ist vor allem die Allgemeine Verfügung des Preußischen Justizministeriums im Jahr 1897 zu nennen.²⁰⁵⁾ Im Zusammenhang mit der Bestellung des Konkursverwalters wurde in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, dass die Handelskammern den Gerichten geeignete Persönlichkeiten nennen. Im Jahr 1929 hat das Amtsgericht Berlin-Mitte eigene Richtlinien für die dort tätigen Konkursverwalter erlassen.²⁰⁶⁾ Teilweise werden diese Richtlinien noch heute zur Begriffsbestimmung der Unabhängigkeit herangezogen.²⁰⁷⁾ Die Richtlinien des Amtsgerichts Berlin-Mitte beschränken sich jedoch auf das Rechtsverhältnis des Konkursverwalters zum Schuldner und beziehen sich nicht auch auf das Rechtsverhältnis des Konkursverwalters zu den Gläubigern. Allgemein lässt sich festhalten, dass der Verwalter nach diesen Richtlinien alles zu vermeiden hat, was den Eindruck einer parteilichen oder eigennützigen Geschäftsführung erwecken kann.²⁰⁸⁾ Am 4.11.1935 hat das Reichsjustizministerium eine allgemeine Verfügung erlassen.²⁰⁹⁾ In dieser allgemeinen Verfügung wird darauf hingewiesen, dass, entsprechend der für Vergleichsverwalter geltenden Regelung des § 38 VerglO, eine von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Person zum Konkursverwalter zu bestellen sei.²¹⁰⁾ Bei den genannten Verfügungen, Verordnungen und Richtlinien handelt es sich nicht um Recht nach Art. 123 GG. Demnach können die Verfügungen, Verordnungen und Richtlinien nur zur Argumentation dienen, jedoch keine Grundlage zur Konkretisierung des Begriffs der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO darstellen.
- 82 Im Jahr 1992 hat der Deutsche Anwaltverein (DAV) für als (vorläufige) Insolvenzverwalter tätige Rechtsanwälte Verhaltensrichtlinien erlassen.²¹¹⁾ Dabei wird auch der

204) Vgl. **Uhlenbruck**, KTS 1998, 1 ff. (8 ff.).

205) Abgedruckt in JMBL für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege 1897, 288.

206) Abgedruckt in KuT 1929, 69 ff. (70); dazu **Levy**, KuT 1929, 85 ff. (85 ff.).

207) BGH, Urt. v. 24.1.1991 – IX ZR 250/89, NJW1991, 982 ff. (985); **Robrecht**, KTS 1998, 63 ff. (64).

208) **Riggert**, NZI 2002, 352 ff. (353).

209) Abgedruckt in DJ 1935, 1659.

210) In DJ 1935, 1659.

211) Abgedruckt in AnwBl 1992, 118 f.; in den Verhaltensrichtlinie des **DAV** wird zur Unabhängigkeit ausgeführt: „Der Insolvenzverwalter ist der unabhängige, objektive, geschäftskundige und leistungsbereite Wahrer der Interessen aller am Insolvenzverfahren Beteiligten. Er übt sein Amt unter Beachtung dieser Kriterien aus. (...) Er hat die Übernahme jeglicher Tätigkeiten in einem Insolvenzverfahren abzulehnen, wenn er oder ein Sozius vor der Beantragung des Insolvenzverfahrens den Schuldner bzw. dessen Gesellschafter, gesetzliche Vertreter oder nahe Angehörige des Schuldners ständig vertreten oder beraten hat (...).“

Begriff der Unabhängigkeit näher konkretisiert. Danach darf der (vorläufige) Insolvenzverwalter dann nicht tätig werden, wenn seine Unabhängigkeit gefährdet ist oder er sich befangen fühlt. Auch der Verhaltenskodex der Mitglieder des Arbeitskreises der Insolvenzverwalter Deutschland e.V., der im Jahr 2001 beschlossen wurde, enthält entsprechende Regelungen zu der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters.²¹²⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter hat danach seine Tätigkeit zu versagen, wenn seine Unabhängigkeit gefährdet scheint oder er sich befangen fühlt.²¹³⁾ Zudem hat der Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands (VID) zunächst als Arbeitskreis am 16.11.2002 Verhaltensrichtlinien erlassen. Im November 2006 hat der VID aus diesen Verhaltensrichtlinien Berufsgrundsätze entwickelt, die in § 4 auch die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters aufgreifen.²¹⁴⁾

Auch wenn die in den Verhaltenskodizes vorgenommenen Konkretisierungen des Unabhängigkeitsbegriffs keine normative Wirkung entfalten, können die Begriffsbestimmungen zumindest ergänzend zur Konkretisierung des Begriffs der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO herangezogen werden. **83**

hh) Fallgruppen

Um den vom Gesetzgeber weit gefassten Begriff der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters eingrenzen zu können, ist in jedem Einzelfall eine Konkretisierung des Begriffs der Unabhängigkeit vorzunehmen. Insbesondere bei vier Fallgruppen in der Praxis bestehen Zweifel an der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. **84**

(1) Vorbefassung

Eine in der Praxis häufig auftretende Fallgruppe ist die sogenannte „Vorbefassung“. Unter diese Gruppe fällt die Beratung für Schuldner, Gläubiger und andere Organe des schuldnerischen Unternehmens durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter im Vorfeld der Insolvenz. Der Gesetzgeber hat in § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO deutlich herausgestellt, dass die erforderliche Unabhängigkeit der vorgeschlagenen Person für das (vorläufige) Verwalteramt nicht schon dadurch ausgeschlossen ist, „dass die Person den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf des Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.“ Auch die Gläubiger **85**

212) Abgedruckt in NZI 2002, 23 f.

213) So heißt es unter 1.2: „Der Insolvenzverwalter steht zu keinem Beteiligten und/oder einer Gruppe von Beteiligten in Beziehung, die dieser Unabhängigkeit zuwiderlaufen bzw. zuwiderlaufen könnten. Er hat vor Annahme seines Amtes oder unverzüglich nach Kenntniserlangung unter Berücksichtigung der anwaltlichen Schweigepflicht gegenüber Gericht, Gläubigerversammlung und ggf. Gläubigerausschuss auf Umstände hinzuweisen, die mit solchen Beziehungen in Verbindung stehen könnten.“

214) VID, ZIP 2006, 2147 f. (2147).

können sich in allgemeiner Form über den Ablauf des Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten lassen. In der Praxis wird dies jedoch nur dann der Fall sein, wenn sie von der Möglichkeit der Insolvenz ihres Schuldners vor dem Eröffnungsantrag Kenntnis erlangen. Dies ist selten der Fall. Zudem hat der Schuldner ein größeres Interesse an einer Beratung als die Gläubiger, da es schließlich um seine Existenz geht.

- 86** Die Beratung über den Ablauf und die Folgen des Insolvenzverfahrens beinhaltet, dass unter anderem die Gesellschafter und die Organe sich mit Fragen der Gesellschafter-/Gesellschaftsfinanzierung, Insolvenzverschleppungsansprüchen, Haftungsansprüchen aus § 43 GmbHG und Anfechtungsansprüchen auseinandersetzen. Problematisch ist dabei, dass ein bestellter (vorläufiger) Insolvenzverwalter, der zuvor als Berater beim Insolvenzschuldner tätig war, dem § 203 StGB unterliegt. Hat der (vorläufige) Insolvenzverwalter Kenntnisse, zum Beispiel über die gegen die Organe oder die Gesellschafter zu richtenden Anfechtungs- und Haftungsansprüche, die sich jedoch aus der dem Unternehmen verfügbaren Dokumentation nicht ergeben, so hat der (vorläufige) Insolvenzverwalter abzuwägen, um § 203 StGB zu wahren, ob er im Interesse der Gläubiger und zu Lasten seines früheren Mandanten befugt ist, diese Kenntnisse im Insolvenzverfahren zu nutzen. Die allgemeine Beratung beinhaltet auch, dass der Berater auf die Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO hinweist. Dadurch wird der Mandant möglicherweise dazu bewegt, die Jahresfrist vor Stellung des Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gegebenenfalls in Verbindung mit dem Antrag auf Eigenverwaltung und Einleitung eines Schutzschirmverfahrens nach §§ 270 ff. InsO verstreichen zu lassen. Diese Beratung und die spätere Tätigkeit als (vorläufiger) Insolvenzverwalter sind von gegensätzlichen Interessen geprägt. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter unterliegt einer Interessenkollision: Er muss den Ausschluss der Haftung nach § 203 StGB und damit den Parteiverrat und die Haftung gemäß §§ 60, 61 InsO wegen der nicht vollständigen Durchsetzung bestehender Haftungsansprüche abwägen.²¹⁵⁾ Auf Grund dessen ist es empfehlenswert, § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO sehr restriktiv auszulegen,²¹⁶⁾ vor allem weil offen bleibt, was der Gesetzgeber mit der Beratung in „*allgemeiner Form*“ meint.²¹⁷⁾ In der Praxis gibt es eine „*allgemeine Beratung*“ nur in den seltensten Fällen.²¹⁸⁾ Nach einer restriktiven Auslegung ist die Unabhängigkeit ausgeschlossen, sobald sich die Beratung auf den konkreten Ablauf und die Folgen des Insolvenzverfahrens im Einzelfall bezieht.²¹⁹⁾ Im Ergebnis kann eine Beratung, die die Unabhängigkeit wahrt, nur in der Form stattfinden, dass sie sich auf die Frage des Schuldners nach der Übernahmebereitschaft in Bezug auf das Amt des (vorläu-

215) **Hölzle**, NZI 2011, 124 ff. (127).

216) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 12.

217) **Fuhst**, DStR 2012, 418 ff. (419).

218) **Römermann**, NJW 2012, 645 ff. (648).

219) **Frings/Bernsen**, NJW-Spezial 2012, 405 f. (405); **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 56 Rn. 41.

figen) Insolvenzverwalters bezieht und der Berater infolgedessen den Ablauf des Verfahrens erläutert.²²⁰⁾ Ist die Person, die zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter bestellt werden soll, vorbefasst, hat der Insolvenzrichter besondere Genauigkeit walten zu lassen. Dabei hat er die Beratungstätigkeit im Detail zu hinterfragen, um beurteilen zu können, ob die erforderliche Unabhängigkeit vorliegt.

(2) Poolverwaltung

Ferner fällt darunter die Fallgruppe der sogenannten Poolverwaltung.²²¹⁾ Eine Poolverwaltung ist die Bündelung der Gläubiger in sogenannte Pools.²²²⁾ Dadurch werden Hemmnisse durch eine große Zahl unterschiedlicher Gläubiger und Schwierigkeiten bei der Zuordnung und Verwertung einzelner Haftungsmassen vermieden.²²³⁾ Bei der Poolverwaltung lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden. Zum einen der Lieferantenpool und zum anderen der Bankenpool.

Vor allem bei der Insolvenz größerer Unternehmen aus dem produzierenden Bereich kommt es bei der Abwicklung des Insolvenzverfahrens zur Bildung von Lieferantenpools.²²⁴⁾ Dabei bringen am Verfahren beteiligte Gläubiger mit Sonderrechten, die Schwierigkeiten haben, dingliche Rechte an bestimmten Vermögensgegenständen darzulegen und zu beweisen, ihre Rechte in einen Pool ein. Dies sind vor allem Kreditversicherer und Kreditinstitute. Sie verfolgen damit das Ziel, gemeinsam Ansprüche geltend zu machen.²²⁵⁾ Die Rechte des Pools, beziehungsweise der einzelnen Poolmitglieder, werden dabei von einem Poolverwalter gegenüber dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter geltend gemacht.

Im Unterschied zum Lieferantenpool ist der Bankenpool die Poolbildung ausschließlich zwischen Geldkreditgläubigern. Sind im Falle einer Unternehmensinsolvenz mehrere kreditgebende Banken auch als Sicherheitengläubiger am Insolvenzverfahren beteiligt, haben diese die Möglichkeit, durch das Zusammenfassen ihrer Sicherheiten in einem Pool, ihre Interessen gegenüber dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter gemeinsam wahrzunehmen.²²⁶⁾ Diese Poolbildung entspricht den Interessen der Sicherheitengläubiger, ihre Sicherungsrechte effizient und zeitnah geltend zu machen.

220) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 12.

221) Vgl. *Frind*, ZInsO 2002, 745 ff. (750); *Lüke*, ZIP 2003, 557 ff. (558 f.); *Prütting*, ZIP 2002, 1965 ff. (1970 f.); *Graeber*, NZI 2002, 345 ff. (348).

222) *Graeber*, NZI 2002, 345 ff. (348).

223) Zur Vertiefung *Hess*, Sanierungshandbuch (2011), Kapitel 13 Rn. 1 ff.

224) *Mönning* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 21 Rn. 83.

225) *Mönning* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 21 Rn. 83.

226) Vgl. *Bergauer*, Führen aus der Unternehmenskrise – Leitfaden zur erfolgreichen Sanierung (2003), 41.

- 90 Zweifel an der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters können in den Fällen vorkommen, in denen der (vorläufige) Insolvenzverwalter in einem Insolvenzverfahren auch die Verwaltung des Poolvermögens übernimmt, da die gleichzeitige Insolvenzverwalter- wie Poolverwaltertätigkeit zu Interessenkonflikten führen kann.²²⁷⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter muss auf der einen Seite die Interessen der Insolvenzgläubiger und auf der anderen Seite die Interessen der Poolmitglieder gegenüber der Insolvenzmasse vertreten. Ob in diesen Fällen die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu bejahen ist, ist umstritten. Eine Ansicht bejaht die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO.²²⁸⁾ Dies wird damit begründet, dass die Tätigkeit als Poolverwalter insolvenzrechtliche Kenntnisse voraussetze. Vor allem, wenn das in Insolvenz befindliche Unternehmen saniert und damit fortgeführt wird, muss ein Poolverwalter einschätzen können, welche konkreten Anforderungen die Insolvenzabwicklung an den bestellten Insolvenzverwalter stellt. Grundsätzlich muss der Poolverwalter prüfen, welche dinglichen Ansprüche die am Verfahren beteiligten Gläubiger geltend machen können. (Vorläufige) Insolvenzverwalter gleichzeitig als Poolverwalter einzusetzen hat sachliche Gründe und begründe keinen automatischen Ausschluss der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO. Eine andere Ansicht verneint hingegen die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters.²²⁹⁾ Begründet wird diese Ansicht damit, dass die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nicht gegeben sei, wenn der (vorläufige) Insolvenzverwalter einen der Beteiligten vorher oder gleichzeitig in dessen Interessen gegen den Schuldner oder gegen andere Beteiligte beraten oder vertreten hat.²³⁰⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter unterliege in diesem Fall einem Interessenskonflikt, der die Abhängigkeit nach § 56 Abs. 1 S. 1 InsO zur Folge habe.
- 91 Im Endeffekt ist die Frage der Unabhängigkeit eine Frage des Einzelfalls.²³¹⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter ist verpflichtet, dem Gericht eine wirtschaftliche Abhängigkeit anzuzeigen.²³²⁾ Damit hat der (vorläufige) Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzgericht auch die Übernahme von Poolverwaltungen offenzulegen.²³³⁾

227) **Burgermeister**, Der Sicherheitenpool im Insolvenzrecht (1996), 267 ff.; **Paulsen**, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters im Spannungsverhältnis zwischen richterlichem Ermessen, Gläubigerautonomie und Eilbedürftigkeit – §§ 56, 57 InsO, ein Sanierungsfall? (2006), 47; **Lüke**, ZIP 2003, 557 ff. (558 f.); **Prütting**, ZIP 2002, 1965 ff. (1970 f.); **Graeber**, NZI 2002, 345 ff. (349).

228) **Riggert**, NZI 2002, 352 ff. (355 f.), der einen Vergleich zu der Rechtslage bei Sachverständigen zieht.

229) **Graeber**, NZI 2002, 345 ff. (348 ff.); **Eickmann** in: Heidelberger Kommentar InsO (2011), § 56 Rn. 11; **Frind**, ZInsO 2002, 745 ff. (780); **Prütting**, ZIP 2002, 1965 ff. (1970 f.).

230) **Prütting**, ZIP 2002, 1965 ff. (1971).

231) So auch **Lüke**, ZIP 2003, 557 ff. (564 f.).

232) BGH, Urt. v. 24.1.1991 – IX ZR 250/89, NJW 1991, 982 ff. (985).

233) **Riggert**, NZI 2002, 352 ff. (356).

Die Entscheidung über die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters obliegt letztlich dem Insolvenzgericht, das sich an den konkreten Tatsachen im Einzelfall über den Interessenkonflikt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ein Urteil bilden muss, um am Ende die Unabhängigkeit zu bejahen oder zu verneinen.

(3) Verwaltergesellschaften

Auch während eines Insolvenzverfahrens kann eine mögliche Interessenkollision **92** eintreten. Problematisch ist hierbei vor allem die Hinzuziehung externer Personen. Insbesondere Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Sachverständige und Verwerter beziehungsweise juristische Personen dieser Bereiche, kommen hierbei in Betracht.²³⁴⁾ Keine Problematik ergibt sich, wenn diese externen Personen keinerlei Verbindungen persönlicher, wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Art, abgesehen von dem geschäftlichem Kontakt, zu dem Insolvenzverwalter haben, denn deren Beauftragung auf Kosten der Insolvenzmasse entsprechend § 4 Abs. 1 S. 3 InsVV ist nicht geeignet, Bedenken an der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu begründen.²³⁵⁾ Probleme und Bedenken an der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters bestehen aber dann, wenn eine besondere Verbindung zwischen dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter und der externen Person besteht. Ist der (vorläufige) Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren für eine Aufgabe tätig, mit der ein für diese Aufgabe nicht qualifizierter (vorläufiger) Insolvenzverwalter eine externe Person beauftragt hätte, darf der (vorläufige) Insolvenzverwalter seine Tätigkeit der Masse nach § 5 InsVV in Rechnung stellen.²³⁶⁾ Darin ist kein Selbstkontrahieren des (vorläufigen) Verwalters nach § 181 BGB zu sehen, da es nicht tatsächlich zu einer Selbstbeauftragung gekommen ist, sondern es liegt eine besondere Tätigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters vor. Diese kann nicht von ihm verlangt werden und daher auch nicht mit einer Regelvergütung nach § 2 InsVV abgegolten werden. Damit liegt keine Interessenkollision vor und somit auch keine Problematik der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO.

Ist der (vorläufige) Insolvenzverwalter hingegen Beauftragter einer Person, an der **93** er beteiligt ist oder der er angehört, erfolgt die Abrechnung der Tätigkeit nach § 4 Abs. 1 S. 3 InsVV. Dabei ist zu beachten, dass § 1 Abs. 2 Nr. 4 InsVV keine Anrechnung der besonderen Vergütung auf die Berechnungsgrundlage vorsieht. Dieser Fall ist anders als in der vorangegangenen Konstellation, da es sich formal um eine andere Person handelt und somit kein Fall der besonderen Sachkunde nach § 5 InsVV vorliegt. Zumeist fällt unter diese Konstellation, dass der (vorläufige) Insolvenzver-

234) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 38.

235) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 38.

236) Zu beachten ist, dass die Entnahme nach § 1 Abs. 2 Nr. 4a InsVV eine Verkürzung der Vergütung nach § 5 InsVV enthält, indem der entnommene Betrag die Berechnungsgrundlage der Vergütung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters verringert.

walter seine Anwaltssozietät mit der Durchsetzung der Masseforderungen beauftragt. Dabei handelt es sich formal um eine Interessenkollisionslage.²³⁷⁾ Besondere Beachtung verdient in diesem Fall die Anzeigepflicht des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gegenüber dem Insolvenzgericht. Dieser kann der (vorläufige) Insolvenzverwalter gerecht werden, indem er in seiner ersten Stellungnahme nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Insolvenzgericht darüber informiert, dass die rechtliche Abwicklung in diesem Verfahren nach § 4 Abs. 1 S. 3 InsVV an die ihm verbundene Anwaltssozietät übertragen wird. Eine übliche Beauftragung der Anwaltssozietät mit Insolvenzverfahren des ihr verbundenen (vorläufigen) Insolvenzverwalters rechtfertigt keine Unterlassung der Anzeige gegenüber dem Insolvenzgericht.²³⁸⁾ Wird die Anzeigepflicht des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gegenüber dem Insolvenzgericht gewährt, liegt keine Abhängigkeit nach § 56 Abs. 1 S. 1 InsO vor.

(4) Konzerninsolvenzen

- 94 Eine weitere problematische Konstellation in Bezug auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO sind die Konzerninsolvenzen.²³⁹⁾ Die Insolvenzordnung sieht keine besonderen oder eigenständigen Regelungen für die Konzerninsolvenz vor. Der Konzern besteht aus vielen einzelnen Gesellschaften, die rechtlich und wirtschaftlich eng miteinander verflochten sind. Die Zusammensetzung aus einzelnen Gesellschaften rechtfertigt es, dass eine Gesellschaft in einem Konzern keiner anderen insolvenzrechtlichen Vorgehensweise unterliegt als die Einzelperson in einem Insolvenzverfahren.²⁴⁰⁾ Demnach ist bei einer Konzerninsolvenz jede einzelne Gesellschaft separat zu behandeln. Für jede einzelne Gesellschaft des Konzerns ist zu prüfen, ob ein Insolvenzgrund vorliegt und welches Insolvenzgericht örtlich zuständig ist.²⁴¹⁾ Die Gesellschaften des Konzerns, die nicht insolvent sind, werden nicht mit in das Insolvenzverfahren einbezogen.²⁴²⁾
- 95 In der Praxis wird im Rahmen einer Konzerninsolvenz, auf Grund der wirtschaftlichen Gründe eines effizienten und erfolgreichen Insolvenzverfahrens und zum Zwecke der Sanierung aller Konzerngesellschaften, in allen Verfahren häufig ein und derselbe

237) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 40.

238) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 40 f.

239) Zu Beginn des Jahres 2013 ist mit dem Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen die dritte Stufe der Reform des Insolvenzrechts eingeleitet worden. Ausführlich zum Gesetzesentwurf zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZIP 2013, 97 ff. Zu Beginn des Jahres 2014 hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf vorgestellt, BT-Drs. 18/407.

240) Vgl. *Ehricke*, ZInsO 2002, 393 ff. (393 f.).

241) *Graeber*, NZI 2007, 265 ff. (265).

242) Zur Vertiefung im Hinblick auf die Möglichkeit der Verbindung verschiedener Verfahrens innerhalb eines Konzerns bei der Sanierung des gesamten Konzerns *Ehricke*, ZInsO 2002, 393 ff. (394 ff.).

(vorläufige) Konzerninsolvenzverwalter eingesetzt.²⁴³⁾ Diese Vorgehensweise ist jedoch problematisch.²⁴⁴⁾ Die Problematik lässt sich darauf zurückführen, dass ein und derselbe (vorläufige) Insolvenzverwalter in einer Konzerninsolvenz einer Interessenkollision ausgesetzt ist. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter, der sowohl für die Muttergesellschaft als auch für die Tochtergesellschaft in einer Konzerninsolvenz bestellt ist, hat einerseits die Forderungen der Muttergesellschaft gegen die Töchter in deren Insolvenzverfahren und andererseits die Forderungen der Töchter gegen die Muttergesellschaft in ihrem Insolvenzverfahren anzumelden. Die verschiedenen Konzerngesellschaften treten neben den gesellschaftsrechtlichen Verbindungen zumeist auch gegenseitig als Schuldner und Gläubiger auf. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter kann dabei nicht durchgehend § 181 BGB wahren.²⁴⁵⁾

Die wirtschaftlichen und/oder gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen verschiedener, zumeist juristischer Personen, die während der aktiven Zeit des Konzerns als positiv bewertet werden, können in der Insolvenz eher Nachteile bei Beachtung der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters mit sich bringen. Eine Bestellung ein und desselben (vorläufigen) Insolvenzverwalters in allen Insolvenzverfahren der Konzerngesellschaften ist auf Grund der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verflechtungen der Gesellschaften untereinander so gut wie nicht möglich. Anderenfalls würde eine Bestellung bereits im zweiten Fall an der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nach § 56 Abs. 1 S. 1 InsO scheitern. Um das Vertrauen in das ordnungsgemäße Handeln des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu stärken, sollte von der Bestellung unterschiedlicher beziehungsweise unabhängiger (vorläufiger) Insolvenzverwalter nicht abgesehen werden. Damit wird die Entstehung einer Interessenkollision vermieden.²⁴⁶⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter schützt sich dadurch in strafrechtlicher und haftungsrechtlicher Hinsicht.²⁴⁷⁾ Auch das Insolvenzgericht entgeht somit Haftungsansprüchen, die sich ansonsten aus der Missachtung der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gemäß § 56 Abs. 1 S. 1 InsO ergeben. 96

Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass ein unkontrolliertes Auseinanderfallen des Konzerns vermieden werden muss, um die Sanierungschance des Konzerns zu erhöhen. Zur Vermeidung des Auseinanderfallens der Konzernstruktur ist das Ziel die Durchführung eines koordinierten Insolvenzverfahrens. Wie schon festgestellt, birgt die Konzentration auf einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter die Problematik 97

243) *Andres* in: Andres/Leithaus, InsO (2014), § 56 Rn. 5.

244) *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 23; dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und versucht eine einheitliche Verwalterbestellung durch § 56b InsO-E gesetzlich zu fixieren.

245) *Graeber*, NZI 2007, 265 ff. (269).

246) Auch der Gesetzgeber sieht die Gefahr einer Interessenkollision und geht deshalb nicht zwingend in jedem Fall von einer einheitlichen Verwalterbestellung aus, *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZIP 2013, 97 ff. (101).

247) *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 24.

der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in sich. Es besteht aber die Möglichkeit, neben dem einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter für jede einzelne (insolvente) Gesellschaft einen Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen, dem sämtliche Rechte der einzelnen Schuldnerin gegen die anderen Gesellschaften des Konzerns zugeordnet werden.²⁴⁸⁾ Dadurch geht die Koordination nur vom (vorläufigen) Konzerninsolvenzverwalter aus. Gleichzeitig werden aber die verbindenden Rechte und Pflichten vom (vorläufigen) Konzerninsolvenzverwalter ferngehalten und Abhängigkeiten des (vorläufigen) Konzerninsolvenzverwalters durch die neutrale Stellung des Sonderinsolvenzverwalters vermieden.²⁴⁹⁾ Der Verbund des Konzerns kann somit aufrechterhalten werden.²⁵⁰⁾

- 98 Daneben steht einem koordinierten Insolvenzverfahren auch die Verteilung der einzelnen Konzerngesellschaften auf unterschiedliche Gerichte entgegen.²⁵¹⁾ Beachtet man die Insolvenzordnung streng, müsste für jede einzelne Gesellschaft eines Konzerns aber ein eigenes Insolvenzverfahren eröffnet werden. Problematisch ist in diesem Fall schon die örtliche Zuständigkeit der verschiedenen Gerichte der einzelnen Gesellschaften des insolventen Konzerns. Auch wenn durch eine umfassende Organisation der Gerichte untereinander diese Problematik überwunden werden kann, führt eine strenge Anwendung des § 56 Abs. 1 InsO zu einer Zerschlagung der bisherigen Konzernstruktur. Würden sämtliche Gesellschaften eines Konzerns in die Zuständigkeit eines einzigen Insolvenzrichters fallen, könnte dies dazu führen, dass alle Verfahren gleichartig und aufeinander abgestimmt durch ein Insolvenzgericht bearbeitet würden.²⁵²⁾ Ratsam ist deshalb, eine Sitzverlegung oder zumindest die Verlagerung des Mittelpunkts der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1

248) Der Gedanke, mögliche Interessenkonflikte durch die Bestellung von Sonderinsolvenzverwaltern auszuräumen, findet sich auch in § 56b InsO-E wieder. Zudem wird der Gesetzesentwurf auch den Fällen gerecht, in denen Bedarf für eine weitergehende Koordinierung der Verfahren besteht. Die §§ 269d ff. InsO-E sehen ein besonderes Koordinationsverfahren vor. Kernelement des Koordinationsverfahrens ist die Bestellung eines Koordinationsverwalters, § 269e InsO-E. Diesem ist die Aufgabe zugewiesen, Vorschläge für eine abgestimmte Insolvenzaabwicklung zu erarbeiten und vorzulegen, § 269f InsO-E.

249) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 50.

250) Der Gesetzesentwurf sieht in Fällen, in denen mehrere (vorläufige) Insolvenzverwalter bestellt sind, vor, dass durch die §§ 269a und 269b InsO-E die Verwalter zur Zusammenarbeit, insbesondere zum Informationsaustausch, verpflichtet sind. Nach § 269c InsO-E kann überdies ein Gruppen-Gläubigerausschuss gebildet werden, in welchem sich die in den Einzelfällen bestellten Gläubigerausschüsse abstimmen können.

251) Vgl. hierzu *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZInsO 2010, 614 ff. (617).

252) *Graeber*, NZI 2007, 265 ff. (266).

S. 2 InsO vorzunehmen, damit ein Insolvenzgericht zentral zuständig ist.²⁵³⁾ Die Zuständigkeit nur eines Insolvenzgerichts ermöglicht eine verbesserte Koordination der Insolvenzrichter in Bezug auf die einzelnen (vorläufigen) Insolvenzverwalter. Durch eine verbesserte Koordination wird auch die Zersplitterung des Konzerns vermieden und die Möglichkeit der Sanierung erhöht.

ii) Zwischenergebnis

Zur Konkretisierung des Begriffs der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO sind vor allem die §§ 41, 42 ZPO und der § 45 BRAO heranzuziehen. Die untergesetzlichen Definitionsversuche, beziehungsweise die Richtlinien und Verordnungen, entfalten keine normative Wirkung und können deshalb nur ergänzend herangezogen werden. Festzuhalten ist, dass zur Konkretisierung des Begriffs der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO auf die Unabhängigkeitsbegriffe außerhalb des Insolvenzrechts nur eingeschränkt zurückgegriffen werden kann. Grundsätzlich ist die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters in jedem Einzelfall eigenständig zu bestimmen. **99**

2. Sonstige Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter

Neben den gesetzlich fixierten Anforderungen sind auch die nicht gesetzlich fixierten und damit die sonstigen Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu beachten. **100**

a) Persönliche Anforderungen

Unter die sonstigen Anforderungen fallen zum einen die persönlichen Anforderungen, die an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter gestellt werden. Neben Mut, Rückgrat, Entscheidungsfreude, Ehrlichkeit,²⁵⁴⁾ Erfahrung,²⁵⁵⁾ Durchsetzungsfähigkeit²⁵⁶⁾ wird **101**

253) So auch **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 52; **Graeber**, NZI 2007, 265 ff. (267); auch **Paulus**, ZIP 2005, 1948 ff. (1952) spricht sich unabhängig von einer Sitzverlegung für die Anerkennung einer zentralen Konzernzuständigkeit aus. Nach dem Gesetzentwurf erklärt sich das angerufene Insolvenzgericht auf Antrag eines gruppenangehörigen Schuldners für die Insolvenzverfahren über die anderen gruppenangehörigen Schuldner gemäß § 3a InsO-E unter bestimmten Voraussetzungen für zuständig. Die neuen Regelungen knüpfen für die Zuständigkeit nicht an den Sitz des Mutterunternehmens an, sondern sehen ein Prioritätsprinzip vor, so dass grundsätzlich das Insolvenzgericht zuständig ist, bei dem der erste Insolvenzantrag bezüglich eines gruppenangehörigen Schuldners gestellt wird.

254) BGH, Beschl. v. 6.5.2004 – IX ZB 349/02, NZI 2004, 440 ff. (442), mit dem Hinweis, dass Insolvenzverwalter, die schwerwiegende Zweifel an ihrer beruflichen Zuverlässigkeit und Redlichkeit begründen, für die Verfahrensbeteiligten auf Grund ihrer besonderen Vertrauensstellung, nicht tragbar sind.

255) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 55.

256) **Zipperer** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 56 Rn. 30, der den Begriff „Softskills“ aufgreift und darunter die Kriterien, die die fachliche Kompetenz ergänzen und in entscheidendem Maße die Berufsausübung prägen, fasst.

eine selbstbewusste, wirtschaftlich denkende,²⁵⁷⁾ unternehmerisch handelnde,²⁵⁸⁾ geschäftserfahrene, entscheidungsfreudige, auf den Ausgleich widerstrebender Interessen erpichte Persönlichkeit, mit pragmatischer Tendenz zu schnellen Lösungen, guter Menschenkenntnis und peinlicher finanzieller Korrektheit, gefordert.²⁵⁹⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter hat diesen Anforderungen zu genügen. Ferner hat der (vorläufige) Insolvenzverwalter auch die Abwicklungsregeln des Insolvenzgerichts und die berufsspezifischen Verhaltenskodices einzuhalten.

b) Fachliche Voraussetzungen

- 102** Neben den persönlichen Anforderungen fallen auch die fachlichen Voraussetzungen unter die sonstigen Anforderungen. Auch hier lässt sich wiederum keine gesetzliche Vorgabe erkennen. Diese hat der Gesetzgeber bewusst gesetzlich nicht fixiert.²⁶⁰⁾
- 103** Grundsätzlich kann der (vorläufige) Insolvenzverwalter aus jeder Berufsgruppe kommen. In der Praxis werden aber zumeist Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater bestellt. Dabei handelt es sich zumeist um spezialisierte Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer, oder um Steuer- oder Unternehmensberater, die die Bearbeitung von Insolvenzverfahren berufsmäßig und damit ausschließlich betreiben. Die geforderte fachliche Voraussetzung des Insolvenzverwalters orientiert sich an den Anforderungen, die dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren abverlangt werden. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter muss unterschiedliche Rechtsfragen und zugleich weitgreifende wirtschaftliche Entscheidungen innerhalb kürzester Zeit treffen. Um diesem Anforderungsprofil gerecht zu werden, sollten nur entsprechend geeignete Spezialisten eingesetzt werden.²⁶¹⁾
- 104** Die lange Zeit umstrittene Frage, ob die Tätigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters als Beruf bezeichnet werden kann oder muss, ist mit der Entscheidung des BVerfG²⁶²⁾ als beendet anzusehen, so dass sich die Ansicht, es handele sich hierbei nur um eine praktische Tätigkeit und um eine Ausformung eines anderen Berufs, nicht mehr aufrechterhalten lässt.
- 105** Ungeklärt bleibt weiterhin die Frage, wie man (vorläufiger) Insolvenzverwalter werden kann. Es besteht keine Möglichkeit, einen Abschluss zu erzielen. Infolgedessen kann jeder (vorläufiger) Insolvenzverwalter werden, der sich dazu berufen fühlt.

257) *Wellensiek*, NZI 1999, 169 ff. (170).

258) *Rauscher*, ZInsO 2009, 275 f. (275); *Ries/Zobel* in: Uhlenbruck, InsO (2015), § 22 Rn. 68, die darauf hinweisen, dass keine Überprüfung der vom vorläufigen Insolvenzverwalter getroffenen unternehmerischen Entscheidung stattfindet.

259) *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 6.

260) In der Literatur wird dies von einigen Stimmen schon seit längerer Zeit gefordert, u.a. *Bliefert*, KuT 1928, 89 (89); *Laws*, ZInsO 2006, 847 ff. (850).

261) Vgl. *Vallender*, DZWIR 1999, 265 ff. (266).

262) BVerfG, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00 und 1086/01, NJW 2004, 2725 ff. (2726 f.).

Die Wahl des Berufs des (vorläufigen) Insolvenzverwalters steht damit jedem zu. Anders ist es hingegen mit der Ausübung des Berufs des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Die Ausübung kann nur durch die Bestellung des Insolvenzgerichts erfolgen.²⁶³⁾ Eine Zulassung oder Niederlassung impliziert keine automatische Bestellung als (vorläufiger) Insolvenzverwalter. Einzig und allein das Insolvenzgericht hat die Befugnis, den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu bestellen.

c) Organisatorische Voraussetzungen

Ein weiterer wichtiger Punkt sind die organisatorischen Voraussetzungen, die unter **106** den sonstigen Anforderungen fallen, die an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu stellen sind. Hierbei ist in jedem einzelnen Insolvenzverfahren auf den zu erwartenden Tätigkeitsumfang abzustellen, um daraus ableiten zu können, welcher Bürostab benötigt wird. In der Praxis verfügen einige (vorläufige) Insolvenzverwalter über einen Stab von fest angestellten Fachleuten. Andere (vorläufige) Insolvenzverwalter verzichten auf einen fest angestellten Stab von Fachleuten, um die damit verbundenen Vorhaltekosten zu vermeiden. Bei der letztgenannten Alternative arbeitet der (vorläufige) Insolvenzverwalter verstärkt mit dem Mittelmanagement des insolventen Unternehmens zusammen und zieht bei Bedarf Fachleute hinzu. Insbesondere in dem Fall der Großinsolvenz ist nicht zwingend ein eigener fest angestellter Stab an Fachleuten als (vorläufiger) Insolvenzverwalter zu führen, da bei größeren Unternehmensinsolvenzen oft noch ein völlig intaktes Management und ein fester Stab von Mitarbeitern zur Verfügung steht.²⁶⁴⁾ Ist das intakte Management im Fall einer Unternehmensinsolvenz nicht gegeben und hat gleichzeitig der (vorläufige) Insolvenzverwalter keinen eigenen festen Stab von Mitarbeitern, kann die eigene Kanzleiorganisation die Großinsolvenz aus organisatorischen Gründen nicht bewerkstelligen.²⁶⁵⁾ Da die Größe und damit die Organisation des Verwalterbüros eine wichtige Rolle spielt, sollte das Insolvenzgericht über die Kanzleiausstattung des potentiellen Bewerbers unterrichtet sein.²⁶⁶⁾ Dabei ist neben dem Kontakt des Insolvenzrichters zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter durchaus auch die Möglichkeit gegeben, dass der Insolvenzrichter sich vor Ort einen Überblick von der Büroorganisation des (potentiellen) (vorläufigen) Insolvenzverwalters verschafft. In der Praxis wird von dieser Möglichkeit jedoch nur sehr selten Gebrauch gemacht.

d) Erreichbarkeit

Von großer Bedeutung für die Praxis ist die Erreichbarkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Zum einen fällt hierunter der notwendige Kontakt des Insolvenz- **107**

263) *Schick*, NJW 1991, 1328 ff. (1329).

264) *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229 ff. (241).

265) *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 13; *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229 ff. (251).

266) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band I (2013), § 56 Rn. 63.

richters zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter, um das Verfahren bestmöglich abwickeln zu können. Auch wenn in der Praxis zumeist ein schriftlicher Kontakt ausreichend ist, so muss dennoch für Situationen von besonderer Wichtigkeit sichergestellt sein, dass das Insolvenzgericht den (vorläufigen) Insolvenzverwalter oder der (vorläufige) Insolvenzverwalter das Insolvenzgericht auch kurzfristig erreichen kann. Folglich muss gewährleistet werden, dass während der üblichen Geschäftszeiten der Insolvenzrichter erreichbar ist. Zum anderen muss auch gewährleistet werden, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter für den Insolvenzrichter in dieser Zeit erreichbar ist. Die Erreichbarkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist dabei nicht nur für den Insolvenzrichter wichtig, sondern auch für die Gläubiger und den Schuldner, in deren Interesse der (vorläufige) Insolvenzverwalter tätig werden soll.²⁶⁷⁾

e) Ortsnähe

- 108** Ein umstrittenes Thema ist die Voraussetzung der Ortsnähe des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Nach der Mehrzahl der Insolvenzrichter ist die Ortsnähe des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in dem Insolvenzverfahren im Zusammenhang mit der jederzeitigen Erreichbarkeit und Präsenz des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu sehen.²⁶⁸⁾ Es wird gefordert, dass sich ein arbeitsfähiges und mit entsprechend qualifiziertem Personal ausgestattetes Büro im Bezirk des jeweiligen Landgerichts, zumindest in erreichbarer Nähe, befindet, um auch für die Gläubiger und den Schuldner die jederzeitige Erreichbarkeit sicherzustellen.²⁶⁹⁾ Ist die Ortsnähe von maximal 100 Kilometer überschritten und damit die höchstpersönliche Bearbeitung der Insolvenzverwaltung nicht gesichert, ist das Insolvenzgericht befugt, Bewerber für die Aufnahme in die Vorauswahlliste zurückzuweisen.²⁷⁰⁾ Auch wenn die Ortsnähe kein nach außen manifestierter Teil der Auswahlentscheidung ist, so wird den (vorläufigen) Insolvenzverwaltern dieses Kriterium als Grund der Nichtbestellung entgegengehalten. Für das Kriterium der Ortsnähe spricht, dass die geographisch nahen (vorläufigen) Insolvenzverwalter die Aufgaben im Eilverfahren ohne zeitliche Verzögerung übernehmen können.²⁷¹⁾ Ein Büro mit Mitarbeitern im Bezirk des Gerichts oder geeignete Kommunikationsmittel können zwar Hindernisse überwinden, stehen jedoch in keinem Vergleich zu dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter, der vor

267) OLG Koblenz, Beschl. v. 12.5.2005 – 12 VA 1/04, NZI 2005, 453 ff. (457).

268) **Zipperer** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 56 Rn. 28 f.

269) **BAKinsO**, ZInsO 2007, 256 f. (257).

270) OLG Bamberg, Beschl. v. 3.12.2007 – VA 11/07, NZI 2008, 309 ff. (310); die Entscheidung des OLG Bamberg entspricht auch der bisherigen Praxis der Oberlandesgerichte, vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 28.2.2005 – 12 VA 3/04, ZIP 2005, 1467 f. (1468); OLG Hamburg, Beschl. v. 19.10.2005 – 2 Va 2/05 (*nicht rechtskräftig*: AG Hamburg), ZIP 2005, 2165 ff. (2166). Auch für das BVerfG, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00 u. 1086/01, ZIP 2004, 1649 ff. (1653) ist der Regionalaspekt kein sachwidriges Kriterium zur Aufnahme in die Vorauswahlliste.

271) Vgl. **Uhlenbruck**, KTS 1998, 1 ff. (11).

Ort tätig ist.²⁷²⁾ Die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in dem konkreten Insolvenzverfahren erfolgt auf Grund der Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und ist dann hinfällig, wenn der (vorläufige) Insolvenzverwalter die wesentlichen Tätigkeiten der Insolvenzverwaltung auf andere Mitarbeiter seines Büros verlagert.²⁷³⁾ Gerade für die Aufgabe im Insolvenzverfahren, sich kurzfristig ein konkretes Bild über die Umstände und Gegebenheiten des Schuldners zu verschaffen, kann ein örtlich entfernter (vorläufiger) Insolvenzverwalter keine Gewährleistung bieten.²⁷⁴⁾ Die Strukturen vor Ort zu kennen und zu den für das Verfahren wichtigen Beteiligten, wie Banken, einen guten Kontakt aus vorheriger Bestellung als (vorläufiger) Insolvenzverwalter zu haben, bevorzugt berechtigterweise die bewährten und bekannten (vorläufigen) Insolvenzverwalter eines Gerichtsbezirks.²⁷⁵⁾

Gegen das Kriterium der Ortsnähe könnte jedoch sprechen, dass eine beidseitige Bindung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und des Insolvenzrichters besteht und somit nur aus dem Angebot des Gerichtsbezirks geschöpft werden kann. Für die Insolvenzgerichte stellt sich das Kriterium der Ortsnähe als vorteilhaft dar. Durch die Ortsnähe und die dadurch einhergehende Erreichbarkeit hat der Insolvenzrichter die Möglichkeit, das Vertrauen in die (vorläufigen) Insolvenzverwalter aufzubauen und zu stärken. Für die (vorläufigen) Insolvenzverwalter stellt sich das Kriterium der Ortsnähe eher als negativ heraus. Durch die fortschreitende Internationalisierung der Großunternehmen ist es schwer für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter, an seinen Gerichtsbezirk gebunden zu sein, wenn er möglicherweise prädestiniert für das konkrete Insolvenzverfahren in einem anderen Gerichtsbezirk ist.²⁷⁶⁾

Sinnvoll ist es, und so wird in der Praxis auch vorgegangen, dass die Ortsnähe nur als ein Gesichtspunkt von mehreren in die Auswahlentscheidung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters mit einfließt. Dabei sind immer die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Handelt es sich um ein Großverfahren oder ist die Verwaltungstätigkeit trotz Nichtvorliegen der Ortsnähe gewährleistet, so kann auch ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter, der nicht im Gerichtsbezirk liegt, bestellt werden. Letztlich geht es darum, den geeignetsten (vorläufigen) Insolvenzverwalter für das konkrete Verfahren zu bestellen. Ob dieser nun dem jeweiligen Gerichtsbezirk angehört oder nicht, kann dabei nur eines von vielen Kriterien sein.

272) *Mönning* in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 375 ff. (389).

273) *Vallender*, NZI 2005, 473 ff. (476); zur Vertiefung der Höchstpersönlichkeit der Aufgaben des (vorläufigen) Insolvenzverwalters *Graeber*, NZI 2003, 569 ff.

274) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 70.

275) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 72.

276) Vgl. *Uhlenbruck/Mönning*, ZIP 2008, 157 ff. (164).

f) Belastbarkeit

- 111 Auch die Belastbarkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters spielt eine wichtige Rolle bei der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Bei dieser Abwägung hat der Insolvenzrichter zu beurteilen, ob der (vorläufige) Insolvenzverwalter tatsächlich in der Lage ist, die für dieses Verfahren notwendigen Aufgaben ordnungsgemäß zu übernehmen. Dabei sollte in die Abwägung nicht nur die Fähigkeit der Übernahme dem Grunde nach fließen, sondern vor allem auch dem Umfang nach. Eine Überbelastung schließt die Geeignetheit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO aus.²⁷⁷⁾ Um die Belastung des einzelnen (vorläufigen) Insolvenzverwalters im konkreten Verfahren zu messen, hat der Insolvenzrichter die Belastung des jeweiligen Einzelfalls, abhängig von den Besonderheiten des Verfahrens, den Fähigkeiten des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gegenüberzustellen, die sich aus der Erfahrung, der Arbeitsweise und dem Aufbau des Verwalterbüros ergeben. Dieser Parameter und die Auslastung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zum Zeitpunkt der Übernahme des Insolvenzverfahrens verhelfen dem Insolvenzrichter zu seiner Entscheidung. Im Hinblick auf die Auslastung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters hat das Insolvenzgericht von Amts wegen eigenständig zu prüfen,²⁷⁸⁾ ob das Insolvenzverfahren trotz bestehender Arbeitsbelastung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, sei es aus weiteren Insolvenzverfahren oder aus anderen Tätigkeiten, übernommen werden kann, so dass die hinzutretenden Aufgaben ohne Schaden für dieses oder bereits bestehende Insolvenzverfahren sind.²⁷⁹⁾ Erfolgt die Anfrage des Insolvenzgerichts gegenüber dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter nicht routinemäßig, sondern auf Grund bestehender Bedenken an der freien Arbeitskapazität des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, so sollte im Interesse der Verfahrensbeteiligten ein anderer geeigneter und belastbarer (vorläufiger) Insolvenzverwalter bestellt werden.²⁸⁰⁾ Bei 100 Insolvenzverfahren pro Jahr²⁸¹⁾ sollte das Insolvenzgericht gegenüber dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter eine substantiierte Darstellung fordern, in welcher Weise sich dieser trotz der hohen Belastung in der Lage sieht, dem Insolvenzverfahren gerecht zu werden.²⁸²⁾ Neben der Auslastung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters muss das Insolvenzgericht in die Auswahlentscheidung auch miteinbeziehen,

277) LG Stendal, Beschl. v. 23.2.2004 – 25 T 36/04, DZWIR 2004, 261 f. (262).

278) Nach **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 75 kann sich das Insolvenzgericht dabei die Informationsquellen, wie die Veröffentlichungen im Internet, in der Presse und Auflistungen aus dem eigenen Hause, heranziehen oder den (vorläufigen) Insolvenzverwalter befragen. Neben einer kurzen Darstellung der beruflichen Auslastung können auch die beruflichen Tätigkeiten des (vorläufigen) Verwalters außerhalb der eigentlichen Insolvenzverwaltung vom Insolvenzrichter verlangt werden.

279) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 75.

280) AG Potsdam, Beschl. v. 30.11.2001 – 35 IN 677/01, NJW-RR 2002, 1201 f. (1202).

281) **Blank**, ZInsO 2005, 473 f. (473); **Graeber**, NZI 2003, 569 ff. (578); **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 56 Rn. 28.

282) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 76.

ob der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Aufgaben selbst übernimmt, oder die ihm obliegenden Aufgaben in einem unzulässigen Umfang an Mitarbeiter delegiert. Diese sogenannten Grauverwaltungen sind unzulässig.²⁸³⁾ Nur ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter, der die ihm obliegenden Aufgaben und die verfahrenswichtigen Handlungen, Verhandlungen und Weichenstellungen selbst vornimmt, ist ein geeigneter (vorläufiger) Insolvenzverwalter.²⁸⁴⁾ Leiden die dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter bereits übertragenen Verfahren, hat das Insolvenzgericht zu entscheiden, ob eine Entlassung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nach § 59 InsO notwendig ist. Hierbei ist zu beachten, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Pflicht hat, die Überbelastung dem Insolvenzgericht anzuzeigen. Nur das sorgfältige Nachkommen dieser Pflicht kann die offene und vertrauensvolle Zusammenarbeit des Insolvenzgerichts gegenüber dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter wahren.²⁸⁵⁾ Äußert der (vorläufige) Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzgericht immer offen und wahrheitsgemäß seine Auslastung beziehungsweise Belastbarkeit, stärkt er dadurch das Vertrauen des Insolvenzgerichts in seine Person.

g) Vertrauen

Vertrauen ist ein weit verbreitetes Phänomen. Von verschiedenen Fachwissenschaften wurde das Vertrauen untersucht und der Natur des Forschungsgegenstands entsprechend erfolgte keine einheitliche Definition. Das Vertrauen tritt als Organisationsprinzip, als kollektive Erwartung und als subjektive Größe auf. Das Vertrauen ist dabei nicht mit der bloßen Erwartung gleichzusetzen. Da das Vertrauen allein nicht Gegenstand dieser Arbeit ist, werden die verschiedenen Ansätze nicht näher dargestellt. Vielmehr wird sich darauf konzentriert, inwiefern das Vertrauen bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters eine Rolle spielt. 112

Die richterliche Verantwortung gegenüber Gläubigern, die Gefahr einer Amtshaftung und die beschränkten Kontrollmöglichkeiten des Gerichts beanspruchen ein Vertrauen in die Integrität und die Fähigkeit des zu bestellenden (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Demnach kommt auch dem Vertrauen im Rahmen der Bestellungsentscheidung erhebliche Bedeutung zu.²⁸⁶⁾ Das Vertrauen stützt sich auf die Zuverlässigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters.²⁸⁷⁾ Der Insolvenzrichter muss dem (vorläu- 113

283) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 76.

284) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 77.

285) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 78.

286) Strittig; bejahend BGH, Beschl. v. 6.5.2004 – IX ZB 349/02, NJW-RR 2004, 1422 ff. (1423 ff.); *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 119 ff.; *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229 ff. (229); *Frind/Schmidt*, NZI 2004, 533 ff. (537); *Neubert*, ZInsO 2002, 309 ff. (310 ff.); *Vallender*, NZI 2005, 473 ff. (474 ff.); verneinend *Lüke*, ZIP 2000, 485 ff. (488); *Wieland*, ZIP 2005, 233 ff. (236); *Koenig/Hentschel*, ZIP 2005, 1937 ff. (1940).

287) LG Magdeburg, Beschl. v. 17.10.1996 – 3 T 635/96, ZIP 1996, 2119 (2119); *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 3.

figen) Insolvenzverwalter vertrauen, um die Einsetzung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in dem Insolvenzverfahren rechtfertigen zu können.²⁸⁸⁾ Das Vertrauen kann dabei daraus entstehen, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter sich in vorangegangenen Verfahren bewährt hat.²⁸⁹⁾ Eine Bestellung durch andere Insolvenzgerichte spielt dabei eine untergeordnete Rolle. Vielmehr kommt es darauf an, dass der Insolvenzrichter selbst Erfahrung mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter gesammelt hat.²⁹⁰⁾ Zwar kann der Insolvenzrichter eine Vermutung über die Zuverlässigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters aus der Häufigkeit der Bestellung desselbigen ableiten, dennoch hat er selbst die persönliche Zuverlässigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu prüfen, da Vertrauen gegenüber einer Person nur selbst gewonnen und aufgebaut werden kann. Ohne die Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und eine daraus gewonnene persönliche Entscheidung des Insolvenzrichters, ist eine Bestellung unstatthaft.²⁹¹⁾ Bestehen Zweifel an der Zuverlässigkeit und damit auch an der Vertrauenswürdigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, muss der Insolvenzrichter diese Zweifel durch Nachforschungen ausräumen. Dabei ist es ratsam, dass der Insolvenzrichter das direkte Gespräch mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter sucht.²⁹²⁾ Hat der Insolvenzrichter gegenüber dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter Zweifel, ist ihm aber ein konkreter Vorwurf nicht möglich, sollte in dieser Situation der Insolvenzrichter nicht dem verdienten und bislang tadellos tätigen (vorläufigen) Insolvenzverwalter sein Vertrauen entziehen und eine weitere Bestellung versagen. Der Insolvenzrichter sollte vielmehr eine kritische Beobachtung der Amtspflichten des (vorläufigen) Insolvenzverwalters vornehmen, um sich so über seine Zweifel Gewissheit zu verschaffen.²⁹³⁾ Gäbe es einheitliche und nachprüfbare Voraussetzungen für die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, würde durch die Vergleichbarkeit eine Objektivierung eintreten.

h) Zwischenergebnis

- 114 Neben den normierten Kriterien des § 56 Abs. 1 InsO spielen bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters auch die gesetzlich nicht fixierten Kriterien eine Rolle, nach denen das Insolvenzgericht den (vorläufigen) Insolvenzverwalter beurteilt. Neben den persönlichen Anforderungen, fachlichen und organisatorischen Voraussetzungen, der Erreichbarkeit, der Ortsnähe und der Belast-

288) Zu den möglichen Haftungsfolgen für den Insolvenzrichter *Vallender*, NZI 2005, 473 ff. (474).

289) BVerfG, Beschl. v. 12.7.2006 – 1 BvR 1493/05, WM 2006, 1680 f. (1681); vgl. *Runkel/Wältermann*, ZIP 2005, 1347 ff. (1350); *Uhlenbruck*, EWiR 1997, 109 f. (109).

290) *Zipperer* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 56 Rn. 45; *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 120.

291) *Smid* in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 22.

292) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 121.

293) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 122.

barkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, ist hierbei insbesondere das Vertrauen in den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu berücksichtigen. Vertraut der Insolvenzrichter darauf, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter die sonstigen Anforderungen erfüllt, wird er, soweit die gesetzlichen Anforderungen des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO vorliegen und der (vorläufige) Insolvenzverwalter für den konkreten Einzelfall geeignet ist, diesen zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter bestellen.²⁹⁴⁾ Das Vertrauen ist somit die Grundlage und fester Bestandteil, wenn auch ein zumeist unbewusster Bestandteil, einer jeden Auswahl- und Beststellungsentscheidung.²⁹⁵⁾

3. Hinderungsgründe

Neben den sonstigen Anforderungen, die der (vorläufige) Insolvenzverwalter zu erfüllen hat, darf er im Gegensatz dazu keinen Hinderungsgründen unterliegen. Eine Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist ausgeschlossen, wenn ein Ausschlussgrund vorliegt. Dabei ist zwischen absoluten Ausschlussgründen und relativen Ausschlussgründen zu differenzieren. Unter absolute Ausschlussgründe fallen insbesondere Berufs- und Gewerbeverbote, Vorstrafen,²⁹⁶⁾ gewerberechtliche Unzuverlässigkeit oder Ähnliches.²⁹⁷⁾ Auch beschränkt Geschäftsfähige (§ 106 BGB) und Geschäftsunfähige (§ 107 BGB) können das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nicht ausüben.²⁹⁸⁾ Relative Ausschlussgründe sind solche, die in Bezug zum Gemeinschuldner oder zu Großgläubigern des Verfahrens stehen. Hierunter fallen insbesondere die Verwandtschaft, der Ehegatte, das Verlöbnis, das ständige Dienstverhältnis, das verbundene oder wechselseitig verbundene Unternehmen, das Organ und die wirtschaftliche Abhängigkeit.²⁹⁹⁾ 115

Mit der Bestellung einer unfähigen Person liegt nicht automatisch die Nichtigkeit der Bestellung vor. Eine Nichtigkeit kann, auch wenn im Eröffnungsbeschluss eine Person bestellt worden ist, die die Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO nicht erfüllt, nur dann angenommen werden, wenn der Nichtigkeitsgrund evident ist.³⁰⁰⁾ Diese An- 116

294) In Bezug auf den Einfluss individueller Kompetenzen auf das Vertrauen **Hatak**, Kompetenz, Vertrauen und Kooperation (2011), 165: „Die zur Erfüllung einer Aufgabe benötigten fachlichen Fertigkeiten und Fähigkeiten, sowie die Summe der persönlichen Problemlösungsverfahren des potentiellen Vertrauensnehmers werden vielfach als Determinanten der Entstehung von Vertrauen seitens des Vertrauensgebers angesehen.“

295) Zur Vertiefung des interdisziplinären Vertrauens **Dernbach/Meyer**, Vertrauen und Glaubwürdigkeit: Interdisziplinäre Perspektiven (2005).

296) BGH, Beschl. v. 31.1.2008 – III ZR 161/07, NZI 2008, 241 f. (241); **Lissner**, BB 2014, 265 ff. (267).

297) **Smid** in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 7; **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 79.

298) **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56 Rn. 21; **Hess**, Insolvenzrecht (1999), Rn. 387.

299) **Smid** in: Smid, InsO (2001), § 56 Rn. 7.

300) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 80.

nahme ist nur in äußersten Ausnahmefällen zu treffen.³⁰¹⁾ Die Verwaltungshandlungen des Bestellten sind unwirksam, wenn die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nichtig ist.³⁰²⁾ Nach § 59 InsO muss der untauglich bestellte (vorläufige) Insolvenzverwalter durch das Insolvenzgericht von Amts wegen entlassen werden.

II. Das Auswahlverfahren

1. Vorauswahl durch die Insolvenzverwalterliste

- 117** Bis zum heutigen Zeitpunkt ist ein Zulassungsverfahren für (vorläufige) Insolvenzverwalter gesetzlich nicht geregelt. Das Gesetz sieht lediglich vor, dass die Entscheidung im Eröffnungsbeschluss zu erfolgen hat (§ 27 Abs. 1 S. 1 InsO) und dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter eine Bestellsurkunde auszuhändigen ist (§ 56 Abs. 2 InsO). Vorschriften über ein Bewerbungs- und (Vor-)Auswahlverfahren sowie zu inhaltlichen Anforderungen an die gerichtliche Entscheidung fehlen. Auf Grund des Regelungsvakuums hat sich in der Praxis bei den Insolvenzgerichten ein eigenständiges Vorgehen bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters entwickelt.
- 118** Die Insolvenzgerichte nehmen bereits im Vorfeld der Bestellung im Einzelfall eine Begrenzung des Kreises der potentiellen (vorläufigen) Insolvenzverwalter vor. Dieses sogenannte Vorauswahlverfahren³⁰³⁾ dient dazu, eine einheitliche Abwicklungspraxis zu gewährleisten und eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen (vorläufigem) Insolvenzverwalter und Insolvenzgericht zu erzielen.³⁰⁴⁾ Ferner soll auch die Auswahlentscheidung der am besten geeigneten Person im konkreten Einzelfall durch einen geschlossenen und bekannten Kreis von (vorläufigen) Insolvenzverwaltern erleichtert werden.³⁰⁵⁾ Eine große Anzahl von Insolvenzgerichten führt eine sogenannte Liste, in die die regelmäßig mit Verfahren beauftragten (vorläufigen) Verwalter aufgenommen werden.³⁰⁶⁾ Das Listenverfahren hat sich zur Zeit der Konkurs-

301) So unter anderem bei der Bestellung des Gemeinschuldners selbst, ohne Hinweis auf eine Eigenverwaltung nach § 270 InsO und gleichzeitiger Bestellung eines Sachwalters oder bei der Bestellung eines Verstorbenen.

302) *Delhaes* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56 Rn. 21.

303) Vgl. zu diesem Begriff OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.6.1996 – 3 VA 4/95, NJW-RR 1996, 1273 f. (1273); zum Umgang mit Bewerbungen auf die sogenannte Vorauswahlliste, *Graeber*, DZWIR 2005, 177 ff. (178 ff.).

304) *Holzer/Kleine-Cosack/Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 2.

305) *Holzer*, Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren (2004), Rn. 203; *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229 ff. (231).

306) *Lüke*, ZIP 2000, 485 ff. (486).

ordnung entwickelt.³⁰⁷⁾ Anfänglich dienten die Listen den Insolvenzgerichten dazu, einen Überblick über den Personenkreis zu gewinnen, der überhaupt bereit und in der Lage war, Insolvenzverwaltungen zu übernehmen. War es früher noch nicht gängige Praxis, so befinden sich heutzutage Insolvenzverwalterlisten bei fast allen Insolvenzgerichten. Primär dient die Liste dabei als Entscheidungshilfe des Richters. Die gerichtliche Auswahlentscheidung ist eine Eilentscheidung,³⁰⁸⁾ die unter großem Zeitdruck getroffen werden muss. Dabei greift der Insolvenzrichter auf Entscheidungshilfen, wie die Verwalterliste, zurück.³⁰⁹⁾ Dies ermöglicht ihm, einen schnellen Überblick über potentielle (vorläufige) Insolvenzverwalter zu gewinnen und den zeitlichen Anforderungen an seinen Entscheidungsprozess gerecht zu werden. Die Insolvenzverwalterliste dient somit als Arbeits-³¹⁰⁾ beziehungsweise Merkhilfe³¹¹⁾ des jeweiligen Richters. An anderen Gerichten führt nicht jeder einzelne Insolvenzrichter eine Liste, sondern nur das Insolvenzgericht selbst führt eine Liste, in der jeder der in den Verwalterkreis aufgenommenen Bewerber aufgelistet ist. Der gerichtliche Umgang mit diesen Listen ist demnach sehr unterschiedlich.³¹²⁾ Schon sehr früh wurde eine eingetübte Praxis bei der Vergabe der Verwalterstellen bei weniger als der Hälfte der Gerichte festgestellt. Nur die Gerichte in den Großstädten hatten eine fest eingetübte Praxis bei der Vergabe der (vorläufigen) Insolvenzverwalteraufgaben.³¹³⁾ Zwar ist davon auszugehen, dass mit der Zeit die Gerichte eine fester eingetübte Praxis entwickelt haben,³¹⁴⁾ von einem einheitlichen Bild bei allen Gerichten ist dennoch nicht auszugehen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass es keine festen Kriterien für die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insol-

307) In seinem Buch *Die Pleitemeister – Das Geschäft mit dem Konkurs* (1998), 167, beschreibt der Journalist **Philipp** die Situation der Verwalterbestellung zu Zeiten der Konkursordnung: „Nach welchen Kriterien im einzelnen der Amtsrichter seine künftigen Konkursverwalter wählt, bleibt ein Geheimnis. Die Richter selber berufen sich auf die Fachkenntnisse, die der einzelne Fall verlangt. Und dementsprechend würden sie aus einer ihnen vorliegenden Liste den benötigten Spezialisten aussuchen. Die betroffenen oder besser gesagt nicht betroffenen Anwälte vor Ort betrachten das ganze eher als Roulettespiel, bei dem eigenartigerweise immer dieselben Kanzleien gewinnen. Es gibt jedenfalls keine einheitliche Handhabung zur Auswahl des Konkursverwalters durch die Konkursabteilung des Amtsgerichts. (...) Irgendwelche gesetzlichen Regelungen oder Richtlinien gibt es ebenfalls nicht, so dass die Interessenten letztlich auf Gedeih und Verderb der Person des Richters ausgeliefert sind. Wer dem Richter gefällt, bekommt den Zuschlag. Wer nicht, kommt erst gar nicht auf die ominöse Liste (...).“

308) **Frind**, DZWIR 2001, 497 ff. (498).

309) **Holzer/Kleine-Cosack/Prütting**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 3; **Holzer**, Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren (2004), Rn. 214.

310) **Holzer**, Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren (2004), Rn. 204.

311) **Smid**, DZWIR 2001, 485 ff. (494).

312) **Holzer**, Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren (2004), Rn. 211 ff.

313) **Gessner/Rhode/Strate/Ziegert**, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland (1978), 82.

314) Diese Aussage ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass mit der Einführung der InsO im Jahre 1999 die Gerichte eine steigende Anzahl von Verbraucherinsolvenzverfahren und in deren Folge auch den benötigten (vorläufigen) Insolvenzverwaltern Rechnung tragen mussten.

venzverwalters gibt und sich durch diese Intransparenz nur schwer eine einheitliche Praxis entwickeln kann. Festzuhalten ist jedoch, dass der Auswahlprozess zwei Stufen hat: Die erste Stufe ist dabei eine der Auswahl vorausgehende Vorauswahl, das heißt es wird ein verfahrensunabhängiger Bewerberkreis definiert, aus dem dann, in der zweiten Stufe, die Bestellung im Einzelfall erfolgt.

- 119 Bei der Ausgestaltung der Insolvenzverwalterliste gibt es mehrere Möglichkeiten. Allgemein wird zwischen der geschlossenen und der offenen Insolvenzverwalterliste unterschieden.³¹⁵⁾

a) Geschlossene Liste

- 120 Die Liste der Gerichte wird als geschlossene Liste bezeichnet, die den Kreis der auf der Liste verzeichneten Personen als abschließend betrachten.³¹⁶⁾ Die auf der Liste aufgeführten Personen stellen somit einen abgeschlossenen Bewerberkreis dar.³¹⁷⁾ Nur von dieser Liste werden die (vorläufigen) Insolvenzverwalter bestellt. Neue (vorläufige) Insolvenzverwalter haben nur dann die Möglichkeit, in die Liste aufgenommen zu werden, wenn ein älterer (vorläufiger) Insolvenzverwalter aus dem Beruf ausscheidet³¹⁸⁾ oder die Anzahl an Insolvenzverfahren steigt.³¹⁹⁾ Bei mehreren zuständigen Insolvenzrichtern an den betreffenden Insolvenzgerichten werden zum Teil interne Absprachen getroffen, um ein Abweichen eines einzelnen Richters von der Liste zu vermeiden.³²⁰⁾ Die geschlossenen Listen werden auf Grund ihrer abschließenden Wirkung auch „*closed shops*“ genannt.³²¹⁾ Es ist deshalb für junge Verwalter sehr schwer, einen Listenplatz zu ergattern. Insbesondere, weil die Vergabe der Listenplätze wiederum von der individuellen Gerichtspraxis abhängt. Für die Berücksichtigung eines freien Listenplatzes fordern einige Insolvenzgerichte, dass der potentielle (vorläufige) Insolvenzverwalter in die Arbeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch eine Kanzlei eines bereits in die Liste aufgenommenen (vorläufigen) Insolvenzverwalters eingearbeitet worden ist.³²²⁾ Andere Insolvenz-

315) In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass diese Kategorisierung kein Ergebnis einer wissenschaftlichen Untersuchung über die Bestellungspraxis der Insolvenzgerichte hinsichtlich des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist. Vielmehr hat sich diese Kategorisierung herausgebildet, um die Uneinheitlichkeit und Intransparenz der Bestellungspraxis bei den Insolvenzgerichten für die Rechtstatsächlichkeit greifbar zu machen. Mit der Zeit hat sich nun die Unterscheidung in die geschlossene und offene Insolvenzverwalterliste etabliert.

316) **Holzer/Kleine-Cosack/Prütting**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 4; **Holzer**, Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren (2004), Rn. 216.

317) **Kruth**, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters (2006), 31.

318) **Holzer/Kleine-Cosack/Prütting**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 4.

319) **Kruth**, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters (2006), 31.

320) **Holzer**, Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren (2004), Rn. 220.

321) **Römermann**, NJW 2002, 3729 ff. (3730); **Linse/Glaubitz**, DStR 2010, 1497 ff. (1499); zu den sogenannten „*closed-shop*“-Insolvenzgerichten **Frind**, ZInsO 2001, 481 ff. (483 f.).

322) **Holzer/Kleine-Cosack/Prütting**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 4.

gerichte fordern dieses Kriterium hingegen nicht. Bei dieser intransparenten und uneinheitlichen Vergabepaxis stellt sich die Frage, ob diese Vorgehensweise mit Art. 3 GG und Art. 12 GG vereinbar ist. So hat das Bundesverfassungsgericht die Führung von geschlossenen Listen für verfassungswidrig und den Anspruch eines Bewerbers auf Aufnahme in eine Vorauswahlliste für einklagbar erklärt.³²³⁾

b) Offene Liste

Das Gegenteil der geschlossenen Liste ist die sogenannte offene Liste. Eine offene Liste liegt vor, wenn die Aufnahme neuer (vorläufiger) Insolvenzverwalter in die Liste gestattet ist.³²⁴⁾ Dabei kann die Insolvenzverwalterliste mitunter auch durch unerfahrene (vorläufige) Insolvenzverwalter erweitert werden.³²⁵⁾ Im Rahmen der offenen Liste ist es sogar möglich, dass bei besonderem Bedarf oder bei sehr schwierigen oder umfangreichen Fällen, auch (vorläufige) Insolvenzverwalter herangezogen werden, die im Vorfeld noch nicht bei dem zuständigen Insolvenzgericht bestellt wurden oder sogar ortsfremde und damit überregionale (vorläufige) Insolvenzverwalter sind.³²⁶⁾ **121**

c) Fazit

Im Rahmen der Vorauswahl wird zwischen der geschlossenen und offenen Insolvenzverwalterliste differenziert. Die geschlossene Liste ist vom Bundesverfassungsgericht als unzulässig deklariert worden. Es hat sich jedoch gezeigt, dass die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts in der Praxis keine große Bedeutung erlangt haben. Allein die Aufnahme in die Insolvenzverwalterliste ändert nicht die Bestellungspraxis der Insolvenzrichter, da durch die Aufnahme in die Insolvenzverwalterliste eine Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in einem konkreten Insolvenzverfahren nicht garantiert ist. Auch auf lange Sicht kann ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter allein aus der Tatsache, dass er einen Listenplatz innehat, keine Bestellung in einem Insolvenzverfahren fordern. Dieses hängt damit zusammen, dass der Insolvenzrichter in jedem einzelnen Insolvenzverfahren über die konkrete Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters entscheidet. Dabei hat der Insolvenzrichter bei seiner Auswahlentscheidung zweifellos auch die bislang nicht bestellten (vorläufigen) Insolvenzverwalter miteinzubeziehen. Dennoch spielen Kriterien der Geeignetheit für das konkrete Insolvenzverfahren auf Grund gesammelter Kenntnisse und damit einhergehendes Vertrauen aus vorausgegangenen Insolvenzverfahren eine wesentliche Rolle bei der Auswahlentscheidung. Diese können bei der Entscheidung gegen die **122**

323) BVerfG, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00 und 1086/01, NZI 2004, 574 ff. (576); BVerfGE 116, 1 ff. (17).

324) *Holzer*, Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren (2004), Rn. 222 f.; *Holzer/Kleine-Cosack/Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 4.

325) *Holzer/Kleine-Cosack/Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 4.

326) *Holzer/Kleine-Cosack/Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 4.

nicht überprüften Fähigkeiten eines anderen, zumeist neuen, (vorläufigen) Insolvenzverwalters sprechen. Ein weiterer Grund, der die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts als „Papiertiger“ darstellt, ist, dass sehr wenige (vorläufige) Insolvenzverwalter eine Konkurrentenklage erheben. Dies ist damit zu begründen, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter gegen die Entscheidung des Insolvenzrichters vorgeht, der möglicherweise in einem nächsten Verfahren wieder über die Bestellung oder Nichtbestellung des Klägers als (vorläufigen) Insolvenzverwalter entscheidet. Ob sich eine Konkurrentenklage dabei positiv auf die zukünftige Bestellungspraxis für den klagenden (vorläufigen) Insolvenzverwalter auswirkt, scheint fraglich zu sein. Das gewichtigere Argument ist aber, dass die Eröffnung und der Fortgang des Insolvenzverfahrens durch eine Konkurrentenklage nicht gehemmt werden.³²⁷⁾ Das Insolvenzverfahren ist ein Eilverfahren. Ein primärer Rechtsschutz könnte für längere Zeit die Verfahrensabwicklung lähmen und Sanierungsversuche stark beeinträchtigen. Im Interesse des Schuldners und der Gläubiger, die letztlich von der Entscheidung der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters betroffen sind, ist das Insolvenzverfahren trotz Konkurrentenklage fortzuführen.

- 123** Im Ergebnis ist eine Abkehr von dem Listenverfahren in Deutschland nicht erkennbar. Die Mehrzahl der Insolvenzgerichte bestellen somit regelmäßig dieselben (vorläufigen) Verwalter. In wirtschaftlich wichtigen Verfahren wird ein dem Insolvenzrichter unbekannter (vorläufiger) Insolvenzverwalter kaum bestellt werden. Neue (vorläufige) Insolvenzverwalter haben die Möglichkeit, durch die Geeignetheit für den Einzelfall und über ihre Tätigkeit in einfachen Verfahren (regelmäßig) bestellt zu werden.³²⁸⁾ Zwar wahrt das Listenverfahren die Einheitlichkeit und Transparenz nicht stringent und stellt sich für den einzelnen (vorläufigen) Insolvenzverwalter zum Teil auch als ungerecht dar. Dennoch hat jedes einzelne Insolvenzgericht auf seine ganz eigene Art und Weise eine Praxis entwickelt, mit der Liste so umzugehen, dass eine schnellstmögliche Bestellung eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters möglich ist.

2. Festgelegter Insolvenzverwalterkreis

- 124** Trotz der Unzulässigkeit der geschlossenen Listen, bringen teilweise Insolvenzgerichte nach außen zum Ausdruck, nur mit einem bestimmten Kreis von (vorläufigen) Insolvenzverwaltern zusammenzuarbeiten. Daraus ist abzuleiten, dass eine Bestellung nur innerhalb einer konkret bestimmten Gruppe erfolgt.³²⁹⁾ Diese Beschränkung durch das Insolvenzgericht ist unzulässig. Eine fehlerfreie Ermessensentscheidung des Insolvenzrichters erfordert, dass kein (vorläufiger) Insolvenzverwalter von vornherein ausgeschlossen ist, weil er nicht zu dem vom Insolvenzgericht festgelegten Verwal-

327) BVerfGE 116, 1 ff. (20).

328) *Graeber*, FPR 2006, 74 ff. (76).

329) *Uhlenbruck*, NZI 2006, 489 ff. (491).

terkreis gehört. Schon eine, wenn auch nicht ausdrückliche, so doch tatsächliche Beschränkung auf einen kleineren Kreis als aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen, begründet eine fehlerhafte Ermessensentscheidung des Insolvenzrichters.³³⁰⁾ Davon abzugrenzen ist die in der Praxis häufig auftretende Situation, dass regelmäßig bestimmte (vorläufige) Insolvenzverwalter bestellt werden.³³¹⁾ Dies ist darauf zurückzuführen, dass Insolvenzrichter mit dem Einsatz bestimmter (vorläufiger) Insolvenzverwalter gute Erfahrungen gesammelt haben und sich dadurch automatisch ein bestimmter Personenkreis bildet, der nur selten erweitert wird. Solange jedoch alle (vorläufigen) Insolvenzverwalter in die Auswahlentscheidung einbezogen werden, findet keine unzulässige Bestellung statt.³³²⁾

B. Auswahl durch die Gläubiger

Den Gläubigern wurden seit Inkrafttreten des ESUG am 1.3.2012 erheblich mehr Mitwirkungsrechte bei der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters eingeräumt. Der Wille des Gesetzgebers war es, den Gläubigern weitgehende Einflussnahme bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters einzuräumen, um dadurch die Gläubigerautonomie zu stärken.³³³⁾ 125

I. Der vorläufige Gläubigerausschuss

Insbesondere durch das Institut des vorläufigen Gläubigerausschusses gemäß § 22a InsO will der Gesetzgeber die Gläubigerautonomie stärken und die Einflussnahme der Gläubiger auf die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters bereits im Eröffnungsverfahren nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO ausdehnen, um damit den frühzeitigen Einfluss der Gläubiger zu sichern.³³⁴⁾ Bis zum 29.2.2012 war es nach § 67 Abs. 1 InsO lediglich möglich, dass das Insolvenzgericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzte. Hierbei unterlag die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses dem Ermessen des Insolvenzgerichts. Ob ein vorläufiger Gläubigerausschuss bereits im Eröffnungsverfahren³³⁵⁾ eingesetzt werden konnte, war umstritten.³³⁶⁾ Durch die Insolvenzrechtsreform hat der Gesetzgeber mit der Einführung des 126

330) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 117.

331) **Graeber**, NJW 2004, 2715 ff. (2716).

332) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 117 f.

333) BT-Drs. 17/5712, 1 f.

334) So in BT-Drs. 17/5712, 24: „Die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses schon im Eröffnungsverfahren und die Beteiligung dieses Ausschusses vor den Entscheidungen des Gerichts soll in Zukunft das Mittel sein, um einen frühzeitigen Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, auf die Anordnung der Eigenverwaltung und auf die Bestellung des (vorläufigen) Sachwalters sicherzustellen.“

335) In der Literatur häufig als sogenannter „vor-vorläufiger Gläubigerausschuss“ bezeichnet.

336) Bejahend AG Köln, Beschl. v. 29.6.2000 – 72 IN 178/00, NZI 2000, 443 f. (443 f.); **Braun/Uhlenbruck**, Unternehmensinsolvenz (1997), 259; verneinend statt vieler **Uhlenbruck** in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 325 ff. (336 ff.).

§ 22a InsO diese umstrittene Frage geklärt und ein neues Instrument gesetzlich fixiert: Den vorläufigen Gläubigerausschuss. Lediglich die Überschrift des § 22a InsO „*Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses*“ ist etwas verwirrend. Bis zum 29.2.2012 wurde unter einem vorläufigen Gläubigerausschuss verstanden, dass dieser mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Insolvenzgericht, zumeist auf Anregung des vorläufigen Insolvenzverwalters, für die Zeit zwischen Eröffnung des Verfahrens und dem Berichtstermin (§§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 156 ff. InsO) eingesetzt wird, um so die Gläubiger gleich von Beginn an in die Abwicklung des Insolvenzverfahrens miteinzubeziehen.³³⁷⁾ Seit dem 1.3.2012 handelt es sich ausdrücklich um einen „*vorläufigen Gläubigerausschuss*“, dessen Amtszeit mit dem Eröffnungsverfahren beginnt und mit dem eröffneten Verfahren endet.³³⁸⁾

- 127 Im Rahmen des vorläufigen Gläubigerausschusses wird differenziert zwischen dem originären, dem derivativen und dem fakultativen (Pflicht-)Ausschuss.

1. Originärer Pflichtausschuss

- 128 Ein *originärer Pflichtausschuss* liegt vor, wenn das schuldnerische Unternehmen zwei der drei Größenkriterien des § 22a Abs. 1 InsO erfüllt und nach § 22a InsO i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO somit ein vorläufiger Gläubigerausschuss verpflichtend einzusetzen ist. Die Größenklassen bestimmen sich dabei aus dem vorangegangenen Geschäftsjahr.³³⁹⁾ Das schuldnerische Unternehmen muss mindestens zwei von drei Kriterien erfüllen: 6 Millionen Euro Bilanzsumme nach Abzug des Fehlbetrages (Nr. 1), 12 Millionen Euro Jahresumsatz (Nr. 2) oder 50 Arbeitnehmer (Nr. 3).³⁴⁰⁾ Der Gesetzgeber hat hierbei die Größenklassen der kleinen Kapitalgesellschaft nach § 267 Abs. 1 Nr. 1–3 HGB angepasst.³⁴¹⁾ Probleme treten bei den Schwellenwerten der Nr. 1 und Nr. 3 auf. Um die Bilanzsumme festzustellen, ist der Jahresabschluss heranzuziehen.³⁴²⁾ In der Praxis liegt der Jahresabschluss auf dem dem Insolvenzantrag vorangegangenen Abschlussstichtag häufig noch nicht vor.³⁴³⁾ Die

337) Vgl. **Keller**, Insolvenzzrecht (2006), Rn. 474.

338) Zur Vertiefung hinsichtlich der Frage, ob der vorläufige Gläubigerausschuss des Eröffnungsverfahrens auch automatisch zum vorläufigen Gläubigerausschuss im eröffneten Verfahren für die Zeit bis zum Berichtstermin wird **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 46 ff.

339) Kritisch dazu **Frind**, ZInsO 2011, 373 ff. (375), der darauf hinweist, dass früher laufende Betriebe auch nach Absinken der Kennzahlen gläubigerausschusspflichtig blieben.

340) **Trams**, NJW-Spezial 2012, 149 f. (149).

341) BT-Dr. 17/7511, 33: „*Auf Anregung des Bundesrates werden die Schwellenwerte des § 22a InsO-E, bei deren Vorliegen die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses grundsätzlich verpflichtend ist, in Anlehnung an die in § 267 Absatz 1 Nummer 1 bis 3 des Handelsgesetzbuches aufgeführten Werte erhöht. Damit wird auch der Kritik aus der Praxis Rechnung getragen, die es für den Großteil der bislang erfassten Unternehmen für zu aufwändig hielt, regelmäßig einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, und fürchtete, nicht in allen Fällen die nötige Mitwirkung der Gläubiger sicherstellen zu können.*“

342) Vgl. hierzu § 268 Abs. 1 HGB.

343) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 12.

konkrete Bilanzsumme festzustellen, ist daher sehr schwierig. Eine mögliche Lösung ist, auf den Vorjahresabschluss zurückzugreifen und diesen, soweit erforderlich, um Werte aus der laufenden Buchhaltung zu korrigieren beziehungsweise anzupassen. Dies steht dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes zwar entgegen und ist auch aus rechtsdogmatischer Sicht fraglich. Zustimmung für diese Lösung findet sich aber in der Gesetzesbegründung zum qualifizierten Gläubigerverzeichnis. Danach ist es möglich, dass die Höhe der Forderung bei Bedarf zu schätzen ist.³⁴⁴⁾ Um die relevanten Umsatzerlöse zu ermitteln, kann auf die Summen- und Saldenlisten der laufenden Buchhaltung zurückgegriffen werden, so dass eine Ermittlung der maßgeblichen Werte zu jedem Zeitpunkt und auf jeden Stichtag ohne Schwierigkeiten möglich ist.³⁴⁵⁾ Die Schätzung, die für das qualifizierte Gläubigerverzeichnis die Lösung darstellt, kann auch auf die Schwellenwerte des vorläufigen Gläubigerausschusses übertragen werden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass § 13 Abs. 1 InsO und die Angaben nach § 22a Abs. 1 InsO das gleiche Ziel verfolgen: Beide Normen dienen der Feststellung, ob es geboten ist, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen und wie dieser ordnungsgemäß zu besetzen sein würde.³⁴⁶⁾ Im Ergebnis stellt diese Möglichkeit die in der Praxis geeignetste Lösung dar. Es ist aber Folgendes zu beachten: Bei einem Unternehmen in der Krise ist es nur selten der Fall, dass die Vorjahreswerte, die in Bilanzform bereits vorliegen, auch tatsächlich umgesetzt werden beziehungsweise umgesetzt werden können.³⁴⁷⁾ Ein aussagekräftiges Urteil kann dabei nur sehr selten getroffen werden. Für die Praxis ist es daher empfehlenswert, dass die Werte, soweit möglich, auf den Zeitpunkt des Insolvenzantrags fortgeschrieben werden und dies dem Gericht auch mitgeteilt wird, weil das Insolvenzgericht prüfen muss, ob die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse „*unverhältnismäßig*“ ist. Da dies nur anhand aktueller und nicht abgelaufener Zahlen möglich ist, ist es ratsam, dass das Insolvenzgericht hierauf rechtzeitig hinweist.³⁴⁸⁾

Eine weitere Problematik stellt sich, wie bereits erwähnt, bei der Ermittlung des § 22a Abs. 1 Nr. 3 InsO. Dabei muss das schuldnerische Unternehmen einen Jahresdurchschnitt von mindestens fünfzig Arbeitnehmern vorweisen. Der Gesetzgeber lässt die Frage, wie der Jahresdurchschnitt der Arbeitnehmerzahl zu ermitteln ist, unbeantwortet. Relevant ist diese Fragestellung vor allem für Unternehmen, die zum Beispiel durch einen saisonalen Betrieb unter einer starken Fluktuation leiden. Um auch unter diesen Umständen die gesichertsten Ergebnisse zu erzielen, ist es empfehlenswert, die Ermittlung an der Lohnbuchhaltung auszurichten.³⁴⁹⁾ Diese listet in der Regel

344) BT-Drs. 17/5712, 23: „Die Höhe der Forderungen ist gegebenenfalls zu schätzen.“

345) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 12.

346) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 12; ähnlich **Obermüller**, ZInsO 2012, 18 ff. (19).

347) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 13.

348) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 14.

349) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 15.

alle Lohnabrechnungen monatlich auf. Durch die Addition der Zahl der Lohnabrechnungen eines Jahres und der Division durch zwölf wird der benötigte Wert für § 22a Abs. 1 Nr. 3 InsO erzielt. Um einen aussagekräftigen Wert zu ermitteln und dem Erfordernis der Bestimmung der tatsächlichen Beschäftigungszahlen nachzukommen, sind auch die nicht angemeldeten Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die zwar tatsächlich für das schuldnerische Unternehmen tätig sind, aber nicht in der Lohnbuchhaltung aufgeführt werden, sogenannte „Schwarzarbeiter“.³⁵⁰⁾ In der Praxis ist es häufig der Fall, vor allem im Rahmen eines Fremdantrags, dass das Insolvenzgericht keine Kenntnis davon hat, ob das schuldnerische Unternehmen die Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO erfüllt. Das Insolvenzgericht ist in dieser Situation nicht verpflichtet, zunächst den Schuldner zur Größe seines Unternehmens anzuhören oder einen Sachverständigen mit der Beurteilung der Frage zu beauftragen.³⁵¹⁾ Die fehlende Pflicht des Insolvenzgerichts zur Anhörung des Schuldners ergibt sich aus § 20 InsO. Danach ist der Schuldner vor Zulassung des Antrags noch nicht mitwirkungs- und auskunftsverpflichtet. Anders liegt der Fall hingegen, wenn das Insolvenzgericht den Antrag bereits zulässt. Dann muss das Insolvenzgericht auch dem Eilcharakter des Verfahrens Rechnung tragen und eine Entscheidung auf der Grundlage der ihm bekannten Informationen treffen. Auch wenn in dieser Situation die Einholung eines Sachverständigengutachtens durch die extensive Auslegung der Amtsermittlungspflicht des § 5 Abs. 1 S. 1 InsO gerechtfertigt werden kann, wird dies dennoch regelmäßig an § 22a Abs. 3 InsO scheitern, da die Einholung auf Grund des Zeitaufwands dem Eilcharakter des Insolvenzverfahrens entgegensteht.³⁵²⁾

2. Derivativer Pflichtausschuss

- 130** Im Gegensatz zum originären Pflichtausschuss unterliegt der *derivative Pflichtausschuss* nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO i.V.m. § 22a Abs. 2 InsO dem Ermessen des Insolvenzgerichts, so der Gesetzeswortlaut „*hat*“ (Abs. 1) und „*soll*“ (Abs. 2). Entgegen dem Wortlaut ist jedoch zu beachten, dass für Abs. 2 dieselbe Verbindlichkeit wie für Abs. 1 besteht. Bei Abs. 2 handelt sich um einen sogenannten Antragsausschuss, da das Gericht auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Insolvenzverwalters oder eines Gläubigers, einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO einsetzen soll, wenn Personen benannt werden, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und dem Antrag Einverständniserklärungen der benannten Personen beigefügt werden.³⁵³⁾ Für die ordnungsge-

350) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 15.

351) *Obermüller*, ZInsO 2012, 18 ff. (19); a.A. *BAKinso*, ZInsO 2011, 2223 f. (2223), die die Einsetzung eines Sachverständigen gemäß § 5 InsO fordern.

352) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 16.

353) Erst die Praxis wird mögliche Probleme des § 22a Abs. 2 InsO aufzeigen, da § 22a Abs. 2 InsO mit der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses am 26.10.2011 und damit (erst) einen Tag vor der Beschlussfassung im Bundestag am 27.10.2011, in den Gesetzesentwurf gelangt ist.

mäße Einsetzung des derivativen Pflichtausschusses sind damit die Antragsvoraussetzungen der Benennung ausreichender Mitglieder gemäß § 22a Abs. 4 InsO, die repräsentative Zusammensetzung und Entsprechung des § 67 Abs. 2 InsO, die Vorlage der Einverständniserklärungen und der Nachweis ausreichenden Vermögens zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit vorzuweisen.³⁵⁴⁾ Das Gericht ist dabei zwar nicht an die Vorschläge des Antragstellers gebunden nach § 22a Abs. 4 InsO.³⁵⁵⁾ Das Ermessen des Gerichts ist jedoch gebunden, da das Gericht dem Antrag grundsätzlich Folge zu leisten hat. Nur aus Gründen, die über die Befreiungstatbestände des § 22a Abs. 3 InsO hinausgehen, kann das Gericht den Antrag auf Einsetzung eines Gläubigerausschusses ablehnen, da § 22a Abs. 3 InsO auch auf den auf Antrag einzusetzenden Gläubigerausschuss Anwendung findet.

3. Fakultativer Ausschuss

Letztlich ist noch der *fakultative Gläubigerausschuss* nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO **131** zu nennen. Das Insolvenzgericht hat danach die Möglichkeit, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, auch wenn die Voraussetzungen des § 22a InsO nicht erfüllt sind und weder der Schuldner, noch der vorläufige Insolvenzverwalter oder ein Gläubiger einen Antrag nach § 22a Abs. 2 InsO gestellt haben. Danach liegt es im freien Ermessen des Insolvenzgerichts, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, für den § 67 Abs. 2 InsO und die §§ 69 bis 73 InsO entsprechend gelten. Der fakultative Gläubigerausschuss genießt dabei die gleichen Rechte wie der originäre und der derivative Gläubigerausschuss.³⁵⁶⁾

4. Form der Mitwirkung

Dadurch, dass für den vorläufigen Gläubigerausschuss in § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO eine gesetzliche Grundlage geschaffen worden ist, hat der Gesetzgeber die Gläubigerautonomie und den Gläubigereinfluss gestärkt.³⁵⁷⁾ Und das in der entscheidenden Phase des Insolvenzverfahrens, denn die wichtigen Entscheidungen für den Fortgang des Insolvenzverfahrens werden regelmäßig im Insolvenzeröffnungsverfahren getroffen.³⁵⁸⁾ Schon vor der Insolvenzrechtsreform vom 1.3.2012 war es üblich, dass in größeren komplexen Verfahren ein Gläubigerausschuss im Insolvenzeröffnungsverfahren eingesetzt wurde. Dabei konnte der Gläubigerausschuss schon früher in die Unterstützung und Überwachung der Amtsführung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und auch in die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters einbezogen werden. Die

354) Vgl. **Hötzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 8.

355) BT-Drs. 17/5712, 25.

356) A.A. **Obermüller**, ZInsO 2012, 18 ff. (24).

357) **Göb**, NZG 2012, 371 ff. (372).

358) So werden im Insolvenzeröffnungsverfahren wichtige Entscheidungen im Hinblick auf die Betriebsfortführung, die Verhandlungen mit potentiellen Investoren und insbesondere die Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters getroffen.

Aufgaben des vorläufigen Gläubigerausschusses bestimmen sich nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO i.V.m. § 69 InsO. Der Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren hat danach die gleichen Aufgaben wie der Gläubigerausschuss im eröffneten Verfahren. Insbesondere hat der vorläufige Gläubigerausschuss die Möglichkeit, sich zu den Anforderungen, die an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu stellen sind und zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu äußern nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO i.V.m. § 56a Abs. 1 InsO, soweit dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners gemäß § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO führt. Nach § 56a Abs. 2 S. 1 InsO darf das Gericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Das Insolvenzgericht hat aber dennoch bei der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters die vom vorläufigen Gläubigerausschuss beschlossenen Anforderungen an die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zugrunde zu legen gemäß § 56a Abs. 2 S. 2 InsO. In der Gestaltung des Anforderungsprofils bestehen keine Einschränkungen. Insbesondere muss der vorläufige Gläubigerausschuss nicht darauf achten, ob die vorgeschlagene Person beim Insolvenzgericht gelistet ist. Ferner ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss vor Anordnung der Eigenverwaltung gemäß § 270 Abs. 3 InsO Gelegenheit zur Äußerung zu geben.³⁵⁹⁾ Zu beachten ist, dass die Gläubigerbeteiligung nach § 56a Abs. 1 InsO der Anhörung des Gläubigerausschusses als Organ bedarf. Die Anhörung einzelner Ausschussmitglieder ist nicht ausreichend, sondern der vorläufige Gläubigerausschuss muss sich bereits konstituiert haben.³⁶⁰⁾

- 133** Nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 56a Abs. 1 InsO ist der vorläufige Gläubigerausschuss einmal vor der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters und nach § 56a Abs. 1 InsO noch einmal vor der Bestellung des (endgültigen) Insolvenzverwalters bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens anzuhören. Das Gesetz sieht also eine zweimalige Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses vor. Vorteilhaft ist dabei, dass das Insolvenzgericht dadurch einer Bindung unterliegt und nicht die Möglichkeit hat, im Eröffnungsbeschluss einen bevorzugten Kandidaten durchzusetzen, in der Hoffnung, dass bei der Abwahl im Berichtstermin die erforderliche Kopfmehrheit fehlt.³⁶¹⁾ Von der zweimaligen Anhörung kann aber abgesehen werden, wenn der vorläufige Gläubigerausschuss den vorläufigen Insolvenzverwalter benannt hat und sich bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Zweifel an dieser Auswahlentscheidung ergeben.³⁶²⁾ Eine nochmalige Anhörung vor der Eröffnung des

359) **Fridgen**, GWR 2011, 325559.

360) AG München, Beschl. v. 14.6.2012 – 1506 IN 1851/12 (*nicht rechtskräftig*), ZIP 2012, 1308 f. (1309).

361) **Obermüller**, ZInsO 2012, 18 ff. (24).

362) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 50.

Insolvenzverfahrens würde zur reinen „Förmelei“ führen, indessen ein Absehen von der Anhörung des Insolvenzverfahren beschleunigt.³⁶³⁾

Einigt sich der vorläufige Gläubigerausschuss hingegen auf keine Person, so kann der vorläufige Gläubigerausschuss durch (Kopf-)Mehrheitsbeschluss nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 1a, 72 InsO dennoch das Anforderungsprofil des (vorläufigen) Insolvenzverwalters festlegen und so das Insolvenzgericht binden. Lediglich ist dabei zu beachten, dass die vom vorläufigen Gläubigerausschuss vorgegebenen Anforderungen nicht konkret, sondern (nur) abstrakt sein dürfen, um eine Festlegung auf eine konkrete Person zu vermeiden und damit der Gefahr lobbyistischer Gläubigerstrukturen entgegenzuwirken.³⁶⁴⁾ Übergeht das Insolvenzgericht den Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses, so unterliegt es einer Begründungspflicht nach § 27 Abs. 2 Nr. 5 InsO. Zwar liegt mit dem Übergehen des Vorschlags ein Verstoß gegen § 56a Abs. 2 InsO vor. Ein Beschwerderecht der Gläubiger hat der Gesetzgeber aber nicht vorgesehen. Die Heranziehung des § 56a Abs. 3 InsO scheidet auf Grund einer anderen Ratio aus, da § 56a Abs. 3 InsO dazu dient, eine Kompensation für die Fälle darzustellen, in denen ein vorläufiger Gläubigerausschuss aus Zeitgründen nicht eingesetzt werden konnte.³⁶⁵⁾ Auch ein außerordentliches Beschwerderecht kommt nicht in Betracht, da die Gläubigerautonomie durch § 57 InsO schon ausreichend gewahrt ist. Unberührt bleibt allerdings die Pflichtverletzung außerhalb des Spruchrichterprivilegs, auch wenn ein Schaden des vorläufigen Gläubigerausschusses in den seltensten Fällen begründet werden kann.³⁶⁶⁾

Wie nach § 56a Abs. 3 InsO deutlich wird, kann das Insolvenzgericht von einer Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters mit Rücksicht auf eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage absehen. Der vorläufige Gläubigerausschuss hat dann die Möglichkeit, in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person zu wählen, die auch an den Kriterien des § 56 Abs. 1 InsO zu messen ist.³⁶⁷⁾ Das Insolvenzgericht hat die Pflicht, sofern

363) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 50.

364) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 22 f.

365) BT-Drs. 17/7511, 34 f.

366) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 25.

367) So auch **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 36 f., der darauf abstellt, dass sich eine (erneute) Eignungs- und Unabhängigkeitsprüfung im Rahmen des § 56a Abs. 3 InsO aus dem allgemeinen Anforderungskatalog des § 56 Abs. 1 InsO und „aus der Tatsache, dass § 56a Abs. 3 InsO nur die Entscheidung des vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 56a Abs. 1 InsO nachholt, der nachgeholte Beschluss aber nicht mit weitreichenderen Rechtsfolgen ausgestattet sein kann, als wäre er bereits ursprünglich getroffen worden“ ergebe. Ferner wird auf die Gesetzesbegründung abgestellt, die bei einem vom vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschlagenen (vorläufigen) Insolvenzverwalter besonders eingehend die Prüfung der Unabhängigkeit fordere. Letztlich folge die Prüfung der Eignung auch aus § 57 S. 3 InsO, der bei der Neuwahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung auch eine Befugnis und Pflicht zur Prüfung des Insolvenzgerichts vorsieht.

die gewählte Person die geforderten Anforderungen erfüllt, die Bestellung nicht zu verweigern und den vorherigen (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu entlassen und den neu gewählten (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu bestellen.³⁶⁸⁾ Einzig und allein die Verweigerung wegen fehlender Eignung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, abzuleiten aus § 57 S. 3 InsO, verbleibt dem Insolvenzgericht. Das Verfahren des § 56a Abs. 3 InsO regelt das Gesetz nicht näher. Empfehlenswert ist es aber, dass der vorläufige Insolvenzverwalter, der zur ersten Sitzung des vorläufigen Gläubigerausschusses lädt, in die Tagesordnung den Punkt der „*Wahl eines anderen vorläufigen Insolvenzverwalters gemäß § 56a Abs. 3 InsO*“ aufnimmt.³⁶⁹⁾ Dadurch wird auch vermieden, dass der vorläufige Insolvenzverwalter seine Bestellung unangreifbar macht. Für die Beschlussfassung ist das Gesetz eindeutig. Nach § 56a Abs. 3 InsO wird die Einstimmigkeit des Beschlusses gefordert. Das Gesetz lässt aber offen, ob dabei die Einstimmigkeit der Stimmen der anwesenden Mitglieder gemeint ist oder ob alle Mitglieder auch tatsächlich an der Beschlussfassung teilgenommen haben müssen.³⁷⁰⁾ Der Rechtsausschuss begründet das Erfordernis der Einstimmigkeit damit, „*dass einem vorläufigen Gläubigerausschuss, der naturgemäß nur ein unvollkommenes Abbild der Gesamtgläubigerschaft darstellen kann, im Vergleich zur Gläubigerversammlung nur eine eingeschränkte Legitimation zukommt. (...) Um zu verhindern, dass einzelne, besonders durchsetzungsstarke Mitglieder das Verfahren dominieren, erfordert die Wahl des Insolvenzverwalters Einstimmigkeit.*“³⁷¹⁾ Dem Willen des Gesetzgebers nach zu urteilen ist es erforderlich, dass in der ersten Sitzung des vorläufigen Gläubigerausschusses alle Mitglieder anwesend sind und für den neu gewählten Kandidaten stimmen. Damit wird dem Institut des vorläufigen Gläubigerausschusses als nicht vollkommenes Abbild der Gesamtgläubigerschaft Rechnung getragen und dem Einfluss einzelner großer Gläubiger entgegengewirkt. Vor der Abberufung des durch das Insolvenzgericht eingesetzten (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist diesem die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben.³⁷²⁾ Die Amtszeit des neu gewählten (vorläufigen) Insolvenzverwalters beginnt mit der Annahme des Amtes gegenüber dem Insolvenzgericht. Der Zugang der Annahmeerklärung beim Insolvenzgericht bedeutet zeitgleich das Ende des Amtes des bisherigen (vorläufigen) Insolvenzverwalters.³⁷³⁾ Eine förmliche Aufhebung in Form eines ausdrücklichen Entlassungsbeschlusses bedarf es nicht.³⁷⁴⁾

368) **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 56a Rn. 24.

369) Vgl. **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 31, der vorschlägt, in die Tagesordnung den Punkt „*Abstimmung über die Person des vorläufigen Insolvenzverwalters gem. § 56a Abs. 3 InsO*“ aufzunehmen.

370) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 41.

371) BT-Drs. 17/7511, 35.

372) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 44; für den vergleichbaren Fall der Gläubigerversammlung (nach altem Recht) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2007), § 57 Rn. 15.

373) Vgl. **Vallender** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 57 Rn. 30.

374) Vgl. **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 57 Rn. 36.

5. Probleme bei und nach der Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses

Bei der Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses ergeben sich einige praktische Probleme. Im Hinblick auf die Einsetzung eines originären Pflichtausschusses nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO i.V.m. § 22a Abs. 1 InsO muss das Insolvenzgericht, um die Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO zu ermitteln, detaillierte Kenntnisse über das Schuldnerunternehmen haben. In der Praxis wird dies aber regelmäßig nur bei einem Eigenantrag des Schuldners möglich sein. Im Gegensatz dazu dürfte es dem Gläubiger bei einem sogenannten Fremdantrag nur schwer möglich sein, Angaben zur Bilanzsumme, den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres zu machen. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und den Gläubiger von der Pflicht detaillierter Angaben befreit, vergleiche § 14 InsO. In diesen Fällen hat sich das Insolvenzgericht für konkrete Informationen an das schuldnerrische Unternehmen zu wenden. **136**

Auch im Rahmen des derivativen Pflichtausschusses ergeben sich Probleme. Hinterlegt ein designierter Gläubiger bei dem zuständigen Insolvenzgericht eine „Schutzschrift“ nach § 22a Abs. 3 InsO und werden dadurch die Voraussetzungen des § 22a Abs. 2 InsO erfüllt, so greift die Verweisung in § 13 Abs. 1 S. 5 Nr. 3 InsO ein, in folgedessen der Schuldner verpflichtet wird, seinem Insolvenzantrag ein qualifiziertes Gläubigerverzeichnis anzufügen. Fügt der Schuldner seinem Antrag kein qualifiziertes Gläubigerverzeichnis an, ist sein Antrag grundsätzlich als unzulässig abzuweisen.³⁷⁵⁾ Da der Schuldner aber keine Kenntnis von dieser Pflicht haben kann, ist es geboten, dem Schuldner eine angemessene Frist zum Nachreichen des qualifizierten Gläubigerverzeichnisses zuzubilligen.³⁷⁶⁾ Insbesondere gilt dies für Unternehmen, deren Organe der Antragsverpflichtung nach § 15a InsO unterliegen. Lässt der Schuldner die Nachfrist verstreichen, wird der Insolvenzantrag nachträglich unzulässig.³⁷⁷⁾ Dies ist damit zu begründen, dass das Insolvenzgericht mit den Angaben aus dem qualifizierten Gläubigerverzeichnis überprüfen kann, ob die Vorgeschlagenen nach Abs. 2 eine repräsentative Zusammensetzung des Gläubigerausschusses darstellen. **137**

Vor allem ergeben sich aber praktische Probleme im Zusammenhang mit der Dispensprüfung des § 22a Abs. 3 InsO. § 22a Abs. 3 InsO sieht Ausnahmen von der Pflicht zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses vor. Danach ist ein vorläufiger Gläubigerausschuss nicht einzusetzen, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners eingestellt ist, die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder die mit **138**

375) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 10.

376) Hierbei ist eine Frist von 3–5 Werktagen als angemessen anzusehen.

377) A.A. *Obermüller*, ZInsO 2012, 18 ff. (21).

der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.³⁷⁸⁾ Insbesondere sind dabei die fehlende Einsetzung auf Grund der Unverhältnismäßigkeit zur Insolvenzmasse³⁷⁹⁾ und die nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners durch eine zeitliche Verzögerung problematisch, da diese so oft zu begründen sein können, dass eine Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 22a Abs. 1 und Abs. 2 InsO zur Ausnahme statt zur Regel wird.³⁸⁰⁾

- 139** Um die Unverhältnismäßigkeit nach § 22a Abs. 3 2. Var. InsO zu ermitteln, sollten unter anderem Vergütung und Haftpflichtversicherung der Ausschussmitglieder prognostiziert und in Verhältnis zu der erwarteten Insolvenzmasse gesetzt werden.³⁸¹⁾ Unter der „zu erwarteten Insolvenzmasse“ des § 22a Abs. 3 2. Var. InsO fällt nur die freie Masse. Dies ist zum einen damit zu begründen, dass den einfachen, ungesicherten Insolvenzgläubigern nach § 38 InsO nur dieser Teil der Masse zur Befriedigung zur Verfügung steht und somit auch die Kosten der Einrichtung des vorläufigen Gläubigerausschusses nur aus der freien Masse erfolgen können. Zum anderen ist die Ratio des § 22a InsO, dass ein vorläufiger Gläubigerausschuss nur eingesetzt werden soll, wenn die Einsetzung zur freien Masse verhältnismäßig ist.³⁸²⁾ Problematisch und fraglich ist hierbei aber, wie das Insolvenzgericht die freie Masse aus dem Insolvenzantrag erkennen kann. Es fehlt an einer Relationsmöglichkeit für die Beurteilung der wirtschaftlichen Werthaltigkeit der Sicherheit auf der einen und der zu erwartenden Insolvenzmasse auf der anderen Seite.³⁸³⁾ Da auch kein Vermögensverzeichnis geschuldet ist, ist das Insolvenzgericht, in Anbetracht der begrenzten Zeit, in den wenigsten Fällen in der Lage, die freie Masse zu bestimmen. Ob eine Unverhältnismäßigkeit vorliegt, ist damit fraglich. Die fehlende Beurteilungsgrundlage wird von dem Insolvenzgericht auch nicht durch § 5 Abs. 1 S. 1 InsO kompensiert, da der Amtsermittlungsgrundsatz immer dann nicht eingreift, wenn mit der Amtsermittlung eine Verzögerung des Verfahrens einhergeht.³⁸⁴⁾ Dem Antragstellenden ist deshalb zu raten, dass er seinem Insolvenzantrag alle für das Insolvenzgericht erheblichen Umstände, auch die Vermögenswerte, anfügt.

378) So auch AG Hamburg, Beschl. v. 6.5.2013 – 67c IN 165/13, ZInsO 2013, 1804 ff. Selbst bei einer nur absehbaren Geschäftseinstellung setzt das AG Hamburg, Beschl. v. 3.5.2013 – 67c IN 161/13, ZInsO 2013, 1803 f. keinen vorläufigen Gläubigerausschuss analog § 22a Abs. 3 1. Alt. InsO ein. Kritisch dazu **Martini**, ZInsO 2013, 1782 ff. (1728 ff.).

379) Auf die Problematik hinweisend auch schon **Fuhst**, DSrR 2012, 418 ff. (419); **Römermann**, GWR 2011, 321874.

380) So auch schon **Riggert**, NZI 2011, 121 ff. (123); **Frind**, ZInsO 2011, 757 ff. (758 f.); zudem **DAV**, Stellungnahme vom 29.3.2011, 3 f.

381) Vgl. **Römermann**, NJW 2012, 645 ff. (648); **Göb**, NZG 2012, 371 ff. (373).

382) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 23.

383) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 25.

384) **Gerhardt** in: Jaeger, InsO, Band 1 (2004), § 5 Rn. 2.

Im Rahmen der nachteiligen Verzögerung sieht der Gesetzgeber zwar bei einem Antrag des Schuldners, der die Angaben nach § 13 Abs. 1 InsO pflichtgemäß aufführt, von einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage ab, da es dem Gericht sehr einfach möglich sei, aus den Angaben des Schuldners die geeigneten Gläubiger einzusetzen.³⁸⁵⁾ Zu denken ist aber auch an die Aufgabe des Insolvenzgerichts, die nach § 13 Abs. 1 InsO aufgeführten Gläubiger zu fragen, ob sie das Amt des vorläufigen Gläubigerausschussmitglieds überhaupt annehmen wollen. Die Befragung ist sehr zeitintensiv und führt im Ergebnis dazu, dass eine zeitliche Verzögerung nicht zu vermeiden ist. Neben dem Eigenantrag geht auch bei einem Fremdantrag eine zeitliche Verzögerung gezwungenermaßen einher, da es bei einem Fremdantrag regelmäßig an einem Gläubigerverzeichnis nach § 13 Abs. 1 InsO fehlt. Hier kann das Insolvenzgericht entweder zeitaufwendige Recherchen vornehmen oder sich dafür entscheiden, und das wird nach meiner Einschätzung in der Praxis der Regelfall sein, einen vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen und den nachträglich auf Antrag zu bestellenden vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 22a Abs. 2 InsO auf §§ 21 Abs. 1 Nr. 1, 56a Abs. 3 InsO zu verweisen. Dem Antragsteller ist deshalb zu raten, neben dem Gläubigerverzeichnis nach § 13 Abs. 1 InsO, die Zustimmungserklärungen der in Betracht kommenden Gläubiger bei dem zuständigen Insolvenzgericht mit einzureichen. Das Insolvenzgericht sollte auf Grund des limitierten Zeitfensters darauf hinweisen, dass es stets nach § 22a Abs. 4 InsO die Benennung von potentiellen Mitgliedern verlangt.³⁸⁶⁾

Mit der Nichteinsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses geht auch die fehlende Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters einher, wie durch §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 56a Abs. 1 InsO deutlich wird. § 56a Abs. 3 InsO stellt ein vom Gesetzgeber vorgesehenes Korrektiv dar, das die Umgehungsmöglichkeiten des Insolvenzgerichts auffängt, indem der vorläufige Gläubigerausschuss in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person als die bestellte zum Insolvenzverwalter wählt. Die Beschränkung der Neubenennung auf die erste Sitzung des vorläufigen Gläubigerausschusses ist gerechtfertigt, da der vom Insolvenzgericht bestellte vorläufige Insolvenzverwalter einer möglichst kurzen Phase der Unsicherheit ausgesetzt sein soll.³⁸⁷⁾ Die Gläubigerautonomie ist somit ausreichend durch § 56a Abs. 3 InsO gewahrt.

Ob sich die Befürchtung des Leerlaufens der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses realisieren wird, wird mit der Zeit die Praxis zeigen. Um dieser Umgehungsmöglichkeit von Anfang an keinen Weg zu ebnen, ist es ratsam, den vor-

385) BT-Drs. 17/5712, 25.

386) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 22.

387) BT-Drs. 17/7511, 35, bei der auf die erste Versammlung des vorläufigen Gläubigerausschusses Bezug genommen wird. Das Argument der möglichst kurzen Phase der Unsicherheit kann aber auch auf die Abwahl des eingesetzten Verwalters durch die Gläubigerversammlung übertragen werden.

läufigen Gläubigerausschuss zeitgleich mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen. Diese Vorgehensweise ist zulässig, da § 22a Abs. 4 InsO vorsieht, dass auch der vorläufige Insolvenzverwalter Personen benennt, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen.³⁸⁸⁾ E contrario kann nach dem Willen des Gesetzgebers der Fall eintreten, dass der vorläufige Insolvenzverwalter im Vorfeld bestellt worden ist. § 56a Abs. 3 InsO erfasst gerade die Fälle, in denen das Insolvenzgericht mit Rücksicht auf eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners von einer Anhörung nach § 56a Abs. 1 InsO abgesehen hat. Demnach kann ein vorläufiger Insolvenzverwalter auch schon vor der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses bestellt werden. Da das Insolvenzgericht im eigenen Ermessen den vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt, kommt eine vorherige Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 56a Abs. 1 InsO nicht in Betracht. Eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn ein repräsentativ ausgewählter vorläufiger Gläubigerausschuss bereits bei Insolvenzantragstellung schriftliche Zustimmungserklärungen der Gläubiger, das Amt übernehmen zu wollen, vorlegt und sich gleichzeitig einstimmig für einen vorläufigen Insolvenzverwalter ausspricht. Nach dem gesetzgeberischen Willen ist danach der einstimmig vorgeschlagene vorläufige Insolvenzverwalter vom Insolvenzgericht zu bestellen, soweit im Einzelfall nicht von einer zu geringen Geschäftskunde oder einer Ungeeignetheit auszugehen ist.³⁸⁹⁾

143 Einigt sich der vorläufige Gläubigerausschuss nicht einstimmig auf eine Person, kann er das Anforderungsprofil des (vorläufigen) Insolvenzverwalters noch durch (Kopf-)Mehrheitsbeschluss nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 1a, 72 InsO festlegen.³⁹⁰⁾ Problematisch könnte dabei sein, dass die Unabhängigkeit und die Pluralität des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch die Bildung einzelner Gläubigergruppen, die viel Einfluss haben, gefährdet ist. Dem ist der Gesetzgeber aber entgegengetreten, indem das Insolvenzgericht nicht an einen Personenvorschlag gebunden ist, der nur mit der Mehrheit des Gläubigerausschusses gemacht worden ist.³⁹¹⁾ Damit wird ein übergeordneter Einfluss einzelner (institutioneller) Gläubiger und somit die Bildung lobbyistischer Strukturen vermieden.³⁹²⁾

144 Ein weiteres Problem ist das Spannungsverhältnis zwischen dem Insolvenzgericht und dem vorläufigen Gläubigerausschuss. Fraglich ist dabei, ob das Insolvenzgericht fehlerhafte Beschlüsse des vorläufigen Gläubigerausschusses auf Antrag korrigieren kann. Als zwei Säulen des Insolvenzverfahrens kann man dabei zum einen die

388) Vgl. *Hötzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 4.

389) *Hötzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 29.

390) So in BT-Drs. 17/5712, 26.

391) BT-Drs. 17/5712, 26.

392) Anders noch im Referentenentwurf vom 25.1.2011, 38, der die Bindung des Gerichts an den Personenvorschlag, der durch die Mehrheit des Gläubigerausschusses nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO i.V.m. § 72 InsO erzielt wurde, vorsah.

Gläubigerautonomie und zum anderen das Insolvenzgericht, das als verfahrensleitendes Organ mit Eingriffsrechten ausgestattet ist, gegenüberstellen.³⁹³⁾ Versteht man das Insolvenzgericht als Aufsichtsmacht gegenüber dem vorläufigen Gläubigerausschuss, so ist das Insolvenzgericht befugt, Entscheidungen des vorläufigen Gläubigerausschusses auf Antrag zu korrigieren. Charakterisiert man den vorläufigen Gläubigerausschuss hingegen als ein unabhängiges Organ, das keinen Weisungen unterliegt, so hat das Insolvenzgericht nicht die Möglichkeit, auf Antrag die Beschlüsse des vorläufigen Gläubigerausschusses zu korrigieren.³⁹⁴⁾ Der letztgenannten Ansicht ist zu folgen, da die Befugnis des Insolvenzgerichts, die Beschlüsse des vorläufigen Gläubigerausschusses wieder aufzuheben, die Gläubigerautonomie konterkarieren würde.³⁹⁵⁾ Auch der Wortlaut des Gesetzes unterstützt diese Ansicht. Die Insolvenzordnung sieht weder eine gerichtliche Befugnis zur Rechtsaufsicht noch zur Fachaufsicht vor.³⁹⁶⁾ Ferner legt die Insolvenzordnung für die Gläubigerversammlung in § 78 InsO fest, dass das Insolvenzgericht Beschlüsse der Gläubigerversammlung aufheben kann. Dies entfaltet aber keine Gültigkeit für den vorläufigen Gläubigerausschuss.³⁹⁷⁾ Auch eine analoge Anwendung des § 78 InsO scheidet aus. Zum einen, weil der Wortlaut des § 78 InsO explizit auf die Gläubigerversammlung abstellt und zum anderen, weil das Insolvenzgericht zur Aufhebung lediglich befugt ist, wenn ein Gläubiger dies beantragt. Würde ein Mitglied des Gläubigerausschusses aber einen Antrag auf Aufhebung der Entscheidung des vorläufigen Gläubigerausschusses stellen, ist damit die effiziente Arbeit des vorläufigen Gläubigerausschusses gefährdet und zudem eine Verzögerung des Insolvenzverfahrens nicht zu vermeiden.³⁹⁸⁾ Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass der Streit der Ersetzungsbefugnis des Insolvenzgerichts gegenüber Entscheidungen des vorläufigen Gläubigerausschusses schon zu Zeiten der Konkursordnung entflammt ist.³⁹⁹⁾ Hätte der Gesetzgeber eine gesetzliche Regelung gewollt, so hatte er Zeit, diese einzuführen. Nach der verstrichenen Zeit zu urteilen, hat der Gesetzgeber aber bewusst darauf verzichtet. Im Hinblick auf die Gläubigerautonomie, den Wortlaut des Gesetzes und den Willen des Gesetzgebers ist als Ergebnis festzuhalten, dass das Insolvenzgericht keine Befugnis hat, Entscheidungen des vorläufigen Gläubigerausschusses zu ersetzen.

393) **Heidland** in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 711 ff. (721).

394) **Hirte** in: Braun, InsO (2014), § 69 Rn. 5; **Schmid-Burgk** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 69 Rn. 12.

395) **Schmid-Burgk** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 69 Rn. 12.

396) BGH, Urt. v. 12.7.1965 – III ZR 41/64, WM 1965, 1158 ff. (1158 ff.).

397) **Schmid-Burgk** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 69 Rn. 12.

398) **Frege**, NZG 1999, 478 ff. (480); **Schmid-Burgk** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 69 Rn. 12.

399) **Frege**, NZG 1999, 478 ff. (480).

II. Die Gläubigerversammlung

- 145** Insbesondere in § 57 InsO hat der Gesetzgeber schon vor dem 1.3.2012 die Gläubigerautonomie zum Ausdruck gebracht. Danach können in der ersten Gläubigerversammlung, die auf die Bestellung des Insolvenzverwalters folgt, die Gläubiger an dessen Stelle eine andere Person wählen. Die Gläubiger können in der Gläubigerversammlung einerseits einen Insolvenzverwalter abwählen und neuwählen, andererseits können die Gläubiger aber auch der Entscheidung des Insolvenzgerichts zustimmen, indem sie untätig bleiben. Somit können die Gläubiger aktiv oder passiv ihre Auswahlentscheidung zum Ausdruck bringen. Ein Präjudiz zugunsten des vom Insolvenzgericht zunächst eingesetzten Insolvenzverwalters besteht nicht.⁴⁰⁰⁾ Nach § 57 S. 1 InsO hat die Gläubigerversammlung dabei nicht die Pflicht, Gründe für eine Neu- beziehungsweise Abwahl kundzutun. Ausreichend ist, dass die qualifizierten Mehrheiten der §§ 57 S. 2, 76 InsO erreicht werden. Die Bestellung des von der Gläubigerversammlung gewählten Kandidaten muss allerdings nach § 57 S. 3 InsO versagt werden, wenn der gewählte Insolvenzverwalter für das Amt nicht geeignet ist. Nach § 57 S. 4 InsO steht jedem Gläubiger gegen die Versagung durch das Insolvenzgericht die sofortige Beschwerde zu.

1. Aktive Auswahlentscheidung

- 146** Entscheiden sich die Gläubiger, einen neuen Insolvenzverwalter nach § 57 S. 1 InsO zu wählen, so ergibt sich aus § 57 S. 3 InsO, dass das Insolvenzgericht die Bestellung nur versagen kann, wenn der von der Gläubigerversammlung gewählte Insolvenzverwalter nicht für die Übernahme des Amtes geeignet ist. Im Rahmen des § 57 S. 3 InsO gilt hierbei der Eignungsbegriff des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO.⁴⁰¹⁾ Somit sollen die Gläubiger bei der Auswahl die in § 56 Abs. 1 InsO genannten Kriterien einbeziehen. An eine Liste des Insolvenzgerichts sind sie jedoch nicht gebunden.⁴⁰²⁾ Für die Neuwahl des Insolvenzverwalters ist neben der Summenmehrheit auch die Mehrheit der abstimmenden Gläubiger, die sogenannte Kopfmehrheit, erforderlich. Gegen die Bestellung eines neuen Insolvenzverwalters steht nach § 57 S. 4 InsO i.V.m. § 6 Abs. 1 InsO jedem Insolvenzgläubiger die sofortige Beschwerde zu. Ein über § 57 S. 4 InsO i.V.m. § 6 Abs. 1 InsO hinausgehendes Rechtsmittel besteht für die Gläubiger nicht. Auch dem Schuldner oder dem abgewählten Insolvenzverwalter stehen keine Rechtsschutzmöglichkeiten zu. Dies ist zum einen damit zu begründen, dass weitergehende Rechtsschutzmöglichkeiten der einzelnen Organe dem Eilcharakter des Insolvenzverfahrens entgegenstehen. Zum anderen würde die gerade in § 57 InsO durch den Gesetzgeber festgelegte Gläubigerautonomie konterkariert werden.

400) OLG Naumburg, Beschl. v. 26.5.2000 – 5 W 30/99, NZI 2000, 428 f. (429).

401) *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 14 Rn. 11.

402) *Köster*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 103.

In der Praxis wird ein Insolvenzverwalter von der Gläubigerversammlung nur sehr selten ab- und neugewählt.⁴⁰³⁾ Auf der einen Seite könnte dies darauf zurückzuführen sein, dass die Gläubigerversammlungen grundsätzlich schwach besucht sind. Auf der anderen Seite könnte dies aber auch als ein Zeichen der Zustimmung zu der Wahl des Insolvenzverwalters durch den Insolvenzrichter gewertet werden. Am zutreffendsten dürfte aber die Tatsache sein, dass der Insolvenzverwalter in dem Zeitraum zwischen der Bestellung durch das Insolvenzgericht und der ersten Gläubigerversammlung bereits für das Verfahren viele wesentliche Entscheidungen getroffen hat. Eine Ab- und Neuwahl des Insolvenzverwalters ist zu diesem Zeitpunkt aus verfahrensökonomischen Gründen demnach kritisch zu betrachten. **147**

Problematisch und seit längerer Zeit umstritten ist zudem die Frage, ob die Gläubigerversammlung überhaupt befugt ist, Beschlüsse des vorläufigen Gläubigerausschusses aufzuheben beziehungsweise zu korrigieren.⁴⁰⁴⁾ Diese Problematik ist nun mit der Normierung des vorläufigen Gläubigerausschusses in § 22a InsO und mit dem Recht des vorläufigen Gläubigerausschusses, bei der Auswahl des Verwalters aktiv mitzuwirken, erneut entflammt. Gefahr besteht dabei, dass die effiziente Abwicklung eines jeden Insolvenzverfahrens durch eine Ersetzungsbefugnis der Gläubigerversammlung behindert werden könnte. Die Unsicherheit über eine Entscheidung des vorläufigen Gläubigerausschusses könnte zu einer Blockade des Insolvenzverfahrens führen. Diese Problematik stellt sich insbesondere dadurch, dass die in § 57 InsO vorgesehene Befugnis der Gläubigerversammlung, einen anderen Insolvenzverwalter zu wählen, durch § 56a Abs. 3 InsO in modifizierter Form auf den vorläufigen Gläubigerausschuss übertragen worden ist. Könnte die Gläubigerversammlung die Entscheidungen des vorläufigen Gläubigerausschusses wieder aufheben, würde somit das Recht der Insolvenzverwalterwahl durch den vorläufigen Gläubigerausschuss unterlaufen werden. Das Recht des vorläufigen Gläubigerausschusses würde zum Scheinrecht degradiert. Nach der befürworteten Ansicht sei der vorläufige Gläubigerausschuss lediglich das Exekutivorgan der Gläubigerversammlung. Der vorläufige Gläubigerausschuss stehe in einem Mandatsverhältnis zur Gläubigerversammlung.⁴⁰⁵⁾ Damit leite der vorläufige Gläubigerausschuss seine Befugnisse von der Gläubigerversammlung ab, so dass eine Ersetzungsbefugnis zu bejahen sei. Die verneinende Ansicht versteht den Gläubigerausschuss als unabhängiges und damit selbstständiges **148**

403) *Blümle* in: Braun, InsO (2014), § 57 Rn. 3; die kaum genutzte Möglichkeit der Abwahl des Insolvenzverwalters auch schon zu Zeiten der Konkursordnung aufgreifend *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland (1978), 224 und *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229 ff. (243).

404) Bejahend *Hegmanns*, Der Gläubigerausschuss: Eine Untersuchung zum Selbstverwaltungsrecht der Gläubiger im Konkurs (1986), 51 ff.; verneinend *Knof* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 67 Rn. 26; *Frege*, NZG 1999, 478 ff. (482 f.); *Marotzke*, ZInsO 2003, 726 ff. (726 f.); *Schmidt-Burk* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 69 Rn. 10; *Vallender*, WM 2002, 2040 ff. (2047).

405) Diese Ansicht wurde (noch) zu Zeiten der Konkursordnung entwickelt.

Organ der Insolvenzordnung. Die Insolvenzordnung statte den Gläubigerausschuss mit Rechten und Pflichten aus, so dass er seine Kompetenz nicht von der Gläubigerversammlung ableite.⁴⁰⁶⁾ Dadurch, dass der Gläubigerausschuss nicht in einem Mandatsverhältnis zu den Gläubigern stehe, habe die Gläubigerversammlung auch keine Ersetzungskompetenz hinsichtlich der Entscheidungen des Gläubigerausschusses.⁴⁰⁷⁾

- 149 Festzuhalten ist, dass der Gesetzgeber dem vorläufigen Gläubigerausschuss durch die Insolvenzordnung eigene Aufgaben, Rechte und Befugnisse eingeräumt hat. Eine Abhängigkeit von der Gläubigerversammlung ist damit zu verneinen. Der vorläufige Gläubigerausschuss ist vielmehr ein eigenes Organ, mit eigenem Ermessensspielraum.⁴⁰⁸⁾ Grundsätzlich kann damit die Gläubigerversammlung Beschlüsse des vorläufigen Gläubigerausschusses nicht aufheben oder abändern. Nach der Empfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen wird aber deutlich, dass es von diesem Grundsatz eine Ausnahme gibt. Genauso, wie der vorläufige Gläubigerausschuss seine Kompetenz aus der Insolvenzordnung ableitet, wird die Kompetenz des vorläufigen Gläubigerausschusses auch durch die Insolvenzordnung begrenzt. In Fällen, in denen die Insolvenzordnung der Gläubigerversammlung das Recht der Ersetzung der Entscheidungen des vorläufigen Gläubigerausschusses zuspricht, ist eine Ersetzungsbefugnis zu bejahen. So auch im Fall des § 57 S. 1 InsO. Danach können die Gläubiger in der ersten Gläubigerversammlung, die auf die Bestellung des Insolvenzverwalters folgt, eine andere Person zum Insolvenzverwalter wählen.⁴⁰⁹⁾ Grundsätzlich kann die Gläubigerversammlung somit nicht die Entscheidungen des vorläufigen Gläubigerausschusses ersetzen, es sei denn, die Insolvenzordnung sieht dies ausdrücklich vor. Gerade bei der Wahl des Insolvenzverwalters ist Rechtssicherheit aber besonders wichtig. Zum einen, weil die Gläubiger Vertrauen zu dem Insolvenzverwalter aufbauen, das mit der Zeit wächst. Eine auftretende Neuwahl mit der Folge eines neuen Insolvenzverwalters durchbricht dieses Vertrauen. Zum anderen, weil der Insolvenzverwalter im frühen Verfahrensstadium Entscheidungen treffen muss, die eine große Tragweite für das weitere Insolvenzverfahren haben und damit auch ein hohes Haftungsrisiko nach sich ziehen. Nur ein Vertrauen des Insolvenzverwalters in die Beständigkeit seines Amtes lassen ihn unbeschwert diese tiefgreifenden Entscheidungen treffen. Eine Möglichkeit, die Validität des Insolvenzverwalteramtes zu stärken und eine willkürliche oder missbräuchliche Abwahl zu verhindern, ist, dass eine Abwahl durch die Gläubigerversammlung als begründete

406) **Frege**, NZG 1999, 478 ff. (482).

407) **Vallender**, WM 2002, 2040 ff. (2047).

408) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 53.

409) So auch BT-Drs. 17/7511, 35: „Die Abwahlmöglichkeit nach § 57 InsO soll hierdurch nicht eingeschränkt werden, so dass sich weiterhin in der ersten Gläubigerversammlung die organisierte Gläubigersamtheit mehrheitlich für einen neuen Insolvenzverwalter aussprechen kann.“

Abwahl verlangt wird.⁴¹⁰⁾ Für die teleologische Reduktion des § 57 Abs. 1 InsO spricht, dass der Gesetzgeber dem vorläufigen Gläubigerausschuss gerade durch § 56a Abs. 3 InsO in der ersten Sitzung ein Abwahlrecht zugesprochen hat, um damit die Rechtssicherheit zu wahren,⁴¹¹⁾ dem Insolvenzverfahren als Eilverfahren gerecht zu werden und die kontinuierliche Verfahrensabwicklung zu gewährleisten.⁴¹²⁾ Im Ergebnis hat die Gläubigerversammlung somit eine Ersetzungsbefugnis gegenüber den Beschlüssen des vorläufigen Gläubigerausschusses unter Zugrundelegung der Gründe für die Abwahl des vom vorläufigen Gläubigerausschuss ausgewählten Insolvenzverwalters.

2. Passive Auswahlentscheidung

Neben der aktiven Auswahlentscheidung können die Gläubiger ihren Willen auch **150** passiv zum Ausdruck bringen. Wählen die Gläubiger keinen neuen Insolvenzverwalter, bringen sie damit ihr Einverständnis mit der gerichtlichen Bestellungsentscheidung im Hinblick auf die Wahl des Insolvenzverwalters zum Ausdruck. Ein Unterlassen entspricht demnach einem Tun. Unabhängig von der passiven Auswahlentscheidung ist, wie viele Gläubiger an der Gläubigerversammlung teilnehmen, denn auch ein Fernbleiben von der Gläubigerversammlung kann eine Zustimmung zur Insolvenzverwalterwahl des Insolvenzgerichts beziehungsweise des vorläufigen Gläubigerausschusses bedeuten.⁴¹³⁾ Im Ergebnis macht es keinen Unterschied, ob der einzelne Gläubiger nicht teilnimmt oder zum Zeitpunkt der Gläubigerversammlung von seinem Abwahlrecht keinen Gebrauch macht.

3. Praktische Relevanz

Zu Zeiten der Konkursordnung wurde in den wenigsten Fällen von der Ab- beziehungsweise Neuwahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung **151** Gebrauch gemacht.⁴¹⁴⁾ Dies ist zum einen darauf zurückzuführen, dass bis zum Zeitpunkt der ersten Gläubigerversammlung schon wichtige, unumkehrbare Entscheidungen bezüglich der Masse durch den Insolvenzverwalter getroffen worden sind.⁴¹⁵⁾ In der Konkursordnung war, anders als in der Insolvenzordnung, keine bindende Frist zur Einberufung der Gläubigerversammlung vorgesehen. Somit konnte bis zur Einbe-

410) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 54; a.A. **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 57 Rn. 15; **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 57 Rn. 1, die eine Begründung der Wahlentscheidung nach § 57 InsO gerade nicht für erforderlich halten.

411) Vgl. BT-Drs. 17/7511, 35.

412) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 54.

413) So auch **Köster**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 104 f.

414) Ausführlich zu der Ausübung des freien Wahlrechts durch die Gläubigerversammlung **Mönning** in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 275 ff. (277).

415) **Mönning** in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 275 ff. (277).

rufung der ersten Gläubigerversammlung ein langer Zeitraum vergehen. Mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung wurde für die Durchführung der ersten Gläubigerversammlung in § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO festgelegt, dass der erste Termin innerhalb von sechs Wochen und nicht später als drei Monate nach dem Eröffnungsbeschluss angesetzt werden darf. Damit soll eine zügige Entscheidung über den Fortgang des Insolvenzverfahrens durch die Gläubigerversammlung sichergestellt werden.⁴¹⁶⁾ Trotz dieser gesicherten und frühzeitigen Einberufung der Gläubigerversammlung können dennoch vom Insolvenzverwalter getroffene Entscheidungen nicht oder nur eingeschränkt korrigiert werden.⁴¹⁷⁾ Diese Tatsache schwächt die Motivation der Gläubiger, in der Gläubigerversammlung einen neuen Insolvenzverwalter zu wählen. Hinzu kommt, dass die Wahl eines neuen Insolvenzverwalters in der Regel erhebliche Kosten verursacht und zur Verzögerung des Verfahrens führt. Unter anderem dadurch, dass der neue Insolvenzverwalter sich einarbeiten muss. Auch sind insbesondere die Kosten für zwei nacheinander mit einem Insolvenzverfahren beschäftigte Insolvenzverwalter zu beachten.⁴¹⁸⁾ Beide Insolvenzverwalter haben einen Vergütungsanspruch.⁴¹⁹⁾ Verfahrensverzögerungen und erhöhte Kosten sind auch insbesondere in den Fällen zu verzeichnen, in denen sich der abgewählte Insolvenzverwalter wehrt oder das Gericht die Bestellung des Gewählten nach § 57 S. 3 InsO versagt.⁴²⁰⁾ Diese Gründe lassen eine Ab- und Neuwahl des Insolvenzverwalters für die Gläubiger in den meisten Fällen als nicht ökonomisch erscheinen. Zwar war durch die erforderlichen Mehrheitsverhältnisse der Beschlüsse der Gläubigerversammlung nach § 76 Abs. 2 InsO, die sich an der Mehrheit der Forderungsbeträge orientiert, eine erhöhte Ab- und Neuwahl des Insolvenzverwalters zu erkennen.⁴²¹⁾ Da diese Mehrheitserfordernisse auch für die Wahl des Insolvenzverwalters Geltung entfalteten, konnten die Großgläubiger verstärkt Einfluss auf die Wahl des Insolvenzverwalters nehmen. Abgeschwächt wurde diese Entwicklung aber mit dem Insolvenzänderungsgesetz 2001.⁴²²⁾ Der Gesetzgeber hat einen Ausgleich geschaffen, der den dinglich gesicherten Gläubigern die Wahl eines ihnen wohlgesonnenen Verwalters erheblich erschwert, da nun, neben dem Kriterium der Forderungshöhe, auch die Kopfmehrheit der abstimmenden Gläubiger erforderlich ist.⁴²³⁾ Im Laufe der Zeit hat die Ab- und Neu-

416) *Mönning/Schweizer* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 29 Rn. 1.

417) *Mönning* in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 275 ff. (277).

418) Ausführlich zur Vergütung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters *Delhaes* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 63 Rn. 1 ff.

419) *Graeber*, NJW 2004, 2715 ff. (2717); *Blümle* in: Braun, InsO (2014), § 63 Rn. 7.

420) *Mönning* in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 275 ff. (277).

421) *Pape*, ZInsO 2000, 469 ff. (477); *Graeber*, ZIP 2000, 1465 ff. (1465 f.), der das Gerücht aufgreift, dass die Großgläubiger und damit die Banken, vermehrt auf die Möglichkeit des § 57 InsO zurückgreifen wollen.

422) So *Förster*, ZInsO 2002, 406 ff. (409).

423) *Graf-Schlicker/Remmert*, NZI 2001, 569 ff. (571); *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 14 Rn. 11.

wahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung somit auch unter der Insolvenzordnung an Relevanz verloren. Dieser Status hält bis heute an.

III. Zwischenergebnis

Die Gläubiger haben durch die Gläubigerversammlung und seit dem 1.3.2012 (ESUG) **152** vor allem durch den vorläufigen Gläubigerausschuss sehr starke Instrumentarien, um bei der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters Einfluss nehmen zu können. Diese beiden Institutionen spiegeln dabei die Gläubigerautonomie im Gesetz wider. Der vorläufige Gläubigerausschuss ist vor der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zum Anforderungsprofil und zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu hören gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 1 InsO i.V.m. § 56a Abs. 1 InsO. Der Einfluss des vorläufigen Gläubigerausschusses auf die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass das Insolvenzgericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nach § 56a Abs. 2 S. 1 InsO nur abweichen darf, wenn die vorgeschlagene Person zur Ausübung des Amtes nicht geeignet ist.

Auch die Gläubigerversammlung kann die Auswahl des Insolvenzverwalters be- **153** einflussen. In der ersten Gläubigerversammlung besteht ein Ab- und Neuwahlrecht des Insolvenzverwalters. Dem Recht der Ab- und Neuwahl des Insolvenzverwalters kommt durch die Gläubigerversammlung nur eine geringe praktische Bedeutung zu. Durch Verzögerungen des Verfahrens, erhöhte Kosten und im Vorfeld getroffene unabänderliche Entscheidungen des Insolvenzverwalters, entschließen sich die Gläubiger aus ökonomischen Gesichtspunkten zumeist gegen eine Ab- und Neuwahl des Insolvenzverwalters.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass grundsätzlich im Rahmen des vorläufigen **154** Gläubigerausschusses die Entscheidung über die Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters getroffen wird. In den seltensten Fällen erfolgt eine Ab- und Neuwahl durch die Gläubigerversammlung. In der Praxis wird deshalb in den meisten Fällen der vorläufige Insolvenzverwalter auch zum endgültigen Insolvenzverwalter bestellt.

C. Auswahl durch den Schuldner

Im Rahmen der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters **155** wird auch der Schuldner involviert. Der Gesetzgeber hat mit § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 InsO klargestellt, dass eine Nähe des Vorgeschlagenen zum Schuldner nicht per se zur Abhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters führt.⁴²⁴⁾ Vielmehr ist dies von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig.⁴²⁵⁾

424) **Lüke** in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Band I (2015), § 56 Rn. 49a.

425) BT-Drs. 17/5712, 26.

- 156** Fraglich ist jedoch, wie der Schuldnervorschlag in der Praxis zu qualifizieren ist. Der Schuldnervorschlag könnte möglicherweise eine unverbindliche Anregung darstellen. In Anlehnung an § 270b Abs. 2 S. 2 1. Hs. InsO könnte der Schuldnervorschlag jedoch auch als ein Vorschlag des Schuldners auszulegen sein, von dem nur abgewichen werden kann, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. § 270b InsO ist dabei nicht auf Regelinsolvenzverfahren übertragbar. Eine planwidrige Regelungslücke liegt nicht vor, da der Gesetzgeber an anderer Stelle, in § 270b InsO, den Schuldnervorschlag explizit an engere Voraussetzungen geknüpft hat, so dass auch eine analoge Anwendung ausscheidet. Demnach ist nach dem Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers davon auszugehen, dass der Schuldnervorschlag im Rahmen des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 InsO eine unverbindliche Anregung darstellt.
- 157** Für das Insolvenzgericht ist es ratsam, den Vorschlag des Schuldners in Bezug auf einen bestimmten (vorläufigen) Insolvenzverwalter genauestens zu prüfen. Es kann nämlich der Fall sein, dass der Schuldner am besten beurteilen kann, welcher (vorläufige) Insolvenzverwalter der geeignetste für den konkreten Einzelfall ist. Der Vorschlag des Schuldners berührt auch nicht die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Das Insolvenzgericht darf keine schematische Übernahme oder Ablehnung des Vorschlags des (vorläufigen) Insolvenzverwalters vornehmen. Andererseits hat der Schuldner keinen Anspruch auf die Bestellung des vorgeschlagenen (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht. Auch wenn das Insolvenzgericht an den Vorschlag des Schuldners nicht gebunden ist, ergibt sich eine gewisse Bindungswirkung des Insolvenzrichters aus der institutionellen Wirkung des Vertrauens.⁴²⁶⁾ So wie die Organe des Insolvenzverfahrens sich gegenseitig vertrauen müssen, damit ein erfolgreiches Insolvenzverfahren gesichert ist, so muss das Insolvenzgericht auch dem Schuldner im Rahmen eines Vorschlags zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter dahingehend vertrauen, dass der Schuldner eine Auswahl trifft, die den aus seiner Sicht für den konkreten Einzelfall geeignetsten (vorläufigen) Insolvenzverwalter widerspiegelt.

D. Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Sachwalters im Rahmen der (vorläufigen) Eigenverwaltung, §§ 270, 270a InsO

- 158** Der Gesetzgeber hat das Ziel, mit der (vorläufigen) Eigenverwaltung die Eigensanierung des Geschäftsbetriebs durch Belassung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis beim Schuldner zu unterstützen. Dadurch soll das Vertrauen des Schuldners in das Instrument der (vorläufigen) Eigenverwaltung gestärkt werden.⁴²⁷⁾ Ge-

426) Die Beeinflussung von kooperativen Lösungen durch Institutionen sehr anschaulich dargestellt durch **North**, Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleitung (1992), 1 ff.

427) BT-Drs. 17/5712, 38: „Unklarheiten über mögliche Nachteile für die Gläubiger gehen damit nicht mehr zu Lasten des Schuldners. Dadurch werden die Aussichten des Schuldners auf Eigenverwaltung spürbar erhöht.“

prägt ist das Verfahren der (vorläufigen) Eigenverwaltung durch die Dualität des Schuldners, gegebenenfalls vertreten durch die Geschäftsführungsorgane einerseits oder durch den vorläufigen Sachwalter andererseits.⁴²⁸⁾

I. Die Stärken der Eigenverwaltung

Seit dem ESUG ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Regelinsolvenzabwicklung durch die Bestellung eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters – mit der Folge des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gemäß § 80 InsO auf diesen – und der (vorläufigen) Eigenverwaltung umgekehrt. Deutlich wird die Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses dadurch, dass § 270 InsO a. F. vorsah, dass die Eigenverwaltung nur anzuordnen ist, wenn dies nicht zu „*Nachteilen für die Gläubiger*“ führt. Seit dem 1.3.2012 sieht § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO nunmehr vor, dass die Eigenverwaltung auf Antrag des Schuldners anzuordnen ist, wenn „*keine Umstände bekannt sind, die Nachteile für die Gläubiger erwarten lassen*“. Dabei ist eine Auslegung nicht nur an der Quotenerwartung oder an dem Vermögen des Schuldners orientiert, da § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO, anders als § 56a Abs. 3 InsO und § 22a Abs. 3 InsO, nur von „*Nachteilen für die Gläubiger*“ spricht.⁴²⁹⁾ Das unbestimmte Tatbestandsmerkmal „*Nachteil*“ im Sinne des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO ist weit auszulegen und muss geeignet sein, das Vertrauen der wesentlichen Gläubiger in das konkrete Verfahren und die Sanierungseignung zu fördern.⁴³⁰⁾ Daraus resultieren Missbrauchsgefahren, da auch offensichtlich sanierungsungeeignete Insolvenzschnuldner versuchen werden, Zeit herauszuschlagen. Es ist die Aufgabe der Praxis, diese Missbrauchsfälle herauszufiltern und kleineren mittelständischen Unternehmen die Möglichkeit zu eröffnen, unter dem Schutzmantel der Insolvenzordnung, frühzeitig das Verfahren einleiten zu können⁴³¹⁾ und so das Vertrauen der Schuldner und der Gläubiger in die Institutionen des Insolvenzrechts und deren Sanierungseignung zu stärken.⁴³²⁾ Liegen von Gläubigern, die wesentlichen Einfluss auf den Erfolg der Sanierung haben, vorbereitende Gläubigeranregungen vor, die beinhalten, keine (vorläufige) Eigenverwaltung anzuordnen, wird das Insolvenzgericht im Ergebnis wohl davon absehen. Auch wenn der Gesetzgeber dem vorläufigen Gläubigerausschuss die Entscheidungsmacht über die Auswahl der Person des (vorläufigen) Sachwalters übertragen wollte, so erfährt dieser Grundsatz eine Einschränkung, sobald ein für

159

428) **Riggert** in: Braun, InsO (2014), Vorb. §§ 270–285 Rn. 3.

429) **Göb**, NZG 2012, 371 ff. (376); **Hölzle**, ZIP 2012, 158 ff. (159).

430) **Hölzle**, ZIP 2012, 158 ff. (160).

431) **Brinkmann/Zipperer**, ZIP 2011, 1337 ff. (1337 ff.), die die Eigenverwaltung auf der Basis des Gesetzesentwurfs zum ESUG durchspielen und zum Ergebnis kommen, dass die Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung nur für eine bestimmte Klasse von Sanierungsfällen herbeigeführt werde. Für die Insolvenz eines Kleinunternehmens oder einer selbstständigen natürlichen Person eigne sich die Eigenverwaltung auch nach der Reform durch das ESUG nur ausnahmsweise.

432) **Vallender**, NZI 2010, 838 ff. (840); **Hölzle**, KTS 2011, 291 ff. (293 ff.).

die Fortführung und die Sanierung wesentlicher Gläubiger widerspricht.⁴³³⁾ Die Stärkung der Gläubigerautonomie im Rahmen der Eigenverwaltung kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass der vorläufige Gläubigerausschuss ohne jede Begründung die Eigenverwaltung nach § 270b Abs. 4 S. 1 Nr. 2 InsO aufheben kann. Damit wird das freie Ermessen des Insolvenzgerichts zwar eingeschränkt, die Rechte der Gläubiger jedoch gewahrt.

- 160** Eine große Stärke des reformierten Insolvenzrechts ist die Stärkung des Vertrauens des Schuldners im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung. Der Schuldner hat die Möglichkeit gemäß § 270a Abs. 2 InsO, den Insolvenzantrag vor der Entscheidung über die Eröffnung zurückzunehmen, wenn der Schuldner den Insolvenzantrag als Eigenantrag wegen (lediglich) drohender Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO gestellt hat und das Insolvenzgericht dem Antrag auf (vorläufige) Eigenverwaltung nicht stattgeben will.⁴³⁴⁾ Diese Mitteilungspflicht, die das Insolvenzgericht gegenüber dem Schuldner hat, motiviert den Schuldner, den Insolvenzantrag frühzeitig zu stellen. Handelt der Schuldner nämlich schon in dem Moment der drohenden Zahlungsunfähigkeit, so wird ihm gewährt, das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung abzuwickeln.⁴³⁵⁾ Es ist jedoch eine Differenzierung notwendig. Das Insolvenzgericht ist im Insolvenzeröffnungsverfahren zunächst an die Angaben des Schuldners, nur drohend zahlungsfähig zu sein, gebunden. Anders ist dies, wenn offensichtlich die Insolvenzantragsgründe der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO und der Überschuldung gemäß § 19 InsO vorliegen. Zwar verbietet es sich dem Insolvenzgericht, zu der Frage der Insolvenzzgründe ein Sachverständigengutachten nach § 5 Abs. 1 S. 2 InsO einzuholen, da das Insolvenzgericht zur Grundlage seiner Entscheidung nur „bekannte Umstände“, und diese auch nur als Indiztatsachen, die nicht die „*offensichtliche Aussichtslosigkeit des Antrags*“ im Sinne des § 270a Abs. 1 InsO erwarten lassen, heranziehen darf.⁴³⁶⁾ Jedoch kann neben der Bewilligung der vorläufigen Eigenverwaltung und der Bestellung des vorläufigen Sachwalters nach § 270a InsO ein Sachverständiger bestellt werden.⁴³⁷⁾ Zieht das Insolvenzgericht in Erwägung, den Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung des Schuldners zurückzunehmen, da Nachteile für die Gläubiger erwartet werden, so hat das Insolvenzgericht dem Schuldner dies mitzuteilen und Gelegenheit zur Zurücknahme seines Insolvenzantrags zu geben gemäß § 270a Abs. 2 InsO.⁴³⁸⁾ Keinen gerichtlichen Hinweis zur Zurücknahme des Antrags bedarf es dann, wenn die drohende Zahlungsunfähig-

433) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 30.

434) **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270a Rn. 17.

435) **Haarmeyer/Wutzke/Förster**, Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung (2011), § 8 Rn. 66 ff.

436) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 34.

437) So auch **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 34.

438) **Göb**, NZI 2011, 394 ff. (394).

keit offensichtlich nur vorgeschoben ist.⁴³⁹⁾ Problematisch wird es für den Schuldner aber dann, wenn das Insolvenzgericht auf Grund seines wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellten Insolvenzantrags einen vorläufigen Sachwalter und parallel einen Sachverständigen bestellt. Kommt der Sachverständige in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass der Schuldner zu diesem Zeitpunkt zahlungsunfähig oder überschuldet ist und hat das Gericht Kenntnisse, die zu Nachteilen für die Gläubiger führen, so kann das Insolvenzgericht, ohne den Schuldner nach § 270a Abs. 2 InsO darauf hinzuweisen, das Insolvenzverfahren durch Beschluss eröffnen und einen Insolvenzverwalter bestellen, da § 270a Abs. 2 InsO unter den gegebenen Umständen nicht einschlägig ist.⁴⁴⁰⁾ Auch wenn der Schuldner den Antrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt hat und dies zu diesem Zeitpunkt auch zutrifft, sich im Zeitpunkt der Entscheidung des Insolvenzgerichts die Umstände aber geändert haben und Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO eingetreten ist, kann das Insolvenzgericht ohne Hinweis das Insolvenzverfahren eröffnen und einen Insolvenzverwalter bestellen. In diesem Fall bedarf es auch keiner Rücknahme durch den Schuldner, da die Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO oder Überschuldung nach § 19 InsO eine Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO begründet.⁴⁴¹⁾ Im Ergebnis geht der Schuldner kein Risiko ein, soweit die (vorläufige) Eigenverwaltung berechtigt ist und keine Nachteile für die Gläubiger zu erwarten sind, da das Insolvenzgericht grundsätzlich an das Regel-Ausnahme-Verhältnis gebunden ist, wonach die (vorläufige) Eigenverwaltung der Regelinsolvenz vorgeht. Dadurch, dass mit dem ESUG das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt worden ist, wurde neben dem Schuldnervertrauen auch das Gläubigervertrauen in das Sanierungspotential der Insolvenzordnung gestärkt.

Ob und inwieweit die (vorläufige) Eigenverwaltung künftig die Regel und nicht die Ausnahme sein wird, wird sich in der Praxis zeigen.⁴⁴²⁾ Zu beobachten ist bislang, dass von rund 150 Schutzschirmanträgen in Eigenverwaltung nur 30 bis 40 Anträge vor den Insolvenzgerichten zugelassen wurden.⁴⁴³⁾ Die verbleibenden Verfahren wurden als Regelinsolvenzverfahren geführt.

439) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 35. Nach einer Umfrage des **VID**, Auswertung des Fragebogens vom Insolvenzverwalterkongress 2012 in Berlin (Teil 1), reicht bei Anträgen nach § 270b die voraussichtliche Zahlungsfähigkeit im Durchschnitt in 29 % der Fälle länger als 4 Wochen und in 16 % der Fälle ist die Zahlungsunfähigkeit bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung eingetreten. Zum Vergleich: Die Dauer der Zahlungsfähigkeit beträgt in 10 % der Fälle 1–2 Wochen und in 13 % der Fälle 3–4 Wochen. 32 % der Teilnehmer haben keine Angaben gemacht.

440) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 37.

441) **Tetzlaff** in: MünchKomm InsO, Band 3 (2014), § 270 Rn. 107.

442) **Wallner**, ZIP 2015, 997 ff. (997 ff.).

443) **Linden**, Financial Times Deutschland (FTD) (3.7.2012), <http://www.ftd.de/karriere/recht-steuern/recht-steuern-neues-insolvenzrecht-blockiert-sanierungen/70058196.html>.

II. Die Bestellung des (vorläufigen) Sachwalters

- 162** Bei der Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung wird anstelle eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters ein (vorläufiger) Sachwalter bestellt gemäß § 270c Abs. 1 S. 1 InsO. Für die Bestellung des (vorläufigen) Sachwalters, für seine Haftung, seine Vergütung und seine Aufsicht finden die §§ 54 Abs. 2, 56 bis 60, 62 bis 65 InsO entsprechende Anwendung gemäß § 274 Abs. 1 InsO. Ist der Antrag auf Eigenverwaltung des Schuldners nicht offensichtlich aussichtslos, kann nach § 270a Abs. 1 InsO ein vorläufiger Sachwalter durch das Insolvenzgericht bestellt werden. Das Insolvenzgericht unterliegt hierbei einer Prognoseentscheidung.⁴⁴⁴⁾ Die Voraussetzungen für die Bestellung des (vorläufigen) Sachwalters liegen im Hinblick auf die Anordnungsvoraussetzungen vor, wenn im Entscheidungszeitpunkt dem Gericht keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die (spätere) Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.⁴⁴⁵⁾ Handelt es sich um gegenwärtige Umstände, so stehen diese nur entgegen, wenn sie zum Zeitpunkt der Entscheidung nach § 270 Abs. 1 InsO noch fortwirken.⁴⁴⁶⁾
- 163** Zum (vorläufigen) Sachwalter soll gemäß §§ 274 Abs. 1, 56 Abs. 1 InsO eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person bestellt werden.⁴⁴⁷⁾ Nach § 270b Abs. 2 S. 2 InsO darf das Insolvenzgericht nur durch begründeten und zuzustellenden Beschluss abweichen, „*wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist.*“ Die Bindungswirkung des Insolvenzgerichts soll dem Schuldner das Vertrauen in den unabhängigen Sanierer erhalten.⁴⁴⁸⁾

III. Die Anhörung der Gläubiger

- 164** Vor einer Entscheidung über den Antrag auf (vorläufige) Eigenverwaltung ist der vorläufige Gläubigerausschuss gemäß § 270 Abs. 3 InsO anzuhören, wenn dies nicht zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt. Bei der Anhörung entscheiden die Gläubiger, ob sie Nachteile für sich aus der Eigenverwaltung erwarten. Liegt ein einstimmiger Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses vor, gilt die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung als nicht nachteilig für die Gläubiger und das Insolvenzgericht ist bei seiner Entscheidung daran gebunden.⁴⁴⁹⁾

444) **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270a Rn. 2.

445) **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270a Rn. 2.

446) **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270a Rn. 2.

447) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 39 Rn. 20; vertiefend zur Unabhängigkeit des Sachwalters **Zipperer** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 270 Rn. 49. Zu der Prüfung der Unabhängigkeit des vorläufigen Sachwalters **Frind**, ZInsO 2014, 119 ff. (130 f.).

448) BR-Drs. 127/11, 59.

449) **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270 Rn. 23.

Die Anhörungspflicht des vorläufigen Gläubigerausschusses entfaltet auch Gültigkeit in Bezug auf die Person des (vorläufigen) Sachwalters, da § 274 Abs. 1 InsO, auf den der § 270a InsO verweist, auch den § 56a InsO erfasst. Durch das Einbeziehen der Gläubiger in die Auswahl der Person des (vorläufigen) Sachwalters wird das Vertrauen der Gläubiger in das Institut der (vorläufigen) Eigenverwaltung gestärkt. Problematisch ist, ob die Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses vor der Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung stattzufinden hat. Dabei ist zu differenzieren. Vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist regelmäßig keine zeitliche Verzögerung mit der Anhörung des eingesetzten vorläufigen Gläubigerausschusses verbunden. Das Insolvenzgericht sollte jedoch, wie auch im Fall des § 56a InsO, dem vorläufigen Gläubigerausschuss eine Frist setzen, sich zu § 270 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 InsO zu äußern.⁴⁵⁰⁾ Problematisch ist der Fall der Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses zu der Person eines vorläufigen Insolvenzverwalters oder eines vorläufigen Sachwalters. Wie im Rahmen des § 22a InsO, wird der vorläufige Gläubigerausschuss im Regelfall zeitgleich mit der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters eingesetzt. Dieses entfaltet auch für die Bestellung des vorläufigen Sachwalters Gültigkeit. Die Gläubiger haben jedoch die Möglichkeit, sobald die Fortsetzung der (vorläufigen) Eigenverwaltung zu Nachteilen für sie führt, die der (vorläufige) Sachwalter nach §§ 270a Abs. 1, 274 Abs. 3 InsO dem Insolvenzgericht und dem vorläufigen Gläubigerausschuss unverzüglich anzuzeigen hat, einen Aufhebungsantrag nach § 272 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO zu stellen.⁴⁵¹⁾

Fraglich ist aber, ob das Insolvenzgericht neben dem vorläufigen Sachwalter auch befugt ist, einen Sachverständigen zu bestellen, da das Insolvenzgericht weder berufen noch ermächtigt ist, zu erforschen, ob die Anordnung der Eigenverwaltung zu Nachteilen führen kann.⁴⁵²⁾ Dies ist zu verneinen, da der Wille des Gesetzgebers ist, dass nur tatsächlich bekannte Umstände mit in die Bewertung des Insolvenzgerichts einfließen sollen.⁴⁵³⁾ Somit hat das Insolvenzgericht, soweit keine Indiztatsachen bekannt sind, die Nachteile begründen könnten, dem Antrag der Eigenverwaltung stattzugeben und einen vorläufigen Sachwalter nach § 270a Abs. 1 S. 2 InsO zu bestellen. Anders ist die Bestellung eines Sachverständigen aber dann zu beurteilen, wenn es sich um die Umstände handelt, die seiner Ermittlungspflicht unterliegen. Darunter fallen das Vorliegen eines Insolvenzgrunds, die Verfahrenskostenbedeckung und die Fortführungsaussichten für das Unternehmen, sowie gegebenenfalls die Einholung einer Vorschusspflicht nach § 26 Abs. 4 InsO.⁴⁵⁴⁾ Da eine Verweisung auf § 22 Abs. 3 InsO fehlt, ist

450) So **Hötzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 15.

451) **Hötzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 16.

452) Siehe dazu schon § 3 D. I.; vgl. weiter **Haas** in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 87 Rn. 38; **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270 Rn. 5; **Zipperer** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 270 Rn. 28.

453) BT-Drs. 17/5712, 38.

454) **Hötzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 28.

die Rechtsgrundlage hierfür § 5 Abs. 1 S. 2 InsO. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 InsO hat das Insolvenzgericht von Amts wegen alle Umstände zu ermitteln.⁴⁵⁵⁾ Nicht zu vermeiden ist dabei sicherlich, dass das Sachverständigengutachten auch Umstände enthält, die Nachteile gemäß § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO für die Gläubiger begründen. Vor allem wenn der Sachverständige beauftragt wird, zu einer Vorschusspflicht nach § 26 Abs. 4 InsO Stellung zu nehmen. Für das Bestehen einer Vorschusspflicht ist eine Insolvenzverschleppung durch das antragsverpflichtete Organ gemäß § 15a InsO Voraussetzung. Dabei ist durch die Verzögerung des Insolvenzantrags darauf zu schließen, dass auch der Antrag auf Eigenverwaltung das Insolvenzverfahren verzögern sollte.⁴⁵⁶⁾ Spätestens mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden dadurch die missbräuchlichen Eigenverwaltungsanträge ausgesondert.

IV. Der Unternehmensvorstand als (vorläufiger) Insolvenzverwalter

- 167 In der Praxis hat sich im Rahmen der (vorläufigen) Eigenverwaltung die Verfahrensweise herausgebildet, dass nach dem Eintritt der Krise im Schuldnerunternehmen die Unternehmensleitung durch eine Person ersetzt wird, die auf dem Gebiet der Insolvenzverwaltung professionell als (vorläufiger) Insolvenzverwalter tätig ist.⁴⁵⁷⁾ Erst danach wird die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Anordnung des Verfahrens der (vorläufigen) Eigenverwaltung beantragt, bei der gemäß § 270 Abs. 1 S. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bei dem Schuldner verbleibt. Der (vorläufige) Sachwalter eines (vorläufigen) Eigenverwaltungsverfahrens hat im Gegensatz zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter gemäß § 274 Abs. 2 InsO nur Überwachungsfunktion, besitzt aber keine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Faktisch erfolgt demnach die Sanierung durch einen vom Schuldner ausgewählten und eingesetzten (vorläufigen) Insolvenzverwalter. Das Ziel der Kosteneinsparung wird dadurch nicht erreicht, da die neu eingesetzte Unternehmensleitung Einarbeitungszeit benötigt.⁴⁵⁸⁾ Auch der wesentliche Vorteil der Eigenverwaltung gegenüber dem Regelinsolvenzverfahren, die Kontinuität der Geschäftsführung und das Wissen der Geschäftsführung um das geschäftliche Umfeld, das für eine Betriebsfortführung nützlich ist, fällt in dieser Konstellation weg.⁴⁵⁹⁾ Es handelt sich jedoch nicht um eine Umgehung des gesetzlichen Systems der (vorläufigen) Insolvenzverwalterbestellung, da der Einfluss des Insolvenzgerichts und der Gläubiger bei der (vorläufigen)

455) Zur Art und zum Umfang der Amtsermittlungen *Pape* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 5 Rn. 4.

456) *Tetzlaff* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2014), § 270 Rn. 54.

457) Im Fall *Philipp Holzmann* aus dem Jahr 1999 ist erstmals ein erfahrener und hoch angesehener Insolvenzverwalter in den Vorstand der Gesellschaft eingewechselt worden. Nachfolgend griffen die Insolvenzverfahren wie *KirchMedia GmbH & Co. KGaA* und *Babcock Borsig AG* dieses Modell in ähnlicher Weise auf.

458) Vgl. *Tetzlaff* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2014), Vorb. §§ 270 bis 285 Rn. 18.

459) Vgl. *Kammel/Staps*, NZI 2010, 791 ff. (797).

Eigenverwaltung auf die Bestellung des (vorläufigen) Sachwalters begrenzt ist. Die Unabhängigkeit des eingewechselten (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist jedoch fraglich.⁴⁶⁰⁾ Diese Annahme begründet sich darauf, dass der eingewechselte Vorstand von den Hauptgläubigern⁴⁶¹⁾, und nicht zuletzt unter massiver Einflussnahme der Politik, ausgewählt wird.⁴⁶²⁾

Durch das ESUG ist der Bedarf des Austauschs des Unternehmensvorstands jedoch gesunken. Durch die Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses muss nun nicht mehr der Schuldner, sondern das Insolvenzgericht beweisen, dass die (vorläufige) Eigenverwaltung nachteilig ist.⁴⁶³⁾ **168**

V. Zwischenergebnis

Die (vorläufige) Eigenverwaltung stärkt das Schuldnervertrauen, indem es dem Schuldner ein sehr weitgehendes Vorschlagsrecht bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Sachwalters zuspricht. Daneben ist auch das Gläubigervertrauen beachtet worden. Die Gläubiger haben die Entscheidungsmacht darüber, ob eine (vorläufige) Eigenverwaltung überhaupt durchgeführt wird oder nicht. Der in den Köpfen der Gläubiger festgesetzte Gedanke, dass der „Bock zum Gärtner“ gemacht wird, wenn der Schuldner in seinem Amt bleibt,⁴⁶⁴⁾ muss in der Praxis durch die Schaffung von Vertrauen, insbesondere Gläubigervertrauen, begegnet werden. Nur so kann es gelingen, dass die (vorläufige) Eigenverwaltung ein starkes und vertrauensvolles Sanierungsinstrument in der Insolvenzrechtspraxis wird. Der Gesetzgeber hat dafür die Voraussetzungen geschaffen. **169**

E. Die Auswahl und die Bestellung des vorläufigen Sachwalters im Rahmen des Schutzschirmverfahrens, § 270b InsO

Neben der frühzeitigen Einbeziehung der Gläubiger in die Entscheidung über die (vorläufige) Eigenverwaltung, wurde mit dem ESUG auch eine weitere Form, das Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO, eingeführt.⁴⁶⁵⁾ In der Praxis stellt der Schuldner **170**

460) So auch *Frind*, ZInsO 2002, 745 ff. (751 f.).

461) *Frind*, ZInsO 2002, 745 ff. (751).

462) *Uhlenbruck*, NJW 2002, 3219 ff. (3219), der den Fall *Babcock Borsig AG* und damit neben dem öffentlichen Befürworten der Eigenverwaltung, auch das Befürworten des als Vorstandsvorsitzenden eingewechselten renommierten Insolvenzverwalters durch den nordrhein-westfälischen Ministerpräsidenten *Clement*, aufgreift. Zu der damit einhergehenden Missachtung der Unabhängigkeit des Insolvenzgerichts ausführlich AG Duisburg, Beschl. v. 1.9.2002 – 62 IN 167/02 (*nicht rechtskräftig*), NZI 2002, 556 ff. (559 f.).

463) *Riggert* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270 Rn. 20.

464) Statt vieler *Heckschen* in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis (2012), Rn. 621.

465) Als Vorbild haben für das Schutzschirmverfahren neben der britischen *administration procedure* auch das amerikanische *Chapter 11*-Verfahren gedient.

neben dem Antrag auf Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung häufig einen Schutzschirmantrag nach § 270b InsO. Das Schutzschirmverfahren soll den Schuldner motivieren und das Vertrauen desselbigen stärken, frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen.⁴⁶⁶⁾

I. Die Stärken

- 171 Auch wenn das Schutzschirmverfahren nicht als vollständiges Moratorium ausgestaltet ist,⁴⁶⁷⁾ ist es als Vollstreckungsschutzverfahren für die Dauer des Insolvenzeröffnungsverfahrens anzusehen. Hierbei soll der Schuldner die Möglichkeit erhalten, in bis zu drei Monaten unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters frei von Vollstreckungsmaßnahmen in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan zu erstellen, der anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden kann.⁴⁶⁸⁾ Dieses Verfahren, mit der Berechtigung einer Vorbereitung des „*Prepacked Plan*“ schon unter dem Schutzschirm der Insolvenzordnung, ist in dem bisherigen Recht ohne jegliches Vorbild.⁴⁶⁹⁾ Im Rahmen dieses Schutzschirmverfahrens hat der Schuldner die Möglichkeit, eine Person vorzuschlagen, die die Position des vorläufigen Sachwalters einnimmt. Das Vorschlagsrecht des Schuldners gemäß § 270b Abs. 2 S. 2 InsO verdrängt in diesem Fall als speziellere Regelung das Vorschlagsrecht des vorläufigen Gläubigerausschusses.⁴⁷⁰⁾ Für den Schuldner besteht somit eine höhere Planungssicherheit.⁴⁷¹⁾ Zu beachten ist dabei, dass die Gläubiger erst im eröffneten Verfahren die Möglichkeit haben, einen anderen Sachwalter zu wählen.⁴⁷²⁾ Der Gesetzgeber hat mit dem Schutzschirmverfahren das Vertrauen des Schuldners in das Insolvenzverfahren dadurch erleichtert, dass die Eigenverwaltung, der Insolvenzplan und die von ihm selbst ge-

466) **Fuhst**, DStR 2012, 418 ff. (420 f.); **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270b Rn. 3. Erste Resümees aus der Praxis bestätigen eine „Antragsflut“ bei den Insolvenzgerichten u.a. **Haarmeyer/Buchalik/Haase**, ZInsO 2013, 26 ff. (27).

467) BT-Drs. 17/5712, 40: Kein Kündigungsschutz für Verträge, kein Schutz vor Fälliggstellung der Forderungen durch Gläubiger.

468) **Kießner** in: Braun, InsO (2014), Einl. Rn. 75.

469) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 2.

470) **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270b Rn. 9.

471) **Meyer-Löwy/Bruder**, GmbHR 2012, 432 ff. (437).

472) **Vallender**, GmbHR 2012, 450 ff. (452); **Meyer-Löwy/Bruder**, GmbHR 2012, 432 ff. (437), die auf die Unklarheit abstellen, „ob die Gläubiger wirklich erst im eröffneten Verfahren die Möglichkeit haben sollen, einen anderen Sachwalter zu wählen.“ Wird dies angenommen, so bleibe den Gläubigern nur die Möglichkeit, „mit dem stärksten Mittel, der Aufhebung des Schutzschirmverfahrens, zu drohen.“ Nach meiner Meinung sollte das Schutzschirmverfahren aber gerade keine „Druckmittel“ zur Verfügung stellen oder versucht werden, durch Druckmittel ein vermeintlich gerechtes Ergebnis herbeizuführen. Es gilt die antagonistischen Interessen in einen gerechten Ausgleich zu bringen und den Blickwinkel zu objektivieren und zu solidarisieren. Durch ein Druckmittel wäre es nicht möglich, dieses Ergebnis herbeizuführen. Ein Druckmittel stellt deshalb keine probate Lösung dar.

troffene Auswahl des vorläufigen Sachwalters sichergestellt sind. Die Stärke des Schutzschirmverfahrens liegt damit in der Rechtssicherheit für den Schuldner.⁴⁷³⁾

Neben den Schuldnerinteressen werden im Rahmen des Schutzschirmerfahrens auch die Gläubigerinteressen gewahrt. Die Gläubiger haben im Schutzschirmverfahren die Letztentscheidungskompetenz, da sie nicht nur das Recht haben, über den vorzulegenden Insolvenzplan abzustimmen, sondern auch über die Frage der Durchführung eines Schutzschirmverfahrens entscheiden dürfen. Ohne eine Begründung kann der vorläufige Gläubigerausschuss nach § 270b Abs. 4 S. 1 Nr. 2 InsO die Aufhebung des Schutzschirmverfahrens beantragen. Dadurch bekommt das Schutzschirmverfahren einen Kooperationscharakter und wird damit zu einer Art Kooperationsverfahren zwischen dem Schuldner und den Gläubigern.⁴⁷⁴⁾ **172**

Eine weitere durch das Schutzschirmverfahren begründete Stärke des Insolvenzverfahrens ist, dass dem Schuldner auf Antrag die Befugnis gemäß § 270b Abs. 3 InsO erteilt wird, mit Wirkung für das eröffnete Insolvenzverfahren Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 2 InsO zu begründen.⁴⁷⁵⁾ Dadurch wird vor allem das Verhältnis des Schuldners zu den Gläubigern gestärkt, da der Schuldner in der Lage **173**

473) So heißt es in BT-Drs. 17/5712, 40: „Mit § 270b InsO wird dem Schuldner im Zeitraum zwischen Eröffnungsantrag und Verfahrenseröffnung ein eigenständiges Sanierungsverfahren zur Verfügung gestellt. Wenn lediglich eine drohende Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung vorliegt, der Schuldner aber nicht zahlungsunfähig ist, kann er mit dem Verfahren des § 270b InsO Rechtssicherheit erhalten. Er hat die Chance, im Schutz eines besonderen Verfahrens in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan zu erstellen, der anschließend durch einen Insolvenzplan umgesetzt werden soll. Damit wird das Vertrauen der Schuldner in das Insolvenzverfahren gestärkt und gleichzeitig ein Anreiz geschaffen, frühzeitig einen Eröffnungsantrag zu stellen, um rechtzeitig die Weichen für eine Sanierung des schuldnerrischen Unternehmens zu stellen.“

474) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 3.

475) **Ganter**, NZI 2012, 433 ff. (439). Nach einer Umfrage des **VID**, Auswertung des Fragebogens vom Insolvenzverwalterkongress 2012 in Berlin (Teil 1), hat sich jedoch herausgestellt, dass zwar 42 % der Teilnehmer in der vorläufigen Sachwaltung nach §§ 270a oder 270b InsO keine Schwierigkeiten mit der Betriebsfortführung wegen unklarer Kompetenzen zur Begründung von Masseverbindlichkeiten sehen. 37 % der Teilnehmer sehen hingegen Schwierigkeiten. 21 % der Teilnehmer haben keine Angaben gemacht. Problematisch ist dabei, dass von 14 Teilnehmern 8 Teilnehmer eine Gefährdung oder Verhinderung der Betriebsfortführung in den unklaren Kompetenzen zur Begründung der Masseverbindlichkeiten sehen. Nach 7 Teilnehmern von insgesamt 15 Teilnehmern, lag dabei das Problem beim Schuldner. 6 Teilnehmer sehen das Problem beim Gericht und 2 Teilnehmer bei den Gläubigern. Allgemein ist in dem Bereich der Begründung von Masseverbindlichkeiten für die Teilnehmer eine Änderung/Klarstellung am dringendsten geboten (22 Teilnehmer von 63 Teilnehmern stimmten dafür). Demnach ist noch fraglich, inwieweit es wirklich eine Stärke des Schutzschirmverfahrens ist, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten mit Wirkung für das eröffnete Verfahren begründen kann. Dies wird sich in der weiteren Entwicklung der Praxis zeigen.

ist, den Gläubigern Zusagen über den Zeitraum des Eröffnungsverfahrens hinaus zu machen.⁴⁷⁶⁾

II. Die Bestellung des vorläufigen Sachwalters

- 174 Im Rahmen des Schutzschirmverfahrens schlägt der Schuldner einen vorläufigen Sachwalter vor. Das Insolvenzgericht kann von dem Vorschlag des Schuldners zur Person des vorläufigen Sachwalters nur begründet abweichen, wenn dieser gemäß § 270b Abs. 2 InsO offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Diese eingeschränkte Ablehnungsbefugnis des Insolvenzgerichts und der Eindruck der Gläubiger, dass der vorläufige Sachwalter mehr im Lager des Schuldners steht als eine neutrale Position einzunehmen, hat den Begriff des „*mitgebrachten Sachwalters*“ geprägt.⁴⁷⁷⁾ Deutlich wird hierbei, dass es geboten ist, die Interessen des Schuldners in einen angemessenen Ausgleich zu den Interessen der Gläubiger zu bringen. Neben dem objektiv bestimmbareren Interesse der Gläubiger müssen auch subjektive Vertrauenshemmnisse berücksichtigt werden. Um das Gläubigervertrauen zu schützen, muss der vorläufige Sachwalter, wie der (vorläufige) Insolvenzverwalter, die Unabhängigkeit wahren. Dies geht daraus hervor, dass nach § 270b Abs. 2 S. 1 InsO der vom Schuldner vorgeschlagene vorläufige Sachwalter von dem Aussteller der Bescheinigung personenverschieden sein muss.⁴⁷⁸⁾ Das Insolvenzgericht hat hierbei einen strengen Prüfungsmaßstab anzulegen, da ansonsten das Vertrauen in die ordnungsgemäße Durchführung des Insolvenzverfahrens gefährdet ist.⁴⁷⁹⁾ Grundsätzlich muss der vorläufige Sachwalter auch die Voraussetzungen des § 56 InsO erfüllen.⁴⁸⁰⁾

- 175 Fraglich ist, wann im Fall des Schutzschirmverfahrens der vorläufige Sachwalter für das Amt offensichtlich ungeeignet ist. Keine offensichtliche Ungeeignetheit liegt vor, nur weil der Insolvenzrichter die vom Schuldner vorgeschlagene Person nicht kennt, da der Gesetzgeber die mögliche Auswahl der Personen nicht auf einen

476) Klarstellend für die Begründung von Masseverbindlichkeiten im Rahmen der Eigenverwaltung jüngst LG Duisburg, Beschl. v. 29.11.2012 – 7 T 185/12, ZInsO 2012, 2346 ff. Danach sei der Schuldner ermächtigt, gegebenenfalls Verbindlichkeiten zu Lasten der späteren Insolvenzmasse zu begründen. Dem gesetzgeberischen Ziel, dem Schuldner die Kontrolle über sein Unternehmen weitestgehend zu belassen, werde dadurch bestmöglich Rechnung getragen. Die aus dem Urteil begründete Rechtssicherheit begründend **Buchalik/Kraus**, ZInsO 2012, 2330 ff.

477) Dieser Begriff wurde in der Literatur unter anderem geprägt von **Römermann/Praß**, GmbHR 2012, 425 ff. (430); **Meyer-Löwy/Bruder**, GmbHR 2012, 432 ff. (436 f.).

478) BT-Drs. 17/7511, 37.

479) So heißt es in BT-Drs. 17/7511, 4 explizit: „Eine solche Bindung des Insolvenzgerichts darf nicht dazu führen, dass in Einzelfällen Verwalter bestellt werden, denen nicht die für ihr Amt unerlässliche Unabhängigkeit zukommt. Andernfalls würde nicht nur das Amt des Insolvenzverwalters beschädigt, sondern insgesamt das Vertrauen in die sachgemäße Durchführung von Insolvenzverfahren erschüttert werden.“

480) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 39 Rn. 20.

bereits gelisteten Kreis von Verwaltern beschränkt hat.⁴⁸¹⁾ Problematisch in diesem Zusammenhang ist aber, dass das Insolvenzgericht verpflichtet ist, sich ein Bild von der Eignung des vorläufigen Sachwalters zu machen. Die dafür zu investierende Zeit des Insolvenzgerichts ist aber konträr zu dem Verfahrensziel des möglichst geringen Zeitverlusts. Damit das Insolvenzgericht der Pflicht nachkommt, die Eignung der vorgeschlagenen Person zu bewerten und nicht entgegen dem Verfahrensziel zu handeln, hat der Schuldner seinem Antrag einen Eignungsnachweis des vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalters anzuügen.⁴⁸²⁾ Der Schuldner wird dadurch auch nicht unverhältnismäßig beansprucht und zugleich wird vermieden, dass das Insolvenzgericht, mangels ausreichender Informationen, eine ablehnende Entscheidung trifft. Zudem werden dadurch Wertungswidersprüche vermieden und das Gläubigerinteresse wird gewahrt.

Problematisch ist des Weiteren die Frage, ob das Insolvenzgericht befugt ist, neben dem vorläufigen Sachwalter einen Sachverständigen gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 InsO zu bestellen. Auch wenn nach der Gesetzesbegründung die Bestellung eines Sachverständigen unzulässig ist,⁴⁸³⁾ ist nicht davon auszugehen, dass diese Unzulässigkeit während des gesamten Eröffnungsverfahrens fort dauert.⁴⁸⁴⁾ Das Insolvenzgericht unterliegt im Insolvenzverfahren einer Ermittlungspflicht. Darunter fällt auch die Ermittlung der Eröffnungsvoraussetzungen, wie des Insolvenzgrunds und der Massekostendeckung. Um der Aufgabe gerecht zu werden und feststellen zu können, ob tatsächlich die dem Antrag zugrundeliegende (nur) drohende Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO oder eine Überschuldung nach § 19 Abs. 2 InsO vorliegt, kann das Insolvenzgericht neben dem vorläufigen Sachwalter einen Sachverständigen bestellen. Das Insolvenzgericht kann daneben den Sachverständigen auch ergänzend beauftragen, die Umstände zu ermitteln, die Gegenstand der Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 InsO sind.⁴⁸⁵⁾ Begründet werden kann die Überprüfung durch den Sachverständigen für das Insolvenzgericht damit, dass das Schutzschirmverfahren dazu führen kann, dass das Verfahren bis zu drei Monate dauert und bei einem Schei-

481) Dies wurde in der Fachöffentlichkeit vor dem Inkrafttreten des ESUG kritisch betrachtet, statt vieler **Hölzle/Pink**, ZIP 2011, 360 ff. (364 f.). Dennoch hat der Gesetzgeber von einer Beschränkung der Auswahl auf gerichtbekannte Verwalter abgesehen.

482) So **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 50.

483) BT-Drs. 17/5712, 40 f.: „Für die Dauer der gerichtlich bestimmten Frist kann weder ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt werden, noch kann dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt oder können seine Verfügungen unter Zustimmungsvorbehalt gestellt werden. Aber auch in der Phase bis zur Entscheidung des Gerichts über den Antrag nach § 270b InsO-E ist das Gericht durch Absatz 2 Satz 3 gehindert, einen Sachverständigen oder vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen.“

484) So auch **Frind**, ZInsO 2011, 2249 ff. (2261) in Bezug auf die Prüfung der Bescheinigung im Schutzschirmverfahren; a.A. **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270b Rn. 7.

485) Somit kann auch das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit bereits im Antragszeitpunkt nach § 17 Abs. 2 InsO geprüft und der vorgelegte Liquiditätsplan validiert werden, **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 58 ff.

tern irreversible Entscheidungen getroffen werden würden. Zudem können Sanierungsinstrumente, die erst mit drei Monaten Verzögerung eingeleitet werden, nach einem Übergang in das Regelinsolvenzverfahren zu spät kommen.⁴⁸⁶⁾ Die Gläubiger, insbesondere die Arbeitnehmer, würden gravierende Schäden davontragen. Die bescheinigten Eintrittsvoraussetzungen in das Verfahren zu prüfen, liegt somit im Interesse der Gläubiger. Zudem handelt es sich bei der Vorlage der Bescheinigung um eine allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung für den Antrag nach § 270b Abs. 1 InsO, die von dem erkennenden Gericht zumindest von Amts wegen gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 InsO zu prüfen ist. Davon sind die für die Zulässigkeit der Bescheinigung erheblichen Umstände, wie das Vorliegen des Insolvenzgrunds der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 2 InsO bereits bei Antragstellung, die Belastbarkeit der Liquiditätsplanung und die Sanierungsaussichten, eingeschlossen. Ausgeschlossen ist, den Sachverständigen zu der Ermittlung der Frage zu beauftragen, ob die Eigenverwaltung Nachteile für die Gläubiger mit sich bringt oder wie der Fortbestand der Sanierungsaussichten zu beurteilen ist, da die Fragen der Mitteilungspflicht durch den vorläufigen Sachwalter nach §§ 270b Abs. 2, 270a Abs. 1 S. 2, 274 Abs. 2, 3 InsO der Aufsicht des Insolvenzgerichts gemäß § 58 InsO unterliegen.⁴⁸⁷⁾ Zu der allgemeinen Amtsermittlungspflicht sind die Vorschriften über den Verwalter *lex speciales*, so dass eine Sachverständigenbestellung ausscheidet.⁴⁸⁸⁾ Ein Vorteil, den die Einschaltung eines Sachverständigen und eines vorläufigen Sachwalters nebeneinander nach sich zieht, ist die Objektivierung des Verfahrens, da die Transparenz des vom Schuldner „mitgebrachten“ vorläufigen Sachwalters erhöht wird. Damit das Vertrauen noch weiter geschützt wird, ist die Anordnung des Schutzschirmverfahrens aufzuheben, sobald der Sachverständige feststellt, dass eine Zulässigkeitsvoraussetzung bereits im Zeitpunkt der Antragstellung nicht vorgelegen hat.⁴⁸⁹⁾ Das Vertrauen wird weiter dadurch geschützt, dass der Schuldner und der vorläufige Sachwalter einer Pflicht unterliegen, die Zahlungsunfähigkeit gemäß § 270b Abs. 4 S. 2 InsO dem Insolvenzgericht unverzüglich anzuzeigen und der vorläufige Sachwalter der Aufsicht des Insolvenzgerichts gemäß § 58 InsO unterliegt. Eine wesentliche Bedeutung kommt auch dem Aufhebungsgrund gemäß § 270b Abs. 4 S. 1 Nr. 1 InsO zu. Danach ist die Anordnung aufzuheben, wenn die Sanierungsaussichten weggefallen sind.⁴⁹⁰⁾ Die Anordnung des Schutzschirmverfahrens, sowie die Bestellung des vorläufigen Sachwalters ist eine reversible Entscheidung. Das Vertrauen des Schuldners wird dabei nicht verletzt, da, soweit die Voraussetzungen

486) Zur Vertiefung des anfänglichen und des nachträglichen Scheiterns des Schutzschirmverfahrens **Riggert** in: Braun, InsO (2014), Vorb. §§ 270–285 Rn. 8 ff.

487) **Vallender** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 58 Rn. 14.

488) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 62.

489) Zu den Voraussetzungen des Schutzschirmverfahrens vertiefend **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270b Rn. 2 ff.

490) **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270b Rn. 35 ff.

des Schutzschirmverfahrens oder die Voraussetzungen zur Bestellung des vorläufigen Sachwalters nicht vorliegen, kein schutzwürdiges Vertrauen begründet wird.⁴⁹¹⁾

In der Praxis eröffnet das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren durch Beschluss, wenn der Schuldner den Insolvenzplan innerhalb der vom Insolvenzgericht bestimmten Frist einreicht. Zeitgleich ordnet das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung an und bestellt in der Regel den vorläufigen Sachwalter zum endgültigen Sachwalter. Die regelmäßige Personenidentität zwischen dem vorläufigen und dem endgültigen Sachwalter ergibt sich aus dem Charakter des Verfahrens als Eilverfahren und aus dem Gesichtspunkt, die Kosten niedrig zu halten.⁴⁹²⁾ **177**

Tritt der Fall ein, dass das Insolvenzgericht die Anordnung aufhebt und liegen die für einen Eröffnungsbeschluss erforderlichen Informationen nicht vor, so setzt sich das Schutzschirmverfahren als Regelinsolvenzverfahren fort und das Insolvenzgericht bestellt einen Insolvenzverwalter und einen Sachverständigen.⁴⁹³⁾ Regelmäßig wird der vorläufige Sachwalter als Insolvenzverwalter beibehalten.⁴⁹⁴⁾ Ist bereits ein Sachverständiger bestellt worden, so ist sein Aufgabenkatalog an die festzustellenden Tatsachen anzupassen. Nur in Ausnahmefällen wird das Verfahren in Eigenverwaltung fortgeführt, da zumeist fehlende Sanierungsaussichten oder ein Gläubigerwiderspruch entgegenstehen.⁴⁹⁵⁾ Im Übrigen gelten für den vorläufigen Insolvenzverwalter die bewährten Auswahlkriterien, und die Person des vorläufigen Sachwalters gilt als vom Schuldner vorgeschlagene Person im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 I. Alt. InsO.⁴⁹⁶⁾ **178**

III. Zwischenergebnis

Mit dem Schutzschirmverfahren wird dem Schuldner eine sanierungsorientierte Modifizierung des vorläufigen Insolvenzverfahrens an die Hand gegeben. Das Schuldnervertrauen in die Sanierungsmittel wird dabei insbesondere dadurch gestärkt, dass der Schuldner den vorläufigen Sachwalter vorschlagen und das Insolvenzgericht diesen nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit für das Amt ablehnen kann. **179**

491) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 65.

492) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 76.

493) **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270b Rn. 45 ff.

494) **VID**, Auswertung des Fragebogens vom Insolvenzverwalterkongress 2012 in Berlin (Teil 1): Von insgesamt 13 Teilnehmern bejahten 10 Teilnehmer die Frage, ob der vorläufige Sachwalter als Insolvenzverwalter beibehalten werde, wenn vom Schutzschirmverfahren in das Regelinsolvenzverfahren gewechselt wurde. 3 Teilnehmer verneinten diese Frage. Auch die Statistik von **Reuter/Hart**, INDat-Report (7/2012), 1 ff. (3 ff.) spiegelt dieses Ergebnis wider.

495) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 81.

496) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 82.

F. Fazit

- 180** Unzweifelhaft ist die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters die wichtigste Entscheidung, die im Eröffnungsverfahren zu treffen ist. Ein für das konkrete Insolvenzverfahren optimal geeigneter Verwalter kann für das Unternehmen eine Sanierung einleiten. Ein für das konkrete Verfahren ungeeigneter Verwalter kann hingegen nicht nur eine niedrige Quote herbeiführen und als einzigen Ausweg die Liquidation zum Ziel haben, sondern vor allem das Vertrauen der Gläubiger und des Schuldners in die Insolvenzordnung schwächen. Die Auswahl und die Bestellung eines ungeeigneten (vorläufigen) Verwalters für das konkrete Verfahren hat demnach viel weitreichendere Auswirkungen als die eines geeigneten (vorläufigen) Verwalters.
- 181** Festgehalten werden kann, dass die Regelungen in Bezug auf die Qualifikation des (vorläufigen) Insolvenzverwalters immer noch zu schwammig sind und ein einheitliches und transparentes Auswahlverfahren der Verwalter fehlt. Fast jedes Insolvenzgericht verfolgt ein Auswahlverfahren mit konturlosen Kriterien. Genau definierte Kriterien würden die Transparenz bei der Auswahlentscheidung verbessern und zu einer erhöhten Zufriedenheit, nicht nur auf Seiten der Gläubiger und des Schuldners, sondern insbesondere beim (vorläufigen) Insolvenzverwalter, führen.
- 182** Das ESUG hat dennoch viele Vorteile gebracht. So sind unzweifelhaft die Gläubigerrechte stärker im Gesetz verankert. Die Gläubiger haben die Möglichkeit, intensiv an der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters mitzuwirken. Sie können schon im Eröffnungsverfahren Entscheidungen treffen. Zudem wurde das Institut des vorläufigen Gläubigerausschusses im Gesetz verankert. Daneben ist auch das Vertrauen des Schuldners gestärkt worden. Insbesondere durch das Institut des Schutzschirmverfahrens wird ihm die Möglichkeit eröffnet, frühzeitig das Insolvenzverfahren einzuleiten und sein Unternehmen zu sanieren.
- 183** Fraglich ist jedoch, ob das ESUG seinen Zielen in der Praxis gerecht wird. Denn ein Gesetz ist nur so gut, soweit es sich auch in der Praxis umsetzen lässt. Wird die reformierte Insolvenzordnung den Anforderungen in der Praxis nicht gerecht, werden folglich die Sanierungsmittel nicht genutzt. Im Ergebnis würde sich weder das Gläubiger- noch das Schuldnervertrauen manifestieren können.

Zweiter Teil: Das Recht der Verwalterauswahl und -bestellung im Ausland

§ 4 Motivationen und Ziele des Gesetzgebers zum Erlass des ESUG

Sowohl im betriebswirtschaftlichen als auch im personellen Bereich führt die Insolvenz zu einschneidenden Maßnahmen. Die Zahlen aus dem Jahr 2011 belegen, dass die Insolvenz in unserer Gesellschaft kein Einzelfall (mehr) ist. Im Jahr 2011 wurden rund 160.000 Insolvenzverfahren bei den Amtsgerichten registriert.⁴⁹⁷⁾ Für die Gläubiger beliefen sich die insolvenzbedingten Ausfälle auf rund 23,3 Milliarden Euro⁴⁹⁸⁾, und circa 236.000 Arbeitnehmer⁴⁹⁹⁾ waren im Jahr 2011 von der Insolvenz ihres Arbeitgebers betroffen. Ein Blick über die Ländergrenze hinaus verdeutlicht die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Insolvenzverfahrens, da neben der Relevanz, die die Insolvenz in der Bundesrepublik Deutschland erfährt, insbesondere auch die andauernde europäische Staatsschuldenkrise eine große Rolle spielt.⁵⁰⁰⁾ 184

Innerhalb des Zivilrechts ist das Insolvenzrecht eine komplexe Materie und hat einen außerordentlichen Stellenwert auf Grund des Einflusses auf den Bestand und die Durchsetzbarkeit von Forderungen und Sicherheiten. Die Insolvenz kann dabei zur Sanierung oder auch zur (teilweisen) Stilllegung des Unternehmens führen. Überall dem liegt das in § 1 S. 1 InsO verankerte und zentrale Ziel der Insolvenzordnung. Danach dient das Insolvenzverfahren vorrangig der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger. Der Schuldner wird durch die Insolvenz aber regelmäßig nicht in der Lage sein, sämtliche Verbindlichkeiten zu erfüllen. Der Gesetzgeber hat mit der Insolvenzordnung daher vielmehr die Aufgabe, einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, um eine geordnete Verteilung des schuldnerischen Vermögens sicherzustellen. Das Insolvenzrecht dient dabei der optimalen Haftungsverwirklichung.⁵⁰¹⁾ 185

Neben operierenden Unternehmen sind auch natürliche Personen vielen Rechtsbeziehungen und damit auch Verbindlichkeiten gegenüber verschiedenen Gläubigern ausgesetzt. Die Auseinandersetzung mit den Verbindlichkeiten, und somit auch mit den Gläubigern, prägt das gesamte Insolvenzverfahren. Der rechtliche Rahmen, den der Gesetzgeber schaffen muss, muss demnach auch geeignet sein, die widerstrebenden Interessen der beteiligten Organe im Insolvenzverfahren in einen gerechten 186

497) *Creditreform Wirtschaftsforschung*, Insolvenzen – Neugründungen – Löschungen – Jahr 2011, 2.

498) *Creditreform Wirtschaftsforschung*, Insolvenzen – Neugründungen – Löschungen – Jahr 2011, 7. Zur Relation: Der absolute Höchststand belief sich im Jahr 2009 auf annähernd 78,9 Milliarden Euro.

499) *Creditreform Wirtschaftsforschung*, Insolvenzen – Neugründungen – Löschungen – Jahr 2011, 9. Diese Zahl ist von Creditreform geschätzt.

500) Vgl. *Leutheusser-Schnarrenberger*, Rede der Bundesjustizministerin der Justiz beim Neunten Deutschen Insolvenzrechtstag der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht im Deutschen Anwaltverein am 22. März 2012 in Berlin, ZInsO 2012, 637 ff. (638).

501) *Obermüller/Hess*, InsO – Eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts (2003), Rn. 38.

Ausgleich zu bringen. Dabei ist es das Ziel, alle Interessen herauszufiltern und sowohl für die Gläubiger als auch für den Schuldner zu einem optimalen Ergebnis zu gelangen. Nur wenn der Gesetzgeber alle Interessen bewertet und gegeneinander abgewogen hat, wird er seiner Aufgabe, die Voraussetzungen der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters festzusetzen, gerecht.

- 187** Bis zum ESUG gab es aber einige Kritikpunkte an der Insolvenzordnung. Der Gesetzgeber hatte es bis dahin nicht geschafft, alle Interessen in einen gerechten Ausgleich zu bringen und das Vertrauen zwischen den Verfahrensbeteiligten aufzubauen oder zu stärken.

A. Intransparenz und fehlende Vorhersehbarkeit des Ablaufs des Insolvenzverfahrens für Schuldner und Gläubiger

- 188** Einer der größten Kritikpunkte des geltenden Insolvenzrechts bis zum 1.3.2012 und der Grund, weshalb insbesondere ausländische Investoren die deutsche Insolvenzordnung als weniger geeignet für Sanierungen ansahen, waren die Intransparenz und die fehlende Berechenbarkeit des Ablaufs des Insolvenzverfahrens für den Schuldner und die Gläubiger.⁵⁰²⁾ Diese Intransparenz und fehlende Vorhersehbarkeit wurde dadurch hervorgerufen, dass die wichtigsten Entscheidungen im Insolvenzverfahren tatsächlich weitgehend ohne die Beteiligung der Gläubiger getroffen wurden. Dabei dient das Insolvenzverfahren, wie § 1 S. 1 InsO festlegt, gerade der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt wird. Die wichtigen Entscheidungen fallen in den ersten drei bis vier Wochen und damit im Eröffnungsverfahren. Eine organisierte Gläubigerbeteiligung fand in der Regel aber erst im eröffneten Verfahren statt. Des Weiteren war die Verfahrensdauer lang. Diese variierte zwischen zwei und vier Jahren.⁵⁰³⁾ Ein gewichtiges Problem, das vor allem ausländische Investoren kritisierten, war die Dauer des Insolvenzverfahrens mit dem Ziel der Sanierung des Unternehmens. Der Zeitrahmen sei kaum zu kalkulieren gewesen, da einzelne Gläubiger durch Rechtsmittel die Möglichkeit hatten, das Wirksamwerden des Insolvenzplans um Monate bis Jahre zu verzögern.⁵⁰⁴⁾ Auch wirkten sich bei der Eigenverwaltung die Intransparenz und die fehlende Vorhersehbarkeit auf den Schuldner aus. Dieser hatte nur eine geringe Sicherheit, wenn er schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit einen Insol-

502) BT-Drs. 17/5712, 1; so auch **Hötze**, KTS 2011, 291 ff. (294), der auf den „*Blickwinkel des die deutsche Wirtschaft tragenden Mittelstandes*“ abstellt.

503) **Kranzusch/Icks** in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn, IfM-Materialien Nr. 193 (2010), 33; bei natürlichen Personen dauert ein Insolvenzverfahren im Schnitt zwei Jahre und bei juristischen Personen im Schnitt vier Jahre.

504) BT-Drs. 17/5712, 1, der auch darauf abstellt, dass der Ablauf des Insolvenzverfahrens für den Schuldner und die Gläubiger nicht berechenbar sei.

venzantrag stellte und seine Gläubiger ihn für vertrauenswürdig hielten, so dass das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung anordnete.⁵⁰⁵⁾

B. Geringer Einfluss auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

Insbesondere war auch der geringe Einfluss auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ein Kritikpunkt der ausländischen Investoren und der herrschenden Meinung in der Literatur.⁵⁰⁶⁾ Im Insolvenzverfahren bedeuten die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters die Auswahl und die Bestellung der zentralen Persönlichkeit des Insolvenzverfahrens.⁵⁰⁷⁾ Die Einwirkungsmöglichkeiten der Gläubiger und des Schuldners waren seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1.1.1999 darauf gerichtet, dass Vorschläge hinsichtlich der Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gegenüber dem Insolvenzgericht abgegeben werden können. Dennoch war es in der Praxis vor dem ESUG häufig der Fall, dass ein Vorschlag zur Person des Verwalters von vielen Insolvenzgerichten grundsätzlich abgelehnt wurde. Der Vorschlag eines konkreten (vorläufigen) Verwalters bot die Gewähr dafür, ihn vom Verwalteramt auszuschließen.⁵⁰⁸⁾ Es wurde demnach die Taktik verfolgt, dass diejenige Person zum (vorläufigen) Verwalter vorgeschlagen wurde, die gerade nicht vom Insolvenzgericht zum (vorläufigen) Verwalter bestellt werden sollte. Eine Bindung des Insolvenzgerichts an die Vorschläge sah die Insolvenzordnung nicht vor. Auch ein eigenes Rechtsmittel gegen die Auswahlentscheidung des Insolvenzgerichts hinsichtlich der Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters stand den Gläubigern und dem Schuldner nicht zu.

Erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatten die Gläubiger die Möglichkeit, Einfluss auf die Auswahl und die Bestellung des Insolvenzverwalters zu nehmen. Nach § 57 InsO, wie auch heute noch, konnte in der ersten Gläubigerversammlung ein anderer Insolvenzverwalter an die Stelle des vom Gericht bestellten Insolvenzverwalters gewählt werden. Das Insolvenzgericht konnte die Bestellung gemäß § 57 S. 3 InsO nur versagen, wenn der von der Gläubigerversammlung gewählte Insolvenzverwalter für die Übernahme des Amtes nicht geeignet war. Nach § 57 S. 4 InsO stand jedem Gläubiger gegen die Versagung die sofortige Beschwerde zu.

Problematisch und kritisch zu würdigen ist, dass die wichtigsten Entscheidungen des Insolvenzverfahrens in den ersten Wochen getroffen werden. Die Möglichkeit der späten Abwahl des Insolvenzverwalters in der ersten Gläubigerversammlung

505) BT-Drs. 17/5712, 1.

506) BT-Drs. 17/5712, 1; in der Literatur u.a. *Frind*, ZInsO 2007, 643 ff. (643 ff.); eingehend zur Frage des Einflusses der Gläubiger auf die Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters *Paulus*, NZI 2008, 705 ff. (705 ff.).

507) *Graeber*, FPR 2006, 74 ff. (74).

508) So auch *Zuleger*, NZI 2011, 136 f. (137).

hat somit keinen verfahrensleitenden Einfluss mehr. Daneben sind auch die zusätzlichen Kosten zu beachten, die mit einem Wechsel des Insolvenzverwalters entstehen, da beide Insolvenzverwalter, der ab- und der neugewählte Insolvenzverwalter, weiterhin einen Vergütungsanspruch haben.⁵⁰⁹⁾ Auf Grund der fehlenden Möglichkeit, Einfluss auf die wichtigen Entscheidungen des Insolvenzverfahrens nehmen zu können, und auf Grund der erhöhten Kosten sieht die Gläubigerversammlung zumeist von einer Ab- und Neuwahl des Insolvenzverwalters ab. Als Kritikpunkt ist demnach der zu späte Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters festzuhalten.⁵¹⁰⁾

C. Fehlende Möglichkeit der Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte

- 192** Als eine weitere Schwachstelle des Insolvenzrechts aus dem Jahr 1999 wurde die fehlende Möglichkeit der Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte angesehen.⁵¹¹⁾ Auch wenn der Gesetzesentwurf der Bundesregierung von 1994 zur Insolvenzordnung die Umwandlung von Forderungen in Anteilrechte aufgriff,⁵¹²⁾ wurde ein sogenannter *Debt Equity Swap* gesetzlich zu diesem Zeitpunkt noch nicht fixiert.⁵¹³⁾ Der *Debt Equity Swap* ist zwar keine Erfindung des ESUG. Das ESUG hat den *Debt Equity Swap* jedoch neu geregelt und damit wesentliche Risiken beseitigt.⁵¹⁴⁾
- 193** Die Investoren sind daran interessiert, dass möglichst wenig Liquidität verwendet werden soll, um dadurch die Rendite auf einem hohen Niveau zu halten. Um dieses Ziel zu erreichen, gibt es unter anderem die Möglichkeit, Forderungen gegen das Unternehmen zu einer geringen Quote zu erwerben, um danach die Forderungen zum Nennwert in eine Beteiligung am Unternehmenswert „umzuwandeln“.⁵¹⁵⁾ Die

509) **Graeber**, NJW 2004, 2715 ff. (2717); **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 63 Rn. 7 ff.; siehe dazu schon § 3 B. II II.3.

510) So fordern viele Stimmen in der Literatur, die Entscheidung der Gläubiger über die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters vorzuverlagern, u.a. **Graeber**, DZWIR 2005, 177 ff. (183 f.); **Busch**, DZWIR 2004, 353 ff. (358). Und auch das BVerfG, Beschl. v. 9.2.2005 – 1 BvR 2719/04, ZInsO 2005, 368 ff. (369) betont, dass eine Beteiligung der Gläubiger geboten ist.

511) So auch **Müller/Liebscher** in: Thierhoff/Müller/Illy/Liebscher, Unternehmenssanierung (2012), 1. Kapitel Rn. 40; **Hirte/Knof/Mock**, DB 2011, 632 ff. (636).

512) BT-Drs. 12/2443, 90 f.

513) Seit dem 1.3.2012 ist der *Debt Equity Swap* in § 225a Abs. 2 InsO durch das ESUG gesetzlich geregelt. **Schmidt**, BB 2011, 1603 ff. (1603 ff.) greift eindrucksvoll den Umschwung der Wahrnehmung des Insolvenzrechts als ordnungspolitisches Gestaltungsinstrument durch die Bereitschaft des Gesetzgebers, in die verfassungsmäßigen Rechte der Anteilseigner einzugreifen (Art. 9, 14 GG) und folglich den Wandel der Wahrnehmung der Rolle des Gesellschafters im Insolvenzverfahren allgemein, auf.

514) Zur Vertiefung **Hölzle** in: Kübler, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz – Eigenverwaltung und Insolvenzplan (2012), § 31 Rn. 34 f. Dies bestätigt auch eines der ersten Resümees aus der Praxis **Kremers/Hoffmann**, ZInsO 2013, 289 f. (290).

515) **Vallender**, NZI 2007, 129 ff. (132); **Kestler/Striegel/Jesch**, NZI 2005, 417 ff. (422).

Folge der Umwandlung ist, dass der vorliegende Überschuldungstatbestand beseitigt wird. Dadurch werden die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Sanierung verbessert.⁵¹⁶⁾ Der Gläubiger kann sich dadurch nicht nur mit seiner bisherigen Forderung an der Gesellschaft beteiligen, sondern hat langfristig auch die Möglichkeit am Sanierungserfolg zu partizipieren.

Die fehlende Möglichkeit der Umwandlung der Forderungen in Anteilsrechte führt in den meisten Fällen dazu, dass Anteilseigner sich weigern ihre Anteile abzugeben oder zu reduzieren.⁵¹⁷⁾ In die Rechte der Anteilsinhaber kann dabei nicht eingegriffen werden. Die Folge ist, dass die Aktivwerte verkauft werden und das schuldnerische Unternehmen abgewickelt wird. Folglich kommt eine erfolgreiche Sanierung des schuldnerischen Unternehmens unter diesen Umständen nur sehr selten in Betracht. **194**

D. Geringe Bedeutung der Eigenverwaltung

Als eine weitere Schwäche der Insolvenzordnung von 1999 wurde die geringe Bedeutung der Eigenverwaltung in der Praxis wahrgenommen.⁵¹⁸⁾ Insbesondere kritisierten internationale Finanzinvestoren am Insolvenzstandort Deutschland, dass der Schuldner, der eine Eigenverwaltung beantragt hat, befürchten muss, dass das Gericht seinen Antrag auf Eigenverwaltung ablehnt und daraufhin ein Insolvenzverfahren mit Insolvenzverwalter eröffnet.⁵¹⁹⁾ Die Zahl der Anträge auf Anordnung der Eigenverwaltung blieben somit weit hinter den Erwartungen, die an die Insolvenzordnung von 1999 geknüpft wurden, zurück.⁵²⁰⁾ **195**

516) *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Rn. 374a.

517) *Vallender*, NZI 2007, 129 ff. (136).

518) *Kranzusch*, ZInsO 2008, 1346 ff. (1347) hält auf Grundlage der Berechnungen des IfM Bonn tabellarisch fest, dass die Zahl der angeordneten Eigenverwaltungen seit dem Jahr 2002 – mit Ausnahme eines leichten Zuwachses im Jahr 2006 – stetig und nicht unerheblich gesunken ist. Im Jahr 2002 waren es noch 253 Fälle und im Jahr 2007 nur noch 147 Fälle. Im Verhältnis ist dieser Rückgang prozentual deutlich stärker als derjenige der Gesamtzahl von Unternehmensinsolvenzen in derselben Zeitspanne.

519) *Tetzlaff* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2014), Vorb. §§ 270 bis 285 Rn. 17; *He*, Unternehmenserwerb im Insolvenzplanverfahren (2012), 59; auch der Gesetzgeber erfasst diesen Punkt als einen der Hauptursachen für die geringe praktische Bedeutung der Eigenverwaltung, BT-Drs. 17/5712, 39 f.

520) *Hofmann*, NZI 2010, 798 ff. (798); *Vallender*, NZI 2010, 838 ff. (841).

Auch wenn die Eigenverwaltung nicht die Erwartungen erfüllt hat, so ist dennoch zu berücksichtigen, dass in einer Vielzahl von größeren Unternehmensinsolvenzen die Eigenverwaltung erfolgreich verlaufen ist. Unter die bekanntesten Verfahren der Eigenverwaltung fallen unter anderem *KirchMedia GmbH & Co. KGaA*, *Babcock Borsig AG* (dazu sehr interessant: AG Duisburg, Beschl. v. 1.9.2002 – 62 IN 167/02 (nicht rechtskräftig), NZI 2002, 556 ff.), *AgfaPhoto GmbH* und *Ihr Platz GmbH & Co. KG*.

- 196** Die Eigenverwaltung in Kombination mit einem Insolvenzplan stellt jedoch ein wichtiges Instrument zur Sanierung des Unternehmens dar.⁵²¹⁾ Die geringen Verfahrenskosten sind ein wesentlicher Vorteil. Nach § 12 Abs. 1 InsVV erhält der Sachwalter nur 60 % der Insolvenzverwaltervergütung⁵²²⁾ und nach § 282 Abs. 1 S. 2 InsO fallen keine Feststellungskosten, sondern nur die tatsächlichen Verwertungskosten bezüglich der absonderungsbelasteten Vermögensgegenstände an.⁵²³⁾ Ferner ist neben dem Kosten- auch der Zeitfaktor zu berücksichtigen, da bei der Eigenverwaltung die Einarbeitungszeit für einen Fremdverwalter gespart wird⁵²⁴⁾ und Kenntnisse und Erfahrungen der Geschäftsleitung genutzt werden.⁵²⁵⁾ Durch die Kosten- und Zeitersparnis soll der Schuldner zu einer frühzeitigen Antragstellung motiviert werden.
- 197** Auch wenn die Eigenverwaltung gegenüber dem Regelinsolvenzverfahren zum Zeitpunkt der Insolvenzordnung von 1999 noch die Ausnahme darstellte⁵²⁶⁾ und nur für besondere Fallkonstellationen geeignet war,⁵²⁷⁾ so ist es zweckmäßig, die Eigenverwaltung in den Fällen anzuordnen, in denen eine Restrukturierung oder Sanierung in der Insolvenz des schuldnerischen Unternehmens angestrebt wird und dies auch im Interesse der Gläubiger liegt.⁵²⁸⁾

E. Niedrige Quoten für die Gläubiger

- 198** Nach Erlass der Insolvenzordnung im Jahr 1999 ist die Befriedigungsquote für Insolvenzgläubiger nicht erheblich gestiegen. Sie pendelte sich im Durchschnitt bei 5,4 % ein und in mehr als 63 % der Fälle kam es erst gar nicht zu einer Quote.⁵²⁹⁾ Die Konsequenz war, dass die Gläubiger ihre Forderungen nicht anmeldeten und ihre Rechte im Insolvenzverfahren nicht nutzten. Das Verfahren wurde damit häufig zum Selbstzweck.
- 199** Primäres Ziel des Insolvenzverfahrens ist nach § 1 S. 1 InsO jedoch die Befriedigung der Gläubiger. Problematisch bei der Erfüllung dieses Ziels ist aber die hohe Zahl der massearmen Verfahren. Die geringe Masse wird in diesen Fällen allein schon

521) *Heckschen* in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis (2012), Rn. 621.

522) *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Rn. 2535; *Westrick*, NZI 2003, 65 ff. (71).

523) *Buchalik*, NZI 2000, 294 ff. (297).

524) *Seagon* in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz (2009), § 27 Rn. 75.

525) *Körner*, NZI 2007, 270 ff. (270).

526) Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis wurde durch das ESUG nun umgekehrt.

527) *Pape*, DB 1999, 1539 ff. (1545). Nach *Häsemeyer*, Insolvenzrecht (2007), Rn. 8.02 sei die Eigenverwaltung am ehesten geeignet in Freiberufler-Insolvenzen.

528) *Haas* in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 90 Rn. 3.

529) So *Kranzusch/Tcks* in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn, IfM-Materialien Nr. 186 (2009), 33, auf der Grundlage von 15.000 Regelverfahren mit Schlussverteilung.

durch die Verfahrenskosten aufgezehrt. Häufig wird die geringe Masse auch dadurch hervorgerufen, dass im Durchschnitt das Krisenunternehmen erst zehn Monate nach materieller Insolvenzreife den Insolvenzantrag stellt.⁵³⁰⁾ Deshalb ist es das Ziel, Anreize für den Schuldner zu finden, den Insolvenzantrag früher zu stellen.

F. Folge: Sitzverlegung nach England

Die Konsequenz war, dass in einigen prominenten Fällen⁵³¹⁾ die deutschen Schuldner auf Grund der Mängel der Insolvenzordnung von 1999 einen neuen Insolvenzstandort aufsuchten.⁵³²⁾ Insbesondere England diente hierbei als Erfolg versprechender Ausweg.⁵³³⁾ Zu beobachten war dabei, dass vereinzelt mittelständische Unternehmen, die sich in der Krise befanden, ihren satzungsmäßigen Sitz nach England verlegten und ihren Geschäftsbetrieb in eine der dort möglichen Gesellschaftsformen transferierten. Dabei wurde entweder eine in England ansässige Holding gegründet, die die Gesellschaftsanteile an dem deutschen Unternehmen übernahm oder das schuldenrische Unternehmen wurde auf eine englische Gesellschaft verschmolzen.⁵³⁴⁾ Vordergründig wurde somit die Geschäftsleitung nach England verlegt und ein Sanierungsverfahren nach englischem Recht angestrebt.

Um den von der Bundesregierung daraus hergeleiteten Handlungsbedarf zu verstehen, empfiehlt sich ein Blick auf die als Vorbild betrachteten Rechtsordnungen in England und den U.S.A.

530) **Kirstein**, ZInsO 2006, 966 ff. (967) (vgl. Fn. 21).

531) Die ersten prominenten Fällen waren in den Jahren 2004 und 2006 die deutschen Traditionsunternehmen *Deutsche Nickelwerke AG* und *Scheffacker*. Es folgten im Jahr 2010 *Tele Columbus*, *Rodenstock* und *Primacom*. Auch wenn die Anzahl der Fälle der Insolvenzflucht nach England überschaubar ist und sich die Entrüstung seit dem Inkrafttreten des MoMiG zum 1. November 2008 weitestgehend aufgelöst hat, greift die Einleitung des Gesetzesentwurfs zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), BT-Drs. 17/5712, 1, die Herstellung der Konkurrenzfähigkeit des Sanierungs- und Insolvenzstandorts Deutschland im europäischen Vergleich auf.

532) Dabei prägte **Hergenröder**, DZWIR 2009, 309 ff. den Begriff „*Insolvenztourismus*“. In der Praxis erfreut sich neben England auch Frankreich, speziell Elsass-Moselle (Départements Bas-Rhin, Haut-Rhin und Moselle), zur Entschuldung großer Beliebtheit. Zur Restschuldbefreiung in Frankreich vgl. BGH, Beschl. v. 18.9.2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 ff. (960 ff.).

533) U.a. **Vallender**, NZI 2007, 129 ff. (129); **Simon/Merkelbach**, NZG 2012, 121 ff. (121); **Kammel** in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz (2010), § 39 Rn. 16; **Laier**, GWR 2011, 319018. Dass die Insolvenzordnung von 1999 der frühzeitigen Sanierung insolvenzbedrohter Unternehmen viele Hindernisse bereitet und deshalb einige Unternehmen ihren Sitz nach England verlegen, hat auch der Gesetzgeber in BT-Drs. 17/5712, 1 erkannt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang BGH, Urt. v. 15.2.2012 – IV ZR 194/09, NJW 2012, 2113 ff. (2114 f.), das festlegt, dass ein Vergleichsplan nach englischem Gesellschaftsrecht (*Scheme of Arrangement*) kein nach § 343 InsO anzuerkennendes ausländisches Insolvenzverfahren darstellt. Ausführlich zur Betrachtung des Sanierungs- und Insolvenzstandorts Deutschland im europäischen Vergleich mit England **Hölzle**, KTS 2011, 291 ff.

534) **Andres/Grund**, NZI 2007, 137 ff. (138).

§ 5 Rechtsvergleich

A. Die Insolvenz in England

- 202** Die Unzufriedenheit der Gläubiger treibt diese auf den Weg, andere Rechtsordnungen aufzusuchen (sogenanntes *forum shopping*).⁵³⁵⁾ Manch internationales Insolvenzrechtssystem reizt mit so großen Vorteilen im Vergleich zur deutschen Insolvenzordnung vor der Reform durch das ESUG, dass die schuldnerischen Unternehmen selbst vor der Verschmelzung oder der Gründung einer Holding und dem damit verbundenen Aufwand nicht zurückschrecken. Befürchten auf der einen Seite die Gesellschafter und Geschäftsführer einer Haftung nach §§ 43, 64 GmbHG ausgesetzt zu sein, haben die Gläubiger auf der anderen Seite ein Interesse daran, dass das Insolvenzanfechtungsrecht nicht geltend gemacht wird.⁵³⁶⁾ Das Ziel ist es zumeist, unter der englischen Rechtsordnung eine Sanierung des Unternehmens zu erreichen. Sofern dieses Ziel nicht erreicht werden kann, besteht zumindest die Hoffnung, dass die Gläubiger höhere Quoten als im deutschen Insolvenzverfahren erreichen können.

I. Grundsätzliche Unterschiede des deutschen und des englischen Rechts

- 203** Nicht nur im Bereich des Insolvenzrechts unterschieden und unterscheiden sich das englische und das deutsche Recht. Vielmehr verfolgen beide Länder einen gänzlich verschiedenen Ansatz bei der Lösung rechtlicher Problemstellungen. Wird in Deutschland das Ziel verfolgt, durch ein geschlossenes und schlüssiges theoretisches Konzept für eine Vielzahl von verschiedenen Fällen eine allgemeingültige Formel zu entwickeln, basiert das englische Recht auf dem *common law*⁵³⁷⁾ und dem *case law*⁵³⁸⁾ und damit der Entwicklung des Rechts durch aufeinander aufbauende richterliche Rechtsprechung im Einzelfall. Auch wenn der deutsche Dogmatismus durchaus seine Berechtigung als Ausfluss der Gewaltenteilung hat, der einer richterlichen Willkür vorbeugen soll und somit eine höhere Rechtssicherheit gewährt,⁵³⁹⁾ so ist das englische Recht schon seinem Aufbau nach flexibler.
- 204** In dem System des *common law* sind die englischen Richter an die Präjudizien des eigenen Gerichts oder der höherrangigen Gerichte gebunden. Als Ausgleich wirkt hier

535) Zu dem Begriff des „*forum shopping*“ vertiefend **Reuß**, „Forum Shopping“ in der Insolvenz (2011), 6 ff.

536) Die Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung kompakt aufbereitet **Stapper/Jacobi**, NJ 2012, 221 ff. Zu Insolvenzanfechtungsgefahren jüngst **Fischer**, ZInsO 2013, 1917 ff. (1917 ff.). Sich für ein Stimmverbot für interessierte Gläubiger im Rahmen der Insolvenzanfechtung aussprechend **Wimmer**, ZIP 2013, 2038 ff. (2040 f.).

537) Zu übersetzen aus dem Englischen ins Deutsche als: „Gewohnheitsrecht“; zur Vertiefung **von Bernstorff**, Einführung in das englische Recht (2011), 3 ff.

538) Übersetzung aus dem Englischen ins Deutsche: „*Fallrecht*“.

539) Vgl. **Vogel**, NJW 1996, 1505 ff. (1505).

das Prinzip der *equity*.⁵⁴⁰⁾ Bevor demnach starre Präjudizien übernommen werden, ist die konkrete Entscheidung im Hinblick auf ihre Billigkeit zu untersuchen. Daneben ermöglicht das System des *case law* den Richtern eine starke Rechtsfortbildung. Das vom Gesetzgeber kodifizierte Recht spielt neben dem Richterrecht folglich eine untergeordnete Rolle. Durch den großen Freiraum, den das Richterrecht gewährt, erfolgt die fortlaufende Anpassung des Rechts an die Bedürfnisse der Praxis.

Im Unterschied zum englischen spielt im deutschen Recht das kodifizierte Recht die übergeordnete Rolle. Zwar findet man auch im deutschen Recht das Fallrecht im Sinne der richterlichen Rechtsfortbildung. Unter dieses Fallrecht fallen gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitute.⁵⁴¹⁾ Im Verhältnis zum englischen Fallrecht bildet das deutsche Fallrecht aber die Ausnahme statt die Regel. Der Insolvenzordnung ist auch, anders als im englischen Recht, eine Unterscheidung zwischen mehreren Insolvenzverfahren, abhängig vom jeweiligen Verfahrensziel, fremd. Auch wenn § 1 InsO verschiedene Ziele des deutschen Insolvenzverfahrens statuiert und diese verschiedenen Ziele auch unterschiedlichen Regelungen in der Insolvenzordnung unterliegen, handelt es sich nach dem gesetzgeberischen Willen jedoch stets um ein einheitliches Insolvenzverfahren.⁵⁴²⁾ Die Verfahrensbeteiligten bewegen sich in dem rechtlichen Rahmen der Insolvenzordnung. Dabei ist dem Insolvenzrichter eine dynamische Fortentwicklung des Gesetzes in Grenzen möglich. Die Insolvenzordnung ist hierbei zugleich Grund und Grenze für die Entscheidungen des Insolvenzrichters.⁵⁴³⁾ **205**

II. Verfahrensarten des englischen Insolvenzrechts

Wird der Fokus auf England gerichtet, so wird deutlich, dass das englische Insolvenzrecht flexibler, transparenter und voraussehbarer ist als das deutsche Insolvenzrecht. Die Flexibilität liegt schon in den Verfahrensarten begründet. Anders als in Deutschland fixiert sich das englische Insolvenzrecht nicht auf ein zentrales Insolvenzverfahren. In England stehen mehrere Verfahrenswege für die Sanierung und für die Liquidation offen. **206**

540) Übersetzung aus dem Englischen ins Deutsche: „Billigkeit“.

541) So z.B. die betriebliche Übung im Arbeitsrecht, die Sicherungsübereignung und -abtretung im Sachenrecht oder die Freigabe im Insolvenzrecht.

542) **Becker** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 1 Rn. 4. Anders war dies noch als es eine Konkurs- und Vergleichsordnung sowie in den neuen Ländern die Gesamtvollstreckungsordnung gab. Erst seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung wurde für die gesamte Bundesrepublik Deutschland ein einheitliches Insolvenzrecht geschaffen. Siehe dazu § 2 C.

543) So führt **Durner**, JA 2008, 7 ff. (11) aus, dass der Richter die Grenzen der Rechtsfortbildung überschreitet, wenn rechtspolitische Entscheidungen des Gesetzgebers korrigiert oder neue Rechtssätze, losgelöst von jeder gesetzlichen Grundlage, entwickelt werden.

1. Liquidation

a) Ablauf des Verfahrens

- 207** Als das häufigste Insolvenzverfahren, das in England durchgeführt wird, gilt die *liquidation*, auch *winding up* genannt.⁵⁴⁴⁾ Das Ziel der *liquidation* ist die Verwertung aller Vermögenswerte eines Unternehmens und die Verteilung des Erlöses an die Gläubiger.⁵⁴⁵⁾ Dabei werden zwei Hauptarten der *liquidation* unterschieden: Die *compulsory liquidation*, die gerichtlich angeordnete Zwangsabwicklung, und die *voluntary liquidation*, die freiwillige Abwicklung des Unternehmens.

aa) Compulsory liquidation

- 208** Durch einen Antrag, die *winding up petition*, wird das Verfahren der *compulsory liquidation* eingeleitet und durch Beschluss des Gerichts, die sogenannte *winding up order*, eröffnet.⁵⁴⁶⁾ Antragsberechtigt sind die Gesellschaft, die Geschäftsführer der Gesellschaft und jeder Gläubiger nach sec. 124 (1) Insolvency Act 1986. In der Praxis wird der Antrag zum Erlass einer *winding up order* zumeist von einem Gläubiger gestellt.⁵⁴⁷⁾ Der Grund für die Antragstellung ist zumeist die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens.⁵⁴⁸⁾ Nach dem Antrag auf Erlass des Gerichtsbeschlusses hat das Gericht die Möglichkeit, einen *provisional liquidator* gemäß sec. 135 Insolvency Act 1986 zu bestellen. Der Gerichtsbeschluss wirkt dabei auf den Zeitpunkt der Antragstellung zurück. Alle ab diesem Zeitpunkt vorgenommenen Verfügungen über das Vermögen der Gesellschaft sind unwirksam, wobei das Gericht hiervon Ausnahmen anordnen kann.⁵⁴⁹⁾ Verfahren gegen die Gesellschaft ohne Zustimmung des Gerichts sind nach Erlass der *winding up order* oder der Bestellung eines *provisional liquidator* unzulässig gemäß sec. 130 (2) Insolvency Act 1986. In der Praxis kommt es zumeist bei massearmen Verfahren, in denen die Gläubiger ohnehin kaum mit einer Quote rechnen können und daher den staatlichen Stellen die Abwicklung der Gesellschaft überlassen wollen, zu einer *compulsory liquidation*.⁵⁵⁰⁾ Im Ergebnis hat der *liquidator* das Gesellschaftsvermögen an die Gläubiger zu verteilen und die Gesellschaft aufzulösen.⁵⁵¹⁾

544) **Schlegel** in: MünchKomm InsO, Band 3 (2008), Anhang Länderbericht England und Wales Rn. 8.

545) **Köster**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 32.

546) **Rink**, Die Sicherheit von Grundpfandrechten in Deutschland und England (2006), 140.

547) Die Voraussetzungen einer *winding up order* sind in sec. 122 Insolvency Act 1986 geregelt.

548) So heißt es in sec. 122 (1) (f) Insolvency Act 1986: „*A company may be wound up by the court if the company is unable to pay its debts.*“.

549) **Fletcher**, The Law of Insolvency (2009), Rn. 26-004 ff.

550) **Köster**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 36.

551) Vgl. **Schillig** in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010), England und Wales Rn. 229.

bb) Voluntary liquidation

Anders als die *compulsory liquidation* wird die *voluntary liquidation* durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung eingeleitet. Der Beschluss erfordert eine Mehrheit von 75 %, auch wenn dieser für einen Antrag nach sec. 124 Insolvency Act 1986 in der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit gefasst werden kann.⁵⁵²⁾ In der Praxis können sich die Gesellschafter dem Willen der Gläubiger aber nur schwer entziehen. Die *voluntary liquidation* kann entweder als *members' voluntary liquidation* oder als *creditors' voluntary liquidation* durchgeführt werden. 209

(1) Members' voluntary liquidation

Die *members' voluntary liquidation* setzt eine *statutory declaration of solvency* durch die *directors* voraus, die beinhaltet, dass alle Gläubiger in voller Höhe, einschließlich der gesetzlichen Zinsen, innerhalb von zwölf Monaten nach Inkrafttreten des Abwicklungsbeschlusses befriedigt werden können.⁵⁵³⁾ Die *members' voluntary liquidation* ähnelt demnach einer Liquidation nach deutschem Gesellschaftsrecht, die die geregelte Abwicklung eines solventen Unternehmens zum Ziel hat. Es handelt sich folglich nicht um ein Insolvenzverfahren im eigentlichen Sinn. 210

(2) Creditors' voluntary liquidation

Sind die *directors* nicht in der Lage, die bei der *members' voluntary liquidation* genannte *declaration of solvency* abzugeben, kommt eine *members' voluntary liquidation* nicht in Betracht. Stellt sich hingegen die Insolvenz erst im Laufe der *members' voluntary liquidation* heraus, kommt es zu einer *creditors' voluntary liquidation*. Die Gesellschafter entscheiden sich unter diesen Umständen regelmäßig zu der Einleitung eines Insolvenzverfahrens. Zwar gibt es in England keine dem deutschen Recht vergleichbare Insolvenzantragspflicht. Die *directors* unterliegen aber durch das sogenannte *wrongful trading* einer persönlichen Haftung nach sec. 214 Insolvency Act 1986,⁵⁵⁴⁾ wenn sie wussten oder hätten wissen müssen, dass das Unternehmen insolvent ist und sie dennoch kein Insolvenzverfahren eingeleitet haben.⁵⁵⁵⁾ Wird der Gesellschafterbeschluss, der auch für die *creditors' voluntary liquidation* notwendig ist, verweigert, steht den Gläubigern, nach erfolglosem *statutory demand*, 211

552) *Schillig* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010), England und Wales Rn. 31.

553) Vgl. *Schlegel* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2008), Anhang Länderbericht England und Wales Rn. 10.

554) Seit der Einführung des *wrongful trading* im Jahr 1985 sind nur neun erfolgreiche Gerichtsurteile veröffentlicht worden, vgl. *Steffek*, NZI 2010, 589 ff. (589 f.); *Hölzle*, KTS 2011, 291 ff. (297).

555) Eingehend zu den Grundlagen des *wrongful tradings* *Habersack/Verse*, ZHS 168 (2004), 174 ff. (177 ff.).

der Weg offen, die *compulsory liquidation* bei Gericht zu beantragen.⁵⁵⁶⁾ Besteht der Verdacht der Gläubigerbenachteiligung oder des pflichtwidrigen Verhaltens der *directors*, ziehen die Gläubiger eine vom Gericht überwachte *compulsory liquidation* einer *voluntary liquidation* vor.⁵⁵⁷⁾ Bei der *creditors' voluntary liquidation* handelt es sich nicht um ein formelles Gerichtsverfahren, so dass weniger Kosten als durch eine *compulsory liquidation* entstehen und folglich bessere Ergebnisse zu erwarten sind.⁵⁵⁸⁾ Zu beachten ist, dass, abgesehen von den Kosten des Verfahrens und den sogenannten *preferential debts*,⁵⁵⁹⁾ bei einer *creditors' voluntary liquidation* alle Forderungen grundsätzlich gleichrangig befriedigt werden gemäß sec. 107 Insolvency Act 1986. Im Interesse einer optimalen Vermögensverwertung wird im Vorfeld der Antragstellung durch die Gläubiger auf die frühzeitige Einleitung einer *creditors' voluntary liquidation* hingewirkt und somit ein entsprechender Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeigeführt. Die *creditors' voluntary liquidation* ist das häufigste Insolvenzverfahren,⁵⁶⁰⁾ weist aber im Ergebnis die geringsten Gläubigerquoten auf.⁵⁶¹⁾

b) Die Auswahl und die Bestellung des liquidator

- 212** Im Rahmen der *liquidation* bestimmt sich das Amt des *liquidator* nach der Art der *liquidation*.⁵⁶²⁾ Handelt es sich um eine *compulsory liquidation*, wird mit Erlass der *winding up order* durch das Gericht automatisch der *official receiver* des Gerichts kraft seines Amtes zum *liquidator* des betreffenden Schuldners gemäß sec. 136 (1) Insolvency Act 1986 i.V.m. sec. 136 (2) Insolvency Act 1986. Bei einem *official receiver* handelt es sich nicht um einen freiberuflich tätigen *insolvency practitioner*, sondern der *official receiver* ist einem oder mehreren bestimmten Insolvenzgerichten zugeordnet und hat eine dem deutschen Beamten vergleichbare Stellung

556) **Perker**, Englisches Reorganisationsverfahren (1994), 18.

557) **Köster**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 35; **Perker**, Englisches Reorganisationsverfahren (1994), 18.

558) **Perker**, Englisches Reorganisationsverfahren (1994), 18.

559) U.a. Steuer- und Zolsschulden, Löhne und Gehälter der Arbeitnehmer und Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung.

560) Bezogen auf den Zeitraum von 1991 bis 2010 hatte die *creditors' voluntary liquidation* einen recht konstanten Anteil von 59 % an der Gesamtzahl registrierter Insolvenzverfahren laut **Steffek**, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2011), 182. Auch die abgedruckte Statistik des *Insolvency Service* in **Bork**, Sanierungsrecht in Deutschland und England (2011), Rn. 6.30, spiegelt wider, dass die *creditors' voluntary liquidation*, die in der Praxis häufigste Liquidationsvariante ist.

561) Nach **Steffek**, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2011), 190 betrug im Zeitraum vom 1.1.2001 bis zum 30.6.2002 die durchschnittliche Quote aller Gläubiger 10 %.

562) Die Bestellung und Auswechslung kompakt aufbereitet **Bork/Wiese**, Die Rechtsstellung des Insolvency Practitioner (2011), 74 ff.

inne.⁵⁶³⁾ Im Rahmen des Eröffnungsbeschlusses, der *winding up order*, wird damit keine gerichtliche Bestellungsentscheidung in Form der Auswahl zwischen mehreren Personen getroffen. Die Aufgabe des *liquidator* ist, die Gründe für das Scheitern des Unternehmens festzustellen und gegebenenfalls einen diesbezüglichen Bericht für das Gericht gemäß sec. 132 (1) Insolvency Act 1986 anzufertigen.

Dem deutschen vorläufigen Insolvenzverwalter entsprechend besteht in England 213 gemäß sec. 135 (1) Insolvency Act 1986 auch die Möglichkeit, im Rahmen der *compulsory liquidation* vor dem Eröffnungsbeschluss einen sogenannten *provisional liquidator* zu bestellen. Der *provisional liquidator* ist gemäß sec. 135 (2) Insolvency Act 1986 dabei entweder ein *official receiver* oder ein *insolvency practitioner*. In den Fällen der schnellen Sicherung des schuldnerischen Vermögens und insbesondere in den Fällen, in denen es später nicht zu einer *liquidation*, sondern zu einer Sanierung des schuldnerischen Unternehmens kommen soll, aber der Erlass einer *administration order* zur Eröffnung eines *administration*-Verfahrens nicht möglich oder gewollt ist, ist die Bestellung des *provisional liquidator* angezeigt.⁵⁶⁴⁾

Ein weiterer Weg im Rahmen der *compulsory liquidation* ist die Auswahl des *li-* 214 *iquidator* im *creditors' meeting*. Danach kann der *official receiver* in einer Frist von zwölf Wochen nach Erlass der *winding up order* eine Gläubigerversammlung einberufen, um eine Abstimmung darüber herbeizuführen, ob an seiner Stelle ein privater *liquidator*, und damit ein *insolvency practitioner*, ernannt werden soll gemäß sec. 136 (4), (5) (a) Insolvency Act 1986. Fordern 25 % der Gläubiger die Einberufung der Gläubigerversammlung, ist der *official receiver* zur Einberufung gemäß sec. 136 (5) (c) Insolvency Act 1986 verpflichtet. In der Praxis wird der *official receiver* zumeist in den Fällen ersetzt, in denen noch Maßnahmen zur Vermögensverwertung und -verteilung durch den *liquidator* durchgeführt werden müssen.⁵⁶⁵⁾ Tritt der Fall ein, dass die Gläubigerversammlung einberufen wird, hat der *official receiver* daneben auch eine Gesellschafterversammlung nach sec. 136 (4) Insolvency Act 1986 einzuberufen. In der Gläubigerversammlung und der Gesellschafterversammlung wird über die Person des *liquidator* abgestimmt gemäß sec. 139 (1), (2) Insolvency Act 1986. Ist in der Gesellschafterversammlung eine andere Person als in der Gläubigerversammlung nominiert worden, wird nach sec. 139 (3) Insolvency Act 1986 die nominierte Person aus der Gläubigerversammlung zum *liquidator* bestellt. Dabei gilt die Auswahlentscheidung der Gläubiger als Bestellungsakt, ohne dass eine gerichtliche Beteiligung erfolgt. Die Gläubiger oder die Gesellschafter haben jedoch die Möglichkeit, die Bestellungsentscheidung mit einem Antrag bei

563) *Mezzetti* in: Jahn/Sahm, Insolvenzen in Europa (2004), 89 ff. (96) bezeichnet den *official receiver* als Regierungsbeauftragten.

564) *Köster*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 72 f.

565) *Koppmann*, Gedeckte Schuldverschreibungen in Deutschland und Großbritannien (2009), 402.

Gericht innerhalb von sieben Tagen nach der Bestellung des Nominierten als *liquidator* anzugreifen und den in der Gesellschafterversammlung ausgewählten Kandidaten oder eine andere Person als *liquidator* zu bestellen gemäß sec. 139 (4) Insolvency Act 1986.

- 215** Alternativ zur Gläubiger- und Gesellschafterversammlung kann auch der *Secretary of State* im Rahmen einer *compulsory liquidation* den *liquidator* nach sec. 137 (1) Insolvency Act 1986 bestellen, soweit der *official receiver* dies beantragt hat. Der *official receiver* beantragt dies, soweit er der Meinung ist, dass ein privater *insolvency practitioner* die Verwaltung übernehmen sollte.⁵⁶⁶⁾ Der *Secretary of State* hat aber keine Pflicht, einen *liquidator* trotz Beantragung durch den *official receiver* zu bestellen. Hat der *official receiver* die Gläubiger- und die Gesellschafterversammlung einberufen, kann eine Auswahl des *liquidator* durch den *Secretary of State* nicht mehr erfolgen.⁵⁶⁷⁾ Nur wenn weder die Gesellschafter- noch die Gläubigerversammlung einen *liquidator* bestellt, lebt das Recht zur Antragstellung beim *Secretary of State* durch den *official receiver* gemäß sec. 137 (2) Insolvency Act 1986 wieder auf.
- 216** Letztlich ist auch die Bestellung des *liquidator* durch das Gericht möglich. Dieser Fall tritt gemäß sec. 140 (1) Insolvency Act 1986 dann ein, wenn sich das schuldenrische Unternehmen in der *administration* als nicht sanierungsfähig erweist und folglich abgewickelt werden soll und somit der Insolvenzantrag mit dem Antrag auf Aufhebung (*discharge*) der *administration order* verbunden wird. Das Gericht hat gemäß sec. 140 (1) Insolvency Act 1986 aber dabei keine Auswahlentscheidung hinsichtlich des *liquidator* zu treffen, da das Gesetz festlegt, dass der bisher tätige *administrator* zum *liquidator* zu bestellen ist. Auch bei einem gescheiterten *Company Voluntary Arrangement (CVA)* und einem daraufhin gestellten Insolvenzantrag ist der bisher tätige *supervisor* gemäß sec. 140 (2) Insolvency Act 1986 zum *liquidator* zu bestellen. Nach sec. 140 (3) Insolvency Act 1986 wird in den Fällen der Insolvenzantragstellung bei Gericht und der Bestellung des *liquidator* der *official receiver* nicht automatisch zum *liquidator* und es wird auch keine Gesellschafter- und Gläubigerversammlung einberufen.
- 217** Neben der *compulsory liquidation* besteht auch die Möglichkeit einer *creditors' voluntary liquidation*. Diese wird durch einen Abwicklungsbeschluss der Gesellschafterversammlung eingeleitet. In der Gesellschafterversammlung muss aber noch kein *liquidator* benannt werden. Wird kein *liquidator* benannt, ist die Folge gemäß sec. 114 Insolvency Act 1986, dass die Befugnisse der *directors* des Unternehmens in dem Zeitraum bis zur Gläubigerversammlung und damit 14 Tage nach dem Abwicklungsbeschluss, sehr stark eingeschränkt sind und dadurch die Handlungsfä-

566) *Sealy/Milman*, Annotated Guide to the Insolvency Legislation 2009/2010, Volume 1 (2009), 141.

567) *Sealy/Milman*, Annotated Guide to the Insolvency Legislation 2009/2010, Volume 1 (2009), 141.

higkeit des Unternehmens stark bedroht ist. In der Praxis wird durch die Gesellschaft deshalb in ihrer Versammlung bereits ein *liquidator* bestellt. Die Einberufung der Gläubigerversammlung ist den Gläubigern spätestens sieben Tage vor der Versammlung in Form einer sogenannten *notice of creditors' meeting* postalisch zuzustellen gemäß sec. 98 (1) (b) Insolvency Act 1986. Die *notice of creditors' meeting* beinhaltet den Namen und die Adresse eines *qualified insolvency practitioners*, der die Aufgabe hat, den Gläubigern bis spätestens zum vorletzten Tag vor der Gläubigerversammlung kostenlos die notwendigen Informationen über das Unternehmen gemäß sec. 98 (2) (a) Insolvency Act 1986 zukommen zu lassen. In der Regel handelt es sich bei dem *insolvency practitioner* um den bereits durch die Gesellschaft bestellten *liquidator*. In der Gläubigerversammlung haben die Gläubiger gemäß sec. 100 (1) Insolvency Act 1986 die Möglichkeit, einen eigenen Kandidaten als *liquidator* zu wählen oder den von den Gesellschaftern benannten *insolvency practitioner* in seinem Amt zu bestätigen. Nach sec. 100 (2) Insolvency Act 1986 ist bei keiner Übereinstimmung der Kandidaten der Gesellschafter und der Gläubiger der Kandidat der Gläubiger zu bestellen. Zu beachten ist, dass in der Gläubigerversammlung das Stimmrecht der Gläubiger auch durch Dritte ausgeübt werden kann, soweit die Dritten über eine gültige Stimmrechtsvollmacht verfügen gemäß 4.63 (1) Insolvency Rules 1986.⁵⁶⁸ Damit die Gläubiger an der Abstimmung teilnehmen können, müssen sie nach 4.67, 4.70 Insolvency Rules 1986 bei dem *chairman*⁵⁶⁹ der Gläubigerversammlung eine sogenannte *proof of debt* einreichen, aus der sich ihre Forderung ergibt. Der *chairman* entscheidet gemäß 4.70 (1) Insolvency Rules 1986 über die Anerkennung der Richtigkeit des *proof of debt*, wobei der *chairman* auch die Möglichkeit hat, die Forderung des Gläubigers nur teilweise zurückzuweisen. Die gesicherten Gläubiger werden bei der Abstimmung nur mit der Höhe der Differenz zwischen ihrer Forderung und dem voraussichtlich zu erwartenden Verwertungserlös aus ihrer Sicherheit gemäß 4.67 (4) Insolvency Rules 1986 berücksichtigt. Der *chairman* hat bei Zweifel über die Richtigkeit eines *proof of debt* nach 4.70 (3) Insolvency Rules 1986 die Möglichkeit, die Teilnahme des Gläubigers unter dem Vorbehalt der späteren Ungültigkeit der abgegebenen Stimme zuzulassen. Zum Nachweis der Bestellung erhält der *liquidator* von dem *chairman* eine „*certification of appointment*“ gemäß 4.101, 4.105 Insolvency Rules 1986. Da das Recht der Gesellschafter- und Gläubigerversammlung, einen *liquidator* zu benennen, ein originäres Recht zur Bestellung ist, scheidet ein gerichtlicher Bestellungsakt aus. Die Gläubigerversammlung trägt bei der *creditors' voluntary liquidation* die Entscheidungsmacht, da sie entweder den von der Gesellschaft benannten *insolvency practitioner* in seinem Amt bestätigt oder einen anderen Kandidaten als *liquidator* bestellt.

568) *Sealy/Milman*, Annotated Guide to the Insolvency Legislation 2009/2010, Volume 1 (2009), 845.

569) Die *directors* bestimmen den *chairman* nach sec. 99 (1) (c) Insolvency Act 1986 aus ihrem Kreis.

c) Die Vorteile

- 218** Der *liquidator* hat die Pflicht, die Gesellschaft abzuwickeln und die Gläubiger entsprechend den bestehenden Rechten zu befriedigen.⁵⁷⁰⁾ Daneben bestehen auch Treuepflichten des *liquidator* im Verhältnis zur abzuwickelnden Gesellschaft.⁵⁷¹⁾ Grundsätzlich steht der *liquidator* immer unter Zeitdruck, da er zu einer möglichst raschen Abwicklung angehalten ist. Durch die beschleunigte Abwicklung wird der Zeitwert der Gläubigeransprüche geschützt. Hervorzuheben ist, dass die Gläubiger während des ganzen Verfahrens gut informiert werden. Die Altgläubiger werden über ihre finanzielle Lage während und vor der Gläubigerversammlung unterrichtet gemäß sec. 98 (1) (b), (c), (2), 99, 105 (2), 106 (1) Insolvency Act 1986 und den Neugläubigern wird durch registerrechtliche Publizität und öffentliche Bekanntmachung die Kenntnisnahme ermöglicht gemäß sec. 85, 89 (3), 106 (3), 109 Insolvency Act 1986. Die Gläubigerautonomie findet ihre Geltung durch das Stimmrecht in der Gläubigerversammlung, die Auswahl und die Bestellung des *liquidator* und der eingeschränkt gerichtlichen Aufsicht.⁵⁷²⁾

2. Vergleichs- und Sanierungsverfahren

- 219** Neben der *liquidation* stellt das englische Recht noch Vergleichs- und Sanierungsverfahren bereit. Das Ziel ist hierbei nicht die Auflösung der Gesellschaft, sondern die Erhaltung des Geschäftsbetriebs. Dabei gibt es einen vielfältigen Katalog mit gerichtlichen und außergerichtlichen Instrumentarien.
- 220** Die einzelnen Verfahren sind teilweise kombinierbar und können während des Verfahrensablaufs unterbrochen und gegeneinander ausgetauscht werden.

a) Vergleichsverfahren

aa) Company Voluntary Arrangement (CVA)

- 221** Genauso wie die *administration* dient das *CVA* auch als ein Sanierungsverfahren. Es ermöglicht dem schuldnerischen Unternehmen während einer Krise, außerhalb der materiellen Insolvenz, Sanierungsschritte rechtzeitig zu ergreifen.⁵⁷³⁾ Das Ziel des *CVA* ist die Sanierung des Unternehmens außerhalb eines formellen Insolvenzverfahrens,⁵⁷⁴⁾ so dass die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Unternehmen

570) *Finch*, Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles (2009), 534.

571) *Finch*, Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles (2009), 535.

572) Zur eingeschränkt gerichtlichen Aufsicht im Rahmen der creditors' voluntary liquidation *Finch*, Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles (2009), 532.

573) *Vallender*, NZI 2007, 129 ff. (133).

574) *Bork*, Sanierungsrecht in Deutschland und England (2011), Rn. 6.5; *Vallender*, NZI 2007, 129 ff. (133).

und seinen Gläubigern ohne das Insolvenzgericht zustande kommt. Jedoch steht die vertragliche Vereinbarung unter einer begrenzten Aufsicht des Gerichts.⁵⁷⁵⁾

(1) Ablauf des Verfahrens

Das *CVA*-Verfahren kann nur durch den Geschäftsführer der Gesellschaft, den *administrator* oder den *liquidator*, gemäß sec. 1 (1), (3) Insolvency Act 1986 eingeleitet werden.⁵⁷⁶⁾ Dabei kann das *CVA* völlig eigenständig oder in Verbindung mit anderen Insolvenzverfahren (regelmäßig mit einem *administration*-Verfahren) durchgeführt werden.⁵⁷⁷⁾ Auch das *CVA*-Verfahren spielt sich in erster Linie außerhalb des Gerichts ab und bietet große Gestaltungsräume für die Gläubiger, deren Autonomie dadurch erheblich gestärkt wird. Ebenso wie das *administration*-Verfahren, ähnelt auch das *CVA*-Verfahren dem deutschen Insolvenzplanverfahren, da die Beteiligten ein Moratorium, Ratenzahlungen, die Zuführung neuen Kapitals etc. vereinbaren können.⁵⁷⁸⁾ Hervorzuheben ist dabei insbesondere die Möglichkeit, der Umwandlung von Forderungen in Gesellschaftskapital (*Debt Equity Swap*) auf der Basis des Sanierungsplans, dem sogenannten *proposal*.⁵⁷⁹⁾ Der *proposal* dient dabei als Grundlage für das gesamte Sanierungsverfahren. Dieser gilt als angenommen, wenn entweder die Gläubiger- und die Gesellschafterversammlung dem Vorschlag zustimmen oder nur die Gläubigerversammlung zustimmt.⁵⁸⁰⁾ Ein Blockadepotential von Gläubigern ist zu verneinen, da *arrangements* mit einer Dreiviertel-Summenmehrheit der abstimmenden Gläubiger gemäß sec. 1.19 (2) Insolvency Rules 1986 in Kraft gesetzt werden können. Besonders an diesem *CVA*-Verfahren ist, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, für zumindest 28 Tage einen Schutz vor Vollstreckungen der Gläubiger zu erlangen.⁵⁸¹⁾ Hierbei kommt der gesetzgeberische Zweck der Aufrechterhaltung der Handlungsfähigkeit des Unternehmens zum Ausdruck. Die praktische Bedeutung des *CVA* wird dadurch verringert, dass die Rechtsposition gesicherter und vorrangig zu bedienender Gläubiger gegen den Willen der betreffenden Gläubiger gemäß sec. 4 (3), (4) Insolvency Act 1986 nicht beeinträchtigt werden darf.⁵⁸²⁾

222

575) **Köster**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 46.

576) **Windsor/Müller-Seils/Burg**, NZI 2007, 7 ff. (8).

577) **Schillig** in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010), England und Wales Rn. 277.

578) Vgl. **Andres/Grund**, NZI 2007, 137 ff. (138).

579) **Vallender**, NZI 2007, 129 ff. (133).

580) **Windsor/Müller-Seils/Burg**, NZI 2007, 7 ff. (10).

581) **Andres/Grund**, NZI 2007, 137 ff. (139); **Bork**, Sanierungsrecht in Deutschland und England (2011), Rn. 6.7 führt dabei an, dass die Einreichung des *proposal* nur bei kleineren Gesellschaften nach para. 3 (2) (a) Sch. A1 Insolvency Act 1986 i.V.m. sec. 382 (3) Companies Act 2006 und nur auf dessen Antrag, zu einem Moratorium führt.

582) **Eidenmüller**, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz (1999), 588.

- 223 Der Verfahrensablauf des *CVA* wird durch einen sogenannten *nominee* begleitet. Der *nominee* hat die Aufgabe, die Versammlung der Gesellschafter und der Gläubiger, bei der über das vorgeschlagene *CVA* entschieden wird, vorzubereiten und einzuberufen. Mit dem Wirksamwerden des *CVA* wird der *nominee* zum *supervisor* gemäß sec. 7 (2) Insolvency Act 1986 i.V.m. para. 39 (2) Sch. A 1 Insolvency Act 1986. Der *supervisor* hat die Aufgaben der Aufsicht über die Durchführung der durch das *CVA* beschlossenen Maßnahmen und der Erstellung eines Abschlussberichts.⁵⁸³⁾

(2) Die Auswahl und die Bestellung des *nominee* und des *supervisor*

- 224 Die Auswahl und die Bestellung des *nominee* und des *supervisor* hängt von der Art der Verfahrenseinleitung ab. Schlagen die *directors* des schuldnerischen Unternehmens einen *CVA* vor, ist in dem *proposal* eine Person zu benennen, die als *nominee* die Einleitung des Verfahrens überwachen soll.⁵⁸⁴⁾ Damit erfolgt die Auswahl des *nominee* allein durch die *directors*. Im Vorfeld eines *CVA* nehmen die *directors* in der Praxis einen *insolvency practitioner* zur Hilfe und beauftragen ihn einerseits mit der Prüfung der Erfolgsaussichten und andererseits, soweit die Prüfung der Erfolgsaussichten positiv ausfällt, mit der Ausarbeitung des *CVA*.⁵⁸⁵⁾ An den *nominee* wird ein *document setting out the terms of the proposed voluntary arrangement*, in dem die *directors* die Einzelheiten der Durchführung des *CVA* niedergelegt haben,⁵⁸⁶⁾ und ein *statement of affairs* weitergeleitet.⁵⁸⁷⁾ Nachdem der *nominee* die Dokumente erhalten hat, muss er auf dieser Grundlage in einer Frist von 28 Tagen dem Gericht gegenüber Bericht erstatten, ob die Durchführung des *CVA* in der vorgeschlagenen Weise erfolgversprechend und infolgedessen eine Gesellschafter- und eine Gläubigerversammlung einzuberufen ist, um über das *CVA* abzustimmen.⁵⁸⁸⁾ Wie auch schon bei der *administration*, so wird auch im Rahmen des *CVA* in der Praxis ein *insolvency practitioner* für die Ausarbeitung der Dokumente von den *directors*, denen das erforderliche juristische Wissen zumeist fehlt, herangezogen. Der *insolvency practitioner* wird in der Regel zum späteren *nominee* bestellt.⁵⁸⁹⁾ Im Rahmen der Gesellschafter- und Gläubigerversammlung kann der *nominee* ausgewechselt werden. Durch

583) *Schlegel* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2008), Anhang Länderbericht England und Wales Rn. 29.

584) *Köster*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 85.

585) *Bailey*, Voluntary Arrangements (2003), 53 f.

586) *Köster*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 85.

587) *Andres/Grund*, NZI 2007, 137 ff. (139); *Windsor/Müller-Seils/Burg*, NZI 2007, 7 ff. (8).

588) *Köster*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 85 f.

589) *Köster*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 86.

die Auswechslung des *nominee* kommt es zu einer Modifikation des vorgeschlagenen *CVA*, da die Person des *nominee* als Bestandteil des *CVA* angesehen wird. Auch über die Modifikation muss innerhalb der Gesellschafter- und Gläubigerversammlung Einigkeit erzielt werden.⁵⁹⁰⁾ Ist dies nicht der Fall, tritt das *CVA* nicht in Kraft. Nach der Verabschiedung des *CVA* und des im Amt bestätigten oder neu gewählten *nominee* wird die Person des *nominee* automatisch zum *supervisor*.⁵⁹¹⁾ Bei dem *nominee* und dem *supervisor* muss es sich nicht um einen *qualified insolvency practitioner* handeln.⁵⁹²⁾

Wird das Verfahren durch einen *administrator* oder einen *liquidator* eingeleitet, da sich das schuldnerische Unternehmen in *liquidation* oder in *administration* befindet, wird der *CVA* in der Praxis zumeist während eines laufenden Insolvenzverfahrens durchgeführt.⁵⁹³⁾ Da in diesem Fall ein *insolvency practitioner* bereits als *liquidator* oder als *administrator* bestellt ist, kann dieser selbst als *nominee* auftreten oder eine andere Person beauftragen, die Aufgaben des *nominee* zu erfüllen.⁵⁹⁴⁾ Grundsätzlich ist auch bei dieser Art der Verfahrenseröffnung dem Gericht darüber Bericht zu erstatten, ob die Durchführung eines *CVA* im konkreten Fall erfolversprechend und auf Grund dessen die Gesellschafter- und Gläubigerversammlung einzuberufen ist, um über den *CVA* abzustimmen. Die Berichterstattung gegenüber dem Gericht entfällt jedoch, wenn der *liquidator* oder der *administrator* selbst als *nominee* handelt.⁵⁹⁵⁾ Demzufolge kann der *nominee* nach der Ausarbeitung des *proposal* direkt die Gesellschafter- und Gläubigerversammlung einberufen, um über das *CVA* abstimmen zu lassen.

225

(3) Die Vorteile

Der größte Vorteil, den das *CVA*-Verfahren mit sich bringt, ist die Flexibilität des Verfahrens.⁵⁹⁶⁾ Da der *proposal* die Grundlage der Verfahrensführung darstellt, muss er von Anfang an alle möglichen Problemfelder beinhalten. An den Sanierungsplan

226

590) Sec. 4 (1) 4A Insolvency Act 1986, erfassen, dass nur die *CVA*'s in Kraft treten, die in der Gläubiger- und der Gesellschafterversammlung entweder ohne oder mit gleichlautenden *modifications* verabschiedet wurden.

591) *Schlegel* in: MünchKommInsO, Band 3 (2008), Anhang Länderbericht England und Wales Rn. 5.

592) Dieses Erfordernis ist mit der Reform des *CVA* durch den Insolvency Act 2000 weggefallen. Der Grund ist, dass so die Sanierung kleinerer Unternehmen kostengünstiger und einfacher zu gestalten ist, *Bailey*, Voluntary Arrangements (2003), 5.

593) *Bork*, Sanierungsrecht in Deutschland und England (2011), Rn. 6.8.

594) *Köster*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 87.

595) *Windsor/Müller-Seils/Burg*, NZI 2007, 7 ff. (8).

596) Vgl. *Schilling* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010), England und Wales Rn. 184, der darauf abstellt, dass das Insolvenzrecht einen rechtlichen Rahmen bereitstellen müsse, „der grundsätzlich respektiert und befolgt wird, aber andererseits flexibel genug ist, um sich den veränderlichen Bedingungen der modernen Welt anzupassen.“

sind damit hohe Anforderungen zu stellen, die auch ein Risiko in sich bergen.⁵⁹⁷⁾ Intensiv geschützt werden im Rahmen des *CVA*-Verfahrens die Gläubigerinteressen. Die Gläubiger erhalten frühzeitig gesellschaftsinterne Informationen, die ihnen effektiven Selbstschutz bieten.⁵⁹⁸⁾ Daneben ermöglicht den Gläubigern die Stimm-berechtigung in der Gläubigerversammlung eine hohe Mitbestimmung. Hierbei gilt die Schwelle von 75 %, um die Gläubigerminderheit zu schützen.⁵⁹⁹⁾ Zwar wird das *CVA*-Verfahren in der Praxis nicht sehr oft eingeleitet, da die Geschäftsführer häufig zögern.⁶⁰⁰⁾ Im Verhältnis zu anderen Verfahren ist bei dem *CVA*-Verfahren aber eine recht hohe Befriedigungsquote zu erwarten. Ein weiterer Vorteil ist, dass das Gericht nur minimal in das *CVA*-Verfahren involviert ist. Allein die Gläubiger und, in begrenztem Umfang die Gesellschafter, steuern die Sanierung. Dies ist der gravierendste Unterschied zum deutschen Recht, da in Deutschland die Insolvenzgerichte vom Anfang bis zum Ende an dem Insolvenzverfahren beteiligt sind.⁶⁰¹⁾ Neben der Flexibilität und der hohen Gläubigerautonomie ist ein großer Vorteil die hohe Befriedigungsquote der Gläubiger. Zudem ist ein weiterer Vorteil, dass die Kenntnis aller Gläubiger von der tatsächlichen Durchführung des *CVA*-Verfahrens keine Voraussetzung für die Bindung aller Gläubiger ist.⁶⁰²⁾

bb) Scheme of Arrangement

- 227** Das *Scheme of Arrangement* dient als ein Verfahren der Unternehmenssanierung. In der Praxis wird es häufiger bei großen Kapitalgesellschaften genutzt.⁶⁰³⁾ Charakteristisch für das *Scheme of Arrangement* ist nicht nur die Sanierung notleidender Unternehmen, sondern auch die Restrukturierung außerhalb der Krise.⁶⁰⁴⁾ Nach sec. 895 (1) Companies Act 2006 hat eine Gesellschaft die Möglichkeit, mit ihren Gläubigern und/oder ihren Gesellschaftern einen Vergleich oder eine sonstige Einigung zu schließen. Dabei kann auch eine Reorganisation des Gesellschaftskapitals vereinbart werden.

597) *Vallender*, NZI 2007, 129 ff. (134).

598) *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2011), 132.

599) *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2011), 132.

600) Nach Angaben der Insolvenzstatistik des *Insolvency Service*, Annual Report 2010 (2011), 6, ist die Zahl der *CVA*'s in den Jahren 2000–2010 von 557 auf 969 Verfahren pro Jahr und die Zahl der *liquidations* von 14317 auf 19468 Verfahren pro Jahr gestiegen.

601) Einzig und allein bei einem außergerichtlichen Vergleich sind die Insolvenzgerichte in Deutschland nicht beteiligt.

602) *Ehricke/Köster/Müller-Seils*, NZI 2003, 409 ff. (410); *Schlegel* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2008), Anhang Länderbericht England und Wales Rn. 28.

603) *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2011), 133.

604) *Chudzick*, Schemes of Arrangements mit Gläubigern nach englischem Kapitalgesellschaftsrecht (2007), 35.

(1) Ablauf des Verfahrens

Das Verfahren beginnt mit einem Antrag an das Gericht durch die Gesellschaft, einen Gesellschafter oder einen Gläubiger, sowie den *administrator* beziehungsweise *liquidator*, soweit sich die Gesellschaft gemäß sec. 896 (2) Companies Act 2006 in *administration* oder *liquidation* befindet. Das Begehren ist nach sec. 896 (1) Companies Act 2006 dabei darauf gerichtet, die entsprechende Gesellschafter- und Gläubigerversammlung einzuberufen. Möglich ist ein Verzicht auf die Einberufung der Gesellschafter, soweit ihre Rechte nicht nachteilig betroffen sind.⁶⁰⁵⁾ Auch auf die Beteiligung einzelner Gläubigergruppen kann dann verzichtet werden, wenn die relevanten Gläubigerrechte durch das *Scheme of Arrangement* nicht betroffen werden oder die Gläubigergruppe wirtschaftlich nicht mehr an dem schuldnerischen Unternehmen beteiligt ist, so dass eine Veränderung ihrer Rechte keinen wirtschaftlichen Nachteil zur Folge hat.⁶⁰⁶⁾ Es steht dabei im Ermessen des Gerichts, die Gesellschafter- und Gläubigerversammlung einzuberufen. Der Antragsteller hat dabei die Einteilung der Gläubiger in Klassen vorzunehmen. Dabei sind insbesondere die jeweils bestehenden Rechte der Gläubiger und der Gesellschaft und die Beeinträchtigung dieser Rechte durch das vorgeschlagene *Scheme of Arrangement* maßgeblich.⁶⁰⁷⁾ Erforderlich ist eine 50 %-Mehrheit nach Köpfen und eine 75 %-Mehrheit nach der Forderungssumme in jeder einzelnen Gesellschafter- und Gläubigerklasse.⁶⁰⁸⁾ Dabei kommt es auf die anwesenden und abstimmenden Mitglieder der jeweiligen Klasse an. Danach ist eine Bestätigung des angenommenen *Scheme of Arrangement* durch das Gericht notwendig, das prüft, ob alle Klassen nicht unfair behandelt und die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind.⁶⁰⁹⁾ Nachdem das Gericht diese Bestätigung abgegeben hat und eine Kopie der Entscheidung beim *Registrar of Companies* eingegangen ist, wird das *Scheme of Arrangement* wirksam und bindet ab diesem Zeitpunkt alle Gläubiger und Gesellschafter, sowie die Gesellschaft.⁶¹⁰⁾ Auch wenn das *Scheme of Arrangement* selbst kein Moratorium vorsieht,⁶¹¹⁾ so kann dies dadurch erreicht werden, dass ein *administration*-Verfahren eingeleitet wird.⁶¹²⁾

605) *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2011), 134.

606) *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2011), 134.

607) *Schillig* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010), England und Wales Rn. 288.

608) *Gebler*, NZI 2010, 665 ff. (668).

609) *Gebler*, NZI 2010, 665 ff. (668).

610) *Schillig* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010), England und Wales Rn. 289; *Perker*, Englisches Reorganisationsverfahren (1994), 20.

611) *Gebler*, NZI 2010, 665 ff. (668).

612) *Schillig* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010), England und Wales Rn. 290.

- 229 Aus dem Verfahrensablauf ergibt sich, dass im Rahmen des *Scheme of Arrangements* kein (vorläufiger) Verwalter bestellt wird.

(2) Die Vorteile

- 230 Für das *Scheme of Arrangement* ist keine Insolvenz notwendig, da es kein Insolvenzverfahren, sondern ein Instrument zur frühzeitigen Sanierung darstellt.⁶¹³⁾ Vorteilhaft ist auch, dass keine Entmachtung des Unternehmers stattfindet.⁶¹⁴⁾ In der Praxis erweist sich das *Scheme of Arrangement* als flexible und effiziente Methode zur Umsetzung von Sanierungen für Unternehmen außerhalb der Insolvenz.⁶¹⁵⁾ Das *Scheme of Arrangement* kommt insbesondere dann in Betracht, wenn eine einstimmige Lösung nicht herbeigeführt werden kann, aber die Sanierung von der Mehrheit der Gläubiger und Gesellschafter befürwortet wird.⁶¹⁶⁾ Das Blockadepotential von opportunistischen Gläubigern kann so eingedämmt werden. Vorteilhaft ist auch, dass die Geschäftsführung nicht abgesetzt oder entmachtet wird oder es zu einem insolvenztypischen Moratorium kommt, wenn das *Scheme of Arrangement* außerhalb der Insolvenz des Unternehmens durchgeführt wird.⁶¹⁷⁾ Ferner beweist sich das *Scheme of Arrangement* als sehr flexibel, da Gegenstand des Verfahrens nahezu jede Vereinbarung der Gesellschaft mit ihren Gläubigern oder Gesellschaftern sein kann.⁶¹⁸⁾

cc) Administration

- 231 Die *administration* ist ein Sanierungsverfahren und primär darauf gerichtet, das Unternehmen dauerhaft oder zumindest vorübergehend zu erhalten, um die Verwertung zu optimieren.⁶¹⁹⁾ Sie spielt sich im Wesentlichen außerhalb des Gerichts ab.⁶²⁰⁾ Dadurch haben die Gläubiger weite Gestaltungsfreiheiten. Im Verhältnis zum deutschen Insolvenzplanverfahren ist der Gestaltungsrahmen viel größer. Charakteristisch für die *administration* ist somit, dass die Gläubiger über eine große Autonomie verfügen.

(1) Ablauf des Verfahrens

- 232 Nach dem *Enterprise Act 2002* stehen drei verschiedene Varianten zur Verfahrenseröffnung im Rahmen der *administration* zur Verfügung. Es kann ein Antrag bei

613) **Bormann**, NZI 2011, 892 ff. (895).

614) **Bormann**, NZI 2011, 892 ff. (895).

615) Beispiele für eine Sanierung nach dem *Scheme of Arrangement* für international operierende deutsche Unternehmen sind *Tele Columbus* und *Rodenstock*.

616) **Laier**, GWR 2011, 319018.

617) **Paulus**, ZIP 2011, 1077 ff. (1078); **Eidenmüller/Frobenius**, WM 2011, 1210 ff. (1211).

618) **Paulus**, ZIP 2011, 1077 ff. (1078), der beispielhaft einen Forderungs(teil)verzicht, eine Sicherheitaufgabe, einen Debt Equity Swap oder eine Unternehmensübertragung aufführt.

619) **Schlegel** in: MünchKomm InsO, Band 3 (2008), Anhang Länderbericht England und Wales Rn. 21 ff.

620) **Andres/Grund**, NZI 2007, 137 ff. (138).

Gericht eingereicht werden, der Erlass einer *administration order* erfolgen oder das Verfahren ohne Gerichtsbeschluss eröffnet werden.⁶²¹⁾ Die letztgenannte Variante, die sogenannte „*non-court route into administration*“, ⁶²²⁾ kann entweder durch die schuldnerische Gesellschaft beziehungsweise deren *directors* oder vom Inhaber einer *qualifying floating charge* eingeleitet werden.⁶²³⁾ Durch die Verfahrenseröffnung tritt eine Prolongation in Kraft, die verhindert, dass die Gläubiger ihre Sicherheiten realisieren und die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware wieder in Besitz nehmen.⁶²⁴⁾ Daneben kann auch kein Liquidationsverfahren eröffnet werden.

Das Verfahren begleitet der *administrator*. Der *administrator* hat eine ähnliche rechtliche Stellung wie der deutsche (vorläufige) Insolvenzverwalter, da auch er allen Verfahrensbeteiligten gegenüber zur Neutralität verpflichtet ist.⁶²⁵⁾ Er hat den Gläubigern einen Plan mit den Verfahrenszielen vorzulegen, über den diese abstimmen. Die *administration* ähnelt demnach dem deutschen Insolvenzplanverfahren.⁶²⁶⁾ Bei einem positiven Abstimmungsergebnis hat der *administrator* das Verfahren nach dem Plan auszurichten. Das Amt des *administrator*, und damit auch das *administration*-Verfahren, endet automatisch nach Ablauf eines Jahres nach Verfahrensbeginn.⁶²⁷⁾ Die Gläubigerversammlung muss bis zu diesem Zeitpunkt den Vorschlägen des *administrator* zugestimmt haben und die Beschlüsse müssen entsprechend umgesetzt worden sein. **233**

Das *administration*-Verfahren verfolgt drei Verfahrensziele. Das vorrangige Verfahrensziel ist die Rettung der Gesellschaft und des Unternehmens als laufender Geschäftsbetrieb nach para. 3 (1) (a) Sch. B1 Insolvency Act 1986. Um dieses Ziel zu erreichen, strebt die *administration* eine Vergleichslösung mit den Gläubigern an. Dabei stehen dem *administrator* insbesondere zwei Instrumente zur Verfügung: Das *CVA* oder das *Scheme of Arrangement*.⁶²⁸⁾ Das sekundäre Ziel ist die vorteil- **234**

621) *Vallender*, NZI 2007, 129 ff. (133).

622) *Ehricke/Köster/Müller-Seils*, NZI 2003, 409 ff. (413 f.).

623) *Ehricke/Köster/Müller-Seils*, NZI 2003, 409 ff. (413 f.).

624) *Köster*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 45.

625) *Ehricke/Köster/Müller-Seils*, NZI 2003, 409 ff. (415).

626) So auch *Andres/Grund*, NZI 2007, 137 ff. (138).

627) *Schillig* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010), England und Wales Rn. 121. Daneben besteht noch die Beendigung wegen Scheiterns der Zustimmung zum *proposal*, die Beendigung durch *court order* auf Antrag des *administrator*, die *out of court*-Beendigung bei Erreichen des Verfahrenszwecks, die Beendigung durch Überführung in eine *creditors' voluntary liquidation*, die Beendigung durch Auflösung der Gesellschaft, die Beendigung wegen der erfolgreichen Anfechtung eines Gläubigers, die Beendigung wegen missbräuchlicher Verfahrenseröffnung und die Beendigung im öffentlichen Interesse, dazu ausführlich *Müller-Seils*, Rescue Culture und Unternehmenssanierung in England und Wales nach dem Enterprise Act 2002 (2006), 114 ff.

628) *Köster*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 43 f.

hafte Verwertung des schuldnerischen Vermögens im Wege der *liquidation* der Gesellschaft nach para. 3 (1) (b) Sch. B1 Insolvency Act 1986. Auf der dritten Stufe ist gemäß para. 3 (1) (c) Sch. B1 Insolvency Act 1986 die Verwertung des schuldnerischen Vermögens zur Befriedigung der gesicherten und vorrangigen Gläubiger angesiedelt. Der Gesetzgeber hat mit diesem Stufenverhältnis eine Entscheidung für die Sanierung und gegen die Liquidation getroffen, an die sich der *administrator* orientieren muss gemäß para. 3 (3), (4) Sch. B1 Insolvency Act 1986.

(2) Die Auswahl und die Bestellung des *administrator*

- 235** Die Auswahl des *administrator* richtet sich nach der Art der Verfahrenseröffnung. Wie dargestellt stehen dabei drei verschiedene Möglichkeiten zur Verfahrenseröffnung offen.
- 236** Erfolgt die Verfahrenseröffnung durch das Gericht, so ernennt das Gericht in dem Eröffnungsbeschluss, der sogenannten *administration order*, auch den *administrator*.⁶²⁹⁾ Daneben sind die Gläubiger, die Inhaber einer *qualifying floating charge* sind, zu informieren, da diese die Möglichkeit haben, einen *administrator* auszuwählen und einzusetzen.⁶³⁰⁾ Machen sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, wählt das Gericht den *administrator* aus. In der Praxis ist es jedoch zumeist der Fall, dass das Gericht den *insolvency practitioner* auswählt, der bei der Antragstellung auf Eröffnung der *administration* vorgeschlagen wurde.⁶³¹⁾ Dem Antrag ist eine eidesstattliche Erklärung mit einem Bericht beizulegen, in der die Gründe für den Antrag dargelegt werden.⁶³²⁾
- 237** Erfolgt die Verfahrenseröffnung durch den Inhaber einer *qualifying floating charge*, ist dieser befugt, den *administrator* auszuwählen und einzusetzen.⁶³³⁾ Der Inhaber einer *qualifying floating charge* muss dabei nach para. 15 (1) (a), (2) Sch. B1 Insolvency Act 1986 allen anderen Inhabern einer *qualifying floating charge* eine zweitägige Frist einräumen, in der diese die Möglichkeit haben, einen anderen *administrator* zu benennen. Nach der Einigung unter den Inhabern einer *qualifying floating charge* muss der ausgewählte *administrator* eine Erklärung einreichen, die sein Einverständnis mit der Bestellung, sowie eine Stellungnahme, dass eines der Ziele des *administration*-Verfahrens erreicht werden kann, umfasst.⁶³⁴⁾ Damit liegt

629) *Schillig* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010), England und Wales Rn. 120.

630) *Ehricke/Köster/Müller-Seils*, NZI 2003, 409 ff. (414).

631) *Köster*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts (2005), 80.

632) *Schillig* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010), England und Wales Rn. 43.

633) *Schlegel* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2008), Anhang Länderbericht England und Wales Rn. 27.

634) *Ehricke/Köster/Müller-Seils*, NZI 2003, 409 ff. (414).

die Entscheidung über die Person des *administrator* allein bei den verfahrenseinleitenden Gläubigern. Einflussmöglichkeiten des Gerichts oder anderer Gläubiger bestehen daneben nicht.

Wird das Verfahren durch die Gesellschaft oder ihre *directors* eröffnet, muss allen 238 Inhabern einer *qualifying floating charge* mit einer sogenannten *notice of intention to appoint* gemäß para. 26 bis 28 Sch. B1 Insolvency Act 1986 angezeigt werden, dass die Bestellung eines *administrator* beabsichtigt wird.⁶³⁵⁾ Dies dient dem Schutz der Gläubiger. Die Verfahrenseröffnung durch die Gesellschaft oder ihrer *directors* darf nur erfolgen, wenn innerhalb der zwölf vorangegangenen Monate weder ein *administration*-Verfahren auf Grund eines Antrags der Gesellschaft oder der Geschäftsleitung bei Gericht oder aber ohne Gerichtsbeschluss eröffnet, noch ein *CVA* innerhalb dieser Zeitspanne beendet wurde.⁶³⁶⁾ Nach der *notice of intention to appoint* sind die Inhaber der *qualifying floating charge* innerhalb einer Frist von fünf Tagen berechtigt, ein *administration*-Verfahren einzuleiten. Auch dem Gericht ist die *notice of intention to appoint* zuzuleiten. Durch die Zuleitung an das Gericht beginnt ein zehntätiges *interim moratorium*, bis zu dessen Ablauf das Gericht, vorbehaltlich der Bestellung eines *administrator* durch den Inhaber einer *qualifying floating charge* innerhalb der fünftägigen Frist, die endgültige Bestellung eines *administrator* mit einer sogenannten *notice of appointment* angezeigt werden muss gemäß para. 29 bis 30 Sch. B1 Insolvency Act 1986. Der *notice of appointment* muss nach para. 29 (3) Sch. B1 Insolvency Act 1986 sowohl eine Einverständniserklärung des *administrator*, als auch eine Stellungnahme, die beinhaltet, dass eines der gesetzlich vorgesehenen Verfahrensziele erreicht werden kann, beigefügt werden. Folglich treffen die Gesellschafter oder die *directors* die Entscheidung über die Person des *administrator*. Eine Einflussmöglichkeit des Gerichts besteht wiederum nicht.

(3) Die Vorteile

Der größte Vorteil des *administration*-Verfahrens ist die Schnelligkeit des Verfahrens 239 und damit die verkürzte Dauer bis zur Restschuldbefreiung. Dass das *administration*-Verfahren eine die Gläubiger bindende Sanierung auch ohne die Beteiligung des Insolvenzgerichts vorsieht, ist ein wichtiger Faktor. Die Einleitung der *administration* ohne das Gericht hat den Vorteil, dass derjenige, der das Verfahren eingeleitet hat, die Person des *administrator* selbst auswählen kann. Die Verfahrenseröffnung ohne das Gericht oder die Verfahrenseröffnung durch einen Inhaber einer *qualifying floating charge* und folglich die frühzeitige Verfahrenseröffnung liefert die Möglichkeit zum Erhalt eines Großteils der Masse. Die *administration* bietet sich neben der Sanierung auch für das Verfahren der Banken und Finanzdienstleister an, die Inhaber einer *qualifying floating charge* sind, da sie so den *administrator* auswählen

635) Ehricke/Köster/Müller-Seils, NZI 2003, 409 ff. (415).

636) Ehricke/Köster/Müller-Seils, NZI 2003, 409 ff. (414 f.).

können. In diesem Rahmen dient die *administration* jedoch nicht der Sanierung, sondern vielmehr als Durchgangsstation für die anschließende Abwicklung in einer *creditors' voluntary liquidation*.⁶³⁷⁾ Durch das Ziel der Maximierung der Gesamtbefriedigungsquote breitet die *administration* die gläubigerschützende Wirkung aus. Verstärkt wird der Gläubigerschutz noch durch die Kontrollrechte und die Bindungswirkung der Beschlüsse der Gläubigerversammlung.⁶³⁸⁾ Eine Besonderheit ist, dass das Verfahren auch eingeleitet werden kann, wenn eine wahrscheinliche Überschuldung erst in Zukunft vorliegen wird. Dies dient dem Zweck, dass das Insolvenzverfahren auch gegen den Willen der *directors* und Gesellschafter eingeleitet werden kann.⁶³⁹⁾ Folglich ist die *administration* das einzige, allen Gläubigern zum Schutz dienende Verfahren, das schon vor Eintritt der materiellen Insolvenzreife eingeleitet werden kann. In der Praxis erfolgt eine Antragstellung vor dem Eintritt der materiellen Insolvenzreife aber nur selten, da der Antragsteller die 50 % übersteigende Insolvenzwahrscheinlichkeit substantiell beweisen muss.⁶⁴⁰⁾

- 240** Letztlich ist festzuhalten, dass die *administration* als Instrument zur frühzeitigen Sanierung des Unternehmens bei gleichzeitiger Maximierung der Insolvenzmasse dient. Dabei leitet der *administrator* das Verfahren im Interesse aller Gläubiger und fördert die Sanierung und den Verkauf des Unternehmens als „*going concern*“. Als besonderes Sicherungsmittel ist die *qualifying floating charge* hervorzuheben, die die Besicherung von Vermögensgegenständen, die nur schwer durch andere Sicherheiten erfasst werden können,⁶⁴¹⁾ zulässt und in der Praxis deshalb, insbesondere für Banken, attraktiv ist.

dd) Administrative receivership

- 241** Die *administrative receivership* ist durch den *Enterprise Act 2002* faktisch abgeschafft worden, so dass dieses Verfahren vorliegend nur kurz aufgegriffen wird. In sec. 72A (1) *Insolvency Act 1986* ist seit dem *Enterprise Act 2002* geregelt, dass ein Inhaber einer *qualifying floating charge* nicht berechtigt ist, einen *administrative receiver* zu bestellen. Dabei gilt eine *floating charge* dann als „*qualifying*“ gemäß para. 14 (2) Sch. B 1 *Insolvency Act 1986*, wenn sie den Inhaber berechtigt, einen *administrator* oder *administrative receiver* zu ernennen oder ausdrücklich auf die entsprechenden Vorschriften des *Enterprise Act 2002* Bezug nimmt. Das hat zur Folge, dass der überwiegende Teil der *floating charges* in England nicht

637) *Goode*, Principles of Corporate Insolvency Law (2011), Rn. 11 – 13.

638) *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2011), 166.

639) *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2011), 172 f.

640) *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2011), 178 f.

641) So zum Beispiel Forderungen und Umlaufvermögen.

den im *Enterprise Act 2002* enthaltenen Ausnahmeregelungen unterfällt. Im Ergebnis bedeutet dies eine faktische Abschaffung der *administrative receivership*.⁶⁴²⁾

Die *administrative receivership* ist die unternehmensführende Zwangsverwaltung und liegt bei der Verwertung einer Sicherheit am ganzen Unternehmen im Wege der Einzelzwangsvollstreckung zugunsten des gesicherten Gläubigers vor. Die bestehende dingliche Sicherheit am ganzen Unternehmen bewirkt, dass die ungesicherten Gläubiger ihre Rechte nicht mehr gegen das Vermögen der Gesellschaft durchsetzen können. Folglich besteht ein Vollstreckungsverbot, das dem Vollstreckungsverbot bei der gerichtlichen Liquidation ähnelt.⁶⁴³⁾ Eine *administrative receivership* liegt nur dann vor, wenn die Einsetzung des Zwangsverwalters durch den Sicherungsnehmer erfolgt, sich die Verwaltung auf das (im Wesentlichen) ganze Vermögen der Gesellschaft erstreckt und die Sicherung zumindest teilweise auf einer *qualifying floating charge* beruht.⁶⁴⁴⁾ Im Rahmen der *administrative receivership* wird ein *administrative receiver*, der unternehmensführende Zwangsverwalter, bestellt. Nach sec. 29 (2) (a) *Insolvency Act 1986* wird der *administrative receiver* als Zwangsverwalter oder Manager des (im Wesentlichen) ganzen Vermögens der Gesellschaft definiert. Der *administrative receiver* wird durch oder für einen Sicherungsnehmer bestellt, dessen Sicherheit als *qualifying floating charge* bestellt wurde oder dessen Sicherheit, neben anderen Sicherheiten, eine *qualifying floating charge* enthält. Der Sicherungsnehmer kann einen *administrative receiver* aber nur dann einsetzen, wenn dies im Sicherungsvertrag vorgesehen ist.⁶⁴⁵⁾

Schon vor dem Inkrafttreten des *Enterprise Act 2002* hat sich abgezeichnet, dass die zu der Bestellung eines *administrative receiver* berechtigten Sicherungsnehmer die *administration* bevorzugen. Ob die Reform durch den *Enterprise Act 2002* dazu führt, dass der Weg der *administration* weiter an Attraktivität gewinnt, bleibt abzuwarten.⁶⁴⁶⁾ Zu erwarten ist jedoch, dass die Ernennung der *administrative receiver* in den nächsten Jahren zurückgehen wird.⁶⁴⁷⁾ Diese Annahme wird durch die Statistik des *Insolvency Service* bestätigt, da die Zahl der Verfahren der *administrative receivership* in den Jahren 2000 bis 2010 von 1595 auf 1309 Verfahren pro Jahr gesunken ist.⁶⁴⁸⁾

642) *Milman*, *Insolvency Lawyer* 2002, 119 ff. (119); *Tribe*, *Company Lawyer* 2002, 60 f. (60 f.); *Ehrliche/Köster/Müller-Seils*, *NZI* 2003, 409 ff. (411).

643) *Schillig* in: *Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa* (2010), England und Wales Rn. 522.

644) *Goode*, *Commercial Law* (1995), 863.

645) *Goode*, *Commercial Law* (1995), 864.

646) Dazu *Hannigan*, *Company Law* (2009), Rn. 23 – 121.

647) Vgl. *Fletcher*, *EBOR* 2004, 119 ff. (151).

648) *Insolvency Service*, *Annual Report* 2010 (2011), 6.

3. Zwischenergebnis

- 244** Das englische Recht bietet durch die verschiedenen Verfahrensarten viele unterschiedliche Möglichkeiten, mit der Insolvenz umzugehen. Neben der *liquidation* stehen hierbei vor allem die Vergleichs- und Sanierungsverfahren im Vordergrund. Als attraktivstes Verfahren ist das *Scheme of Arrangement* zu nennen. In der Praxis erweist es sich oft als schwierig, eine Vielzahl von Gläubigern hinter eine von der Mehrheit getragene Sanierung zu vereinigen. Die besondere Attraktivität liegt darin, dass dissentierende Gläubiger kraft Mehrheitsentscheidung gebunden werden können. Eine solche Möglichkeit kennt das deutsche Recht bislang nur für das Insolvenzplanverfahren (§§ 243 ff. InsO) und für die Restrukturierung von Schuldverschreibungen nach § 5 SchVG oder von systemrelevanten Kreditinstituten gemäß § 19 KredReorgG. Insbesondere für Unternehmen mit einer komplexen Kapitalstruktur ist das *Scheme of Arrangement* hilfreich, um schon vor der Insolvenz eine Sanierung durchzusetzen.⁶⁴⁹⁾
- 245** Anders als das deutsche Recht hat das englische Recht keine den §§ 56, 56a InsO vergleichbare Regelung. Das Auswahlverfahren orientiert sich vielmehr an den jeweiligen Verfahrensarten. Nach dem englischen Recht ist die Auswahl des (vorläufigen) Verwalters durch die Gläubigerversammlung die Regel und die Auswahl durch das Gericht die Ausnahme. In England unterliegt die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Verwalters damit der Autonomie der Gläubiger. Der signifikanteste Unterschied zwischen dem englischen und dem deutschen Recht bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Verwalters ist folglich die unterschiedlich stark ausgeprägte Rolle des Gerichts und der Gläubiger.
- 246** Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Verwalters ist in allen Verfahrensarten unterschiedlich. Im Rahmen der *compulsory liquidation* erfolgt keine Bestellung des *official receiver* durch eine gerichtliche Ermessensentscheidung, sondern der *official receiver* erlangt als Gerichtsbeamter von Amts wegen die Stellung des *liquidator*. Eine Auswechslung der Position des *liquidator* kann aber durch einen Antrag des *official receivers* bei dem *Secretary of State* oder durch die Gläubiger, die ein diesbezügliches Verlangen mit 25 % der Forderungssumme nachweisen müssen, herbeigeführt werden. Danach wird der *official receiver* durch einen privaten *insolvency practitioner* ausgewechselt. Das Gericht wird nur dann in die Bestellung des privaten *insolvency practitioner* einbezogen, wenn der *compulsory liquidation* die Aufhebung einer *administration* oder eines *CVA* vorangegangen ist. Ist das der Fall, ist das Gericht gesetzlich verpflichtet und hat keine Auswahlentscheidung, den vorher in dem gescheiterten Verfahren bereits tätigen (vorläufigen) Verwalter

649) Dies zeigt insbesondere der Fall *Rodenstock*, vgl. *Bork*, IILR 2012, 477 ff. (478). Daneben hat als deutsches Unternehmen auch *Tele Columbus* das *Scheme of Arrangement* erfolgreich genutzt, vgl. *Eidenmüller/Frobenius*, WM 2011, 1210 ff. (1211); *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 ff. (121).

zu bestellen. Im Rahmen der *administration* bestellt die Gesellschaft oder bestellen die Inhaber einer *qualifying floating charge* den *administrator*. Nur wenn beide Verfahrensbeteiligte von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen, leitet das Gericht das Verfahren ein und bestellt einen *administrator*. Im Fall der *creditors' voluntary liquidation* und des *CVA* liegt die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Verwalters ausschließlich in den Händen der Gläubiger, ohne jegliche Beteiligung des Gerichts. Im Rahmen des *Scheme of Arrangement* wird hingegen kein (vorläufiger) Verwalter bestellt. Das deutsche Recht sieht im Gegensatz dazu keine Möglichkeit vor, den (vorläufigen) Insolvenzverwalter oder (vorläufigen) Sachwalter ohne Mitwirkung des Insolvenzgerichts zu bestellen.

In der Praxis hat das Lizenzierungs- und Bestellungsverfahren dazu geführt, dass vor allem darauf spezialisierte Steuer- und Finanzberater die Funktion des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wahrnehmen⁶⁵⁰⁾ und die fünf großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften den Markt der Insolvenzverwaltung beherrschen,⁶⁵¹⁾ so dass die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters teilweise fraglich ist. Das englische Insolvenzrecht ist daher im Ergebnis durch die Vorteile, die es bietet, sehr attraktiv. Insbesondere die hohe Flexibilität, die Schnelligkeit, die niedrigen Kosten und die Rechte, die es für die Gläubiger und die Gesellschafter schafft, sind für den Insolvenzstandort England vorzugswürdig. In England herrscht des Weiteren eine hohe Professionalität der Insolvenzgerichte und (vorläufigen) Insolvenzverwalter, da mehr Fälle pro Kopf bearbeitet werden. Ein Vorteil ist hierbei, dass die englischen Verwalter und Gerichte nach anderen Vorgaben bezahlt werden, denn der Wert der Arbeit korreliert nicht mit dem Gegenstandswert.⁶⁵²⁾ Letztlich ist auch die Marktakzeptanz in England höher als in Deutschland.⁶⁵³⁾ 247

B. Die Insolvenz in den U.S.A.

Neben England rückt im Rahmen des Rechtsvergleichs auch die U.S.A. in den Vordergrund. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der *U.S.-amerikanische Bankruptcy Code* ein Vorbild für die deutsche Insolvenzordnung aus dem Jahr 1999 ist. Insbe- 248

650) Dies stellt auch der Abschlussbericht der **Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“** zur 73. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. bis 12. Juni 2002 in Weimar (2002), Probleme der praktischen Anwendungen und Schwachstellen des Regelinsolvenzverfahrens, 48, fest.

651) **Henke**, Effektivität der Kontrollmechanismen gegenüber dem Unternehmensinsolvenzverwalter (2009), 132.

652) **Von Bismarck**, Partner bei Linklaters, Interview am 23.5.2013.

653) **Von Bismarck**, Partner bei Linklaters, Interview am 23.5.2013.

sondere für die Vorschriften des Insolvenzplanverfahrens⁶⁵⁴⁾ dienten die Regelungen des in *Chapter 11* kodifizierten Reorganisationsverfahrens als Vorbild.⁶⁵⁵⁾

I. Die Struktur des Bankruptcy Code

- 249** Im Jahr 1978 trat ein neues Insolvenzrecht in den U.S.A. unter dem Namen „*Bankruptcy Code*“ in Kraft. Der *Bankruptcy Code* gliedert sich in *Chapter*.⁶⁵⁶⁾ Dieser richtet sich auf verschiedene rechtliche und tatsächliche Rechtssubjekte aus, für die jeweils unterschiedliche Regelungen geschaffen wurden.

II. Das Chapter 11-Verfahren

1. Ablauf des Verfahrens

- 250** Ein Reorganisationsverfahren nach *Chapter 11* setzt kein eröffnetes Insolvenzverfahren voraus. Bei dem *Chapter 11*-Verfahren handelt es sich vielmehr um ein eigenständiges Verfahren, das durch den Schuldner oder die Gläubiger gemäß 11 U.S.C. §§ 301, 303 beantragt werden kann. Mit dem Antrag auf Insolvenzeröffnung wird der Schuldner zum *debtor in possession*, das heißt, der Schuldner verwaltet sein Vermögen in Eigenverwaltung fort, soweit das Gericht keinen *trustee* einsetzt.⁶⁵⁷⁾ Die Ernennung eines *trustee* entspricht nicht dem Regelfall.⁶⁵⁸⁾ Bleibt der Schuldner im Besitz der Masse, kann das Gericht einen Prüfer (*Examiner*) nach 11 U.S.C. § 1104 (c), der die finanzielle Lage des Schuldners sowie eventuelle Vorwürfe der Misswirtschaft untersucht, bestellen.⁶⁵⁹⁾ Der Schuldner hat innerhalb von 120 Tagen

654) Dies gilt für den darstellenden Teil des Insolvenzplans (vgl. §§ 219, 220 InsO), die Vorschriften über die Gruppenbildung und die gruppenweise Abstimmung über einen vorgelegten Plan (vgl. §§ 222, 226, 243, 244 InsO), das Obstruktionsverbot und seine Voraussetzungen (§ 245 InsO) oder den Minderheitenschutz (vgl. § 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO), sowie die Möglichkeit der Eigenverwaltung durch den Schuldner (§§ 270 ff. InsO).

655) U.a. **Habscheid**, Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland (1998), 388. Der Gesetzgeber weist in BT-Drs. 12/2443, 195 für die Vorschriften über die Gruppenbildung und in BT-Drs. 12/2443, 205 ff. für die Vorschriften im Hinblick auf das Obstruktionsverbot darauf hin, dass das Recht der U.S.A. als Vorbild dient.

656) Allgemeine Regelungen: *Chapter 1* (General Provisions), *Chapter 3* (Case Administration) und *Chapter 5* (Creditors, Debtors and the Estate); Insolvenzverfahren: *Chapter 7* (Liquidation), *Chapter 9* (Adjustment of Debts of a Municipality), *Chapter 11* (Reorganisation), *Chapter 12* (Adjustment of Debts of a Family Farmer with Regular Annual Income) and *Chapter 13* (Adjustment of Debts of an Individual with Regular Income). *Chapter 15* (Ancillary and other Cross-Border Cases) erfasst das U.S.-amerikanische internationale Insolvenzrecht.

657) Vgl. **Lüer/Streit** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), Vorb. §§ 217–269 Rn. 9.

658) **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), Vorb. §§ 270 bis 285 Rn. 3; **Hay**, US-Amerikanisches Recht (2011), Rn. 625.

659) Vgl. **Grauke/Youdelman**, MünchKomm InsO, Band 3 (2008), Anhang Länderbericht Vereinigte Staaten von Amerika Rn. 13.

nach Verfahrensbeginn⁶⁶⁰) das exklusive Recht, einen Reorganisationsplan und ein *disclosure statement* bei Gericht einzureichen. Das *disclosure statement* dient der Information der Gläubiger über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens und soll ihnen ermöglichen, sich ein Urteil über die Chancen einer Sanierung nach Maßgabe der Vorschläge des Reorganisationsplans zu bilden. Nach einer gesonderten Anhörung muss das *disclosure statement* vom Gericht formal genehmigt werden. Der Reorganisationsplan kann ohne die Genehmigung des *disclosure statement* durch das Gericht weder angenommen noch verworfen werden.⁶⁶¹ Die Gläubiger sind im Reorganisationsplan in Gruppen einzuteilen. Dabei wird zwischen gesicherten und ungesicherten Forderungen unterschieden. Für jede unterschiedliche Art von Forderung ist dabei eine eigene Gruppe zu bilden.⁶⁶² Der Reorganisationsplan erfasst auch, wie die verschiedenen Forderungen der unterschiedlichen Gruppen behandelt werden sollen. Am Anfang des Verfahrens wird ein Gläubigerausschuss (*committee of creditors*) gebildet, der die Forderungen ungesicherter Gläubiger repräsentiert gemäß 11 U.S.C. § 1102 (a) (1). Anders als im deutschen Recht wählen nicht die Gläubiger selbst den Gläubigerausschuss, sondern der Gläubigerausschuss wird von dem sogenannten *United States trustee*, einem staatlichen Beamten, bestellt.⁶⁶³ In der Praxis sind regelmäßig die Gläubiger der sieben größten ungesicherten Forderungen nach 11 U.S.C. § 1102 (b) (2) Mitglieder des Gläubigerausschusses. Die Auswahl der Gläubiger unterliegt dabei der Kontrolle des Gerichts.⁶⁶⁴ Der Reorganisationsplan bedarf der Zustimmung der Gläubiger, deren Rechte durch den Reorganisationsplan berührt werden. Dabei hat der Schuldner 180 Tage Zeit, die Zustimmung zu seinem Plan zu erreichen. Das Gericht hat die Möglichkeit, diese Frist zu verlängern oder zu verkürzen. In der Praxis wird diese Frist häufig verlängert.⁶⁶⁵ Der Schuldner verliert das Exklusivrecht, einen Reorganisationsplan auszuarbeiten und einzureichen, wenn er den Reorganisationsplan nicht innerhalb von 120 Tagen einreicht und nicht innerhalb von 180 Tagen die Zustimmung zu seinem Plan erreicht oder ein Treuhänder bestellt wurde.⁶⁶⁶ Ist das der Fall, so haben auch die Gläubiger oder der Treuhänder nach 11 U.S.C. § 1121 (c) die Möglichkeit, einen Reorganisationsplan auszuarbeiten und einzureichen. Derjenige, der den Reorganisationsplan beim Gericht einreicht, hat bis zu diesem Zeitpunkt das Recht, diesen zu ändern, um die Annahme des Plans gemäß 11 U.S.C. § 1127 (a) zu erreichen. Am Ende prüft das Gericht, ob der Plan mit den Anforderungen des *Bankruptcy Code* übereinstimmt, ob er durchführbar (*feasible*) und ob das Unternehmen nicht in naher

660) Diese Frist kann nach 11 U.S.C. § 1121 (d) vom Gericht verlängert oder verkürzt werden.

661) **Lüer/Streit** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), Vorb. zu §§ 217–269 Rn. 9.

662) Vgl. **Gebler**, NZI 2010, 665 ff. (667).

663) **Lüer/Streit** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), Vorb. zu §§ 217–269 Rn. 9.

664) **Lüer/Streit** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), Vorb. zu §§ 217–269 Rn. 9.

665) **Braun/Uhlenbruck**, Unternehmensinsolvenz (1997), 496.

666) **Lüer/Streit** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), Vorb. zu §§ 217–269 Rn. 10.

Zukunft wieder sanierungsbedürftig sein wird.⁶⁶⁷⁾ Liegen die Voraussetzungen des 11 U.S.C. § 1129 vor, hat das Gericht den Plan zu bestätigen.⁶⁶⁸⁾ Die Bestätigung des Plans hat zur Folge, dass der Schuldner von allen Verbindlichkeiten befreit wird, die vor der Planbestätigung bestanden haben. Gegen die Bestätigung des Plans kann eine sogenannte *objection* bei Gericht durch jede betroffene Partei eingelegt werden.⁶⁶⁹⁾ Das Gericht kann in einer Frist von 180 Tagen die Rücknahme der Bestätigung des Reorganisationsplans nach 11 U.S.C. § 1144 aussprechen. Letztlich beendet das Gericht das Verfahren, soweit es aus seiner Sicht alle erforderlichen Anordnungen und Entscheidungen getroffen hat, durch einen Aufhebungsbeschluss, den sogenannten *final decree*.⁶⁷⁰⁾

2. Die Auswahl und die Bestellung des trustee

- 251** Im U.S.-amerikanischen Recht ist es nicht die Regel, sondern die Ausnahme, einen Sachwalter im Sanierungsrecht einzusetzen.⁶⁷¹⁾ Die Verfahrensbeteiligten haben die Möglichkeit, bei Vorliegen von betrügerischem Handeln, Unehrllichkeit, Inkompetenz oder grobem Missmanagement nach 11 U.S.C. § 1104 (a) (1) einen *trustee* einzusetzen. Der *trustee* kann aber auch eingesetzt werden, wenn dies im Interesse aller Verfahrensbeteiligten ist gemäß 11 U.S.C. § 1104 (c). Die Aufgaben des *trustee* sind in 11 U.S.C. § 1106 (a) geregelt. Der *trustee* nimmt die Stellung des Schuldners ein und verwaltet sein Vermögen.⁶⁷²⁾ Seine Aufgaben umfassen unter anderem die Geschäftsführung, die Berichterstattung an das Gericht und die Ausarbeitung des Reorganisationsplans. Der *trustee* vereint dabei den (vorläufigen) Sachwalter und die Geschäftsführung in einer Person. Im Vergleich zum deutschen Insolvenzrecht entspricht dies dem Sanierungsinstrument des Insolvenzplans mit einem (vorläufigen) Insolvenzverwalter. Nach 11 U.S.C. § 1105 kann der *trustee* jederzeit durch das Gericht entlassen werden. Ist das der Fall, hat das Gericht nach 11 U.S.C. § 1108 die Möglichkeit, dem Schuldner die Weiterführung des Geschäfts zu untersagen und einen weiteren *trustee* einzusetzen oder das Verfahren nach *Chapter 7 (Liquidation)* anzuordnen.

3. Die Vorteile

- 252** Besonders hervorzuheben ist im Rahmen des *Chapter 11*-Verfahrens der weitreichende Gläubigerschutz. Nach 11 U.S.C. § 362 tritt ein umfassendes Vollstree-

667) *Herzig*, Das Insolvenzplanverfahren (2001), 32 f.

668) *Terhart*, Chapter 11 Bankruptcy Code: Eine Alternative für Deutschland? (1996), 137.

669) *Lüer/Streit* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), Vorb. zu §§ 217–269 Rn. 10.

670) *Hergenröder/Gotzen*, DZWIR 2010, 273 ff. (276); *Lüer/Streit* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), Vorb. zu §§ 217–269 Rn. 10.

671) So auch *Maus*, DStR 2002, 1104 ff. (1107); *Haas* in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 86 Rn. 11; *Smid*, WM 1998, 2489 ff. (2506); *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz (1997), 500.

672) *Weil, Gotshal & Manges LLP*, Reorganizing Failing Businesses, Volume I (2006), 6–2.

ckungsverbot in Kraft, das die reibungslose Geschäftsfortführung ermöglichen soll. Der sogenannte *automatic stay* führt zur sofortigen Untersagung aller tatsächlichen und rechtlichen Handlungen, die die Insolvenzmasse berühren.⁶⁷³⁾ Dabei wird das inländische und das ausländische Vermögen des Schuldners erfasst.⁶⁷⁴⁾ Im Ergebnis bedeutet das, dass gegen die in das *Chapter 11*-Verfahren einbezogenen deutschen Gesellschaften in den U.S.A. keine Ansprüche mehr geltend gemacht werden können. Eine Rechtsverfolgung vor deutschen Gerichten bleibt jedoch unberührt.⁶⁷⁵⁾

Der Vorteil des *Chapter 11*-Verfahrens ist zudem, dass es zur Antragstellung nicht erforderlich ist, dass der Schuldner insolvent ist.⁶⁷⁶⁾ Somit kann man ein Verfahren nach *Chapter 11* insbesondere auch dann stellen, wenn man nicht zahlungsunfähig oder nicht überschuldet ist. Da das Reorganisationsverfahren nicht von dem Zuspruch aller Gläubiger, sondern vielmehr von der Beachtung sachlicher Kriterien abhängt, kann objektiv auf unterschiedliche wirtschaftliche Situationen reagiert werden und so das Verfahrensziel flexibel an die konkrete Situation angepasst werden.⁶⁷⁷⁾ **253**

III. Zwischenergebnis

Chapter 11 ist vor allem schuldnerfreundlich. Dies wird deutlich bei den Möglichkeiten zur Einleitung des Verfahrens und den Verfahrenszielbestimmungen, bei den Verfahrensfolgen und bei der großzügigen Restschuldbefreiung. Beantragt der Schuldner das Reorganisationsverfahren, muss er den Zweck der Reorganisation des Unternehmens weder vortragen noch glaubhaft machen. Nach der Beantragung des Reorganisationsverfahrens hat der Schuldner 120 Tage Zeit, ohne dass die Gläubiger befugt sind, ihre Forderungen zwangsweise gegen den Schuldner geltend zu machen. Der Schuldner soll die Möglichkeit haben, ohne jeden Vollstreckungsdruck einen Sanierungsplan zu erarbeiten und mit den Gläubigern zu verhandeln. Nur in den seltensten Fällen wird ein *trustee* bestellt. **254**

Auf der anderen Seite genießen auch die Gläubiger großen Schutz im Rahmen des *Chapter 11*-Verfahrens. Der Schuldner hat die Pflicht, die Gläubiger über die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse des schuldnerischen Unternehmens aufzuklären, damit diese beurteilen können, ob sie mit dem Reorganisationsplan einverstanden sind. Daneben wird zu Beginn des Verfahrens ein Gläubigerausschuss eingesetzt. **255**

673) *Habscheid*, NZI 2003, 238 ff. (238 f.); *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen (2008), Rn. 1561.

674) *Gebler/Stracke*, NZI 2010, 13 ff. (15).

675) *Gebler*, NZI 2010, 665 ff. (666).

676) *Kemper*, Die US-amerikanischen Erfahrungen mit „Chapter 11“ – Ein Vergleich mit dem Insolvenzplan der neuen Insolvenzordnung (1996), 24.

677) *Kemper*, Die US-amerikanischen Erfahrungen mit „Chapter 11“ – Ein Vergleich mit dem Insolvenzplan der neuen Insolvenzordnung (1996), 208 f.

- 256** Besonders vorteilhaft ist die Tatsache, dass die Gläubiger, die sich zuvor nicht mit dem Schuldner auf einen Forderungsverzicht einigen konnten, vom Insolvenzgericht zu einer Einigung gezwungen werden können. Ferner werden die ausländischen Tochterunternehmen zu keiner Folgeinsolvenz gezwungen. Letztlich ist neben der Flexibilität vor allem die Schnelligkeit ein Vorteil des Verfahrens nach *Chapter 11*.

C. Ergebnis des Rechtsvergleichs

- 257** Es ist festzuhalten, dass sowohl das englische als auch das U.S.-amerikanische Recht viele Vorteile bieten. Neben den Vorteilen für die Gläubiger, die sich insbesondere im englischen Insolvenzverfahren aufzeigen, ist das *Chapter 11*-Verfahren vor allem für den Schuldner erstrebenswert. Das Insolvenzverfahren in England und das *Chapter 11*-Verfahren in den U.S.A. bestechen durch ihre Schnelligkeit der Verfahrensdurchführung und ihre anpassungsfähige Struktur, die jedem einzelnen Verfahren individuell gerecht wird. Durch Instrumentarien, die risikoarm und transparent sind, bieten England und die U.S.A. große Anreize zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens, auch für ausländische Unternehmen.
- 258** Der Insolvenzstandort Deutschland muss sich dem Wettbewerb der verschiedenen Rechtsordnungen stellen, um konkurrenzfähig zu sein. Vor allem England und die U.S.A. sind hierbei starke Konkurrenten. Ein erster Schritt ist mit Inkrafttreten des ESUG am 1.3.2012 erfolgt. Es fragt sich nun, ob dieser Schritt ausreichend ist, um im internationalen Vergleich bestehen zu können.⁶⁷⁸⁾

678) Nach der Aussage von **von Bismarck**, Partner bei Linklaters, Interview am 23.5.2013, könne das reformierte deutsche Insolvenzrecht mit dem englischen Insolvenzrecht konkurrieren. Seit dem ESUG sei eine hohe Wahrscheinlichkeit gegeben, dass komplexe Verfahren in Deutschland geführt werden. Großverfahren würden damit nur noch in Ausnahmefällen in das Ausland verlegt werden.

Dritter Teil: Die Interessenverteilung und ihre Folgen

§ 6 Die Interessen der Verfahrensbeteiligten

Bei den Beteiligten des Insolvenzverfahrens handelt es sich als wesentlich Betroffene zunächst um die Gläubiger. Die Gläubiger spielen nach dem Willen des Gesetzgebers die wichtigste Rolle gemäß § 1 S. 1 InsO. Der neben den Gläubigern wichtigste Verfahrensbeteiligte ist der Schuldner, der den Gläubigern zur Leistungserbringung verpflichtet ist. Auch darf der (vorläufige) Verwalter, der für die Erreichung der Verfahrensziele eines jeden Insolvenzverfahrens von herausragender Bedeutung ist, nicht außer Acht gelassen werden. Letztlich ist als Verfahrensbeteiligter im Insolvenzverfahren auch das Insolvenzgericht anzuführen. Das Insolvenzgericht hat die Aufgabe, die Objektivität des Insolvenzverfahrens zu wahren und dem mit dem ESUG verfolgten gesetzgeberischen Willen bei der Anwendung des Gesetzes Rechnung zu tragen. 259

A. Die Interessen im Konkreten

I. Die Gläubiger

Da das Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckungsverfahren hauptsächlich im Gläubigerinteresse geführt wird, verfolgt das Insolvenzrecht das primäre Ziel der optimalen Befriedigung der Gläubiger gemäß § 1 S. 1 InsO. Durch dieses vorrangige Ziel wird das Insolvenzverfahren zu einem Ringen der Gläubiger um Vorrechte, denn grundsätzlich sind die Gläubiger im Insolvenzverfahren keine homogene Interessengemeinschaft, sondern verfolgen vielmehr ihre individuellen und damit ihre opportunistischen Interessen.⁶⁷⁹⁾ Der Grundsatz des deutschen Insolvenzrechts ist die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger (*par conditio creditorum*).⁶⁸⁰⁾ Dieser Grundsatz wird jedoch regelmäßig durchbrochen. Schon die Insolvenzordnung unterteilt die Gläubiger in aussonderungsberechtigte (§ 47 InsO), absonderungsberechtigte (§§ 49 ff. InsO), Massegläubiger (§§ 53 ff. InsO), aufrechnungsberechtigte (§§ 94 ff. InsO) und sonstige Gläubiger. Auch das Instrument des Insolvenzplanverfahrens teilt die Gläubiger in Gruppen ein. Der Insolvenzplan ermöglicht es, den verschiedenen Interessen der Gläubiger gerecht zu werden, indem die Gläubiger in verschiedene, ausdifferenzierte Gruppen unterteilt werden. Dabei gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung nur für diejenigen Gläubiger, die sich in ein und derselben Gruppe befinden.⁶⁸¹⁾ 260

679) Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 13 Rn. 5; Paulus, DStR 2003, 31 ff. (35).

680) Stürner in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), Einl. Rn. 62 f.

681) Paulus, DStR 2003, 31 ff. (32); Foerste, Insolvenzrecht (2010), § 1 Rn. 10.

- 261** Die Interessen sind je nach ihrer Stellung im Verfahren sehr vielfältig. Dabei spielen der Rang der Forderungen und Sonderrechte wie Aus- und Absonderungsrechte eine große Rolle. Sehr unterschiedlich sind auch die Instrumentarien, mit denen die Gläubiger ihre Interessen durchsetzen können. So können unter anderem die Lieferanten ihre Rechte durch einstweilige Verfügung sichern und die Arbeitnehmer können ein Zurückbehaltungsrecht an ihrer Arbeitskraft geltend machen und die Arbeit niederlegen. Die Aufgabe des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist es, diese Prozesse zu kontrollieren.⁶⁸²⁾ Er muss die Interessen der Verfahrensbeteiligten genau kennen, um sie in sein Verfahrenskonzept integrieren und ein positives Verfahrensergebnis erzielen zu können.⁶⁸³⁾

1. Die Banken

- 262** Die Banken nehmen im Insolvenzverfahren als Gläubiger eine Doppelstellung ein. Zum einen sind sie mit ihren ungesicherten schuldrechtlichen Forderungen Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO.⁶⁸⁴⁾ Daneben füllen sie aber regelmäßig auch die Position der absonderungsberechtigten Gläubiger gemäß §§ 49 ff. InsO aus, indem sie ihren Kredit durch Kreditsicherheiten absichern. Nahezu das gesamte Betriebsvermögen belegen sie mit Absonderungsrechten. Die wichtigsten Banksicherheiten sind die Personal- und Realsicherheiten.⁶⁸⁵⁾ Die Banken sind regelmäßig die Gläubigergruppe mit den höchsten Forderungen.

a) Interesse(n) im Insolvenzverfahren

- 263** Das primäre Ziel der Banken ist die Realisierung der eigenen Sicherheiten und die Minderung von Verlusten.⁶⁸⁶⁾ Zumeist sind mehrere Kreditinstitute als Kreditgeber im Insolvenzfall beteiligt. Dabei können einzelne Kreditinstitute verschiedene Interessen vertreten. So hat ein vollwertig besichertes Kreditinstitut in vielen Fällen eine andere Vorstellung von risikobehafteten oder forderungsmindernden Sanierungsbeiträgen als ein ungesicherter Bankengroßgläubiger. Durch Obstruktion versuchen zumeist die Kreditinstitute, die im Verhältnis zu den Kreditverbindlichkeiten mit nur geringen Beträgen im Risiko stehen, die anderen Banken, die ein deutlich höheres Interesse an der Sanierung haben, zu einer Ablösung ihrer Kredite zu veranlassen. Problematisch kann daneben auch die Besicherung einzelner Kreditinstitute durch den Schuldner sein, da hierdurch regelmäßig Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten. Die Interessen der Kreditinstitute untereinander und der verschiedenen Kredit-

682) *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung (2011), § 11 Rn. 2.

683) *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung (2011), § 11 Rn. 2.

684) *Eidenmüller* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2014), § 217 Rn. 61.

685) *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung (2011), § 11 Rn. 11 ff.

686) *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung (2011), § 11 Rn. 4.

institute zum Schuldner gilt es auszugleichen. Häufig schließen sich die Banken zu einem sogenannten Bankenpool zusammen.⁶⁸⁷⁾ Dies resultiert daraus, dass sich die Banken in der Praxis bei einer außergewöhnlich hohen Kreditgewährung den Kredit (sogenannter Konsortialkredit) teilen, um dadurch das Risiko der einzelnen Bank zu minimieren.⁶⁸⁸⁾ Der Zweck der Bildung eines Bankenpools ist neben der Risikominimierung insbesondere die Verhinderung der Abgrenzungsschwierigkeiten der verschiedenen Sicherheiten der Kreditinstitute.⁶⁸⁹⁾

b) Interesse(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

Den Banken kommt im Insolvenzverfahren, und insbesondere im Rahmen einer Sanierung, eine bedeutende Funktion zu, da sie Fremdkapitalgeber sind.⁶⁹⁰⁾ Durch ihr Kapital haben sie die Möglichkeit, die für eine Sanierung erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen. Das vornehmliche Interesse, das der (vorläufige) Insolvenzverwalter zu berücksichtigen hat, ist die vertragskonforme Bedienung der Kredite und das Erhalten einer unter Risiko- und Ertragsgesichtspunkten profitablen Geschäftsbeziehung. Die Banken haben die Möglichkeit, sich über zusätzliche Sicherheiten Vorteile gegenüber den anderen Gläubigern zu verschaffen⁶⁹¹⁾ und sind in der Regel solvente Anspruchsgegner. In der Praxis richten sich die meisten und höchsten realisierten Anfechtungsansprüche gegen die Banken.⁶⁹²⁾ Daraus resultiert, dass die Banken vor allem opportunistische Ziele verfolgen. Sie sind an einem Insolvenzverwalter interessiert, der ihre Sicherheiten, Banküberweisungen, Verrechnungen im Kontokorrent etc. nicht anfechtet, um eine hohe Befriedigungsquote zu erzielen.

Nicht nur die Banken haben ein Interesse an einem ihnen gegenüber wohlgesonnenen (vorläufigen) Insolvenzverwalter, sondern auch der (vorläufige) Insolvenzverwalter hat ein Interesse daran, Unterstützung von den Banken zu erhalten. Dabei können die Banken durch Stundungen und Neukreditvergaben Unterstützung leisten. Im Gegensatz dazu kann der Sanierungserfolg auch durch die Rücknahme von Kreditlinien gefährdet werden.⁶⁹³⁾ Ohne die finanzielle Absicherung, die durch die Banken

687) Vertiefend hierzu *May*, Der Bankenpool – Sicherheitenpoolverträge der Kreditinstitute in der Unternehmenskrise (1989), 1 ff.

688) *Drees/J. Schmidt* in: Runkel, Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht (2008), Rn. 415a; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis (2011), Rn. 6.181.

689) *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis (2011), Rn. 6.183.

690) Sie werden in der Literatur auch als „*externe Stakeholder*“ bezeichnet, da die Banken nicht direkt unter der Leitung des schuldnerischen Unternehmens stehen, so u.a. *Portisch*, Sanierung und Insolvenz aus Bankensicht (2010), 24.

691) Daneben haben die Banken auch die Möglichkeit, ihre eigenen Forderungen gegen den Auszahlungsanspruch des Bankkunden zu verrechnen.

692) *Kirstein*, ZInsO 2006, 966 ff. (970 f.).

693) *Portisch*, Sanierung und Insolvenz aus Bankensicht (2010), 27.

geleistet wird, kann eine Sanierung des schuldnerischen Unternehmens nicht erfolgen. Damit haben sowohl die Banken als auch der (vorläufige) Insolvenzverwalter ein Interesse an einer konstruktiven Zusammenarbeit unter gleichzeitiger Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen.

2. Die Lieferanten

- 266** Auch die Lieferanten nehmen im Insolvenzverfahren zwei Positionen ein. Die aus dem Kaufvertrag resultierende ungesicherte Kaufpreisforderung verschafft ihnen die Position als (nicht nachrangige) Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO. Daneben steht ihnen ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO zu, sofern sie einen einfachen Eigentumsvorbehalt mit dem Schuldner vereinbart haben. Hat der Lieferant hingegen einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vereinbart, hat er ein Absonderungsrecht gemäß §§ 49 ff. InsO.⁶⁹⁴⁾ Neben den Arbeitnehmern bilden die Lieferanten häufig die Gruppe mit der größten Kopffzahl im Insolvenzverfahren. Auch wenn in der Summe der Forderungen die Lieferanten insgesamt hohe offene Forderungen erreichen, verteilt sich die Forderungssumme auf eine sehr große Zahl von Lieferanten. Nur Hauptlieferanten ist es gegebenenfalls möglich, die Höhe der offenen Forderungen eines Kreditinstituts zu erreichen.

a) Interesse(n) im Insolvenzverfahren

- 267** Grundsätzlich möchte der Lieferant für die gelieferte Ware die Gegenleistung und damit die Kaufpreiszahlung erhalten. Auf lange Sicht ist das Interesse des Lieferanten somit nicht die Zurücknahme der gelieferten Sache, sondern die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zum Belieferten. Der Lieferant erhofft sich mit dem notleidenden schuldnerischen Unternehmen möglicherweise einen größeren Umsatz in der Zukunft.⁶⁹⁵⁾ Folglich hat der Lieferant ein erhebliches Interesse am Fortbestand des Unternehmens. Das Interesse kann auch daraus resultieren, dass der Lieferant selbst in wirtschaftliche Schwierigkeiten durch die Insolvenz des Kunden kommt, insbesondere, wenn der Schuldner der Hauptabnehmer des Lieferanten ist. Der Lieferant kann das schuldnerische Unternehmen unter anderem dadurch unterstützen, dass er einen höheren Lieferantenkredit einräumt oder Altware gegen Barzahlung zurücknimmt.⁶⁹⁶⁾
- 268** Die rechtliche Position der Lieferanten gegenüber dem Schuldner ist oftmals ganz unterschiedlich, da die beiden Parteien häufig nicht nur einen reinen Kaufvertrag, sondern zum Teil auch einen Vertrag mit Werklieferungsanteilen abgeschlossen

694) Zu beachten ist, dass ein Kontokorrentvorbehalt und ein verlängerter Eigentumsvorbehalt ein Absonderungsrecht nach § 51 InsO, der einfache Eigentumsvorbehalt hingegen ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO, begründet.

695) *Eidenmüller* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2014), § 222 Rn. 87 f.

696) *Buchalik/Rinker* in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz (2009), § 4 Rn. 29.

haben. Dabei unterscheiden sich die Lieferungen ferner dadurch, dass sie in das Umlaufvermögen des Schuldners oder in dessen bewegliches Anlagevermögen übergegangen sind.⁶⁹⁷⁾ Problematisch innerhalb der Gruppe der Lieferanten ist insbesondere, dass diese aus einer Vielzahl unterschiedlicher Branchen kommen und damit eine Koordination untereinander schwierig ist. Die aus- und absonderungsberechtigten Gläubiger haben häufig Schwierigkeiten, ihre Rechte gegenüber dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter nachzuweisen.⁶⁹⁸⁾ Mit dem Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung und der Bekanntmachung des Beschlusses über die Anordnung der Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO koordinieren sich auch die Lieferanten. Dies erfolgt zum einen über das Justizportal im Internet nach § 9 Abs. 1 InsO⁶⁹⁹⁾ und auf Anregung der Kreditversicherer durch einen Lieferantenpool, in dem die Sicherungsrechte der Lieferanten gebündelt werden.⁷⁰⁰⁾ Die Koordination des Lieferantenpools erfolgt zu diesem Zeitpunkt in Abstimmung mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter, der eine Kreditorenliste des Schuldners mit den Adressen zur Verfügung stellt.⁷⁰¹⁾ Durch die Poolbildung wird die Kollision mit den Rechten anderer Gläubiger vermieden und die Durchsetzung und Verwertung der Sicherheiten vereinfacht.⁷⁰²⁾ Die Absonderungsrechte der Lieferanten werden somit zusammengefasst und können einheitlich vertreten werden.⁷⁰³⁾

b) Interesse(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

Die Lieferanten spielen für das Insolvenzverfahren und somit auch für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter eine bedeutende Rolle.⁷⁰⁴⁾ Nur wenn der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Lieferanten davon überzeugt, die Lieferungen nicht einzustellen und eine Verzögerung der Zahlungen für die gelieferte Ware hinzunehmen, hat das schuldnerische Unternehmen die Möglichkeit, eine Sanierung durchzuführen und einen betrieblichen Zusammenbruch zu vermeiden.⁷⁰⁵⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter hat ein Interesse an Unterstützungshandlungen seitens der Lieferanten und an der Bündelung der Kommunikation auf einen wirtschaftlich kompetenten

269

697) **Riggert**, NZI 2011, 121 ff. (123).

698) **Drees/J. Schmidt** in: Runkel, Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht (2008), Rn. 415.

699) Abrufbar unter www.insolvenzbekanntmachungen.de.

700) **Berner**, Sicherheitenpools der Lieferanten und Banken im Insolvenzverfahren (2006), 56 ff.; **Riggert**, NZI 2000, 525 ff. (526).

701) **Riggert**, NZI 2011, 121 ff. (124).

702) **Brinkmann** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 47 Rn. 29.

703) **Drees/J. Schmidt** in: Runkel, Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht (2008), Rn. 418; **Obermüller**, Insolvenzrecht in der Bankpraxis (2011), Rn. 6.191.

704) In der Literatur werden die Lieferanten, wie die Banken, auch als „externe Stakeholder“ bezeichnet, da die Lieferanten nicht direkt unter der Leitung des schuldnerischen Unternehmens stehen, so u.a. **Portisch**, Sanierung und Insolvenz aus Bankensicht (2010), 24.

705) **Beck** in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz (2010), § 19 Rn. 14.

Poolführer, um eine Verhandlung mit jedem einzelnen Lieferanten zu verhindern,⁷⁰⁶⁾ denn durch die Poolbildung wird eine zeitaufwendige Abgrenzung der kollidierenden Sicherheiten vermieden.⁷⁰⁷⁾

- 270** Aber auch die Lieferanten haben das Ziel, ihre Interessen zu verwirklichen. Die Lieferanten haben ein Interesse daran, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter den Weg im Insolvenzverfahren wählt, der das Begleichen ihrer offenen Forderungen sicherstellt. Sofern der (vorläufige) Insolvenzverwalter eine Sanierung anstrebt, liegt es im Interesse der Lieferanten, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter ihre Forderungen bestmöglich absichert. Wie die Banken, so verfolgen auch die Lieferanten opportunistische Ziele. Diese haben ein Interesse an der Anerkennung ihrer Eigentumsvorbehalte, ihrer Sicherungszessionen etc. und daran, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter keine gerichtliche Anordnung der Sicherungsmaßnahme nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 InsO einleitet. Dann wäre es den Lieferanten nicht mehr möglich, einzelne Gegenstände, die für die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens von erheblicher Bedeutung sind und sich im Besitz des schuldnerischen Unternehmens befinden, zu verwerten oder einzuziehen.⁷⁰⁸⁾ Ferner haben sie ein Interesse daran, dass der Insolvenzverwalter ihre Aus- und Absonderungsrechte nicht anftcht.

3. Die Arbeitnehmer

- 271** Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens des Arbeitgebers berührt nach § 108 Abs. 1 S. 1 InsO nicht die wechselseitige Leistungsbeziehung des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers.⁷⁰⁹⁾ Folglich bestehen die Ansprüche des Arbeitnehmers aus kollektivrechtlichen oder einzelvertraglichen Regelungen fort. Für die Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber in der Insolvenz kommt es auf den Zeitpunkt der Entstehung der Ansprüche an.⁷¹⁰⁾ Vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Forderungen als einfache Insolvenzforderungen nach § 38 InsO geltend zu machen. Der Arbeitnehmer ist somit Insolvenzgläubiger. Klargestellt wird dies in § 108 Abs. 2 InsO.⁷¹¹⁾ Die Ansprüche des Arbeitnehmers auf Zahlung drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind gemäß §§ 183 ff. SGB III durch den Anspruch auf Zahlung von Insolvenzgeld gesichert. Problematisch ist, dass die Forderungen der Arbeitnehmer so hoch sein können, dass sie die ganze Masse aufzehren. Um dabei die Haftung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nach § 61 InsO zu verhindern, gehen die Forderungen der Arbeitnehmer auf die *Bundesagentur für Arbeit (BA)* über. Damit sind die Forderungen der Arbeitnehmer durch das sogenannte

706) **Drees/J. Schmidt** in: Runkel, Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht (2008), Rn. 415b.

707) **Drees/J. Schmidt** in: Runkel, Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht (2008), Rn. 415b.

708) **Beck** in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz (2010), § 19 Rn. 16.

709) **Ries** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 108 Rn. 46.

710) Zur Vertiefung der Arbeitnehmerforderungen in der Insolvenz **Schelp**, NZA 2010, 1095 ff.

711) **Hamacher** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), Vorb. § 113 Rn. 37.

Insolvenzgeld abgedeckt. Nach der Verfahrenseröffnung sind die Vergütungsansprüche aus einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 2 S. 1 InsO.⁷¹²⁾ Dabei begründet sich die Einordnung als Masseverbindlichkeit darauf, dass der Arbeitnehmer in der Insolvenz seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung weiter erbringt und damit auch seinen Anspruch auf Lohn oder Gehalt behält.⁷¹³⁾ Neben den Lieferanten bilden die Arbeitnehmer, gemessen an der Kopfzahl, zumeist die größte Gruppe der Gläubiger im Insolvenzverfahren.

a) Interesse(n) im Insolvenzverfahren

Neben wirtschaftlichen spielen bei den Arbeitnehmern im Insolvenzverfahren vor allem persönliche Motivationen eine große Rolle. Tritt der Fall einer Unternehmensinsolvenz ein, sind die Arbeitnehmer diejenigen, die regelmäßig am stärksten betroffen sind, da nur im Falle einer Sanierung, und damit in den seltensten Fällen, ihre Arbeitsplätze gesichert werden können. Exemplarisch verdeutlicht dies der Fall *Schlecker* aus dem Jahr 2012, bei dem 11.300 Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verloren haben.⁷¹⁴⁾ Zu beachten ist auch der Anstieg der durch Insolvenz bedrohten und verlorenen Arbeitsplätze insgesamt in Deutschland.⁷¹⁵⁾ Waren es im Jahr 2011 noch 110.000 Arbeitsplätze, die durch Insolvenz bedroht waren oder verloren gingen, ist diese Zahl im Jahr 2012⁷¹⁶⁾ von 236.000 auf 346.000 betroffene Arbeitnehmer gewachsen. Das bedeutet einen Anstieg von 46,6 % im Vergleich zum Vorjahr.⁷¹⁷⁾ Die Arbeitnehmer sind auf den Lohn oder das Gehalt des Arbeitgebers angewiesen, um ihre Familien zu ernähren und anfallende Unterhaltskosten begleichen zu können. Sie haben somit ein Interesse jenseits ihrer Forderung, da ihre eigene Existenz ge-

272

712) **Lohkemper**, KTS 1996, 1 ff. (34); **Irschlinger** in: Runkel, Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht (2008), § 12 Rn. 32.

713) BAG, Urt. v. 19.7.2002 – 6 AZR 1087/06, NJOZ 2009, 60 ff. (65); **Sinz** in: Uhlenbruck, InsO (2010), § 55 Rn. 61.

714) **Mennen**, Spiegel Online (28.6.2012), <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/schlecker-klage-gegen-kuendigung-erfolgreich-a-841442.html>; zu beachten ist, dass die Zahl von 11.300 Arbeitnehmern nur die Zahl der gekündigten Arbeitnehmer/-innen widerspiegelt. Mehrere Schlecker-Mitarbeiter/-innen haben schon im Vorfeld das Unternehmen freiwillig verlassen.

715) Auch das europäische Insolvenzgeschehen hat sich insbesondere durch die europäische Schuldenkrise im Jahr 2011 verschärft: Die zunehmende Zahl von Großinsolvenzen mit mehreren tausend Entlassungen und die auf einem hohen Niveau stagnierende Zahl von Insolvenzen führen zu einer Erhöhung der Arbeitsplatzverluste von 1,4 Millionen im Jahr 2010 auf 1,5 Millionen insolvenzbedingte Arbeitsplatzverluste im Jahr 2011, so **Creditreform Wirtschaftsforschung**, Insolvenzen in Europa – Jahr 2011/12, 7.

716) Diese Zahl ist durch **Creditreform** geschätzt worden.

717) Die Angaben sind der Grafik der **Creditreform Wirtschaftsforschung**, Insolvenzen in Deutschland – Jahr 2012, 6, zu entnehmen. Die Entwicklung vom Jahr 2012 zum Jahr 2014 zeigt allerdings, dass die Zahl der Arbeitsplatzverluste sich verringert hat. Waren es im Jahr 2013 noch 285.000 Arbeitsplatzverluste, sind im Jahr 2014 nur noch 264.000 Arbeitsplatzverluste durch Insolvenz zu verzeichnen. Es handelt sich mithin um einen Rückgang von –7,4 %, so **Creditreform Wirtschaftsforschung**, Insolvenzen in Deutschland – Jahr 2014, 9 f., zu entnehmen

fährdet ist.⁷¹⁸⁾ Scheidet der Erhalt des Arbeitsplatzes aus, haben die Arbeitnehmer ein Interesse an der Sicherung vergangener, gegenwärtiger und zukünftiger Entgelte.⁷¹⁹⁾ Daneben besteht ein Interesse an der Durchsetzung der Ansprüche gegen den insolventen Arbeitgeber, das sich insbesondere auf Abfindungsansprüche, sofern sich die Ansprüche auf eine Vereinbarung vor der Insolvenzeröffnung begründen, sowie Forderungen aus einem Sozialplan, der vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellt wurde, und auf Schadensersatzansprüche nach § 113 S. 3 InsO, bei einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, bezieht.⁷²⁰⁾

b) Interesse(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

- 273 Die Arbeitnehmer⁷²¹⁾ haben ein Interesse daran, dass so wenige Entlassungen wie möglich durchgeführt werden und sie wollen nicht auf ihren Lohn oder ihr Gehalt verzichten. Diese Interessen lassen sich am ehesten mit einem (vorläufigen) Insolvenzverwalter durchsetzen, der die Sanierung des schuldnerischen Unternehmens anstrebt.⁷²²⁾ Die Arbeitnehmer haben kein Interesse an einer wirtschaftlich zweckmäßigen Verwertung des Unternehmens bei zeitgleichem Unterlaufen ihrer arbeitnehmerrechtlichen Schutzpositionen. Es liegt im Interesse der Arbeitnehmer, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter tiefgreifende Kenntnisse im Arbeitsrecht hat, um die Arbeitnehmerinteressen ausreichend zu wahren, da der (vorläufige) Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren die Aufgaben des Arbeitgebers übernimmt.⁷²³⁾ Dies spielt insbesondere im Rahmen von Kündigungen bei der Beachtung der Kriterien der Sozialauswahl eine wesentliche Rolle. Das Ziel möglichst weniger Entlassungen und kein Verzicht auf Lohn und Gehalt hat am ehesten mit einem sanierungserfahrenen (vorläufigen) Insolvenzverwalter eine Chance auf Erfolg.

718) **Balz/Landfermann**, Die neuen Insolvenzgesetze (1999), 473.

719) **Heilmann**, Neues Insolvenzrecht und Arbeitnehmerinteressen (1998), 15.

720) **Zander** in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz (2009), § 28 Rn. 7 f.

721) Anders als die Banken und die Lieferanten werden die Arbeitnehmer in der Literatur als „interne Stakeholder“ bezeichnet, da sie unter der direkten Leitung des Schuldners stehen, so **Portisch**, Sanierung und Insolvenz aus Bankensicht (2010), 24.

722) Vorliegend wird auf die Differenzierung der Interessen zwischen den Arbeitnehmern, denen gekündigt wird und den Arbeitnehmern, die im Betrieb bleiben dürfen, verzichtet. Dies begründet sich darauf, dass einer solchen Differenzierung eine Entscheidung des Insolvenzverwalters vorangegangen sein muss, die vorliegend nicht (grundlos) anzunehmen ist. Würde eine solche Differenzierung stattfinden, ist es eindeutig, dass die gekündigten Arbeitnehmer ein Interesse an der größtmöglichen Befriedigung aus der Masse haben. Die Arbeitnehmer, die einer Kündigung entgangen sind, haben im Gegensatz dazu das Interesse der Sanierung des schuldnerischen Unternehmens, um sich ihre Zukunft als Arbeitnehmer in dem Unternehmen zu sichern.

723) **Obermüller/Hess**, InsO – Eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts (2003), Rn. 776 f.; **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 42 Rn. 4.

Auch der (vorläufige) Insolvenzverwalter hat ein Interesse an einem guten Verhältnis zu den Arbeitnehmern. Ohne die Leistung der Arbeitnehmer kann das Unternehmen des Schuldners nicht bestehen und eine Sanierung wäre von Anfang an aussichtslos. **274**

4. Öffentlich-rechtliche Gläubiger

Ungefähr ein Viertel aller Gläubiger sind öffentlich-rechtliche Gläubiger.⁷²⁴⁾ Unter die Gruppe der öffentlich-rechtlichen Gläubiger fallen unter anderem die Sozialversicherungsträger, die Finanzverwaltungen, die Arbeitsämter, die Sozialämter, die Rundfunkanstalten und die Gemeinden. Im Insolvenzverfahren sind die öffentlich-rechtlichen Gläubiger der Gruppe der Insolvenzgläubiger zuzuordnen.⁷²⁵⁾ In der Praxis gelingt es öffentlich-rechtlichen Gläubigern häufig, sich entweder im Wege behördlicher Eigenvollstreckung Befriedigung zu verschaffen oder den Schuldner im Vorfeld mit entsprechendem Druck zur Mobilisierung seiner letzten Reserven zu veranlassen, um Sozialversicherungsbeiträge oder offene Steuerforderungen einzutreiben, sogenannte *Druckzahlungen*.⁷²⁶⁾ Dabei ist der Gläubiger die jeweilige juristische Person des öffentlichen Rechts und nicht die einzelne Behörde oder Verwaltungsstelle gemäß §§ 50 Abs. 1, 18 ZPO. Aber auch, wenn die Kopfzahl der öffentlich-rechtlichen Gläubiger hoch ist, ist die Höhe der Forderungssumme im Verhältnis zu den Forderungssummen der anderen Gläubiger regelmäßig gering.⁷²⁷⁾ **275**

a) Interesse(n) im Insolvenzverfahren

Der (vorläufige) Insolvenzverwalter hat die Möglichkeit, die Leistungen des Schuldners, die an die öffentlich-rechtlichen Gläubiger geflossen sind, anzufechten und somit der Insolvenzmasse zuzuführen. In der Praxis hat der Schuldner das Unternehmen durch anfechtbare Handlungen im Vorfeld zumeist so weit geschädigt, dass ohne dessen Anfechtung und damit die Rückführung der Leistung, das Verfahren mangels Masse eingestellt werden müsste.⁷²⁸⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter greift folglich regelmäßig die Leistungen des Schuldners an die öffentlich-rechtlichen Gläubiger an. Dabei kann der Insolvenzverwalter eine Anfechtung nach § 130 InsO, **276**

724) *Schruth/Kuntz/Müller/Stammler/Westerath*, Schuldnerberatung in der Sozialen Arbeit (2003), 99.

725) BGH, Urt. v. 10.1.1985 – IX ZR 4/84, NJW 1985, 1785 f. (1785) und BGH, Urt. v. 7.5.1991, NJW 1991, 2147 ff. (2148 f.), die beide noch „*Konkursgläubiger*“ aufführen; explizit für die Sozialversicherungsträger klarstellend *Ede/Hirte* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 130 Rn. 27.

726) Zur Rechtsprechung des BGH und den praktischen Konsequenzen von Druckzahlungen *Huber* in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 48 Rn. 9 ff.

727) *Schruth/Kuntz/Müller/Stammler/Westerath*, Schuldnerberatung in der Sozialen Arbeit (2003), 99.

728) *Meier*, Privilegien des Fiskus und der Sozialversicherungsträger in der Unternehmensinsolvenz (2010), 12.

nach § 131 InsO oder nach § 133 InsO durchführen.⁷²⁹⁾ Durch die Entscheidung des BGH, die festlegt, dass der Geschäftsführer auch dann für die Nichtabführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nach § 266a StGB hafte, wenn ihm zwar die Abführung im Fälligkeitszeitpunkt unmöglich war, er aber für die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit verantwortlich gewesen ist,⁷³⁰⁾ wird der Geschäftsführer in der Unternehmenskrise bemüht sein, die Lohnsteuer und die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung vorrangig zu leisten, um die eigene Haftung zu vermeiden. Die Forderungsausfälle für den Fiskus und die Sozialversicherungsträger werden sich bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens deshalb minimieren.

- 277 Auch wenn die öffentlich-rechtlichen Gläubiger schon durch die Rechtsprechung des BGH privilegiert werden, ist es ihr Ziel und damit auch ihr Interesse, dass ihre Rechte so wenig wie möglich angefochten werden, damit ihre Forderungen befriedigt werden.

b) Interessen(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

- 278 Anders als die anderen Gläubiger gehören die öffentlich-rechtlichen Gläubiger zu einer Art „Zwangsgläubiger“, das heißt, sie können sich nicht vom Schuldner lösen und müssen trotz offener Beiträge Leistungen für ihre Mitglieder finanzieren, da die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse kraft Gesetzes und nicht durch Willenserklärungen entstehen und damit auch beendet werden.⁷³¹⁾ Auch wenn die öffentlich-rechtlichen Gläubiger durch die Rechtsprechung des BGH privilegiert werden, sind sie dennoch, wie dargestellt, der Anfechtung der schuldnerischen Leistungen durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter ausgesetzt. Folglich bevorzugen auch die öffentlich-rechtlichen Gläubiger einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter, der ihre gewonnenen Leistungen so wenig wie möglich anfecht, um so eine hohe Insolvenzquote zu erzielen. Damit verfolgen auch die öffentlich-rechtlichen Gläubiger, wie die anderen Verfahrensbeteiligten, opportunistische Ziele bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters.

5. Zwischenergebnis

- 279 Deutlich wird, dass die verschiedenen Gläubigergruppen unterschiedliche Ziele verfolgen. Die großen Gläubigergruppen, insbesondere die Banken, haben zwar durchaus ein Interesse an der ordnungsgemäßen Abwicklung des Insolvenzverfahrens und sind daran interessiert, einen kompetenten und sanierungswilligen (vorläufigen) Insolvenzverwalter auszuwählen und zu bestellen. Allerdings ist das vorrangige Interesse der Banken, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter so wenig wie möglich

729) Vertiefend zur Insolvenzanfechtung *Schütte/Horstkotte/Rohn/Schubert*, Die öffentliche Körperschaft als Insolvenzgläubiger (2006), 61 ff.

730) BGH, Urt. v. 21.1.1997 – VI ZR 338/95, NJW 1997, 1237 ff. (1237 ff.).

731) *Brück/Kersten*, NZI 2004, 422 ff. (422), die auf die Sozialversicherungsträger abstellen.

anfricht, wenn es um ihre Forderungen geht. Die Lieferanten hoffen darauf, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter ihre Eigentumsvorbehalte, Sicherungszessionen etc. anerkennt und Aus- und Absonderungsrechte nicht streitig macht. Auch die Arbeitnehmer wollen so wenige Entlassungen wie möglich und natürlich nicht auf Lohn und Gehalt verzichten.

Hierbei zeigt sich, dass die verschiedenen Gläubiger alle unterschiedliche opportunistische Ziele verfolgen. Das Verfolgen opportunistischer Ziele ist darauf zurückzuführen, dass der Mensch als *homo oeconomicus*⁷³²⁾ stets die für ihn vorteilhafteste Möglichkeit nutzt.⁷³³⁾ Die Gläubiger handeln im Eigeninteresse und rational mit dem Ziel, den eigenen Nutzen zu maximieren. Um ein erfolgreiches Insolvenzverfahren herbeizuführen und Opportunismusgefahren abzubauen, bedarf es der Einsicht der Gläubiger. Die Einsicht muss die Abkehr von opportunistischen Zielen zu einem objektivierten Blickwinkel beinhalten. Die Gläubiger müssen, um ein erfolgreiches Insolvenzverfahren zu garantieren, das Bewusstsein schaffen, dass der Nachteil in einem Fall, bei derselben Konsequenz des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, sich in einem anderen Fall auch zum eigenen Nutzen wandeln kann. Wenn dieses Bewusstsein geschärft wird und sich diese Einsicht entwickelt, führt das Insolvenzverfahren zum Gewinn und nicht zum Verlust für die Verfahrensbeteiligten. **280**

II. Der Schuldner

Das Insolvenzverfahren dient nach § 1 S. 1 InsO dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt wird. Nach der Insolvenzordnung hat der Schuldner demnach zwei Stellungen: Zum einen ist er derjenige, gegen den sich die Ansprüche der Gläubiger richten, und zum anderen ist er der Träger des zu verwertenden Vermögens.⁷³⁴⁾ Im Insolvenzverfahren ist das Vermögen des Schuldners das Objekt und der Schuldner das Subjekt mit eigenen Rechten und Pflichten.⁷³⁵⁾ **281**

1. Interesse(n) im Insolvenzverfahren

Den Schuldner trifft mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die einschneidendste Maßnahme: Der Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gemäß § 80 **282**

732) Der Begriff *homo oeconomicus* geht vermeintlich auf **Spranger**, Lebensformen – Geisteswissenschaftliche Psychologie und Ethik der Persönlichkeit (1922), 133, zurück. Er definiert den *homo oeconomicus* neben anderen Typen als eine Form des *homo sapiens*: „Der ökonomische Mensch im allgemeinsten Sinne ist also derjenige, der in allen Lebensbeziehungen den Nützlichkeitswert voranstellt. Alles wird für ihn zu Mitteln der Lebenserhaltung, des naturhaften Kampfes ums Dasein und der angenehmen Lebensgestaltung.“

733) Vertiefend hierzu **Kirchgässner** in: Nell/Kufeld, Homo oeconomicus – Ein neues Leitbild in der globalisierten Welt? (2006), 81 ff.

734) **Bork**, Einführung in das Insolvenzrecht (2012), § 5 Rn. 26.

735) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 15 Rn. 1.

Abs. 1 InsO. Damit ist seine unternehmerische Freiheit und Entscheidungsmacht erheblich eingeschränkt. Ist der Schuldner von der Insolvenz seines Unternehmens nicht überzeugt, so hat er ein großes Interesse daran, einen Einblick von Gläubigern, die durchaus auch Konkurrenten sein können, in sein Unternehmen zu verhindern. Hält der Schuldner sein Unternehmen hingegen selbst für insolvent, so plädiert er gleichwohl zumeist auf eine Sanierung des Unternehmens und nicht auf eine Liquidation.⁷³⁶⁾ Insbesondere tritt die Sanierung des Unternehmens in den Vordergrund, wenn das Unternehmen die Existenzgrundlage einer Familie darstellt. Auch kann die Sanierung des Unternehmens sinnvoll sein, wenn die Unternehmenskrise durch Faktoren hervorgerufen wurde, die einmaligen Charakter haben und von externer Natur sind, wie beispielsweise der Ausfall einer hohen Forderung.⁷³⁷⁾

2. Interesse(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

- 283** Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird das Schicksal des Unternehmens im Regelfall aus den Händen des Schuldners genommen und in die Hände des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gelegt.⁷³⁸⁾ Diese Tatsache impliziert jedoch nicht, dass der Schuldner des insolventen Unternehmens diesem nicht noch persönlich oder wirtschaftlich verbunden ist. Auf Grund dessen hat der Schuldner regelmäßig ein Interesse daran, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter das Unternehmen bestmöglich leitet. Sollte das schuldnerische Unternehmen sanierungsfähig sein, so hat der Schuldner ein Interesse daran, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Sanierung des schuldnerischen Unternehmens in die Wege leitet.
- 284** Die Frage der Sanierung des Unternehmens ist insbesondere bei der Kapitalgesellschaft interessant. Ist der Schuldner eine Kapitalgesellschaft, so ist zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis und demnach zwischen der juristischen Person und den Anteilseignern zu unterscheiden. Nach außen wird die Kapitalgesellschaft von ihrem Geschäftsführer/Vorstand vertreten.⁷³⁹⁾ Das Innenverhältnis dominieren die Anteilsinhaber/Gesellschafter. In der Insolvenz polarisieren die Interessen des Schuldners und der Anteilseigner häufig. Der Schuldner hat ein Interesse an einer Sanierung des Unternehmens, soweit dies erfolgversprechend ist. Im Gegensatz dazu sind die Anteilseigner an einer Sanierung nur sehr selten interessiert, da eine Sanierung auch die finanzwirtschaftliche Restrukturierung auf gesellschaftsrechtlicher Ebene erfordert.⁷⁴⁰⁾

736) **Roth**, Interessenwiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren (2004), 36.

737) **Roth**, Interessenwiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren (2004), 36.

738) Anders ist dies im Rahmen der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO. Bei dieser Verfahrensart behält der Schuldner seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis.

739) **Lüer/Streit** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 218 Rn. 9.

740) Zu dem opportunistischen Verhalten der Gesellschafter, die ein Verfahren vermeiden wollen, weil sie Angst haben, ihre Gesellschafterstellung einzubüßen, **Hölzle**, ZIP 2012, 2427 ff. (2427 ff.).

Ungeregelt war bislang die Möglichkeit, wie man die in einem Sanierungskonzept vorgesehenen Maßnahmen, wie Kapitalschnitte oder einfache Kapitalerhöhungen, auch gegenüber den Gesellschaftern durchsetzt. Es wurde der Ansatz verfolgt, dass die Gesellschafter aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht verpflichtet seien, einer Sanierung zuzustimmen und sich gegebenenfalls auch von Gesellschaftsanteilen zu trennen.⁷⁴¹⁾ Dieser Ansatz wurde in der Rechtspraxis jedoch nicht umgesetzt.⁷⁴²⁾ In der Konsequenz wurde die Mehrheit der Kapitalgesellschaften liquidiert und nicht saniert. Durch das ESUG wurde § 217 S. 2 InsO eingefügt, der gesetzlich festhält, dass auch Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen werden können, und § 225a Abs. 3 InsO, der im Insolvenzplan jede Regelung zulässt, die auch gesellschaftsrechtlich zulässig ist, so dass Alt-Gesellschafter gegen ihren Willen hinausgedrängt werden können.⁷⁴³⁾ Die Anteilseigner treten mit eigenen Interessen neben die Gläubiger.⁷⁴⁴⁾ Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass für die Anteilseigner eine eigene Gläubigergruppe nach § 222 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 InsO zu bilden ist, wenn deren Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte in den Insolvenzplan einbezogen werden.⁷⁴⁵⁾ Die Anteilseigner werden auch bei der Beschlussfassung miteinbezogen. Das Recht, in die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte einzugreifen, verhindert die opportunistische Ausnutzung der Sanierungsbereitschaft der Gläubiger durch die Gesellschafter.⁷⁴⁶⁾

Problematisch ist, dass eine Legitimationsgrundlage des Verfassungsrechts für den Eingriff in die Gesellschaftsrechte fehlt.⁷⁴⁷⁾ Der Eingriff in die die Insolvenzmasse betreffenden Rechte bedarf einer Rechtfertigung. In Betracht kommt, auf der einfach gesetzlichen Ebene, die Aufopferungslehre und damit eine Aufopferungspflicht der Gesellschafter.⁷⁴⁸⁾ Auf verfassungsrechtlicher Ebene sind die Vorschriften der §§ 217,

741) So BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, ZIP 2009, 2289 (2290 ff.); dazu *Armbrüster*, Anm. zu BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, EWiR 2009, 739 f. (739 f.); zur der Versagung der Zustimmung der Minderheitsgesellschafter zu einer mehrheitlich angestrebten Sanierung und der Ausschluss der Minderheitsgesellschafter BGH, Urt. v. 20.3.1995 – II ZR 205/94, ZIP 1995, 819 ff. (819 ff.); dazu *Rittner*, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.3.1995 – II ZR 205/94, EWiR 1995, 525 f. (525 f.); *Schmidt*, JZ 2010, 125 ff. (126 ff.); *Haas*, NJW 2010, 984 f. (984 f.).

742) *Hölzle*, KTS 2011, 291 ff. (317) f.

743) *Göb*, NZI 2013, 787 ff. (789).

744) *Hölzle* in: Kübler, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz – Eigenverwaltung und Insolvenzplan (2012), § 31 Rn. 2.

745) Da § 222 Abs. 1, 2 InsO einschlägig ist, können, soweit unter den Gesellschaftern sachgerechte Differenzierungsgründe vorliegen, auch Gruppen unterschiedlicher Rechtsstellung in den Grenzen des Willkürverbots gebildet werden.

746) Vgl. *Eidenmüller*, ZIP 2007, 1729 ff. (1731 ff.).

747) Dazu auch *Vorse*, ZGR 2010, 299 ff. (309); *Madaus*, Der Insolvenzplan (2011), 595 ff.

748) Auch wenn die Aufopferungslehre beziehungsweise die Aufopferungspflicht in der Rechtspraxis in der Vergangenheit keine Resonanz für die Zustimmung der Gesellschafter zur Sanierung oder der Trennung der Gesellschafter von Gesellschaftsanteilen gefunden hat, so dient die Aufopferungspflicht zumindest der Legitimation der Neueregulungen des ESUG.

225a InsO an Art. 9, 14 GG zu messen. Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG ist eröffnet, da unter die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie auch die Mitgliedschafts- und Teilhaberechte fallen.⁷⁴⁹⁾ Ein Eingriff in den Schutzbereich ist jedoch zu verneinen. Dies ist damit zu begründen, dass die Anteilseigner erst nach der Vollbefriedigung aller Insolvenzgläubiger gemäß § 199 InsO aus der Masse befriedigt werden. Nach der Befriedigung der Gläubiger ist die Insolvenzmasse jedoch fast vollständig aufgezehrt, sodass kein Eingriffssubstrat vorhanden ist.⁷⁵⁰⁾ Zudem wird die Kapitalgesellschaft mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst.⁷⁵¹⁾ Die Gesellschafter sind nicht berechtigt, Entscheidungen zuwider den insolvenzrechtlich verfolgten Zielen nach § 1 InsO zu treffen.⁷⁵²⁾ Der Eingriff ist, auf Grund nur wirkungsentkleideter Mitgliedschafts- und Teilhaberechte, die die notwendige Eingriffsintensität und Zielgerichtetheit nicht aufweisen, zu verneinen.⁷⁵³⁾ Auch der Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 GG ist eröffnet. Art. 9 GG schützt die positive und die negative Vereinigungsfreiheit. Der Eingriff in Art. 9 GG, der dem Schrankenvorbehalt aus Art. 9 Abs. 2 GG unterliegt, wird regelmäßig auf den Eigentumsschutz der Gläubiger aus Art. 14 GG gestützt.⁷⁵⁴⁾ Im Ergebnis haben die Gläubigerrechte aus Art. 14 GG in der Insolvenz- und insolvenzbedingten Reorganisationssituation einen generellen Vorrang gegenüber der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 GG. Folglich müssen die Interessen der Gesellschafter hinter den Sanierungsinteressen der Gläubiger zurücktreten. Einzig und allein ein außerordentliches Kündigungsrecht verbleibt den Alt-Gesellschaftern.⁷⁵⁵⁾

- 287** Durch die zulässige Einbeziehung von Gesellschafterrechten wurde das Insolvenzrecht revolutioniert.⁷⁵⁶⁾ In der Zukunft sind damit koordinierte Sanierungsverfahren durch die Unterstützung der Gesellschafter zu erwarten.
- 288** Aus dem Gesamtzusammenhang betrachtet lässt sich festhalten, dass der Schuldner ein Interesse an einem (vorläufigen) Insolvenzverwalter hat, der es versteht, das Unternehmen erfolgreich zu führen, sei es in die Liquidation oder in die Sanierung. Dabei verfolgt auch der Schuldner im Insolvenzverfahren opportunistische Ziele. Er hat

749) BVerfG, Beschl. v. 27.4.1999 – 1 BvR 1613/94, ZIP 1999, 1436 ff. (1439).

750) **Hölzle** in: Kübler, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz – Eigenverwaltung und Insolvenzplan (2012), § 31 Rn. 7.

751) So u.a. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG. Für die übrigen Gesellschaftsrechte existieren entsprechende Regelungen. Durch die Auflösung der Gesellschaft kraft Gesetzes findet die Einbeziehung der Anteilsrechte in die gestalterische Wirkung des Plans auch eine europarechtliche Rechtfertigung, **Hölzle**, KTS 2011, 291 ff. (319).

752) **Hirte** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 11 Rn. 137; **Hölzle**, NZI 2011, 124 ff. (127).

753) **Hölzle**, KTS 2011, 291 ff. (319).

754) **Vorse**, ZGR 2010, 299 ff. (312); **Bitter**, ZGR 2010, 147 ff. (193 f.).

755) Vertiefend dazu **Hölzle** in: Kübler, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz – Eigenverwaltung und Insolvenzplan (2012), § 31 Rn. 11.

756) Sehr anschaulich hierzu **Schmidt**, BB 2011, 1603 ff. (1605 ff.).

ein Interesse an einem (vorläufigen) Insolvenzverwalter, der die Position der Organe und der Gesellschafter (§§ 217, 225a InsO) im Unternehmen nicht verändert und etwaige Organhaftungsansprüche⁷⁵⁷⁾ oder Ansprüche aus Gesellschafterfremdfinanzierung⁷⁵⁸⁾ nur untergeordnet angreift. Neben unternehmerischen und wirtschaftlichen Kenntnissen setzt der Schuldner auch auf Kooperationsfähigkeiten des (vorläufigen) Insolvenzverwalters.⁷⁵⁹⁾

Am besten realisieren kann der Schuldner seine Interessen in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des vorläufigen Sachwalters im Rahmen des Schutzschirmverfahrens gemäß § 270b InsO. Der Schuldner hat hierbei ein Vorschlagsrecht bezüglich der Person des vorläufigen Sachwalters gemäß § 270b Abs. 2 S. 2 1. Hs. InsO. Der vorläufige Sachwalter soll dabei eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person sein gemäß §§ 274 Abs. 1, 56 Abs. 1 InsO. Das Gericht kann von dem Vorschlag des Schuldners nach § 270b Abs. 2 S. 2 1. Hs. InsO nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Die Gefahr bei einem vom Schuldner ausgewählten vorläufigen Sachwalter ist, dass die Gläubiger nicht das nötige Vertrauen aufbauen und zur Unterstützung bereit sind, sondern dem vorläufigen Sachwalter mit Misstrauen begegnen. Der vom Schuldner „mitgebrachte“ vorläufige Sachwalter macht bei den Gläubigern zumeist den Eindruck, dass er mehr „im Lager“ des Schuldners als der Gläubiger steht.⁷⁶⁰⁾ Deshalb liegt es auch im Interesse des Schuldners, dass der vorläufige Sachwalter das Vertrauen der Gläubiger gewinnt. Nur wenn auch die Gläubiger der Unabhängigkeit des vorläufigen Sachwalters vertrauen, kann die Eigenverwaltung zum Erfolg führen.

289

III. Der (vorläufige) Verwalter

Das Ziel, die Sanierung von Unternehmen zu erleichtern, kann nur erreicht werden, wenn zwischen allen Beteiligten des Insolvenzverfahrens und in die Institutionen der Insolvenzordnung eine Vertrauensbeziehung aufgebaut wird. Mit der Auswahl des für den konkreten Fall richtigen (vorläufigen) Verwalters⁷⁶¹⁾ und der Einbeziehung der wesentlichen Gläubiger in den Verfahrensablauf, sowie dem Aufbau einer Vertrauensbeziehung zwischen dem Schuldner und dem Insolvenzgericht, um die Sa-

290

757) Zur Vertiefung *d'Avoine* in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz (2009), § 30 Rn. 1 ff.

758) Zur Vertiefung *Zahrte*, NZI 2010, 596 ff.

759) Zur gesellschaftsrechtlichen Kooperationspflicht (Compliancepflicht) des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gegenüber dem Schuldnerunternehmen, vor allem in Großinsolvenzen und Insolvenzplanverfahren, siehe *Mock* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 80 Rn. 75 ff.

760) Schon kurz aufgeführt unter § 3 E. II.

761) Neben dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter ist an dieser Stelle auch der (vorläufige) Sachwalter impliziert.

nierungspotentiale vollständig ausschöpfen zu können, beginnt die aktive Insolvenzgestaltung.⁷⁶²⁾ Der (vorläufige) Verwalter hat dabei die Aufgabe, das Vertrauen zwischen den Verfahrensbeteiligten zu vermitteln, die Gläubiger frühzeitig in das Verfahren miteinzubeziehen und unter ihnen einen Konsens herbeizuführen. Durch das viel zitierte Diktum, dass die Auswahl des (vorläufigen) Verwalters die „*Schicksalsfrage des Insolvenzverfahrens*“ sei,⁷⁶³⁾ wird die herausragende Bedeutung der Auswahl des richtigen (vorläufigen) Verwalters für die Erreichung der Verfahrensziele deutlich.

- 291** Dieses dargelegte Bild des (vorläufigen) Verwalters bestimmt sich jedoch nur nach dem gesetzgeberischen Willen. Der subjektive Wille des (vorläufigen) Verwalters wurde bislang nicht in die Betrachtung einbezogen. Neben einem transparenten Auswahlverfahren hat der (vorläufige) Verwalter unzweifelhaft ein Interesse daran, möglichst viele insolvente Unternehmen, je nach Erfolgsaussicht, zu liquidieren oder zu sanieren. Und das unbestritten auch in größeren, renommierten Verfahren als in kleineren. Die Insolvenzverfahren mit einer großen Insolvenzmasse erfreuen sich unter den (vorläufigen) Verwaltern größerer Beliebtheit, da dadurch ihre Reputation bei den Insolvenzgerichten und Insolvenzrichtern steigt. Auch ist der Gesichtspunkt nicht zu vernachlässigen, dass mit einem größeren Insolvenzverfahren auch die Vergütung⁷⁶⁴⁾ höher ausfällt, denn die Vergütung des (vorläufigen) Verwalters hängt von der Masse und der Komplexität des Insolvenzverfahrens ab.⁷⁶⁵⁾ Demnach versucht der (vorläufige) Verwalter zumeist die Arbeitsplätze zu erhalten, um die Insolvenzmasse nicht zu schmälern. Die Spannweite ist dabei breit gefächert. Wird das Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet, geht der (vorläufige) Insolvenzverwalter fast leer aus. Nach oben scheinen jedoch keine Grenzen gesetzt, wie der Fall des Insolvenzverwalters der deutschen Lehman-Tochter zeigt. Der Verwalter könnte eine Vergütung in Höhe von 834 Millionen Euro erzielen.⁷⁶⁶⁾ Verteidigt wird diese hohe Vergütung durch das hohe Haftungsrisiko und einer Erfolgskomponente. Da die Insolvenzverwaltervergütung nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist, wird an dieser Stelle die Legitimation der Höhe der Insolvenzverwaltervergütung nicht

762) *Hölzle* in: Schilling, Festschrift Lissau (2012), 91 ff. (91).

763) *Jaeger*, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen (1936), § 78 Rn. 7.

764) Die Höhe der Vergütung wird dabei nach der Insolvenzverwaltervergütungsverordnung (InsVV) bestimmt. Zu den Grundfragen der Vergütung und der Vergütungsfestsetzung *Smid*, ZIP 2014, 1714 ff. (1714 ff.).

765) Vgl. *Amann*, Frankfurter Allgemeine Zeitung (17.3.2009), <http://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/recht-und-gehalt/insolvenzverwalter-sie-leben-von-der-pleite-1770116.html>.

766) *Teews*, Spiegel Online (23.11.2012), <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/lehman-zoff-um-das-mega-honorar-fuer-insolvenzverwalter-frege-a-868939.html>.

diskutiert, auch wenn diese vielfach Thema in der Öffentlichkeit ist.⁷⁶⁷⁾ Der (vorläufige) Verwalter hat folglich ein finanziell-wirtschaftliches Eigeninteresse.

In Bezug auf die Auswahl und die Bestellung hat der (vorläufige) Verwalter selbst **292** keine großen Einflussmöglichkeiten. Er kann sich bei dem Insolvenzgericht seiner Wahl vorstellen und durch gute Qualifikationen den Insolvenzrichter davon überzeugen, ihn als (vorläufigen) Verwalter in einem Insolvenzverfahren zu bestellen. An der Auswahl- und Bestellungsentscheidung selbst ist er, anders als die Gläubiger, der Schuldner und das Insolvenzgericht, nicht beteiligt. Auf Grund seiner geringen Beteiligungsmöglichkeit im Auswahl- und Bestellungsprozess wird der (vorläufige) Verwalter bei den Interessen der Verfahrensbeteiligten im Folgenden keiner näheren Untersuchung unterzogen.

IV. Das Insolvenzgericht

Auch wenn das Insolvenzgericht an einigen maßgeblichen Beschlüssen beteiligt ist, **293** so ist nicht das Insolvenzgericht, sondern der (vorläufige) Insolvenzverwalter der „Herr des Verfahrens“. Das Insolvenzgericht gilt vielmehr als „Hüter der Rechtmäßigkeit des Verfahrens“.⁷⁶⁸⁾ Es ist somit verantwortlich für den rechtlichen Rahmen des Insolvenzverfahrens. Das Insolvenzgericht führt die Aufsicht über den Schuldner und den (vorläufigen) Insolvenzverwalter.⁷⁶⁹⁾ Es handelt jedoch nicht nur für die Verfahrensbeteiligten, sondern auch im öffentlichen Interesse.⁷⁷⁰⁾ Zudem hat es die Aufgabe der Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses und der Einberufung und der Leitung der Gläubigerversammlung. Ferner hat das Insolvenzgericht in der Praxis vor allem die Aufgabe der Anwendung und der Umsetzung des Gesetzes.⁷⁷¹⁾ Ist es im Insolvenzverfahren der Ansicht, dass die Insolvenzordnung dem Insolvenzverfahren nicht gerecht wird, kann es durch eine Analogie oder teleologische Reduktion des Gesetzes eine Anpassung für den Einzelfall vornehmen. Das Insolvenzgericht korrigiert insoweit Ungleichheiten und nicht berücksichtigte Fälle des Gesetzgebers. Durch die fortwährende Anpassung des Gesetzes im Einzelfall fin-

767) So unter anderem **Schömann-Finck**, Focus Online (1.10.2010), http://www.focus.de/finanzen/news/unternehmen/karstadt-rettung-insolvenzverwalter-goerg-bekommt-25-millionen_aid_558019.html; **Timm**, Focus Online (28.10.2009), http://www.focus.de/finanzen/news/insolvenzverwalter-wie-viel-gehalt-ist-unmoralisch_aid_448779.html.

768) **Zipperer** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 157 Rn. 1.

769) **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 58 Rn. 1 ff. klarstellend für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter; für die Aufsicht über den Sachwalter siehe **Zipperer** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 274 Rn. 6.

770) So **Smid**, ZIP 1995, 1137 ff. (1141) zur Funktion des Konkursgerichts, dessen Grundsätze aber auf das Insolvenzgericht übertragbar sind.

771) **Mönning** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 21 Rn. 112.

det eine stetige Veränderung des Gesetzes an die aktuellen Bedürfnisse statt. Es handelt sich dabei um eine dynamische Fortentwicklung des Gesetzes.⁷⁷²⁾

1. Interesse(n) im Insolvenzverfahren

294 Das eigene Interesse des Insolvenzgerichts folgt aus der Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG.⁷⁷³⁾ Das Insolvenzgericht hat danach der mit dem ESUG verfolgten gesetzgeberischen Absicht Geltung zu verschaffen. Dabei muss sich das Insolvenzgericht an den Stellen zurückzunehmen, an denen das Gesetz Kompetenzen bewusst auf die Gläubiger verlagert hat. Die entscheidende Rolle und damit auch das Interesse des Insolvenzgerichts ist, die Objektivität des Verfahrens zu wahren. Wahrt das Insolvenzgericht die Objektivität des Verfahrens, schafft es Vertrauen der Beteiligten in die Instrumente der Insolvenzordnung und damit in das Insolvenzverfahren. Durch das ESUG wurde der Einfluss des Insolvenzgerichts minimiert und die Gläubigerrechte gestärkt. Leider haben sich kurz nach dem Inkrafttreten in der Praxis Fälle ereignet, die nicht die gewünschte Akzeptanz der Insolvenzgerichte gegenüber den Gläubigerrechten aufweisen und damit der mit dem ESUG verfolgten gesetzgeberischen Absicht noch keine Geltung verschafft.

295 Als ein bezeichnender Fall ist in diesem Zusammenhang „*Q-Cells*“ zu nennen. In dem Verfahren *Q-Cells* ist der vorkonstituierte vorläufige Gläubigerausschuss gemeinsam mit dem Schuldner und dessen Vertreter bei dem Insolvenzrichter vorstellig geworden und hat einstimmig einen vorläufigen Insolvenzverwalter vorgeschlagen, der nicht auf der örtlichen Liste stand. Das Insolvenzgericht hat diesem Vorschlag zugestimmt. Der Insolvenzantrag sollte zwei Tage später gestellt werden. Am Tag der Insolvenzantragstellung liest der zuständige Insolvenzrichter auf dem Weg in das Gericht in der *Financial Times Deutschland (FTD)*, dass *Q-Cells* heute einen Insolvenzantrag stellt und Herr A. die Geschäfte des vorläufigen Insolvenzverwalters übernimmt.⁷⁷⁴⁾ Auf Grund dieser Fakten entscheidet sich der zuständige Insolvenzrichter kurzerhand, Herrn S. zum vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen, ohne den vorläufigen Gläubigerausschuss vorher anzuhören. Zurückzuführen ist diese Entscheidung des zuständigen Insolvenzrichters wohl darauf, dass sich ein Richter ungern von der Presse seine Entscheidungen vorwegnehmen lässt. Der zuständige Insolvenzrichter hat den vorläufigen Gläubigerausschuss erst rund drei Wochen nach der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters eingesetzt. Nach Ablauf der drei Wochen war es für eine Entscheidung des vorläufigen Gläubigerausschusses gemäß § 56a Abs. 3 InsO faktisch zu spät, da die verfahrensleitenden Entscheidungen bereits

772) Vertiefend zur richterlichen Rechtsfortbildung *Säcker* in: MünchKomm BGB, Band 1 (2015), Einl. Rn. 150 ff.

773) Vertiefend zur Bindung der Exekutive und Judikative an Gesetz und Recht *Herzog/Grzeszick* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Band 1 (2013), Art. 20 Abs. 3 Rn. 1 ff.

774) *Berger/Werner*, *Financial Times Deutschland (FTD)* (2.4.2012), <http://www.ftd.de/unternehmen/industrie/solar-unternehmen-vor-pleite-branchenkrise-erwischt-pionier-q-cells/70017646.html>.

getroffen waren. In solch einem Moment spüren die Verfahrensbeteiligten des Insolvenzverfahrens den normativen Zwang des Faktischen.

Ein anderes Beispiel, das aufzeigt, dass das Vertrauen in das ESUG insbesondere durch die Insolvenzgerichte weiterhin gestärkt werden muss, ist folgendes Verfahren: In einem Eigenverwaltungsverfahren hat der vorläufige Gläubigerausschuss den vorläufigen Sachwalter Herrn A. vorgeschlagen. Da das Insolvenzgericht den vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalter für abhängig gemäß §§ 274 Abs. 1, 56 Abs. 1 S. 1 InsO und damit nicht geeignet hält, bestellt es den Rechtsanwalt Herrn F. zum vorläufigen Sachwalter.⁷⁷⁵⁾ Die eingehende Prüfung der Unabhängigkeit bei der Eignungsprüfung durch das Insolvenzgericht liegt im Willen des Gesetzgebers.⁷⁷⁶⁾ Dadurch wird insbesondere das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten gestärkt. Der Insolvenzrichter setzt einen Gläubigerausschuss gemäß § 67 Abs. 1 InsO ein und bestimmte insgesamt neun Mitglieder für den Ausschuss. Der Gläubigerausschuss beantragt die Einberufung einer Gläubigerversammlung mit dem Tagesordnungspunkt „Wahl eines Sachwalters“. Dabei hat die Mehrheit der Mitglieder nach § 72 InsO, nämlich sechs von neun, an der Beschlussfassung teilgenommen. Auch ist der Beschluss mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst worden, da alle erschienenen sechs Mitglieder den Beschluss unterzeichnet haben.⁷⁷⁷⁾ Das Ziel der Gläubiger ist es, Herrn A. zum neuen Sachwalter zu wählen, da an dessen Person die Gewährung eines Massekredits geknüpft ist.⁷⁷⁸⁾ Das Insolvenzgericht weist den Antrag der Gläubiger zurück, da ein formeller Nachweis über eine wirksame Beschlussfassung fehle und kein Rechtsschutzbedürfnis vorliege, weil die Wahl eines anderen Sachwalters bereits auf der Tagesordnung der zukünftigen ersten Gläubigerversammlung in 1,5 Monaten stehe.⁷⁷⁹⁾ Auch wenn eine bereits einberufene Gläubigerversammlung nicht beliebig vorgezogen werden kann, so ist vor allem in dringenden Fragen eine Entscheidung vor dem Berichts- und/oder Prüfungstermin herbeizuführen. Mit § 75 InsO hat der Gesetzgeber die Absicht, den Einfluss der Gläubiger auf den Ablauf des Verfahrens zu stärken.⁷⁸⁰⁾ An dieser Stelle zeigt sich, dass in der Praxis die Stärkung der Gläubigerrechte noch nicht, wie vom Gesetzge-

775) AG Stendal, Beschl. v. 31.8.2012 – 7 IN 164/12, ZIP 2012, 1875 f. (1876).

776) **Frind** in: Schmidt, HambKomm InsO (2012), § 56a Rn. 25; a.A. AG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2011 – 67g IN 459/11 (*Sietas*), ZInsO 2011, 2337 ff. (2238 f.), das die Prüfung der Unabhängigkeit für entbehrlich erachtet, wenn der vorgeschlagene (vorläufige) Verwalter dem Insolvenzgericht bekannt und von anderen Insolvenzgerichten langjährig bestellt sei, so dass davon ausgegangen werde könne, dass er Erfahrungen in der betreffenden Branche habe.

777) So LG Stendal, Beschl. v. 22.10.2012 – 25 T 184/12, ZInsO 2012, 2208 ff. (2208). Auch haben die antragstellenden Gläubiger den Zweck der Gläubigerversammlung angegeben.

778) Zum möglichen Missbrauch durch sog. Großgläubiger **Haarmeyer**, ZInsO 2012, 2210 f. (2210 f.); **BAKinsO**, Pressemitteilung vom 1.10.2012, 1 (1).

779) AG Stendal, Beschl. v. 1.10.2012 – 7 IN 164/12, ZIP 2012, 2030 f. (2030).

780) LG Stendal, Beschl. v. 22.10.2012 – 25 T 184/12, ZInsO 2012, 2208 ff. (2209).

ber gewollt, umgesetzt wird.⁷⁸¹⁾ Vielmehr wird der Eindruck erweckt, dass die Insolvenzrichter die Grenze ihrer richterlichen Unabhängigkeit verkennen, wenn sie diese über das Gesetz hinaus entfalten.⁷⁸²⁾

- 297** Diese beiden Beispiele aus der Praxis zeigen, dass die Objektivität des Verfahrens nur gewahrt und das notwendige Vertrauen der Verfahrensbeteiligten in die Instrumente der Insolvenzordnung nur aufgebaut werden kann, wenn es dem Insolvenzgericht gelingt, die Gläubigerrechte anzuerkennen und sich selbst zurückzunehmen.

2. Interesse(n) in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

- 298** In Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters verfolgt das Insolvenzgericht das Interesse, einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu bestellen, der die Kompetenz hat, das Insolvenzverfahren optimal zu leiten und der die Kriterien des Gesetzes gemäß § 56 Abs. 1 InsO erfüllt. Insbesondere in Bezug auf die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters sollte es im Interesse des Insolvenzgerichts sein, einen strengen Maßstab anzulegen.⁷⁸³⁾ Vor allem im Rahmen des Schutzschirmverfahrens und somit bei der Bestellung des vorläufigen Sachwalters, sollte das Insolvenzgericht die Aufsicht und die Kontrolle der Unabhängigkeit sehr gewissenhaft ausführen und strenge Maßstäbe anlegen.⁷⁸⁴⁾ Nur so ist gewährleistet, dass alle Verfahrensbeteiligten in die Objektivität des Insolvenzverfahrens und somit auch in den (vorläufigen) Insolvenzverwalter vertrauen werden.

781) So weist auch das LG Stendal, Beschl. v. 22.10.2012 – 25 T 184/12, ZInsO 2012, 2208 ff. (2209) darauf hin, dass „eine inhaltliche Überprüfung des Antrags durch das Insolvenzgericht ein unzulässiger Übergriff in die Entscheidungsautonomie der in § 75 Abs. 1 InsO genannten Personen bzw. Gremien“ darstellt, „die ihre Verfahrensaufgaben nach der Konzeption der InsO in eigener Verantwortung unabhängig und lediglich unter Aufsicht des Insolvenzgerichts wahrnehmen.“

782) *Haarmeyer*, ZInsO 2012, 2210 f. (2211).

783) Diese Einstellung des Insolvenzgerichts spiegelt sich auch in der Umfrage des *VfD*, Auswertung des Fragebogens vom Insolvenzverwalterkongress 2012 in Berlin (Teil 1), wider. 32 % der Teilnehmer der Umfrage bewerten die Einstellung der Insolvenzrichter gegenüber ESUG als skeptisch/negativ, 39 % der Teilnehmer als neutral und 29 % der Teilnehmer als positiv. Wenn die Meinung der Insolvenzrichter nach den Erfahrungen der Teilnehmer skeptisch ist, sind die hauptsächlichsten Argumente/Sorgen „die Personen“, mit 48 %. Darunter fällt zum Beispiel der Zweifel an der Unabhängigkeit des nicht vom Gericht ausgewählten (vorläufigen) Verwalters/Sachwalters.

784) So auch AG München, Beschl. v. 29.3.2012 – 1507 IN 1125/12, NZI 2012, 566 f. (566 f.) zur Unabhängigkeit des Ausstellers einer Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 S. 3 InsO im Schutzschirmverfahren, bei dem ähnlich strenge Anforderungen zu stellen seien wie bei der Auswahl eines vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 InsO i.V.m. § 56 Abs. 1 InsO.

B. Die Divergenz der Interessen

I. Die Gläubiger untereinander

Eine Schnittmenge der Interessen der verschiedenen Gläubigergruppen liegt im Insolvenzverfahren nicht vor. Dies ist darauf zurückzuführen, dass jede einzelne Gruppe der Gläubiger, die Banken, die Lieferanten, die Arbeitnehmer und die öffentlich-rechtlichen Gläubiger, ihre eigenen Interessen verfolgt und selbst innerhalb der Gruppe Differenzen bestehen können. Zudem hängt die Interessenlage auch immer von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. **299**

Zwar treten zwischen den Gläubigern auch vereinzelt Schnittmengen auf. So haben die Lieferanten auf lange Sicht kein Interesse an der Zurücknahme ihrer gelieferten Ware, sondern ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zum Belieferten und somit an der Sanierung des Unternehmens. Auch die Arbeitnehmer haben ein primäres Interesse an der Sicherung ihrer Arbeitsplätze und an dem daraus folgenden Lohn oder dem Gehalt. Für beide Verfahrensbeteiligten steht somit die Sanierung des schuldnerischen Unternehmens an erster Stelle. Es ist jedoch zu beachten, dass die Lieferanten und die Arbeitnehmer vor allem ihre eigenen Ziele verfolgen. Nicht nur zwischen den beiden Gruppen der Lieferanten und der Arbeitnehmer, sondern auch innerhalb der Gruppen selbst gibt es dabei verschiedene Interessensziele. Jeder Lieferant versucht seine eigene Lieferbeziehung aufrechtzuerhalten. Ob ein Lieferant, möglicherweise zugleich ein Konkurrent, die Lieferbeziehung zum Schuldner aufrechterhalten kann oder keiner Anfechtung unterliegt, liegt nicht im Interessenschwerpunkt eines anderen Lieferanten. Genauso stellt es sich auch bei den Arbeitnehmern dar. Hier liegt es im Interesse jedes einzelnen Arbeitnehmers, seinen eigenen Arbeitsplatz zu erhalten. Der Erhalt aller Arbeitsplätze ist zumindest nicht das primäre Ziel des einzelnen Arbeitnehmers. **300**

Bei dem Verhältnis der Interessen der Banken zu den Interessen der Lieferanten tragen beide Gläubigergruppen regelmäßig ein hohes Risiko in Bezug auf das Krisenunternehmen. Somit kann die Insolvenz für beide Gläubiger starke finanzielle Einbußen zur Folge haben. Infolgedessen versuchen die Lieferanten und vor allem die Banken, ihr eigenes Risiko weitgehend abzubauen, indem sie ihre Sicherheiten durchsetzen. Doch auch hier ist zu beachten, dass nicht nur beide Gruppen, die Banken und die Lieferanten, verschiedene Ziele verfolgen. Jede einzelne Bank und jeder einzelne Lieferant versucht sein eigenes Interesse im Insolvenzverfahren durchzusetzen, unabhängig von den anderen Verfahrensbeteiligten. Für die einzelne Bank ist es das größte Interesse, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter ihr gegenüber so wenig anfechtet wie nur möglich. Der Lieferant ist primär nur an seiner Lieferbeziehung zum Schuldner interessiert und sieht vielleicht sogar einen Vorteil darin, wenn die Lieferbeziehung zu einem anderen Lieferanten eingestellt wird. Ein Konkurrenzverhalten bleibt somit auch in der Insolvenz bestehen. In Bezug auf die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters sind beide Verfahrensbeteiligten daran inte- **301**

ressiert, dass ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter ausgewählt und bestellt wird, der ihre Rechte anerkennt und nicht anfecht.

- 302** Exemplarisch für die Praxis ist auch die Interessenlage zwischen den öffentlich-rechtlichen Gläubigern und den Arbeitnehmern. Verfolgen die öffentlich-rechtlichen Gläubiger das Ziel, einer Anfechtung der vom Schuldner empfangenen Leistungen zu entgehen, ist es das Ziel der Arbeitnehmer, ihren Arbeitsplatz zu erhalten und nicht auf ihren Lohn oder ihr Gehalt zu verzichten. Besonders deutlich wird die Divergenz der Interessen bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Die öffentlich-rechtlichen Gläubiger sind an einem (vorläufigen) Insolvenzverwalter interessiert, der keine Anfechtungen zur ihren Lasten durchführt. Die Arbeitnehmer sind hingegen an einem (vorläufigen) Insolvenzverwalter interessiert, der ihre Arbeitsplätze erhält und ihren Lohn und ihr Gehalt schützt. Eine Interessenüberschneidung liegt folglich nicht vor.
- 303** Festzuhalten ist, dass nicht nur die unterschiedlichen Gläubigergruppen, sondern auch die Gläubiger innerhalb der Gläubigergruppe auf ihren eigenen Vorteil bedacht sind. Die Interessen der Verfahrensbeteiligten sind von Opportunismus geprägt. Der eigene Vorteil ist das Interesse eines jeden Gläubigers.

II. Die Divergenz der Interessen der Gläubiger, des Schuldners und des Insolvenzgerichts

- 304** An das opportunistische Verhalten der Gläubiger knüpft auch das Interesse des Schuldners an. Der Schuldner verfolgt das opportunistische Ziel, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter keine Veränderung der Position der Organe und der Gesellschafter (§§ 217, 225a InsO) im Unternehmen und keine Organhaftungsansprüche oder Ansprüche aus Gesellschafterfremdfinanzierung vornimmt.⁷⁸⁵⁾ Nach dem Verfahrensziel des § 1 S. 1 InsO sollte es zwar auch ein Ziel des Schuldners sein, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Abwicklung des Insolvenzverfahrens so gestaltet, dass die Gläubiger eine möglichst hohe Befriedigungsquote zu verzeichnen haben und das Vermögen sachgerecht verwertet wird.⁷⁸⁶⁾ Dies entspricht aber nicht der Praxis.
- 305** Auch das Insolvenzgericht verfolgt opportunistische Interessen. Es hat die Aufgabe, die Objektivität des Verfahrens zu wahren. Zudem ist es das Interesse des Insolvenzgerichts, der mit dem ESUG verfolgten gesetzgeberischen Absicht Geltung zu verschaffen und so den staatlichen Auftrag aus Art. 20 Abs. 3 GG zu wahren. Im

785) Eine detaillierte Darstellung des opportunistischen Verhaltens des Schuldners bei der Kreditfinanzierung liefert *Franke/Hax*, Finanzwirtschaft des Unternehmens und Kapitalmarkt (2009), 470 ff.

786) *Häsemeyer*, Insolvenzrecht (2007), Rn. 6.23.

Zuge dessen hat es auch die Aufsicht über den Schuldner und den (vorläufigen) Insolvenzverwalter⁷⁸⁷⁾ zu führen.

Die Gläubiger, der Schuldner und das Insolvenzgericht unterliegen im Insolvenzverfahren damit alle dem Opportunismus. Eine darauf bezogene Schnittmenge der Interessen gibt es nicht. **306**

§ 7 Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse

A. Feststellung der Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse

Wie aufgezeigt, harmonisieren die einzelnen Interessen der Verfahrensbeteiligten nicht miteinander. Vielmehr ist der Opportunismus, und damit das Streben jedes Einzelnen nach dem für ihn größtmöglichen Vorteil, das Interesse eines jeden Beteiligten im Insolvenzverfahren. Aus dem Verfolgen der eigenen Interessen resultieren Opportunismusgefahren. **307**

I. Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse im Insolvenzverfahren im Allgemeinen

1. Asymmetrische Informationsverteilung

Unter Opportunismus wird aus ökonomischer Sicht das Verhalten einer Vertragspartei verstanden, durch das sie sich zu Lasten ihres Vertragspartners systematisch einen Vorteil zu sichern versucht.⁷⁸⁸⁾ Wie schon dargestellt, ist der Opportunismus der Ausfluss daraus, dass der Mensch als *homo oeconomicus*⁷⁸⁹⁾ stets die Handlungsvariante bevorzugt, aus der er selbst den größtmöglichen Nutzen zieht. Das frühe wohlfahrtsökonomische Modellgebäude effizienter Ressourcenallokation gründete sich auf dem idealtypischen Bild des Menschen als *homo oeconomicus*. Danach war dieser ein vollständig informiertes und vollständig rational handelndes Individuum und man ging zudem davon aus, dass alle handelbaren Ressourcen transaktionskostenfrei den Weg in die Hände dessen fänden, der aus ihnen den größten gesamtgesellschaftlichen Nutzen zöge.⁷⁹⁰⁾ **308**

787) *Blümle* in: Braun, InsO (2014), § 58 Rn. 1 ff. klarstellend für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter. Klarstellend für die Aufsicht über den vorläufigen Sachwalter *Zipperer* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 274 Rn. 6.

788) Ausführlich dazu *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism (1985), 64 ff.

789) Der *homo oeconomicus* charakterisiert sich durch eigeninteressiertes und rational bestimmtes Handeln, um seinen Nutzen zu maximieren und auf Restriktionen zu reagieren. Dabei hat er feststehende Präferenzen und verfügt über (vollständige) Information, *Franz* in: Universität Potsdam, International economics working paper (2004-02), 4.

790) Überblicksartig dazu *Eidenmüller*, JZ 2005, 216 ff. (217 ff.); mit ausführlicher Darstellung *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit (2009), 21 ff.

- 309** Keine Beachtung findet hierbei jedoch der Gedanke, dass der Markt von Informationsasymmetrien begleitet wird. In der Praxis ist ein klassisches Beispiel für eine Informationsasymmetrie das „Mitbringen“ des vorläufigen Sachwalters durch den Schuldner nach § 270b Abs. 2 S. 2 1. Hs. InsO.⁷⁹¹⁾ Der Schuldner weiß in diesem Fall mehr über die Person des vorläufigen Sachwalters als die Gläubiger. Es liegt eine ungleiche Informationsverteilung vor, eine Informationsasymmetrie.
- 310** Dieses Fundamentalproblem moderner Wirtschaftsordnungen erkannte *von Hayek*,⁷⁹²⁾ der sich mit der Frage beschäftigt hat, welche Institutionen gewährleisten könnten, jedem Akteur das Wissen zu verschaffen, das er benötige, um seine Entscheidungen in das gesamtwirtschaftliche System einzubetten. Dass jedermann alles weiß, trifft für die Wirklichkeit nicht zu. Anknüpfend an *von Hayek* analysiert *Coase* die Rechtswelt auf ihre sich in Transaktionskosten abbildenden wirtschaftlichen Auswirkungen, damit ihre rechtlichen Institutionen ökonomisch effizient gestaltet werden können.⁷⁹³⁾ *Coase* stellt fest, dass Rechtspositionen im Markt immer dann umgruppiert werden, wenn dies im Ergebnis zu einer Produktionswertsteigerung führt.⁷⁹⁴⁾ Die Umgruppierung variere nach den dabei entstehenden Transaktionskosten. Da die Transaktionskosten durch staatliche Vorgaben in nicht mehr dispositive und handelbare Bahnen gelenkt werden, haben nach *Coase* der Gesetzgeber und die Gerichte auf ökonomische Aktivitäten direkten Einfluss, wenn die Transaktionskosten vorbeugend hoch liegen, so dass die vom Rechtssystem vorgegebene Anordnung von Rechtspositionen nicht geändert wird.⁷⁹⁵⁾ Im nächsten Schritt legt *Posner* fest, dass das Recht so zu gestalten sei, dass die Transaktionskosten, die den Markt nicht zu effizienten Ergebnissen führen, minimiert werden müssten. Funktioniert der Markt dann immer noch nicht, sei das Recht so zu gestalten, dass es den Markt „imitiere“.⁷⁹⁶⁾ *Akerlof* wies daran anknüpfend nach, unter Zugrundelegung der theoretischen Annahme einer nur einmaligen Transaktion zwischen denselben Marktteilnehmern und ohne (unmittelbaren) Bezug zu einer ökonomischen Analyse des Rechts, dass leicht beobachtbare Produktinformationen kein legislatives Eingreifen erfordern würden. Ein legislatives Eingreifen zur Verhinderung des Marktversagens bei qualitätsbezogenen Informationsasymmetrien, die sich auf schwer beobachtbare Produkteigenschaften beziehen, sei hingegen notwendig.⁷⁹⁷⁾

791) Das Problem des „mitgebrachten“ Sachwalters wurde schon unter § 3 E. II. aufgegriffen.

792) *Von Hayek*, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung (1952), 70 ff.

793) Dazu *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit (2009), 69 ff.

794) *Coase*, The Journal of Law and Economics 1960, 1 ff. (1 ff.).

795) *Coase*, The Firm the Market and the Law (1990), 114 ff.

796) Zusammenfassung des Posner'schen Programms *Polinsky* in: Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts (1978), 113 ff. (121).

797) *Akerlof*, The Quarterly Journal of Economics 1970, 488 ff. (488 ff.); bereits vorher in ähnlicher Weise *Arrow*, The American Economic Review 1963, 941 ff. (941 ff.), der bei seiner Analyse von Versicherungsmärkten asymmetrisch verteilte Informationen zugrunde gelegt hat.

Die Informationsasymmetrie führt zu Risiken. Zum einen zum Risiko des Informationsdefizits. Zum anderen zum Risiko, dass ein anderer das Informationsdefizit zum eigenen Vorteil ausnutzt. Darin zeigt sich die Opportunismusgefahr, das heißt, das Ausnutzen von Informationsasymmetrien durch eine Verhandlungs- und Informationsstrategie eines Vertragspartners, um den eigenen Profit zu erhöhen. Informationsasymmetrien begründen eine strukturelle Unterlegenheit des Informationsadressaten, die der besser Informierte auflösen oder zu seinem eigenen Vorteil, also opportunistisch ausnutzen und sich hierdurch nicht leistungsbedingte Vorteile verschaffen kann.⁷⁹⁸⁾ **311**

2. Gefangenendilemma

In der Insolvenz entflammen die Opportunismusgefahren regelmäßig. Dies lässt sich besonders gut mit einem zentralen Bestandteil der nichtkooperativen Form der Spieltheorie⁷⁹⁹⁾ erläutern. Unter gleichen Rahmenbedingungen haben die Vertragspartner keine Veranlassung, einander zu übervorteilen. Der beiderseitige Ertrag für kooperatives Verhalten ist für beide höher als der Ertrag resultierend aus einem opportunistischen Verhalten. Kann aber ein Vertragspartner den Leistungen, zum Beispiel bedingt durch eine Insolvenz, nicht mehr nachkommen, ist der Anreiz stark, sich einen zusätzlichen Vorteil zu verschaffen. In einem strategischen Spiel ist das das Problem der „letzten Runde“. Die Spieltheorie erfasst dieses Problem als das sogenannte „Gefangenendilemma“. Dieses soziale Dilemma hat Tucker⁸⁰⁰⁾ folgendermaßen zusammengefasst: **312**

Zwei Gefangene werden verdächtigt, gemeinsam eine Straftat begangen zu haben. Die Höchststrafe für das Verbrechen beträgt sechs Jahre. Entscheiden sich die Gefangenen zu schweigen (Kooperation), werden beide zu kleineren Delikten und jeweils zu zwei Jahren Haft verurteilt. Gestehen beide die Tat (Defektion), erwartet beide eine Gefängnisstrafe, wegen der Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden jedoch nicht die Höchststrafe, sondern lediglich vier Jahre Haft. Gesteht nur einer (Defektion) und der andere schweigt (Kooperation), bekommt derjenige, der die Tat gesteht, als Kronzeuge eine symbolische einjährige Bewährungsstrafe und derjenige, der schweigt, bekommt die Höchststrafe von sechs Jahren Haft. Beide Gefangenen **313**

798) **Tietzel**, Probleme der asymmetrischen Informationsverteilung beim Güter- und Leistungstausch (1988), 3 f.

799) Die Spieltheorie lässt sich in die kooperative und die nichtkooperative Spieltheorie unterscheiden. Die kooperative Form der Spieltheorie beschreibt den Fall, dass die Akteure untereinander bindende Verträge abschließen können, während bei einer nichtkooperativen Form keine Verträge abgeschlossen werden und sich die Verhaltensweisen nach egoistischen Interessen richten.

800) Der Namensgeber des „Gefangenendilemmas“ ist der US-amerikanische Mathematiker **Albert William Tucker**.

*werden zu der Tat in getrennten Räumen angehört und haben keine Möglichkeit sich abzusprechen.*⁸⁰¹⁾

- 314** Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Aussage eines Spielers nicht nur von der eigenen, sondern auch von der Entscheidung des Komplizen abhängt. Kollektiv ist es objektiv für beide vorteilhafter zu schweigen. Schweigen beide, so würden beide nur jeweils zu zwei Jahren inhaftiert werden. Der Verlust für beide zusammen würde somit zwei Jahre betragen. Jede andere Kombination, *Kooperation* oder *Defektion*, würde zu einem höheren Verlust führen. Individuell scheint eine Aussage für beide vorteilhafter zu sein.⁸⁰²⁾ Die Situation für den einzelnen Gefangenen stellt sich konkret wie folgt dar: Gesteht der andere, reduziert seine Aussage die Strafe von sechs auf vier Jahre. Schweigt der andere Gefangene hingegen, dann kann er mit seiner Aussage die Strafe von zwei Jahre auf ein Jahr reduzieren. Somit ist individuell eine *Defektion* zu empfehlen, da dabei die Aussage nicht vom Verhalten des anderen abhängt.
- 315** Das „*Dilemma*“ beruht aber nun darauf, dass die kollektive Analyse, anders als die individuelle, zu einem anderen Handlungsergebnis führt. Die fehlende Verständigungsmöglichkeit provoziert einen einseitigen Verrat, durch den der Verräter das für ihn individuell bessere Ergebnis zu erreichen hofft. Verfolgen dabei beide Gefangene diese Strategie, so verschlimmern sie – auch individuell – ihre Lage. Sie erhalten dann jeweils vier statt zwei Haftjahre. Das „*Dilemma*“ besteht konkret darin, dass beide Gefangene dazu verleitet werden, zu gestehen. Im Ergebnis führt das jedoch zu einem schlechten Resultat. Effektiver wäre für beide die *Kooperation*, die aber anfälliger für einen Vertrauensbruch ist.
- 316** Auch im Insolvenzverfahren begegnet man genau diesem in der Spieltheorie erfassten „*Gefangenendilemma*“ im übertragenen Sinn. Das *Gefangenendilemma* setzt nach *Tucker* voraus, dass die Spieler nicht miteinander kommunizieren können und die Entscheidungen simultan getroffen werden. Im Insolvenzverfahren ist aber durchaus ein Informationsaustausch möglich. Das klassische Beispiel aus der Praxis ist dabei der Pool, in dem die Gläubiger sich untereinander austauschen können. Auch haben die Gläubiger im vorläufigen Gläubigerausschuss und in der Gläubigerversammlung die Möglichkeit, sich zu verständigen. Zudem können die Gläubiger mit dem Schuldner und mit dem Insolvenzgericht und umgekehrt kommunizieren. Aber auch bei der möglichen Kommunikation unter den Verfahrensbeteiligten und bei sequenzieller Struktur bleibt die Dilemmastruktur bestehen, so dass die fehlende Kommunikation und die simultanen Entscheidungen keine zwingenden Voraussetzungen zur Übertragung des Gefangenendilemmas auf die Situation des Insolvenzverfahrens sind.

801) Hier in verkürzter Form dargestellt. Die Originalversion von *Tucker* aufgreifend *Berninghaus/Erhardt/Güth*, Strategische Spiele: Einführung in die Spieltheorie (2010), 14.

802) Vgl. *Axelrod*, The Evolution of Cooperation (1984), 109 f.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, das *Gefangenendilemma* unter den Verfahrens- **317**
beteiligten aufzulösen.⁸⁰³⁾ Exemplarisch ist das Verhältnis zwischen den Gläubigern und dem Schuldner. In der Übertragung des *Gefangenendilemmas* auf das Insolvenzverfahren⁸⁰⁴⁾ und dabei speziell auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, spielt sich die Situation in dem Verhältnis zwischen den Gläubigern und dem Schuldner wie folgt ab: Nimmt man an, Spieler 1 sind die Gläubiger. Zur *Kooperation* verfolgen sie die Strategie C. Die Strategie C ist die weitere Belieferung, die weitere Erbringung der Arbeitsleistung und die Aufrechterhaltung des Darlehensvertrags etc., um die ordnungsgemäße Abwicklung des Insolvenzverfahrens zu gewährleisten oder eine Sanierung zu unterstützen. Die *Deflektion*, die Strategie D, ist, dass ihre Forderungen so wenig wie möglich durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter angefochten und ihre Aus- und Absonderungsrechte anerkannt werden.

Spieler 2 ist der Schuldner. Seine Strategie C ist es, die Insolvenzmasse nicht zu **318**
schmälern und insbesondere in der Eigenverwaltung die Unabhängigkeit des vorläufigen Sachwalters zu wahren, um das Vertrauen aller Verfahrensbeteiligten für ein erfolgreiches Insolvenzverfahren zu gewinnen. Seine Strategie D und damit die *Deflektion* ist, dass der Insolvenzverwalter die Organe und die Gesellschafter an Ort und Stelle belässt und Ansprüche aus der Gesellschafterfremdfinanzierung nur untergeordnet angreift.

Kollektiv ist es objektiv für die Gläubiger und den Schuldner vorteilhafter zu **319**
kooperieren. Die Gläubiger behalten durch die Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehungen zum Schuldner eine Geschäftsbeziehung und können so eine Sanierung fördern. Mit der Unterstützung der Gläubiger kann der Schuldner die Insolvenzmasse aufrechterhalten und ist, im Hinblick auf eine mögliche Sanierung, bemüht, einen unabhängigen (vorläufigen) Sachwalter in das Insolvenzverfahren einzubringen, um das Vertrauen der Gläubiger zu gewinnen. Die Realität ist aber leider DD statt CC. Die Gläubiger wollen, dass so wenig wie möglich angefochten wird und ihre Aus- und Absonderungsrechte anerkannt werden. Der Schuldner verfolgt hingegen das Ziel, dass die Organe und Gesellschafter an Ort und Stelle belassen und Ansprüche aus der Gesellschafterfremdfinanzierung nur untergeordnet angegriffen werden. Individuell scheint es daher sinnvoller, der Strategie der *Deflektion* zu folgen, da diese Entscheidung nicht vom Verhalten des anderen Verfahrensbeteiligten abhängig ist und man seine Ziele mit weniger Risiko durchsetzen kann. Das (langfristig) bessere Resultat wäre aber mit einer *Kooperation* zu erzielen. Um dieses „Dilemma“ zu lösen, sind

803) Als Verhältnisse würden dabei das Verhältnis zwischen den Gläubigern und dem Schuldner, das Verhältnis zwischen den Gläubigern und dem Insolvenzgericht und das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Insolvenzgericht in Betracht kommen.

804) Speziell zu dem Gefangenendilemma der Gläubiger *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz (1999), 19 ff.

zunächst die opportunistischen Gefahren auf der Ebene der Gläubiger aufzulösen, um dann das Verhältnis zwischen den Gläubigern und dem Schuldner auszugleichen.

3. Gefahr der „Trittbrettfahrer“

- 320** Eine weitere Gefahr, die sich im Insolvenzverfahren zeigt, ist die Gefahr der „*Trittbrettfahrer*“.⁸⁰⁵ In den Verhandlungen geht es häufig darum, dem notleidenden Unternehmen Fremdkapital zu Verfügung zu stellen und auf Forderungen zu verzichten. Da diese Maßnahmen dem Erhalt des gesamten Unternehmens dienen, kommt eine Handlung eines Gläubigers neben dem schuldnerischen Unternehmen auch allen anderen Gläubigern zugute. Daraus resultiert für alle Gläubiger der Anreiz, darauf zu hoffen, dass ein anderer Gläubiger die erforderlichen Maßnahmen ergreift wird.⁸⁰⁶ Problematisch wird diese Situation der Trittbrettfahrer, wenn diese Taktik nicht nur von einem Gläubiger, sondern von mehreren Gläubigern verfolgt wird. Je mehr Gläubiger diese Taktik verfolgen, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit des Scheiterns der Sanierungsbemühungen. Im Ergebnis ist individuell rationales Handeln der Gläubiger für die Gruppe der Gläubiger suboptimal.⁸⁰⁷
- 321** Exemplarisch für die Gefahr der Trittbrettfahrer ist in der Praxis, dass sich die Gläubiger den (vorläufigen) Insolvenzverwalter „mitbringen“. Durch lobbyistische Gläubigerstrukturen können vor allem die Banken großen Einfluss und Druck auf die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ausüben. Versucht eine Bank den (vorläufigen) Insolvenzverwalter durch Absprachen zu binden, werden dies auch andere Banken versuchen. Die Gefahr der Trittbrettfahrer realisiert sich.

II. Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Konkreten

- 322** Diese allgemeinen Barrieren, die sich durch das ganze Insolvenzverfahren ziehen und sich auch nicht auf dieses begrenzen, finden auch bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ihren Ausdruck. So findet sich hier das Insolvenzgericht wieder, das seine Rechte und seine Stellung nicht einbüßen will, die Gläubiger, die ihre Rechte gänzlich ausschöpfen und das Insolvenzgericht in der Entscheidungsfindung binden wollen und der Schuldner, der darauf bedacht ist, einen (vorläufigen) Verwalter zu wählen, der seine Interessen vertritt und dennoch das Vertrauen der Gläubiger gewinnt. All diese verschiedenen Interessen treffen bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters aufeinander und führen zu Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnissen.

805) Die Problematik der „*Trittbrettfahrer*“ wird zumeist in Verbindung mit der außergerichtlichen Sanierung genannt. Die „*Trittbrettfahrer-Problematik*“ ist aber durchaus auch im allgemeinen Ablauf des Insolvenzverfahrens zu beobachten.

806) *Drukarczyk/Schöntag* in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 3 Rn. 3.

807) *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz (1999), 126.

1. Das Insolvenzgericht

Das Insolvenzgericht hat bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters die Möglichkeit, viele Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse zu schaffen, aber auch aufzulösen beziehungsweise nicht entstehen zu lassen. Eine Vertrauensbarriere beziehungsweise ein Kooperationshemmnis direkt zu Beginn des Auswahl- und Bestellungsprozesses ist, dass die Gläubiger die Befürchtung haben, dass sie zu der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht angehört werden, da ein vorläufiger Gläubigerausschuss nach § 22a InsO erst nach der Benennung des vorläufigen Insolvenzverwalters eingesetzt wird, um nachteilige Vermögensveränderungen zu vermeiden.⁸⁰⁸⁾ Diese Befürchtung resultiert daraus, dass die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses vor der Benennung des vorläufigen Insolvenzverwalters hohe organisatorische Herausforderungen nach sich zieht, da die ordnende und leitende Hand des vorläufigen Insolvenzverwalters fehlt.⁸⁰⁹⁾ Die Regel ist somit, dass der vorläufige Gläubigerausschuss erst gleichzeitig oder nach der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters gemäß § 22a Abs. 3 InsO eingesetzt wird und (nur) ein anschließendes Neubenennungsrecht nach §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 56a Abs. 3 InsO hat.⁸¹⁰⁾ Dass eine gleichzeitige oder nachträgliche Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters zulässig ist, zeigt sich zum einen an § 22a Abs. 4 InsO, der beinhaltet, dass auch der vorläufige Insolvenzverwalter Vorschläge zur Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses abgeben kann, und zum anderen an § 56a Abs. 3 InsO, der genau diese Fälle auffängt. Dadurch wird bei den Gläubigern der Eindruck erweckt, dass das Insolvenzgericht vereinfacht die Möglichkeit hat, das Anhörungsrecht zu umgehen. Vertrauen in das Institut des vorläufigen Gläubigerausschusses zu schaffen, scheint somit nur schwer erreichbar zu sein. Um die Beeinträchtigung der Insolvenzmasse zu verhindern und die Einflussmöglichkeit der Gläubiger zu schützen, könnte eine mögliche Lösung sein, dass das Insolvenzgericht auf die Möglichkeit nach §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 56a Abs. 3 InsO hinweist. Danach kann der vorläufige Gläubigerausschuss in seiner

808) Zu dieser Problematik auch jüngst **Foerste**, ZJP 2012, 265 ff. (274 f.).

809) **Hölze**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 30; **Neubert**, Vorstandsmitglied des BAKInso e.V., des Instituts für Insolvenzrecht e.V. und RiAG Hannover, Interview am 23.10.2012, der die Möglichkeit sieht, potentielle Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses telefonisch, statt postalisch, zu kontaktieren und gleich einen Termin zur ersten Sitzung anzuberaumen. Laut Neubert ist es aber „*entgegen manchen Annahmen nicht möglich, dass die künftigen Ausschussmitglieder schon vor der Bestellung und Konstituierung praktisch auf Vorrat eine Entscheidung treffen. Insofern hat das Gesetzgebungsverfahren offenbar zu hohe Ansprüche geweckt.*“ Diese Aussage bestätigt folglich nur die aufgeführte Problematik, dass der vorläufige Gläubigerausschuss erst nach der Benennung des vorläufigen Insolvenzverwalters eingesetzt wird.

810) Diese Problematik entfaltet auch für die Bestellung des vorläufigen Sachwalters nach § 270a InsO Gültigkeit. Die Gläubiger haben jedoch die Möglichkeit, sobald die Fortsetzung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für sie führt, die der vorläufige Sachwalter gemäß §§ 270a Abs. 1, 274 Abs. 3 InsO dem Insolvenzgericht und den Gläubigern unverzüglich anzuzeigen hat, einen Aufhebungsantrag nach § 272 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO zu stellen.

ersten Sitzung einstimmig einen anderen (vorläufigen) Insolvenzverwalter wählen. Zudem könnte sich bereits bei der Insolvenzantragstellung ein repräsentativ ausgewählter Gläubigerausschuss mit schriftlichen Zustimmungserklärungen, das Amt übernehmen zu wollen, bei Gericht für einen (vorläufigen) Verwalterkandidaten aussprechen. Dadurch umgeht man die Problematik des Zeitmoments. Ferner könnte sich in diesem Zusammenhang eine Schwäche daraus ergeben, dass der vorläufige Insolvenzverwalter den zeitgleich oder nachträglich eingesetzten vorläufigen Gläubigerausschuss nicht über dessen Rechte aus § 56a Abs. 3 InsO informiert. Um dieser möglichen Schwäche des Insolvenzrechts entgegenzuwirken, hat der vorläufige Insolvenzverwalter in die Tagesordnung auch den Punkt „*Abstimmung über die Person des vorläufigen Insolvenzverwalters gemäß § 56a Abs. 3 InsO*“ aufzunehmen.⁸¹¹⁾ Sieht der vorläufige Insolvenzverwalter davon ab, ist damit ein Pflichtverstoß begründet, der an der Unbefangenheit und an der Eignung des vorläufigen Insolvenzverwalters Zweifel begründet und ein aufsichtsrechtliches Einschreiten des Insolvenzgerichts gebietet und sogar eine Entlassung nach § 59 Abs. 1 InsO i.V.m. § 56a Abs. 3 InsO zulässt.⁸¹²⁾

- 324** Ferner hat der Gesetzgeber zwar für den derivativen Pflichtausschuss das Problem geregelt, dass es nicht die Aufgabe des Insolvenzrichters sein kann, die schriftlichen Übernahmebereitschaftserklärungen der Gläubiger einzuholen, in denen die designierten Mitglieder gemeinsam mit dem Antrag benannt und ihre Zustimmungserklärungen in schriftlicher Form dem Gericht vorgelegt werden gemäß § 22a Abs. 2 InsO. Eine gesetzliche Regelung für den originären Pflichtausschuss fehlt hingegen. Zwar kann das Insolvenzgericht den Schuldner oder den vorläufigen Insolvenzverwalter, der ohne die Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses eingesetzt worden ist, gemäß § 22a Abs. 4 InsO auffordern, Personen zu benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen. Hierbei geht der Gesetzgeber aber davon aus, dass es sich um derivative und nicht auch um originäre Pflichtausschüsse handelt.⁸¹³⁾ Die Gefahr besteht somit darin, dass der Insolvenzrichter die Aufforderung, Personen zu benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen, als zeitliche Verzögerung und somit als nachteilig für die Vermögenslage des Schuldners wertet und in der Konsequenz somit von der Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses absieht. Diese Schwäche kann jedoch dadurch ausgeglichen werden, dass die Vorschrift des § 22a InsO systemkohärent auslegt wird. Nach § 22a Abs. 3 InsO ist bei einem laufenden Geschäftsbetrieb, der Defizite erwirtschaftet, jede noch so kleine Verzögerung mit Nachteilen für die Vermögenslage des Schuldners verbunden. In der Konsequenz ist das Insolvenzgericht gehalten, von der Möglichkeit des § 22a Abs. 4 InsO umfangreich Gebrauch zu machen. In der Praxis bedeutet dies, dass das Insolvenzgericht mit den An-

811) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 31.

812) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 31.

813) Vgl. *Mönnig* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 22a Rn. 25 ff.

gaben nach § 13 Abs. 1 InsO und, sowie es Kenntnis von der Erfüllung der Größenklassen erhält, obligatorisch vom Schuldner die Benennung von möglichen Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses, samt der schriftlichen Erklärungen der Übernahmebereitschaft, verlangen sollte.⁸¹⁴⁾

Eine weitere Vertrauensbarriere und/oder ein weiteres Kooperationshemmnis kann das Ausnutzen der Möglichkeit durch das Insolvenzgericht sein, im Eröffnungsbeschluss den „eigenen“ Verwalterkandidaten durchzusetzen.⁸¹⁵⁾ Das ist dann der Fall, wenn das Insolvenzgericht nicht auch im Eröffnungsbeschluss an das Ergebnis der Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses gebunden ist. Zum Schutz der Gläubiger ist anzunehmen, dass die Entscheidung, die der vorläufige Gläubigerausschuss nicht nur für das Amt des vorläufigen Insolvenzverwalters, sondern auch für das Amt des Insolvenzverwalters trifft, auch für das Insolvenzgericht verbindlich ist.⁸¹⁶⁾ Zwar sieht der Gesetzeswortlaut nach §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 56a Abs. 1 InsO vor, dass der vorläufige Gläubigerausschuss einmal vor der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters und nach § 56a Abs. 1 InsO noch einmal vor der Bestellung des endgültigen Insolvenzverwalters bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens angehört werden soll. Bestellt der vorläufige Gläubigerausschuss aber eine Person zum vorläufigen Insolvenzverwalter, die ohne Zweifel auch die Funktion des endgültigen Insolvenzverwalters übernehmen soll, bedeutet eine zweite Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses reine Förmerei und Zeitverlust für das Insolvenzverfahren. Demnach ist, bestehen nicht begründete Zweifel an der Richtigkeit der Wahlentscheidung des vorläufigen Gläubigerausschusses, für das Insolvenzgericht davon auszugehen, dass nicht nur die zweite Anhörung entbehrlich, sondern auch die Wahl der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters für die Wahl des (endgültigen) Insolvenzverwalters gelten soll.⁸¹⁷⁾ Dem steht auch nicht entgegen, dass der vorläufige Gläubigerausschuss nach § 22 Abs. 2 Nr. 1a InsO und der vorläufige Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren nach § 67 Abs. 1 InsO verschiedene Organe sind, da sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbegründung und der Systematik des § 56a Abs. 1 InsO ergibt, dass der vorläufige Gläubigerausschuss des Eröffnungsverfahrens zur Person des zu bestellenden Insolvenzverwalters anzuhören ist und nicht der vorläufige Gläubigerausschuss des eröffneten Verfahrens.⁸¹⁸⁾

325

814) Auch in der Gesetzesbegründung BT-Drs. 17/5712, 25 heißt es, dass bei einem Eigenantrag des Schuldners eine Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses meist „*zügig erfolgen*“ könne, wenn der Schuldner seinem Antrag „*ein vollständiges Verzeichnis seiner Gläubiger samt einer Kenntlichmachung der für die Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses in Frage kommenden Gläubiger beifügt.*“

815) **Obermüller**, ZInsO 2012, 18 ff. (24); **Hötzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 50.

816) Vgl. **Hötzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 50.

817) So auch **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56a Rn. 5; a.A. **Frind**, ZInsO 2011, 2249 ff. (2256).

818) **Hötzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 50.

2. Die Gläubiger

- 326** Auch die Gläubiger unterliegen nicht nur Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnissen, sondern sind für diese bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters auch verantwortlich. Ein Problem der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters stellt sich bei dem Vorschlag eines Gläubigers oder bei dem (einstimmigen) Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 56a Abs. 1 InsO heraus. In der Praxis vollzieht sich die Stimmbildung zumeist auf der Ebene der Großgläubiger, da die vielen Kleingläubiger in den meisten Fällen nicht über die Zeit und die Mittel verfügen, sich an dem Verfahren vollumfänglich zu beteiligen und die Höhe ihrer Forderung sie regelmäßig auch nicht zu einem großen Arbeitsaufwand motiviert.⁸¹⁹⁾ Unter die Großgläubiger fallen vor allem die Banken, Kreditversicherer und die öffentliche Hand.⁸²⁰⁾ Die Gefahr besteht hierbei, dass sich lobbyistische Verwalterstrukturen bilden, die nicht mehr die Gewähr für die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters bieten, da der (vorläufige) Insolvenzverwalter befürchtet, geht er gegen diese vor, in einem künftigen Insolvenzverfahren nicht mehr berücksichtigt zu werden.⁸²¹⁾ Damit könnten lobbyistische Seilschaften zwischen den (vorläufigen) Verwaltern und den Gläubigern entstehen, die sicherstellen, dass immer wieder die gleichen (vorläufigen) Verwalter in den Insolvenzverfahren mit den gleichen Gläubigern eingesetzt werden. Es besteht die Gefahr, dass Anfechtungs- und Regressansprüche nicht dem gesetzgeberischen Willen entsprechend berücksichtigt werden.⁸²²⁾ Kleinere und mittlere Gläubiger und insbesondere Arbeitnehmer haben dann einen Nachteil, da sie nicht über die Zeit, das Geld und die professionellen Berater verfügen, um ihre eigenen Interessen

819) **Neubert**, Vorstandsmitglied des BAKinso e.V., des Instituts für Insolvenzrecht e.V. und RiAG Hannover, Interview am 23.10.2012.

820) „Zunehmend entdeckten aber auch Hedgefonds Insolvenzverfahren als unregulierten Nebenmarkt und kaufen sich in Insolvenzverfahren ein.“, so **VID**, Pressemitteilung vom 25.10.2012, 1.

821) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 13. Es muss vorliegend differenziert werden. So stellt **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012, klar, dass sich in der Praxis die Großgläubiger im Vorfeld der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses zusammensetzen. „Dieses Zusammensetzen ist aber nicht verwerflich, da die Großgläubiger auch die Gläubiger mit den höchsten Forderungen und somit mit dem größten Verlustrisiko sind. Zu beachten ist dabei jedoch auch, dass die Großgläubiger keine homogene Gruppe sind. Die besicherten, unbesicherten und kreditversicherten Großgläubiger haben alle verschiedene Interessen und damit unterschiedliche Ziele. Im Vorfeld der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses versuchen sich die Großgläubiger deshalb „zusammenzurufen“. Konstruktiv gibt es folglich die lobbyistischen Gläubigerstrukturen, diese sind aber als positiv für das Insolvenzverfahren zu sehen.“ Vorliegend ist aber nicht das Zusammensetzen der Gläubiger im Vorfeld der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses gemeint. Dem Insolvenzverfahren als Eilverfahren ist dieses Zusammensetzen der Großgläubiger dienlich, da sie schon im Vorfeld der Entscheidungen im vorläufigen Gläubigerausschuss um eine Koordination der antagonistischen Interessen bemüht sind. Vielmehr geht es vorliegend um das bewusste Einwirken auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, insbesondere durch die Großgläubiger.

822) So auch unter anderem **Trams**, NJW-Spezial, 2012, 149 f. (149 f.).

stärker gegen die Großgläubiger durchsetzen zu können.⁸²³⁾ Zwar hat der Gesetzgeber dieses Problem gesehen und darauf auch schon reagiert, indem er in § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO klargestellt hat, dass nur Gläubiger und nur solche, die mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens Gläubiger werden, zu Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses bestellt werden können. Dies wirkt vorbeugend gegen die Bildung reiner „Berufsgläubigerausschüsse“, die möglicherweise feste Beziehungen zu bestimmten Verwaltern aufbauen.⁸²⁴⁾ Zudem muss die Entscheidung zur Person des Verwalters einstimmig erfolgen. Ein Überstimmen ist demnach nicht möglich. Verstärken könnte man diese Situation noch dadurch, dass festgelegt wird, dass eine Beschlussfassung, auch wenn sie einstimmig ist, nur dann verbindlich ist, wenn zumindest ein Gläubiger aus jeder gemäß § 13 Abs. 1 InsO aufgelisteten Gläubigergruppe teilnimmt.⁸²⁵⁾ Im Ergebnis ist festzuhalten, dass große Sorgfalt bei der Prüfung der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht geboten ist.

3. Der Schuldner

Auch der Schuldner unterliegt nicht nur Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnissen, sondern kann diese auch herbeiführen. Ein großes Problem ist hierbei das Vorschlagsrecht des Schuldners im Rahmen des § 270b Abs. 2 S. 2 InsO. Der Schuldner ist hierbei berechtigt, einen vorläufigen Sachwalter vorzuschlagen, den das Insolvenzgericht nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit für die Übernahme des Amtes nicht bestellen darf. Die größte Gefahr ist, dass es dem „mitgebrachten“ Sachwalter nicht gelingt, das nötige Vertrauen aufzubauen und die Gläubiger zur Unterstützung zu gewinnen, weil diese dem Sachwalter mit Misstrauen begegnen.⁸²⁶⁾ Der „mitgebrachte“ Verwalter lässt bei den Gläubigern den Eindruck entstehen, dass er mehr im Lager des Schuldners steht, als eine neutrale Position einzunehmen. Diesem Problem kann der Schuldner dadurch entgegenwirken, dass er äußerste Sorgfalt auf die Unabhängigkeit des vorläufigen Sachwalters legt.⁸²⁷⁾ Er muss durch die Wahrung der Objektivität des vorläufigen Sachwalters die Gläubiger von der Neutralität desselben überzeugen. Nur so wird sich das Vorschlagsrecht des Schuldners im Rahmen des § 270b InsO in der Praxis durchsetzen können. Demnach müssen die Inte-

327

823) *VID*, Pressemitteilung vom 25.10.2012, 1.

824) Vgl. *Beck*, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012, der in der Regelung lobbyistischer Gläubigerstrukturen durch einen ständigen lokalen Gläubigerausschuss eine Förderung eines „Gemauschels“ sieht.

825) Mit diesem Vorschlag schon *Hölzle*, NZI 2011, 124 ff. (Fn. 14).

826) *Desch*, BB 2011, 841 ff. (843 f.), der auf das Vertrauen der handelnden Personen in diesem Zusammenhang abstellt.

827) Nach § 270b Abs. 2 S. 1 InsO muss die vorgeschlagene Person vom Aussteller der Bescheinigung personenverschieden sein. Herausgestellt wird dadurch, dass die Unabhängigkeit nicht gegeben ist, wenn die vorgeschlagene Person für das Amt des vorläufigen Sachwalters bereits die Bescheinigung ausgestellt hat, BT-Drs. 17/7511, 37.

ressen des Schuldners auf der einen Seite in einen gerechten Ausgleich zu den Interessen der Gläubiger auf der anderen Seite gebracht werden.

4. Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse im Allgemeinen

- 328** Ferner finden sich mehrere Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse im Gesetz wieder.
- 329** So ergibt sich eine Problematik aus der Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses. § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO verweist nach der Reform nicht mehr auf § 67 Abs. 3 InsO, sondern nur noch auf § 67 Abs. 2 InsO.⁸²⁸⁾ Das bedeutet, dass der vorläufige Gläubigerausschuss nur noch mit Mitgliedern besetzt wird, die bereits Gläubiger des Schuldners sind oder es mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a 2. Hs. InsO. Nichtgläubiger im Sinne des § 67 Abs. 3 InsO scheiden demnach aus. Dem steht aber § 67 Abs. 2 S. 2 InsO entgegen, der konstituiert, dass dem Gläubigerausschuss ein Vertreter der Arbeitnehmer angehören soll. Gesetzessystematisch geht § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO dem § 67 Abs. 2 S. 2 InsO vor.⁸²⁹⁾ Demnach dürfen nur (künftige) Gläubiger dem vorläufigen Gläubigerausschuss angehören. Hat somit der Schuldner alle Lohnforderungen bis zur Antragstellung erfüllt oder ist, wie in der Praxis häufig, die Zahlungsverpflichtung für den laufenden Lohnmonat noch nicht fällig, dürfen keine Arbeitnehmervertreter in den vorläufigen Gläubigerausschuss bestellt werden. Die Interessen der Arbeitnehmer werden damit nicht berücksichtigt, obwohl sie, nicht nur wirtschaftlich, sondern auch persönlich, sehr stark von der Insolvenz des Arbeitgebers betroffen sind. Zumindest bei einer Insolvenzgeldvorfinanzierung sollte zur Wahrung der Gleichheit der vorläufigen Gläubigerausschüsse ein Mitglied der Arbeitsverwaltung, die Bundesagentur für Arbeit oder die Insolvenzgeldstelle in den vorläufigen Gläubigerausschuss berufen werden.⁸³⁰⁾
- 330** Eine weitere Schwäche des reformierten Insolvenzrechts ist die Regelung zur Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Nach § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO ist der (vorläufige) Insolvenzverwalter nicht schon deswegen befangen, weil er den Schuldner im Vorfeld des Eröffnungsantrages „*in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat*.“ Wie schon dargestellt,⁸³¹⁾ beinhaltet die Beratung der Gesellschafter und der Organe über die Folgen des In-

828) *Commandeur/Schaumann*, NZG 2012, 620 ff. (620 f.); anders war dies noch im Referentenentwurf geregelt, vgl. *Riggert*, NZI 2011, 121 ff. (123).

829) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 34.

830) Diese Problematik auch aufgreifend *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 34. Sich allgemein für Gewerkschaften oder Gewerkschaftsvertreter als Vertreter der Arbeitnehmer aussprechend *Kolbe*, NZI 2015, 400 ff (403). Ablehnend gegenüber einem Betriebsratsmitglied oder den Betriebsrat selbst als Arbeitnehmervertreter *Wroblewski*, AuR 2012, 188 ff. (191).

831) § 3 A. I. 1.1 e) hh) (1).

solvenzverfahrens auch Fragen zur Gesellschafter-/Gesellschaftsfremdfinanzierung, zu Haftungsansprüchen aus § 43 GmbHG, zu Anfechtungsansprüchen und zu Insolvenzsverschleppungsansprüchen.⁸³²⁾ Ein bereits im Vorfeld beratend tätig gewordener (vorläufiger) Insolvenzverwalter kann dadurch in einen Interessenkonflikt geraten.⁸³³⁾ Deshalb bedarf es einer restriktiven Auslegung des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO. Erfasst der Inhalt der Beratung konkrete Verhältnisse des Einzelfalls, ist die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ausgeschlossen.⁸³⁴⁾ Folglich ist die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in diesem Fall nur dann gegeben, wenn der (vorläufige) Insolvenzverwalter durch den Schuldner bezüglich der Übernahmebereitschaft des Verwalteramts kontaktiert und in diesem Zusammenhang der Ablauf des Insolvenzverfahrens erläutert worden ist.

Kleinere Schwächen sind zum einen, dass der Gesetzgeber die Frage offen gelassen hat, ob das Recht der Mitwirkung bei der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nach §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a, 56a InsO nur den Pflichtausschüssen oder auch einem fakultativen Ausschuss zusteht. Für eine Unterteilung der Gläubigerausschüsse in verschiedene Klassen gibt es aber keinerlei Rechtfertigung.⁸³⁵⁾ Aus § 22a Abs. 1 InsO lässt sich ableiten, dass das Insolvenzgericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen hat oder nach § 22a Abs. 2 InsO einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen soll. Auch das Gesetz selbst unterscheidet in § 56a InsO nicht zwischen Pflichtausschüssen und einem fakultativen Ausschuss, sondern nennt nur „den vorläufigen Gläubigerausschuss“. Ein weiteres Argument gegen die Differenzierung der vorläufigen Gläubigerausschüsse ist, dass das Insolvenzgericht Gründe dafür haben wird, einen fakultativen Gläubigerausschuss einzusetzen. Demnach sind dem fakultativen Gläubigerausschuss dieselben Rechte einzuräumen, wie den Pflichtausschüssen. Zum anderen hat der Gesetzgeber auch offen gelassen und damit eine (kleine) Schwäche des reformierten Insolvenzrechts geschaffen, ob der vorläufige Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren automatisch zu einem Gläubigerausschuss im eröffneten Verfahren wird. Auch wenn eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt, so ist davon auszugehen, dass das Amt des vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens endet, da es sich, wie bei der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, auch um eine Sicherungsmaßnahme nach § 21 InsO handelt.⁸³⁶⁾ Zudem verfolgen das Eröffnungsverfahren und das eröffnete Verfahren unterschiedliche Verfahrensziele, so dass der Pflichten- und Aufgabenkatalog des Eröffnungsverfahrens und

832) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 11.

833) Dazu jüngst ausführlich **Frings/Bernsen**, NJW-Spezial 2012, 405 f. (405 f.).

834) **Frings/Bernsen**, NJW-Spezial 2012, 405 f. (405); **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 56 Rn. 41.

835) **Mönning** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 22a Rn. 6 ff.

836) **Mönning** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 21 Rn. 129 ff.

des eröffneten Verfahrens nicht miteinander vergleichbar sind.⁸³⁷⁾ Ferner unterliegt das Eröffnungsverfahren, das noch weitgehend kontradiktorisch ist, anderen Verwaltungsmaximen als das eröffnete Insolvenzverfahren, das nicht kontradiktorisch ist. Folglich muss das Insolvenzgericht im Eröffnungsbeschluss einen Gläubigerausschluss nach § 67 InsO einsetzen.

332 Auch im Rahmen des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO liegt eine Schwäche vor. Weder das Gesetz, noch die Gesetzesbegründung, enthalten eine Regelung zur Unabhängigkeit des Ausstellers der Bescheinigung, obwohl dieser, zumindest mittelbar, durch die Bescheinigung wesentlichen Einfluss auf den möglichen Ablauf des Insolvenz(eröffnungs)verfahrens nimmt.⁸³⁸⁾ Somit ist auch der Aussteller der Bescheinigung den vorrangigen Zielen der Insolvenzordnung und des Insolvenzverfahrens unterworfen. Möglicherweise könnte eine analoge Anwendung des § 56 InsO in Betracht kommen. Die Bescheinigung des Ausstellers muss geeignet sein, die Befriedigungsaussichten aller Gläubiger zu verbessern beziehungsweise diese zumindest im Verhältnis zum Regelinsolvenzverfahren nicht zu verschlechtern.⁸³⁹⁾ Die Bescheinigung liegt damit nicht nur im Schuldner-, sondern vor allem auch im Gläubigerinteresse. Um die Interessen zu schützen, ist es erstrebenswert, eine neutrale Begutachtung vornehmen zu lassen und damit an den Aussteller der Bescheinigung dieselben Anforderungen zu stellen wie an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter und folglich auch dessen Unabhängigkeit zu fordern.⁸⁴⁰⁾ Da eine vergleichbare Interessenlage zwischen der Person des Ausstellers der Bescheinigung und des (vorläufigen) Insolvenzverwalters vorliegt und auch, auf Grund fehlender gesetzlicher Regelungen oder Angaben in der Gesetzesbegründung, von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen ist, ist eine analoge Anwendung des § 56 InsO zu bejahen.

333 Ferner wirft auch die Regelung in § 22a Abs. 2 InsO Schwächen auf und schafft eine Vertrauensbarriere beim Schuldner. Problematisch in diesem Zusammenhang ist, dass ein designierter Gläubiger beim zuständigen Insolvenzgericht eine „Schutzschrift“ nach § 22a Abs. 3 InsO hinterlegen kann und dadurch die Voraussetzungen des § 22a Abs. 2 InsO erfüllt. Damit greift die Verweisung in § 13 Abs. 1 S. 5 Nr. 3 InsO, wodurch der Schuldner verpflichtet wird, seinem Insolvenzantrag ein

837) Zu den Zielen des Eröffnungsverfahrens siehe **Mönnig** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), Vorb. §§ 11–34 Rn. 2. Ausführlich zu den Zielen des eröffneten Verfahrens siehe **Beck** in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz (2010), § 1 Rn. 67 ff.

838) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 18.

839) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 270b Rn. 21.

840) **Hölzle**, ZIP 2012, 158 ff. (161); zustimmend AG München, Beschl. v. 29.3.2012 – 1507 IN 1125/12, NZI 2012, 566 f. (566 f.); dem folgend **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270b Rn. 6; a.A. **Zipperer/Vallender**, NZI 2012, 729 ff. (731) mit der Begründung, dass es für die Unabhängigkeit des Ausstellers der Bescheinigung „keine Stütze im Gesetz“ gebe und dies „überdies unpraktikabel“ sei.

qualifiziertes Gläubigerverzeichnis beizufügen. Diese Qualifizierungsobliegenheit kann dem Schuldner aber auch unbekannt sein. Die Folge des fehlenden qualifizierten Gläubigerverzeichnisses ist die Unzulässigkeit des Antrags. Dieses Ergebnis ist unbillig, soweit der Schuldner keine Kenntnis von der Qualifizierungsobliegenheit hatte, da das Insolvenzverfahren für den Schuldner an dieser Stelle intransparent ist. Zur Korrektur dieses unbilligen Ergebnisses sollte dem Schuldner eine kurze Frist (3 Werktage) gesetzt werden, um die Möglichkeit zu haben, die Angaben nachzuholen.⁸⁴¹⁾ Insbesondere gilt dies für Unternehmen, deren Organe der Antragsverpflichtung nach § 15a InsO unterliegen. Lässt der Schuldner die Frist fruchtlos verstreichen, wird der Insolvenzantrag nachträglich unzulässig.⁸⁴²⁾ Ein Blick in die Praxis zeigt aber, dass einige theoretische Probleme sich als nicht allzu problematisch und lösbar darstellen. Hat der Antragsteller eine Antragsvoraussetzung nicht mit eingebracht, so ist das Insolvenzgericht auf Grund seiner Hinweispflicht aus § 139 ZPO dazu verpflichtet, den Antragsteller darauf hinzuweisen und hat ihm die Möglichkeit zu eröffnen, den Antrag zu vervollständigen.

Eine sich in der Praxis nach dem Inkrafttreten des ESUG herauskristallisierende Problematik ist der starke Einfluss der Schuldnerberater bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters.⁸⁴³⁾ Die Schuldnerberater präsentieren dem Insolvenzgericht zum Zeitpunkt der Antragstellung zumeist eine Gläubigerliste mit mitwirkungsbereiten Gläubigern und einen Vorschlag eines bestimmten (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Die Mitglieder des (vorläufigen) Gläubigerausschusses folgen dabei regelmäßig der Empfehlung des Schuldners zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Es wird der Anschein erweckt, dass es bei dem Vorschlag zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nicht um die Geeignetheit für das konkrete Verfahren, sondern um die Zusammenarbeit zwischen (vorläufigem) Verwalter und Berater geht.⁸⁴⁴⁾ Die Möglichkeit der Insolvenzgerichte, andere Gläubiger als die vom Schuldner Vorgeschlagenen in den vorläufigen Gläubigerausschuss aufzunehmen, scheitert in der Praxis regelmäßig am zeitlichen und administrativen Aufwand für die Gerichte.⁸⁴⁵⁾ In der Praxis sind im Ergebnis somit die Schuldner-

334

841) Zu dieser Problematik ausführlich **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 10.

842) **Obermüller**, ZInsO 2012, 18 ff. (21), mit der Begründung, dass es auf die in § 13 InsO geforderten Angaben zur Größenordnung des Schuldnerunternehmens für die Entscheidung des Insolvenzgerichts in diesem Fall nicht mehr ankomme. Zudem könne der Schuldner seine Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO verletzen und sich ohne eigenes Zutun strafbar machen, würde man dem Insolvenzantrag des Schuldners auf Grund des Antrags eines Gläubigers nachträglich die Wirksamkeit nehmen.

843) Diese Problematik aus der Praxis aufgreifend **Reuter**, INDat-Report 6/2012, 26 ff.

844) So auch **Reuter**, INDat-Report 6/2012, 26 ff. (26).

845) Vgl. **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 36, zu der Problematik, dass es schwierig sei, in ausreichender Zahl übernahmebereite Mitglieder zu finden. Dabei sei es nicht die Aufgabe des Insolvenzrichters, sich anhand der Gläubigerliste die Kontaktdaten der Gläubiger zu verschaffen und diese dann zu kontaktieren.

statt der Gläubigerrechte gestärkt. Eine Lösung dieses Problems könnte man möglicherweise mit einem lokalen, ständigen Ausschuss erzielen. Nach einem Geschäftsverteilungsplan könnten dann aus einem Ausschusspool (dessen Liste zum Beispiel bei der IHK hinterlegt ist) die Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses gestellt werden. Dadurch würde gesichert sein, dass die Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses Erfahrung vorweisen können und dem Schuldner gegenüber in keinem „Abhängigkeitsverhältnis“ stehen, da er sie nicht als Mitglieder vorgeschlagen hat, sondern sie durch den Geschäftsverteilungsplan bestimmt worden sind.⁸⁴⁶⁾ Inwieweit sich eine solche Liste in der Praxis überhaupt bewährt, ist jedoch nach meiner Ansicht sehr fraglich. Schon allein, alle Vertreter der verschiedenen Gläubigergruppen, die von dem konkreten Verfahren betroffen sind, auf einer Liste zu vereinen, erscheint mehr als problematisch.

- 335** Eine allgemeine Lösung, um die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu wahren, ist, dass die Insolvenzgerichte Sonderverwalter einsetzen, um Anfechtungs- und Haftungsansprüche gegenüber dem Vorgeschlagenen (und ihren Beratern) zu überprüfen.⁸⁴⁷⁾ Die für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zum Teil ungünstige Position, denjenigen zu verklagen, der ihn vorgeschlagen hat, würde dadurch entzerrt werden. Alternativ könnte auch ein Sachverständiger eingesetzt werden, der die Anfechtungs- und Haftungsansprüche und somit gleichzeitig die Arbeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters überprüft.⁸⁴⁸⁾

III. Zwischenergebnis

- 336** Festgestellt werden kann, dass die Opportunismusgefahren Vertrauensbarrieren und/oder Kooperationshemmnisse hervorrufen. Die aufgezeigten Lösungen beziehungsweise Lösungsansätze gegenüber den Vertrauensbarrieren und/oder den Kooperationshemmnissen sind nur so hilfreich, wie sie in der Praxis auch umgesetzt werden. Dennoch bestehen ausreichend Möglichkeiten, dass zum Beispiel das Insolvenzgericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss rechtswidrig nicht einsetzt oder einen berechtigten Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters übergeht. Auch wenn schon im Einzelfall konkrete Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt worden sind, werden im Folgenden Wege und Möglichkeiten zur Überwindung der Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse gesucht und daraus allgemeine Anwendungs- und Auslegungsregeln abgeleitet.⁸⁴⁹⁾

846) So schon *Neubert*, Vorstandsmitglied des BAKInso e.V., des Instituts für Insolvenzrecht e.V. und RiAG Hannover, Interview am 23.10.2012, zur Beschleunigung des Verfahrens und der größeren Sachkenntnis der Mitglieder im vorläufigen Gläubigerausschuss.

847) Zum Sonderinsolvenzverwalter vgl. *Delhaes* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56 Rn. 29 ff.

848) Zum Sachverständigen vgl. *Ganter* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 5 Rn. 34 ff.

849) Bei dem Aufzeigen von Lösungsmöglichkeiten habe ich mich auf die, nach meiner Meinung, wichtigsten Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Verwalters beschränkt.

B. Wege und Möglichkeiten zur Überwindung der Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse

I. Transparenz und Vorhersehbarkeit als vertrauensbildende Faktoren

Die Vertrauensbarrieren und die Kooperationshemmnisse lassen sich durch die Institutionalisation des Vertrauens in die Objektivität des Insolvenzverfahrens lösen. **337**

Das Vertrauen begegnet uns im Alltag in vielen Konstellationen. Das Vertrauen, das wir dem Arzt, dem Banker, dem Piloten in alltäglichen Situationen entgegenbringen, spiegelt nur einen Bruchteil wider, wie häufig das Vertrauen unsere Entscheidungen begleitet. Das Vertrauen ist ein überall verbreitetes Phänomen.⁸⁵⁰ Die subjektive Überzeugung von der Richtigkeit oder der Wahrheit von Handlungen oder Aussagen eines anderen treibt den Menschen dazu an, sich zum Beispiel trotz unvollständiger Informationen auf einen Vertrag zu einigen und Verpflichtungen einzugehen, in der positiven Erwartung, dass der Vertrauensnehmer die Situation nicht ausnutzt. Das Vertrauen wirkt somit als funktionales Äquivalent zum vollständigen Vertrag und zugleich als ein Substitut vollständiger Information⁸⁵¹ und kann komplementär dazu eingesetzt werden.⁸⁵² Es können dabei zwei verschiedene Vertrauensarten unterschieden werden. Zum einen das Vertrauen in den Vertragspartner und zum anderen das Vertrauen in die rechtlichen Institutionen. Das Vertrauen in den Vertragspartner und damit das interpersonelle Vertrauen ist vorliegend nicht Gegenstand der Arbeit. Der Fokus liegt vorliegend auf dem Vertrauen in die rechtliche Institution, speziell in das Gesetz und damit in die Insolvenzordnung. **338**

Die Verfahrensbeteiligten müssen in die Objektivität des Insolvenzverfahrens und damit in die Sanierungsmittel, die die Insolvenzordnung bietet, vertrauen. Das Gesetz hat die Möglichkeit, die Vertrauensentscheidung zu institutionalisieren. Gerade das gesetzgeberische Ziel, durch das ESUG die Insolvenzordnung international konkurrenzfähig zu machen, fordert von dem deutschen Insolvenzverfahren Berechenbarkeit für ausländische Schuldner, Gläubiger und Investoren.⁸⁵³ Als vertrauensbildende Faktoren dienen dabei die Transparenz und die Vorhersehbarkeit. **339**

1. Transparenz

Die Transparenz ist ein ausschlaggebender Faktor für ein erfolgreiches Insolvenzbeziehungsweise Sanierungsverfahren.⁸⁵⁴ Dabei gibt es zum einen die Transparenz, die darauf abzielt, in betriebswirtschaftlicher Weise Klarheit für die Verfahrensbe-

850) So auch *Ripperger*, Ökonomik des Vertrauens (1998), 1.

851) *Hölzle*, Verstrickung durch Desinformation (2012), 112.

852) *Ripperger*, Ökonomik des Vertrauens (1998), 48 ff.

853) BT-Drs. 17/5712, 1.

854) So auch die *Zusammenfassung der Empfehlungen der Uhlenbruck-Kommission*, NZI 2007, 507 ff. (509 f.).

teiligten zu schaffen. Die Gläubiger, insbesondere die Banken und die Arbeitnehmer, möchten sich einen Überblick verschaffen, damit sie darauf basierend eine Entscheidung treffen können, ob sie zum Beispiel die Kreditlinien kündigen. Zudem müssen die Gläubiger zunächst Informationen über die finanzielle Lage des schuldnerischen Unternehmens erlangen, damit sie sich im vorläufigen Gläubigerausschuss für eine Person, die das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters übernehmen soll, aussprechen können. Die betriebswirtschaftliche Transparenz spielt demnach auch eine Rolle bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Die Informationen dienen dazu, dass die Gläubiger entscheiden können, ob sie eine Person auswählen, die eher Stärken in der Sanierung oder in der Liquidation vorweist. Vorliegend tritt die betriebswirtschaftliche Transparenz⁸⁵⁵⁾ jedoch in den Hintergrund. Vielmehr tritt die Transparenz im Hinblick auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in den Vordergrund. Bei dieser Transparenz geht es nicht um Zahlen oder Fakten, die offengelegt werden müssen, sondern um die Durchsichtigkeit hinsichtlich der Person, die das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters übernimmt. Grundlegend spielt hierbei die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters eine wesentliche Rolle. Schlägt der Schuldner oder ein Gläubiger einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter vor, muss das Insolvenzgericht bei der Prüfung der Unabhängigkeit besondere Sorgfalt darauf legen, dass die Person nicht stärker dem einen Lager als dem anderen zugewandt ist. Nur so kann das Vertrauen aller Verfahrensbeteiligten gewonnen werden. Die Frage nach der Unabhängigkeit spitzt sich dabei zu, wenn der Schuldner den Vorschlag zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters von seinen Beratern ableitet.⁸⁵⁶⁾ Gerade dann stellt sich die Frage, ob die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wirklich für den konkreten Einzelfall geeignet oder das Interesse der Schuldnerberater am Erhalt ihres Mandates größer ist.⁸⁵⁷⁾ Die Abhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters könnte zur Folge haben, dass dieser Anfechtungs- und Haftungsansprüche nicht im gebotenen Umfang geltend macht. Neben dem Verlust des Vertrauens der Verfahrensbeteiligten führt dies auch zu einem Schaden für das gesamte Insolvenzverfahren auf Grund verminderter Insolvenzmasse.

- 341** Im Rahmen der Transparenz ist ein weiterer Punkt die Einsetzung und die Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses. Dem Insolvenzgericht beziehungsweise dem Insolvenzrichter ist es leicht möglich, den vorläufigen Gläubigerausschuss mit der Begründung der nachteiligen Veränderung der schuldnerischen Vermögenslage durch eine Zeitverzögerung gemäß § 22a Abs. 3 3. Var. InsO nicht einzusetzen. Ferner würde mehr Durchsichtigkeit bei der Bestellung der Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses zum Vertrauen der Verfahrensbeteiligten beitragen. Dadurch,

855) Zur Vertiefung **Kraus/Buschmann** in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz (2009), § 5 Rn. 15 ff.

856) Siehe hierzu schon § 7 A. II. 4.

857) Hierzu **Reuter**, INDat-Report 6/2012, 26 ff. (26 ff.).

dass der Insolvenzrichter die Möglichkeit hat, andere Mitglieder als die Vorgeschlagenen einzusetzen, kann er durch Mitglieder, die nicht miteinander harmonieren, die nach § 56a Abs. 2 InsO geforderte Einstimmigkeit des Vorschlags zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gefährden.⁸⁵⁸⁾ Der Insolvenzrichter hat demnach, trotz der Reform, immer noch einen sehr starken Einfluss auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und kann das Verfahren an diesem Punkt sehr gut nach seinem Willen leiten.⁸⁵⁹⁾ Hat der Schuldner oder haben die Gläubiger das Gefühl, dass der Insolvenzrichter seine Position dazu nutzt, ihre durch das Gesetz und damit die Insolvenzordnung geschaffenen Rechte zu unterlaufen, wird sich eine Vertrauensbeziehung zu den Insolvenzrichtern und damit auch ein Vertrauen in die Insolvenzordnung, und somit in das Insolvenzverfahren, nicht einstellen.

Es liegt folglich an allen Verfahrensbeteiligten, durch transparente Handlungen das **342** Vertrauen der anderen zu gewinnen. Nur durch das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten untereinander kann es gelingen, dass das Insolvenzverfahren in den vom Gesetzgeber gewollten Bahnen verläuft.

2. Vorhersehbarkeit

Eine weitere Komponente, um das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten zu stärken, **343** ist die Vorhersehbarkeit. Vorliegend ist die Vorhersehbarkeit im Rahmen der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters von Interesse. Die Auswahlentscheidungen zur Person des (vorläufigen) Verwalters vor Inkrafttreten des ESUG waren regelmäßig nicht vorhersehbar.⁸⁶⁰⁾ Es war für die Gläubiger und den Schuldner nicht kalkulierbar, auf welchen „Charakter von (vorläufigem) Verwalter“ getroffen wird. Möglich war es dabei, auf einen engagierten, kompetenten und erfahrenen Sanierer zu treffen oder auf einen (vorläufigen) Verwalter, der große Kenntnisse und Erfahrungen in der Abwicklung hat und die Liquidation bevorzugt. Diese Unsicherheit wirkte sich in vielen Fällen als Verzögerung in der Antragstellung aus.⁸⁶¹⁾ Durch eine stärkere Mitwirkung des Schuldners und der Gläubiger bei der Verwalterbestellung hat der Gesetzgeber nun versucht, der Unvorhersehbarkeit

858) **Zuleger**, NZI 2011, 136 f. (137); so auch **Neubert**, Vorstandsmitglied des BAKinso e.V., des Instituts für Insolvenzrecht e.V. und RiAG Hannover, Interview am 23.10.2012: „Selbst wenn der vorläufige Gläubigerausschuss eingesetzt wird, muss er zudem nicht nur mit den vorgeschlagenen Gläubigern besetzt werden, so dass eine Einstimmigkeit nach § 56a Abs. 2 InsO nicht einfach vorab durch die Auswahl „einiger“ Gläubiger sichergestellt werden kann.“

859) **Von Bismarck**, Partner bei Linklaters, Interview am 23.5.2013, ist der Ansicht, dass der Insolvenzrichter den Willen in der Praxis unterlaufen werde. Insbesondere kleinere Verfahren seien davon betroffen, die eine Sitzverlegung innerhalb Deutschlands aus Kostengründen nicht durchführen können. Die Insolvenzrichter hätten die Möglichkeit, das Recht de facto zu beugen. Dadurch sei das Grundprinzip des Rechtsstaats in Gefahr.

860) Statt vieler **Kammel/Staps**, NZI 2010, 791 ff. (791 f.).

861) Vgl. **Wienberg** in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis (2012), Rn. 180.

entgegenzuwirken.⁸⁶²⁾ Der Schuldner hat ein großes Interesse daran, dass das Insolvenzgericht seinen vorgeschlagenen (vorläufigen) Insolvenzverwalter oder vorläufigen Sachwalter bestellt und seine vorgeschlagenen Mitglieder für den vorläufigen Gläubigerausschuss auswählt. Daneben haben auch die Gläubiger ein Interesse daran, dass das Insolvenzgericht ihren vorgeschlagenen (vorläufigen) Verwalter bestellt und vor der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters den vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzt, damit sie überhaupt die Möglichkeit haben, sich an der Auswahl zu beteiligen. Nur so ist die Vorhersehbarkeit gewährleistet, dass der Schuldner und die Gläubiger eine Person zum (vorläufigen) Verwalter bestimmen können, die, ihrer Ansicht entsprechend, entweder eine sanierungs- oder liquidationsstarke Person ist. Durch die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses und die Beachtung der Schuldner- und Gläubigervorschläge zur Person des (vorläufigen) Verwalters hat das Insolvenzgericht die größten Einflussmöglichkeiten, die Vorhersehbarkeit zu wahren. Andererseits hat das Insolvenzgericht auch die größten Möglichkeiten, die Vorhersehbarkeit zu gefährden. Die Beschlüsse des AG München⁸⁶³⁾ zu § 270b InsO und die Beschlüsse des AG Stendal⁸⁶⁴⁾ zu §§ 270, 270a InsO zeigen, dass der Einfluss des Schuldners und der Gläubiger auf die (vorläufige) Verwalterbestellung durch die Tatbestandsmerkmale der Eignung und der Unabhängigkeit durch das Insolvenzgericht eingeschränkt werden können. Den Insolvenzrichtern muss bewusst werden, dass die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters kein Merkmal der Eignungsprüfung,⁸⁶⁵⁾ sondern nur die Regelung eines gesetzlich typisierten Vertrauens ist.⁸⁶⁶⁾ Die Unabhängigkeit ist folglich bei einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses verzichtbar und die Gläubiger können einen vorbefassten (vorläufigen) Verwalter mit Bindungswirkung gegenüber dem Gericht vorschlagen.⁸⁶⁷⁾ Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die Akzeptanz des (vorläufigen) Verwalters eine herausragende Bedeutung hat.⁸⁶⁸⁾ Eine Kontaktaufnahme mit dem designierten Kandidaten bereits im Vorfeld der Insolvenz und eine Ver-

862) Vgl. **Haarmeyer/Buchalik**, Sanieren statt Liquidieren – Neue Möglichkeiten der Sanierung durch Insolvenz nach dem ESUG (2012), 27 f.

863) AG München, Beschl. v. 29.3.2012 – 1507 IN 1125/12, ZIP 2012, 789; AG München, Beschl. v. 14.6.2012 – 1506 IN 1851/12 (*nicht rechtskräftig*), ZIP 2012, 1308 f.

864) AG Stendal, Beschl. v. 31.8.2012 – 7 IN 164/12, ZIP 2012, 1875 f.

865) So wohl AG Stendal, Beschl. v. 31.8.2012 – 7 IN 164/12, ZIP 2012, 1875 f. (1876).

866) **Schmidt/Hölzle**, ZIP 2012, 2238 ff. (2240); a.A. **Bork**, ZIP 2013, 145 ff. (146 ff.); **Vallender/Zipperer**, ZIP 2013, 149 ff. (149 ff.).

867) Ausführlich dazu **Schmidt/Hölzle**, ZIP 2012, 2238 ff. (2243 f.).

868) BT-Drs. 12/2443, 127: „*Daß der Insolvenzverwalter von den einzelnen Gläubigern und Gläubigergruppen unabhängig sein muß, besagt nicht, daß er sein Amt ausüben kann, wenn die Mehrheit der Gläubiger kein Vertrauen zu ihm hat. Vielmehr muß in einem Verfahren, dessen vorrangiges Ziel die Befriedigung der Gläubiger ist, eine so entscheidende Frage wie die Auswahl des Verwalters der Mitbestimmung der Gläubiger unterliegen. (...) In Satz 2 wird präzisiert, daß das Gericht die Bestellung des gewählten Verwalters nur dann versagen kann, wenn dieser für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist.*“

handlung über mögliche Sanierungswege schließt seine Unabhängigkeit nicht aus. Dadurch wird dem Ziel des Gesetzgebers entsprochen und es werden die Kosten des Insolvenzverfahrens nicht in die Höhe getrieben. Dabei ist wohl der größte Vorteil, dass durch die Vorgespräche mit dem designierten (vorläufigen) Verwalter das Unternehmen und insbesondere die wesentlichen Stakeholder Planungs- und Rechtssicherheit gewinnen. Das ESUG kann folglich nur die erhoffte Vorhersehbarkeit der (vorläufigen) Verwalterbestellung realisieren, wenn das Insolvenzverfahren nicht wieder in die fehlende Unvorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen zurückfällt. Um dieser Gefahr vorzubeugen ist es notwendig, allgemeine Anwendungs- und Auslegungsregeln zu entwickeln.

II. Ableitung allgemeiner Anwendungs- und Auslegungsregeln aus dem Erfordernis einer transparenzindizierten Vertrauensallokation

1. Vorbemerkung

Rechtsnormen sind als abstrakte Lösungsvorschläge für ein regelungsbedürftiges Problem zu verstehen. Die abstrakten Lösungsvorschläge bedürfen der Konkretisierung, da sich auch das Problem in der Rechtspraxis stets weiterentwickelt.⁸⁶⁹⁾ Es handelt sich mithin um einen dynamischen Prozess. Das Ziel der Anwendung und der Auslegung ist somit, die abstrakten Rechtsnormen zu konkretisieren. **344**

Die Auslegung ist nicht beschränkt auf Deduktion. Vor allem ist auch die Rolle des Gesetzgebers und des Richters bedeutend. Der Richter selbst ist aber durch Art. 20 Abs. 3 GG in seinem Spielraum der Rechtsfortbildung begrenzt. Dadurch, dass er „an Gesetz und Recht gebunden“ ist, wird versucht, die Entscheidung des Richters zu objektivieren und von subjektiven Wertungen zu befreien. **345**

2. Ableitung allgemeiner Anwendungs- und Auslegungsregeln

Das Ziel ist es, Anwendungs- und Auslegungsmethoden zu entwickeln, die für die entscheidenden Fragen in der Praxis Antworten bieten. **346**

a) Das Insolvenzgericht

Das Insolvenzgericht hat, wie dargestellt, die Möglichkeit, die Rechte der Gläubiger sehr stark zu schwächen. Es kann den vorläufigen Gläubigerausschuss erst gar nicht **347**

869) Vgl. **Engisch**, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (1968), 76 ff. Ausführlich zu der Auffassung, dass es sich bei Gesetzen um abstrakte Lösungsvorschläge für ein vom Gesetzgeber gesehenes und für regelungsbedürftig gehaltenes Problem handelt, die in der rechtspraktischen Fortentwicklung des Problems dynamisch zu handhaben und anzupassen sind, **Hötze**, Verstrickung durch Desinformation (2012), 68 ff.; a.A. **Bork**, ZIP 2013, 145 ff. (149): „Sie sind gesetzgeberische Problemlösungsbefehle, die man im Rahmen von Art. 20 Abs. 3 GG und im Wege der Auslegung darauf zu untersuchen hat, was sie zu dem konkret zu lösenden Problem zu sagen haben.“

einsetzen, so dass dieser nicht in der Lage ist, sein Mitspracherecht geltend zu machen. Es hat die Möglichkeit, einen Vorschlag zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu übergehen oder die vom vorläufigen Gläubigerausschuss vorgegebenen Kriterien für die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nicht zugrunde zu legen. All diese Möglichkeiten eröffnen sich dem Insolvenzrichter ohne jegliche Rechtsfolgen. Könnte der Insolvenzrichter in der Praxis die Gläubigerrechte jedoch so einfach umgehen, wäre das Ziel des Gesetzgebers, die Rechte der Gläubiger zu stärken, konterkariert. Leider bestätigen erste Gerichtsentscheidungen⁸⁷⁰⁾ diese Befürchtung. Um diesem Negativtrend entgegenzuwirken, muss den Gläubigern eine Möglichkeit eröffnet werden, gegen die Handlungen des Insolvenzgerichts vorgehen zu können.

aa) Ablehnung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

- 348** In Betracht kommt hierbei die Eröffnung einer Rechtsschutzmöglichkeit.⁸⁷¹⁾ Als zulässiges Rechtsmittel könnte §§ 23 ff. EGGVG einschlägig sein. §§ 23 ff. EGGVG ermöglicht die Überprüfung von Justizverwaltungsakten. Grundsätzlich dient §§ 23 ff. EGGVG als Rechtsmittel zur Überprüfung der ablehnenden Entscheidung des Richters in Bezug auf die Aufnahme des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in die Auswahlliste oder die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Einzelfall.⁸⁷²⁾ Fraglich ist, ob die formlose Ablehnung des vorläufigen Gläubigerausschusses auch einen Justizverwaltungsakt darstellt. Ein Justizverwaltungsakt im Sinne des § 23 EGGVG ist jedes hoheitliche Handeln einer Justizbehörde zur Regelung einer einzelnen Angelegenheit, das geeignet ist, den Betroffenen in seinen Rechten zu verletzen.⁸⁷³⁾ Die Entscheidung gemäß § 22a Abs. 2, Abs. 3 InsO ist für den Richter keine spruchrichterliche Tätigkeit und folglich ein Justizverwaltungsakt nach § 23 EGGVG.⁸⁷⁴⁾ Gemäß § 25 EGGVG entscheidet über den Antrag nach § 23 EGGVG das Oberlandesgericht. Dem Charakter des Insolvenzverfahrens als Eilverfahren widerspricht es jedoch, wenn das Verfahren durch ein Rechtsschutzgesuch der Gläubiger verzögert werden würde. Zudem ist ein Rechtsschutz für die Gläubiger nur

870) AG München, Beschl. v. 29.3.2012 – 1507 IN 1125/12, ZIP 2012, 789 (789); AG München, Beschl. v. 14.6.2012 – 1506 IN 1851/12 (*nicht rechtskräftig*), ZIP 2012, 1308 f. (1308 f.); AG Stendal, Beschl. v. 31.8.2012 – 7 IN 164/12, ZIP 2012, 1875 f. (1876).

871) Zum Rechtsmittel bei der (Nicht-) Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses ausführlich **Frind**, ZInsO 2013, 279 ff. (284 ff.).

872) BVerfG, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00 und 1086/01, NJW 2004, 2725 ff. (2727 f.).

873) **Schoreit** in: Hannich, Karlsruher KommStPO (2008), § 23 EGGVG Rn. 21.

874) **Römermann/Praß**, ZInsO 2012, 1923 ff. (1927 f.); a.A. **Horstkotte**, ZInsO 2012, 1930 ff. (1930 f.), der bei der rechtlichen Einordnung der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses davon ausgeht, dass es sich „*nicht um die erstmalige Herstellung eines Rechtsverhältnisses zum Antragsteller, sondern um die Einsetzung eines durch die InsO mit verfahrensrechtlichen Befugnissen ausgestatteten Gremiums, dem der Antragsteller (im Fall des § 22a Abs. 2 InsO) nicht einmal angehören muss*“, handelt.

sinnvoll, soweit eine Entscheidung innerhalb des Eröffnungszeitraums getroffen wird. Kann die Entscheidung durch das Oberlandesgericht nicht innerhalb des Eröffnungsverfahrens herbeigeführt werden, liegt ab dem eröffneten Verfahren ein „*erledigendes Ereignis*“ vor, das die Unzulässigkeit des Antrags nach sich zieht. Um dem Charakter des Insolvenzverfahrens als Eilverfahren gerecht zu werden, die Entscheidung über unumkehrbare Fakten zu vermeiden und die Unsicherheit im Eröffnungsverfahren durch mögliche Vakanzen in Grenzen zu halten, sind die Gläubiger auf einstweiligen Rechtsschutz angewiesen. Die §§ 23 ff. EGGVG sehen keine Möglichkeit einstweiliger Anordnung vor. Würden jedoch schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, die durch die Hauptsache nicht beseitigt werden könnten, ist die Möglichkeit zum Erlass einer einstweiligen Anordnung gegeben.⁸⁷⁵⁾ Zu beachten ist ferner, dass die Hauptsache nicht vorweggenommen werden darf. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz greift nur dann ein, wenn dem Antragsteller ansonsten unzumutbare oder nicht zu behebende Nachteile drohen. Wie schon erwähnt, werden im Eröffnungsverfahren wichtige und unabänderbare Entscheidungen getroffen. Insbesondere die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters fällt hierunter.⁸⁷⁶⁾ Folglich ist in diesem Fall auch eine Vorwegnahme der Hauptsache gerechtfertigt. Im Ergebnis ist demnach eine einstweilige Anordnung im Rahmen der §§ 23 ff. EGGVG im vorliegenden Fall möglich.

Zudem kann die Möglichkeit bestehen, dass § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO i.V.m. § 4 InsO und damit die sofortige Beschwerde Anwendung findet. Nach der Generalklausel des § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ist die sofortige Beschwerde auch mangels ausdrücklicher Anordnung in den Fällen statthaft, in denen ein das Verfahren betreffendes Gesuch durch Entscheidung zurückgewiesen wurde und keine mündliche Verhandlung erforderlich ist.⁸⁷⁷⁾ Auch ein Justizverwaltungsakt kann von § 567 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfasst werden.⁸⁷⁸⁾ Ein „*Gesuch*“ im Sinne des § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO liegt aber nur in den auf Antrag eingesetzten vorläufigen Gläubigerausschüssen gemäß § 22a Abs. 2 InsO vor, da es im Rahmen des § 22a Abs. 1 InsO an einem Antrag und mithin an einem „*Gesuch*“ fehlt. Folglich können die Gläubiger sich gegen die Entscheidung nach § 22a Abs. 2 InsO mit der sofortigen Beschwerde zur Wehr setzen. Im Fall des § 22a Abs. 1 InsO steht nur der Rechtsweg nach § 23 EGGVG offen. **349**

Neben der Ablehnung der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses kann der Insolvenzrichter auch untätig bleiben. Es handelt sich dabei um ein Unterlassen **350**

875) So die h.M.; statt vieler OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.11.1993 – 2 VAs 23/93, NStZ-RR 1994, 142 ff. (143).

876) *Steinwachs*, ZInsO 2011, 410 ff. (411), der richtig herausstellt, dass die Abwahl des Verwalters nach der bisherigen Rechtslage erst im Berichtstermin viel zu spät war, da die „*Messen (...)* hier *gesungen*“ und die meisten Vermögenswerte bereits durchgebracht waren.

877) *Ball* in: Musielak, Kommentar zur ZPO (2012), § 567 Rn. 12.

878) *Römermann/Praß*, ZInsO 2012, 1923 ff. (1928).

des Insolvenzrichters. Auch gegen dieses Unterlassen muss den Gläubigern eine Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden. Nach § 23 Abs. 2 EGGVG kann das Oberlandesgericht angerufen werden, wenn der Erlass eines unterlassenen Verwaltungsakts begehrt wird. Zu beachten ist dabei, dass der Antrag nach §§ 23 Abs. 2, 27 EGGVG grundsätzlich erst gestellt werden kann, wenn das Insolvenzgericht nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten entschieden hat gemäß § 27 Abs. 1 S. 1 EGGVG. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt nach § 27 Abs. 1 S. 2 InsO jedoch vor, wenn dies wegen besonderer Umstände des Falls geboten ist. Besondere Umstände des Falls sind dann anzunehmen, wenn die Entscheidung für den Antragsteller nach dem Abwarten der drei Monate zu spät kommt. Das Eröffnungsverfahren innerhalb des Insolvenzverfahrens dauert in der Praxis höchstens drei Monate. Demnach ist es offensichtlich, dass eine kürzere Entscheidungsphase als drei Monate geboten ist. Statt einer dreimonatigen Frist ist eine Frist von einer Woche angemessen.⁸⁷⁹⁾ Der Antragsteller darf in diesem Fall den Antrag gemäß §§ 23 Abs. 2, 27 EGGVG bereits vor Ablauf der Frist nach § 27 Abs. 1 S. 1 EGGVG stellen.

- 351** Möglicherweise könnten als Rechtsschutz zudem die privatrechtlichen Ansprüche gemäß § 823 BGB i.V.m. Art. 34 GG oder § 1004 BGB in Betracht kommen. § 823 BGB i.V.m. Art. 34 GG ist vorliegend nicht einschlägig, da durch die nur mittelbare Staatshaftung bei Amtspflichtverletzungen gemäß Art. 34 GG hieraus resultierende Ansprüche nur auf Geld und nicht auf Naturalrestitution gehen.⁸⁸⁰⁾ Demnach kommt nur ein Anspruch aus § 1004 BGB in Betracht. Hierzu müsste das Eigentum der Gläubiger beeinträchtigt sein. Das Interesse der Gläubiger wird durch die Inhaberschaft von Forderungen gegen den Schuldner geprägt, die dem Schutzbereich von Art. 14 GG unterfallen, soweit eine staatliche Einflussnahme auf ihren Bestand und ihre Realisierbarkeit ausgeübt wird.⁸⁸¹⁾ Fraglich ist nur, ob die Nichteinsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses und folglich die fehlende Möglichkeit, Einfluss auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu nehmen, zur Beeinträchtigung des Eigentums der Gläubiger führt und damit die Forderungsbeeinträchtigung oder vielmehr ein anderes Recht im Vordergrund steht. Vorliegend geht es um das Recht der Gläubiger, durch das Instrument des vorläufigen Gläubigerausschusses bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters mitwirken zu können. Dieses Recht stellt ein Teilhaberecht dar. Aus den Grundrechten lassen sich die im Verfahrensrecht ihren Niederschlag findenden Teilhaberechte grundsätzlich nicht ableiten.⁸⁸²⁾ Das Teilhaberecht wird nicht von § 1004 BGB geschützt. Folglich ist § 1004 BGB vorliegend nicht einschlägig.

879) **Pabst** in: MünchKomm ZPO, Band 3 (2013), § 27 EGGVG Rn. 5.

880) **Maurer**, Allgemeines Verwaltungsrecht (2011), § 26 Rn. 44.

881) **Horstkotte**, ZInsO 2012, 1930 ff. (1930).

882) **Horstkotte**, ZInsO 2012, 1930 ff. (1930), der anführt, dass der Gesetzgeber, soweit er Teilhaberechte gewährt, „auch für deren Durchsetzbarkeit Sorge zu tragen hat!“.

In die Rechtsschutzmöglichkeiten ist vorliegend auch ein Folgenbeseitigungsanspruch⁸⁸³⁾ miteinzubeziehen.⁸⁸⁴⁾ Der Folgenbeseitigungsanspruch setzt voraus, dass ein hoheitlicher Eingriff in ein subjektives Recht vorliegt, durch den ein rechtswidriger Zustand geschaffen worden ist, der noch andauert, und dass die Rückgängigmachung nicht unmöglich oder unzumutbar ist.⁸⁸⁵⁾ Die Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs ist, dass die vollziehende Gewalt verpflichtet ist, die rechtswidrigen Folgen ihrer Amtshandlung zu beseitigen, das heißt, sie hat den Zustand wiederherzustellen, der vor der Amtshandlung bestand oder bestünde, wenn sie die rechtswidrigen Folgen nicht herbeigeführt hätte. Fraglich ist jedoch bereits, ob der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist. Vorliegend handelt es sich, zumindest den streitentscheidenden Normen (§ 22a InsO) nach zu urteilen, nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Nach der Rechtsprechung ist aber auch immer auf den Sach- und Funktionszusammenhang abzustellen,⁸⁸⁶⁾ das heißt, die Handlung des Insolvenzrichters müsste im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen. Das Insolvenzgericht beziehungsweise der Insolvenzrichter hat als Hoheitsträger die Aufgabe der Verfahrensführung und -leitung, der Überwachung und der Aufsicht des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung.⁸⁸⁷⁾ Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei der Entscheidung des Insolvenzrichters nach § 22a InsO um einen Justizverwaltungsakt gemäß § 23 EGGVG. Der Justizverwaltungsakt ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.⁸⁸⁸⁾ Dennoch ist nicht der Verwaltungsgerichtsweg eröffnet, da mit § 23 Abs. 1 EGGVG vorliegend eine abdrängende Sonderzuweisung zu den ordentlichen Gerichten besteht und § 23 Abs. 1 EGGVG als Ausnahmeregelung zu § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, in Bezug auf die erfassten Rechts-

883) Die Anspruchsgrundlage für die Beseitigung hoheitlicher Eingriffe ist der Folgenbeseitigungsanspruch. Im Gegensatz zu dem Anspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, dessen Rechtsfolge die Entschädigung in Geld ist, kann über den Folgenbeseitigungsanspruch die Wiederherstellung eines Zustandes verlangt werden. Folglich ist der Folgenbeseitigungsanspruch ein Wiederherstellungsanspruch, der dogmatisch betrachtet Schadensersatz in Form der Naturalrestitution gewährt.

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist gesetzlich nicht geregelt. Die Rechtsgrundlage für den Folgenbeseitigungsanspruch ist umstritten. Neben einer analogen Anwendung der §§ 1004, 12, 862 BGB, des Gebots der Gerechtigkeit, des Rechtsstaatsprinzips, des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts, werden die Freiheitsrechte und die Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG herangezogen. Da der Folgenbeseitigungsanspruch allgemein anerkannt ist, bedarf es keiner ausführlichen dogmatischen Begründung.

884) Mit diesem Gedanken *Hölzle* in: Schilling, Festschrift Lissau (2012), 91 ff. (98 f.).

885) *Wolff* in: Sodan/Ziekow, VwGO – Großkommentar (2010), § 113 Rn. 212.

886) BGH, Urt. v. 21.12.1964 – III ZR 70/63, NJW 1965, 442 ff. (443); BGH, Urt. v. 7.2.1980 – III ZR 23/78, NJW 1980, 1683 f. (1684).

887) *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Rn. 808 ff.

888) *Lorenz*, Verwaltungsprozessrecht (2011), Rn. 72.

gebiete, eng auszulegen ist.⁸⁸⁹⁾ Im Ergebnis handelt es sich bei der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses um einen Justizverwaltungsakt auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts, für den der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist. Über den Antrag nach § 23 EGGVG entscheidet das Oberlandesgericht gemäß § 25 EGGVG.

353 Gänzlich unbeachtet ist bislang die Tatsache geblieben, dass der Gesetzgeber explizit keinen Rechtsschutz für den Fall der Nichteinsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses vorgesehen hat. Nach § 6 Abs. 1 S. 1 InsO unterliegen die Entscheidungen des Insolvenzgerichts nur in den Fällen einem Rechtsmittel, in denen die Insolvenzordnung die sofortige Beschwerde vorsieht. Entscheidend ist für den vorliegenden Fall, welches Rechtsmittel die Insolvenzordnung gegen die Maßnahme nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO eröffnet, da es sich bei der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses stets um eine Maßnahme nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO handelt. Gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 InsO steht dem Schuldner das Recht der sofortigen Beschwerde nach § 21 Abs. 2 InsO zu. Zu beachten ist jedoch, dass dem Schuldner dieses Recht nur bei der Anordnung, nicht aber bei der Nicht-Anordnung einer Maßnahme nach § 21 InsO zusteht.⁸⁹⁰⁾ Die Gläubiger haben gegen eine Maßnahme nach § 21 InsO folglich kein Beschwerderecht.

354 Möglicherweise ist § 6 Abs. 1 S. 1 InsO jedoch verfassungswidrig.⁸⁹¹⁾ Das könnte dann der Fall sein, wenn der Rechtsweg von Verfassungs wegen eröffnet ist. Vorliegend könnte Art. 19 Abs. 4 GG einschlägig sein.⁸⁹²⁾ Dies kann jedoch dahinstehen, da eine Verfassungswidrigkeit zum einen vom Bundesverfassungsgericht festgestellt werden muss und es zum anderen die Aufgabe des Gesetzgebers ist, die Ver-

889) Ausführlich dazu **Sodan** in: Sodan/Ziekow, VwGO – Großkommentar (2010), § 40 Rn. 595 ff.; VG Schleswig, Beschl. v. 8.2.2012 – 9 A 295/11, SchlHA 2012, 112 ff. (113).

890) BGH, Beschl. v. 12.10.2006 – IX ZB 34/05, ZInsO 2006, 1212 ff. (1213).

891) Auch das Bundesjustizministerium hat Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 6 Abs. 1 S. 1 InsO im DiskE zum ESUG, abgedruckt bei **Hirte/Knof/Mock**, Das neue Insolvenzrecht nach dem ESUG (2012), 71 ff. (92), geäußert: „In der Praxis hat sich gezeigt, dass entgegen der gesetzgeberischen Intention bei der Anordnung von Maßnahmen nach § 21 häufig keine Abwägung im Einzelfall unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit erfolgt, sondern die Maßnahme pauschal angeordnet wird. Die betroffenen aus- und absonderungsberechtigten Gläubiger haben derzeit jedoch kein Rechtsmittel gegen eine solche Anordnung. Die sofortige Beschwerde nach § 6 der Insolvenzordnung steht nach § 21 Absatz 1 Satz 2 nur dem Schuldner zu, nicht dagegen Gläubigern, Dritten oder dem vorläufigen Verwalter. Diesen bleibt nur die Möglichkeit einer Gegenvorstellung bei Gericht. Es ist aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, den Gläubigern, in deren dingliche Rechtsposition durch pauschale Anordnung des Insolvenzgerichts eingegriffen wird, ein Beschwerderecht einzuräumen.“

892) Dieses bejahend **Römermann/Praß**, ZInsO 2012, 1923 ff. (1924 ff.); verneinend **Schmidt**, ZInsO 2012, 1107 ff. (1108), der zudem darauf verweist, dass die Verfassung keinen Instanzenzug gewährt, „unabhängig davon, ob man den allgemeinen Justizgewährungsanspruch im Zivilverfahren aus Art. 19 Abs. 4 GG, aus dem Rechtsstaatsprinzip, aus Art. 103 Abs. 1 GG oder sonstigen Erwägungen ableite, richte sich der verfassungsrechtlich gesicherte Anspruch nur auf den Erstzugang zu Gericht.“

fassungswidrigkeit zu beheben.⁸⁹³⁾ De lege lata sperrt § 6 Abs. 1 S. 1 InsO jedes Rechtsmittel, wenn eine Regelung in der Insolvenzordnung fehlt. § 6 InsO ist restriktiv auszulegen.⁸⁹⁴⁾ Der Gesetzgeber hat die bewusste Entscheidung getroffen, keine Möglichkeit der sofortigen Beschwerde gegen die vom Insolvenzgericht nach § 22a InsO getroffenen Entscheidungen zu eröffnen.⁸⁹⁵⁾ Demnach sind § 23 EGGVG und § 567 Abs. 1 Nr. 2 InsO vorliegend nicht anwendbar.

Im Ergebnis bestehen die aufgezeigten Möglichkeiten effektiven Rechtsschutzes, 355 deren Weg aber erst durch den Gesetzgeber geebnet werden muss. Grundsätzlich führt die Rechtsschutzmöglichkeit zu einer Vermeidung von gerichtlichem Opportunismus gegen das ESUG und ist demnach ein gerechtes Auslegungsergebnis. Es ist jedoch fraglich, ob ein Rechtsschutz für die Gläubiger an dieser Stelle überhaupt praxistauglich ist. Der Charakter des Insolvenzverfahrens als Eilverfahren lässt nur eine schnelle gerichtliche Entscheidung zu. Schnell bedeutet in diesem Fall, dass nicht in Wochen oder gar Monaten, sondern in wenigen Tagen eine Entscheidung herbeigeführt werden muss. Folglich müsste eine Entscheidung über die im Ergebnis rechtswidrige Nichteinsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses spätestens innerhalb einer Woche herbeigeführt werden, damit nicht schon wesentliche Entscheidungen getroffen wurden. Fraglich ist aber, ob diese kurze, aber nur praxistaugliche Entscheidungsfrist für die Gerichte überhaupt umsetzbar ist. Zu berücksichtigen ist dabei, dass ein zweitinstanzlicher Richter über die Rechtmäßigkeit der Nichteinsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses entscheiden müsste. Dies ist dadurch zu begründen, dass der Richter, der den vorläufigen Gläubigerausschuss nicht eingesetzt hat, nicht zugleich auch über die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung richten kann. Die Unabhängigkeit des Richters würde dabei nicht gewahrt werden. Da das Insolvenzgericht dem Amtsgericht zugeordnet ist, wäre nach derzeitiger Rechtslage in zweiter Instanz ein Richter des Landgerichts zuständig. Problematisch ist hierbei jedoch die Dauer des Verfahrens. Im Durchschnitt dauert ein Verfahren vor dem Landgericht 8,2 Monate.⁸⁹⁶⁾ In Betracht kommt deshalb nur der einstweilige Rechtsschutz. Dieser Weg müsste durch den Gesetzgeber aber erst geebnet werden. Innerhalb des Eröffnungsverfahrens ist somit, unter der derzeitigen Gesetzeslage, kein Rechtsschutz für die Gläubiger möglich.

893) Dazu auch BGH, Beschl. v. 16.3.2003 – IX ZB 599/02, NJW 2004, 67 ff. (68), der eine sofortige Beschwerde des Schuldners gegen die Mitteilung des Insolvenzgerichts, dass sein Antrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens kraft Gesetzes als zurückgenommen gelte (§ 305 Abs. 3 S. 2 InsO), unter Verweis auf § 6 Abs. 1 InsO, für nicht statthaft gehalten hatte; a.A. *Römermann/Praß*, ZInsO 2012, 1923 ff. (1924), die auf die Entscheidungen des BVerfG, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00 und 1086/01, NZI 2004, 547 ff. und BVerfGE 116, 1 ff. verweisen.

894) So auch *Frind*, Vorstandsmitglied des BAKinso e.V. und RiAG Hamburg, Interview am 9.11.2012, der zudem darauf verweist, dass die Insolvenzordnung an vielen Stellen gerichtliche Entscheidungen ohne Rechtsmittelmöglichkeit kenne.

895) *Schmidt*, ZInsO 2012, 1107 ff. (1108 f.).

896) *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte (2011), 50.

- 356** Es ist davon auszugehen, dass sich auch der Gesetzgeber mit der Frage einer Rechtsschutzmöglichkeit der Gläubiger an dieser konkreten Stelle auseinandergesetzt hat. Er hat sich aber bewusst gegen einen Rechtsschutz entschieden.⁸⁹⁷⁾ Der Gesetzgeber hat erkannt, dass ein Rechtsschutz an dieser Stelle nicht dem Insolvenzverfahren als Eilverfahren gerecht werden kann und sich in der Praxis nicht umsetzen lässt. Auch der Gedanke, dass das Gläubigerinteresse an dieser Stelle möglicherweise über dem Eilcharakter des Eröffnungsverfahrens stehen müsste, kommt vorliegend zu keinem anderen Ergebnis. Zwar bestimmen die Gläubiger auch über die Gestaltung des Insolvenzverfahrens mit, denn die Gläubiger tragen den Verlust und sollen deshalb bei der Haftungsverwirklichung mitwirken dürfen.⁸⁹⁸⁾ Eine fehlerhafte Entscheidung geht zu ihren wirtschaftlichen Lasten. Die Entscheidungsautonomie der Gläubiger dämmt somit auch die Befugnisse des Insolvenzgerichts ein.⁸⁹⁹⁾ Das Eilverfahren dient jedoch dazu, die Insolvenzmasse nicht durch Zeitverlust zu schmälern. Eine höhere Insolvenzmasse kommt direkt den Gläubigern zugute. Ferner ist es das Ziel des Insolvenzverfahrens gemäß § 1 S. 1 InsO, die Gläubiger durch eine möglichst hohe Befriedigungsquote gemeinschaftlich zu befriedigen.⁹⁰⁰⁾ Dieses Verfahrensziel steht über dem Willen einzelner Gläubiger, gegen die Nichteinsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses den Rechtsschutz zu suchen und damit möglicherweise die Insolvenzmasse zu schmälern.
- 357** Folglich scheidet ein Rechtsmittel an dieser Stelle aus. Da es keine Rechtsschutzmöglichkeit gibt, ist es umso wichtiger, den Gläubigern in dieser Situation anderweitig Sicherheit zu geben, damit sie Vertrauen in das Insolvenzverfahren setzen können. Das Problem der Gläubiger besteht in der konkreten Situation darin, dass sie keinen Einfluss auf die Entscheidung des Insolvenzrichters, keinen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, nehmen können. Zur Kompensation dieser Vertrauensbarriere ist in dieser Situation zwischen den Gläubigern und dem Insolvenzrichter mehr Transparenz zu fordern. Diese Transparenz kann dadurch erreicht werden, dass der Insolvenzrichter das Gespräch mit den Gläubigern sucht.⁹⁰¹⁾ Im konkreten Fall heißt das, dass der Insolvenzrichter die potentiellen Mitglieder des vorläufigen Gläu-

897) So auch **Frind**, Vorstandsmitglied des BAKinso e.V. und RiAG Hamburg, Interview am 9.11.2012.

898) **Pape** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 1 Rn. 13.

899) **Neumann**, Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren (1995), 11 ff.

900) Vgl. **Ganter** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 1 Rn. 20.

901) **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012, der von einem Insolvenzverfahren berichtete, bei dem der Insolvenzrichter und der Rechtspfleger an einer Sitzung des vorläufigen Gläubigerausschusses teilgenommen haben. Diese Motivation begrüßten alle Gläubiger. Nach meiner Meinung ist es der richtige Weg, wenn die Verfahrensbeteiligten, und dazu gehört auch der Insolvenzrichter, untereinander die Kommunikation suchen. Die Kommunikation zu suchen heißt auch gleichzeitig, Kooperationsbereitschaft zu zeigen. Und nur durch eine Kooperation der Verfahrensbeteiligten hat das durch verschiedene Interessen bestimmte Insolvenzverfahren eine Chance, erfolgreich zu sein.

bigerausschusses unverzüglich darüber zu informieren hat, dass kein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt wird.⁹⁰²⁾ Dadurch haben die Gläubiger die Möglichkeit, gegenüber dem Insolvenzrichter sofort auf diese Entscheidung zu reagieren. Ferner ist es sinnvoll, dass der Insolvenzrichter dazu angehalten ist, die Nichteinsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses zu begründen.⁹⁰³⁾ Durch eine Begründungspflicht setzt sich der Insolvenzrichter stärker mit der Thematik auseinander und wird sich seiner Entscheidung noch einmal bewusster. Auf der anderen Seite stärkt eine Begründung des Insolvenzrichters auch das Vertrauen der Gläubiger. Ihnen wird das Gefühl vermittelt, dass der Insolvenzrichter eine bewusste Entscheidung und nicht eine unbedachte Ad-hoc-Entscheidung getroffen hat. Zudem haben die Gläubiger somit die Möglichkeit, die in der Begründung genannten Argumente konkret gegenüber dem Insolvenzrichter zu widerlegen.

Auch wenn den Gläubigern aus praktischen Gründen in diesem konkreten Fall kein **358** Rechtsschutz gewährt werden kann, so ist die Informations- und die Begründungspflicht des Insolvenzrichters eine angemessene Rechtsfolge als Auslegungsergebnis zur Vermeidung des gerichtlichen Opportunismus gegen das ESUG.

bb) Rechtswidriges Übergehen eines Vorschlags und der beschlossenen Anforderungen an die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

Das Insolvenzgericht kann das ESUG auch konterkarieren, indem es einen Vorschlag **359** des vorläufigen Gläubigerausschusses rechtswidrig übergeht oder die beschlossenen Anforderungen an die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch den vorläufigen Gläubigerausschuss im Ergebnis rechtswidrig nicht zugrunde legt.

Auch hier wäre eine Rechtsschutzmöglichkeit für die Gläubiger das effektivste und **360** gerechteste Mittel. Wie jedoch bereits erläutert, ist ein Rechtsschutz im Rahmen des Eröffnungsverfahrens aus rechtlichen wie aus praktischen Gründen abzulehnen. Zum einen ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, soweit § 6 Abs. 1 S. 1 InsO verfassungswidrig ist, die Verfassungswidrigkeit zu beheben. Zum anderen lässt sich der zeitliche Aufwand des Rechtsschutzes nicht mit dem Eilcharakter des Insolvenzverfahrens vereinbaren. Im Ergebnis ist deshalb ein Rechtsschutz abzulehnen.

Aber auch in diesem Fall ist es auf Grund des großen Stellenwerts der Gläubiger- **361** rechte geboten, die Transparenz und die Vorhersehbarkeit für die Gläubiger zu erhöhen. Es ist sinnvoll, dass der Insolvenzrichter ein Übergehen des Vorschlags des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zum einen den Gläubigern anzuzeigen und zum anderen auch zu begründen hat. Auch bei dem fehlenden und im Ergebnis rechtswidrigen Zugrundelegen der vom

902) Diese Gedanken wurden entwickelt im Interview mit **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012.

903) **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012.

vorläufigen Gläubigerausschuss beschlossenen Anforderungen an die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist eine Informations- und Begründungspflicht des Insolvenzrichters notwendig. Dadurch, dass der Insolvenzrichter die Kommunikation mit den Gläubigern sucht beziehungsweise verpflichtet ist zu suchen, können die Gläubiger ihre divergierende Meinung direkt vertreten. Durch den erhöhten Informationsfluss können Konflikte schneller gelöst werden oder treten erst gar nicht auf.

- 362** Auch wenn keine Rechtsschutzmöglichkeit für die Gläubiger in diesen konkreten Fällen offen steht, so ist für die Gläubiger zur Stärkung der Transparenz und der Vorhersehbarkeit und folglich des Vertrauens die Pflicht zum Informationsaustausch durch den Insolvenzrichter ein geeignetes und angemessenes Äquivalent.

b) Die Gläubiger

- 363** Bei den Gläubigern besteht, wie schon erläutert,⁹⁰⁴⁾ die Gefahr, dass sich lobbyistische Gläubigerstrukturen im Rahmen des vorläufigen Gläubigerausschusses bilden und dadurch die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gefährdet wird. Insbesondere die Großgläubiger nehmen auf den (vorläufigen) Verwalter Einfluss und üben Druck aus, dass der (vorläufige) Verwalter ihre Forderungen bevorzugt berücksichtigt. Ihr Druckmittel ist dabei, dass eine erneute Benennung und Bestellung des opponierenden (vorläufigen) Verwalters in Gefahr sei. Dieses Verhalten der lobbyistischen Gläubiger schwächt das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten und insbesondere der anderen Gläubiger, die am Insolvenzverfahren beteiligt sind, da der Eindruck entsteht, dass nur ein Teil der Gläubigerschaft die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters auswählt und dieser Teil auch noch Einfluss auf das Insolvenzverfahren durch Druck auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter ausübt. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter ist in diesem Fall nicht mehr unabhängig und kann nicht das Vertrauen aller Gläubiger gewinnen. Diese Vertrauensbarriere und dieses Kooperationshemmnis, resultierend aus der Bildung lobbyistischer Gläubigerstrukturen, bedürfen einer Auflösung.
- 364** Fraglich ist, was die Folge ist, wenn sich lobbyistische Strukturen im vorläufigen Gläubigerausschuss bilden und der (vorläufige) Insolvenzverwalter dem Druck der lobbyistischen Gläubigergruppen nicht standhält. Möglicherweise ist der vorläufige Gläubigerausschuss dann aufzulösen oder ist er nicht befugt, sein Mitbestimmungsrecht bei der Auswahl des Verwalters auszuüben. Es könnte auch anzunehmen sein, dass die Beschlüsse des vorläufigen Gläubigerausschusses rechtswidrig sind und ein Anspruch auf Neubesetzung besteht. Doch auch hierfür würde nur ein Rechtsschutz in Betracht kommen, der wiederum dem Insolvenzverfahren als Eilcharakter entgegensteht und eine Masseschmälerung zur Folge hätte. Der Rechtsschutz kann

904) Dazu unter § 7 A. I. 1.3.

demnach nicht die Lösung sein. Vielmehr ist die Lösung, diesen Verfahrensabschnitt transparenter zu gestalten.

Eine Möglichkeit, die Transparenz zu erhöhen, könnte die Bildung eines lokalen ständigen Ausschusses der Gläubiger sein. Der Insolvenzrichter könnte dann aus einem Ausschusspool, dessen Liste zum Beispiel bei der IHK hinterlegt ist, nach dem System eines Geschäftsverteilungsplans die Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses bestimmen.⁹⁰⁵⁾ Neben dem Vorteil der Beschleunigung des Insolvenzverfahrens hat dies den Vorteil, dass eine größere Sachkenntnis der Mitglieder zu erwarten ist. Dieser Lösungsansatz ist jedoch nur bedingt praxistauglich. Zum einen besteht das Problem, dass bei einem Geschäftsverteilungsplan und damit bei einem Rotationsverfahren Gläubiger über den Verwalter entscheiden, die selbst nicht in dem konkreten Fall betroffen sind. Selbst, wenn man dafür eine Regelung finden würde, ist es zum anderen nicht realistisch, dass man alle potentiellen Gläubiger auf einer Liste vereinen kann. Demnach kann schon aus praktischen Gründen der lokale, ständige Ausschuss keine Lösung darstellen. Ferner fördert ein ständiger lokaler Ausschuss ein „*Gemauschel*“⁹⁰⁶⁾ unter den Gläubigern, da die Vertreter der verschiedenen Gläubiger sich wiederholt treffen würden und somit vereinfacht Absprachen untereinander und somit die Bildung lobbyistischer Strukturen möglich wären. Den lobbyistischen Gläubigerstrukturen würde man somit eine Plattform bieten.

In der Praxis kann diese Transparenz vielmehr dadurch umgesetzt werden, dass festgelegt wird, dass eine Beschlussfassung nur dann verbindlich ist, wenn zumindest ein Gläubiger aus jeder gemäß § 13 Abs. 1 InsO aufgelisteten Gläubigergruppe teilnimmt.⁹⁰⁷⁾ Vorrangig ist es auch hier wichtig, dass das Insolvenzgericht die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters sehr sorgfältig prüft, um das Vertrauen aller Verfahrensbeteiligten zu gewinnen.⁹⁰⁸⁾ In der Praxis haben sich vier Richter und ein Insolvenzverwalter⁹⁰⁹⁾ der Optimierung der Prüfung der Unabhängig-

905) Mit diesem Lösungsansatz zur Problematik, dass der Schuldner dem Insolvenzgericht zum Zeitpunkt der Antragstellung zumeist eine Gläubigerliste mit mitwirkungsbereiten Gläubigern und einem Vorschlag eines bestimmten (vorläufigen) Insolvenzverwalters präsentiert, schon **Neubert**, Vorstandsmitglied des BAKinso e.V., des Instituts für Insolvenzrecht e.V. und RiAG Hannover, Interview am 23.10.2012 unter § 7 A. II. II.4.

906) So **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012.

907) Mit diesem Vorschlag schon **Hölzle**, NZI 2011, 124 ff. (Fn. 14).

908) Dies als Lösung vorbringend **VID**, Pressemitteilung vom 25.10.2012, 1. Auch anführend, dass die Insolvenzrichter „über die Sachkenntnis und auch über den erforderlichen Mut verfügen“ müssten „gegen häufig nicht unerheblichen öffentlichen Druck und innerhalb kurzer Zeit ihre Entscheidung zu treffen. Nur so kann der Respekt vor der Institution Insolvenzgericht erhalten bleiben.“

909) Entwickelt haben den „Fragebogen zur Unabhängigkeit“ der Richter am Amtsgericht Hamburg, **Frank Frind**, der Richter am Amtsgericht Potsdam, **Thorsten Graeber**, der Richter am Amtsgericht Göttingen, **Ulrich Schmerbach**, der Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter, **Klaus Siemon** und der Richter am Amtsgericht Darmstadt, **Guido Stephan**. Der Fragebogen ist auf den Homepages des BAKinso e.V. (www.bak-inso.de) und des VID (www.vid.de) abrufbar.

keit des (vorläufigen) Verwalters angenommen. Das Ergebnis ist ein Fragebogen zur Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters.⁹¹⁰ Der Insolvenzrichter ist im Insolvenzverfahren gehalten, die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters zu prüfen. Bedient sich der zuständige Insolvenzrichter nicht der Möglichkeit, den Fragebogen zur Ermittlung der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters heranzuziehen, macht er sich haftbar, soweit später dadurch ein Schaden entsteht.⁹¹¹ Die angesprochenen Lösungsmöglichkeiten sind selbstverständlich nur hilfreich, soweit sie auch umgesetzt werden.

c) Der Schuldner

367 Der Schuldner hat im Rahmen des Schutzschirmverfahrens nach § 270b Abs. 2 S. 2 InsO die Möglichkeit, den vorläufigen Sachwalter vorzuschlagen. Das Insolvenzgericht kann von dem Vorschlag des Schuldners nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes offensichtlich nicht geeignet ist. Das Auswahlrecht beziehungsweise das Vorschlagsrecht der Gläubiger wird durch die speziellere Regelung des § 270b Abs. 2 S. 2 InsO verdrängt. Das praktische Problem, das sich hierbei stellt, ist, dass der Schuldner eine Person für das Amt des vorläufigen Sachwalters vorschlagen kann, die das Sanierungskonzept für ihn optimal umsetzen wird. Die Gläubiger haben dadurch das nicht ganz unberechtigte Gefühl, dass der vorläufige Sachwalter immer ein wenig mehr im Feld des Schuldners steht als in ihrem Feld. In der Literatur wird daher auch vom sogenannten „mitgebrachten“ Verwalter gesprochen.⁹¹² Fraglich ist demnach, ob es gerechtfertigt ist, dass der Schuldner an dieser Stelle das sehr weitgehende Auswahlrecht hat oder ob die Gläubiger vom Gesetzgeber in ungerechtfertigter Weise in diesem Auswahlprozess zurückgedrängt worden sind.

368 Festzuhalten ist, dass das Ziel des Gesetzgebers, die Gläubigerautonomie zu stärken, an dieser Stelle des Gesetzes einem anderen Prinzip, der Schuldnerautonomie, weicht. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber mit dem ESUG das Ziel verfolgt, die Eigenverwaltung und auch die frühzeitige Unternehmenssanierung durch ein der Regelinsolvenz vorgeschaltetes Sanierungsverfahren zu stärken.⁹¹³ Bislang wurde die Eigenverwaltung in Deutschland nur sehr restriktiv genutzt. Dies ist insbesondere dem Umstand geschuldet, dass das Verfahren für den Schuldner nicht

910) Der Fragebogen zur Prüfung der Unabhängigkeit des Verwalters ist noch verbesserungswürdig. So auch **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012. Nach meiner Meinung wird sich der Fragebogen von ganz allein durch die Anwendung in der Praxis dynamisch fortentwickeln.

911) So **Frind**, Vorstandsmitglied des BAKinso e.V. und RiAG Hamburg, Interview am 9.11.2012.

912) U.a. **Römermann/Praß**, GmbHR 2012, 425 ff. (430); **Meyer-Löwy/Bruder**, GmbHR 2012, 432 ff. (436 f.). Diese Problematik des „mitgebrachten“ Sachwalters wurde auch schon unter § 3 E. II. aufgegriffen.

913) BT-Drs. 17/5712, 40 f.

vorhersehbar war. Das Insolvenzgericht hat zwischen Antragstellung und Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit zum Teil weitreichenden Befugnissen eingesetzt. Problematisch war vor allem, dass über die Anordnung der Eigenverwaltung das Insolvenzgericht erst im Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und somit erst nach zwei bis drei Monaten entschieden hat. Der Schuldner setzte sich dabei einem hohen Risiko aus, denn die Nicht-Anordnung der Eigenverwaltung kann wirtschaftlich negative Auswirkungen auf den weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens haben.

Dem Willen des Gesetzgebers nach beurteilt, ist das weitgehende Auswahlrecht des Schuldners zumindest vom Grundgedanken der Stärkung des Vertrauens in eine frühzeitige Insolvenzantragstellung durch den Schuldner an dieser Stelle gerechtfertigt. Demnach kann keine Kritik daran geübt werden, dass der Schuldner den vorläufigen Sachwalter vorschlagen kann und nicht die Gläubiger. Da das weite Auswahlrecht des Schuldners gerechtfertigt ist, ist alleine fraglich, ob der Gesetzgeber die Auswahlentscheidung des Schuldners zulässig umgesetzt und die Interessen der Gläubiger ausreichend berücksichtigt hat. **369**

Die vom Schuldner vorgeschlagene Person muss geeignet und geschäftsfähig sein und die Unabhängigkeit wahren gemäß § 56 Abs. 1 InsO.⁹¹⁴⁾ Zudem darf die vorgeschlagene Person gemäß § 270b Abs. 2 S. 1 InsO nicht die Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 S. 3 InsO ausgestellt haben. Das Insolvenzgericht hat, soweit die vorgeschlagene Person des Schuldners gegen diese Kriterien verstößt, eine andere Person zum vorläufigen Sachwalter zu bestimmen. Dabei hat der vorläufige Gläubigerausschuss nach § 56a Abs. 1 InsO die Möglichkeit, eine Stellungnahme zur Person des vorläufigen Sachwalters abzugeben, weil das Insolvenzgericht nicht verpflichtet ist, einen zweiten Vorschlag des Schuldners zu akquirieren. Die Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses ist auch sinnvoll, da dieser zur Frage der „*offensichtlichen Ungeeignetheit*“ Stellung beziehen kann.⁹¹⁵⁾ Die „*Offensichtlichkeit*“ soll sogenannte „*non-liquet-Situationen*“ überwinden. *Non-liquet-Situationen* sind Grenzfälle, in denen beim Insolvenzgericht Zweifel über die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 56 Abs. 1 InsO oder Zweifel über den Sachverhalt, auf den die Vorschrift anzuwenden ist, bestehen. Durch das Merkmal der „*Offensichtlichkeit*“ hat das Insolvenzgericht keine weiteren Nachforschungen anzustellen und die vom Schuldner vorgeschlagene Person zum vorläufigen Sachwalter zu bestellen. **370**

Wichtig ist vor allem, dass das Insolvenzgericht an dieser Stelle seiner Aufgabe, die widerstreitenden Interessen in einen gerechten Ausgleich zu bringen, erfüllt. Insbesondere dient es dem Vertrauen der Gläubiger, wenn sie die Unabhängigkeit des vorläufigen Sachwalters gewahrt wissen. Nur durch die Unabhängigkeit der vom **371**

914) In der Gesetzesbegründung BT-Drs. 17/5712, 40, heißt es unter § 270b InsO dazu: „(...) für ihn vertrauenswürdigen, gleichzeitig aber unabhängigen Person (...)“.

915) **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270b Rn. 10.

Schuldner vorgeschlagenen Person kann eine Akzeptanz der Gläubiger entstehen und bestehen. In der Praxis wurde diese Relevanz erkannt und es wurde darauf reagiert. Wie schon erwähnt⁹¹⁶⁾ wurde ein Fragebogen zur Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters entwickelt.⁹¹⁷⁾ Dieser Fragebogen ist geeignet, die Unabhängigkeit der vorgeschlagenen Person zu bestimmen. Nutzt der Insolvenzrichter die Möglichkeit der Geeignetheitsprüfung nicht, könnte er sich dadurch haftbar machen, sofern dadurch später ein Schaden entsteht.⁹¹⁸⁾ Die Transparenz und die Sicherheit, die durch die Prüfung der Unabhängigkeit der Person des vorläufigen Sachwalters entstehen, schaffen das notwendige Vertrauen der Gläubiger und beachten dabei auch im ausreichenden Maße die Interessen der Gläubiger. Der Gesetzgeber hat in diesem Fall die Voraussetzungen geschaffen, alle Interessen in einen gerechten Ausgleich zu bringen.

- 372** Ein möglicher Rechtsschutz, der greifen könnte, wenn der Insolvenzrichter zwar keine Abhängigkeit der Person, die das Amt des vorläufigen Sachwalters übernehmen soll, festgestellt hat, die Gläubiger aber gegenteiliger Meinung sind, scheitert wiederum an dem Charakter des Insolvenzverfahrens und speziell des Eröffnungsverfahrens als Eilverfahren. Eine Rechtsschutzmöglichkeit würde in der Praxis nicht umzusetzen sein und sich negativ auf die Insolvenzmasse auswirken. Zudem würde das weitreichende Auswahlrecht, das dem Schuldner an dieser Stelle zuteilwird, konterkariert werden, wenn die Gläubiger die Möglichkeit hätten, durch eine von ihnen empfundene Abhängigkeit des vorläufigen Sachwalters den Rechtsweg zu beschreiten und die Unabhängigkeit überprüfen zu lassen. Am Ende wären es dann wieder die Gläubiger, die durch (geschicktes) Torpedieren des vom Schuldner vorgeschlagenen Kandidaten den vorläufigen Sachwalter auswählen könnten. Aber gerade im Rahmen des Schutzschirmverfahrens soll dieses Recht beim Schuldner liegen. Nicht das Beschreiten des Rechtswegs, sondern wiederum die Transparenz ist die Lösung, um die Opportunismusgefahren einzudämmen und die Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse aufzulösen.

d) Im Allgemeinen

aa) Kein Verweis des § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO auf § 67 Abs. 3 InsO

- 373** Ein Problem, dass sich durch die Fassung des ESUG, die es durch den Rechtsausschuss erhalten hat, ergibt, ist, dass § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO nicht mehr auf § 67 Abs. 3 InsO, sondern nur noch auf § 67 Abs. 2 InsO verweist. Folglich finden Nichtgläubiger im vorläufigen Gläubigerausschuss keine Berücksichtigung. Grundsätzlich ist es berechtigt, dass Nichtgläubiger im Eröffnungsverfahren keine Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses sind. Dies ist darauf zurückzuführen,

916) Unter § 7 B. II. II.2 b).

917) Abrufbar auf den Homepages des BAKInso e.V. (www.bak-inso.de) und des VID (www.vid.de).

918) So hervorgehend aus **Frind**, Vorstandsmitglied des BAKInso e.V. und RiAG Hamburg, Interview am 9.11.2012.

dass im Eröffnungsverfahren auch Geschäftsgeheimnisse offenbart werden. Würden Nichtgläubiger darüber Kenntnis erlangen, hätte dies unabsehbare Folgen.⁹¹⁹⁾ Zudem ist es das Ziel des ESUG, die Gläubigerrechte zu stärken. Deshalb ist es auch gerecht, wenn die Nichtgläubiger nicht im vorläufigen Gläubigerausschuss vertreten sind.⁹²⁰⁾

Problematisch wird es aber dann, wenn Arbeitnehmer, die nach § 67 Abs. 2 S. 2 InsO **374** im vorläufigen Gläubigerausschuss vertreten sein sollen, durch keine offenen Forderungen gegenüber dem Schuldner zu Nichtgläubigern werden. Dadurch, dass § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO gesetzessystematisch dem § 67 Abs. 2 S. 2 InsO vorgeht, wäre demnach kein Arbeitnehmer im vorläufigen Gläubigerausschuss vertreten. Fraglich ist aber, ob dies dem gesetzgeberischen Willen entspricht. Neben den Lieferanten bildet die Gruppe der Arbeitnehmer die größte Gruppe bemessen nach der Kopfzahl. Bei den Arbeitnehmern ist nicht nur die wirtschaftliche, sondern auch die persönliche Situation zu berücksichtigen. Deshalb sind sie im Insolvenzverfahren besonders schützenswert.⁹²¹⁾ Es kann demnach nicht gerechtfertigt sein, die Arbeitnehmer nicht in den vorläufigen Gläubigerausschuss und demnach nicht in die Entscheidung über den (vorläufigen) Verwalter miteinzubeziehen. Wie schon vorgeschlagen,⁹²²⁾ ist im Rahmen der Insolvenzgeldvorfinanzierung ein Mitglied der Arbeitsverwaltung, wie die Bundesagentur für Arbeit oder die Insolvenzgeldstelle, in den vorläufigen Gläubigerausschuss zu berufen. Da die Arbeitnehmer im Insolvenzverfahren unter den Gläubigern selbst eine bedeutende Stellung einnehmen, muss ihnen Rechtsschutz gewährt werden, wenn sie keinen Vertreter im vorläufigen Gläubigerausschuss haben. In Betracht kommt dabei eine Leistungsklage. Die allgemeine Leistungsklage aus dem Verwaltungsrecht,⁹²³⁾ mit der ein Tun, ein Dulden oder ein Unterlassen gefordert werden kann, ist vorliegend nicht einschlägig, da der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet ist. Streitentscheidende Normen sind vorliegend die des Zivilrechts, gemäß §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a, 67 Abs. 2 S. 2, 22a InsO. Deshalb kommt vorliegend nur die Leistungsklage des Zivilprozesses in Betracht. Auch diese ist auf ein Tun, Dulden oder ein Unterlassen gerichtet. Vorliegend begehren die Arbeitnehmer, dass dem vorläufigen Gläubigerausschuss ein Vertreter der Arbeitnehmer angehören soll. Sie fordern somit ein Tun und demnach eine Handlung des Insolvenzrichters. Problematisch ist in diesem Fall jedoch, dass die Arbeitnehmer auf eine schnelle Entscheidung angewiesen sind, da durch ein lang-

919) Diesen Gedanken aufwerfend *Frind*, Vorstandsmitglied des BAKinso e.V. und RiAG Hamburg, Interview am 9.11.2012.

920) So *Beck*, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012.

921) Auf das besondere „Nähe- und Schutzverhältnis“ der Arbeitnehmer zum Arbeitgeber eingehend BT-Drs. 17/7511, 31 f.

922) Unter § 7 A. II. II.4.

923) Die allgemeine Leistungsklage des Verwaltungsrechts ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Sie wird aber in mehreren Vorschriften gemäß §§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 4 VwGO vorausgesetzt.

wieriges Warten auf eine Verfahrensentscheidung die wichtigsten Entscheidungen durch den vorläufigen Gläubigerausschuss bereits getroffen worden sind. Demnach kommt nur eine Leistungsklage in Form der vorbeugenden Unterlassungsklage in Betracht.

- 375** Daneben könnten zudem die §§ 23 ff. EGGVG einschlägig sein. Bei der Entscheidung des Insolvenzrichters, den vorläufigen Gläubigerausschuss nicht mit Arbeitnehmern zu besetzen, handelt es sich um ein hoheitliches Handeln einer Justizbehörde zur Regelung einer einzelnen Angelegenheit, das geeignet ist, die Arbeitnehmer in ihren Rechten zu verletzen.⁹²⁴⁾ Die Entscheidung gemäß § 22a InsO ist für den Richter keine spruchrichterliche Tätigkeit und folglich ein Justizverwaltungsakt nach § 23 EGGVG.⁹²⁵⁾ Wie bereits bei der Nichteinsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses erläutert,⁹²⁶⁾ entscheidet über den Antrag nach § 23 EGGVG das Oberlandesgericht gemäß § 25 EGGVG. Eine Entscheidung des Oberlandesgerichts würde dem Charakter des Insolvenzverfahrens als Eilverfahren aber entgegenstehen, da eine Entscheidung innerhalb des Eröffnungszeitraums nicht erzielt werden könnte. Kann die Entscheidung durch das Oberlandesgericht nicht innerhalb des Eröffnungsverfahrens herbeigeführt werden, liegt ab dem eröffneten Verfahren ein *erledigendes Ereignis* vor, dass die Unzulässigkeit des Antrags nach sich zieht. In Frage kommt deshalb nur ein einstweiliger Rechtsschutz. Die §§ 23 ff. EGGVG sehen keine Möglichkeit einstweiliger Anordnung vor. Die einstweilige Anordnung ist in diesem Rahmen jedoch anerkannt, wenn ansonsten schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, die durch die Hauptsache nicht beseitigt werden könnten.⁹²⁷⁾ Ferner darf die Hauptsache nicht vorweggenommen werden. Eine Ausnahme greift nur dann ein, wenn dem Antragsteller ansonsten nicht zu behebende Nachteile drohen. Im Eröffnungsverfahren werden wichtige und unabänderbare Entscheidungen getroffen. Berücksichtigt das Insolvenzgericht die Arbeitnehmer nicht als Mitglied bei der Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, haben die Arbeitnehmer keine Möglichkeit, auf die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters Einfluss zu nehmen. Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist somit gerechtfertigt. Im Ergebnis ist demnach eine einstweilige Anordnung im Rahmen der §§ 23 ff. EGGVG möglich.

924) *Schoreit* in: Hannich, *Karlsruher KommStPO* (2008), § 23 EGGVG Rn. 21.

925) *Römermann/Praß*, *ZInsO* 2012, 1923 ff. (1927 f.); a.A. *Horstkotte*, *ZInsO* 2012, 1930 ff. (1930 f.), der bei der rechtlichen Einordnung der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses davon ausgeht, dass es sich „nicht um die erstmalige Herstellung eines Rechtsverhältnisses zum Antragsteller, sondern um die Einsetzung eines durch die InsO mit verfahrensrechtlichen Befugnissen ausgestatteten Gremiums, dem der Antragsteller (im Fall des § 22a Abs. 2 InsO) nicht einmal angehören muss“, handelt.

926) Unter § 7 B. II. II.2 a) aa).

927) So die h.M.; statt vieler OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.11.1993 – 2 VAs 23/93, *NSiZ-RR* 1994, 142 ff.

Zu beachten ist jedoch auch in diesem Fall, dass § 6 Abs. 1 S. 1 InsO einer Rechtsschutzmöglichkeit entgegensteht. Ferner ist eine Rechtsschutzmöglichkeit konträr zu dem Charakter des Insolvenz- und insbesondere des Eröffnungsverfahrens als Eilverfahren. Ein Rechtsschutz scheidet demnach vorliegend aus praktischen Gründen aus. **376**

Anzusetzen ist vielmehr bei dem Willen des Gesetzgebers. Dieser wollte durch das ESUG die Rechte der Gläubiger stärken. Nach der Systematik des Gesetzes geht § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO dem § 67 Abs. 2 S. 2 InsO vor.⁹²⁸⁾ Fraglich ist aber, ob dies mit dem Ziel des ESUG, die Gläubigerrechte zu stärken, in Einklang steht. Wie aufgezeigt sind die Arbeitnehmer nicht im vorläufigen Gläubigerausschuss vertreten, wenn der Schuldner bis zur Antragstellung alle Forderungen der Arbeitnehmer befriedigt hat, da die Arbeitnehmer dann Nichtgläubiger sind. Dies entspricht jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers, der explizit aufführt, dass künftig „*dem Gläubigerausschuss ebenso wie die anderen genannten Gläubigergruppen stets ein Vertreter der Arbeitnehmer angehören*“ soll.⁹²⁹⁾ Zum einen nicht, weil in § 67 Abs. 2 S. 2 InsO ausdrücklich klargestellt ist, dass dem vorläufigen Gläubigerausschuss ein Vertreter der Arbeitnehmer angehören soll. Dabei ist speziell zu berücksichtigen, dass der Zusatz in § 67 Abs. 2 S. 2 InsO, „*wenn diese als Insolvenzgläubiger mit nicht unerheblichen Forderungen beteiligt sind*“, gestrichen wurde.⁹³⁰⁾ Dies betont den Willen des Gesetzgebers, dass die Arbeitnehmer ohne Barrieren ein Mitglied des vorläufigen Gläubigerausschusses sind, da sich in der Praxis „*in den vergangenen Jahren seit dem Inkrafttreten der InsO die Beteiligung eines Vertreters der Arbeitnehmer im Gläubigerausschuss durchweg als sinnvoll erwiesen*“ hat.⁹³¹⁾ Zum anderen nicht, weil der Gesetzgeber mit dem ESUG die Gläubigerrechte stärken wollte und darunter auch die Arbeitnehmer subsumiert hat. Dies ist daraus abzuleiten, dass dem Gesetzgeber bewusst ist, dass im Eröffnungsverfahren Entscheidungen getroffen werden, die für das weitere Verfahren von erheblicher Bedeutung sind.⁹³²⁾ Eine erfolgreiche Unternehmensfortführung entscheidet sich im Eröffnungsverfahren und nicht im eröffneten Verfahren, und ohne die anfängliche Mitwirkung der Gläubiger ist eine Sanierung nicht möglich.⁹³³⁾ Speziell die Arbeitnehmer verfolgen neben dem großen wirtschaftlichen Interesse auch ein persönliches Interesse, das das Ziel der Unternehmensfortführung noch stärker in den Vordergrund rücken lässt.⁹³⁴⁾ Die Arbeitnehmer sind folglich für das Ziel der Sanierung des Unternehmens unersetz-

928) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 34.

929) BT-Drs. 17/5712, 27.

930) BT-Drs. 17/5712, 8.

931) BT-Drs. 17/5712, 27.

932) BT-Drs. 17/5712, 24.

933) BT-Drs. 17/5712, 24.

934) So der Gesetzesentwurf BT-Drs. 17/5712, 24: „*Sie haben in der Regel auch ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an einer erfolgreichen Sanierung des Schuldners.*“

lich.⁹³⁵⁾ Im Ergebnis spiegelt die Gesetzessystematik und damit die Folge, dass § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO *lex specialis* zu § 67 Abs. 2 S. 2 InsO ist, nicht den Willen des Gesetzgebers wider. Es ist somit eine teleologische Reduktion vorzunehmen, so dass § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO, trotz der systematischen Stellung im Gesetz, nicht *lex specialis* zu § 67 Abs. 2 S. 2 InsO ist. Nach dem Willen des Gesetzgebers, der aus dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung klar hervorgeht, ist folglich § 67 Abs. 2 S. 2 InsO *lex specialis* zu § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO. Die Arbeitnehmer müssen somit in jedem vorläufigen Gläubigerausschuss vertreten sein.⁹³⁶⁾

bb) Der Einfluss der Schuldnerberater

- 378** Ein weiteres Problem ist der Einfluss der Schuldnerberater auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Verwalters.⁹³⁷⁾ Problematisch ist hierbei, dass der Schuldnerberater, neben den Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses, auch den (vorläufigen) Verwalter auswählt. Diese Situation spiegelt auch die Umfrage des VID auf dem Insolvenzverwalterkongress 2012 in Berlin wider. Auf die Frage, von welcher Seite der Vorschlag zur Bestellung der Person als potentiellen Sachwalter kam, antworteten die Teilnehmer, dass 48 % der Berater der Geschäftsleitung den Vorschlag zur Person des vorläufigen Sachwalters abgegeben haben.⁹³⁸⁾ Dadurch, dass die Gläubiger auf Vorschlag des Schuldners beziehungsweise dessen Berater zumeist auch Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses werden, folgen sie aus Verbundenheit zum Schuldner regelmäßig auch dessen Vorschlag zur Person des (vorläufigen) Verwalters.⁹³⁹⁾ Die Folge ist, dass die (vorläufige) Verwalterauswahl dadurch determiniert wird. Insbesondere ist problematisch, dass einige Schuldner-

935) So auch BT-Drs. 17/5712, 27.

936) So auch **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012, der darauf verweist, dass die Arbeitnehmer nach § 67 Abs. 2 S. 2 InsO im vorläufigen Gläubigerausschuss immer vertreten sind.

937) **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012, der darauf hinweist, dass sich die gleiche Problematik auch bei einem Unternehmensberater oder einem insolvenzverfahrensrechtlichen Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter stellt. Dieser wird bei einem insolvenzbedrohten Unternehmen an die Stelle des Vorstands/Geschäftsführers gesetzt oder ergänzt den Vorstand/Geschäftsführer, da der Unternehmensberater/Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter insolvenzrechtlichkundig ist. Der Unternehmensberater/Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter erfüllt die Position des vorinsolvenzlichen Beraters. Dieser Unternehmensberater schlägt folglich den vorläufigen Sachwalter vor. „Grundsätzlich sollte sich der vorläufige Sachwalter als Aufsichtsrat ansehen, dessen Aufgabe die Kontrolle ist. Ist dieses der Fall, wird kein vorläufiger Sachwalter die Position des vorläufigen Sachwalters einnehmen, ohne nicht das Vertrauen zum Vorstand/zu den Geschäftsführern zu haben.“

Zum Problem der Schuldnerberater schon unter § 7 A. II. II.4.

938) Zum Vergleich: 22 % der Vorschläge zur Person des vorläufigen Sachwalters kommen von der Geschäftsleitung, 20 % von den involvierten Banken und 10 % von den sonstigen Gläubigern, VID, Auswertung des Fragebogens vom Insolvenzverwalterkongress 2012 in Berlin (Teil 1).

939) **Reuter**, INDat-Report 6/2012, 26 ff. (26).

berater wiederholt den gleichen (vorläufigen) Verwalter vorschlagen.⁹⁴⁰⁾ Demnach wäre das Ziel des ESUG, die Gläubigerrechte zu stärken, konterkariert, da am Ende der Schuldner den (vorläufigen) Verwalter bestimmt und die Gläubiger sich nur anschließen.⁹⁴¹⁾ Statt die Position der Gläubiger zu stärken, hätte sich in diesem Fall die Position des Schuldners erheblich verbessert. Die Verteilung dieses Stärkeverhältnisses steht nicht im Einklang mit dem ESUG und folglich mit dem Willen des Gesetzgebers. Der Einfluss der Schuldnerberater auf das Insolvenzverfahren und insbesondere auf die Auswahl des (vorläufigen) Verwalters muss somit eingedämmt werden.

Das Ziel ist es, das Auswahlverfahren des (vorläufigen) Verwalters bei der Beteiligung von Schuldnerberatern mit mehr Transparenz zu füllen. Die Transparenz kann dadurch gestärkt werden, dass der Insolvenzrichter der Prüfung der Unabhängigkeit der vorgeschlagenen Person eine herausragende Stellung beimisst.⁹⁴²⁾ Dabei steht eine mögliche Abhängigkeit der vorgeschlagenen Person für das Verwalteramt zum Schuldner im Vordergrund. Damit der Insolvenzrichter die Unabhängigkeit in diesem Verhältnis genauestens überprüfen kann, muss dieser bei jedem einzelnen Insolvenzverfahren genau darauf achten, wer die Berater des Schuldners sind⁹⁴³⁾ und ob diese eine bestimmte Person wiederholt vorschlagen. Eine häufige Wiederholung spricht in diesem Fall für ein Abhängigkeitsverhältnis der vorgeschlagenen Person zum Schuldner. Um die Abhängigkeiten der Person des (vorläufigen) Verwalters feststellen zu können, ist es ratsam, dass die Insolvenzrichter ein Netzwerk bilden. Durch dieses Netzwerk wäre gewährleistet, dass der Insolvenzrichter nicht nur Kenntnis von dem Bezirk seines Insolvenzgerichts und damit einem wiederholten Vorschlag eines bestimmten Verwalters durch einen Schuldnerberater hat, sondern dass sich diese Kenntnis auf das gesamte Bundesgebiet erstreckt. Eine lückenlose Protokollierung der Informationen bezüglich des wiederholten Vorschlags eines Verwalterkandidaten durch einen Schuldnerberater wäre somit gesichert. Um die Kommunikation unter den Insolvenzgerichten beziehungsweise den Insolvenzrichtern zu verbessern und einen Informationsaustausch zu vereinfachen, ist eine Konzentration der Insolvenz-

940) **Reuter**, INDat-Report 6/2012, 26 ff. (26).

941) So auch **VID**, Pressemitteilung vom 25.10.2012, 2, der darauf hinweist, dass die Eigenverwaltung und das ESUG grundsätzlich in Frage stehen, wenn die Berater auch auf die Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses und damit auch auf dessen Entscheidungsfindung Einfluss nehmen.

942) Alle drei Interviewpartner haben (unabhängig voneinander) vorgeschlagen, die Problematik des starken Einflusses der Schuldnerberater auf die (vorläufige) Verwalterauswahl durch die intensive Prüfung der Unabhängigkeit zu lösen, so **Neubert**, Vorstandsmitglied des BAKInso e.V., des Instituts für Insolvenzrecht e.V. und RiAG Hannover, Interview am 23.10.2012; **Frind**, Vorstandsmitglied des BAKInso e.V. und RiAG Hamburg, Interview am 9.11.2012 und **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012.

943) Es sei die Aufgabe des Insolvenzrichters genau zu beobachten, wer im „drivers seat“ des schuldnerischen Unternehmens sitzt und wer in dieser Konstellation zum (vorläufigen) Verwalter vorgeschlagen wird, **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012.

gerichte ratsam. Schon vor dem ESUG hat die Insolvenzordnung als Regelfall den Fall angesehen, dass in jedem Landgerichtsbezirk nur ein Amtsgericht zuständig war. Die Landesregierungen konnten aber die Konzentration „aufweichen“, indem sie andere oder zusätzliche Amtsgerichte zu Insolvenzgerichten bestimmen durften.⁹⁴⁴⁾ Auch wenn in den neuen Bundesländern eine Zentralisierung der Insolvenzgerichte stattgefunden hat, stellt sich in der Praxis die Situation so dar, dass in den alten Bundesländern überwiegend mehr Insolvenz- als Landgerichte bestehen.⁹⁴⁵⁾ Einer erfolgreichen Zuständigkeitskonzentration entspricht diese Praxis nicht. Sinnvoll ist es deshalb, den Sitz des Insolvenzgerichts an ein Landgericht zu verlegen.⁹⁴⁶⁾ Der Regierungsentwurf zum ESUG hat eine Konzentrationsmaxime enthalten. Danach sollte sichergestellt werden, dass in jedem Landgerichtsbezirk grundsätzlich nur ein Amtsgericht für Insolvenzsachen zuständig ist, nämlich das Amtsgericht am Sitz des Landgerichts. Innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens wurde auf Druck der Länder dieser Konzentrationsgrundsatz bedauerlicherweise wieder gestrichen. Der Vorteil, den der Sitz des Insolvenzgerichts am Amtsgericht nach sich zieht, ist, dass eine zügige Abwicklung des Verfahrens dadurch gefördert wird, dass nur ein Richter die Entscheidungen trifft. Bei einem Landgericht und damit einem Kollegialgericht würden drei Richter über das Insolvenzverfahren entscheiden.⁹⁴⁷⁾ Der Vorteil bei der Entscheidungsfindung durch drei Richter ist, dass die Entscheidung stärker durchdacht und insbesondere überprüft worden ist. Ist einem Richter keine Abhängigkeit der vorgeschlagenen Person für das Amt des (vorläufigen) Verwalters aufgefallen, so möglicherweise dem anderen Richter. Doch nicht nur bei der Prüfung der Unabhängigkeit des potentiellen (vorläufigen) Verwalters ist ein Mehr-Augen-Prinzip sinnvoll. Auch die Entscheidung über die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses wird nicht nur durch einen, sondern durch drei Richter entschieden. Diese „Selbstkontrolle“ der Entscheidungen der Richter stärkt das Vertrauen der Gläubiger und auch des Schuldners. Zudem führt die Konzentration der Insolvenzgerichte auf die Sitze der Landgerichte dazu, dass der Informationsfluss zwischen den Insolvenzgerichten beziehungsweise den Insolvenzrichtern besser koordiniert und gebündelter übermittelt werden kann. Der Einfluss der Schuldnerberater auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Verwalters kann so noch besser eingedämmt werden. Ferner hat die Konzentration den positiven Effekt, dass die mit den Insolvenzverfahren befassten Richter eine höhere Sachkunde erwerben und größere Erfahrungen sammeln können. Das Ziel sollte demnach auch sein, dass

944) *Ganter* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 2 Rn. 4.

945) *Kießner* in: Braun, InsO (2014), § 2 Rn. 13.

946) Eine Sitzverlegung scheidet schon allein aus dem Grund aus, dass es nur wenige Oberlandesgerichte gibt und dadurch die Kleingläubiger durch auftretende Zeit- und Kostenfaktoren auf Grund der teilweise weiten Anfahrtswege zu den zuständigen Insolvenzgerichten zu wenig geschützt wären, so auch *Beck*, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012. Gerade die Kleingläubiger sollen jedoch stärker motiviert werden, am Insolvenzverfahren teilzunehmen.

947) *Ganter* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 2 Rn. 3.

die Insolvenzrichter sich zu 100 % auf die Insolvenzverfahren konzentrieren können und nicht daneben unter anderem noch Mietstreitigkeiten etc. bearbeiten müssen.⁹⁴⁸⁾ Ein Insolvenzverfahren verlangt, gerade im Eröffnungsverfahren, die volle Aufmerksamkeit eines jeden Verfahrensbeteiligten. Deshalb ist es wichtig, dass dem Insolvenzrichter jegliche Barrieren genommen werden, um sich mit voller Konzentration dem Insolvenzverfahren widmen zu können.

Im Ergebnis ist somit eine verstärkte Überprüfung der Unabhängigkeit der vorgeschlagenen Person für das (vorläufige) Verwalteramt, sowie die Anbindung des Insolvenzgerichts an das Landgericht und die 100 %ige Zuständigkeit des Insolvenzrichters für Insolvenzsachen die Lösung, um mehr Transparenz im gesamten Insolvenzverfahren und speziell bei dem Einfluss der Schuldnerberater auf die (vorläufige) Verwalterauswahl zu schaffen. **380**

e) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, dass die Vertrauensbarrieren und die Kooperationshemmnisse nicht mit einer Rechtsschutzmöglichkeit aufgelöst werden können. Mit dem Charakter des Insolvenzverfahrens und speziell dem Eröffnungsverfahren als Eilverfahren ist es nicht zu vereinbaren, eine Rechtsschutzmöglichkeit zu eröffnen, die unweigerlich das Verfahren verzögert und damit eine Minderung der Insolvenzmasse zur Folge hat. **381**

Die Lösung ist vielmehr, das Verfahren der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Verwalters transparenter zu gestalten. Dabei liegt es primär am Insolvenzrichter, die Transparenz für alle Beteiligten zu erhöhen. Sei es durch eine sehr intensive Prüfung der Unabhängigkeit der vorgeschlagenen Person für das (vorläufige) Verwalteramt oder sei es durch einen verstärkten Informationsfluss mit anderen Gerichten, um lobbyistischen Strukturen keine Plattform zu bieten. **382**

III. Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe anhand dieses Anwendungs- und Auslegungskanons

Rechtsnormen sind als abstrakte Lösungsvorschläge für ein regelungsbedürftiges Problem zu verstehen. Die abstrakten Lösungsvorschläge bedürfen der Konkretisierung, da sich auch das Problem in der Rechtspraxis stets weiterentwickelt.⁹⁴⁹⁾ Es **383**

948) **Beck**, Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012.

949) Vgl. **Engisch**, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (1968), 76 ff.; zu der Auffassung, dass es sich bei Gesetzen um abstrakte Lösungsvorschläge für ein vom Gesetzgeber gesehenes und für regelungsbedürftig gehaltenes Problem handelt, die in der rechtspraktischen Fortentwicklung des Problems dynamisch zu handhaben und anzupassen sind, ausführlich **Höfke**, Verstrickung durch Desinformation (2012), 68 ff.; a.A. **Bork**, ZIP 2013, 145 ff. (149): „*Sie sind gesetzgeberische Problemlösungsbefehle, die man im Rahmen von Art. 20 Abs. 3 GG und im Wege der Auslegung darauf zu untersuchen hat, was sie zu dem konkret zu lösenden Problem zu sagen haben.*“

handelt sich mithin um einen dynamischen Prozess. Das Ziel der Anwendung und der Auslegung ist somit, die abstrakten Rechtsnormen zu konkretisieren.⁹⁵⁰⁾

1. Die Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO

- 384** Der Begriff der Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO ist wohl einer der umstrittensten Begriffe des Insolvenzrechts.⁹⁵¹⁾ Für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter⁹⁵²⁾ und für den (vorläufigen) Sachwalter⁹⁵³⁾ wird nach § 56 Abs. 1 S. 1 InsO eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern⁹⁵⁴⁾ und dem Schuldner unabhängige natürliche Person gefordert. Nach § 56 Abs. 1 S. 3 InsO wird die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Person vom Schuldner oder einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist (Nr. 1) oder den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat (Nr. 2).⁹⁵⁵⁾ Wie bereits festgestellt,⁹⁵⁶⁾ ist der Maßstab für die Unabhängigkeitsprüfung, auch des nicht-anwaltlichen Verwalters, § 45 BRAO. Jede Vorbefassung, die geeignet ist, den Eindruck einer auch nur gegebenenfalls drohenden Interessenkollision zu erwecken, schließt die betreffende Person grundsätzlich aus.⁹⁵⁷⁾

a) Der gesetzgeberische Wille

- 385** Das dem Insolvenzverfahren übergeordnete Ziel ist die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger gemäß § 1 S. 1 InsO. Dieses Ziel wird mit einem unabhängigen (vorläufigen) Verwalter erreicht. Die Voraussetzung der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters ist, dass das „*Amt frei von sachwidrigen Einflüssen*“ ausgeübt wird.⁹⁵⁸⁾

950) Die nachfolgend aufgeführten unbestimmten Rechtsbegriffe sind nicht abschließend. Aufgeführt sind die wesentlichen unbestimmten Rechtsbegriffe der §§ 22a, 56, 56a, 270 InsO.

951) Vgl. u.a. **Frind**, NZI 2010, 705 ff., der bereits zum Diskussionsentwurf für umfassende Diskussionen gesorgt hat oder auch jüngst **Horstkotte**, ZInsO 2013, 160 ff. (162), der darauf hofft, dass der Begriff der *Unabhängigkeit* „in Kürze eine Rededefinition im Lichte der Sanierungsfreundlichkeit des ESUG erfährt.“

952) Dazu schon unter § 3 A. I. 1.1.

953) Dazu schon unter § 3 D. II. und § 3 E. II.

954) **Rörmann**, ZInsO 2013, 218 ff. (222), weist in diesem Zusammenhang auf den missverständlichen Wortlaut von „den“ Gläubigern, hin. Gemeint ist „von einem oder einzelnen Gläubigern darf der Insolvenzverwalter nicht abhängig sein.“

955) In Beraterkreisen wird bemängelt, dass die noch im RegE-ESUG vorgesehene Änderung des § 56 Abs. 1 InsO, nach der auch die vorbereitende Mitwirkung bei der Erstellung eines Insolvenzplans die Unabhängigkeit nicht ausschließen sollte, nicht Gesetz geworden ist.

956) Unter § 3 A. I. 1.1 e) ee).

957) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 25 ff.; a.A. **Rörmann**, ZInsO 2013, 218 ff. (219 ff.): „Häufig wird in insolvenzrechtlicher Rechtsprechung und Literatur die Unabhängigkeit vermischt oder verwechselt mit der Frage der Interessenkollision.“

958) BT-Drs. 12/2443, 127, noch zu RegE-InsO (1994) § 65 InsO-E: Bestellung des Insolvenzverwalters.

Dabei ist die Sachwidrigkeit dann gegeben, wenn die Besorgnis der Gewährung von Sondervorteilen zu Gunsten einzelner oder mehrerer Gläubiger oder Gläubigergruppen oder zugunsten des Schuldners selbst vorliegt.⁹⁵⁹⁾ Der Zweck der Unabhängigkeit ist folglich, das Amt frei von sachwidrigen Einflüssen ausüben zu können.⁹⁶⁰⁾ Folgerichtig wurde § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 InsO-E⁹⁶¹⁾ nicht Gesetz,⁹⁶²⁾ da auch nur der Anschein einer Parteilichkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters vermieden werden sollte.⁹⁶³⁾ Das Anliegen des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, den Planersteller auch den im Vorfeld abgestimmten und erstellten Insolvenzplan im Insolvenzverfahren umsetzen zu lassen, kann auch durch eine Streichung des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 InsO-E realisiert werden. Dazu muss der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig den Planersteller gemäß § 56a Abs. 2 InsO vorschlagen.⁹⁶⁴⁾ Nicht nur beim Planersteller, sondern auch in anderen Fällen besteht die Möglichkeit, dass der Insolvenzrichter sich für den Planersteller in der Position des (vorläufigen) Insolvenzverwalters entscheidet.⁹⁶⁵⁾ Auch wenn offen bleibt, was der Gesetzgeber mit der Beratung in „*allgemeiner Form*“ nach § 56a Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO meint, so ist, wie schon erläutert⁹⁶⁶⁾ hierbei eine restriktive Auslegung vorzunehmen. Danach ist die Unabhängigkeit ausgeschlossen, sobald sich die Beratung auf den konkreten Ablauf und die Folgen des Insolvenzverfahrens im Einzelfall bezieht.⁹⁶⁷⁾ Im Ergebnis kann eine Beratung, die die Unabhängigkeit wahrt, nur in der Form stattfinden, dass sie sich auf die Frage des Schuldners nach der Übernahmefähigkeit in Bezug auf das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters bezieht und der Berater infolgedessen den Ablauf des Verfahrens erläutert.⁹⁶⁸⁾ Auch die Gefahr lobbyistischer Strukturen des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 InsO kann dadurch ausgeschlossen werden, dass das Insolvenzgericht dem gesetzgeberischen Willen folgt und somit die Unabhängigkeit eines vorgeschlagenen (vorläufigen) Insolvenzverwalters besonders eingehend prüft.⁹⁶⁹⁾ Statt einer akribischen Auslegung ist hierbei vielmehr eine

959) **Graeber** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 25.

960) So schon BT-Drs. 12/2443, 127: „Außerdem muss er von den Verfahrensbeteiligten unabhängig sein, um sein Amt frei von sachwidrigen Einflüssen ausüben zu können.“

961) § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 InsO-E lautete: „Die erforderliche Unabhängigkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die Person unter Einbindung von Schuldner und Gläubigern einen Insolvenzplan erstellt hat.“

962) So heißt es in der Allgemeinen Begründung zum RegE ESUG BT-Drs. 17/7512, 18: „Spricht sich der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig für eine bestimmte Person aus, so hat das Insolvenzgericht diese zu ernennen, es sei denn, es fehlen die Sachkunde oder die Unabhängigkeit.“

963) BT-Drs. 17/7511, 34.

964) BT-Drs. 17/7511, 34.

965) BT-Drs. 17/7511, 34.

966) § 3 A. I. 1.1 e) aa).

967) **Frings/Bernsen**, NJW-Spezial 2012, 405 f. (405); **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 56 Rn. 39 ff.; siehe auch schon § 7 A. II. 11.4.

968) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 12. Siehe auch schon § 7 A. II. 11.4.

969) BT-Drs. 17/7511, 35.

gewissenhafte Praxis des Insolvenzrichters in Bezug auf die Prüfung von möglichen Abhängigkeitsverhältnissen gefragt.⁹⁷⁰⁾

- 386** Spannender für die Rechtspraxis ist die jüngst in der Literatur aufgeworfene Frage, ob die Unabhängigkeit disponibel ist.⁹⁷¹⁾ Hierbei geht es nämlich nicht nur um die Auslegung des Gesetzestextes, sondern daneben auch um das generelle Verständnis der Unabhängigkeit in der Insolvenzordnung. Die Gesetzesmaterialien verhalten sich gegensätzlich zu der Disponibilität der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch einen einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses. Dies kann möglicherweise auf die Änderung des Gesetzesentwurfs durch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses erst drei Tage vor der Einreichung beim Bundesrat zurückgeführt werden. In der Begründung zu § 56a InsO heißt es, dass der Ausschuss die Notwendigkeit sehe, „*bei einem vom vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschlagenem Insolvenzverwalter besonders eingehend dessen Unabhängigkeit zu prüfen.*“⁹⁷²⁾ Im Gegensatz dazu heißt es zum Wegfall des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 InsO-E, der vorsah, dass die Unabhängigkeit nicht durch eine Beteiligung bei der vorinsolvenzlichen Erstellung eines Insolvenzplans ausgeschlossen sei: „*Die Regelung sollte nach der Zielsetzung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung im Interesse der Kontinuität den an einer Sanierung Beteiligten die Möglichkeit eröffnen, den im Vorfeld abgestimmten und erstellten Insolvenzplan im Insolvenzverfahren auch vom Planersteller umsetzen zu lassen. Dieses Anliegen einer stärkeren Planbarkeit des Verfahrens für die Beteiligten ist aber auch bei einer Streichung der Nummer 3 realisierbar: Voraussetzung ist lediglich, dass die Beteiligten den Planersteller durch einstimmigen Beschluss nach § 56a Abs. 2 InsO-E als Insolvenzverwalter vorschlagen; auch in anderen Fällen ist nicht ausgeschlossen, dass das Gericht sich unter dem Gesichtspunkt der Eignung für den Planersteller als Verwalter entscheidet.*“⁹⁷³⁾ Folglich steht nach dem Rechtsausschuss die Unabhängigkeit zur Disposition der Gläubiger und das Merkmal der (objektiven) Eignung des vorgeschlagenen Kandidaten umfasst nicht die Unabhängigkeit.⁹⁷⁴⁾ Im Ergebnis kann somit auch ein schon vorbefasster (vorläufiger) Verwalter der am besten geeignete (vorläufige) Verwalter sein.

- 387** Des Weiteren ist die Frage offen, ob der Verzicht auf die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters zur vollständigen Disponibilität der Gläubiger steht oder ob das Insolvenzgericht eine Prüfungskompetenz im Umfang einer Missbrauchskontrolle hat. Zu beantworten ist diese Frage wieder mit dem gesetzgeberischen Willen

970) Kritisch dazu **Horstkotte**, ZInsO 2013, 160 ff. (161), der die durch die Literatur und die Rechtsprechung tradierte Begriffsbestimmung der Unabhängigkeit nicht als „*gottgegeben*“ ansieht und die alleinige Korrektur auf der Rechtsfolgenseite wohl als unzureichend beurteilt.

971) Erstmals aufgeworfen von **Schmidt/Hölzle**, ZIP 2012, 2238 ff. (2238 ff.).

972) BT-Drs. 17/7511, 35.

973) BT-Drs. 17/7511, 34.

974) A.A. **Bork**, ZIP 2013, 145 ff. (147).

und der bestmöglichen Umsetzung in der Praxis. Die *soft skills* dienen dem Schutz des Vertrauens aller Verfahrensbeteiligten in die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und in den sachlichen Ablauf des Insolvenzverfahrens. Die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters ist ein wichtiger Garant für die Objektivität.⁹⁷⁵⁾ Das Ziel ist es, dass die Verfahrensbeteiligten keine Befürchtung haben, dass der (vorläufige) Verwalter dem Schuldner, den Gläubigern oder unmittelbar oder mittelbar sich selbst Sondervorteile gewährt. Ist aber der Fall gegeben, dass der designierte (vorläufige) Verwalter sich schon vor der Insolvenz mit dem schuldnerischen Unternehmen befasst hat, die Verfahrensbeteiligten aber dennoch einstimmig ihr Vertrauen in den designierten (vorläufigen) Verwalter setzen, wäre es gegen die gesetzgeberische Intention, den Kandidaten mit der Begründung der Abhängigkeit nicht zu bestellen. § 56 Abs. 1 S. 1 InsO dient dem Schutz des Vertrauens der Verfahrensbeteiligten. Ist der Schutz aber gegeben, dann gibt es keinen Anlass, den Kandidaten, trotz Vorliegens der Abhängigkeit, nicht zum (vorläufigen) Verwalter zu bestellen.

Zudem hat der Gesetzgeber erkannt, dass das Merkmal der Unabhängigkeit kein Merkmal der Eignungsprüfung, sondern die Regelung eines gesetzlich typisierten Vertrauens ist.⁹⁷⁶⁾ Damit stellt es neben den objektiven Kriterien ein diese ergänzendes subjektives Element dar. In der Praxis ist es von äußerster Wichtigkeit, dass der (vorläufige) Verwalter nicht nur objektiv qualifiziert ist, sondern auch das Vertrauen der Gläubiger und des Schuldners gewinnt. So hat ein durchaus qualifizierter (vorläufiger) Verwalter keine hohen Erfolgschancen, wenn die Gläubiger und/oder der Schuldner kein Vertrauen in ihn setzen. Eine Vorbefassung mit dem schuldnerischen Unternehmen kann für den konkreten Fall von großem Vorteil sein. Unzweifelhaft schwierig ist es dabei, den Widerstreit der Vertrauenserwartungen des Schuldners und der Vertrauenserwartungen der Gläubiger in Einklang zu bringen. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt.⁹⁷⁷⁾ Dass die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters sich an dem Vertrauen gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten orientiert, geht auch daraus hervor, dass der (vorläufige) Verwalter, der Sondervorteile gewährt, persönlich haftet gemäß § 60 InsO. Für eine Haftung nach § 60 InsO reicht schon die abstrakte Besorgnis aus, dass Sondervorteile gewährt werden könnten.

975) **Siemon**, ZInsO 2012, 364 ff. (365).

976) BT-Drs. 12/2443, 127: „Dass der Insolvenzverwalter von den einzelnen Gläubigern und Gläubigergruppen unabhängig sein muß, besagt nicht, daß er sein Amt ausüben kann, wenn die Mehrheit der Gläubiger kein Vertrauen zu ihm hat. Vielmehr muß in einem Verfahren, dessen vorrangiges Ziel die Befriedigung der Gläubiger ist, eine so entscheidende Frage wie die Auswahl des Verwalters der Mitbestimmung der Gläubiger unterliegen. (...) In Satz 2 wird präzisiert, daß das Gericht die Bestellung des gewählten Verwalters nur dann versagen kann, wenn dieser für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist.“ Zudem **Gerhardt** in: Jaeger, InsO, Band 2 (2007), § 56 Rn. 42: „Hier ist im Grundsatz zu beachten, dass der Verwalter zwar von den einzelnen Gläubigern bzw. Gläubigergruppen unabhängig sein muss, dass er sein Amt jedoch nicht unabhängig vom Vertrauen der Gläubiger ausüben kann.“ So auch **Höfling**, NJW 2005, 2341 ff. (2345).

977) BT-Drs. 12/ 2443, 127.

Reichen aber schon reine Anhaltspunkte aus, um die Unabhängigkeit auszuschließen, muss man sich nicht an objektiven Kriterien der sachlich-fachlichen Eignung, sondern an subjektiven Kriterien orientieren.⁹⁷⁸⁾ Zu trennen ist folglich zwischen den *soft skills*, das heißt dem Vertrauen beziehungsweise der Vertrauenswürdigkeit⁹⁷⁹⁾ und den *hard skills* und damit den objektivierbaren fachlich-sachlichen Merkmalen des (vorläufigen) Verwalters.⁹⁸⁰⁾

b) Der Wortlaut

389 Zwar wird das Wortlautargument in der Regel als nicht besonders starkes Argument bewertet, dennoch soll es zur Auslegung der Vollständigkeit halber herangezogen werden.

390 Der Wortlaut des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO sagt, dass zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter nur eine „von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person“ bestellt werden darf. Die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wird dabei nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Person von dem Schuldner oder den Gläubigern vorgeschlagen wird (Nr. 1) oder die Person den Schuldner in allgemeiner Form über das Insolvenzverfahren beraten hat (Nr. 2). Hat der vorgeschlagene (vorläufige) Verwalter einen Gläubiger oder den Schuldner in den letzten vier Jahren vor dem Insolvenzantrag mehr als nur in allgemeiner Form über den Ablauf des Insolvenzverfahrens beraten, so wird eine Interessenkollision grundsätzlich vermutet.⁹⁸¹⁾ Nur im Ausnahmefall soll die Mitwirkung an der Erstellung des Insolvenzplans die Unabhängigkeit des Aspiranten nicht ausschließen. Gefordert wird dann aber zumindest, dass im Rahmen der Auswahlentscheidung durch das Insolvenzgericht der Insolvenzplan inhaltlich geprüft wird, um zu garantieren, dass der Insolvenzplan alle Interessen angemessen berücksichtigt.⁹⁸²⁾ Die Ausübung des (vorläufigen) Verwalteramts frei von sachwidrigen Einflüssen ist demnach der Grund und die Grenze für die Beurteilung der Unabhängigkeit. Liegen sachwidrige Einflüsse vor, so ist die Unabhängigkeit zu verneinen. Liegen hingegen keine sachwidrigen Einflüsse vor, ist die Unabhängigkeit zu bejahen.

978) *Schmidt/Hölzle*, ZIP 2012, 2238 ff. (2240).

979) So auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.1.2011 – 1-3 VA 2/10, ZInsO 2011, 1010 ff. (1012). Prägnante Erläuterungen zu den *soft skills* im Zusammenhang mit der Aufnahme in die Vorauswahlliste trifft *Zipperer* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 56 Rn. 30.

980) *Schmidt/Hölzle*, ZIP 2012, 2238 ff. (2241).

981) So *VID*, Berufsgrundsätze (2011), § 4 (2) c); eine zeitliche Eingrenzung für die relevante Vorbefassung von 4 Jahren erscheint *Frind* in: Schmidt, HambKomm InsO (2012), § 56 Rn. 26b zu gering.

982) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 28 ff. Im RefE-ESUG war eine ähnliche Regelung vorgesehen. Durch massive Kritik des Rechtsausschusses ist diese dann aber gestrichen und nicht Gesetz geworden.

Fraglich ist aber, ob die Unabhängigkeit ein Unterfall der Geeignetheit oder vielmehr ein subjektives Kriterium und damit kein Unterfall der Geeignetheit ist. Für die Annahme, dass die Unabhängigkeit ein Unterfall der Geeignetheit ist, könnte sprechen, dass § 56 Abs. 1 S. 1 InsO der Geeignetheit ein „*insbesondere*“ nachfolgen lässt.⁹⁸³⁾ Dies bedeutet nach der wortlautgetreuen Auslegung stets eine nicht abschließende Aufzählung von (Regel-)Beispielen. Im Rahmen des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO trifft dies zumindest auch zweifelsfrei für die direkt nachfolgend aufgeführte Geschäftskunde zu. Für die Unabhängigkeit ist dies jedoch nicht so eindeutig. Der Unabhängigkeit geht das Wort „*und*“ voran. Das Wort „*und*“ ist ein Binde- oder auch Aufzählungswort. Die Ansicht, die anführt, dass der Gesetzgeber die Unabhängigkeit als einen Unterfall der Geeignetheit ansehe, da ein Komma vor dem „*und*“ fehle, ist ein wenig voreilig.⁹⁸⁴⁾ Es wird nicht bedacht, dass das „*und*“ als Binde- und Aufzählungswort in der deutschen Rechtsschreibung kein vorausgehendes Komma erfordert. Natürlich hätte der Gesetzgeber zur Verdeutlichung seines Willens an dieser Stelle ein Komma setzen können, zwingend ist dies jedoch nicht. Die Unabhängigkeit in § 56 Abs. 1 S. 1 InsO kann durch das „*und*“ dem Wortlaut nach zu urteilen zum einen als ein Regelbeispiel neben der Geschäftskunde und damit als ein Unterfall der Eignung ausgelegt werden. Zum anderen kann es aber auch ein eigenständiges Kriterium neben der Eignung sein. Der Wortlaut des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO ist nicht eindeutig und wird beiden Auslegungsergebnissen gerecht.

Auch der Wortlaut des § 56a Abs. 2 S. 1 InsO ist zur näheren Konkretisierung der Unabhängigkeit heranzuziehen. Danach darf das Insolvenzgericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Richtig ist, dass der Wortlaut des § 56a Abs. 2 S. 1 InsO nicht ausschließt, dass von der Eignung auch die Unabhängigkeit umfasst ist. Genauso ist es aber auch richtig, das Wort „*Eignung*“ rein objektiv zu verstehen. Auch hier lässt die Auslegung des Wortlauts beide Möglichkeiten zu.⁹⁸⁵⁾

Um vorliegend nicht die teleologische Auslegung mit der wortlautgetreuen Auslegung zu vermischen, sei an dieser Stelle nur kurz darauf hingewiesen, dass die Unabhängigkeit einen so großen Stellenwert bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters einnimmt, dass sie nur als ein Unterfall der Eignung ihrem großen Stellenwert nicht gerecht werden würde. Der Wortlaut sollte demnach unter

983) So heißt es in § 56 Abs. 1 S. 1 InsO: „(...) für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person (...)“.

984) So **Bork**, ZIP 2013, 145 ff. (146). Hätte der Gesetzgeber die Unabhängigkeit als ein subjektives Kriterium und damit als keinen Unterfall der Eignung angesehen, dann hätte er formuliert „eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige, und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person“.

985) Im Ergebnis so auch **Bork**, ZIP 2013, 145 ff. (146).

diesem Wertungsgesichtspunkt ausgelegt werden, so dass im Ergebnis die Unabhängigkeit als subjektives Moment keinen Unterfall der Eignung darstellt.⁹⁸⁶⁾

c) Die Systematik

- 394** Bei der systematischen Auslegung ist nicht nur auf die Stellung der Norm innerhalb des Gesetzes abzustellen, sondern auch auf einheitlich verwendete Begriffe innerhalb desselben Gesetzes.⁹⁸⁷⁾ Der Begriff der „Unabhängigkeit“ wird explizit in § 56 Abs. 1 InsO verwendet. In einem engen sachlichen Zusammenhang zu § 56 Abs. 1 InsO steht auch der § 56a InsO. Der Gesetzgeber hat durch die eigenständige Regelung des § 56a InsO die Gläubigerbeteiligung bei der (vorläufigen) Verwalterbestellung explizit herauskristallisiert und so „systematische Klarheit“ geschaffen.⁹⁸⁸⁾ § 56a Abs. 2 S. 1 InsO greift auf, dass das Insolvenzgericht nur dann von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters abweichen darf, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Zur Definition des Anforderungskatalogs des § 56a Abs. 2 S. 1 InsO ist auf § 56 Abs. 1 InsO zurückzugreifen. Da § 56a Abs. 2 S. 1 InsO nur die Eignung erwähnt, könnte man darauf schließen, dass somit als Unterfall auch die Geschäftskunde und die Unabhängigkeit darunter fallen. Die Auslegung lässt aber auch den Spielraum zu, die Unabhängigkeit als ein die Eignung ergänzendes subjektives Element zu definieren. Auch das Argument, dass der Rechtsausschuss die allgemeine Notwendigkeit sehe, die Unabhängigkeit besonders eingehend zu prüfen,⁹⁸⁹⁾ lässt allein vom Wortlaut ausgehend nicht zwingend darauf schließen, dass die Unabhängigkeit ein Kriterium der Eignungsprüfung ist.⁹⁹⁰⁾
- 395** Ferner kann § 270b Abs. 2 S. 2 1. Hs. InsO zur systematischen Auslegung herangezogen werden. § 270b Abs. 2 S. 2 1. Hs. InsO bindet das Insolvenzgericht hinsichtlich des vorläufigen Sachwalters an den Vorschlag des Schuldners, soweit die vorgeschlagene Person nicht offensichtlich ungeeignet ist. Dabei entspricht es allgemeiner Ansicht, dass die Geeignetheitsprüfung auch die Prüfung der Unabhängigkeit umfasst. Dennoch ist dies nicht weiterführend für die Auslegung nach § 56 Abs. 1 InsO, da sich die Frage nach der Disponibilität durch die Gläubiger bei einem Schuldner-vorschlag, wie im Fall des § 270b Abs. 2 S. 2 1. Hs. InsO, nicht stellt.⁹⁹¹⁾

986) A.A. **Vallender/Zipperer**, ZIP 2013, 149 ff. (150); **Frind** in: Schmidt, HambKomm InsO (2012), § 56a Rn. 23.

987) **Larenz/Canaris**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1995), 145.

988) BT-Drs. 17/7511, 34.

989) BT-Drs. 17/7511, 35.

990) So aber **Vallender/Zipperer**, ZIP 2013, 149 ff. (150 f.).

991) **Bork**, ZIP 2013, 145 ff. (147).

d) Das Telos

Als eine der vier Auslegungsmethoden ist weiter der Sinn und Zweck zu hinterfragen **396** und somit die teleologische Auslegung heranzuziehen.

Der Sinn und der Zweck der Unabhängigkeit ist, dass der (vorläufige) Verwalter sein **397** Amt frei von sachfremden Einflüssen ausüben kann.⁹⁹² Dadurch, dass der (vorläufige) Verwalter weder den Gläubigern noch dem Schuldner stärker zugewandt ist, kann sich ein Vertrauen zu der konkreten Person aufbauen. Die Unabhängigkeit dient somit dem Gläubiger- und dem Schuldnerschutz.⁹⁹³ Dies folgt auch aus dem Wortlaut der Norm gemäß § 56 Abs. 1 S. 1 InsO. Entscheiden sich die Gläubiger im vorläufigen Gläubigerausschuss einstimmig dafür, auf diesen Schutz zu verzichten, dann ist es gerechtfertigt anzunehmen, dass die Gläubiger nicht vor sich selbst geschützt werden müssen. Treffen die Gläubiger die Entscheidung, dass sie der Person trotz Abhängigkeit vertrauen, findet der vom Gesetzgeber angedachte Gläubigerschutz keine Anwendung. Aus Wertungsgesichtspunkten muss in diesem Fall auch der Schuldnerschutz zurückstehen. § 56 InsO findet im Rahmen des Regelinsolvenzverfahrens Anwendung. In diesem Verfahren haben die Gläubiger einen größeren Einfluss auf die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters als der Schuldner. Dies zeigt sich schon allein an den Instrumenten des vorläufigen Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung. Anders ist dies hingegen im Fall der Eigenverwaltung. Nach § 270b Abs. 2 S. 2 1. Hs. InsO hat der Schuldner ein Vorschlagsrecht und nicht die Gläubiger.

Als weiterer Einwand gegen die Disposition der Unabhängigkeit kann angeführt **398** werden, dass § 56 InsO dem Minderheitenschutz und dem Schutz öffentlicher Interessen und nicht nur dem Schutz einzelner, sondern aller Verfahrensbeteiligter, dient.⁹⁹⁴ Außer Betracht wird dabei jedoch eine wichtige Wertung gelassen. § 56 Abs. 1 InsO dient, wie herausgestellt, primär dem Gläubigerschutz. Der Gläubigerschutz greift ein, um zu vermeiden, dass eine abhängige Person zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter bestellt wird. Könnte die Abhängigkeit den Gläubigern aber sogar zu Gute kommen, etwa um möglichst so wenig Zeit wie möglich zu verlieren und die Kosten zu senken⁹⁹⁵ und erkennen dies die Gläubiger, dann wäre es widersinnig, den Schutz von § 56 Abs. 1 InsO wirken zu lassen. Sicherlich muss ein Maßstab für die einheitliche Beurteilung gefunden werden.⁹⁹⁶ Eine stringente Beurteilung der Unabhängigkeit, ohne mögliche Flexibilität, ist wohl auch nicht im

992) **Mönning** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 21 Rn. 76.

993) A.A. **Bork**, ZIP 2013, 145 ff. (148): „Dass ein vorläufiger Gläubigerausschuss über den gesetzlichen Schuldnerschutz disponieren können soll, ist nicht begründbar.“

994) So **Bork**, ZIP 2013, 145 ff. (148 f.).

995) **Schmidt/Hötzle**, ZIP 2012, 2238 ff. (2238).

996) Vgl. **Vallender/Zipperer**, ZIP 2013, 149 ff. (151): „Es besteht ein elementares Interesse daran, ein für das gesamte Verfahren gültiges Unabhängigkeitsurteil zu treffen.“

Sinne des Gesetzgebers. Vielmehr ist es das Ziel, die Interessen der Verfahrensbeteiligten zu wahren. Jeder, der im Rahmen des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO streng dem Wortlaut des Gesetzes folgt, wird den Willen des Gesetzgebers nicht umsetzen können, da die Normen (nur) gesetzgeberische Problemlösungsvorschläge sind. Die Aufgabe in der Praxis ist es, die Normen durch Auslegung an das konkrete Problem anzupassen. Liegt kein Problem vor, sind die Gesetze folglich auch nicht anzuwenden. Liegt hingegen ein Problem vor, so muss die Norm durch Auslegung dem konkret zu lösenden Problem gerecht werden. Verzichten die Gläubiger demnach auf die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters, obwohl der designierte (vorläufige) Verwalter vorbefasst ist, ist das Merkmal der Unabhängigkeit somit entbehrlich.

- 399** Zu beachten ist hierbei vor allem, dass ein unabhängiger (vorläufiger) Verwalter Vertrauen schafft. E contrario kann ein abhängiger (vorläufiger) Verwalter auch Vertrauen zerstören.⁹⁹⁷⁾ Andererseits kann die Insolvenzordnung und können ihre Sanierungsinstrumente an Vertrauen gewinnen, wenn sie für die Verfahrensbeteiligten flexible, dem Einzelfall angepasste Lösungen bieten. Neben den Vorteilen der Zeit- und Kostenersparnis kann durch die Vorhersehbarkeit des Verfahrens, die mit einem vorbefassten (vorläufigen) Verwalter gegeben ist, auch das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten gestärkt werden.

e) Die Umsetzung in der Praxis

- 400** Die Praktikabilität ist zwar keine der klassischen Auslegungsmethoden, spielt aber dennoch eine bedeutende Rolle, denn jedes Gesetz ist nur so gut, wie es sich in der Praxis auch umsetzen lässt.
- 401** Die *soft skills* und die *hard skills* werden ihrer Natur nach in der Praxis unterschiedlich behandelt. Die sachlich-fachliche Eignung des (vorläufigen) Verwalters dient der ordnungsgemäßen Abwicklung des Insolvenzverfahrens im Allgemeinen. Folglich kann das Insolvenzgericht die *hard skills* vollständig überprüfen und sie stehen nicht zur Disponibilität der Verfahrensbeteiligten. Im Gegensatz dazu ist der Umfang der Prüfungskompetenz des Insolvenzgerichts bei den *soft skills* fraglich. Liegt ein einstimmiger Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses analog § 56a Abs. 2 InsO vor, ist die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters für verzichtbar zu erklären.⁹⁹⁸⁾ Um das Bewusstsein für den Verzicht zu schärfen, wäre ein

997) So auch **Römermann**, ZInsO 2013, 218 ff. (223), der im Ergebnis den Verzicht auf die Unabhängigkeit ablehnt.

998) Dass das Insolvenzgericht das einstimmige Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses bei der Ausübung seines Auswahlermessens zu berücksichtigen hat, hat schon vor Inkrafttreten des ESUG das AG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2011 – 67g IN 459/11 (*Sietas*), ZInsO 2011, 2337 ff. (2337 ff.), entschieden. Vgl. dazu auch **Riggert**, NZI 2002, 352 ff. (354). A.A. **Siemon**, ZInsO 2012, 364 ff. (365), der § 56 Abs. 1 InsO für keine Ermessensvorschrift hält, die Unabhängigkeit als nicht disponibel deklariert und in Bezug auf das Merkmal der Unabhängigkeit keine Bindung des Richters an das Gläubigervotum vorsieht.

zweigliedriger Beschluss zu fassen. Zunächst wäre der (vorläufige) Verwalter zu benennen, um in einem zweiten Schritt explizit festzustellen, dass auf die Unabhängigkeit dieser konkreten Person in dem konkreten Fall verzichtet wird. Ein konkludenter Verzicht scheidet an dieser Stelle aus, da der Verzicht der Unabhängigkeit eine so folgenschwere Entscheidung ist, dass diese sehr bewusst und folglich ausdrücklich zu treffen ist.

Im Ergebnis steht es dem Insolvenzgericht bei einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses nicht zu, den vorgeschlagenen Kandidaten auf Grund der fehlenden Unabhängigkeit nicht zu bestellen. Das Insolvenzgericht hat in diesem Fall weder das Recht noch die Pflicht, aufsichtsrechtlich einzuschreiten und sich über die Entscheidung der Gläubiger hinwegzusetzen. Ausnahmen bilden hierbei selbstverständlich Missbrauchsfälle seitens des (vorläufigen) Verwalters. Hierbei ist zu differenzieren: Bei Vorliegen eines Missbrauchs ist das Insolvenzgericht an seinen Beschluss nicht gebunden. Besteht hingegen nur der Verdacht eines Missbrauchs, so hat der Insolvenzrichter die beteiligten Gläubiger anzuhören und sie zu fragen, welche Motive sie zu dem Entschluss des Verzichts der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters veranlasst haben. Liegt eine valide Erklärung seitens der Gläubiger vor, so ist das Insolvenzgericht nicht befugt, sich über die Entscheidung der Gläubiger hinwegzusetzen. **402**

Unzweifelhaft ist es für die Insolvenzrichter schwierig, das Vertrauen aller Verfahrensbeteiligten in den vorgeschlagenen Kandidaten zu prüfen und genau zu bestimmen. An der intensiven Prüfungspflicht kann man die veränderte Aufgabenstruktur des Insolvenzrichters nach Erlass des ESUG erkennen. Durch die Stärkung der Gläubigerautonomie ist die Aufgabe des Insolvenzrichters nun nicht mehr, nach eigener Meinung zu bestimmen, ob der designierte (vorläufige) Verwalter unabhängig ist, sondern er muss auch die Meinung der Gläubiger berücksichtigen. Dabei muss er ein besonderes Augenmerk darauf legen, dass sich innerhalb der Gläubigerschaft keine lobbyistischen Seilschaften bilden. Anderenfalls könnte sich die Gefahr realisieren, dass wiederholt dieselben Verwalter bestellt werden, die von den Großgläubigern bestimmt worden sind. Diese potentielle Gefahr hat der Gesetzgeber erkannt und sie durch zwei Instrumentarien geregelt. Das erste Instrument ist § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO, denn dadurch wird bestimmt, dass nur Gläubiger und die Personen, die mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Gläubiger werden, Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses sein können. Festen Gläubigerstrukturen, die regelmäßig denselben (vorläufigen) Verwalter vorschlagen, soll damit kein Spielraum eröffnet werden. Das zweite Instrument des Gesetzgebers ist die Forderung, dass der Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Benennung einer konkreten Person einstimmig getroffen werden muss. Die Großgläubiger sollen die Kleingläubiger und den Arbeitnehmervertreter nicht überstimmen. Die allgemeine Befürchtung lobbyistischer Seilschaften durch den Verzicht auf die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Verwalters ist folglich nicht berechtigt. **403**

- 404** Für den erleichterten Verfahrensablauf in der Praxis ist es vorteilhaft, wenn die Gläubiger zeitgleich mit dem Vorschlag zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters erläutern, warum sie auf die Unabhängigkeit verzichten wollen und den Kandidaten für vertrauenswürdig halten. Dies trägt zur Transparenz und Vorhersehbarkeit des Insolvenzverfahrens bei.
- 405** Das Einbeziehen des Kandidaten in den vorinsolvenzlichen Ablauf und die anschließende Bestellung in das Amt des (vorläufigen) Verwalters bringt große Vorteile mit sich. Durch beratende Vorgespräche und die Ausarbeitung von Sanierungskonzepten in der vorinsolvenzlichen Zeit, kann der designierte (vorläufige) Verwalter regelmäßig Zeit und Kosten sparen. Daneben erzielt das schuldnerische Unternehmen durch die vorinsolvenzliche Beratung Planungs- und damit auch Rechtssicherheit. Der Gesetzgeber hat das deutsche Insolvenzrecht reformiert, um es international konkurrenzfähig zu machen. Das setzt insbesondere voraus, dass das Insolvenzverfahren vorhersehbar ausgestaltet ist. Zur Planbarkeit und damit auch Vorhersehbarkeit gehört, dass die Möglichkeit besteht, mit einem designierten (vorläufigen) Verwalter Kontakt aufzunehmen und mit ihm über mögliche Sanierungskonzepte zu verhandeln. Dies ist insbesondere für die wesentlichen Gläubiger ein ausschlaggebendes Argument. Ein Informationsaustausch mit dem Kandidaten für das Amt des (vorläufigen) Verwalters im Vorfeld des Insolvenzverfahrens ist für den Schuldner selbst, aber vor allem auch für die Gläubiger, in den meisten Fällen ein evidenter Vorteil.

f) Zwischenergebnis

- 406** Dem gesetzgeberischen Willen folgend und dabei gleichzeitig dem Verfahren in der Praxis gerecht werdend, schließt eine Kontaktaufnahme des designierten (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Vorfeld der Insolvenz, insbesondere mit Verhandlungen über mögliche Sanierungskonzepte, die Bestellung auf Grund fehlender Unabhängigkeit nach § 56 Abs. 1 S. 3 InsO nicht aus. Durch einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses kann auf die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters verzichtet werden. Das Insolvenzgericht ist in diesem Fall an den Vorschlag des vorbefassten (vorläufigen) Verwalters durch den vorläufigen Gläubigerausschuss gebunden.⁹⁹⁹⁾

2. Nachteilige Verzögerung im Sinne des § 22a Abs. 3 3. Var. InsO

- 407** Die „Nachteiligkeits-Klausel“ regelt die Insolvenzordnung an zwei Stellen. In § 22a Abs. 3 3. Var. InsO wird die nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners durch die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses normiert. Auf einer zweiten Ebene, da ein vorläufiger Gläubigerausschuss bereits vorhanden ist, seine Anhörung aber zu einer offensichtlich nachteiligen Veränderung der Vermögens-

999) **Riggert**, NZI 2002, 352 ff. (354); a.A. **Frind**, ZInsO Newsletter 1/2012, 2 f. (2).

lage des Schuldners führen könnte, ist die nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners gemäß § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO erneut zu prüfen.¹⁰⁰⁰⁾

Das Insolvenzgericht ist von der Bestellungspflicht des vorläufigen Gläubigerausschusses befreit, wenn die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer Verminderung des schuldnerischen Vermögens führt.¹⁰⁰¹⁾ § 22a Abs. 3 3. Var. InsO ist demnach als ein Ausschlussgrund zu qualifizieren. Dieser Ausschlussgrund ist jedoch nur temporär, da es zu einer späteren Einsetzung eines Gläubigerausschusses kommt.¹⁰⁰²⁾ Wann eine nachteilige Verzögerung vorliegt, ist bislang ungeklärt. § 22a Abs. 3 3. Var. InsO beinhaltet zwei unbestimmte Rechtsbegriffe. Zum einen die „Verzögerung“ und zum anderen die „*nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners*“.

a) Der gesetzgeberische Wille

Der Gesetzgeber bestimmt den Begriff der „Verzögerung“ nicht näher. Die einzigen Äußerungen, die der Gesetzgeber trifft, sind, dass „*bei einem Eigenantrag des Schuldners, bei dem dieser gemäß § 13 Absatz 1 Satz 3 InsO-E ein vollständiges Verzeichnis seiner Gläubiger samt einer Kenntlichmachung der für die Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses in Frage kommenden Gläubiger beifügt, die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses meist so zügig erfolgen können wird, dass eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners nicht zu befürchten ist.*“¹⁰⁰³⁾ Zudem soll die Ausnahme nach § 22a Abs. 3 3. Var. InsO „*für den Fall einer nachteiligen Verzögerung kaum praktische Bedeutung erlangen, da die Konsultation eines bereits gebildeten vorläufigen Gläubigerausschusses nur einen geringen Zeitaufwand verursacht.*“¹⁰⁰⁴⁾ Explizit legt der Gesetzgeber somit keinen Rahmen fest, der das Insolvenzgericht verpflichtend binden würde, ab einer bestimmten Zeitspanne die Verzögerung zu bejahen oder zu verneinen. Auch beantwortet der Gesetzgeber die Frage, wann sich die Verzögerung nachteilig auf die Vermögenslage des Schuldners auswirkt, nicht konkret.

Festgehalten werden kann, dass bei Vorliegen eines vollständigen Verzeichnisses der Gläubiger bei der Antragstellung ein vorläufiger Gläubigerausschuss in der Regel einzusetzen ist. Daran hat sich der Insolvenzrichter zu orientieren.

1000) Der Gesetzgeber hat die doppelte Prüfung der nachteiligen Auswirkungen auf das Vermögen des Schuldners bewusst normiert, BT-Drs. 17/5712, 26: „*Eine mit der Einsetzung des Ausschusses verbundene Verzögerung wird bereits im Rahmen des § 22a berücksichtigt.*“

1001) Diese Problematik bereits aufgegriffen unter § 3 B. I. 1.5.

1002) **Frind**, ZInsO 2011, 2249 ff. (2255).

1003) BT-Drs. 17/5712, 25.

1004) BT-Drs. 17/5712, 26.

- 411** Da keine konkrete Bestimmung der Verzögerung und der nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners durch den Gesetzgeber vorliegt, sind für die Umsetzung in der Praxis ergänzend die Grundsätze, die der Gesetzgeber mit dem ESUG erreichen wollte, heranzuziehen. Das Ziel des Gesetzgebers ist es, die Gläubigerautonomie zu stärken.¹⁰⁰⁵⁾ Die Rechte der Gläubiger sollen durch die Einführung des § 22a InsO bereits im Eröffnungsverfahren gesichert werden.¹⁰⁰⁶⁾ Eine mögliche Verzögerung, die zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt, sollte der Insolvenzrichter, um die Reformziele des ESUG nicht zu konterkarieren, versuchen bewusst zu vermeiden. Seine Handlungen und Entscheidungen sollten dem Ziel des Gesetzgebers entsprechen, den vorläufigen Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren grundsätzlich einzusetzen und Verzögerungen zu verhindern.

b) Der Wortlaut

- 412** Der Wortlaut des § 22a Abs. 3 3. Var. InsO, dass „*die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt*“, lässt lediglich darauf schließen, dass die nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners kausal im Zusammenhang mit der Verzögerung durch die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses stehen muss. Diese am Wortlaut ausgerichtete Auslegung ist demnach keine Hilfe in Bezug auf die konkrete Definition des Nachteiligkeitsbegriffs.
- 413** Aus dem Wortlaut „*ist nicht einzusetzen*“ folgt, dass ein gesetzliches Verbot ohne Ermessen bei Eingreifen des Tatbestands vorliegt.¹⁰⁰⁷⁾ Es besteht nur ein Ermessen hinsichtlich des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale. Wird dies bejaht, besteht kein Ermessen hinsichtlich der Einsetzung eines originären oder derivativen vorläufigen Gläubigerausschusses. Dieser ist folglich nicht einzusetzen. Die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses entgegen dem gesetzlichen Verbot kann zur Haftung des Insolvenzrichters führen, da dadurch das Verfahren verzögert wird und unnötige Kosten entstehen.¹⁰⁰⁸⁾ Das Insolvenzgericht kann jedoch im freien Ermessen weiterhin einen fakultativen vorläufigen Gläubigerausschuss gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO einsetzen.

c) Die Systematik

- 414** Wie schon erwähnt, offenbart das Gesetz nicht nur durch seine äußere Ordnung, sondern auch durch die Verwendung identitätsstiftender Begriffe systematische Erkenntnisse.¹⁰⁰⁹⁾ Neben § 22a Abs. 3 3. Var. InsO erwähnt auch § 56a Abs. 1

1005) BT-Drs. 17/5712, 1 f.

1006) BT-Drs. 17/5712, 24.

1007) Vgl. **Böhm** in: Braun, InsO (2014), § 22a Rn. 10.

1008) **Frind** in: Schmidt, HambKomm, InsO (2012), § 22a Rn. 16.

1009) **Larenz/Canaris**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1995), 145.

2. Hs. InsO den Begriff des Nachteils. Danach ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss vor der Bestellung des (vorläufigen) Verwalters Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind und zur Person des (vorläufigen) Verwalters zu äußern, soweit dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt. Systematisch hat der Gesetzgeber damit zwei Stufen zur Überwindung des Nachteilsbegriffs geschaffen.¹⁰¹⁰⁾ Zum einen den Nachteilsbegriff zur Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses und zum anderen den Nachteilsbegriff zur Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses zu den Anforderungen und zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters selbst. Diese Zweifachprüfung dient dem schuldnerischen Vermögen als Schutz und damit den Gläubigern, da durch den schuldnerischen Vermögensschutz auch die Insolvenzmasse geschützt wird. Eine Schlussfolgerung auf die Auslegung des Nachteilsbegriffs des § 22a Abs. 3 3. Var. InsO lässt sich dadurch jedoch nicht ziehen.

Systematisch einordnen lässt sich der Nachteilsbegriff auf Grund seiner Stellung im Gesetz unter die Ausschlussgründe des § 22a Abs. 3 InsO. Diese sind grundsätzlich restriktiv auszulegen, da der Gesetzgeber mit dem ESUG das Ziel verfolgt, die Rechte der Gläubiger zu stärken und damit den vorläufigen Gläubigerausschuss bei der Auswahl des (vorläufigen) Verwalters zu beteiligen.¹⁰¹¹⁾ Offensichtlich ist, dass die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses an sich eine Verzögerung nach sich zieht. Doch nicht jede geringe Verzögerung sollte die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses verhindern.¹⁰¹²⁾ Der zeitliche Ablauf stellt sich (in etwa) wie folgt dar: Zunächst erörtert der Insolvenzrichter, ob ein vorläufiger Gläubigerausschuss einzusetzen ist beziehungsweise eingesetzt werden kann. Dabei muss er eine Abwägung zwischen der Auswirkung auf die Insolvenzmasse, den Sicherungsbedürfnissen und der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses treffen. Zu diesem Zeitpunkt ist es für den Insolvenzrichter nur schwer möglich, die Insolvenzmasse zu berechnen.¹⁰¹³⁾ Der Insolvenzrichter muss dafür Ermittlungen anstellen. Erst danach kann er die Kosten für den vorläufigen Gläubigerausschuss in das Verhältnis zur Insolvenzmasse setzen. Im nächsten Schritt stellt sich dann die Frage, ab welchem Prozentsatz die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses unverhältnismäßig ist. Auch wenn sich der Insolvenzrichter für die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses entscheidet, wird Zeit verloren gehen, da sich der vorläufige Ausschuss zunächst konstituieren und der Bestellungsbeschluss zugestellt werden muss.¹⁰¹⁴⁾ Danach muss jedes Ausschuss-

1010) BT-Drs. 17/5712, 26.

1011) BT-Drs. 17/5712, 1 f.

1012) Vgl. **Riggert**, NZI 2011, 121 ff. (123); **Frind**, ZInsO 2011, 1473 ff. (1480).

1013) **Steinwachs**, ZInsO 2011, 410 ff. (411).

1014) Kritisch betrachten die Ausschüsse die langwierige Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, da dies dem Wesen des Insolvenzverfahrens als Eilverfahren zuwiderlaufe und die unverzüglich notwendigen Maßnahmen zur Stabilisierung des Geschäftsbetriebs verzögern könnte, BR-Drs. 127/1/11, 6.

mitglied das Amt explizit annehmen,¹⁰¹⁵⁾ der vorläufige Gläubigerausschuss muss sich zusammenfinden und einen Beschluss herbeiführen. Die Koordination bei diesen Abläufen, insbesondere wenn noch kein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde, ist schwierig. Zudem führt die unterschiedliche Interessenlage der Ausschussmitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses zu Zeitverzögerungen. Bei Verfahren, in denen Bankenpools beteiligt sind, kann es bis zu 2 bis 3 Wochen dauern, bis der vorläufige Gläubigerausschuss einen gemeinsamen Beschluss hinsichtlich der Person des (vorläufigen) Verwalters getroffen hat.¹⁰¹⁶⁾ Dies hängt damit zusammen, dass es schon allein circa eine Woche dauert, bis der Poolführer seine Poolpartner zusammengeführt und gemeinsam einen Vorschlag hinsichtlich des (vorläufigen) Verwalters getroffen hat.¹⁰¹⁷⁾

- 416** Die Gefahr, dass der Ausschlussgrund des § 22a Abs. 3 3. Var. InsO von den Insolvenzrichtern dazu missbraucht wird, die teilweise verlorene Kompetenz bei der (vorläufigen) Verwalterauswahl zu kompensieren, indem mit der Einsetzung einhergehend eine zeitliche Verzögerung und damit eine Masseschmälerung angenommen wird, muss eingedämmt werden.¹⁰¹⁸⁾ Anderenfalls wäre eine Verzögerung in der Mehrzahl der Fälle zutreffend und der gesetzgeberische Wille, die Gläubiger frühzeitig in das Verfahren miteinzubeziehen, konterkariert.¹⁰¹⁹⁾ § 22a Abs. 3 3. Var. InsO ist systemkohärent auszulegen. Danach hat der Insolvenzrichter die Pflicht, den Willen des

1015) **Schmid-Burgk** in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 67 Rn. 27; **Knof** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 67 Rn. 21.

1016) **Steinwachs**, ZInsO 2011, 410 ff. (411 f.).

1017) **Steinwachs**, ZInsO 2011, 410 ff. (411 f.).

1018) Den möglichen Missbrauch der Insolvenzgerichte aufgreifend **DAV**, Stellungnahme vom 29.3.2011, 3: „Auch wenn ein Unternehmen die Anforderungen des § 22a Abs. 1 InsO-E erfüllt, ist die Mitwirkung der Gläubiger noch keineswegs gesichert. So bietet § 22a Abs. 2 InsO-E einem Gericht, das die Mühen der Bildung eines vorläufigen Gläubigerausschusses scheut, die Handhabe, wegen der Gefahr einer nachteiligen Veränderung der Masse infolge der Verzögerung sofort einen eben nur aus Sicht des Gerichts geeigneten vorläufigen Verwalter einzusetzen. Diese Voraussetzungen lassen sich vom Gericht regelmäßig leicht begründen, sodass es letztlich im Belieben des Gerichts liegt, ob ein Gläubigerausschuss zustande kommt, die Gläubiger daher bei der für jedes Verfahren prägenden Entscheidung über die Person des Verwalters einbezogen werden.“ Auch **Zuleger**, NZI 2011, 136 f. (137) greift auf, dass „die Hinderungsgründe für die Einberufung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (...) sich regelmäßig begründen lassen, so dass letztendlich die Einberufung eines Gläubigerausschusses und damit die Mitwirkung der Gläubiger im Belieben des Gerichts liegt (...)“. Zudem **Hilgers**, Stellungnahme vom 23.6.2011, 5; a.A. **BAKinsO**, Stellungnahme vom 18.4.2011, 2 f., nach dem dieses „Missverständnis“, dass die Insolvenzgerichte quasi ankündigen, die gesetzliche Regelung der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses leerlaufen zu lassen, ausgeräumt werden müsse. So auch **Obermüller**, ZInsO 2011, 1809 ff. (1810).

Haarmeyer, Stellungnahme vom 29.6.2011, 22, befürwortet eine fakultative Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses entweder durch Initiative der Gläubiger oder der Schuldner. **Brenner**, Stellungnahme vom 29.6.2011, 33, spricht sich für eine fakultative Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses ausschließlich durch die Gläubiger aus.

1019) Statt vieler **Römermann**, NJW 2012, 645 ff. (648).

Gesetzgebers umzusetzen und damit die Rechte der Gläubiger durch die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren zu stärken. Andererseits muss auch den Fällen Spielraum gegeben werden, in denen die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters keinen Aufschub duldet. Den letztgenannten Fall hat der Gesetzgeber auch explizit bedacht, da der vorläufige Gläubigerausschuss gemäß § 56a Abs. 3 InsO in seiner ersten Sitzung eine andere Person als die bestellte (vorläufigen) zum Insolvenzverwalter wählen kann.

d) Das Telos

Der Sinn und Zweck des § 22a Abs. 3 3. Var. InsO ist, das schuldnerische Vermögen zu schützen. Das Insolvenzgericht ist deshalb von einer Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses befreit, wenn die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung des schuldnerischen Vermögens führt.¹⁰²⁰ Selbstverständlich führt hierbei nicht jede geringste Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners. Ansonsten wäre die Stärkung der Gläubigerrechte in Form des Instituts des vorläufigen Gläubigerausschusses hinfällig.

Eine starre Grenze, ab der die Verzögerung oder eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners vorliegt, gibt es im Ergebnis nicht. Vielmehr ist dies einzelfallabhängig. Der Insolvenzrichter hat jedoch alle möglichen Maßnahmen zu treffen, die die nachteilige Verzögerung verhindern können, um die Transparenz und die Vorhersehbarkeit zu wahren, das Vertrauen der Gläubiger zu schützen und dem gesetzgeberischen Willen zu entsprechen.

e) Die Umsetzung in der Praxis

Die praktische Umsetzung dieses Tatbestandsmerkmals ist spannend, da es eine Missbrauchsgefahr in sich birgt. Unzweifelhaft führt die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zu einer Verzögerung, da dies mit zeitlichem Aufwand verbunden ist. Fraglich ist im konkreten Fall, wann die Verzögerung sich nachteilig auf das Vermögen des Schuldners auswirkt. Ganz allgemein ist eine Veränderung der Vermögenslage des Schuldners immer dann wahrscheinlich, wenn durch eine verzögerte Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters die Fortführung des Unternehmens gefährdet ist. Dem gesetzgeberischen Willen folgend ist in Fällen, in denen dem Insolvenzrichter ein Verzeichnis der Gläubiger vorliegt, der vorläufige Gläubigerausschuss im Regelfall einzusetzen.¹⁰²¹ E contrario ist ein vorläufiger Gläubigerausschuss nur im Ausnahmefall einzusetzen, soweit kein Gläubigerverzeichnis vorliegt und dadurch die Amtsannahme des vorläufigen Insolvenzverwalters verzö-

1020) **Böhm** in: Braun, InsO (2014), § 22a Rn. 12.

1021) BT-Drs. 17/5712, 25.

gert wird.¹⁰²²⁾ Neben einer Verzögerung der Amtsannahme führt auch die Verzögerung der konstituierenden Sitzung durch die Ausschussmitglieder zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners. Eine Verzögerung, die zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage führt, ist insbesondere in den Fällen anzunehmen, in denen die Insolvenzanträge unter Missachtung der Antragsvoraussetzungen und der vorgeschriebenen Inhalte nach § 13 InsO ungenügend vorbereitet und deshalb unvollständig oder fehlerhaft sind¹⁰²³⁾ und in der Folge die für die Einsetzung eines Pflichtausschusses oder eines Antragsausschusses notwendigen Informationen fehlen und auf Grund dessen das Insolvenzgericht, um seiner Amtsermittlungspflicht Genüge zu tun, gezwungen ist, nachträglich die fehlenden oder falschen Informationen zur Gläubigerschaft und zu den benötigten Schwellenwerten des § 22a InsO zu ermitteln oder zu korrigieren.¹⁰²⁴⁾ Insbesondere in Betriebsfortführungsfällen ist sicherzustellen, ob die Betriebsfortführung gewährleistet werden kann, denn vor allem in diesen Fällen sind kurzfristige Entscheidungen und Sicherungsmaßnahmen zu treffen.¹⁰²⁵⁾ In die Bewertung der nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners sind nicht nur Umstände, die von den Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses verschuldet sind, sondern auch objektive Umstände einzubeziehen.¹⁰²⁶⁾

- 420** Bei der Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe der Verzögerung und der nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners ist zwischen einem Eigen- und einem Fremdantrag zu differenzieren, da nur im Fall des Eigenantrags der Schuldner verpflichtet ist, die Angaben zur Gläubigerstruktur gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 InsO abzugeben.¹⁰²⁷⁾ Im Fall des Fremdantrags fehlt dem Insolvenzgericht das Gläubigerverzeichnis. Auch wenn die Schwellenwerte nach § 22a Abs. 1 InsO erreicht sind, die Gläubiger übernahmebereite Mitglieder für den vorläufigen Gläubigerausschuss benannt haben und Einverständniserklärungen vorliegen, muss dem Insolvenzrichter immer noch die Einschätzung und die Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens möglich sein.¹⁰²⁸⁾ Dies ist wichtig, damit der Insolvenzrichter auch prüfen kann, ob die vorgeschlagenen Gläubiger für den vorläufigen Gläubigerausschuss einen repräsentativen Querschnitt der Gläubigerschaft bilden.¹⁰²⁹⁾ Bei einer Ermessensreduktion auf Null ist die Entscheidungsmacht des Insolvenzrichters so stark eingeschränkt, dass nur noch eine einzige Entscheidung rechtsfehlerfrei wäre. Da jedes Insolvenzverfahren aber unterschiedlichen Bedingungen unterliegt, muss dem

1022) Vgl. AG Hamburg, Beschl. v. 6.5.2013 – 67c IN 165/13, ZInsO 2013, 1804 ff. (1805 ff.).

1023) *Frind*, ZInsO 2011, 2249 ff. (2255).

1024) *Mönning* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 22a Rn. 33.

1025) *Vallender*, MDR 2012, 61 ff. (63).

1026) *Göb*, NZG 2012, 371 ff. (373).

1027) *Steinwachs*, ZInsO 2011, 410 ff. (411).

1028) *Römermann*, NJW 2012, 645 ff. (648); *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 21.

1029) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 21.

Insolvenzrichter die Möglichkeit erhalten bleiben, den konkreten Bedingungen entsprechend, eine optimale und individuelle Lösung zu finden. Durch eine Ermessensreduktion auf Null könnte der Insolvenzrichter den konkreten Umständen des Einzelfalls nicht gerecht werden.¹⁰³⁰⁾ Folglich muss dem Insolvenzrichter ein Ermessensspielraum erhalten bleiben. Nur dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der selbst das Problem der Verzögerung des Verfahrens durch die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses erkannt hat und dies durch die Einräumung von Ermessensspielraum für den Insolvenzrichter gemäß § 22a Abs. 3 InsO löst.¹⁰³¹⁾ Trotz dieses Ermessensspielraums ist es opportun, dem Insolvenzgericht zumindest Leitlinien an die Hand zu geben, um den Abwägungsvorgang zu vereinheitlichen. Hierdurch werden die Transparenz und die Vorhersehbarkeit gewahrt und somit das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten gestärkt.

Bei einem Eigenantrag liegt dem Insolvenzrichter zumindest ein Gläubigerverzeichnis gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 InsO vor. Aber selbst wenn der Schuldner die Angaben nach § 13 Abs. 1 InsO ordnungsgemäß erfüllt hat und die Schwellenwerte des § 22a InsO erreicht sind, muss der Insolvenzrichter die Zustimmung jedes einzelnen Gläubigers für die Amtsannahme als Mitglied des vorläufigen Gläubigerausschusses einholen. Diese Arbeit kann vom Insolvenzrichter aber nicht in der zur Verfügung stehenden Zeit geleistet werden, da dies die Ermittlung der Gläubiger und ihrer Kontaktdaten, die Aufklärung über die Funktion des vorläufigen Gläubigerausschusses und die Übermittlung der schriftlichen Übernahmebereitschaftserklärung umfasst.¹⁰³²⁾ Folglich geht regelmäßig eine Verzögerung des Insolvenzverfahrens mit der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses, auch bei einem Eigenantrag des Schuldners, einher. Um diese Verzögerung zu vermeiden, müsste der Schuldner Übernahmeerklärungen, unter Zugrundelegung ordnungsgemäßer Ermessenskriterien in Betracht kommender Gläubiger, einreichen. In der Praxis ist dies dadurch umzusetzen, dass das Insolvenzgericht nach § 22a Abs. 4 InsO in seinen allgemeinen Verlautbarungen darauf hinweist, dass der Schuldner Personen zu benennen hat, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen.¹⁰³³⁾ Daran kann sich der schuldnerische Antragsteller orientieren und die Transparenz und die Vorhersehbarkeit des Insolvenzverfahrens werden gestärkt. Das Insolvenzgericht kann auf der Grundlage der vorgeschlagenen Personen sein Er-

421

1030) Dazu auch BR-Drs. 127/11, 33, der klarstellt, dass nur in Großinsolvenzen eine Verpflichtung des Gerichts zur Ausschussbestellung besteht und in allen anderen Fällen ein gerichtliches Ermessen vorliegt.

1031) So heißt es in § 22a Abs. 3 S. 3 Var. InsO explizit, die „mit der Einsetzung verbundene Verzögerung“. Dies greift auch **Frind**, ZInsO 2011, 757 ff. (759), auf; zudem **Böhm** in: Braun, InsO (2014), § 21 Rn. 23 f.

1032) Vgl. **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 36, der herausstellt, dass es nicht die Aufgabe des Insolvenzrichters sein kann, sich anhand der Gläubigerliste die Kontaktdaten der Gläubiger zu verschaffen und diese dann zu kontaktieren.

1033) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 22.

messen frei ausüben und ist an die Personenvorschläge der Antragsteller nicht gebunden.¹⁰³⁴⁾ Um die Transparenz und die Vorhersehbarkeit auch in diesem Fall zu wahren, hat das Insolvenzgericht keine Berechtigung, die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses gemäß § 22a Abs. 3 3. Var. InsO zu versagen, soweit der Schuldner einen repräsentativen Schnitt durch die Gläubigergesamtheit bei dem Vorschlag der Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses vorgenommen hat und die Erklärungen zur Übernahmebereitschaft mit einreicht.¹⁰³⁵⁾ Wurden die potentiellen Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses nicht markiert und liegen keine Übernahmeerklärungen vor, hat das Insolvenzgericht dem Schuldner eine 2-Tages-Frist zur Einreichung einer Liste mit den markierten mitwirkungsbereiten Gläubigern und den Übernahmebereitschaftserklärungen zu setzen. Dieser zeitliche Aufwand ist für das Insolvenzgericht durchaus zu realisieren und auch angemessen. Eine nachteilige Verzögerung im Sinne des § 22a Abs. 3 3. Var. InsO ist damit nicht verbunden.

- 422** Ist der Antragsteller ein Gläubiger, ist es ratsam, dass eine Liste mit deutlich markierten, potentiellen Mitgliedern für den vorläufigen Gläubigerausschuss beim Insolvenzgericht, zeitgleich mit dem Insolvenzantrag, eingereicht wird. Auch hier ist es analog § 22a Abs. 4 InsO zur Stärkung der Transparenz und der Vorhersehbarkeit interessengerecht, wenn das Insolvenzgericht in seinen allgemeinen Verlautbarungen darauf hinweist, dass der Schuldner Personen zu benennen hat, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen.¹⁰³⁶⁾ Erfolgt dies nicht, darf die Konsequenz des Insolvenzrichters jedoch nicht sein, den vorläufigen Gläubigerausschuss nicht einzusetzen. Dies würde nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, denn das Ziel des Gesetzgebers ist es, wie schon erwähnt, die Rechte der Gläubiger zu stärken.¹⁰³⁷⁾ Dieses Ziel lässt sich auch aus dem Normzweck des § 22a InsO ableiten. Durch die zwingende oder fakultative Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses dient § 22a InsO der Stärkung der Gläubigerautonomie.¹⁰³⁸⁾ § 22a InsO kompensiert die vor dem ESUG herrschende mangelnde Einbeziehung der Gläubiger in das Eröffnungsverfahren, vor allem den fehlenden Einfluss auf die Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters. Es liegt hier in der Pflicht des Insolvenzgerichts, den Willen des Gesetzgebers umzusetzen und auch hier dem antragsstellenden Gläubiger eine 3-Tages-Frist zur Nachholung zu setzen. Die 3-Tages-Frist statt der 2-Tages-Frist, wie beim Schuldner, lässt sich dadurch rechtfertigen, dass nicht nur Markierungen der potentiellen Ausschussmitglieder stattfinden müs-

1034) *Frege*, NZG 1999, 478 ff. (480); *Schmid-Burgk*, MünchKomm, InsO, Band 1 (2013), § 67 Rn. 10.

1035) Vgl. *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 22.

1036) Vgl. *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 22 mit dieser Idee bei einem Eigenantrag des Schuldners.

1037) BT-Drs. 17/5712, 1 f.

1038) *Mönnig*, Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 22a Rn. 6.

sen, sondern dass eine Gläubigerliste überhaupt noch erst erstellt werden muss. Selbstverständlich ist auch, dass es den zeitlichen Rahmen des Insolvenzgerichts sprengen würde, wenn es sich die Kontaktdaten der auf der Liste aufgeführten Gläubiger herausuchen und von ihnen eine schriftliche Erklärung der Übernahmebereitschaft einholen müsste.¹⁰³⁹⁾ Diese Aufgabe muss der Antragsteller bereits erfüllt haben. Das Argument, dass eine Verzögerung dem Insolvenzverfahren als Eilverfahren entgegensteht, muss an dieser Stelle hinter der Stärkung der Gläubigerautonomie zurücktreten. Es handelt sich nur um eine kurze Frist, in der der Insolvenzrichter auch durchaus andere, im Eröffnungsverfahren relevante Verfahrensabläufe koordinieren kann. Die Zeit verstreicht somit nicht sinnlos. Ferner würden ansonsten die Gläubiger gegenüber dem Schuldner benachteiligt werden, wenn der Schuldner das Gläubigerverzeichnis gemäß § 13 Abs. 1 InsO mit eingereicht hat, die potentiellen Mitglieder für den vorläufigen Gläubigerausschuss aber nicht markiert wurden, er aber durch das Insolvenzgericht die Möglichkeit erhält, dies unverzüglich nachzuholen. Bei einem Fremdantrag durch einen Gläubiger hingegen, bei dem kein Gläubigerverzeichnis gemäß § 13 Abs. 1 InsO gefordert wird, wird dem Gläubiger keine Möglichkeit durch das Insolvenzgericht gegeben, dies nachzuholen, da dies mehr Zeit kosten würde als nur die potentiellen Gläubiger nachträglich zu markieren. Die Stärkung der Gläubigerrechte würde dadurch konterkariert werden. Liegt nach dem fruchtlosen Verstreichen der Frist noch keine ausreichende Informationsgrundlage über die (vollständigen) Verhältnisse des schuldnerischen Unternehmens vor, so dass dem Insolvenzgericht die Ausübung des Ermessens in Ermangelung einer ausreichenden Informationsgrundlage nicht möglich ist, ist der vorläufige Gläubigerausschuss nicht einzusetzen und das Insolvenzgericht hat einen vorläufigen Insolvenzverwalter auszuwählen und zu bestellen.¹⁰⁴⁰⁾

f) Zwischenergebnis

Um die Transparenz und die Vorhersehbarkeit des Insolvenzverfahrens und speziell der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses zu wahren, hat der Insolvenzrichter die herausgearbeiteten Leitlinien bei der Bewertung der durch die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses bedingten Verzögerung und damit nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners zu berücksichtigen. Hat der Antragsteller ein vollständiges Verzeichnis der Gläubiger abgegeben und dabei Gläubiger für den vorläufigen Gläubigerausschuss benannt, ist eine Versagung nach § 22a Abs. 3 3. Var. InsO nur noch in dem Fall möglich, in dem der Insolvenzrichter bei seiner Ermessensausübung feststellt, dass die Mitgliedervorschläge keinem repräsentativen Querschnitt der Gläubigerschaft entsprechen und/oder die Ausübung des

423

1039) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 36.

1040) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 21. Ein nachträglich eingesetzter vorläufiger Gläubigerausschuss nach § 22a Abs. 2 InsO ist dann auf die Möglichkeit gemäß §§ 21 Abs. 1 Nr. 1, 56a Abs. 3 InsO zu verweisen.

Ermessens des Insolvenzrichters auf Grund mangelnder Informationen über das schuldnerrische Unternehmen nicht möglich ist. Damit dem gesetzgeberischen Willen entsprochen wird, sollte das Insolvenzgericht den Antragsteller analog § 22a Abs. 4 InsO auffordern, Personen zu benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen.

- 424** Um die Gläubigerrechte zu stärken, ist dem Schuldner eine 2-Tages-Frist und den Gläubigern eine 3-Tages-Frist zu setzen, damit die potentiellen Mitglieder für den vorläufigen Gläubigerausschuss benannt, ihre Übernahmebereitschaftserklärungen eingeholt und dem Insolvenzgericht vorgelegt werden können. Die minimale Verzögerung des Insolvenzverfahrens muss an dieser Stelle der Stärkung der Gläubigerrechte Vorrang gewähren, da ansonsten ein Konterkarieren der Gläubigerrechte droht.
- 425** Eine starre Grenze für die nachteilige Verzögerung im Sinne des § 22a Abs. 3 3. Var. InsO besteht demnach nicht, sondern wird im Einzelfall von dem zuständigen Insolvenzrichter nach bestem Wissen und Gewissen, unter Zugrundelegung des gesetzgeberischen Ziels, die Gläubigerrechte zu stärken, bestimmt.

3. Offensichtlich nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners im Sinne des § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO

- 426** Grundsätzlich hat das Insolvenzgericht den vorläufigen Gläubigerausschuss zum Anforderungsprofil und zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters anzuhören. Das Insolvenzgericht ist jedoch befugt, von der Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses abzusehen, wenn die Anhörung zu einer offensichtlich nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners durch eine zeitliche Verzögerung der Bestellung des (vorläufigen) Verwalters führt. Wie schon erläutert,¹⁰⁴¹⁾ findet sich ein ähnlicher Wortlaut in § 22a Abs. 3 3. Var. InsO wieder.

a) Der gesetzgeberische Wille

- 427** Der gesetzgeberische Wille ist, die Gläubiger frühzeitig in das Insolvenzverfahren mit einzubeziehen und ihre Rechte dadurch zu stärken. Die Gläubiger sollen insbesondere während des Eröffnungsverfahrens an der Wahl des vorläufigen Insolvenzverwalters beteiligt werden. In einer Vielzahl der Fälle trifft es zu, dass das Eröffnungsverfahren als Eilverfahren keinen Aufschub duldet, *„so dass regelmäßig Sicherungsmaßnahmen seitens des Gerichts, etwa in der Form der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters, ergriffen werden müssten. In zahlreichen Verfahren sei es nicht angängig, mit dieser Bestellung zunächst abzuwarten, bis ein vorläufiger Gläubigerausschuss sich konstituiert und sein Votum zur Person des Insolvenzverwalters abgegeben hat.“* Gleichwohl ist *„die frühzeitige Einbindung eines vorläufigen Gläubigerausschusses gerade in den Fällen sinnvoll, in denen ein einsichtiger*

1041) Vgl. unter § 7 B. III. III. 2.

*Schuldner frühzeitig das Gespräch mit seinen Gläubigern über die Abwicklung des Insolvenzverfahrens sucht.*¹⁰⁴²⁾

Um dem „*dringenden Sicherungsbedürfnis Rechnung tragen zu können*“, kann auf die Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses an der Verwalterbestellung verzichtet werden, „*wenn dies zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners geführt hätte*.“¹⁰⁴³⁾ Die mögliche Missbrauchsgefahr, die Eilbedürftigkeit könne als Vorwand verwendet werden, um regelmäßig von einer Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses an der (vorläufigen) Verwalterauswahl abzusehen, können die Gläubiger dadurch kompensieren, dass sie die Möglichkeit nach § 56a Abs. 3 InsO haben, eine andere als die vom Insolvenzgericht eingesetzte Person zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu wählen.¹⁰⁴⁴⁾ Um hierbei jedoch auch die Rechtssicherheit zu wahren und folglich die Zeit der Unsicherheit so kurz wie möglich zu halten, kann der vorläufige Gläubigerausschuss die vom Insolvenzgericht bestellte Person nur in der ersten konstituierenden Sitzung abwählen.¹⁰⁴⁵⁾ Zeitgleich wird dadurch auch die Vorhersehbarkeit des Verfahrens gestärkt. Die Stärkung der Transparenz des Insolvenzverfahrens erfolgt dadurch, dass die Wahl eines neuen (vorläufigen) Insolvenzverwalters einstimmig zu erfolgen hat. Dadurch wird verhindert, „*dass einzelne, besonders durchsetzungsstarke Mitglieder das Verfahren dominieren*“.¹⁰⁴⁶⁾

Der Gesetzgeber misst dem Fall des § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO kaum praktische Bedeutung zu, „*da die Konstellation eines bereits gebildeten vorläufigen Gläubigerausschusses nur einen geringen Zeitaufwand verursacht*.“¹⁰⁴⁷⁾ Das heißt, der Gesetzgeber räumt dem Insolvenzgericht nur die Befugnis ein, bei Gefahr im Verzug direkt zu handeln.¹⁰⁴⁸⁾ Eine offensichtlich nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners tritt nicht in wenigen Stunden oder Tagen ein, so dass einige Tage, in der die Gläubiger einbezogen werden, nicht unverzüglich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führen, insbesondere im Hinblick auf § 22a InsO, der dem Insolvenzgericht die notwendige Informationsgrundlage sichert.¹⁰⁴⁹⁾

b) Der Wortlaut

Der Wortlaut geht, anders als der Wortlaut des § 22a Abs. 3 3. Var. InsO, der nur die nachteilige Veränderung der Vermögenslage erfasst, von einer *offensichtlich*

1042) BT-Drs. 17/7511, 34.

1043) BT-Drs. 17/7511, 34.

1044) BT-Drs. 17/7511, 35.

1045) BT-Drs. 17/7511, 35.

1046) BT-Drs. 17/7511, 35.

1047) BT-Drs. 17/5712, 26.

1048) *Blümle* in: Braun, InsO (2014), § 56a Rn. 16.

1049) Vgl. BT-Drs. 17/5712, 18.

nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners aus.¹⁰⁵⁰⁾ Der Unterschied des § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO zu § 22a Abs. 3 3. Var. InsO ist, dass bei § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO nur auf die Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners abgestellt wird. Ohne Relevanz ist dabei, inwieweit sich die Verzögerung auf die Gläubiger auswirkt.¹⁰⁵¹⁾ Bei der Regelung des § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO geht es darum, den Schuldner vor Vermögenseinbußen zu schützen, die durch das Einsetzen des vorläufigen Gläubigerausschusses, dessen Zusammentreten und dessen Anhörung eintreten.¹⁰⁵²⁾ Die Art der Vermögenseinbuße ist dabei ohne Relevanz.¹⁰⁵³⁾ Von praktischer Relevanz ist jedoch, dass das schuldnerische Unternehmen und damit auch der laufende Geschäftsbetrieb im Eröffnungsverfahren vor einer Vermögensminderung zu schützen sind. Dies dient dazu, das Unternehmen für eine mögliche Sanierung zu erhalten.¹⁰⁵⁴⁾ Um den Unternehmenswert möglichst hoch zu halten, ist es von großer Wichtigkeit, so schnell wie möglich einen vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen, der das Vertrauen zwischen den Verfahrensbeteiligten aufbaut und sich für eine kurzfristige Insolvenzgeldvorfinanzierung einsetzt.¹⁰⁵⁵⁾

- 431** Zudem muss die Vermögensminderung offensichtlich sein. Offensichtlichkeit liegt dann vor, wenn die nachteilige Veränderung als Folge aus der gegebenen Sachlage auf Grund der vorliegenden Informationen deutlich erkennbar ist.¹⁰⁵⁶⁾ Konkret ist das insbesondere der Fall, wenn Vollstreckungen durch Gläubiger drohen oder wenn eine Abwanderungsgefahr besteht, das heißt, wenn durch die auch nur kurze Verzögerung der Bestellung des (vorläufigen) Verwalters, bei den Arbeitnehmern und Lieferanten betriebsfortführungsgefährdende Unsicherheiten entstehen¹⁰⁵⁷⁾ und folglich sofortige Maßnahmen des vorläufigen Insolvenzverwalters geboten erscheinen.¹⁰⁵⁸⁾ Mit Offensichtlichkeit ist in diesem Zusammenhang nicht Unübersichtlichkeit gemeint.¹⁰⁵⁹⁾ Hat jemand keine Übersicht, kann er auch nicht beurteilen, ob ein nachteiliger Schaden droht. Eine offensichtlich nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners bei der Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters ist praktisch kaum relevant, da der vorläufige Gläubigerausschuss zu diesem Zeitpunkt bereits gebildet ist. Einen bereits gebildeten vorläufigen Gläubigerausschuss nicht anzuhören wird, wie schon darge-

1050) **Graf-Schlicker** in: Graf-Schlicker, InsO (2012), §§ 56, 56a Rn. 48; **Bornheimer** in: Pape/Uhländer, NWB Komm InsO (2013), § 56a Rn. 12.

1051) **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56a Rn. 9.

1052) **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56a Rn. 9.

1053) **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56a Rn. 9.

1054) **Schröder** in: Schmidt, HambKomm, InsO (2012), § 21 Rn. 4.

1055) **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56a Rn. 10.

1056) **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56a Rn. 9.

1057) **Frind**, ZInsO 2011, 2249 ff. (2257); **Göb**, NZG 2012, 371 ff. (374).

1058) **Römermann**, NJW 2012, 645 ff. (649).

1059) **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 56a Rn. 9.

stellt, für das Insolvenzgericht nur schwer zu begründen sein, da dies keine nennenswerte Zeit in Anspruch nehmen wird.¹⁰⁶⁰⁾

c) Die Systematik

Noch im Regierungsentwurf waren für den jetzigen § 56a InsO die § 56 Abs. 2, 3 InsO **432** vorgesehen. Das Transferieren des § 56 Abs. 2, 3 InsO in den eigenständigen § 56a InsO soll durch systematische Klarheit die Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses bei der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ermöglichen.¹⁰⁶¹⁾ Der Wille der Stärkung des Gläubigereinflusses auf die (vorläufige) Verwalterauswahl begründet sich auf der Verlagerung deutscher Insolvenzverfahren in das europäische Ausland.¹⁰⁶²⁾ Dieser Abwanderung soll unter anderem dadurch entgegen gewirkt werden, dass der Einfluss der Gläubiger auf die (vorläufige) Verwalterauswahl berechenbarer und damit vorhersehbarer ausgestaltet wird.¹⁰⁶³⁾ Größere Planbarkeit schafft mehr Vertrauen der Verfahrensbeteiligten in die Insolvenzordnung und ihre Sanierungsmittel. Die eigenständige Regelung des § 56a InsO stellt somit die Relevanz der Gläubigerbeteiligung bei der (vorläufigen) Verwalterbestellung explizit heraus.

d) Das Telos

Um der Gläubigerautonomie im Insolvenzrecht gerecht zu werden, ist vor der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters dem vorläufigen Gläubigerausschuss die Möglichkeit zu geben, sich zu den Anforderungen, die an die Person zu stellen sind und zur Person selbst zu äußern. Nach § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO kann, um einem dringenden Sicherungsbedürfnis Rechnung zu tragen, auf eine Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses verzichtet werden, wenn dies offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.¹⁰⁶⁴⁾ Um die Stärkung der Gläubigerautonomie nicht zu unterlaufen, ist die Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses die Regel und die Nichtanhörung die Ausnahme.¹⁰⁶⁵⁾ Auf Grund dessen darf auch nur dann auf die Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses verzichtet werden, wenn es zu einer „offensichtlichen“ und folglich nicht unwesentlichen, nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners kommt.

1060) BT-Drs. 17/5712, 26.

1061) *Frind* in: Schmidt, HambKomm, InsO (2012), § 56a Rn. 1.

1062) Dies zeigt auch die Befragung von *Eidenmüller/Frobenius/Prusko*, NZI 2010, 545 ff. (549).

1063) Vgl. BT-Drs. 17/5712, 1.

1064) *Bornheimer* in: Pape/Uhländer, NWB Komm InsO (2013), § 56a Rn. 1.

1065) Vgl. *Bornheimer* in: Pape/Uhländer, NWB Komm InsO (2013), § 56a Rn. 12.

e) Die Umsetzung in der Praxis

- 434** Problematisch ist, wie bereits dargestellt,¹⁰⁶⁶⁾ bei der Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters das Zeitmoment. Um eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners von Anfang an zu vermeiden, wird der vorläufige Gläubigerausschuss in der Regel zeitgleich mit der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters eingesetzt.¹⁰⁶⁷⁾ Folglich wird der vorläufige Gläubigerausschuss zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters gemäß §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 56a Abs. 1 InsO nicht angehört, sondern der vorläufige Insolvenzverwalter wird vom Insolvenzgericht bestellt. Diese zeitliche Abfolge kann in der Praxis nur durchbrochen werden, wenn sich bereits zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung ein repräsentativ ausgewählter vorläufiger Gläubigerausschuss mit Übernahmebereitschaftserklärungen einstimmig für einen vorläufigen Insolvenzverwalter vor dem zuständigen Insolvenzrichter ausspricht.¹⁰⁶⁸⁾ Ist das der Fall, ist der vorläufige Insolvenzverwalter durch das Insolvenzgericht zu bestellen, soweit keine Ungeeignetheit des vorläufigen Insolvenzverwalters im konkreten Einzelfall vorliegt.
- 435** Hört das Insolvenzgericht den vorläufigen Gläubigerausschuss dennoch zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind und zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht an, ist die Offensichtlichkeit der nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners durch das Insolvenzgericht konkret mit Tatsachen zu belegen, um die Kommunikation und das Vertrauen zwischen den Gläubigern und dem Insolvenzrichter nicht zu schwächen.¹⁰⁶⁹⁾ Ferner wird durch den Nachweis der Offensichtlichkeit die Transparenz des Insolvenzverfahrens für die Gläubiger gewahrt.
- 436** Um die zeitliche Verzögerung so gering wie möglich zu halten, sollte der Insolvenzrichter in der Praxis dem vorläufigen Gläubigerausschuss bereits zum Zeitpunkt der Einsetzung eine Frist setzen, damit dieser sich zu den Anforderungen und gegebenenfalls zu der Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters äußern kann.¹⁰⁷⁰⁾ Äußert sich der vorläufige Gläubigerausschuss fristgerecht, hat das Insolvenzgericht den vorläufigen Gläubigerausschuss anzuhören und auf dieser Grundlage eine Entscheidung

1066) Vgl. § 7 A. II. 1.1.

1067) Das Prozedere der Verwalterauswahl im Eröffnungsverfahren dauert circa eine Woche bis 10 Tage, *Frind*, ZInsO 2011, 757 ff. (758); nach *BAKinso*, Stellungnahme zum „RefE „ESUG““ – Teil 1, 8 ff., sind dabei sechs Teil-Schritte zu absolvieren: 1. Prüfung, eventuell Nachfragen zu Schuldner-Angaben, 2. Auswahl der Ausschuss-Mitglieder, Zustellung Beschluss, Amtsannahme, 3. Tagung des Ausschusses, 4. Übermittlung der Ergebnisse des Ausschusses an das Gericht, 5. Abweichung vom Ausschuss-Vorschlag?, 6. Begründung bei Abweichung.

1068) Exemplarisch AG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2011 – 67 g IN 459/11 (*Sietas*), ZIP 2011, 2372 ff. (2373).

1069) Vgl. *Blümle* in: Braun, InsO (2014), § 56a Rn. 9.

1070) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 27.

zu treffen. Lässt der vorläufige Gläubigerausschuss die Frist hingegen fruchtlos verstreichen, kann das Insolvenzgericht nach freiem Ermessen entscheiden.¹⁰⁷¹⁾

f) Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber hat durch die systematische Klarheit der eigenständigen Regelung des § 56a InsO die Relevanz der Gläubigerbeteiligung bei der (vorläufigen) Verwalterbestellung herausgestellt. Die Beteiligung der Gläubiger bei der Auswahl des (vorläufigen) Verwalters ist die Regel und nicht die Ausnahme. **437**

In der Praxis sind die Fälle relevant, in denen der vorläufige Gläubigerausschuss zeitgleich mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter eingesetzt wird. Dem gesetzgeberischen Willen, die Gläubigerrechte zu stärken, wird in diesem Fall nicht nachgekommen. Entgegenwirken kann man dieser Problematik dadurch, dass die Gläubiger selbst die Einsetzung des vorläufigen Ausschusses und die Anhörung zu der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters beschleunigen, indem sich bereits zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung ein repräsentativ ausgewählter vorläufiger Gläubigerausschuss mit Übernahmebereitschaftserklärungen vorstellt, der sich vor dem zuständigen Insolvenzrichter einstimmig für eine bestimmte Person, die das Amt des vorläufigen Insolvenzverwalters übernehmen soll, ausspricht. **438**

4. Nachteilige Anordnung im Sinne des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO

Neben § 22a Abs. 3 3. Var. InsO und § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO tritt der Begriff des „Nachteils“ auch in der Eigenverwaltung gemäß § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO auf. Nach § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO darf die Eigenverwaltung nur angeordnet werden, wenn keine Umstände bekannt sind, die zu Nachteilen für die Gläubiger bei der Anordnung der Eigenverwaltung führen.¹⁰⁷²⁾ **439**

a) Der gesetzgeberische Wille

Der Gesetzgeber sieht „eine Rückkehr zur Formulierung im Regierungsentwurf der Insolvenzordnung (§ 331 Absatz 2 Nummer 3)“ durch den § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO vor.¹⁰⁷³⁾ In dem Regierungsentwurf der Bundesregierung zur Insolvenzordnung von 1999 heißt es, dass das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung anordnet, „wenn keine Umstände bekannt sind, die eine Gefährdung der Gläubigerinteressen durch die Anordnung befürchten lassen (Absatz 2 Nr. 3). Besondere Nachforschungen werden dem Gericht dabei nicht auferlegt. In der Regel kann davon ausgegangen werden, daß ein Schuldner, der selbst das Insolvenzverfahren beantragt oder den der Antrag- **440**

1071) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 27.

1072) **Göb**, NZI 2012, 243 ff. (243); **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270 Rn. 20.

1073) BT-Drs. 17/5712, 38.

stellende Gläubiger für vertrauenswürdig hält, dazu geeignet ist, bis zur Entscheidung der ersten Gläubigerversammlung die Eigenverwaltung zu führen. ¹⁰⁷⁴⁾

- 441** Das Ziel des Gesetzgebers ist es, die Anforderungen an die Eigenverwaltung durch das ESUG zu lockern. Die Eigenverwaltung kann nun nur noch abgelehnt werden, „wenn tatsächlich konkrete Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.“ ¹⁰⁷⁵⁾ Zweifel über mögliche Nachteile für die Gläubiger gehen nicht mehr zu Lasten des Schuldners. ¹⁰⁷⁶⁾ Durch diese Regelung soll für den Schuldner die Chance auf die Anordnung der Eigenverwaltung erhöht werden. ¹⁰⁷⁷⁾ Die Anordnung der Eigenverwaltung ist seit dem ESUG somit nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel. ¹⁰⁷⁸⁾ Wenn auch der Zugang zu der Eigenverwaltung für den Schuldner vereinfacht werden soll, ist nicht der gesetzgeberische Wille erkennbar, dass auch die tatbestandlichen Anforderungen an den Nachteilsbegriff zu lockern sind. ¹⁰⁷⁹⁾ Deutlich wird, dass der Gesetzgeber den Willen hat, den Schuldner im Rahmen der Eigenverwaltung zu stärken. Insbesondere kommt dies auch dadurch zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Insolvenzgerichts über den Antrag der Eigenverwaltung bewusst nicht zugelassen hat. ¹⁰⁸⁰⁾

b) Der Wortlaut

- 442** Der gesetzgeberische Wille ist, den Gläubigern größtmöglichen Schutz zu bieten und ihnen die optimale Befriedigung zu ermöglichen. Somit dürfen die Gläubiger in der Eigenverwaltung nicht schlechter gestellt sein als in einem Regelinsolvenzverfahren. ¹⁰⁸¹⁾ § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO fordert dies jedoch nicht nur bezogen auf die Quotenerwartung ¹⁰⁸²⁾ oder das Vermögen des Schuldners, ¹⁰⁸³⁾ da § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO,

1074) BT-Drs. 12/2443, 223.

1075) BT-Drs. 17/5712, 38.

1076) BT-Drs. 17/5712, 38.

1077) BT-Drs. 17/5712, 38.

1078) **Frind**, ZInsO 2011, 2249 ff. (2260); **Hötzle**, ZIP 2012, 158 ff. (159); **Brinkmann/Zipperer**, ZIP 2011, 1337 ff. (1337) sprechen vom „Paradigmenwechsel“; a.A. **Graf-Schlicker** in: Graf-Schlicker, InsO (2012), § 270 (Fn. 13), die weder eine Stütze für die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses im Wortlaut noch in der Begründung des ESUG sieht.

1079) **Hötzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 9.

1080) BT-Drs. 17/5712, 38 f.: „In der Insolvenzordnung ist jedoch bereits durch die Möglichkeit der Gläubigerversammlung, nach § 271 InsO nachträglich die Eigenverwaltung zu beantragen oder nach § 272 Absatz 1 Nummer 1 InsO nachträglich deren Aufhebung zu verlangen, eine Überprüfung der Entscheidung des Gerichts vorgesehen. Die erste Gläubigerversammlung findet meist nur wenige Wochen nach der Verfahrenseröffnung statt und bietet ausreichend Gelegenheit, die Entscheidung des Gerichts zu korrigieren.“

1081) Vgl. schon zur bisherigen Fassung **Lüke**, Anm. zu LG Cottbus, Beschl. v. 17.7.2011 – 7 T 421/00 (nicht rechtskräftig), ZIP 2001, 2188 ff. (2189).

1082) **Hötzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 8.

1083) **Göb**, NZG 2012, 371 ff. (376).

anders als § 56a Abs. 3 InsO, nur von „*Nachteilen für die Gläubiger*“ spricht. Vielmehr will der Gesetzgeber den Gläubigern umfassenderen Schutz zukommen lassen. Dafür spricht, neben dem verschiedenen Wortlaut der Normen, vor allem der Ablauf des Insolvenzverfahrens, in den der § 270 InsO eingebettet ist. Bereits bei der Antragstellung des Schuldners auf Eigenverwaltung muss der Insolvenzrichter entscheiden, ob er einen vorläufigen Insolvenzverwalter (§§ 21, 22 InsO) oder einen vorläufigen Sachwalter (§ 270a Abs. 1 InsO) bestellt. Der Insolvenzrichter darf dabei nur Umstände zugrunde legen, die im Zeitpunkt der Beschlussfassung bekannt sind. Eine Beurteilung der Vermögenssituation des Schuldners ist dem Insolvenzrichter, auch durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens, verwehrt.¹⁰⁸⁴⁾ Zweifel über mögliche Nachteile für die Gläubiger gehen damit nicht mehr zu Lasten des Schuldners.¹⁰⁸⁵⁾ Daraus resultiert eine Missbrauchsgefahr des Schuldners.¹⁰⁸⁶⁾ Auch sanierungsungeeignete Schuldner werden versuchen die Möglichkeit zu nutzen, unter dem Schutzmantel der Insolvenzordnung mehr Zeit herauszuschlagen. Der Insolvenzrichter hat hier die Aufgabe, um die Vertrauenswürdigkeit der Eigenverwaltung aufrechtzuerhalten, diese Missbrauchsfälle herauszufiltern.¹⁰⁸⁷⁾

Der Nachteilsbegriff im Sinne des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO ist weit auszulegen. Er muss die Interessen aller Verfahrensbeteiligten umfassend berücksichtigen. Konkret bedeutet das, dass ein Nachteil zum Beispiel dann anzunehmen ist, wenn der Fall eintritt, dass die wesentlichen Gläubiger eine Eigenverwaltung ablehnen und dadurch die Sanierung des Unternehmens gefährdet ist.¹⁰⁸⁸⁾ Auch wenn sich gerade keine lobbyistischen Gläubigerstrukturen im Insolvenzverfahren herausbilden sollen, um die Transparenz und die Vorhersehbarkeit für die Verfahrensbeteiligten zu wahren und die Entscheidung über die Anordnung der Eigenverwaltung dem vorläufigen Gläubigerausschuss vorzubehalten, so muss dies zurückstehen, wenn es sich um einen für die Sanierung und damit die Fortführung des Unternehmens wesentlichen Gläubiger handelt.¹⁰⁸⁹⁾ Ein Nachteil im Sinne des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO liegt demnach vor, wenn ein wesentlicher Gläubiger die Anordnung der Eigenverwaltung ablehnt. Auch wenn es nicht gerecht scheint, dem einen Gläubiger mehr Einfluss als dem anderen Gläubiger zuzugestehen, so erfasst nur diese Wertung die Bedürfnisse der Praxis interessengerecht. Daneben spielt auch die niedrigere Erlösquote für die Gläubiger und die Verfahrensverzögerung eine Rolle. Die Verzögerung des Verfah-

443

1084) **Hölzle**, ZIP 2012, 158 ff. (159); a.A. **Frind**, ZInsO 2011, 2249 ff. (2260). Siehe dazu auch schon unter § 3 D. I.

1085) **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270 Rn. 20.

1086) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 6.

1087) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 6.

1088) Vgl. **Göb**, NZG 2012, 371 ff. (376); **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 10.

1089) Schon im DiskE zum ESUG wurde in § 270 Abs. 3 S. 1 InsO festgehalten, dass der vorläufige Gläubigerausschuss und soweit dieser nicht bestellt ist, die wesentlichen Gläubiger, Gelegenheit zur Äußerung erhalten. Den wesentlichen Gläubigern wurde somit schon immer eine bedeutende Rolle zugesprochen. Vgl. dazu auch **Hofmann**, NZI 2010, 798 ff. (799).

rens ist zwar in der aktuellen Fassung des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO¹⁰⁹⁰⁾ nicht mehr aufgeführt. Dies ist aber als eine redaktionelle Vereinfachung des Gesetzes zu werten.¹⁰⁹¹⁾ Schon aus der historischen Auslegung des § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO a. F.¹⁰⁹²⁾ geht hervor, dass insbesondere die Verzögerung des Verfahrens einen Nachteil begründen könne. Aus der Gesetzesbegründung zum ESUG ergibt sich nichts Gegenteiliges. Die Verzögerung des Verfahrens ist somit weiterhin im Sinne eines Regelbeispiels heranzuziehen.¹⁰⁹³⁾

- 444** Nicht ausreichend für einen Nachteil im Sinne des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO ist, dass keine Fortführungslösung erfolgen wird, da die Insolvenzordnung keinen Ansatzpunkt hierfür bietet.¹⁰⁹⁴⁾

c) Die Systematik

- 445** Unter systematischen Gesichtspunkten kann der Begriff des „Nachteils“ nicht konkret definiert werden. Allerdings kann darauf verwiesen werden, dass im Zuge des ESUG die bisherige Nr. 3 des § 270 Abs. 2 InsO a. F. umformuliert wurde und infolge der Streichung der bisherigen Nr. 2 die Nr. 3 an deren Stelle rückt. Nach § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO a. F. galt bisher, „*dass ein Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung in dem Fall, dass ein Gläubiger den Eröffnungsantrag gestellt hat, nur dann Erfolg haben kann, wenn der Gläubiger dem Antrag des Schuldners zustimmt.*“¹⁰⁹⁵⁾ Durch das Blockadepotential der Gläubiger in dieser Situation wurden dem Schuldner Hindernisse in den Weg gelegt. Dies steht jedoch im Widerspruch zu dem Ziel, für den Schuldner gerade die Hindernisse zur Anordnung der Eigenverwaltung auszuräumen und dadurch den Schuldner zu einem frühzeitigen Einreichen des Insolvenzantrags zu bewegen.¹⁰⁹⁶⁾ Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens soll allein durch den vorläufigen Gläubigerausschuss der Einfluss der Gläubiger auf die Eigenverwaltung ausgeübt werden. Die einzelne Entscheidung eines Gläubigers darf nicht die Anordnung der Eigenverwaltung aushebeln. Die systematische Streichung des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO a. F. bewirkt mithin eine größere Planungssicherheit und damit Vorhersehbarkeit für die Verfahrensbeteiligten.

1090) In § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO heißt es: „Die Anordnung setzt voraus, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.“

1091) **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270 Rn. 20.

1092) § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO a. F.: „Die Anordnung setzt voraus, daß nach den Umständen zu erwarten ist, daß die Anordnung nicht zu einer Verzögerung des Verfahrens oder zu sonstigen Nachteilen für die Gläubiger führen wird.“

1093) **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270 Rn. 20.

1094) **Riggert** in: Braun, InsO (2014), § 270 Rn. 5.

1095) BT-Drs. 17/5712, 38.

1096) **Trams**, NJW-Spezial 2011, 149 f. (149 f.); **Nerlich** in: Nerlich/Kreplin, Münchener Anwalts-handbuch Insolvenz und Sanierung (2012), § 24 Rn. 179.

Zieht man die Nachteilsbegriffe anderer Normen heran, so wird deutlich, dass § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO, anders als § 56a Abs. 3 InsO und § 22a Abs. 3 3. Var. InsO, nur von „*Nachteilen für die Gläubiger*“ und nicht von negativen Auswirkungen auf das Vermögen des Schuldners spricht. Aus Wortlautgründen und systematischen Gesichtspunkten ist der Nachteilsbegriff des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO folglich weit auszulegen. **446**

d) Das Telos

Die Anordnung der Eigenverwaltung darf nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führen. Musste das Insolvenzgericht vor dem Erlass des ESUG im Rahmen des § 270 InsO noch eine Prognoseentscheidung treffen,¹⁰⁹⁷⁾ hat das Insolvenzgericht nun keinen Ermessens- und Beurteilungsspielraum mehr.¹⁰⁹⁸⁾ Es genügt seit dem 1.3.2012 vielmehr das Fehlen der Kenntnis von negativen Umständen, die aus der Anordnung der Eigenverwaltung resultieren könnten.¹⁰⁹⁹⁾ Bei der Prüfung der Nachteile für die Gläubiger handelt es sich um die wichtigste Prüfung des Insolvenzgerichts im Rahmen der Anordnung der Eigenverwaltung.¹¹⁰⁰⁾ Durch die sorgfältige Prüfung der Nachteile für die Gläubiger soll verhindert werden, dass der Schuldner über längere Zeit sein Unternehmen weiterführt, ohne das Ziel des Insolvenzverfahrens, die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger, zu fördern.¹¹⁰¹⁾ Dennoch dienen die §§ 270, 270a InsO primär der Stärkung der Eigenverwaltung und somit dem Ziel, dem Schuldner frühzeitig den Weg in die Eigenverwaltung zu eröffnen und den Gläubigern so wenig Blockademöglichkeiten wie möglich zu bieten.¹¹⁰²⁾ Den Gläubigern ist somit durch den weiten Nachteilsbegriff des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO ein Schutz gewährleistet worden, auf der anderen Seite dem Schuldner aber auch ein Zuspruch zum Eintritt in das Eigenverwaltungsverfahren. Der Gesetzgeber hat demnach die Interessen des Schuldners und auch die Interessen der Gläubiger berücksichtigt. Es gilt nun diese Interessen in einen gerechten Einklang zu bringen. **447**

e) Die Umsetzung in der Praxis

Auch wenn die Eigenverwaltung durch das ESUG der Stärkung des Schuldnervertrauens in die Sanierungsinstrumente der Insolvenzordnung und damit einer früh- **448**

1097) AG Köln, Beschl. v. 17.9.1999 – 71 IN 28/99, ZIP 1999, 1646 f. (1646); AG Köln, Beschl. v. 23.1.2004 – 71 IN 1/04, NZI 2004, 151 ff. (154); **Schlegel**, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz (1999), 72.

1098) **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270 Rn. 20.

1099) **Riggert** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270 Rn. 20 f. Die derzeitige Fassung des § 270 InsO entspricht dem ursprünglichen Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung vom 1.1.1999, der nicht umgesetzt wurde.

1100) **Zipperer** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 270 Rn. 51.

1101) **Tetzlaff** in: MünchKomm InsO, Band 3 (2014), § 270 Rn. 49.

1102) **Höltzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 270, 270a Rn. 25.

zeitigen Insolvenzantragstellung dienen soll, so ist auch zu beachten, dass das ESUG nicht allein der Stärkung des Vertrauens des Schuldners in dessen Sanierungsinstrumente, sondern auch der Stärkung des Vertrauens der Gläubiger dient.¹¹⁰³⁾ Dies zeigt sich auch daran, dass die einmal angeordnete Eigenverwaltung grundsätzlich unter erleichterten Voraussetzungen wieder aufgehoben werden kann gemäß § 272 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO und das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO sogar ohne jegliche Begründung auf Verlangen des vorläufigen Gläubigerausschusses abgelehnt werden kann. Ferner lässt das AG Potsdam selbst Umstände, die indirekte Nachteile für die Gläubiger befürchten lassen, für die Begründung eines Nachteils im Sinne des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO ausreichen.¹¹⁰⁴⁾ Um dem Schutz der Gläubiger auf der einen Seite gerecht zu werden, auf der anderen Seite dem Schuldner aber auch einen Anreiz dafür zu bieten, frühzeitig die Eigenverwaltung zu beantragen, muss der Nachteilsbegriff in der Praxis so ausgelegt werden, dass das Vertrauen der wesentlichen Gläubiger gefördert wird, aber die Blockademöglichkeiten der Gläubiger durch einen zu weiten Nachteilsbegriff gleichzeitig verhindert werden. Es liegt in den Händen des Insolvenzrichters, einen gerechten Ausgleich der Interessen zu schaffen.

f) Zwischenergebnis

- 449** Der unbestimmte Begriff „*Nachteile für die Gläubiger*“ im Sinne des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO ist weit auszulegen. Der Nachteil ist nicht nur auf die Quotenerwartung oder auf das Vermögen des Schuldners begrenzt. Auch die Verzögerung des Verfahrens wird erfasst. Die weite Auslegung des Nachteils dient dabei dem Schutz der Gläubiger.
- 450** Bei der Auslegung im konkreten Einzelfall sind die gesamten Interessen aller Verfahrensbeteiligten umfassend miteinzubeziehen. Auch wenn das Ziel des ESUG die Stärkung des Vertrauens des Schuldners in das Sanierungsinstrument der Eigenverwaltung ist, so ist das höherrangige Ziel des ESUG die Schaffung einer Sanierungskultur. Dieses Ziel ist nur durch das Vertrauen aller Verfahrensbeteiligten, insbesondere der Gläubiger, zu erreichen. Deshalb ist auch den Gläubigern im Rahmen der Eigenverwaltung die nötige Einflussnahme nicht zu verwehren. Spricht sich ein wesentlicher Gläubiger des Insolvenzverfahrens gegen die Anordnung der Eigenverwaltung aus, so ist dadurch ein Nachteil im Sinne des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO begründet.

¹¹⁰³⁾ Vgl. **Bork**, ZIP 2010, 397 ff. (403 f.).

¹¹⁰⁴⁾ AG Potsdam, Beschl. v. 13.12.2012 – 35 IN 748/12, ZIP 2013, 181 ff. (183).

5. Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 22a Abs. 3 2. Var. InsO

Das Insolvenzgericht ist von der Pflicht der Einsetzung des originären oder des derivativen Pflichtausschusses nach § 22a Abs. 3 2. Var. InsO befreit, wenn die Einsetzung in Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist.¹¹⁰⁵⁾ 451

a) Der gesetzgeberische Wille

Der Gesetzgeber stellt zwar eindeutig klar, dass eine Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses nicht sinnvoll ist, „*wenn diese Maßnahme im Hinblick auf das Restvermögen des Schuldners einen unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit und Kosten verursacht.*“¹¹⁰⁶⁾ Wann genau eine Unverhältnismäßigkeit vorliegt, legt der Gesetzgeber jedoch nicht fest. Das „*Restvermögen des Schuldners*“ als Bezugsgröße ist dabei nicht hilfreich. Die Verwendung eines einheitlichen Maßstabs ist jedoch notwendig, um Anwendungsprobleme zu vermeiden.¹¹⁰⁷⁾ 452

Auch wenn der Gesetzgeber sich nicht explizit zu der Auslegung der „*Unverhältnismäßigkeit*“ äußert, so sind zumindest, um den gesetzgeberischen Willen näher zu bestimmen, die Ziele heranzuziehen, die der Gesetzgeber mit dem Erlass des ESUG durchsetzen will. Das Ziel des ESUG ist es, „*im Interesse einer Verbesserung von Sanierungschancen zu erreichen, dass Schuldner und Gläubiger in die Auswahl der maßgeblichen Akteure einbezogen werden*“ und der „*Schwerpunkt des Gesetzesentwurfs ist die Erleichterung der Sanierung von Unternehmen durch einen stärkeren Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters.*“¹¹⁰⁸⁾ Umgesetzt werden diese Ziele durch einen vorläufigen Gläubigerausschuss, der bereits im Eröffnungsverfahren eingesetzt wird und so die Möglichkeit hat, einstimmig einen vorläufigen Insolvenzverwalter vorzuschlagen. Durch die Mitwirkung der Gläubiger bei der Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters wird die Vorhersehbarkeit für die Gläubiger deutlich erhöht.¹¹⁰⁹⁾ Den genannten Zielen entsprechend ist der Ausschlussgrund nach § 22a Abs. 3 2. Var. InsO äußerst restriktiv auszulegen,¹¹¹⁰⁾ da der Gesetzgeber die Rechte der Gläubiger durch das ESUG stärken will.¹¹¹¹⁾ 453

b) Der Wortlaut

Unter die „*zu erwartende Insolvenzmasse*“ des § 22a Abs. 3 2. Var. InsO fällt nur die freie Masse und damit die nicht mit Aus- und Absonderungsrechten belastete 454

1105) Kurz aufgegriffen bereits unter § 3 B. I. 1.5.

1106) BT-Drs. 17/5712, 25.

1107) Ähnlich *Steinwachs*, ZInsO 2011, 410 ff. (411).

1108) BT-Drs. 17/5712, 1 f.

1109) *Kießner* in: Braun, InsO (2014), Einf. Rn. 73.

1110) *Hirte/Knof/Mock*, Das neue Insolvenzrecht nach dem ESUG (2012), 13.

1111) BT-Drs. 17/5712, 1 f.

Masse.¹¹¹²⁾ Eine wortlautgetreue Auslegung, die statt der freien Masse die Insolvenzmasse im Sinne des § 35 Abs. 1 InsO erfassen würde, ist abzulehnen.¹¹¹³⁾ Zum einen steht den einfachen ungesicherten Insolvenzgläubigern nach § 38 InsO nur der freie Teil der Masse zur Befriedigung zur Verfügung und somit können auch die Kosten der Einrichtung des vorläufigen Gläubigerausschusses nur aus der freien Masse erfolgen.¹¹¹⁴⁾ Zum anderen ist es die Ratio des § 22a InsO, dass ein vorläufiger Gläubigerausschuss nur eingesetzt werden soll, wenn die Einsetzung zur freien Masse verhältnismäßig ist.¹¹¹⁵⁾ Auch wenn die absonderungsberechtigten Gläubiger in einem vorläufigen Gläubigerausschuss berücksichtigt werden, so ist ihr Interesse bei der Abwägung der Verhältnismäßigkeit von Aufwand und Nutzen eines vorläufigen Gläubigerausschusses nicht miteinzubeziehen. Ihre Rechte werden durch die §§ 167–169 InsO ausreichend geschützt. Zudem ist die freie Masse für die Befriedigung der Absonderungsgläubiger von untergeordneter Bedeutung.¹¹¹⁶⁾ Kommt es zu keiner Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, geht für die absonderungsberechtigten Gläubiger nur geringer Einfluss verloren.

455 Allein aus dem Wortlaut lässt sich die Unverhältnismäßigkeit nicht näher bestimmen.

c) Die Systematik

456 Die Stärkung der Gläubigerrechte wird insbesondere durch das Instrument des vorläufigen Gläubigerausschusses verwirklicht.¹¹¹⁷⁾ § 22a InsO hat folglich das Ziel, dass im Regelfall der vorläufige Gläubigerausschuss eingesetzt und nur im Ausnahmefall davon Abstand genommen wird.¹¹¹⁸⁾ Zugleich soll die frühzeitige Beteiligung der Gläubiger nicht die Effizienz des Insolvenzverfahrens gefährden. Diesen Grundsatz hat der Gesetzgeber zum einen durch die Normierung des Ausnahmestatbestandes in § 22a Abs. 3 InsO und zum anderen dadurch zum Ausdruck gebracht, dass bei Vorliegen eines vollständigen Verzeichnisses gemäß § 13 Abs. 1 InsO die Entscheidung über die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses regelmäßig nicht zu einer Verzögerung des Insolvenzverfahrens führe und damit unproblematisch zu treffen sei.¹¹¹⁹⁾ Eine konkrete Bezugsgröße für die Unverhältnismäßigkeit des § 22a Abs. 3 2. Var. InsO lässt sich jedoch auch aus dem systematischen Zusammenhang nicht ableiten.

1112) AG Ludwigshafen, Beschl. v. 4.5.2012 – 3f IN 103/12, NZI 2012, 850 ff. (851); *Frind*, ZInsO 2011, 2249 ff. (2254 f.); *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 23.

1113) *Müller/Rautmann*, DStR 2012, 1347 ff. (1349), stellen nach dem Wortlaut des § 22a Abs. 3 2. Var. InsO auf die Insolvenzmasse im Sinne des § 35 Abs. 1 InsO ab.

1114) Vgl. *Frind*, ZInsO 2011, 2249 ff. (2254 f.).

1115) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 23.

1116) Zur Vertiefung der Verwertungskompetenz des Absonderungsgläubigers *Ringstmeier* in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz (2010), § 15 Rn. 105 ff.

1117) *Huber*, ZInsO 2013, 1 ff. (2).

1118) *Hirte/Knof/Mock*, Das neue Insolvenzrecht nach dem ESUG (2012), 13.

1119) BT-Drs. 17/5712, 25.

d) Das Telos

Der Sinn und Zweck des § 22a Abs. 3 2. Var. InsO ist es, den vorläufigen Gläubigerausschuss nicht zu Lasten der Insolvenzmasse einzusetzen. Das AG Ludwigshafen hat kurz nach dem Erlass des ESUG entschieden, dass die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses jedenfalls dann unverhältnismäßig ist, wenn die Kosten der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses einen Anteil von 7 % der zu erwartenden Teilungsmasse übersteigen.¹¹²⁰⁾ In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass ein Anteil von 5 % im Verhältnis zur Masse nicht überschritten werden sollte.¹¹²¹⁾ Für das grundsätzliche Bestehen einer konkreten Prozenzhürde sprechen die Transparenz und die Vorhersehbarkeit, die dadurch erzielt wird. Die Verfahrensbeteiligten können sich darauf einstellen, dass ab einem bestimmten Prozentsatz ein vorläufiger Gläubigerausschuss nicht eingesetzt wird und dieses berechnete Ziel wird auch im Interesse der Gläubiger, zur Erhaltung der Insolvenzmasse, durchgesetzt. Diese Prozenzhürde entfaltet Allgemeingültigkeit für jedes Insolvenzverfahren. Gegen eine starre Prozenzhürde spricht hingegen, dass in jedem einzelnen Insolvenzverfahren die konkreten Umstände beachtet werden müssen und auf diesen basierend eine Einzelfallentscheidung getroffen werden muss.¹¹²²⁾ In einen gerechten Ausgleich bringt man die wünschenswerte Transparenz und die Vorhersehbarkeit sowie die Beachtung der konkreten Umstände, indem man in jedem Einzelfall die konkreten Gegebenheiten in die Bewertung miteinbezieht und zugleich davon ausgeht, dass eine Unverhältnismäßigkeit bei einem Überschreiten eines Anteils der Kosten für den vorläufigen Gläubigerausschuss von 7 % vorliegt.¹¹²³⁾ Somit werden die konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigt und gleichzeitig die Transparenz und die Vorhersehbarkeit gewahrt.

e) Die Umsetzung in der Praxis

Um die Unverhältnismäßigkeit festzustellen, ist eine Abwägung zwischen der voraussichtlichen Insolvenzmasse und den Kosten des vorläufigen Gläubigerausschusses vorzunehmen. In die Abwägung miteinzubeziehen sind unter anderem die einmalige Vergütung in Höhe von 300 Euro pro Ausschussmitglied gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 InsVV,¹¹²⁴⁾ sowie die Auslagen und die Umsatzsteuer, einschließlich der Haftpflicht-

1120) AG Ludwigshafen, Beschl. v. 4.5.2012 – 3f IN 103/12, NZI 2012, 850 ff. (851).

1121) *Frind*, ZInsO 2011, 2249 ff. (2255).

1122) *Hirte/Knof/Mock*, Das neue Insolvenzrecht nach dem ESUG (2012), 13: „Eine Unverhältnismäßigkeit kann dabei noch nicht immer schon dann angenommen werden, wenn eine bestimmte Kostengrenze im Verhältnis zur erwartbaren Insolvenzmasse überschritten wird. Vielmehr bedarf es einer Berücksichtigung aller Umstände.“

1123) Vgl. AG Ludwigshafen, Beschl. v. 4.5.2012 – 3f IN 103/12, NZI 2012, 850 ff. (851).

1124) Im Gesetzgebungsverfahren wurde übersehen, dass § 17 Abs. 2 S. 1 InsVV fälschlicherweise noch auf § 56 Abs. 2 InsO und nicht auf § 56a Abs. 1 InsO verweist. Richtigerweise müsste § 17 Abs. 2 S. 1 InsVV auf § 56a Abs. 1 InsO und nicht auf § 56 Abs. 2 InsO verweisen.

versicherung der Ausschussmitglieder gemäß § 18 InsVV,¹¹²⁵⁾ sowie der zu vergütende Zeitaufwand für die Sitzungen des vorläufigen Gläubigerausschusses für jedes Mitglied.¹¹²⁶⁾ Der zu vergütende Zeitaufwand hat grundsätzlich gemäß § 17 Abs. 1 InsVV einen Stundenhöchstbetrag von 95 Euro und kann in der Praxis insgesamt bis zu 300 Euro betragen.¹¹²⁷⁾ Die genannten Kriterien sind zu ermitteln und in Verhältnis zu der zu erwartenden Insolvenzmasse zu setzen.¹¹²⁸⁾

459 In der Praxis ist problematisch, wie das Insolvenzgericht die freie Masse aus dem Insolvenzantrag ermitteln soll. Da die eingereichten Angaben gemäß § 13 Abs. 1 InsO kein Vermögensverzeichnis beinhalten, ist das Insolvenzgericht, in Anbetracht der begrenzten Zeit, in den wenigsten Fällen in der Lage, die freie Masse zu bestimmen. Die fehlende Beurteilungsgrundlage wird von dem Insolvenzgericht auch nicht durch § 5 Abs. 1 S. 1 InsO kompensiert, da der Amtsermittlungsgrundsatz nicht eingreift, wenn mit der Amtsermittlung eine Verzögerung des Verfahrens einhergeht.¹¹²⁹⁾ Es fehlt an einer Relationsmöglichkeit für die Beurteilung der wirtschaftlichen Werthaltigkeit der Sicherheit auf der einen und der zu erwartenden Insolvenzmasse auf der anderen Seite.¹¹³⁰⁾ Eine fundierte Gegenüberstellung des Zeit-Kosten-Aufwands im Verhältnis zu den Zielen des § 22a Abs. 3 2. Var. InsO ist dem Insolvenzrichter demnach regelmäßig nicht möglich.¹¹³¹⁾ Dem Antragsteller ist deshalb zu raten, dass er seinem Insolvenzantrag alle für das Insolvenzgericht erheblichen Umstände, insbesondere die Vermögenswerte, anfügt. Dabei sollte der Antragsteller darauf achten, dass er für den Insolvenzrichter nachvollziehbar auf die Vermögenswerte, die der freien Masse zuzuordnen sind, hinweist.

460 Es gilt aber ferner den Fall zu klären, welche Maßnahmen der Insolvenzrichter ergreifen kann, wenn ihm die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit nicht möglich ist. Dem Wortlaut des § 22a Abs. 3 InsO nach zu urteilen, kann eine Nichteinsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, gestützt auf § 22a Abs. 3 InsO, nur erfolgen, wenn § 22a Abs. 3 InsO überhaupt subsumiert werden kann. Untermauern lässt sich das Wortlautargument rechtsdogmatisch auch noch mit dem Charakter des Ausnahmetatbestands des § 22a Abs. 3 InsO. Eine Berufung auf das Tatbestandsmerkmal ist nicht möglich, wenn die relevanten Informationen für die Beurteilung fehlen. Die

1125) Vgl. **Rörmann**, NJW 2012, 645 ff. (648).

1126) Vgl. AG Ludwigshafen, Beschl. v. 4.5.2012 – 3f IN 103/12, NZI 2012, 850 ff. (851).

1127) **Haarmeyer/Wutze/Förster**, InsVV (2007), § 17 Rn. 22.

1128) Vgl. **Rörmann**, NJW 2012, 645 ff. (648); **Göb**, NZG 2012, 371 ff. (373).

1129) Vgl. **Gerhardt** in: Jaeger, InsO, Band 1 (2004), § 5 Rn. 2, der herausstellt, dass der gesetzgeberische Zweck der Anordnung der Amtsermittlung darin liegt, eine beschleunigte Abwicklung des Verfahrens zu realisieren. Zudem **Höltzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 27.

1130) **Höltzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 25.

1131) Vgl. BT-Drs. 17/5712, 25: „Nicht sinnvoll ist die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Übrigen, wenn diese Maßnahme im Hinblick auf das geringe Restvermögen des Schuldners einen unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit und Kosten verursacht (...)“.

notwendigen Informationen hat das Insolvenzgericht gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 InsO zu ermitteln.¹¹³²⁾ Müsste das Insolvenzgericht in der Praxis jedoch alle relevanten Umstände ermitteln, würde dies einen enormen Zeitaufwand nach sich ziehen. Dies wäre mit dem gesetzgeberischen Zweck des Insolvenzverfahrens als Eilverfahren nicht vereinbar. Der Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 InsO greift in dem Moment nicht ein, in dem die Amtsermittlung selbst zu einer Verfahrensverzögerung führt.¹¹³³⁾ Insbesondere im Rahmen von Zulässigkeitsvoraussetzungen, die von dem Antragsteller nachgewiesen oder glaubhaft gemacht werden müssen, findet der Amtsermittlungsgrundsatz seine Grenze.¹¹³⁴⁾ Dass der Gesetzgeber durch die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses eine Verfahrensverzögerung vermeiden wollte, zeigt sich auch daran, dass er in § 22a Abs. 3 3. Var. InsO klarstellt, dass die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses bereits im Eröffnungsverfahren die Effizienz des Verfahrens nicht beeinträchtigen soll. Ferner wird es dadurch deutlich, dass bei Vorliegen eines vollständigen Verzeichnisses nach § 13 Abs. 1 InsO die Entscheidung über die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses regemäßig zu keiner Verfahrensverzögerung führe und eine Entscheidung über die Einsetzung ohne Weiteres zu treffen sei.¹¹³⁵⁾ Der Gesetzgeber hat aber übersehen oder zumindest die Situation falsch beurteilt, dass es für den Insolvenzrichter sehr schwierig und zeitintensiv sein kann, die erforderlichen Informationen zu ermitteln. Eine Kompensationsmöglichkeit wäre, einen Sachverständigen zu beauftragen, der die Informationen ermittelt.¹¹³⁶⁾ Aber selbst die Beauftragung eines Sachverständigen und die durch ihn vorgenommene Ermittlung der relevanten Informationen stehen dem Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens als Eilverfahren und damit der zügigen Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses entgegen.¹¹³⁷⁾ Eine zeitliche Verzögerung könnte einzig und allein dadurch verhindert werden, dass der Antragsteller eine Pflicht hat, alle für die Entscheidung relevanten Informationen festzustellen und sie dem Insolvenzgericht zeitgleich mit der Einreichung des Insolvenzantrags zu übermitteln. Die Regelungslücke, die der Gesetzgeber offen gelassen hat, ist demnach nicht durch einen Sachverständigen, sondern durch eine analoge Anwendung der §§ 13 Abs. 1, 22a Abs. 4 InsO zu schließen. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, da dieser mit § 13 Abs. 1 InsO sowie mit § 22a Abs. 4 InsO deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er den Antragsteller in der Pflicht sieht und dementsprechend den Amtsermittlungsgrundsatz des § 5 InsO zurückstellt. Der Gesetzgeber hält es für erforderlich, dass der An-

1132) **Gerhardt** in: Jaeger, InsO, Band 1 (2004), § 5 Rn. 6.

1133) Vgl. **Gerhardt** in: Jaeger, InsO, Band 1 (2004), § 5 Rn. 2; Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 27.

1134) **Gerhardt** in: Jaeger, InsO, Band 1 (2004), § 5 Rn. 11.

1135) BT-Drs. 17/5712, 25.

1136) So **Frind**, ZInsO 2012, 386 ff. (387); **ders.**, ZInsO 2011, 2249 ff. (2255).

1137) **Graf-Schlicker** in: Graf-Schlicker, InsO (2012), § 22a Rn. 12; **Horstkotte**, ZInsO 2012, 1930 ff. (1933).

tragsteller als Zulässigkeitsvoraussetzung gemäß § 13 Abs. 1 InsO oder nach Anforderung durch das Insolvenzgericht gemäß § 22a Abs. 4 InsO zur Beibringung verpflichtet ist, um dem Gericht die sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen. Dieser Grundsatz muss sich dann aber auch auf alle für die sachgerechte Entscheidung erforderlichen Umstände beziehen.¹¹³⁸⁾

- 461** Im Ergebnis ist eine Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 22a Abs. 3 2. Var. InsO bereits dann begründet, wenn dem Insolvenzgericht die Beurteilung auf Grund mangelnder Informationen nicht möglich ist.¹¹³⁹⁾ Die Folge ist, dass ein vorläufiger Gläubigerausschuss nicht eingesetzt wird. Dem Antragsteller ist deshalb zu raten, alle für die Beurteilung erforderlichen Informationen dem Insolvenzgericht, zeitgleich mit dem Insolvenzantrag, zu übermitteln.
- 462** Das Setzen einer kurzen Nachfrist durch das Insolvenzgericht gegenüber dem Schuldner oder den Gläubigern ist, anders als im Fall des § 22a Abs. 3 3. Var. InsO, bei der Unverhältnismäßigkeit gemäß § 22a Abs. 3 2. Var. InsO zu verneinen. Dies ist damit zu begründen, dass für die Bewertung der Unverhältnismäßigkeit eine Mehrzahl von Informationen notwendig ist, deren Ermittlungsaufwand nur sehr schwer einzuschätzen ist. Auf Grund des zeitlichen Unsicherheitsfaktors muss in diesem Fall die Gläubigerautonomie, hinter dem Insolvenzverfahren als Eilverfahren, zurücktreten.

f) Zwischenergebnis

- 463** Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit sind die einmalige Vergütung der Ausschussmitglieder, deren Auslagen, die Umsatzsteuer, einschließlich der Haftpflichtversicherung und die Vergütung für den Zeitaufwand der Sitzungen des vorläufigen Gläubigerausschusses für jedes Ausschussmitglied heranzuziehen und in Verhältnis zu der zu erwartenden Insolvenzmasse zu setzen. Die zu erwartende *Insolvenzmasse* erfasst dabei nur die freie Masse. Um eine zeitliche Verzögerung zu verhindern, ist der Antragsteller verpflichtet analog §§ 13 Abs. 1, 22a Abs. 4 InsO, alle für die Bewertung der Unverhältnismäßigkeit durch das Insolvenzgericht relevanten Informationen festzustellen und dem Insolvenzgericht zeitgleich mit der Einreichung des Insolvenzantrags zu übermitteln. Ferner werden die Transparenz, die Vorhersehbarkeit und die konkreten Umstände des Einzelfalls interessengerecht gewahrt, indem zumindest ab einem Überschreiten eines Anteils der Kosten für den vorläufigen Gläubigerausschuss von 7 % an der freien Masse die Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 22a Abs. 3 2. Var. InsO angenommen wird.

1138) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 27.

1139) **Hölzle**, Praxisleitfaden ESUG (2012), § 22a Rn. 28.

6. Einstimmigkeit im Sinne des § 56a Abs. 2 S. 1 InsO und § 56a Abs. 3 InsO

Der vorläufige Gläubigerausschuss muss den Beschluss zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters einstimmig treffen. Die übliche Mehrheit nach § 72 InsO reicht, anders als bei der Definition des Anforderungsprofils an den (vorläufigen) Verwalter, nicht aus. Spannend wird es, wenn kein einstimmiger Beschluss vorliegt. Es liegt dann im Ermessen des Insolvenzgerichts, ob es den nur mehrheitlich vorgeschlagenen (vorläufigen) Insolvenzverwalter ernennt oder nicht. **464**

a) Der gesetzgeberische Wille

*„An einen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses, eine bestimmte Person zum Verwalter zu bestellen, soll das Gericht allerdings nur dann gebunden sein, wenn der Beschluss einstimmig gefasst worden ist, und auch nur, wenn der Vorschlag nicht in Widerspruch zu den Kriterien der Eignung des Verwalters nach § 56 Absatz 1 Satz 1 InsO steht, die vorgeschlagene Person also für die Übernahme des Amtes im konkreten Fall nicht geeignet ist.“*¹¹⁴⁰⁾ Der Gesetzgeber sieht eine Bindung des Insolvenzgerichts an den Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses damit nur dann vor, *„wenn das Votum einstimmig getroffen wird.“*¹¹⁴¹⁾ Von einem Personenvorschlag, der nur mit der Mehrheit des vorläufigen Gläubigerausschusses gefasst worden ist, wie es noch im Diskussionsentwurf vorgesehen war, hat der Gesetzgeber abgesehen, um den Einfluss wesentlicher Gläubiger einzudämmen und damit möglichen Abhängigkeiten keinen Spielraum zu geben.¹¹⁴²⁾ **465**

Genauso wie § 56a Abs. 2 S. 1 InsO erfordert die Wahl eines anderen (vorläufigen) Insolvenzverwalters gemäß § 56a Abs. 3 InsO nach dem Gesetzgeber auch die Einstimmigkeit des vorläufigen Gläubigerausschusses. Offen lässt das Gesetzgeber aber, ob die Einstimmigkeit die Stimmen der, mindestens mehrheitlich, anwesenden Mitglieder bedeutet oder ob auch tatsächlich alle Mitglieder an der Beschlussfassung anwesend und für die neu zu benennende Person gestimmt haben müssen. Der Gesetzgeber fordert die Einstimmigkeit bei der Abwahl und der Neubestellung nach § 56a Abs. 3 InsO, *„um zu verhindern, dass einzelne besonders durchsetzungsstarke Mitglieder das Verfahren dominieren.“*¹¹⁴³⁾ Zudem sei der vorläufige Gläubigerausschuss nur ein unvollkommenes Abbild der Gesamtgläubigerschaft, dem im Vergleich zur Gläubigerversammlung nur eine eingeschränkte Legitimation zukomme.¹¹⁴⁴⁾ Aus diesem Grund werde für die Wahlentscheidung Einstimmigkeit verlangt.¹¹⁴⁵⁾ **466**

1140) BT-Drs. 17/5712, 26.

1141) BT-Drs. 17/7511, 35.

1142) Vgl. *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 23.

1143) BT-Drs. 17/7511, 35.

1144) BT-Drs. 17/7511, 35.

1145) BT-Drs. 17/7511, 35.

b) Der Wortlaut

- 467** Der Wortlaut des § 56a Abs. 2 S. 1 InsO und des § 56a Abs. 3 InsO sind nicht aufschlussreich im Hinblick darauf, ob die Einstimmigkeit bedeutet, dass tatsächlich alle Mitglieder an der Beschlussfassung teilgenommen und für die neu zu benennende Person gestimmt haben müssen oder ob die Einstimmigkeit der Stimmen der anwesenden Mitglieder ausreichend ist.
- 468** Eindeutig ist der Wortlaut hingegen in Bezug darauf, dass ein einstimmiger Beschluss und keine Mehrheitsentscheidung gefordert wird. Der Begriff der Einstimmigkeit wird in der Insolvenzordnung mehrfach gebraucht und ist einheitlich auszulegen. Die Einstimmigkeit des Beschlusses des vorläufigen Gläubigerausschusses wird auch bei der Anordnung der Eigenverwaltung gemäß § 270 Abs. 3 S. 2 InsO gefordert.¹¹⁴⁶⁾ Stimmt der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig für den Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung, so gilt kraft gesetzlicher Fiktion die Anordnung als nicht nachteilig für die Gläubiger. Die Wirkung der Fiktion rechtfertigt nur einen einstimmigen und nicht einen Mehrheitsbeschluss.¹¹⁴⁷⁾ Ferner ist auch nur ein einstimmiger Beschluss für das Insolvenzgericht bindend.¹¹⁴⁸⁾ Die Einstimmigkeit liegt mithin nur vor, wenn tatsächlich alle Mitglieder an der Beschlussfassung teilgenommen und sich einstimmig für oder gegen die Anordnung der Eigenverwaltung ausgesprochen haben.¹¹⁴⁹⁾

c) Die Systematik

- 469** § 56a Abs. 2 S. 1 InsO und § 56a Abs. 3 InsO sind vom Gesetzgeber bewusst an dieser Stelle in der Insolvenzordnung positioniert worden. Zunächst als § 56 Abs. 2 InsO und § 56 Abs. 3 InsO vorgesehen, wurden diese Regelungen durch den Rechtsausschuss in eine eigene Norm transferiert. Durch die eigenständige Regelung und damit die systematische Klarheit wird die Gläubigerbeteiligung bei der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters besonders deutlich hervorgehoben.¹¹⁵⁰⁾
- 470** Dem Wortlaut nach zu urteilen ist der Insolvenzrichter nur an einen einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gebunden. Der Systematik nach zu urteilen kann man aber annehmen, dass eine Mehrheitsentscheidung zu der Person des (vorläufigen) Verwalters das Insolvenzgericht zumindest insoweit bindet, dass die konkrete Person in die en-

1146) Zu den Manipulationsmöglichkeiten durch die nicht oder nicht vollständige Benennung der Gläubiger *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337 ff. (1341 f.).

1147) *Riggert* in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 270 Rn. 23.

1148) *Riggert* in: Braun, InsO (2014), § 270 Rn. 10.

1149) A.A. *Riggert* in: Braun, InsO (2014), § 270 Rn. 10, der auf die Kopfmehrheit der anwesenden Mitglieder abstellt.

1150) Vgl. BT-Drs. 17/7511, 34.

gere Auswahl der zu bestellenden Person miteinzubeziehen ist. Dies ist damit zu begründen, dass die eigenständige Regelung des § 56a InsO die Bedeutung der Gläubigerbeteiligung und damit auch den Einfluss des Willens der Gläubiger auf die Verwalterauswahl und -bestellung besonders hervorhebt.

Wollte man hingegen aus der Systematik auch ableiten, dass sowohl § 56a Abs. 2 S. 1 InsO als auch § 56a Abs. 3 InsO bei der einstimmigen Entscheidung genügen lassen, dass nicht tatsächlich alle Mitglieder an der Beschlussfassung teilgenommen und für die neu zu benennende Person gestimmt haben müssen, sondern dass die Einstimmigkeit der Stimmen der anwesenden Mitglieder ausreichend ist, ist diese Auslegung zu weitgehend. **471**

d) Das Telos

Aufschlussreich ist die teleologische Auslegung. Anders als für das Anforderungsprofil wird für den Vorschlag zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalter keine mehrheitliche, sondern eine einstimmige Entscheidung gefordert.¹¹⁵¹⁾ Diese Differenzierung des Gesetzgebers ist gerechtfertigt, da es sich bei der Festlegung einzelner Kriterien nicht um eine Festlegung auf eine konkrete Person handelt. Es ist damit eine abstrakte und keine konkrete Entscheidung, die das Mehrheitsprinzip, das nicht die Neutralisierung von Machtunterschieden garantiert, legitimiert. Das Anforderungsprofil darf gerade nicht so weit verengt werden, dass nur noch eine konkrete Person in Betracht kommt, da dadurch das Einstimmigkeitserfordernis umgangen werden würde.¹¹⁵²⁾ Um einen zu großen Einfluss einzelner (institutioneller) Gläubiger und damit mögliche Abhängigkeitsverhältnisse zu vermeiden, entfaltet nur ein einstimmiger Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses Bindungswirkung für das Insolvenzgericht.¹¹⁵³⁾ Der Sinn und Zweck der Einstimmigkeit ist demnach, den Einfluss einzelner (institutioneller) Gläubiger zu vermeiden, um keinen Spielraum für Abhängigkeitsverhältnisse entstehen zu lassen. Dadurch wird die Transparenz und demnach auch das Vertrauen in die Insolvenzordnung und ihre Sanierungsinstrumente gewahrt und gestärkt. Um diese wichtigen Komponenten zu schützen, ist sowohl bei der Einstimmigkeit des § 56a Abs. 2 S. 1 InsO als auch bei der Einstimmigkeit des § 56a Abs. 3 InsO zu fordern, dass sämtliche Mitglieder an der ersten Ausschusssitzung teilnehmen und sich für einen oder den neu zu benennenden Kandidaten aussprechen. **472**

Eine andere Wertung erlangt hingegen das Vorliegen einer Mehrheitsentscheidung statt eines einstimmigen Beschlusses. In diesem Fall hat das Insolvenzgericht den **473**

1151) Der Gesetzgeber hat von der noch im Referentenentwurf vorgesehenen Bindung des Insolvenzgerichts an einen Personenvorschlag, der nur mit der Mehrheit des vorläufigen Gläubigerausschusses beschlossen worden ist, abgesehen.

1152) *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG (2012), §§ 56, 56a Rn. 22.

1153) *Bornheimer* in: Pape/Uhländer, NWB Komm InsO (2013), § 56a Rn. 22.

Kontakt zu den Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses aufzunehmen. Durch eine intensive Kommunikation zwischen dem zuständigem Insolvenzrichter und den Gläubigern des Ausschusses, die sich gegen den mehrheitlich gewählten Kandidaten ausgesprochen haben, muss der Insolvenzrichter sich explizit mit der vorgeschlagenen Person auseinandersetzen. Dabei sind alle Interessen, in diesem Zusammenhang insbesondere die Interessen der Gläubiger, die sich für und der Gläubiger, die sich gegen die mehrheitlich gewählte Person ausgesprochen haben, in einen gerechten Ausgleich zu bringen. Nur so kann das Vertrauen aller Verfahrensbeteiligten gewahrt werden. Das Vertrauen der Gläubiger, die sich mehrheitlich für den vorgeschlagenen Kandidaten ausgesprochen haben, da ihr Vorschlag berücksichtigt wird. Aber auch das Vertrauen der Minderheit, die ihre Gründe für die Ablehnung des Kandidaten vor dem Insolvenzrichter vortragen kann. Der kommunikative Austausch zwischen dem Insolvenzrichter und den Gläubigern ist die Basis für ein Vertrauen in die Insolvenzordnung und ihre Instrumente. Auch dem Sinn und Zweck, einzelnen (institutionellen) Gläubigern keinen übermäßig großen Einfluss zu gewähren und dadurch Abhängigkeitsverhältnisse zu schaffen, wird durch die Kommunikation und die damit einhergehende Berücksichtigung aller Interessen entsprochen. Einwenden könnte man an dieser Stelle, dass die Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten Zeit kosten und dies wiederum dem Charakter des Insolvenzverfahrens als Eilverfahren und folglich der Erhaltung der Insolvenzmasse entgegenstehen würde. Dagegen lässt sich aber anführen, dass ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter, der das Vertrauen der Gläubiger genießt, positivere Auswirkungen auf die Insolvenzmasse hat als ein, um es drastisch auszudrücken, gewonnener Tag im Insolvenzverfahren.

e) Die Umsetzung in der Praxis

- 474** Die Pflicht des Insolvenzgerichts zur Bestellung der vom vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschlagenen Person besteht nur für die in der ersten Anhörung vorgeschlagene Person. Hat das Insolvenzgericht von einer Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters abgesehen, um das schuldenrische Vermögen zu schützen, bleibt die Gläubigerautonomie dadurch gewahrt, dass der vorläufige Gläubigerausschuss in seiner ersten konstituierenden Sitzung einstimmig eine andere Person zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter wählen kann gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO i.V.m. § 56a Abs. 3 InsO. Die Beschränkung des Neubenennungsrechts auf die erste konstituierende Sitzung ist dem berechtigten Bedürfnis der Rechtssicherheit geschuldet. Die Zeit der Ungewissheit sollte für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter möglichst kurz sein, da er ansonsten verfahrensleitende Entscheidungen möglicherweise bis zu seiner Bestätigung hinauszögert.¹¹⁵⁴⁾

1154) Vgl. BT-Drs. 17/7511, 35.

aa) § 56a Abs. 2 S. 1 InsO

Hat der vorläufige Gläubigerausschuss keinen einstimmigen, sondern nur einen mehrheitlichen Beschluss nach § 56a Abs. 2 S. 1 InsO zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters herbeigeführt, kann das Insolvenzgericht auf Grundlage des Gesetzes nach freiem Ermessen entscheiden, wer das Amt des (vorläufigen) Verwalters übernimmt, da es an einen nur mehrheitlichen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nicht gebunden ist. Fraglich und spannend ist dann, ob das Insolvenzgericht den mehrheitlich vorgeschlagenen (vorläufigen) Insolvenzverwalter bestellt oder nicht. Unzweifelhaft ist dies eine Frage des Einzelfalls. Ist der Fall gegeben, dass ein vorläufiger Gläubigerausschuss mit fünf Mitgliedern besetzt ist und sich vier Mitglieder für einen bestimmten (vorläufigen) Verwalter aussprechen und nur ein Mitglied dagegen stimmt, ist dem Insolvenzgericht zu raten, in diesem Fall konkret in Erwägung zu ziehen, den mehrheitlich gewählten (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu bestellen. Letztlich ist der Kreis der Personen, die für das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in Betracht kommen, durch eine Mehrheitsentscheidung schon sehr eingeschränkt. Dies ist damit zu begründen, dass mit der Bestellung des mehrheitlich gewählten (vorläufigen) Insolvenzverwalters auch der Wille der Mehrheit der Gläubiger erfasst wird. Selbstverständlich ist Rücksprache mit den Ausschussmitgliedern zu halten, die sich gegen die mehrheitlich gewählte Person ausgesprochen haben, um Kenntnis über die Ablehnungsgründe zu erhalten und diese in die Entscheidung über die zu bestellende Person einzubeziehen. Die Kommunikation zwischen dem Insolvenzgericht und den Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses stärkt zudem die Transparenz, die Vorhersehbarkeit und das Vertrauen in die Instrumente des Insolvenzverfahrens.

475

Anders ist der Fall zu beurteilen, in dem der Insolvenzrichter bei einer 4:1 Entscheidung die Person zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter bestellt, die von der einen Gegenstimme, die die Einstimmigkeit verhindert hat, vorgeschlagen worden ist. Dies führt unzweifelhaft zu Differenzen innerhalb des vorläufigen Gläubigerausschusses und insbesondere zwischen dem Insolvenzgericht und den sich mehrheitlich für eine Person aussprechenden Ausschussmitgliedern. Das Vertrauen der Gläubiger wird dadurch erheblich geschwächt. Um dies zu verhindern, ist die Kommunikation zwischen dem Insolvenzgericht und den Ausschussmitgliedern unerlässlich.¹¹⁵⁵⁾ Selbstverständlich können im Einzelfall Gründe dagegensprechen, auch die mehrheitlich gewählte Person zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu bestellen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Insolvenzrichter die begründete Befürchtung hat, dass die mehrheitlich vorgeschlagene Person durch den Einfluss einzelner (institutioneller) Gläubiger bestimmt worden ist. Dadurch bestünde die Gefahr, dass die Einstimmigkeit

476

¹¹⁵⁵⁾ *Blümle* in: Braun, InsO (2014), § 56a Rn. 21.

unterlaufen und das Vertrauen in die Objektivität des Insolvenzverfahrens geschwächt wird.¹¹⁵⁶⁾

bb) § 56a Abs. 3 InsO

- 477** Der Gesetzgeber lässt zwar offen, ob die Einstimmigkeit im Sinne des § 56a Abs. 3 InsO bedeutet, ob tatsächlich alle Mitglieder an der Beschlussfassung teilgenommen und für die neu zu benennende Person gestimmt haben müssen oder ob die Einstimmigkeit der Stimmen der anwesenden Mitglieder ausreichend ist. Eine Auslegung kann aber anhand der Grundsätze, die der Gesetzgeber zur Gesetzesbegründung getroffen hat, erfolgen. Der Gesetzgeber sieht den vorläufigen Gläubigerausschuss nur als ein unvollkommenes Abbild der Gläubigerschaft im Gegensatz zur Gläubigerversammlung. Aus diesem Grundgedanken des Gesetzgebers lässt sich ableiten, dass die Legitimation des Instituts nur gestärkt wird, wenn für die Abstimmung, entgegen § 72 InsO, verlangt wird, dass sämtliche Mitglieder an der ersten Ausschusssitzung teilnehmen und sich für den neu zu benennenden Kandidaten aussprechen.¹¹⁵⁷⁾ Ferner wird störenden Gläubigern keine Plattform geboten, da es das gleiche Ergebnis ist, ob ein störender Gläubiger nicht erscheint oder seine Zustimmung zur Wahl explizit versagt. Ein weiterer wesentlicher Punkt, der die Einstimmigkeitshürde rechtfertigt, ist die Rechtssicherheit. Die Rechtssicherheit liegt im Interesse aller Verfahrensbeteiligten. Auch wenn die Einstimmigkeit eine hohe Hürde darstellt, so besteht daneben auch ein hohes Interesse an der Kontinuität der Verfahrensabwicklung.¹¹⁵⁸⁾ Eine Auswechslung der Person, die das (vorläufige) Verwalteramt innehat, führt zu Unsicherheiten. Um diese Unsicherheiten so gering wie möglich zu halten, ist die Einstimmigkeit im Fall des § 56a Abs. 3 InsO gerechtfertigt. Die hohe Hürde der Einstimmigkeit stärkt zudem die Transparenz und die Vorhersehbarkeit für die Verfahrensbeteiligten.

f) Zwischenergebnis

- 478** Dem Insolvenzrichter ist zu raten, bei einer deutlichen Mehrheitsentscheidung konkret in Erwägung zu ziehen, den nur mehrheitlich gewählten (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu bestellen, auch wenn keine Bindung an den Vorschlag besteht. Eine Mehrheitsentscheidung des vorläufigen Gläubigerausschusses betreffend die Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters spiegelt die Zustimmung für eine bestimmte Person wider. Mit der Bestellung dieser Person wird zumindest der Wille der Mehrheit der Gläubiger erfasst. Eine Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten, insbesondere zwischen dem Insolvenzrichter und den nicht für den mehrheitlich gewählten (vorläufigen) Insolvenzverwalter stimmenden Gläubigern, ist in diesem

¹¹⁵⁶⁾ So auch **Gruber**, NJW 2013, 584 ff. (586).

¹¹⁵⁷⁾ **Delhaes** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 56a Rn. 14.

¹¹⁵⁸⁾ **Blümle** in: Braun, InsO (2014), § 56a Rn. 30.

Fall unerlässlich und stärkt zudem die Transparenz, die Vorhersehbarkeit und das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten in die Insolvenzordnung und ihre Instrumente.

Nicht nur § 56a Abs. 2 S. 1 InsO, sondern auch § 56a Abs. 3 InsO fordert die einstimmige Entscheidung. Dies ist damit zu rechtfertigen, dass der vorläufige Gläubigerausschuss ein unvollkommenes Abbild der Gläubigerschaft darstellt. Zudem ist die Einstimmigkeit durch das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, sowie das Vermeiden des Einflusses einzelner (institutioneller) Gläubiger, gerechtfertigt. **479**

C. Ergebnis

Die Vertrauensbarrieren und Kooperationshemmnisse, die in der Insolvenzordnung und speziell bei der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Verwalters auftreten, lassen sich durch die Institutionalisierung des Vertrauens in die Objektivität des Insolvenzverfahrens eindämmen. Als vertrauensbildende Faktoren dienen dabei die Transparenz und die Vorhersehbarkeit, die wesentliche Bestandteile der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe sind. **480**

Die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe hat sich daran zu orientieren, dass die Rechtsnormen abstrakte Lösungsvorschläge des Gesetzgebers für ein regelungsbedürftiges Problem sind. Folglich sind die Rechtsnormen nur einschlägig, soweit das Problem in der Praxis auch besteht. Zudem bedürfen die Vorschläge des Gesetzgebers stetiger Konkretisierung, da sich auch das Problem in der Rechtspraxis kontinuierlich weiterentwickelt. **481**

Für das institutionelle Vertrauen der Verfahrensbeteiligten ist es unerlässlich, dass alle Verfahrensbeteiligten ihre Rechte nur so weit geltend machen, wie es im konkreten Einzelfall notwendig ist. Insbesondere für den Insolvenzrichter gilt im übertragenen Sinn das Prinzip *Karl Schillers* (Bundeswirtschaftsminister 1966–1972): „*So viel Markt wie möglich, so viel Staat wie nötig.*“¹¹⁵⁹ Das heißt, vor allem der Insolvenzrichter muss sich zurücknehmen, um die Gläubigerrechte und folglich die Ziele des ESUG nicht zu konterkarieren und das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten zu gewinnen. Er hat es in der Hand, den Gläubigern ihre Rechte in den gebotenen Situationen einzuräumen. Das Fundament hat der Gesetzgeber gelegt. Nun liegt es an den Verfahrensbeteiligten, das Gewollte des Gesetzgebers in der Praxis umzusetzen. **482**

§ 8 Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters de lege ferenda

Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist eine viel diskutierte Frage, die im deutschen Rechtskreis bis in das 19. Jahrhundert zurück- **483**

1159) *Steinbrück*, Zeit (26.4.2012), <http://www.zeit.de/2012/18/Steinbrueck-Soziale-Marktwirtschaft>.

reicht.¹¹⁶⁰⁾ Insbesondere geht es hierbei um die Frage, ob der Personenkreis, der für das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in Betracht kommt, gesetzlich reguliert werden soll. Bis dato, damit auch nach dem ESUG, hat der Gesetzgeber diesbezüglich keine Regelung getroffen. Der Intransparenz beim Auswahlprozess des (vorläufigen) Insolvenzverwalters würde eine gesetzliche Regelung entgegenwirken.

A. Die Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter

I. Situationsbedingte Anforderungen

- 484** Die Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter können zwar insoweit verallgemeinert werden, dass für alle (vorläufigen) Insolvenzverwalter identische Grundvoraussetzungen vorliegen müssen, die sie zur Zulassung berechtigen. Dies statuiert allein schon § 56 Abs. 1 S. 1 InsO. Für die einzelnen Verfahren ist jedoch ein konkret zu beachtendes Anforderungsprofil zu berücksichtigen, um die Objektivität des Auswahl- und Bestellungsprozesses zu steigern. Dabei müssen die Kriterien bestimmt genug und messbar sein, mit dem Gesetz in Einklang stehen und nicht bereits durch die Rechtsprechung verworfen sein.¹¹⁶¹⁾

1. Eröffnungsverfahren

- 485** In der Praxis wird der vorläufige Insolvenzverwalter des Eröffnungsverfahrens in der Regel auch zum Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren bestellt. Insbesondere die Stellung als sogenannter starker vorläufiger Insolvenzverwalter¹¹⁶²⁾ mit weitgehenden und tiefgreifenden Aufgaben bedarf erhöhter Anforderungen an die Person, die dieses Amt ausübt, da die Sicherung und Erhaltung des Vermögens des Schuldners und die Prüfung der Eröffnungsgründe eine detaillierte Analyse der wirtschaftlichen und finanziellen Lage des Schuldners fordert, um eine Aussage hinsichtlich möglicher Fortführungsaussichten treffen zu können. Selbst dem sogenannten schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter¹¹⁶³⁾ können diese Pflichten gemäß § 22 Abs. 2 InsO auferlegt werden, wenn das Insolvenzgericht dies bestimmt. Auch die mögliche Pflicht des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters, ein Unternehmen des Schuldners während des Eröffnungsverfahrens vorläufig fortzuführen gemäß § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO, fordert Führungsstärke und unternehmerisches Geschick.

1160) **von Bayer**, Theorie des Concurs-Prozesses nach gemeinem Recht (1968), 110 ff.; **Uhlenbruck**, KTS 1998, 1 ff. (4).

1161) **Antholz**, ZInsO 2012, 1189 ff. (1192).

1162) Dazu schon unter § 1 D. I.

1163) Dazu schon unter § 1 D. II.

2. Regelinsolvenzverfahren

Der (vorläufige) Insolvenzverwalter trifft im Regelinsolvenzverfahren auf ein besonders komplexes Aufgabenfeld.¹¹⁶⁴ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter hat gemäß § 148 Abs. 1 InsO in diesem Verfahren die Standardaufgabe, die Insolvenzmasse, das heißt das beim Schuldner vorgefundene Vermögen, zu Beginn des Insolvenzverfahrens in Besitz zu nehmen, zu sichern und zu verwalten. Ferner stellt der (vorläufige) Insolvenzverwalter ein Verzeichnis über das Vermögen auf und setzt den Wert fest gemäß §§ 151 ff. InsO. Die durchzuführende Bestandsaufnahme des Vermögens bedarf einer wirtschaftlichen Bewertung des schuldnerischen Vermögens. **486**

Ferner hat der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Aufgabe der Bereinigung der vorgefundenen Istmasse zur Sollmasse, das heißt aus dem tatsächlich vorgefundenen Bestand sind diejenigen Vermögensgegenstände zu ermitteln, die den Gläubigern zur gemeinschaftlichen Befriedigung zugewiesen sind.¹¹⁶⁵ Kommt der (vorläufige) Insolvenzverwalter nach der Ermittlung der Sollmasse zum Ergebnis der Masseunzulänglichkeit, hat er dies dem Insolvenzgericht anzuzeigen gemäß § 208 InsO.¹¹⁶⁶ **487**

Im Berichtstermin erstattet der (vorläufige) Insolvenzverwalter den Gläubigern Bericht über die wirtschaftliche Lage des Schuldners und ihre Ursachen gemäß § 156 Abs. 1 S. 1 InsO. Dazu ist erforderlich, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter das Schuldnerunternehmen genau und breitgefächert analysiert. Zudem muss er die gewonnenen Ergebnisse anschaulich darstellen,¹¹⁶⁷ da der Bericht des (vorläufigen) Insolvenzverwalters die Grundlage für die Gläubiger ist, auf der sie ihre Entscheidungen treffen, so zum Beispiel über den weiteren Fortgang des Verfahrens.¹¹⁶⁸ Ferner beinhaltet dies den Vergleich der verfahrensrechtlichen Instrumente, des Insolvenzplans oder des Regelinsolvenzverfahrens und die Abwicklungsalternativen, die Liquidation, die übertragende Sanierung oder die Sanierung. Daraus folgen gegebenenfalls die Prüfung und die Darstellung der Sanierungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens und anschließend die Entwicklung eines Sanierungskonzepts.¹¹⁶⁹ In diesem Zusammenhang kann zu seinen Aufgaben das Aufstellen eines Insolvenzplans gehören, auf dessen Basis die Verfahrensabwicklung in den Grenzen der §§ 217 ff. InsO durch die Verfahrensbeteiligten privatautonom geregelt werden kann. Das Aufstellen des Insolvenzplans erfordert eine Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Er- **488**

1164) **Mönning**, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 375 ff. (382 ff.); **Wellensiek**, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 403 ff. (403 ff.).

1165) **Frege/Keller/Riedel**, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Rn. 38.

1166) **Kießner** in: Braun, InsO (2014), § 208 Rn. 21 ff.

1167) Den Umfang eines Berichts des Insolvenzverwalters nach § 156 InsO zeigt anschaulich ein Muster von **Frege/Keller/Riedel**, Insolvenzrecht, Band 3 (2015), Rn. 1046.

1168) Vgl. selbstständig **Mönning/Schweizer** in: Nerlich/Römermann, InsO (2015), § 29 Rn. 11.

1169) Ausführlich zu den Berichtspflichten des Insolvenzverwalters **Möhlmann**, NZI 1999, 433 ff.

tragslage des notleidenden Schuldnerunternehmens.¹¹⁷⁰⁾ Zum Abschluss des Verfahrens muss der (vorläufige) Insolvenzverwalter eine Schlussrechnung erstellen, die einen vollständigen Bericht über die gesamte Geschäftsführung liefern soll.¹¹⁷¹⁾

- 489** Neben den insolvenzrechtlichen Pflichten hat der (vorläufige) Insolvenzverwalter die steuerlichen Pflichten des Gemeinschuldners, die durch die Verfahrenseröffnung unberührt bleiben, handelsrechtliche und insolvenzrechtliche Rechnungslegungspflichten, insbesondere Bilanzierungspflichten, zu erfüllen.¹¹⁷²⁾ Des Weiteren unterliegt der (vorläufige) Insolvenzverwalter einer Fortführungspflicht. In der Regel muss der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Geschäftstätigkeit erhalten, um den Gläubigern die Möglichkeit zu eröffnen, sich für die Sanierung des Unternehmens entscheiden zu können.¹¹⁷³⁾
- 490** Ferner hat der (vorläufige) Insolvenzverwalter auch Pflichten eines Arbeitgebers zu erfüllen.¹¹⁷⁴⁾ Dazu gehören Lohnfortzahlung, Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer und Zahlung des Arbeitgeberanteils der Sozialversicherungsabgaben.
- 491** Durch die verschiedenen Aufgaben sind die Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter im Rahmen des Regelinsolvenzverfahrens am höchsten. Er muss viele Kriterien erfüllen, um dem Regelinsolvenzverfahren und demnach auch den Ansprüchen und Interessen der Verfahrensbeteiligten gerecht zu werden.

3. Verbraucherinsolvenzverfahren

- 492** Weitere Besonderheiten ergeben sich im Aufgabenbereich des Verbraucherinsolvenzverfahrens. Anders als in den anderen Verfahren bestehen beim Verbraucherinsolvenzverfahren keine Aufgaben, die die Komplexität der Insolvenzverwaltung widerspiegeln. Dies ist schon allein darauf begründet, dass sich der Anwendungsbereich des Verbraucherinsolvenzverfahrens gemäß § 304 InsO auf natürliche Personen, die zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens keine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben oder ausgeübt haben, beschränkt und folglich keine Betriebsfortführung oder Sanierung des Schuldnerunternehmens in Betracht kommt. An den (vorläufigen) Insolvenzverwalter im Verbraucherinsolvenzverfahren sind im Vergleich zu dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter im Eröffnungs- und Regelinsolvenzverfahren die geringsten Anforderungen zu stellen.

1170) *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht (2012), § 29 Rn. 315; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 38 Rn. 14; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz (1997), (678 ff.).

1171) *Wellensiek*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 403 ff. (427).

1172) *Graeber*, NZI 2003, 569 ff. (570); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht (2007), Rn. 13.12.

1173) *Mönning*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 375 ff. (384 ff.).

1174) *Zobel* in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz (2010), § 28 Rn. 1 f.

4. Eigenverwaltung

Im Rahmen der Eigenverwaltung verbleibt dem Schuldner auf Grund gerichtlicher Anordnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Anstelle des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wird ein (vorläufiger) Sachwalter eingesetzt.¹¹⁷⁵⁾ Dieser hat in erster Linie die Aufgabe der Prüfung und der Überwachung der Geschäftsführung des Schuldners gemäß §§ 274 Abs. 2, 281 Abs. 1 S. 2, 283 Abs. 2 S. 2 InsO. Bei außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 275 InsO oder auf Anordnung der Gläubigerversammlung bei sonstigen Geschäften gemäß § 277 InsO ist die Zustimmung des Sachwalters erforderlich. Dem Sachwalter obliegen im Gegensatz zum Insolvenzverwalter lediglich die Insolvenzanfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO, die Einziehung von Gläubigeransprüchen gemäß §§ 92, 93 InsO und neben dem Schuldner das Bestreiten von Insolvenzforderungen gemäß § 283 Abs. 1 InsO.¹¹⁷⁶⁾ Das Anforderungsprofil an den (vorläufigen) Sachwalter ist im Verhältnis zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter folglich nicht so streng.

II. Verhaltensbezogene Anforderungen

Neben den situationsbedingten Voraussetzungen, die jeweils im Einzelfall zu prüfen sind, muss der (vorläufige) Insolvenzverwalter auch hohe verhaltensbezogene Anforderungen erfüllen. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter muss gleichzeitig die Funktion eines Wirtschaftsprüfers, Steuer- und Rechtsberaters, eines Unternehmers und eines Arbeitgebers erfüllen. Er muss in der Lage sein, das Vermögen des schuldenrischen Unternehmens zu verwalten und gleichzeitig das Unternehmen zu führen. Folglich hat der (vorläufige) Insolvenzverwalter einen komplexen Aufgabenbereich, der neben *hard skills* auch *soft skills* fordert.¹¹⁷⁷⁾

Als verhaltensbezogene Anforderungen muss der (vorläufige) Insolvenzverwalter insbesondere über die Vermittlung unter den Verfahrensbeteiligten und die Zusammenarbeit mit dem Insolvenzgericht, dem Schuldner und den Gläubigern verfügen und damit die gegenläufigen Interessen der Verfahrensbeteiligten in einen gerechten Ausgleich bringen.¹¹⁷⁸⁾ In der Praxis wird ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter gefordert, der neben Fachwissen und Charisma auch durch rhetorische Stärke überzeugt. Dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter sollte es gelingen, die Verfahrensbeteiligten,

1175) Zur Auswahl und Bestellung des (vorläufigen) Sachwalters im Rahmen der (vorläufigen) Eigenverwaltung siehe § 3 D.

1176) Zu den Aufgaben des Sachwalters **Haas** in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015), § 90 Rn. 66 ff.; dazu, den Aufgabenkreis des vorläufigen Sachwalters an der Schutzfunktion gegenüber den Gläubigergruppen und den übrigen Verfahrensbeteiligten, zusammen mit dem Insolvenzrichter, abzustimmen, **Frind**, NZI 2014, 937 ff. (938).

1177) Zu den „*soft skills*“ im Zusammenhang mit der Aufnahme in die Vorauswahlliste **Zipperer** in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015), § 56 Rn. 30. Zu den „*hard skills*“ **Schmidt/Hölzle**, ZIP 2012, 2238 ff. (2241).

1178) **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus**, Insolvenzrecht (2010), Kapitel 13 Rn. 2.

die über juristische Kenntnisse verfügen, auf seine Seite zu ziehen, genauso wie die Verfahrensbeteiligten und dabei insbesondere Gläubiger, die keine juristischen Kenntnisse haben, durch wohl bedachte Termini „abzuholen“.¹¹⁷⁹⁾ Streitigkeiten zwischen den Verfahrensbeteiligten können das Insolvenzverfahren erheblich verzögern. Zudem muss er die Fähigkeit aufweisen, eine Analyse komplizierter rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhänge durchzuführen und Lösungsmöglichkeiten zu entwickeln. Ferner muss er in der Lage sein, das schuldnerische Unternehmen zu leiten, zu organisieren und zu repräsentieren. Die Fülle an Aufgaben kann der (vorläufige) Insolvenzverwalter nicht allesamt persönlich erledigen, so dass es unvermeidbar ist, dass er Aufgaben zum Teil an Angestellte oder externe Hilfspersonen überträgt.¹¹⁸⁰⁾ Der (vorläufige) Insolvenzverwalter trägt dabei weiterhin die Verantwortung über den Ausgang des Insolvenzverfahrens, so dass er die eingeschalteten Personen kontrollieren muss.¹¹⁸¹⁾ Dies erfordert eine angemessene Ausstattung des Verwalterbüros in personeller und sachlicher Hinsicht.

III. Zwischenergebnis

- 496** Fundiertes rechtliches Wissen mit geschäftlicher Erfahrung fordert einen Unternehmer mit Managerqualität. Das Amt des (vorläufigen) Verwalters können demnach nur Personen übernehmen, die eine fundierte Ausbildung genossen haben und über berufliche Erfahrung verfügen. Neben hohen fachbezogenen und interdisziplinären Qualifikationen in Theorie und Praxis treten unverzichtbare persönliche Eigenschaften und Fertigkeiten.
- 497** Für die Insolvenzverwaltung und damit auch die Leitung eines Unternehmens sind insbesondere Entschlusskraft, Durchsetzungsvermögen, Führungsqualität sowie Leistungsbereitschaft und Belastbarkeit, vor allem unter Zeitdruck, Voraussetzungen. Neben persönlicher Integrität und Zuverlässigkeit spielen die Fähigkeit zur Repräsentation und Verhandlungsgeschick, Kommunikationsfähigkeit und Vertrauenswürdigkeit eine große Rolle. Um das Bild des (vorläufigen) Insolvenzverwalters abzurunden, bedarf es einer ausreichenden Ausstattung eines Verwalterbüros in personeller und sachlicher Hinsicht.
- 498** Selbstverständlich ist auch, dass jedes Verfahren Besonderheiten und unterschiedliche Aufgabenschwerpunkte mit sich bringt. Diese verschiedenen Anforderungen eines jeden Verfahrens bedingen, dass kein allgemeingültiger Maßstab festgelegt werden kann, sondern die Notwendigkeit der Ausprägung einer jeden Qualifikation vom konkreten Einzelfall abhängig ist. So werden für Großverfahren mehr Qualifikationen in stärkerer Ausprägung und in Kleininsolvenzen weniger Qualifikationen

1179) So *von Bismarck*, Partner bei Linklaters, Interview am 23.5.2013.

1180) Vgl. *Graeber* in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz (2010), § 10 Rn. 50.

1181) Zur Haftung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters für Angestellte und externe Hilfspersonen *Keller*, Insolvenzrecht (2006), Rn. 303 f.

in schwächerer Ausprägung erforderlich sein. Ein Mindestmaß an den aufgeführten Qualifikationen, wie rechtliches Fachwissen und Zuverlässigkeit, sind in jedem Insolvenzverfahren unverzichtbar.

B. Gesetzliche Ausgestaltungsmöglichkeiten

Ziel ist es, diesen Mindeststandard durch messbare Auswahlkriterien festzulegen, die einer objektiven Entscheidung zugänglich sind. **499**

Problematisch ist, dass viele Anforderungen beziehungsweise Qualifikationen, die an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter gestellt werden, einer unmittelbaren Messung nicht zugänglich sind. Folglich müssen Kriterien geschaffen werden, die eine Beurteilung ermöglichen. Zum einen muss die Objektivität des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in Bezug auf die Bestellung seiner Person vorliegen, um das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten zu stärken. Zum anderen ist die Transparenz innerhalb des Auswahlverfahrens vonnöten. Dies impliziert die Offenlegung der Entscheidungsgrundlagen, aber nur in dem Maße, in dem das Verfahren dadurch nicht erheblich verzögert wird. Daneben muss auch den insolvenzspezifischen Anforderungen an das Verfahren Rechnung getragen werden. Dazu zählt zum einen die Eilbedürftigkeit der (vorläufigen) Insolvenzverwalterbestellung und zum anderen, die Kosten für die Bestellung gering zu halten. **500**

I. Die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

1. Staatliches Zulassungsverfahren

Das staatliche Zulassungsverfahren ist an eine Bedarfsregelung, wie es bei Notaren der Fall ist, geknüpft.¹¹⁸²⁾ Das bedeutet, dass eine bestimmte Anzahl von Personen das staatliche Zulassungsverfahren absolviert, aber in der Praxis nur ein geringer Teil der Absolventen auch wirklich benötigt wird. Jeweils nach Bedarf wählt man die (vorläufigen) Verwalter von der Liste aus, wobei sich der Rang auf der Liste nach einem Punktekonto bestimmt. Das Punktekonto bestimmt sich dabei nach den aufgewiesenen persönlichen Qualifikationen.¹¹⁸³⁾ **501**

Die Prüfung der Kandidaten für das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters kann auf eine staatliche Stelle des öffentlichen Rechts, zum Beispiel eine Bundesinsolvenzverwalterkammer, in der die Vertreter der regionalen Insolvenzverwalterkammern als Pflichtmitglieder mit Satzungsautonomie ausgestattet werden, über- **502**

1182) Zu der Vergleichbarkeit der Bestellung von Notaren und Insolvenzverwaltern BVerfG, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00 und 1086/01, NZI 2004, 574 ff. (575 f.).

1183) Mit diesem Gedanken auch schon *Neubert*, ZInsO 2010, 73 ff. (74 ff.), der das sogenannte „*Hannoveraner Modell*“ ins Leben gerufen hat.

tragen werden.¹¹⁸⁴⁾ Ferner kann durch diese Institution auch eine Überwachung der (vorläufigen) Insolvenzverwalter stattfinden.

503 Durch dieses staatliche Zulassungsverfahren wird der Verwaltungsaufwand minimiert und durch die Zeitersparnis auch eine Kostenersparnis erfolgen.

504 Auch wenn ein Eingriff in Art. 12 GG durch die gesetzliche Fixierung des Berufsbilds des (vorläufigen) Insolvenzverwalters vorliegt, ist der Eingriff gerechtfertigt, da die Fixierung des Anforderungsprofils an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter die Funktionsfähigkeit des Insolvenzwesens sichert, denn auf hoch qualifizierte (vorläufige) Verwalter kann nicht verzichtet werden.¹¹⁸⁵⁾

a) Zulassungsvoraussetzungen

505 Um an dem staatlichen Zulassungsverfahren teilnehmen zu können, muss der Aspirant Mindestanforderungen erfüllen. Diese Mindestanforderungen orientieren sich an den Voraussetzungen, die die Rechtspraxis von jedem einzelnen (vorläufigen) Insolvenzverwalter fordert. Neben beruflichen Qualifikationen, die durch abgeschlossene Ausbildungen und Erfahrungen belegt werden können, sind verschiedene persönliche Eigenschaften für die Tätigkeit unverzichtbar.

506 Eine Voraussetzung ist das erfolgreiche Absolvieren eines Studiums der Rechts- oder Wirtschaftswissenschaften oder vergleichbarer Studiengänge.¹¹⁸⁶⁾ Ein Abschluss der aufgeführten Studienfächer stellt das erforderliche Fachwissen sicher und die Fähigkeit unter Beweis, dass der Absolvent sich auch in komplexe, unbekannte Sachverhalte und Sachfragen durch methodisches Denken einarbeiten kann.¹¹⁸⁷⁾ Dabei ist darauf zu achten, dass die geforderten Qualifikationen auch immer im Verhältnis zu den einzelnen Verfahren stehen. So erfordert nicht jedes Verfahren fundierte betriebswirtschaftliche Kenntnisse oder langjährige Sanierungserfahrung. Ein zu hohes

1184) Zur Beschränkung des Verwaltungsaufwands beim Berufszulassungsverfahren der Verwalter und der Übertragung auf eine Bundesinsolvenzverwalterkammer **Kruth**, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters (2006), 250 ff.

1185) Ein öffentliches Interesse an der Fixierung des Berufsbildes „Insolvenzverwalter“ sieht **Mönning** in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 375 ff. (398); Gesetzliche Neuregelungen fordern in erster Linie **Uhlenbruck**, KTS 1998, 1 ff. (28); **Schick**, NJW 1991, 1328 ff. (1330). Für eine gesetzliche Regelung der Auswahl des Konkursverwalters auch schon OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.6.1996 – 3 VA 4/95, NJW-RR 1996, 1273 (1273).

1186) So auch **Holzer/Kleine-Cosack/Prütting**, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 62; **Uhlenbruck**, KTS 1998, 1 ff. (28).

1187) **Kruth**, die Auswahl und die Bestellung des Insolvenzverwalters (2006), 255.

Anforderungsprofil würde die Anzahl der (vorläufigen) Verwalter stark minimieren. Daraus könnte eine Monopolisierung der (vorläufigen) Verwalter resultieren.¹¹⁸⁸⁾

Eine weitere Voraussetzung ist eine mindestens dreijährige Berufserfahrung.¹¹⁸⁹⁾ **507**
Diese Voraussetzung ist dem Umstand geschuldet, dass das Insolvenzverfahren keine Lernphase ist. Das Insolvenzverfahren ist ein Eilverfahren, in dem schnelle Entscheidungen getroffen und für Probleme Lösungen gefunden werden müssen. Schon im Vorfeld des Insolvenzverfahrens muss der Verwalter sich die Erfahrung aneignen, um in der Insolvenz die Arbeitsschritte in kürzester Zeit erledigen zu können.

Ferner muss der Aspirant vertrauenswürdig sein, da er fremde Vermögensinteressen wahrnimmt. Der Ausschluss der Vertrauenswürdigkeit und damit auch der Ausschluss zur Zulassung zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter ist dann gegeben, wenn über das Vermögen des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ein Insolvenzverfahren durchgeführt wurde oder er wegen eines Vermögensdelikts vorbestraft ist.¹¹⁹⁰⁾ Diese beiden Tatsachen würden das Vertrauen der Gläubiger und Dritter, insbesondere der Banken, in die Fähigkeiten des (vorläufigen) Insolvenzverwalters erschüttern. **508**

Daneben muss der Aspirant auch über eine Haftpflichtversicherung verfügen.¹¹⁹¹⁾ **509**
Gerade im Rahmen der Insolvenz geht es um hohe wirtschaftliche Werte. Über diese verfügt der (vorläufige) Insolvenzverwalter und haftet gegenüber den Massegläubigern für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten gemäß § 61 InsO und für eine schuldhaftige Pflichtverletzung gemäß § 60 InsO. In der Praxis wird die Tätigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters von dem Abschluss einer Haftpflichtversicherung mit festgelegter Mindesthaftungssumme abhängig gemacht. Dabei sollte die Mindestversicherungssumme nach den Vorschriften für Wirtschaftsprüfer mindestens 1,5 Mio. Euro pro Schadensfall betragen.¹¹⁹²⁾

Eine weitere Zulassungsvoraussetzung, um das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ausüben zu können, ist das Vorhandensein eines Büros, das eine Struktur **510**

1188) Auf diese Gefahr weisen *Graf-Schlicker/Remmert*, ZInsO 2002, 563 ff. (564), *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229 (251 f.) und die *Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“* zur 73. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. bis 12. Juni 2002 in Weimar (2002), Probleme der praktischen Anwendungen und Schwachstellen des Regelinsolvenzverfahrens, 40 f. hin.

1189) So auch *Uhlenbruck*, KTS 1998, 1 ff. (28); *Kruth*, die Auswahl und die Bestellung des Insolvenzverwalters (2006), 257; *Holzer/Kleine-Cosack/Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters (2001), 62 verlangen sogar eine mindestens fünfjährige Berufserfahrung.

1190) Zum missbräuchlichen Festhalten an einem wegen Untreue verurteilten Verwalter OLG Köln, Beschl. v. 25.5.2001 – 16 Wx 15/01, NZM 2002, 221.

1191) Eingehend zur Haftpflichtversicherung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters *van Bühren*, NZI 2003, 465 ff.; *Lissner*, BB 2014, 265 ff. (270). Zu den Pflichten der Mitglieder des Gläubigerausschusses im eröffneten Verfahren *Pape/Schultz*, ZIP 2015, 1662 ff. (1662 ff.).

1192) *Sinz* in: *Uhlenbruck/Hirte/Vallender*, InsO (2015), § 60 Rn. 133. Diese Höhe ist darauf zurückzuführen, dass es im Schadensfall bei einem unzureichend versicherten (vorläufigen) Insolvenzverwalter zu einer Haftung des Staates in Höhe eines nicht gedeckten Differenzschadens kommen kann.

aufweist, die Insolvenzen durch ausreichende Arbeitskräfte und Organisation bewältigen kann. Davon eingeschlossen ist auch eine aktuelle insolvenzspezifische technische Ausstattung, um den hohen Anforderungen an die handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung nach § 155 InsO und dem Berichtswesen nach § 156 InsO gerecht zu werden.¹¹⁹³⁾

- 511** Selbstverständlich muss im Rahmen der Zulassungsvoraussetzungen auch ein Ausnahmetatbestand für bereits zugelassene (vorläufige) Insolvenzverwalter existieren. Zwar müssen die bereits zugelassenen (vorläufigen) Insolvenzverwalter im Einzelfall ihre Kenntnisse und Erfahrungen aus den verschiedenen Rechts- und Wirtschaftsbereichen nachweisen, dies kann aber schon allein durch die tatsächliche Bewährung in der Insolvenzverwaltung erfolgen.¹¹⁹⁴⁾
- 512** Die Tätigkeit als Treuhänder in einem Restschuldbefreiungsverfahren ist nicht an die Berufszulassung als (vorläufiger) Insolvenzverwalter gebunden. Dies ist schon damit zu begründen, dass der Treuhänder andere Aufgaben zu erfüllen hat als der (vorläufige) Insolvenzverwalter und demnach auch andere Voraussetzungen erfüllen muss.¹¹⁹⁵⁾

b) Rechtsfolge

- 513** Die Rechtsfolge ist, dass ein Aspirant, der die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt und das staatliche Zulassungsverfahren erfolgreich absolviert, einen Anspruch auf einen Listenplatz hat. Wird diesem Aspiranten kein Listenplatz zugeteilt, kann er dagegen die sofortige Beschwerde einlegen.¹¹⁹⁶⁾

2. Listenverfahren

- 514** Die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters soll nicht nur von Berufszulassungsregeln abhängen, sondern auch von einem einheitlichen Zulassungsverfahren zum Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Die Normierung eines einheitlichen Verfahrens ist insbesondere deshalb unerlässlich, da jedes Gericht eine andere Vergabepaxis durchführt.¹¹⁹⁷⁾ Die Einheitlichkeit an dieser Stelle führt zu Transparenz und vor allem zu Vertrauen der Aspiranten, bei der Auswahl und der Bestellung einem fairen Verfahren zu unterliegen.

1193) Eine Auflistung der konkreten Anforderungen an den „*professionellen Insolvenzverwalter*“ hat **Stapper**, NJW 1999, 3441 ff (3444) anschaulich dargestellt.

1194) So auch **Kruth**, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters (2006), 254.

1195) Auf die Aufgaben des Treuhänders wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen, da sich die vorliegende Arbeit im Schwerpunkt mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter beschäftigt.

1196) **Lüke** in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Band I (2015), § 56 Rn. 24 f.; **Kruth**, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters (2006), 266.

1197) Dazu **Wellensiek**, NZI 1999, 169 ff. (171).

Das Verfahren soll so ausgestaltet sein, dass die Zulassung auf Antrag erfolgt. Der Aspirant hat seinen Antrag an die (neu einzurichtende) Bundesinsolvenzverwalterkammer zu richten. Dabei hat er der Bundesinsolvenzverwalterkammer einen detaillierten, tabellarischen Lebenslauf nebst beglaubigter Zeugnisse und weiterer Qualifikationen auszuhändigen.¹¹⁹⁸⁾ In eine Liste, die die Bundesinsolvenzverwalterkammer führt, werden dann die wesentlichen Kriterien aufgenommen, die für die Bestellung eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Einzelfall entscheidend sein können.¹¹⁹⁹⁾ **515**

Die Entscheidung, wer auf die Liste gesetzt wird, erfolgt durch die Bundesinsolvenzverwalterkammer.¹²⁰⁰⁾ Diese führt, wie schon beschrieben,¹²⁰¹⁾ auch das Berufszulassungsverfahren durch. Diese Konzentration der Erhebung und Verwaltung der Daten stärkt die Übersichtlichkeit und Transparenz.¹²⁰²⁾ Die Bundesinsolvenzverwalterkammer hat bei der Erhebung die oben genannten Kriterien zu beachten. Um die Kriterien im Einzelfall besser beurteilen zu können, sollte die Bundesinsolvenzverwalterkammer ein persönliches Gespräch mit jedem Aspiranten führen. Dies hat kurz nach der Einreichung der Bewerbung zu erfolgen und nicht erst kurz vor dem jeweiligen Verfahren, da im Zweifel zu diesem Zeitpunkt zu wenig Zeit dafür vorhanden ist. **516**

Tritt ein Insolvenzfall ein, kann das angerufene Insolvenzgericht bei der Bundesinsolvenzverwalterkammer eine Liste anfordern, die alle im Gerichtsbezirk qualifizierten Verwalter aufführt. Bei Bedarf kann die Liste auch (vorläufige) Insolvenzverwalter mit bestimmten, besonders ausgeprägten und für das konkrete Insolvenzverfahren erforderliche Kriterien aufführen. Welche Liste in welcher Form vom Insolvenzgericht angefordert wird, liegt im Ermessen jedes einzelnen Insolvenzgerichts. **517**

a) Struktur der Liste

aa) Aufbau der Liste

Aus der Liste müssen alle Zulassungsvoraussetzungen für den Aspiranten zum Erreichen des (vorläufigen) Insolvenzverwalteramts erkennbar sein. **518**

Dabei ist eine Unterteilung der Liste sinnvoll, um das Auswahlverfahren zu beschleunigen. Die Unterteilung sollte in die einzelnen Verfahrensarten erfolgen, in das **519**

1198) *Kruth*, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters (2006), 263.

1199) *Henssler*, ZIP 2002, 1053 ff. (1063).

1200) Den Gedanken, die Auswahlentscheidung nicht durch einen einzelnen Insolvenzrichter durchführen zu lassen, sondern an einer externen Stelle, losgelöst von dem konkreten Insolvenzverfahren, zu positionieren hatte auch *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 138. Diese Vorgehensweise hat Parallelen zu dem Insolvenzverfahren in England.

1201) Unter § 8 B. I. 1.1.

1202) *Graeber* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013), § 56 Rn. 138.

Regel- und Verbraucherinsolvenzverfahren sowie in das Verfahren der Eigenverwaltung.

- 520** In die Liste sollten die wesentlichen Kriterien aufgenommen werden, die für die Bestellung eines (vorläufigen) Verwalters im Einzelfall entscheidend sind. Darunter fallen die erworbenen Abschlüsse und Qualifikationen des Antragstellers, die berufliche Laufbahn und die bisherige praktische Erfahrung als (vorläufiger) Insolvenzverwalter, davon eingeschlossen ist die Auflistung der besonderen Fachkenntnisse des Aspiranten. Nicht zu vergessen ist auch die Struktur des Verwalterbüros und die Angabe der Haftpflichtversicherungssumme. Selbstverständlich müssen die Aspiranten Aktualisierungen unverzüglich der Bundesinsolvenzverwalterkammer mitteilen. Entfallen die Zulassungsvoraussetzungen, ist die Zulassung zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter aufzuheben.¹²⁰³⁾

bb) Territoriale Reichweite der Liste

- 521** Die territoriale Reichweite der Liste erstreckt sich auf das gesamte Bundesgebiet, auch wenn der (vorläufige) Verwalter sein Verwalterbüro nur in einem Gerichtsbezirk hat. Die (vorläufige) Verwalterbestellung soll gerade nicht nur statisch regional bezogen sein.¹²⁰⁴⁾ Gibt es eine Insolvenz in einem Gerichtsbezirk, in dem kein geeigneter (vorläufiger) Verwalter vorhanden ist, so kann demnach ein anderer für das konkrete Verfahren geeigneter (vorläufiger) Verwalter aus einem anderen Gerichtsbezirk bestellt werden. Eine andere Vorgehensweise würde dem Anspruch an ein Insolvenzverfahren mit dem geeignetsten (vorläufigen) Verwalter nicht gerecht werden.
- 522** Der Austausch der Daten erfolgt über ein bundesweites elektronisches Datensystem, das von der Bundesinsolvenzverwalterkammer geführt wird. Die Daten der Aspiranten werden im Internet veröffentlicht und die Insolvenzgerichte sowie die Gläubiger und der Schuldner können darauf Zugriff nehmen.¹²⁰⁵⁾ So kann ein bundesweiter und einheitlicher Vergleich vorgenommen werden. Die Masse an Informationen jedes einzelnen Aspiranten wird dadurch gebündelt, dass man Suchkriterien angeben kann, die die Auswahl eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters einschränken.¹²⁰⁶⁾ Zu beachten ist dabei jedoch, dass, anders als die Gläubiger und der Schuldner, das Insolvenzgericht verpflichtet ist, bei der Bundesinsolvenzverwalterkammer eine Liste mit geeigneten (vorläufigen) Insolvenzverwaltern für das konkrete Verfahren anzufordern. Zur erweiterten Suche kann es das elektronische Datensystem nutzen.

1203) **Kruth**, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters (2006), 264.

1204) **Stapper**, NJW 1999, 3441 ff. (3444) stellt das Kriterium, dass die Kanzlei im Gerichtsbezirk (LG- oder OLG-Bezirk) liegt als ein „*weiches*“ Kriterium dar, um auf die bei Gericht geführte Liste zu kommen. Eine zwingende Voraussetzung ist die Regionalität demnach nicht.

1205) So auch **Henssler**, ZIP 2002, 1053 ff. (1063).

1206) Zur Möglichkeit des Suchverfahrens auch schon **Henssler**, ZIP 2002, 1053 ff. (1063).

Dies soll Fehler bei der Eingabe von Suchkriterien oder die Gefahr einer unzureichenden Suche eindämmen.

b) Ablauf des Verfahrens

aa) Vorauswahl durch den Insolvenzrichter und abschließende Auswahl durch die Gläubiger

Es findet eine Vorauswahl der möglichen (vorläufigen) Insolvenzverwalter von der Liste, die in diesem Stadium schon durch die staatliche Berufszulassung geprüft worden sind, durch den Insolvenzrichter statt.¹²⁰⁷⁾ Dieser darf drei (vorläufige) Insolvenzverwalter auswählen, die dem vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschlagen werden. Dabei muss der Insolvenzrichter keine Begründung zu jedem einzelnen vorgeschlagenen (vorläufigen) Verwalter abgeben. Aus diesen drei vorgeschlagenen (vorläufigen) Verwaltern kann der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig einen (vorläufigen) Verwalter auswählen. Die Gläubiger sind dabei in ihrer Entscheidung frei. Die Einstimmigkeit muss jedoch gegeben sein, um den etwaigen übermäßigen Einfluss (institutioneller) Gläubiger und dadurch bedingte Abhängigkeiten zu vermeiden.¹²⁰⁸⁾ Daneben besteht aber auch das Recht fort, neben den drei vom Insolvenzrichter vorgeschlagenen (vorläufigen) Verwaltern einen anderen (vorläufigen) Verwalter gemäß § 56a Abs. 1 InsO vorzuschlagen. Um einen geeigneten (vorläufigen) Verwalter vorschlagen zu können, der nicht auf den Gerichtsbezirk begrenzt ist, ist es demnach wichtig, dass die Listen über das Internet frei verfügbar sind. Nach der Auswahl des (vorläufigen) Verwalters durch die Gläubiger hat der Insolvenzrichter kein Vetorecht mehr, da dies einem ökonomischen Verfahren widersprechen würde und der Insolvenzrichter durch die Vorauswahl der Kandidaten des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ausreichende Entscheidungskompetenz hat. 523

Trifft der vorläufige Gläubigerausschuss keine einstimmige Entscheidung, bestimmt der Insolvenzrichter einen von den drei von ihm vorgeschlagenen Personen zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter. 524

Der vorläufige Gläubigerausschuss ist grundsätzlich stets einzusetzen. Ausnahmen bilden lediglich zwei Fälle: Zum einen, dass die Größenklassen des § 22a Abs. 1 InsO nicht erreicht sind. Zum anderen, dass § 22a Abs. 2 InsO nicht erfüllt ist oder § 22a Abs. 3 1.-2. Var. InsO einschlägig ist. Im Rahmen des § 22a Abs. 2 InsO ist allerdings zu beachten, dass der Insolvenzrichter eine Nachfrist zu setzen hat, um die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zu fördern. Der möglichen Kritik, 525

1207) Den Insolvenzrichter frühzeitig in das Verfahren mit einzubeziehen ist sinnvoll, da er am Ende auch die Entscheidung über die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters trifft.

1208) So hat auch der Gesetzgeber davon abgesehen, das Gericht an einen Personenvorschlag zu binden, der nur mit der Mehrheit des Gläubigerausschusses herbeigeführt worden ist, wie es im Referentenentwurf noch vorgesehen war.

des damit einhergehenden Zeitverlusts und der nachteiligen Auswirkung auf die Insolvenzmasse, kann entgegengehalten werden, dass ein (vorläufiger) Verwalter, dem die Verfahrensbeteiligten, insbesondere die Gläubiger, Vertrauen schenken, sich sehr positiv auf die Insolvenzmasse und das gesamte Insolvenzverfahren auswirkt, vor allem hinsichtlich einer möglichen Sanierung. Eine mögliche nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners durch die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses zahlt sich am Ende durch einen (vorläufigen) Verwalter aus, dem die Verfahrensbeteiligten vertrauen.

bb) Kein schematisches Verfahren nach fester Geschäftsverteilung oder einem Rotationsprinzip

- 526** Zwar ist ein Listenverfahren nach einem Schema, so zum Beispiel eine Wahl nach fester Geschäftsverteilung oder einem Rotationsprinzip, anzudenken.¹²⁰⁹⁾ Für dieses Verfahren spricht zum einen, dass jeder Aspirant in jedem Fall einem Insolvenzverfahren zugeteilt wird und zum anderen das hohe Maß an Gerechtigkeit durch die Gleichbehandlung, die die Aspiranten für das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters erfahren. Dagegen spricht, und deshalb ist das Rotationsverfahren auch für die (vorläufigen) Insolvenzverwalter abzulehnen, dass dieses Verfahren nicht berücksichtigt, dass jedes Insolvenzverfahren unterschiedlichen Bedingungen unterliegt, denen nicht jeder Aspirant gewachsen ist.¹²¹⁰⁾ Jemand, der bislang nur Kleininsolvenzen bearbeitet hat und dann einer Großinsolvenz (unfreiwillig) zugeteilt wird, ist möglicherweise damit überfordert. Die Möglichkeit, einem nicht geeigneten (vorläufigen) Verwalter im Insolvenzverfahren unterlegen zu sein, schwächt das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten in die Insolvenzordnung. Die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist eine Einzelfallentscheidung, die einen dafür konkret geeigneten (vorläufigen) Verwalter erfordert. Zudem würde ein Rotationsprinzip bei der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters faktisch die Gläubigerautonomie bezüglich dieser abschaffen, da ein automatisiertes Vergabeverfahren eine autonome Entscheidung ad absurdum führt.

cc) Begründete Abwahl durch die Gläubigerversammlung

- 527** Um einer Lobbygefahr entgegenzutreten, besteht die Möglichkeit der begründeten Abwahl des von dem vorläufigen Gläubigerausschuss ausgewählten (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch die erste Gläubigerversammlung. Für die Wahlentscheidung ist Kopf- und Summenmehrheit und nicht Einstimmigkeit erforderlich. Dadurch kann eine mögliche Entscheidung des Insolvenzrichters oder aber auch des vorläufigeren Gläubigerausschusses, letzteres wohl eher in den selteneren Fällen,

¹²⁰⁹⁾ Dies diskutieren u.a. auch **Paulus**, DSStR 2003, 31 ff. (37); **Andres** in: Andres/Leithaus, InsO (2014), § 56 Rn. 7.

¹²¹⁰⁾ Mit diesem Gedanken u.a. **Paulus**, DSStR 2003, 31 ff. (37).

wieder rückgängig gemacht werden und das Zusammenspiel zwischen Insolvenzrichter und Gläubiger reguliert werden. Die Abwahl ist zu begründen, da sie mit einer Verfahrensverzögerung einhergeht.¹²¹¹⁾ Daraufhin erfolgt eine Neuwahl durch die Gläubigerversammlung.

Die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch einzelne Gläubiger könnte die Wahrscheinlichkeit der Gefährdung der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in sich bergen. Im Gegensatz zu den Gläubigern verfolgt der Insolvenzrichter kein wirtschaftlich geprägtes Eigeninteresse¹²¹²⁾ und verfügt über die fachspezifischen Kenntnisse, um die Probleme und Schwerpunkte eines konkreten Insolvenzverfahrens einschätzen zu können. Dennoch ist die Auswahlentscheidung der Gläubiger durch die Praxis gerechtfertigt. Gerade die Gläubiger haben ein maßgebliches und schwerwiegendes Interesse am Verlauf und am Ausgang des Insolvenzverfahrens.¹²¹³⁾ Zudem steht die Ab- und Neuwahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers. Dieser hat den Gläubigern ein Vorschlagsrecht hinsichtlich der Person des (vorläufigen) Verwalters eingeräumt. Dies ist eine Stärkung der Gläubigerautonomie, genauso wie es die Aus- oder Abwahl des (vorläufigen) Verwalters ist. **528**

II. Die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

Die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch die Gläubiger ist schon alleine aus tatsächlichen Gründen gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 RPIfG nicht zulässig. Auf Grund dessen erfolgt die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters weiterhin durch den Insolvenzrichter. Die Ablehnung der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch den Insolvenzrichter kann nur in extremen und begründeten Ausnahmefällen erfolgen. So zum Beispiel unter dem Umstand, dass sich die Lage des Insolvenzverfahrens unerwartet, aber vollständig geändert hat. **529**

C. Fazit

Die gesetzliche Fixierung der Berufszulassung zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter ist notwendig, um das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten zu stärken. Festgesetzte Kriterien erhöhen die Transparenz des Verfahrens. Der Aspirant weiß dadurch, welche Kriterien er erfüllen muss, um als (vorläufiger) Insolvenzverwalter zugelassen zu werden. Dabei ist es aus organisatorischen Gründen wie aus Gründen der Neutralität sinnvoll, die Entscheidung über die Berufszulassung und die Bearbeitung der Liste durch eine öffentliche Stelle durchführen zu lassen. Die Bundesinsolvenzverwalterkammer stellt dabei eine Möglichkeit dar. **530**

1211) Zur Stärkung des Vertrauens durch die begründetete Abwahl unter § 3 B. II. II. 1.

1212) Siehe § 6 A. IV.

1213) Übereinstimmend dazu *von Bismarck*, Partner bei Linklaters, Interview am 23.5.2013; *Frind*, Vorstandsmitglied des BAKinso e.V. und RiAG Hamburg, Interview am 9.11.2012.

- 531** Beim Ablauf des Verfahrens ist es wichtig, den Gläubigern das vom Gesetzgeber zugesprochene Auswahlrecht durch den vorläufigen Gläubigerausschuss auch zu sichern. Mögliche Umgehungsmöglichkeiten durch den Insolvenzrichter müssen ausgeschlossen werden. Die Vorauswahl durch den Insolvenzrichter und die abschließende Auswahl durch die Gläubiger spiegelt die Interessenverteilung bei der Auswahl- und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wider. Es sind die Gläubiger, die durch ihre Stellung im Verfahren das größte Interesse an der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Verwalters haben. Demnach ist es nur gerechtfertigt, ihnen die Entscheidungskompetenz zu überlassen.

Vierter Teil: Schlussbetrachtung

De lege lata entspricht die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in weiten Teilen den Anforderungen der Rechtspraxis. Der Gesetzgeber hat gute Arbeit geleistet. Die für den Erfolg des Insolvenzverfahrens elementare Frage der Insolvenzverwalterauswahl und -bestellung spielt sich nicht mehr in einer rechtlichen Grauzone ab, sondern ist durch die Neuordnung von Entscheidungskräften transparenter und vorhersehbarer für die Beteiligten und dabei insbesondere für die Gläubiger und Schuldner geworden. Noch weiter kann die Transparenz durch ein staatliches Berufszulassungsverfahren für (vorläufige) Insolvenzverwalter gestärkt werden. Dadurch wird garantiert, dass im Insolvenzverfahren nur die Personen zu (vorläufigen) Insolvenzverwaltern bestellt werden, die dem hohen Qualitätsmaßstab gerecht werden. Dies schafft wiederum Vertrauen in die Insolvenzordnung, da das politische Spiel zwischen den (vorläufigen) Insolvenzverwaltern und den Insolvenzrichtern eingedämmt wird. **532**

Das eingangs zitierte Diktum von Jaeger „*Die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses*“¹²¹⁴⁾ währt auch in dem reformierten Insolvenzrecht durch das ESUG fort. Die steigende Zahl der Insolvenzen in Deutschland und die komplexen Strukturen erhöhen auch die Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter muss neben dem Erfordernis der wirtschaftlichen Kompetenz und des Vorliegens einer charismatischen Ader insbesondere eine rhetorische Stärke aufweisen. Diese weitgefächerten und hohen Anforderungen erfüllen nur wenige Aspiranten. Im Rahmen der Auswahlentscheidung ist dabei insbesondere auf das Kriterium der Unabhängigkeit zu achten. Nur ein unabhängiger (vorläufiger) Verwalter kann das Vertrauen aller Verfahrensbeteiligten gewinnen. **533**

Eine objektive Entscheidung in Bezug auf die Auswahl und die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters kann vollständig nicht erreicht werden. Den Blickwinkel der Verfahrensbeteiligten gänzlich zu objektivieren und zu solidarisieren, ist nicht möglich, da es die Natur des Verfahrens ist, dass widerstreitende Interessen im Insolvenzverfahren vorliegen.¹²¹⁵⁾ Es ist die Aufgabe des Insolvenzrichters, die antagonistischen Interessen in einen gerechten Ausgleich zu bringen.¹²¹⁶⁾ Diesem kommt hierbei eine große Verantwortung zu, die auch Missbrauchspotential in sich birgt. Das Missbrauchspotential kann mit den aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten weitgehend eingedämmt werden. Am wichtigsten ist jedoch, dass sich der Insolvenzrichter seiner Stellung bewusst wird. Er hat die entgegenstehenden Interessen auszugleichen und sie nicht von vornherein auszuschalten, indem er sie nicht berücksichtigt. So zum Beispiel durch die Nichteinsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses. **534**

¹²¹⁴⁾ Jaeger (Fn. 5).

¹²¹⁵⁾ So auch von Bismarck, Partner bei Linklaters, Interview am 23.5.2013.

¹²¹⁶⁾ Frind, Vorstandsmitglied BAKinso e.V. und RiAG Hamburg, Interview am 9.11.2012.

- 535** Der Gesetzgeber hat durch das ESUG gezeigt, dass es die Gläubiger sind, die das größte Interesse an der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters haben. Durch die stringente Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses in dem Prozess der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und der Bildung und Stärkung des Vertrauens der Verfahrensbeteiligten durch Transparenz und Vorhersehbarkeit kann eine Insolvenzrechtspraxis geschaffen werden, die international konkurrenzfähig ist.
- 536** Schon jetzt hat der Gesetzgeber ein Gesetz geschaffen, das die Interessen im Rahmen der Auswahl und der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gerecht würdigt. Schwächen des Gesetzes haben die Verfahrensbeteiligten, insbesondere das Insolvenzgericht, durch eine alle Interessen berücksichtigende, aber unterschiedlich schwer zu gewichtende Auslegung auszugleichen. Nun liegt es an der Praxis, das vom Gesetzgeber Gewollte umzusetzen.

Literaturverzeichnis

Akerlof, George A.

The Market for „Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism,
The Quarterly Journal of Economics 1970, 488 ff.

Amann, Melanie

Sie leben von der Pleite, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17.3.2009,
<http://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/recht-und-gehalt/insolvenzverwalter-sie-leben-von-der-pleite-1770116.html> (besucht am 10.1.2013)
(zit.: FAZ (17.3.2009))

Andres, Dirk/Grund, Andreas

Die Flucht vor deutschen Insolvenzgerichten nach England – Die Entscheidungen
in dem Insolvenzverfahren Hans Brochier Holdings Ltd., NZI 2007, 137 ff.

Andres, Dirk/Leithaus, Rolf

Insolvenzordnung, 3. Auflage, München 2014
(zit.: Bearbeiter in: Andres/Leithaus, InsO (2014))

Antholz, Jan M.

Zur Notwendigkeit der Objektivierung des Gläubigereinflusses bei der
Verwalterauswahl, ZInsO 2012, 1189 ff.

Arbeitskreis der Insolvenzverwalter Deutschland e.V.

Verhaltenskodex der Mitglieder des Arbeitskreises der Insolvenzverwalter
Deutschland e.V., NZI 2002, 23 f.

Armbrüster, Christian

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, EWiR 2009, 739 f.

Armbrüster, Christian/Preuß, Nicola/Renner, Thomas

BeurkG DNotO Kommentar, 5. Auflage, Berlin 2009
(zit.: Bearbeiter in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG DNotO Kommentar
(2009))

Arrow, Kenneth J.

Uncertainty and the welfare economics of medical care, The American Eco-
nomic Review 1963, 941 ff.

Axelrod, Robert

The Evolution of Cooperation, New York 1984

Bailey, Edward

Voluntary Arrangements, London 2003

BAKinsO

Insolvenzgerichtliche Unabhängigkeit wahren, Pressemitteilung vom 1.10.2012, [*ders.*](http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=AG+Stendal+Beschluss+vom+01.10.2012&source=web&cd=1&ved=0CDMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bak-inso.de%2Findex.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D235%3Abakinso-e-v-presseerklarung-zum-verlauf-des-insolvenzverfahrens-dailyer-ag-stendal%26id%3D25%3AAuslegung-des-esug-%26Itemid%3D109&ei=YvTvUN_7C8zMgaUgYHQDg&usg=AFQjCNE5Y2oJut9ezhfr6fv1vp0sOsnQYw&bvm=bv.1357700187,d.Yms, 1 (besucht am 11.1.2013) (zit.: Pressemitteilung vom 1.10.2012)</p></div><div data-bbox=)

Stellungnahme zu den derzeit im Rahmen des RegE-„ESUG“ zur Änderung der Insolvenzordnung diskutierten Varianten der Gläubigermitbestimmung bei der Verwalterauswahl vom 18.4.2011, [*ders.*](http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=Stellungnahme+BAKinsO+18.04.2011&source=web&cd=1&ved=0CDMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fbak-inso.de%2Findex.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D154%3Abakinso-stellungnahme-zu-den-derzeit-im-rahmen-des-rege-esug-zur-aenderung-der-insolvenzordnung-diskutierten-varianten-der-gläubigermitbestimmung-bei-der-verwalterauswahl%26id%3D12%3Aesug%26Itemid%3D95&ei=p1L-UNihH4fVtAbHIYD4DA&usg=AFQjCNHTSs19qKUVxfCbC9Gqk4nNfZpaCQ&bvm=bv.41248874,d.Yms, 1 ff. (besucht am 22.1.2013) (zit.: Stellungnahme vom 18.4.2011)</p></div><div data-bbox=)

Stellungnahme zum „RefE „ESUG““ – Teil 1, [*ders.*](http://www.bak-inso.de/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=95, 1 ff. (besucht am 1.2.2013) (zit.: Stellungnahme zum „RefE „ESUG““ – Teil 1)</p></div><div data-bbox=)

Entschließungen der Herbsttagung 2011 des BAKinsO e.V. am 15.11.2011, ZInsO 2011, 2223 f.

ders.

„Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte“ als Zusammenschluss von Richter(innen) und Rechtspfleger(innen) gegründet, ZInsO 2007, 256 f.

Bales, Klaus

Einflussmöglichkeiten von Banken bei der Auswahl des Insolvenzverwalters, BKR 2003, 967 ff.

- Balz, Manfred/Landfermann, Hans-Georg*
Die neuen Insolvenzgesetze, Düsseldorf 1999
- Bauer, Andreas F./Dimmling, Andreas*
Endlich im Gesetz(entwurf): Der Debt-Equity-Swap, NZI 2011, 517 ff.
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf*
Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht,
12. Auflage, Heidelberg 1990
- Beck, Siegfried/Depré, Peter*
Praxis der Insolvenz, 2. Auflage, München 2010
(zit.: *Bearbeiter* in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz (2010))
- Becker, Christoph*
Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln 2010
- Bergauer, Anja*
Führen aus der Unternehmenskrise – Leitfaden zur erfolgreichen Sanierung,
Berlin 2003
- Berger, Annette/Werner, Kathrin*
Solar-Unternehmen vor Pleite – Branchenkrise erwischt Pionier Q-Cells,
Financial Times Deutschland (FTD) vom 2.4.2012,
<http://www.ftd.de/unternehmen/industrie/solar-unternehmen-vor-pleite-branchenkrise-erwischt-pionier-q-cells/70017646.html> (besucht am 5.9.2012)
(zit.: Financial Times Deutschland (FTD) (2.4.2012))
- Berner, Susanne*
Sicherheitenpools der Lieferanten und Banken im Insolvenzverfahren, Köln
2006
- Berninghaus, Siegfried/Ehrhart, Karl-Martin/Güth, Werner*
Strategische Spiele: Eine Einführung in die Spieltheorie, 3. Auflage, Berlin
Heidelberg 2010
- Birkmeyer, Karl*
Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Berlin 1901
- Bitter, Georg*
Sanierung in der Insolvenz – Der Beitrag von Treue- und Aufopferungspflichten
zum Sanierungserfolg, ZGR 2010, 147 ff.
- Blank, Michael J.W.*
Stellungnahme zu *Haarmeyer*, Der „Erfolg“ der Insolvenzabwicklung als Maß-
stab für die Auswahl und Bestellung des Unternehmensinsolvenzverwalters –
ZInsO 2005, 337 ff., ZInsO 2005, 473 f.

Bliefert, Otto

Müssen Konkursverwalter und Vertrauenspersonen Zulassungsscheine besitzen?,
KUT 1928, 89

Boecker, Hans Jochen

Recht und Gesetz im Alten Testament und im Alten Orient, 2. Auflage,
Neukirchen-Vluyn 1984

Bork, Reinhard

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ist nicht disponibel, ZIP 2013,
145 ff.

ders.

The Scheme of Arrangement, IILR 2012, 477 ff.

ders.

Grundfragen des Restrukturierungsrechts – Prolegomena zu einer Reform des
deutschen Insolvenzrechts, ZIP 2010, 397 ff.

ders.

Sanierungsrecht in Deutschland und England, Köln 2011

ders.

Einführung in das Insolvenzrecht, 6. Auflage, Tübingen 2012

Bork, Reinhard/Wiese, Jenny

Die Rechtsstellung des Insolvency Practitioner, Köln 2011

Bormann, Jens

Kreditreorganisationsgesetz, ESUG und Scheme of Arrangement – Insolvenz-
rechtliche Neuerungen im Spannungsverhältnis zwischen erleichterter Unter-
nehmenssanierung und Beschneidung von Gläubiger- und Gesellschafterrechten,
NZI 2011, 892 ff.

Braun, Eberhard

Insolvenzordnung, 6. Auflage, München 2014
(zit.: *Bearbeiter* in: Braun, InsO (2014))

ders.

Die Bedrohung der Konkurs-Kultur durch Berufsgesellschaften mit beschränkter
Haftung als Konkursverwalter, BB 1993, 2172 ff.

Braun, Eberhard/Uhlenbruck, Wilhelm

Unternehmensinsolvenz, Düsseldorf 1997

Brenner, Barbara

Stellungnahme a) zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung und b) zu dem Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – „Insolvenzrechtsreform unverzüglich vorlegen – Außergerichtliche Sanierungsverfahren stärken – Insolvenzplanverfahren attraktiver gestalten“ (BT-Drs. 17/2008),
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/12_Sanierung_von_Unternehmen/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Brenner.pdf,
1 ff. (besucht am 24.2.2013) (zit.: Stellungnahme vom 29.6.2011)

Brinkmann, Moritz/Zipperer, Helmut

Die Eigenverwaltung nach dem ESUG aus Sicht von Wissenschaft und Praxis,
ZIP 2011, 1337 ff.

Brückl, Daniel/Kersten, Markus

Vom Dilemma der Sozialversicherungsträger bei Zahlungsschwierigkeiten von Arbeitgebern, NZI 2004, 422 ff.

Buchalik, Robert

Faktoren einer erfolgreichen Eigenverwaltung, NZI 2000, 294 ff.

Buchalik, Robert/Kraus, Alfred

Endlich Klarheit – Nur der Schuldner darf Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren gem. § 270a InsO begründen!, ZInsO 2012, 2330 ff.

Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“

Abschlussbericht zur 73. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. bis 12. Juni 2002 in Weimar, Probleme der praktischen Anwendungen und Schwachstellen des Regelinsolvenzverfahrens,
http://www.rws-verlag.de/hauptnavigation/volltexte.html?volltext=3d324c2883882b15fa8f8e8f025a3a99&jahr=2002&date_anchor=01072002, 1 ff. (besucht am 19.9.2012)
(zit.: Abschlussbericht zur 73. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. bis 12. Juni 2002 in Weimar (2002), Probleme der praktischen Anwendungen und Schwachstellen des Regelinsolvenzverfahrens)

Bürgermeister, Udo

Der Sicherheitenpool im Insolvenzrecht, 2. Auflage, Köln 1996

Busch, Peter

Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem „Detmolder Modell“,
DZWIR 2004, 353 ff.

Buth, Andrea Katharina/Hermanns, Michael

Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 3. Auflage, München 2009
(zit.: *Bearbeiter* in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz (2009))

Chudzick, Frank

Schemes of Arrangements mit Gläubigern nach englischem Kapitalgesellschaftsrecht, Frankfurt am Main 2007
(Jur. Diss. Universität Frankfurt am Main 2005)

Coase, Ronald Harry

The Firm the Market and the Law, Second edition, Chicago and London 1990

ders.

The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics 1960, 1 ff.

Commandeur, Anja/Schaumann, Michael

Neuere Entwicklungen im Insolvenzrecht: Erste praktische Erfahrungen mit dem ESUG, NZG 2012, 620 ff.

Creditreform Wirtschaftsforschung

Insolvenzen in Deutschland – Jahr 2012, Neuss 2012,
http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Presse/Archiv/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen_DE/2012_-_Jahr/2012-11-29_Insolvenzen_in_Deutschland.pdf, 1 ff. (besucht am 4.12.2012)

dies.

Insolvenzen in Deutschland – Jahr 2014, Neuss 2014, https://www.creditreform.de/fileadmin/user_upload/crefo/download_de/news_termine/wirtschaftsforschung/insolvenzen-deutschland/Analyse_Insolvenzen_in_Deutschland_Jahr_2014.pdf, 1 ff. (besucht am 25.11.2015)

dies.

Insolvenzen in Europa – Jahr 2011/12, Neuss 2012,
http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Presse/Archiv/Insolvenzen_Europa/2011-12/Insolvenzen_in_Europa_2011-12_de.pdf, 1 ff.
(besucht am 30.8.2012)

dies.

Insolvenzen – Neugründungen – Löschungen – Jahr 2011, Neuss 2011,
http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Presse/Archiv/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen_DE/2011_-_Jahr/2011-12-01_Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen.pdf, 1ff. (besucht am 4.12.2012)

Dabelow, Christoph Christian

Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concourse der Gläubiger, Halle 1801

d'Avoine, Marc

Fortführung eines Apothekenbetriebs durch den Insolvenzverwalter – Ist der Sofortvollzug der Zwangsstillegung bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und Fortführung der Apotheke durch den Insolvenzverwalter verhältnismäßig?, ZInsO 2015, 1725 ff.

Degenkolb, Heinrich

Magister und Curator im Altrömischen Konkurs, Leipzig 1897

Dernbach, Beatrice/Meyer, Michael

Vertrauen und Glaubwürdigkeit: Interdisziplinäre Perspektiven, Wiesbaden 2005

Desch, Wolfram

Schutzschirmverfahren nach dem RegE-ESUG in der Praxis, BB 2011, 841 ff.

Deutscher Anwaltverein

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Insolvenzrechtsausschuss zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 4. März 2011, BR-Drs. 127/11 vom 29.3.2011, <http://anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-11/SN16-11.pdf>, 1 ff. (besucht am 18.5.2012) (zit.: DAV, Stellungnahme vom 29.3.2011)

ders.

Verhaltensrichtlinien für als Insolvenzverwalter tätige Rechtsanwälte, AnwBl 1992, 118 f.

Durner, Wolfgang

Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des Richterrechts, JA 2008, 7 ff.

Ehricke, Uhlrich

Zur gemeinschaftlichen Sanierung insolventer Unternehmen eines Konzerns, ZInsO 2002, 393 ff.

Ehricke, Ulrich/Köster, Malte/Müller-Seils, Carsten Oliver

Neuerungen im englischen Unternehmensinsolvenzrecht durch den Enterprise Act 2002, NZI 2003, 409 ff.

Eidenmüller, Horst

Reformperspektiven im Restrukturierungsrecht, ZIP 2010, 649 ff.

ders.

Leveraged Buyouts und die Effizienz des deutschen Restrukturierungsrechts, ZIP 2007, 1729 ff.

ders.

Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 ff.

ders.

Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, Köln 1999 (Jur. Habil. Universität München 1998)

Eidenmüller, Horst/Frobenius, Tilmann

Die internationale Reichweite eines englischen Scheme of Arrangement, WM 2011, 1210 ff.

Eidenmüller, Horst/Frobenius, Tilmann/Prusko, Wolfram

Regulierungswettbewerb im Unternehmensinsolvenzrecht: Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, NZI 2010, 545 ff.

Engisch, Karl

Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Auflage, Heidelberg 1968

Erdmann, Diethelm

Praktische Konsequenzen der Behandlung des Konkursverwalters als Organ der Konkursmasse, KTS 1967, 87 ff.

Feuerich, Wilhelm E./Weyland, Dag

Bundesanwaltsordnung, 6. Auflage, München 2003
(zit.: BRAO (2003))

Finch, Vanessa

Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles, Second edition, Cambridge 2009

Fischer, Paul

Gefahrenstellen für Kreditinstitute in der Insovenz ihrer Kunden – Konkretisierungen des BGH – Teil 1, ZInsO 2013, 1917 ff.

Flessner, Axel

Sanierung und Reorganisation, Tübingen 1982
(Jur. Habil. Universität Hamburg 1978/1979)

Fletcher, Ian F.

The Law of Insolvency, Fourth Edition, London 2009

ders.

UK Corporate Rescue: Recent Developments – Changes to Administrative Receivership, Administration, and Company Voluntary Arrangements – The Insolvency Act 2000, The White Paper 2001, and the Enterprise Act 2002, EBOR 2004, 119 ff.

Foerste, Ulrich

Gläubigerautonomie und Sanierung im Lichte des ESUG, ZZP 2012, 265 ff.

ders.

Insolvenzrecht, 5. Auflage, München 2010

Förster, Karsten

Auswahl und Abwahl des Insolvenzverwalters – Regelungsmechanismen der Praxis Anmerkung zum Beitrag von Neubert, ZInsO 2002, 309, ZInsO 2002, 406 ff.

Franke, Günter/Hax, Herbert

Finanzwirtschaft des Unternehmens und Kapitalmarkt, 6. Auflage, Berlin Heidelberg 2009

Franz, Stephan

Grundlagen des ökonomischen Ansatzes: Das Erklärungskonzept des Homo Oeconomicus, in: Universität Potsdam (Hrsg.), International economics working paper, 2004-02

(zit.: Franz in: Universität Potsdam, International economics working paper, 2004-02)

Frege, Michael C.

Die Rechtsstellung des Gläubigerausschusses nach der Insolvenzordnung (InsO), NZG 1999, 478 ff.

Frege, Michael C./Keller, Ulrich/Riedel, Ernst

Insolvenzrecht, Band 3, 8. Auflage, München 2015

Fridgen, Alexander

Das ESUG – Abschluss der ersten Stufe der Insolvenzrechtsreform, GWR 2011, 325559

Frind, Frank

Der Aufgabenkreis des vorläufigen Sachwalters in der Eigenverwaltung – Eine Betrachtung aus insolvenzgerichtlicher Sicht, NZI 2014, 937 ff.

ders.

Die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters/Sachwalters nach Inkrafttreten des „ESUG“, ZInsO 2014, 119 ff.

ders.

Aktuelle Anwendungsprobleme beim „ESUG“ – Teil II – Zu den Kompetenzen des Insolvenzgerichtes bei der Bildung des vorläufigen Gläubigerausschusses und der Veröffentlichung der vorläufigen Sachwaltung, ZInsO 2013, 279 ff.

ders.

Vorschläge für Musterbeschlüsse des Insolvenzgerichtes in regelhaft gemäß InsO-ESUG vorkommenden Verfahrenssituationen, ZInsO 2012, 386 ff.

ders.

Unabhängigkeit des Verwalters intensiv zu prüfen, ZInsO Newsletter 2012, 2 f.

ders.

Die Praxis fragt, „ESUG“ antwortet nicht – Eine Exegese der wichtigsten „ESUG“- Auslegungsfrage mit Handlungsvorschlägen, ZInsO 2011, 2249 ff.

ders.

Zum Diskussionsentwurf für ein „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“, ZInsO 2011, 1473 ff.

ders.

Die Gläubigermittelbestimmung bei der Verwalterauswahl und das „Zeitkorridor-Problem“, ZInsO 2011, 757 ff.

ders.

Problemanalyse zum RefE „ESUG“ – Teil 1, ZInsO 2011, 373 ff.

ders.

Unabhängigkeit – Kein Wert mehr an sich? Die Auswahl und berufliche Stellung des Insolvenzverwalters nach den Regelungsentwürfen zur Änderung der InsO, NZI 2010, 705 ff.

ders.

Der Einfluss von Gläubigern bei der Auswahl des und der Aufsicht über den Insolvenzverwalter, ZInsO 2007, 643 ff.

ders.

Neue Gefahren für die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, ZInsO 2002, 745 ff.

ders.

Die Bestellung des Insolvenzverwalters, DZWIR 2001, 497 ff.

ders.

Brauchen wir die „automatisierte“ Verwalterauswahl? – Kritische Anmerkungen aus Sicht der Praxis –, ZInsO 2001, 481 ff.

Frind, Frank/Schmidt, Andreas

Insolvenzverwalterbestellung: Auswahlkriterien und Grenzen der Justiziabilität in der Praxis, NZI 2004, 533 ff.

Frings, Daniel/Bernsen, Jan Georg

Die Bestellung des Beraters zum Insolvenzverwalter?, NJW-Spezial 2012, 405 f.

Fuhst, Christian

Das neue Insolvenzrecht – Ein Überblick, DStR 2012, 418 ff.

Ganter, Gerhard

Betriebsfortführung im Insolvenzeröffnungs- und Schutzschirmverfahren, NZI 2012, 433 ff.

Gebler, Olaf

Ausländische Insolvenzverfahren zur Sanierung deutscher Unternehmen, NZI 2010, 665 ff.

Gebler, Olaf/Stracke, Dorothee

Anerkennung des US-Chapter 11-Verfahrens als Insolvenzverfahren, NZI 2010, 13 ff.

Gessner, Volkmar/Rhode, Barbara/Strate, Gerhard/Ziegert, Klaus A.

Die Praxis der Konkursverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland, Köln
1978

Göb, Marc Alexander

Aktuelle gesellschaftsrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz – Juni/Juli 2013,
NZI 2013, 787 ff.

ders.

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
(ESUG) – Ein Überblick, NZG 2012, 371 ff.

ders.

Aktuelle gesellschaftsrechtliche Frage in Krise und Insolvenz – Dezember
2011/Januar 2012, NZI 2012, 243 ff.

ders.

Aktuelle gesellschaftsrechtliche Frage in Krise und Insolvenz – Februar/März
2011, NZI 2011, 394 ff.

Gogger, Martin

Insolvenzgläubiger-Handbuch, 3. Auflage, München 2011

Goode, Roy

Principles of Corporate Insolvency Law, Fourth edition, London 2011

ders.

Commercial Law, Second Edition, London Edinburgh & Dublin 1995

Gottwald, Peter

Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Auflage, München 2015
(zit.: Bearbeiter in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2015))

Graeber, Thorsten

Der Konzerninsolvenzverwalter – Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten
eines Konzerninsolvenzverfahrens, NZI 2007, 265 ff.

ders.

Die Auswahl des Insolvenzverwalters durch das Gericht, FPR 2006, 74 ff.

ders.

Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters – Zum Verhältnis zwischen
Insolvenzrichter, Insolvenzverwaltern und Bewerbern sowie der Notwendigkeit
einer Selbstorganisation der Insolvenzverwalter und Treuhänder –, DZWIR
2005, 177 ff.

ders.

Die Vorauswahl der Insolvenzverwalterkandidaten, NJW 2004, 2715 ff.

ders.

Die Aufgaben des Insolvenzverwalters im Spannungsverhältnis zwischen Delegationsbedürfnis und Höchstpersönlichkeit, NZI 2003, 569 ff.

ders.

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters gegenüber Gläubigern und Schuldner – Eine „fundamentale“ Anforderung an Verwalter fremden Vermögens, NZI 2002, 345 ff.

ders.

Die Wahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung nach § 57 InsO, ZIP 2000, 1465 ff.

Graf-Schlicker, Marie Luise

InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, Berlin 2012
(zit.: *Bearbeiter* in: Graf-Schlicker, InsO (2012))

dies.

Gefährdet die Eigenverwaltung die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters?, in: Gerhardt/Haarmeyer/Kreft (Hrsg.), Insolvenzrecht im Wandel der Zeit, Festschrift für Hans-Peter Kirchhof, Kevelaer 2003, 135 ff.
(zit.: *Graf-Schlicker* in: Festschrift Kirchhof (2003), 135 ff.)

Graf-Schlicker, Marie Luise/Remmert, Andreas

Alles neu in der Unternehmensinsolvenz? – Zum Abschlussbericht der Bundesländer-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“, ZInsO 2002, 563 ff.

dies.

Das Unternehmensinsolvenzrecht unter der Lupe: Änderungen und Zukunftsperspektiven, NZI 2001, 569 ff.

Gruber, Urs Peter

Die neue Korruptionsgefahr bei der Insolvenzverwalterbestellung, NJW 2013, 584 ff.

Haarmeyer, Hans

Anmerkung zu LG Stendal, Beschl. v. 22.10.2012 – 25 T 184/12, ZInsO 2012, 2210 f.

ders.

Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen – BT-Drs. 17/5712 vom 29.6.2011, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/12_Sanierung_von_Unternehmen/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Haarmeyer.pdf, 1 ff.
(besucht am 24.1.2013) (zit.: Stellungnahme vom 29.6.2011)

Haarmeyer, Hans/Buchalik, Robert

Sanieren statt liquidieren – Neue Möglichkeiten der Sanierung durch Insolvenz nach dem ESUG, Herne 2012

Haarmeyer, Hans/Wutzke, Wolfgang/Förster, Karsten

Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung, München 2011

dies.

Insolvenzrechtliche Vergütung (InsVV), 4. Auflage, München 2007
(zit.: InsVV (2007))

dies.

Kommentar zu Gesamtvollstreckungsordnung, 4. Auflage, Köln 1998
(zit.: Kommentar zur GesO (1998))

Haarmeyer, Hans/Buchalik, Robert/Haase, Markus

Befragung der Insolvenzgerichte zu den §§ 270a und 270b InsO-Verfahren, ZInsO 2013, 26 ff.

Haas, Matthias

Keine Trittbrettfahrten für Sanierungsmuffel, NJW 2010, 984 ff.

Haberhauer, Stefanie/Meeh, Günther

Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters zwischen Antrag und Eröffnung des Insolvenzverfahrens, DStR 1995, 1442 ff.

Habersack, Mathias/Verse, Dirk A.

Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?, ZHR 168 (2004), 174 ff.

Habscheid, Edgar J.

Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1998

Häsemeyer, Ludwig

Insolvenzrecht, 4. Auflage, München 2007

Hannich, Rolf

Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 6. Auflage, München 2008
(zit.: *Bearbeiter* in: Hannich, Karlsruher KommStPO (2008))

Hannigan, Brenda

Company Law, Second edition, Oxford 2009

Harz, Michael/Hub, Heinz-Günter/Schlarb, Eberhard

Sanierungs-Management – Unternehmen aus der Krise führen, Kvelaer 1996

Hatak, Isabella R.

Kompetenz, Vertrauen und Kooperation, Frankfurt am Main 2011
(Wirtschaftswissenschaftliche Diss. Wirtschaftsuniversität Wien 2010)

Hay, Peter

US-Amerikanisches Recht, 5. Auflage, München 2011

He, Wangxiang

Unternehmenssanierung im Insolvenzplanverfahren – Unter Berücksichtigung des Entwurfs für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), München 2012 (Jur. Diss. Universität München 2012) (zit.: Unternehmenssanierung im Insolvenzplanverfahren (2012))

Hegmanns, Ekkehard

Der Gläubigerausschuss: Eine Untersuchung zum Selbstverwaltungsrecht der Gläubiger im Konkurs, Köln 1986
(Jur. Diss. Universität Bonn 1985)

Heidland, Herbert

Die Rechtsstellung und Aufgaben des Gläubigerausschusses als Organ der Gläubigerselbstverwaltung in der Insolvenzordnung (InsO), in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000, 711 ff.
(zit.: Heidland in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 711 ff.)

Heilmann, Joachim

Neues Insolvenzrecht und Arbeitnehmerinteressen, Baden-Baden 1998

Henke, Johannes

Effektivität der Kontrollmechanismen gegenüber dem Unternehmensinsolvenzverwalter, Tübingen 2009
(Jur. Diss. Universität Würzburg 2009)

Henssler, Martin

Das Berufsbild des Insolvenzverwalters im Wandel der Zeit, ZIP 2002, 1053 ff.

ders.

Das Berufsbild des Insolvenzverwalters, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrechts – 50 Jahre Kölner Arbeitskreis Jubiläumskongreß 1999, Köln 2000, 45 ff.
(zit.: Henssler in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln, Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrecht – 50 Jahre Kölner Arbeitskreis Jubiläumskongreß 1999 (2000), 45 ff.)

Henssler, Martin/Prütting, Hanns

Bundesrechtsanwaltsordnung, 3. Auflage, München 2010
(zit.: Bearbeiter in: Henssler/Prütting, BRAO (2010))

Hergenröder, Curt Wolfgang

Entschuldung durch Restschuldbefreiungstourismus? Voraussetzungen, Grenzen und Verfahrensfragen der Anerkennung einer ausländischen Restschuldbefreiung im Inland nach der EuInsVO, DZWIR 2009, 309 ff.

Hergenröder, Curt Wolfgang/Gotzen, Julia Sarah

Insolvenzrechtliche Anerkennung des US-Chapter 11-Verfahrens – Besprechung des BGH-Urteils vom 13.10.2009 – X ZR 79/06, DZWIR 2010, 273 ff.

Herzig, Dirk

Das Insolvenzplanverfahren – Eine schwerpunktmäßige Untersuchung aus praktischer Sicht unter dem Gesichtspunkt der Zeitkomponente mit rechtsvergleichender Betrachtung des Reorganisationsverfahrens nach Chapter 11 des Bankruptcy Code, Frankfurt am Main 2001

(Jur. Diss. Universität Regensburg 2000)

(zit.: Das Insolvenzplanverfahren (2001))

Hess, Harald

Sanierungshandbuch, 5. Auflage, Köln 2011

ders.

Insolvenzrecht, 5. Auflage, Köln 1999

Hilgers, Petra

Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (BT-Drucksache 17/5712) in der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 29.6.2011 vom 23.6.2011, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/12_Sanierung_von_Unternehmen/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Hilgers.pdf, 1 ff. (besucht am 21.1.2013) (zit.: Stellungnahme vom 23.6.2011)

Hirte, Heribert/Knof, Béla/Mock, Sebastian

Das neue Insolvenzrecht nach dem ESUG – Einführung und Materialien zum Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, München 2012 (zit.: Das neue Insolvenzrecht nach dem ESUG (2012))

dies.

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (Teil I), DB 2011, 632 ff.

Höfling, Wolfram

Insolvenzverwalterbestellung – Rechtsschutz durch Konkurrentenklage?, NJW 2005, 2341 ff.

Hölzle, Gerrit

Verstrickung durch Desinformation, Tübingen 2012

(Jur. Habil. Universität Bremen 2011)

ders.

Praxisleitfaden ESUG, Köln 2012

ders.

Die Insolvenzordnung als Sanierungsinstrument – Der Versuch einer Zustandsanalyse mit Bezügen zum Insolvenzstandort Bremerhaven, in: Schilling (Hrsg.), Festschrift für Uwe Lissau, Bremerhaven 2012, 91 ff.
(zit.: *Hölzle* in: Schilling, Festschrift Lissau (2012), 91 ff.)

ders.

Gesellschaftsrechtliche Veränderungssperre im Schutzschirmverfahren, ZIP 2012, 2427 ff.

ders.

Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren nach ESUG – Herausforderungen für die Praxis, ZIP 2012, 158 ff.

ders.

Die Fortführung von Unternehmen im Insolvenzeröffnungsverfahren – Zur Reichweite der Kompetenzen des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters, ZIP 2011, 1889 ff.

ders.

Die Sanierung von Unternehmen im Spiegel des Wettbewerbs der Rechtsordnungen in Europa – Eine Betrachtung des Sanierungs- und Insolvenzstandortes Deutschland de lege lata und de lege ferenda im europäischen Vergleich am Beispiel Englands –, KTS 2011, 291 ff.

ders.

Die „erleichterte Sanierung von Unternehmen“ in der Nomenklatur der InsO – ein hehres Regelungsziel des RefE-ESUG, NZI 2011, 124 ff.

ders.

Unternehmenssanierung außerhalb der Insolvenz – Überlegungen zu einem Sanierungsvergleichsgesetz, NZI 2010, 207 ff.

Hölzle, Gerrit/Pink, Andreas

Mezzanine-Programme und Gestaltungspotential der Sanierungseigenverwaltung im ESUG, ZIP 2011, 360 ff.

Hofmann, Matthias

Die Vorschläge des DisKE-ESUG zur Eigenverwaltung und zur Auswahl des Sachwalters – Wege und Irrwege zur Erleichterung von Unternehmenssanierungen, NZI 2010, 798 ff.

Holzer, Johannes

Entscheidungssträger im Insolvenzverfahren, 3. Auflage, Köln 2004

Holzer, Johannes/Kleine-Cosack, Michael/Prütting, Hanns

Die Bestellung des Insolvenzverwalters, Köln 2001

Horstkotte, Martin

„Unabhängigkeit“ – the new battleground, ZInsO 2013, 160 ff.

ders.

Effektiver Rechtsschutz im Verfahren über die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses: Anmerkung und Ergänzung zu Römermann/Praß „Rechtsschutz bei Ablehnung eines vorläufigen Gläubigerausschusses“, ZInsO 2012, 1923, ZInsO 2012, 1930 ff.

Huber, Herwart

Großer Wurf oder viel Lärm um nichts? – Anmerkungen zum ESUG aus Sicht eines Kreditinstituts, ZInsO 2013, 1 ff.

Insolvency Service

Annual Report 2010 (2011), <http://www.bis.gov.uk/insolvency/Publications>, 1 ff. (besucht am 6.2.2013)

Jaeger, Ernst

Insolvenzordnung, Band 1 §§ 1–55, Berlin 2004
(zit.: *Bearbeiter* in: Jaeger, InsO, Band 1 (2004))

ders.

Insolvenzordnung, Band 2 §§ 56–102, Berlin 2007
(zit.: *Bearbeiter* in: Jaeger, InsO, Band 2 (2007))

ders.

Konkursordnung Großkommentar, 9. Auflage, Berlin 1997
(zit.: *Bearbeiter* in: Jaeger, Konkursordnung (1997))

ders.

Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 8. Auflage, Berlin und Leipzig 1973

ders.

Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Band 2, 6. und 7. Auflage, Berlin und Leipzig 1936

Jahn, Uwe/Sahm, Anne

Insolvenzen in Europa, 4. Auflage, Heidelberg 2004
(zit.: *Bearbeiter* in: Jahn/Sahm, Insolvenzen in Europa (2004))

Kammel, Volker/Staps, Christian

Insolvenzverwalterauswahl und Eigenverwaltung im Diskussionsentwurf für ein Sanierungserleichterungsgesetz, NZI 2010, 791 ff.

Kaser, Max/Knütel, Rolf

Römisches Privatrecht, 19. Auflage, München 2008

Keller, Ulrich

Insolvenzrecht, München 2006

Kemper, Martin

Die U.S.-amerikanischen Erfahrungen mit „Chapter 11“ – Ein Vergleich mit dem Insolvenzplan der neuen Insolvenzordnung, Frankfurt am Main 1996 (Jur. Diss. Universität Regensburg 1995)

Kestler, Matthias/Striegel, Andreas/Jesch, Thomas A.

Distressed Debt Investments – Insolvenzrechtliche Instrumentarien der Unternehmenssanierung über Fremdkapital, NZI 2005, 417 ff.

Kindler, Peter/Nachmann, Josef

Handbuch Insolvenzrecht in Europa, Loseblattsammlung, Stand: Juni 2010, München (zit.: *Bearbeiter* in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa (2010))

Kirchgässner, Gebhard

Das ökonomische Verhaltensmodell: Der Homo oeconomicus, in: von Nell/Kufeld (Hrsg.), Homo oeconomicus – Ein neues Leitbild in der globalisierten Welt?, Berlin 2006, 81 ff. (zit.: *Kirchgässner* in: von Nell/Kufeld, Homo oeconomicus – Ein neues Leitbild in der globalisierten Welt? (2006), 81 ff.)

Kirchhof, Hans-Peter/Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2 §§ 80–216, 3. Auflage, München 2013 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm InsO, Band 2 (2013))

dies.

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 3 §§ 217–359, 3. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2014))

Kirchhof, Hans-Peter/Lwowski, Hans-Jürgen/Stürner, Rolf

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1 §§ 1–79, 3. Auflage, München 2013 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm InsO, Band 1 (2013))

dies.

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 3 §§ 270–359, 2. Auflage, München 2008 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm InsO, Band 3 (2008))

Kirstein, Hans-Joachim

Ausführungen zur real existierenden Situation bei Eröffnungs- und Befriedigungsquoten in Insolvenzverfahren, ZInsO 2006, 966 ff.

Kleine-Cosack, Michael

BRAO – Bundesrechtsanwaltsordnung mit Berufs- und Fachanwaltsordnung, 6. Auflage, München 2009 (zit.: BRAO (2009))

Kluth, Thomas

Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters oder die „Insolvenz“ der Verwaltertheorien, NZI 2000, 351 ff.

Koenig, Christian/Hentschel, Kristin

Die Auswahl des Insolvenzverwalters – nationale und EG-vergaberechtliche Vorgaben, ZIP 2005, 1937 ff.

Körner, Martin

Die Eigenverwaltung in der Insolvenz als bestes Abwicklungsverfahren?, NZI 2007, 270 ff.

Köster, Malte

Die Bestellung des Insolvenzverwalters – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts, Baden-Baden 2005
(Jur. Diss. Universität Köln 2004)

Kohler, Josef

Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 2. Auflage, Stuttgart 1903

Kolbe, Sebastian

Arbeitnehmer-Mitbestimmung im vorläufigen Gläubigerausschuss, NZI 2015, 400 ff.

Koppmann, Tobias

Gedekte Schuldverschreibungen in Deutschland und Großbritannien, Berlin 2009

Kranzusch, Peter

Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren – Anwendung und Hindernisse, ZInsO 2008, 1346 ff.

Kranzusch, Peter/Icks, Annette

Wann werden die Gläubiger ausgezahlt? – Dauer von Unternehmensinsolvenzverfahren im regionalen Vergleich –, Institut für Mittelstandsforschung Bonn, Bonn 2010, IfM-Materialien Nr. 193, <http://www.ifm-bonn.org/assets/documents/IfM-Materialien-193.pdf>, 1 ff. (besucht am 20.7.2012)
(zit.: Kranzusch/Icks in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn, IfM-Materialien Nr. 193 (2010))

dies.

Die Quoten der Insolvenzgläubiger in Regel- und Insolvenzplanverfahren – Ergebnisse von Insolvenzverfahren nach der Insolvenzrechtsreform, Institut für Mittelstandsforschung Bonn, Bonn 2009, IfM-Materialien Nr. 186, <http://www.ifm-bonn.org/assets/documents/IfM-Materialien-186.pdf>, 1 ff. (besucht am 20.7.2012)
(zit.: Kranzusch/Icks in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn, IfM-Materialien Nr. 186 (2009))

Kreft, Gerhart

Heidelberger Kommentar Insolvenzordnung, 6. Auflage, Heidelberg 2011
(zit.: *Bearbeiter* in: Heidelberger Kommentar InsO (2011))

Kremers, Klaus/Hoffmann, Thomas

Insolvenzrechtsreform führt zu Mentalitätswechsel, ZInsO 2013, 289 f.

Kruth, Claus-Peter

Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters – Reformvorschläge angesichts aktueller europäischer Entwicklungen, München 2006

(Jur. Diss. Universität München 2005)

(zit.: Die Auswahl und die Bestellung des Insolvenzverwalters (2006))

Kübler, Bruno M.

Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz – Eigenverwaltung und Insolvenzplan, Köln 2012 (zit.: *Bearbeiter* in: Kübler, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz – Eigenverwaltung und Insolvenzplan (2012))

Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Bork, Reinhard

InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, Loseblattsammlung, Band I Stand November 2015, Köln

(zit.: *Bearbeiter* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Band I (2015))

dies.

InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, Loseblattsammlung, Band II Stand November 2015, Köln

(zit.: *Bearbeiter* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Band II (2015))

Laier, Matthias

Die stille Sanierung deutscher Gesellschaften mittels eines „Scheme of Arrangement“, GWR 2011, 319018

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 1995

Laws, Jutta

Ist die „Schicksalsfrage des Insolvenzverfahrens“ tatsächlich justiziabel?, ZInsO 2006, 847 ff.

Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine

Dritte Stufe der Insolvenzrechtsreform – Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, ZIP 2013, 97 ff.

dies.

Rede der Bundesjustizministerin der Justiz beim Neunten Deutschen Insolvenzrechtstag der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht im Deutschen Anwaltverein am 22. März 2012 in Berlin, ZInsO 2012, 637 ff.

dies.

Rede der Bundesministerin der Justiz beim Achten Deutschen Insolvenzrechtstag der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht im Deutschen Anwaltverein am 7. April 2011 in Berlin, <http://www.leutheusser-schnarrenberger.de/medien/reden/reden/fortschritte-der-insolvenzrechtsreform> (besucht am 22.2.2012)

dies.

Rede der Bundesministerin der Justiz beim 7. Deutschen Insolvenzrechtstag am 18. März 2010 in Berlin, ZInsO 2010, 614 ff.

Levy, Leopold

Die neuen Richtlinien des Amtsgerichts Berlin-Mitte für die Konkursverwalter, KUT 1929, 85 ff.

Linden, Ina

Neues Insolvenzrecht blockiert Sanierungen, Financial Times Deutschland (FTD) vom 3.7.2012, <http://www.ftd.de/karriere/recht-steuern/:recht-steuern-neues-insolvenzrecht-blockiert-sanierungen/70058196.html> (besucht am 27.12.2012)
(zit.: Financial Times Deutschland (FTD) 3.7.2012)

Linse, Thomas/Glaubitz, Anne

„Insolvenzverwalter-Listing“ – Chancen für den Steuerberater oder „Closed Shop“?, DStR 2010, 1497 ff.

Lissner, Stefan

Person des Insolvenzverwalters – Schicksalsfrage für die erfolgreiche Insolvenz?, BB 2014, 265 ff.

Lohkemper, Wolfgang

Die Bedeutung des neuen Insolvenzrechts für das Arbeitsrecht, KTS 1996, 1 ff.

Lorenz, Uwe

Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2000

Lücke, Wolfgang

Unabhängigkeit oder „Kernunabhängigkeit“ des Insolvenzverwalters – Zu Gehalt und Feststellung einer wesentlichen Verwalterqualifikation, ZIP 2003, 557 ff.

ders.

Anmerkungen zu LG Cottbus, Beschl. v. 17.7.2011 – 7 T 421/00
(nicht rechtskräftig), ZIP 2001, 2188 ff.

ders.

Kein Bedarf an Insolvenzverwaltern, ZIP 2000, 485 ff.

Madaus, Stephan

Der Insolvenzplan, Tübingen 2011
(Jur. Habil. Universität Rostock 2010)

Marotzke, Wolfgang

Gläubigerautonomie – ein modernes Missverständnis – Herrn Richter am BGH Hans-Peter Kirchhof zum 65. Geburtstag am 28.8.2003 –, ZInsO 2003, 726 ff.

Martini, Torsten

Von der Kunst der Auslegung zum Wohle des Verfahrens – Anmerkung zu AG Hamburg, Beschl. v. 3.5.2013 – 67c IN 161/13, ZInsO 2013, 1803 und Beschl. v. 6.5.2013 – 67c IN 165/13, ZInsO 2013, 1804, ZInsO 2013, 1728 ff.

Mathis, Klaus

Effizienz statt Gerechtigkeit? – Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, Berlin 2009
(Jur. Diss. Universität Zürich 2003)
(zit.: Effizienz statt Gerechtigkeit (2009))

Maunz, Theodor/Dürig, Günter

Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung, Band I Stand Mai 2013, München
(zit.: *Bearbeiter* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Band I (2013))

Maurer, Hartmut

Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München 2011

Maus, Karl Heinz

Schuldnerstrategien in der Unternehmensinsolvenz (Teil II), DSStR 2002, 1104 ff.

May, Andreas

Der Bankenpool – Sicherheitenpoolverträge der Kreditinstitute in der Unternehmenskrise, Berlin 1989

Mayer-Maly, Theo

Römisches Recht, 2. Auflage, Wien 1999

Meier, Jan-Philipp

Privilegien des Fiskus und der Sozialversicherungsträger in der Unternehmensinsolvenz, Frankfurt am Main 2010
(Jur. Diss. Universität Hamburg 2009)

Mennen, Ann-Kristin

Erste Schlecker-Angestellte siegt vor Gericht, Spiegel Online vom 28.6.2012, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/schlecker-klage-gegen-kuendigung-erfolgreich-a-841442.html> (besucht am 30.8.2012)
(zit.: Spiegel Online (28.6.2012))

Meyer-Löwy, Bernd/Bruder, Florian

Beratung der Gläubiger einer GmbH in Krise und Insolvenz nach dem ESUG, GmbHR 2012, 432 ff.

Meyer-Löwy, Bernd/Ströhm, Martin G.

Das Insolvenzverfahren in Sachen Dailyce oder: Wie viel Gläubigermitbestimmung ermöglicht das ESUG? – Zugleich Besprechung der Entscheidungen AG Stendal v. 1.10.2012 – 7 IN 164/12, ZIP 2012, 2030, und LG Stendal v. 22.10.2012 – 25 T 184/12, ZIP 2012, 2168, ZIP 2012, 2432 ff.

Milman, David

Enterprise Bill, *Insolvency Lawyer* 2002, 119 ff.

Möhlmann, Thomas

Die Berichtspflichten des Insolvenzverwalters zum Berichtstermin – eine betriebswirtschaftliche Perspektive, *NZI* 1999, 433 ff.

Mönning, Rolf-Dieter

Die Auswahl des Verwalters als Problem der Qualitätssicherung, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000, 375 ff.
(zit.: *Mönning* in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* (2000), 375 ff.)

Müller, Udo/Rautmann, Heiko

Blick ins Insolvenzrecht, *DStR* 2012, 1347 ff.

Müller-Seils, Carsten Oliver

Rescue Culture und Unternehmenssanierung in England und Wales nach dem Enterprise Act 2002, Baden-Baden 2006
(Jur. Diss. Universität Köln 2006)

Musielak, Hans-Joachim

Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 9. Auflage, München 2012 (zit.: *Bearbeiter* in: Musielak, *Kommentar zur ZPO* (2012))

Nerlich, Jörg/Kreplin, Georg

Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 2. Auflage, München 2012 (zit.: *Bearbeiter* in: Nerlich/Kreplin, *Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung* (2012))

Nerlich, Jörg/Römermann, Volker

Insolvenzordnung, Loseblattsammlung, Stand Januar 2015, München
(zit.: *Bearbeiter* in: Nerlich/Römermann, *InsO* (2015))

Neubert, Klaus

Das Hannoveraner Modell zur Verwalterauswahl, *ZInsO* 2010, 73 ff.

ders.

Auswahl der (vorläufigen) Insolvenzverwalter/-verwalterinnen durch das Gericht, *ZInsO* 2002, 309 ff.

Neumann, Friedrich

Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren, Bielefeld 1995
(Jur. Diss. Universität Regensburg 1993)

North, Douglass S.

Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung, Tübingen 1992

Obermüller, Manfred

Der Gläubigerausschuss nach dem „ESUG“, *ZInsO* 2012, 18 ff.

ders.

Das ESUG und seine Auswirkungen auf das Bankgeschäft, ZInsO 2011, 1809 ff.

ders.

Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 8. Auflage, Köln 2011

Obermüller, Manfred/Hess, Harald

InsO – Eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts, 4. Auflage, Heidelberg 2003

Pape, Gerhard

Insolvenzverwalter mit beschränkter Haftung Vol. 2 – Übergang des Bestellungsrechts auf die Organe juristischer Personen?, ZInsO 2015, 1650 ff.

ders.

Aufhebung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung und Beurteilung des gemeinsamen Interesses nach § 78 InsO, ZInsO 2000, 469 ff.

ders.

Aktuelle Probleme des Insolvenzeröffnungsverfahrens nach Inkrafttreten der InsO, DB 1999, 1539 ff.

ders.

Konkursverwalter mit beschränkter Haftung, ZIP 1993, 737 ff.

Pape, Gerhard/Schultz, Volker

Die Pflichten der Mitglieder des Gläubigerausschusses im eröffneten Verfahren, ZIP 2015, 1662 ff.

Pape, Gerhard/Uhländer, Christoph

NWB Kommentar zum Insolvenzrecht – Praktikerkommentar mit Schwerpunkt zum Steuerrecht, Herne 2013
(zit.: *Bearbeiter* in: Pape/Uhländer, NWB Komm InsO (2013))

Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm/Voigt-Salus, Joachim

Insolvenzrecht, 2. Auflage, München 2010

Papke, Horst

Noch einmal: Praktische Konsequenzen der Behandlung des Konkursverwalters als Organ der Konkursmasse, KTS 1968, 49 ff.

Paulsen, Knud A.

Die Auswahl und die Bestellung des Insolvenzverwalters im Spannungsverhältnis zwischen richterlichem Ermessen, Gläubigerautonomie und Eilbedürftigkeit – §§ 56, 57 InsO, ein Sanierungsfall?, Köln 2006
(Jur. Diss. Universität Köln 2006)

Paulus, Christoph Georg

Das englische Scheme of Arrangement – ein neues Angebot auf dem europäischen Markt für außergerichtliche Restrukturierungen, ZIP 2011, 1077 ff.

ders.

Insolvenzverwalter und Gläubigerorgane, NZI 2008, 705 ff.

ders.

Insolvenzrecht, Frankfurt am Main 2007

ders.

Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht, ZIP 2005, 1948 ff.

ders.

Grundlagen des neuen Insolvenzrechts – Schuldner, Gläubiger und Insolvenzverwalter, DStR 2003, 31 ff.

Perker, Susanne

Das Reorganisationsverfahren im englischen Insolvenzrecht im Vergleich zur geplanten deutschen Insolvenzordnung, München 1994

(Jur. Diss. Universität Münster 1991)

(zit.: *Englisches Reorganisationsverfahren* (1994))

Philipp, Udo

Die Pleitemeister – Das Geschäft mit dem Konkurs, Berlin 1998

Polinsky, Mitchell

Ökonomische Analyse als ein potentiell mangelhaftes Produkt: Eine Verbraucherinformation zu Posners „Ökonomische Analyse des Rechts“ in: Assmann/Kirchner/Schanze, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg/Ts. 1978, 113 ff. (zit.: *Polinsky* in: Assmann/Kirchner/Schanze, *Ökonomische Analyse des Rechts* (1978), 113 ff.)

Portisch, Wolfgang

Sanierung und Insolvenz aus Bankensicht, 2. Auflage, München 2010

Prütting, Hanns

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, ZIP 2002, 1965 ff.

Raab, Hans

Der Lotse geht an Bord, MC 2002, 10 ff.

Rauscher, Thomas

Mut zum sachgerechten Auswahlermessen, ZInsO 2009, 275 f.

Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3 §§ 1025–1109 ZPO, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, IZPR, 4. Auflage, München 2013

(zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm ZPO, Band 3 (2013))

Rauscher, Thomas/Wax, Peter/Wenzel, Joachim

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 §§ 1–354, 4. Auflage, München 2013 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm ZPO, Band 1 (2013))

Reul, Adolf/Heckschen, Heribert/Wienberg, Rüdiger

Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, München 2012

(zit.: *Bearbeiter* in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis (2012))

Reuß, Philipp M.

“Forum Shopping“ in der Insolvenz – Missbräuchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten, Tübingen 2011 (Jur. Diss. Universität München 2010)

(zit.: “Forum Shopping“ in der Insolvenz (2011))

Reuter, Peter

Starke Schuldnerberater – ein Webfehler im ESUG?, INDat-Report 6/2012, 26 ff.

Reuter, Peter/Hart, Dalia

ESUG – Erste Verfahren, INDat-Report 07/2012, 1 ff.

Ries, Stephan

Der „vorläufige Insolvenzverwalter“ nach § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO – jeder kennt ihn, aber kaum einer weiß, in welcher Funktion und für welche Gläubiger er tätig ist, ZInsO 2013, 1612 ff.

Riggert, Rainer

Die Auswahl des Insolvenzverwalters – Gläubigerbeteiligung des Referentenentwurfs zur InsO (RefE-ESUG) aus Lieferantensicht, NZI 2011, 121 ff.

ders.

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters gegenüber Gläubigern – Erwiderung auf Graeber, NZI 2002, 345, NZI 2002, 352 ff.

ders.

Der Lieferantenpool im neuen Insolvenzrecht – Erwiderung auf Smid, NZI 2000, 505, NZI 2000, 525 ff.

Rink, Florian

Die Sicherheit von Grundpfandrechten in Deutschland und England, Tübingen 2006 (Jur. Diss. Universität Freiburg 2006)

Ripperger, Tanja

Ökonomik des Vertrauens, Tübingen 1998

Rittner, Fritz

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.3.1995 – II ZR 205/94, EWiR 1995, 525 f.

Robrecht, Friedrich H.

Zum klagbaren Anspruch des Rechtsanwalts auf Bestellung zum Konkursverwalter, KTS 1998, 63 ff.

Römermann, Volker

Die „Unabhängigkeit“ des Insolvenzverwalters: Endlich Schluss mit der uferlosen Auslegung!, ZInsO 2013, 218 ff.

ders.

Neues Insolvenz- und Sanierungsrecht durch das ESUG, NJW 2012, 645 ff.

ders.

Neues Sanierungsrecht ab 2012: Der Regierungsentwurf des ESUG, GWR 2011, 321874

ders.

Münchener Anwalt Handbuch GmbH-Recht, 2. Auflage, München 2009
(zit.: *Bearbeiter* in: Römermann, MAH GmbH-Recht (2009))

ders.

Die Bestellung des Insolvenzverwalters, NJW 2002, 3729 ff.

Römermann, Volker/Praß, Jan-Philipp

Rechtsschutz bei Ablehnung eines vorläufigen Gläubigerausschusses, ZInsO 2012, 1923 ff.

dies.

Beratung der GmbH als Schuldnerin in Krise und Insolvenz nach dem ESUG, GmbHR 2012, 425 ff.

Roth, Jan

Interessenwiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren – Eine Untersuchung des Insolvenzeröffnungsverfahrens unter verfahrens- und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, Frankfurt am Main 2004
(Jur. Diss. Universität Frankfurt am Main 2003)
(zit.: Interessenwiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren (2004))

Runkel, Hans P.

Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht, 2. Auflage, Köln 2008

Runkel, Hans P./Wältermann, Frank

Zur verfassungsgemäßen Auswahl und Ernennung eines Insolvenzverwalters, ZIP 2005, 1347 ff.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1–240 BGB, ProstG, AGG, 7. Auflage, München 2015
(zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm BGB, Band 1 (2015))

Schelp, Thomas

Arbeitnehmerforderungen in der Insolvenz, NZA 2010, 1095 ff.

Schick, Walter

Der Konkursverwalter – berufsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, NJW 1991, 1328 ff.

Schippel, Helmut/Bracker, Ulrich

Bundesnotarordnung Kommentar, 9. Auflage, München 2011
(zit.: *Bearbeiter* in: Schippel/Bracker, BNotO (2011))

Schlegel, Stephan

Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, Berlin 1999
(Jur. Diss. Universität Rostock 1998/1999)

Schmidt, Andreas

Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 4. Auflage, Köln 2012
(zit.: *Bearbeiter* in: Schmidt, HambKomm InsO (2012))

Schmidt, Andreas/Hölzle, Gerrit

Der Verzicht auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters – Kein Schutz der Gläubiger vor sich selbst – ein Leitbild zur Anwendung der §§ 56, 56a InsO, ZIP 2012, 2238 ff.

Schmidt, Karsten

Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht im ESUG-Entwurf, BB 2011, 1603 ff.

ders.

Sanieren oder Ausscheiden – Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 19.10.2009 – II ZR 240/08, JZ 2010, 125 ff.

ders.

Klage und Rechtshängigkeit bei Konkurseröffnung vor Klagezustellung, NJW 1995, 911 ff.

ders.

Unterbrechung und Fortsetzung von Prozessen im Konkurs einer Handelsgesellschaft – Fragen und Thesen zu §§ 240 ZPO, 10 ff. KO (96 ff. InsO) –, KTS 1994, 309 ff.

ders.

Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, Köln 1990

ders.

Anwendung von Handelsrecht auf Rechtshandlungen des Konkursverwalters – Zum Urteil des BGH vom 25.2.1987, NJW 1987, 1905 ff.

ders.

Der Konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsentant des Gemeinschuldners – Versuch einer Konkursverwaltertheorie für heute und morgen –, KTS 1984, 345 ff.

Schmidt, Nikolaus M.

Zur Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses gemäß § 22a Abs. 2 InsO – Prozedere und Rechtsbehelf, ZInsO 2012, 1107 ff.

Schömann-Finck, Clemens

Karstadt-Rettung – Insolvenzverwalter Görg bekommt 25 Millionen, Focus Online vom 1.10.2010, http://www.focus.de/finanzen/news/unternehmen/karstadt-rettung-insolvenzverwalter-goerg-bekommt-25-millionen_aid_558019.html (besucht am 10.1.2013)
(zit.: Focus Online (1.10.2010))

Schruth, Peter/Kuntz, Roger/Müller, Peter/Stammler, Claudia/Westerath, Jürgen
Schuldnerberatung in der Sozialen Arbeit, 5. Auflage, Weinheim 2003

Schütte, Dieter B./Horstkotte, Michael/Rohn, Steffen/Schubert, Mathias
Die öffentliche Körperschaft als Insolvenzgläubiger, Stuttgart 2006

Schumann, Ekkehard

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters – Sicherung der Integrität des Insolvenzverfahrens, in: Schütze (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, 1043 ff. (zit.: *Schumann* in: Schütze, Festschrift Geimer (2002))

Seagon, Christopher

Beschränkung des Verwalteramts auf natürliche Personen: Ungleichbehandlung aus gutem Grund!, NZI 2015, 825 ff.

Sealy, Len/Milman, David

Annotated Guide to the Insolvency Legislation 2009/2010, Volume 1, Twelfth Edition, London 2009

Siemon, Klaus

§ 56 InsO ist keine Ermessenvorschrift – Zur Auslegung des Merkmals der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters auf dieser Basis, ZInsO 2012, 364 ff.

Simon, Stefan/Merkelbach, Matthias

Gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG, NZG 2012, 121 ff.

Smid, Stefan

Titulierung des Vergütungsanspruchs des Insolvenzverwalters und des vorläufigen Verwalters – Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 26a InsO, ZIP 2014, 1714 ff.

ders.

Kurze kritische Anmerkungen zu den Änderungen der Insolvenzordnung durch Art. 3 und 4 Haushaltsbegleitgesetz 2011, DZWIR 2011, 133 ff.

ders.

Praxishandbuch Insolvenzrecht, 5. Auflage, Berlin 2007

ders.

Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenzzrechtlicher Vergütungsverordnung (InsVV), 2. Auflage, Stuttgart 2001
(zit.: *Bearbeiter* in: Smid, InsO (2001))

ders.

Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht als Rechtsfrage betrachtet, DZWIR 2001, 485 ff.

ders.

Sanierungsverfahren nach neuem Insolvenzrecht, WM 1998, 2489 ff.

ders.

Grund und Grenzen der Rechtsmittelbefugnis des Konkursverwalters, ZIP 1995, 1137 ff.

Sodan, Helge/Ziekow, Jan

Verwaltungsgerichtsordnung – Großkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2010
(zit.: *Bearbeiter* in: Sodan/Ziekow, VwGO – Großkommentar (2010))

Solazzi, Siro

Il concorso dei creditori nel diritto romano, Band 3, Napoli 1940

Späth, Julia F.

Interpersonelles Vertrauen in Organisationen, Frankfurt am Main 2008
(Jur. Diss. Universität Mainz 2007)

Splied, Jürgen D.

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, EWiR 2002, 919 f.

Spranger, Eduard

Lebensformen – Geisteswissenschaftliche Psychologie und Ethik der Persönlichkeit, 2. Auflage, Halle (Saale) 1922

Stapper, Florian

Neue Anforderungen an den Insolvenzverwalter, NJW 1999, 3441 ff.

Stapper, Florian/Jacobi, Christoph Alexander

Rechtsprechung zum Insolvenzrecht: Das Wichtigste für die Praxis – Die Insolvenzanfechtung, NJ 2012, 221 ff.

Statistisches Bundesamt

Rechtspflege Zivilgerichte, Sachserie 10 Reihe 2.1, 14. August 2011,
https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte2100210117004.pdf?__blob=publicationFile,
1 ff. (besucht am 23.10.2011)
(zit.: Rechtspflege Zivilgerichte (2011))

Steffek, Felix

Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, Tübingen 2011
(Jur. Diss. Universität Heidelberg 2007)

ders.

Wrongful Trading – Grundlagen und Spruchpraxis, NZI 2010, 589 ff.

Steinbrück, Peer

Gleichgewichtsstörungen, Zeit vom 26.4.2012, <http://www.zeit.de/2012/18/Steinbrueck-Soziale-Marktwirtschaft> (besucht am 1.3.2013)
(zit.: Zeit (26.4.2012))

Steinwachs, Torsten

Die Wahl des vorläufigen Insolvenzverwalters durch den (vorläufigen) vorläufigen Gläubigerausschuss nach dem „ESUG“, ZInsO 2011, 410 ff.

Stüdemann, Klaus

Der Konkursverwalter als Unternehmer, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, Einhundert Jahre Konkursordnung 1877–1977, Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln zum einhundertjährigen Bestehen der Konkursordnung vom 10. Februar 1877, Köln 1977, 401 ff.
(zit.: Stüdemann in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, Festschrift Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln (1977), 401 ff.)

Stürner, Rolf

Aktuelle Probleme des Konkursrechts, ZZP 1981, 263 ff.

Teevs, Christian

Zoff um Rekordhonorar für Lehman-Abwickler, Spiegel Online vom 23.11.2012, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/lehman-zoff-um-das-mega-honorar-fuer-insolvenzverwalter-frege-a-868939.html>
(besucht am 10.1.2013)
(zit.: Spiegel Online (23.11.2012))

Terhart, Peter

Chapter 11 Bankruptcy Code: Eine Alternative für Deutschland?, Frankfurt am Main 1996 (Jur. Diss. Universität Regensburg 1995)

Terpitz, Katrin

Kreist der Pleitegeier, sind Beiräte oft überfordert, Handelsblatt, Ausgabe vom 22.1.2010, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/insolvenz-kreist-der-pleitegeier-sind-beiraete-oft-ueberfordert/3351550.html> (besucht am 2.3.2012)
(zit.: Handelsblatt (Ausgabe vom 22.1.2010))

Thieman, Stephan

Die vorläufige Masseverwaltung im Insolvenzeröffnungsverfahren, Herne/Berlin 2000

Thieme, Jürgen

Zur Entstehung der Konkursordnung, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, Einhundert Jahre Konkursordnung 1877–1977, Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln zum einhundertjährigen Bestehen der Konkursordnung vom 10. Februar 1877, Köln 1977, 35 ff.
(zit.: Thieme in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, Festschrift Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln (1977), 35 ff.)

Tierhoff, Michael/Müller, Renate/Illy, Thomas/Liebscher, Marc

Unternehmenssanierung, Heidelberg 2012
(zit.: *Bearbeiter* in: Tierhoff/Müller/Illy/Liebscher, Unternehmenssanierung (2012))

Thomas, Heinz/Putzo, Hans

ZPO Zivilprozessordnung, 34. Auflage, München 2013
(zit.: *Bearbeiter* in: Thomas/Putzo, ZPO (2013))

Tietzel, Manfred

Probleme der asymmetrischen Informationsverteilung beim Güter- und Leistungstausch, Fachbereich Wirtschaftswissenschaft Universität Duisburg Gesamthochschule, Diskussionsbeiträge Januar 1988
(zit.: Probleme der asymmetrischen Informationsverteilung beim Güter- und Leistungstausch (1988))

Timm, Cathrin

Insolvenzverwalter – Wie viel Gehalt ist unmoralisch?, Focus Online vom 28.10.2009, http://www.focus.de/finanzen/news/insolvenzverwalter-wie-viel-gehalt-ist-unmoralisch_aid_448779.html (besucht am 10.1.2013)
(zit.: Focus Online (28.10.2009))

Trams, Kai

Verwalterauswahl nach ESUG – Revolution oder Sturm im Wasserglas?, NJW-Spezial 2012, 149 f.

ders.

Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, NJW-Spezial 2011, 149 f.

Tribe, John

The DTI's White Paper, "Insolvency – A Second Chance": the end of administrative receivership?, Company Lawyer 2002, 60 f.

Trinkner, Reinhold

Wiedereinführung der altorientalischen Schuldknechtschaft durch die Insolvenzordnung?, BB 1992, 2441 ff.

Uhlenbruck, Wilhelm

Zur Geschichte des Konkurses, DZWIR 2007, 1 ff.

ders.

Zur Vorauswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, NZI 2006, 489 ff.

ders.

Gefährdet die Eigenverwaltung insolventer Unternehmen die richterliche Unabhängigkeit?, NJW 2002, 3219 ff.

ders.

Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000, 325 ff.

(zit.: Uhlenbruck in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 325 ff.)

ders.

Das Bild des Insolvenzverwalters – Der Versuch einer Orientierung im Widerstreit vielfältiger Interessen –, KTS 1998, 1 ff.

ders.

Kurzkomentar zu LG Magdeburg, Beschl. v. 21.10.2006 – 3 T 642/06, EWIR 1997, 109 f.

ders.

Aus- und Abwahl des Insolvenzverwalters – Eine Schicksalsfrage der Insolvenzrechtsreform –, KTS 1989, 229 ff.

ders.

Einhundert Jahre Konkursordnung, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, Einhundert Jahre Konkursordnung 1877–1977, Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln zum einhundertjährigen Bestehen der Konkursordnung vom 10. Februar 1877, Köln 1977, 3 ff.

(zit.: Uhlenbruck in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, Festschrift Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln (1977), 3 ff.)

Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz

Insolvenzordnung Kommentar, 14. Auflage, München 2015

(zit.: *Bearbeiter* in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO (2015))

Uhlenbruck, Wilhelm/Mönning, Rolf-Dieter

Listing, Delisting und Bestellung von Insolvenzverwaltern, ZIP 2008, 157 ff.

Vallender, Heinz

Das neue Schutzschirmverfahren nach dem ESUG, GmbHR 2012, 450 ff.

ders.

Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) – Änderungen des Insolvenzeröffnungsverfahrens, MDR 2012, 61 ff.

ders.

Insolvenzkultur gestern, heute und morgen, NZI 2010, 838 ff.

ders.

Gefahren für den Insolvenzstandort Deutschland, NZI 2007, 129 ff.

ders.

Wie viele Verwalter braucht das Land?, NZI 2005, 473 ff.

ders.

Rechtsstellung und Aufgaben des Gläubigerausschusses, WM 2002, 2040 ff.

ders.

Die Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung, DZWIR 1999, 265 ff.

Vallender, Heinz/Undritz, Sven-Holger

Praxis des Insolvenzrechts, Köln 2012

(zit.: *Bearbeiter* in: Vallender/Undritz, Praxis des Insolvenzrechts (2012))

Vallender, Heinz/Zipperer, Helmut

Der vorbereitete Insolvenzverwalter – ein Zukunftsmodell? – Erwiderung auf Schmidt/Hölzle, Der Verzicht auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, ZIP 2012, 2238 ff., ZIP 2013, 149 ff.

van Bühren, Martin

Die Berufshaftpflichtversicherung des Insolvenzverwalters, NZI 2003, 465 ff.

Verband Insolvenzrechtsverwalter Deutschland e.V.

Auswertungen des Fragebogens der Teilnehmer am Deutschen Insolvenzverwalterkongress 2012 in Berlin (Teil 1) (unveröffentlicht)

(zit.: *VID*, Auswertung des Fragebogens vom Insolvenzverwalterkongress 2012 in Berlin (Teil 1))

ders.

Insolvenzverwalter prangern Missbrauch an – Pressemitteilung zum Deutschen Insolvenzverwalterkongress 2012, Pressemitteilung vom 25.10.2012, <http://www.vid.de/de/presse/pressemitteilungen.html>, 1 f. (besucht am 19.11.2012) (zit.: *VID*, Pressemitteilung vom 25.10.2012)

ders.

Berufsgrundsätze der Insolvenzverwalter, Berlin 2011
(zit.: *VID*, Berufsgrundsätze (2011))

ders.

VID-Berufsgrundsätze der Insolvenzverwalter, ZIP 2006, 2147 f.

Verse, Dirk

Anteilseigner im Insolvenzverfahren – Überlegungen zur Reform des Insolvenzplanverfahrens aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, ZGR 2010, 299 ff.

Vogel, Hans-Jochen

Gewaltvermischung statt Gewaltenteilung, NJW 1996, 1505 ff.

von Bayer, Hieronymus

Theorie des Concurs-Processes nach gemeinem Rechte, 4. Auflage, München 1868

von Bernstorff, Christoph Graf

Einführung in das englische Recht, 4. Auflage, München 2011

von Hayek, F. A.

Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlenbach-Zürich 1952

von Sarwey, Otto

Die Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich, 4. Auflage, Berlin 1901
(zit.: Konkurs-Ordnung (1901))

von Wilmowski, Gustav

Deutsche Reichs-Konkursordnung, 6. Auflage, Berlin 1906

Wallner, Jürgen

Wann ist die Eigenverwaltung die richtige Verfahrensart, ZIP 2015, 997 ff.

Weil, Gotshal & Mangels LLP

Reorganizing Failing Businesses – A Comprehensive Review and Analysis of Financial Restructuring and Business Reorganization, Volume I, United States of America 2006
(zit.: Reorganizing Failing Businesses, Volume I (2006))

Wellensiek, Jobst

Die Aufgaben des Insolvenzverwalters nach der Insolvenzordnung, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Herne/Berlin 2000, 403 ff.
(zit.: Wellensiek in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2000), 403 ff.)

ders.

Das neue Insolvenzrecht, AnwBl 1999, 505 ff.

ders.

Die Fachanwaltschaft für Insolvenzrecht, NZI 1999, 169 ff.

Westpfahl, Lars/Goetker, Uwe/Wilkens, Jochen

Grenzüberschreitende Insolvenzen, Köln 2008

Westrick, Ludger

Chancen und Risiken der Eigenverwaltung nach der Insolvenzordnung, NZI 2003, 65 ff.

Wieland, Joachim

Verfassungsrechtliche Fragen der Auswahl des Insolvenzverwalters – Zugleich Besprechung BVerfG v. 3.8.3004 – 1 BvR 135/00 u. 1086/01, ZIP 2004, 1649, ZIP 2005, 233 ff.

Wienberg, Rüdiger

Das neue Insolvenzrecht, MittRhNotK 1999, 1 ff.

Willeke, Stefan

Der Herr der Pleiten, Zeit, Ausgabe 06/2002,

http://www.zeit.de/2002/06/200206_wellensiek.xml (besucht am 2.3.2012)

(zit.: Zeit (Ausgabe 06/2002))

Williamson, Oliver E.

The Economic Institutions of Capitalism, New York 1985

Wimmer, Klaus

Gläubigerautonomie und Insolvenzanfechtung, ZIP 2013, 2038 ff.

Windsor, Jo/Müller-Seils, Carsten Oliver/Burg, Michael

Unternehmenssanierungen nach englischem Recht – Das Company Voluntary Arrangement, NZI 2007, 7 ff.

Wolff, Theodor

Die Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1921

(zit.: Konkursordnung (1921))

Wroblewski, Andrej

Das „ESUG“ aus Arbeitnehmersicht – erster Teil, AuR 2012, 188 ff.

Zahrte, Kai

Die insolvenzrechtliche Anfechtung im Cash Pool – Untersuchung zur Behandlung revolvingender Kredite, NZI 2010, 596 ff.

Zipperer, Helmut/Vallender, Heinz

Die Anforderungen an die Bescheinigung für das Schutzschirmverfahren, NZI 2012, 729 ff.

Zirpins, Theo

Mitteilung zu LG Wuppertal, Beschl. v. 21. und 24.1.1958 – 6 Gen 1/58 und 6 T 38/58, KTS 1958, 78 ff.

Zuleger, Ralf

Was wollen Gläubiger?, NZI 2011, 136 f.

Zusammenfassung der Empfehlungen der Uhlenbruck-Kommission

NZI 2007, 507 ff.

Interviews

Beck, Karl

Direktor Commerzbank AG, Group Intensive Care (GRM-IC), Leiter Work Out Deutschland, Interview am 21.11.2012 in Frankfurt am Main
(zit.: Direktor Commerzbank AG, Interview am 21.11.2012)

Frind, Frank

Vorstandsmitglied des BAKinso e.V. in Berlin und Richter am Amtsgericht in Hamburg, Interview am 9.11.2012 in Hamburg
(zit.: Vorstandsmitglied BAKinso e.V. und RiAG Hamburg, Interview am 9.11.2012)

Neubert, Klaus-Dieter

Vorstandsmitglied des BAKinso e.V. in Berlin, des Instituts für Insolvenzrecht e.V. in Hannover und Direktor am Amtsgericht (Insolvenzgericht) in Hannover (seit Juni 2015 Direktor des Amtsgericht Bückeburg), Interview am 23.10.2012 in Hannover (zit.: Vorstandsmitglied BAKinso e.V., des Instituts für Insolvenzrecht e.V. und RiAG Hannover, Interview am 23.10.2012)

von Bismarck, Kolja

Partner bei Linklaters in Frankfurt am Main, spezialisiert auf Banking, Restrukturierung und Insolvenz, Gründungs- und Vorstandsmitglied der Gesellschaft für Restrukturierung TMA Deutschland e.V. (Deutsche Sektion der Turnaround Management Association TMA), Mitglied des Aufsichtsrats der Asam Opel GmbH, Rüsselsheim, Interview am 23.5.2013 in Frankfurt am Main
(zit.: Partner bei Linklaters, Interview am 23.5.2013)

Presse-Roundtable

Latham & Watkins LLP – Presse-Roundtable mit Herrn Arndt Geiwitz (Schneider, Geiwitz & Partner)

Erfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht, 15. Juni 2012 Frankfurt am Main
(zit.: Latham & Watkins LLP – Presse-Roundtable: Erfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht (15. Juni 2012))

Latham & Watkins LLP – Presse-Roundtable mit Herrn Frank Grell

(Latham & Watkins LLP) Erfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht, 15. Juni 2012 Frankfurt am Main
(zit.: Latham & Watkins LLP – Presse-Roundtable: Erfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht (15. Juni 2012))

Latham & Watkins LLP – Presse-Roundtable mit Herrn Christian Fritsch (Anchorage Capital Group, L.L.C.)

Erfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht, 15. Juni 2012 Frankfurt am Main
(zit.: Latham & Watkins LLP – Presse-Roundtable: Erfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht (15. Juni 2012))

Stichwortverzeichnis

AAdministration

siehe England

AAdministrator

siehe England

Amtstheorie 24

Asymmetrische Informationsverteilung 308 ff.

Ausschusspool 343, 365

Auswahl des Insolvenzverwalters

- Anhörung 164 ff.
- Auswahlverfahren 117 ff.
- begründete Abwahl 527 f.
- Belastbarkeit 111
- durch das Insolvenzgericht 59 ff.
- durch den Schuldner 155 ff.
- durch die Gläubiger 125 ff.
- Erreichbarkeit 107
- fachliche Voraussetzungen 102 ff.
- Geschäftsverteilung 526
- geschlossene Liste 120
- Hinderungsgründe 115 f.
- Insolvenzverwalterkreis 124
- Kriterien des § 56 Abs. 1 InsO 61 ff.
- offene Liste 121
- organisatorische Voraussetzungen 106
- Ortsnähe 108 ff.
- persönliche Anforderungen 101
- Rotationsprinzip 526
- situationsbedingte Anforderungen 484 ff.
- staatliches Zulassungsverfahren 501 ff.
- verhaltensbezogenen Anforderungen 494 f.
- Vorauswahl 523 ff.

Bankenpool 87 ff., 263, 415

Bankruptcy Code

siehe U.S.A.

Bestellung des Insolvenzverwalters 529

Chapter 11-Verfahren

siehe U.S.A.

Company Voluntary Arrangement

siehe England

Debt Equity Swap 192 ff.

Derivativer Gläubigerausschuss

siehe Gläubigerausschuss

Divergenz der Interessen 299 ff.

Eigenverwaltung

- Anhörung der Gläubiger 164 ff.
- Bedeutung vor ESUG 195 ff.
- Stärken 159 ff.
- Unternehmensvorstand 167 f.
- (vorläufiger) Sachwalter 162 f.

Einstimmigkeit, § 56a Abs. 2 S.1,

Abs. 3 InsO

- gesetzgeberischer Wille 465 f.
- Wortlaut 467 f.
- Systematik 469 ff.
- Telos 472 f.
- Umsetzung in der Praxis 474 ff.

England

- administration 231 ff.
- administrator 235 ff.
- administrative receivership 241 ff.
- Company Voluntary Arrangement (CVA) 221 ff.
- compulsory liquidation 208
- creditors' voluntary liquidation 211
- liquidation 207 ff.
- liquidator 212 ff.
- members' voluntary liquidation 210
- nominee 224 f.
- Scheme of Arrangement 227 ff.
- Sitzverlegung 200 f.
- supervisor 224 f.
- Vergleichs- und Sanierungsverfahren 219 ff.
- voluntary liquidation 209 ff.

Eröffnungsverfahren 485

Fakultativer Gläubigerausschuss

siehe Gläubigerausschuss

Gefangenendilemma 312 ff.

Gläubiger

- absonderungsberechtigte 31, 49, 260 ff., 454
- aussonderungsberechtigte 260
- Arbeitnehmer 271 ff., 299 ff., 329, 340, 374 ff., 431

- Banken 89, 262 ff., 299 ff., 326, 340
 - Bundesagentur für Arbeit 271, 329, 374
 - institutionelle 70, 143, 472 ff., 523
 - Lieferanten 261, 266 ff., 299 ff., 374, 431
 - lobbyistische 134, 143, 363 ff., 385, 403
 - Massegläubiger 260, 509
 - öffentlich-rechtliche 275 ff., 299 ff.
- Gläubigerausschuss
- Ablehnung und Rechtsschutz 348 ff.
 - fakultativer 131
 - derivativer 130
 - originärer 128 f.
- Gläubigerversammlung
- aktive Auswahlentscheidung 146 ff.
 - passive Auswahlentscheidung 150

Historie der Bestellung

- Altertum 35 ff.
- capitanei creditorum 44
- cessio bonorum 38, 43
- Codex Hammurabi 35
- Codex Justinianus 41
- concursus creditorum 45
- curator 43
- curator bonorum 44, 57
- Deutsche Konkursordnung von 1877 47 f.
- ESUG 52 ff.
- Lübischer Kodex 1294 44
- Insolvenzordnung von 1999 49 ff.
- magister bonorum 37 ff., 57
- Mittelalter 35 ff.
- par conditio creditorum 37, 260
- proscriptio conorum 37
- Statutarrechte 42
- vendito bonorum 40
- Zwölftafelgesetz 37
- 19. Jahrhundert 35 ff.

Insolvenzgericht

- Aufgaben 59 ff.
- Interessen 293 ff., 323 ff., 347 ff.

Insolvenzrichter 529

Insolvenzverwalter

- Aufgaben 27 ff.
- Funktionen 25 ff.
- Historie
siehe Historie der Bestellung

- Interessenbindung 10 ff.
- Rechtsstellung 16 ff.

Intransparenz 188

Konzerninsolvenzen 94 ff.

Kooperationshemmnisse 307 ff.

Lieferantenpool 87 ff., 268

liquidation

siehe England

liquidator

siehe England

Listenverfahren 514 ff.

Mehrseitige Interessenbindung 10 ff.

Nachteilige Anordnung, § 270 Abs. 2

Nr. 2 InsO

- gesetzgeberischer Wille 440 f.
- Wortlaut 442 ff.
- Systematik 445 f.
- Telos 447

Nachteilige Verzögerung, § 22a Abs. 3

3. Var InsO

- gesetzgeberischer Wille 409 ff.
- Wortlaut 412 f.
- Systematik 414 ff.
- Telos 417 f.
- Umsetzung in der Praxis 419 ff.

Neue Vertretertheorie 23

Offensichtlich nachteilige Veränderung der

Vermögenslage, § 56a Abs. 1 2. Hs. InsO

- gesetzgeberischer Wille 427 ff.
- Wortlaut 430 f.
- Systematik 432
- Telos 433
- Umsetzung in der Praxis 434 ff.

Öffentlich-rechtliche Gläubiger

siehe Gläubiger

Organtheorie 21

Originärer Pflichtausschuss

siehe Gläubigerausschuss

Poolverwaltung 87 ff.

Quoten 198 f.

Regelinsolvenzverfahren 486 ff.

Scheme of Arrangement

siehe England

Schuldner
– mitgebrachter Verwalter 327
Schuldnerberater 334, 340, 378 ff.
Schutzschirmverfahren
– Stärken 171 ff.
– vorläufiger Sachwalter 174 ff.
Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter 29
Starker vorläufiger Insolvenzverwalter 28
Supervisor
siehe England
Theorie vom neutralen Handeln 22
Transparenz 337 ff.
Trittbrettfahrer 320 f.
Trustee
siehe U.S.A.

Umsetzung in der Praxis 448
Unabhängigkeit, § 56 Abs. 1 S. 1 InsO
– Ausschluss- und Befangenheitsregeln, §§ 41 f. ZPO 75 ff.
– gesetzgeberischer Wille 385 ff
– Tätigkeitsverbote, § 45 BRAO 79
– § 1 BNotO 80
– Verfassungsrecht 73 f.
– Vorbefassung 85 f.
– widerstrebende Interessen, § 43a BRAO 78
– Wortlaut 389 ff.
– Systematik 394 f.
– Telos 396 ff.
– Umsetzung in der Praxis 400 ff.

Unverhältnismäßigkeit, § 22a Abs. 2 2. Var.
InsO
– gesetzgeberischer Wille 452 f.
– Wortlaut 454 f.
– Systematik 456
– Telos 457
– Umsetzung in der Praxis 458 ff.
U.S.A.
– Bankruptcy Code 249
– Chapter 11-Verfahren 250 ff.
– committee of creditors 250
– disclosure statement 250
– objection 250
– Reorganisationsplan 250 ff.
– Trustee 251
– United States Trustee 250

Verbraucherinsolvenzverfahren 492
Verfahrensziele 8 f.
Vergleichs- und Sanierungsverfahren
siehe England
Vertrauen 112 f.
Vertrauensbarrieren 307 ff.
Vertretertheorie 20
Verwaltergesellschaften 92 f.
Vorhersehbarkeit 188, 337 ff.
Vorläufiger Sachwalter
– Eigenverwaltung 162 f.
– non-liquet-Situation 370
– offensichtliche Ungeeignetheit 175, 370
– Schutzschirmverfahren 174 ff.

