



Beschluss des Bundesausschuss der ASJ am 25. Februar 2012 in Hamburg

Wiederherstellung der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch das Gericht

Antragsteller: ASJ Hamburg

Der Bundesvorstand möge im Auftrag des Bundesausschuss vom 25. Februar 2011 beschließen:

1. Nach den mit dem ESUG (Inkrafttreten am 01.03.2012) neu eingeführten Vorschriften der §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 56a Abs. 2 InsO ist ein einstimmiger Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters für das Insolvenzgericht, welches den Verwalter bestellt, bindend. Die ASJ setzt sich dafür ein, diese Bestimmungen samt Folgeregelungen wieder abzuschaffen.

2. Die Auswahl des Verwalters, der auch im öffentlichen Interesse tätig wird, darf nicht vollständig dem freien Markt und der Entscheidung einiger weniger Gläubiger überlassen werden, die sich ggf. auch (u.U. zu Lasten der Gläubigergleichbehandlung) manipulieren lässt. Es bleibt dabei, dass die Auswahl letztlich nur durch das Insolvenzgericht erfolgt, was auch der Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens entspricht. Die Mitbestimmung der Gläubiger kann durch ein Anhörungsrecht des vorläufigen Gläubigerausschusses gestärkt werden.

3. Zudem ist klarzustellen, dass der vorläufige Insolvenzverwalter bei besonders bedeutsamen Rechtshandlungen nicht (wie der Insolvenzverwalter) nach § 160 Abs. 1 Satz 1 InsO die Zustimmung des vorläufigen Gläubigerausschusses einzuholen hat. Im Eröffnungsverfahren genügt es, wenn der Ausschuss den vorläufigen Verwalter überwacht (§ 69 InsO).

4. Die Regelungen der §§ 56a Abs. 2, 3 InsO sind daher zu streichen. Das Anhörungsrecht in § 56a Abs. 1 InsO bleibt erhalten. In § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO ist nach der Angabe „§§ 69 bis 73“ die Angabe „ , , nicht jedoch § 160 Abs. 1 Satz 1 InsO,“ einzufügen.

Begründung:

1. Die Kompetenzen des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

Ein Insolvenzverwalter (bzw. eine Insolvenzverwalterin) hat zahlreiche Kompetenzen: Er hat vor allem die Insolvenzmasse bestmöglich zu verwerten, zu klären, ob geltend gemachte Aus- und Absonderungsrechte wirksam und insolvenzfest sind, etwaige Anfechtungsansprüche (§§ 129 f. InsO) bzw. Haftungsansprüche gegen Organvertreter und Gesellschafter zu ermitteln und durchzusetzen sowie die zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen auf ihre Berechtigung zu prüfen. Bei einem noch lebenden Unternehmen kommen für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter weitere Aufgaben hinzu: die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes, die Vornahme von Restrukturierungsmaßnahmen sowie - soweit möglich - der Verkauf des Unternehmens bzw. die Ausarbeitung eines Insolvenzplans oder ggf. die Betriebsstilllegung.

In einem Insolvenzverfahren prallen vielfältige, oftmals nicht kompatible Interessen aufeinander. Deshalb ist die **Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters** von sämtlichen Verfahrensbeteiligten ein hohes Gut. Ein weiterer wichtiger Grundsatz des geltenden Insolvenzrechts ist die **Gleichbehandlung der Gläubiger**.

2. Die Verwalterbestellung nach altem Recht

Der (vorläufige) Insolvenzverwalter wird **vom Insolvenzgericht** (Richter) **nach pflichtgemäßem Auswahlermessen** bestellt, §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 56 InsO. Zu bestellen ist „eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person“. Dies war die geltende Rechtslage seit Inkrafttreten der Konkursordnung (KO) im Jahre 1877. Mit der Bestellung des vorläufigen Verwalters ist eine entscheidende Weichenstellung für das gesamte spätere Verfahren verbunden, da dieser im absoluten Regelfall später auch als Insolvenzverwalter eingesetzt wird.

Die Gläubiger haben auf die Bestimmung des **vorläufigen Insolvenzverwalters** keinen unmittelbaren Einfluss. Sie können jedoch zuvor angehört werden und dem Gericht - nicht bindende - Vorschläge unterbreiten, was jeweils nicht unmittelbar gesetzlich geregelt ist. Den **Insolvenzverwalter** können die Gläubiger in der ersten Gläubigerversammlung absetzen, indem sie an dessen Stelle eine andere Person wählen, § 57 InsO.

3. Die Verwalterbestellung nach dem ESUG

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) wurde am 27.10.2011 mit der Regierungsmehrheit im Bundestag beschlossen, bei Stimmenthaltung der übrigen Fraktionen. Die Verwalterbestellung ist dann wie folgt geregelt:

- Das Insolvenzgericht hat gemäß § 22a Abs. 1 InsO im Eröffnungsverfahren von Amts wegen einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, wenn der Schuldner 2 der 3 nachstehenden Merkmale erfüllt: Bilanzsumme 4,84 € Mio., Umsatzerlöse 9,68 € Mio, mind. 50 Arbeitnehmer (sog. **obligatorischer vorläufiger Gläubigerausschuss**). Dies gilt nicht, wenn der Geschäftsbetrieb eingestellt ist, die Einsetzung im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachhaltigen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt, § 22a Abs. 3 InsO.
- Der **einstimmige Vorschlag** des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Verwalters ist **für das Insolvenzgericht bindend**, §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 56a Abs. 2 InsO. Ein Abweichen ist nur möglich, „wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist.“ Dies gilt wohl auch für den Vorschlag des sog. **fakultativen Gläubigerausschuss** nach § 22a Abs. 2 InsO, dessen Einsetzung nicht an eine bestimmte Unternehmensgröße gekoppelt ist.
- Wenn das **Gericht** mit Rücksicht auf eine nachhaltige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners von der Anhörung des Gläubigerausschusses abgesehen und **einen (vorläufigen) Verwalter bestellt** hat, kann der **Gläubigerausschuss** in seiner ersten Sitzung **einstimmig eine andere Person wählen**, § 56a Abs. 3 InsO.
- Die **Unabhängigkeit** des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wird gemäß § 56 Abs. 1 Satz 3 InsO **nicht schon dadurch ausgeschlossen**, dass die Person „vom Schuldner oder einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist“ oder den Schuldner zuvor „in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat“.
- Die einzelnen **Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses werden durch das Insolvenzgericht bestimmt**, § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO (zur Zusammensetzung siehe § 67 Abs. 2 InsO). Der Schuldner hat auf Aufforderung geeignete Mitglieder zu benennen, § 22a Abs. 4 InsO.

- Die Beteiligten haben aber direkten Einfluss auf die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses. Denn das **Gericht soll auf Antrag** des Schuldners oder eines Gläubigers einen **vorläufigen Gläubigerausschuss** einsetzen, „wenn Personen benannt werden, die als Mitglieder ... in Betracht kommen, und dem Antrag Einverständniserklärungen“ beigefügt werden, § 22a Abs. 2 InsO.

4. Die Auswirkungen des neuen Rechts

a) Die Vergabe von größeren Insolvenzverfahren

Die Vergabe von größeren Insolvenzverfahren durch das Gericht wird damit vollständig dem **freien Markt überlassen, ohne nennenswerten Einfluss der Justiz**. Darunter wird - so steht zu befürchten - die Autorität der Justiz bzw. der Insolvenzgerichtsbarkeit leiden, welche die bindenden Personalvorschläge des Gläubigerausschusses durch den Beststellungsakt formal umsetzen muss, aber inhaltlich nicht Einfluss nehmen kann. Die Auftragsvergabe für ein größeres Insolvenzverfahren darf aber nicht am Gericht vorbeigehen, denn es handelt sich hierbei nicht um eine rein privatrechtliche Tätigkeit. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter „wird auch im öffentlichen Interesse tätig“ (BGH NJW-RR 2006, 697 Rn. 11; BGH NJW 1991, 40, 42) und steht bei Ausübung seines Amtes (§§ 56 Abs. 2 Satz 2, 59 Abs. 1 Satz 1 InsO) unter der Aufsicht des Insolvenzgerichts, §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 58 Abs. 1 InsO.

Nach neuem Recht ist es faktisch möglich, dass die organisierten Gläubiger bei guter Vorbereitung ihren **Wunsch-Verwalter „installieren“**. Dieser kann sich ggf. bei ihnen zuvor geschickt ins Spiel gebracht haben. Zu **folgenden Szenarien**, denen das Insolvenzgericht nur schwerlich einen Riegel verschieben kann, wird es nach unserer Überzeugung kommen (zwar nicht stets, aber jedenfalls häufiger):

aa) Beispiel 1

- Rechtsanwalt A, der v.a. als Insolvenzverwalter tätig und auch ausreichend qualifiziert ist, verfügt, aufgrund hochwertiger Arbeit und/oder geschickten Netzwerks, über hervorragende Kontakte in die Wirtschaft. Von dem Geschäftsführer Z einer kriselnden GmbH und/oder von dem Vorstand Y der Hausbank der Gesellschaft (die ggf. zugleich die Hausbank des A ist) wird er angesprochen, ob er sich das Unternehmen nicht mal ansehen wolle. Dies macht A, im Rahmen von „Akquisekosten“ oder im Rahmen eines allgemeinen Beratungsmandats.
- Die Beteiligten kommen zu dem Ergebnis, dass die Insolvenz der GmbH nicht mehr zu vermeiden ist. Da sie A kennen und er nunmehr wiederum das Unternehmen kennt, wollen sie, dass er das Verfahren bekommt.
- Sie sprechen mehrere Gläubiger an, die nach § 67 Abs. 2 InsO als Ausschussmitglieder in Betracht kommen, und stellen ihnen A vor. Diese erklären sich bereit, ihn als vorläufigen Verwalter mitzutragen. Über andere Kandidaten wird nicht gesprochen, die Gläubiger kennen auch niemanden, der noch in Betracht käme. Ein Gläubiger erklärt, den A nicht wählen zu wollen. Dieser wird daher später nicht als Ausschussmitglied benannt.
- Z geht zum Amtsgericht, stellt den Insolvenzantrag und beantragt die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses. Als Mitglieder benennt er Y und weitere Gläubiger, die noch am gleichen Tag zusammentreffen können. Der Ausschuss tagt unverzüglich und schlägt einstimmig A als Verwalter vor. Das Gericht ist an diesen Vorschlag gebunden und bestellt ihn.

bb) Beispiel 2

- Rechtsanwalt A und Rechtsanwalt C (aus einer anderen Kanzlei), die beide auch als Verwalter arbeiten und gut qualifiziert sind, kooperieren miteinander.
- Geschäftsführer Z will sich über eine eventuell drohende Insolvenz seiner GmbH beraten lassen und geht zu C. Dieser teilt ihm mit, dass er kurz- oder mittelfristig Insolvenzantrag stellen muss. Er kenne einen guten Verwalter, den A.
- Z und C nehmen mit dem Vorstand Y der Hausbank Kontakt auf. Einvernehmlich wird A als vorläufiger Insolvenzverwalter ins Spiel gebracht und nach dem unter aa) geschilderten Prozedere auch bestellt.
- Nicht zwingend, aber zumindest möglich sind folgende Gegenleistungen des A:
 - Einige Monate später bekommt A ein Beratungsmandat und „installiert“ über die Gläubiger umgekehrt (wie beschrieben) den C als Verwalter.
 - A als Insolvenzverwalter beauftragt den C mit Mandaten aus dem betreffenden oder aus anderen Insolvenzverfahren.
 - Für die erfolgreiche Vermittlung zahlt A an C eine „Kick-Back“-Provision i.H.v. z.B. 5 % seiner Verwaltervergütung.

Die Befürworter der Neuregelung sagen: wenn sämtliche Beteiligten den A wollen, warum soll er dann nicht auch bestellt werden? Dabei wird übersehen, wie dieser gemeinschaftliche Wille zustande gekommen ist. In den Beispielfällen **findet eine Auswahl unter mehreren qualifizierten Kandidaten nicht statt**. Zudem erfolgt die Auswahl nur durch einen **kleinen Kreis von Gläubigern**, nämlich denjenigen, die im Gläubigerausschuss vertreten sind. Diejenigen Gläubiger, welche A nicht wählen wollen, werden schlichtweg nicht als Ausschussmitglieder benannt.

A wird darauf achten, dass er - im Hinblick auf eine ggf. entgegenstehende **Vorbefasstheit** (§ 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 InsO) - vor dem Insolvenzantrag jedenfalls nur allgemeine Beratungsleistungen erbringt. Abgesehen davon ist es - da ihm ein größerer Auftrag winkt - unrealistisch anzunehmen, dass er das Gericht über das Ausmaß seiner Vorberatung zutreffend informieren wird. Deshalb ist es nicht auszuschließen, dass in Einzelfällen der Sanierungsberater mit dem späteren Insolvenzverwalter personenidentisch ist. Auch etwaige Gegenleistungen von A an C wird niemand offen legen. Ebenfalls wird ggf. nicht bekannt, dass es sich bei der Hausbank gleichsam um die Hausbank von A handelt.

Zwar ist dem **Insolvenzgericht** eine gewisse Einflussmöglichkeit verblieben, weil es letztlich über die **Zusammensetzung des Ausschusses** (dessen Tätigkeit im Übrigen zusätzliche Verfahrenskosten verursacht) entscheidet. Allerdings hat jeder Gläubiger ein Benennungs- und Anhörungsrecht (§ 22a Abs. 2, 56a Abs. 1 InsO). Dieses kann er auch dergestalt wahrnehmen, dass er mehr - eingeweihte - potentielle Mitglieder benennt als erforderlich, so dass das Gericht unter diesen auswählen kann. **Letztlich kann sich ein Richter den benannten Personen, wenn sie präsent sind bzw. schnell entscheiden können, faktisch nicht entziehen**. Selbst wenn der Richter dies wollte, würde es zu viel Zeit kosten, zunächst den Schuldner aufzufordern, andere Personen zu benennen (§ 22a Abs. 4 InsO). Gelegentlich wird der Richter auch froh darüber sein, dass ihm die Auswahlarbeit abgenommen wurde.

Auch wenn A uneingeschränkt geeignet ist und einen „guten Job“ macht, stellt sich für uns die Frage: stärkt es wirklich den **Sanierungs- und Insolvenzstandort Deutschland**, wenn Insolvenzverfahren auf diese Weise vergeben werden können? Gegen mehr Gläubigerbeteiligung als bislang ist nichts einzuwenden, doch sollte stets der Richter, der neutral ist und einen Amtseid abgelegt, das letzte Wort haben, um solche Absprachen weitestmöglich zu verhindern. Warum werden nicht die Vorteile dieser unabhängigen

Auswahlentscheidung und - damit verbunden - des Ausschlusses von Manipulationsmöglichkeiten herausgestellt ?

Stattdessen gibt man sich **angelsächsischen Vorstellungen** von der **Berechenbarkeit des Insolvenzverfahrens** hin. Angeblich sehen vor allem ausländische Investoren die deutsche Rechtsordnung als weniger geeignet für Sanierungen an, weil insbesondere kaum Einfluss auf die Verwalterauswahl genommen werden könne (BT-Drs. 17/5712, S. 1, 24). Natürlich ist mit der Verwalterauswahl eine wichtige Weichenstellung für das weitere Verfahren verbunden. Bislang ist es aber in der Praxis - ggf. von sehr seltenen Einzelfällen abgesehen - nicht dazu gekommen, dass bei den hier in Rede stehenden Verfahren ungeeignete Verwalter bestellt wurden. Das Insolvenzgericht kennt die bei ihm gelisteten und tätigen Verwalter, was auch bereits in der Vergangenheit Gewähr dafür geboten hat, dass in größeren Verfahren fortführungs- und sanierungserfahrene Verwalter bestellt wurden. Der Sanierungs- und Insolvenzstandort Deutschland war hinsichtlich der Verwalterauswahl auch nach altem Recht ohne weiteres konkurrenzfähig. Selbst die Bundesregierung konstatiert, dass Sitzverlegungen insolvenzbedrohter Unternehmen, z.B. nach England, Ausnahmen geblieben sind (BT-Drs. 17/5712, S. 1, 24).

bb) Die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

Mit der Auftragsvergabe nach neuem Recht ist unweigerlich der **Verlust der Unabhängigkeit** des Verwalters verbunden („**Wes Brot ich ess, des Lied ich sing**“). Wer einen größeren Auftrag bestimmten Gläubigern verdankt, kann weder in dem betreffenden Verfahren, noch in anderen (älteren oder auch zukünftigen) Klein- oder Großverfahren, bei denen diese Gläubiger ebenfalls beteiligt sind, vollständig unabhängig agieren. Es steht ernsthaft zu befürchten, dass er aus - begründeter oder auch unbegründeter - Sorge, zukünftig nicht mehr von diesen oder anderen Gläubigern bestellt zu werden, bei der **Geltendmachung bestimmter Ansprüche der Insolvenzmasse gegenüber diesen Gläubigern Zurückhaltung** übt. Auch eine **anderweitige Bevorzugung** im Rahmen der Betriebsfortführung erscheint denkbar, etwa bei der Weiterführung von Lieferantenbeziehungen bzw. Dauerschuldverhältnissen oder ggf. auch beim Verkauf des Unternehmens bzw. - auch nach einer etwaigen Betriebsstilllegung - der Verwertung bestimmter wertvoller Assets. Eine sachgerechte Verfahrensbearbeitung im Interesse aller Gläubiger wird nicht mehr ohne weiteres möglich sein.

Auch der **Rechtsausschuss des Bundestages** hat die Notwendigkeit gesehen, bei einem vom vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschlagenen Verwalter **„besonders eingehend dessen Unabhängigkeit zu prüfen“** (BT-Drs. 17/7511, S. 48). Nach unserer Ansicht **kann dies aber in der Praxis nicht geleistet werden**. Denn dem Richter fehlen dazu die notwendigen Informationen und er wird sie - in der Kürze der Zeit - auch nicht ermitteln können. Die Beteiligten werden etwaige Tatsachen, die an der Unabhängigkeit des Vorgeschlagenen zweifeln lassen, nicht aufdecken. Es liegt auf der Hand, dass weder die Mitglieder des Ausschusses, welche die fragliche Person selbst einstimmig vorgeschlagen haben, noch der Vorgeschlagene sich hierzu äußern und sich somit selbst in Frage stellen werden.

Der Bundestag hat - entsprechend der Empfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drs. 17/7511, S. 6) - beschlossen, dass die **Bundesregierung** nach fünf Jahren im Rahmen einer **Evaluierung** die Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes zu prüfen habe, wozu insbesondere die folgenden Sachverhalte gehörten: *„In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters auf dessen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist es im nennenswerten Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?“*

Die hier thematisierten Nachteile nimmt der Gesetzgeber also sehenden Auges in Kauf. Wir lehnen wir es aber ab, die sachgerechte Auswahl und die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters dem **Experimentierfeld** des freien Marktes oder einigen wenigen gut organisierten Gläubigern zu überlassen. Dies widerspricht den Grundprinzipien einer im öffentlichen Interesse ausgeübten Tätigkeit der Insolvenzverwaltung. Erstaunlich ist auch die

Leichtgläubigkeit, mit welcher der Gesetzgeber scheinbar annimmt, es lasse sich aufklären, ob die Unabhängigkeit Schaden genommen hat. Diese Fälle dürften in den seltensten Fällen ans Licht kommen oder jedenfalls so stark publik werden, dass sich dies in einer bundesweiten Evaluierung ermitteln ließe. Die Beteiligten werden es naturgemäß niemandem mitteilen. Bei der geplanten Evaluierung, die ihren Zweck daher von vornherein gar nicht erfüllen kann, handelt es sich wohl eher um eine durchschaubare Konzession an die Kritiker der Neuregelung.