

5.03.2012

An das
Bundesministerium der Justiz
Referat RA 6
-nur per Mail-

Referententwurf v. 18.1.2012 eines Gesetzes zur Verkürzung des RSB-Verfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen

hier: Stellungnahme Teil II

Sehr geehrte Damen und Herren,
nachfolgend nehmen wir weiter in Ergänzung der Stellungnahme v. 20.2.2012 zu o.g. Referententwurf Stellung:

IV. Gerichtliche Entscheidungen vor der Verfahrenseröffnung

Sofern das Insolvenzgericht das Schuldenbereinigungsplanverfahren nicht durchführt (§§ 305a RefE ff., siehe dazu unter Teil I, Pkt.II.) und den Schuldnerantrag nicht im Wege des § 305 Abs.3 InsO bemängelt (siehe dazu unter Teil I, Pkt. II. der Stellungnahme) ist nunmehr, zur Verfahrenskostenstundung, sofern beantragt, und nach dem RefE auch zur Frage amtswegiger Restschuldbefreiungsversagung zu entscheiden. Denn gem. § 287a RefE soll das Gericht, da § 291 InsO aufgehoben wird (Nr.20 des Entwurfes) gleich bei der Eröffnungsentscheidung die Restschuldbefreiung ankündigen.

1. Keine Notwendigkeit grundsätzlicher Änderung des Verfahrensablaufes

Hierzu ist zunächst grundsätzlich zu bemerken, dass der Referententwurf innerhalb des Verfahrenstadiums des Eröffnungsverfahrens und des eröffneten Verfahrens mit den vorgenannten –und weiteren- Änderungen das bisherige Verfahren sehr weitgehend in seinem Verlauf abändert ohne dass dies durch wirklich notwendige Abänderungen der derzeitigen Gesetzeslage veranlasst wäre. Der RefE begründet die vorgenannten Änderungen mit der Harmonisierung der Restschuldbefreiungs-Versagungsgründe¹ in §§ 295, 297a RefE.

Die Praxis hat zwar immer wieder eine **Harmonisierung der Versagungsgründe der §§ 290 und 295** angeregt, dies ist zu Recht als notwendig erkannt worden; die Umsetzung dieses Ziels im RefE ist jedoch zu kompliziert und in sich nicht stimmig (siehe dazu unter IV. 4 und V. 2.4).

Auch aus diesem Grund rechtfertigt sich der Wunsch des Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte (BAKinso e.V.) nach einem **Moratorium** bei weiteren Änderungen der InsO. Die Praxis muss derzeit zunächst die Umsetzung der Änderungen durch das „ESUG“

¹ Begründung S. 48

bewältigen. Es bedeutet eine deutliche Überforderung der ohnehin knappen personellen Ressourcen im Insolvenzrechtsbereich an den Gerichten, bereits zum Geltungsbeginn 1.1.2013 in der zweiten Jahreshälfte eine weitere- großflächige – Änderung der InsO beschließen zu wollen. Der vorliegende Referentenwurf sollte gerade in den Vorschlägen zum Ablauf des Verfahrens noch einmal überprüft werden. Das bisherige Verfahren verläuft weitgehend störungsfrei und benötigt keine „großflächige“ Korrektur, vielmehr genügen wenige überschaubare Änderungen in Kernpunkten².

2. Amtswegige Restschuldbefreiungsversagung

§ 287a Abs.2 sieht eine RSB-Versagung von Amtswegen bei vier Fällen des § 290 Abs.1 InsO vor (Vorverurteilung binnen fünf Jahren zu Insolvenzstraftaten, Vermögens- und Eigentumsstraftaten, RSB-Versagung oder –erteilung). Sind entsprechende Tatbestände nicht gegeben, soll das Gericht gem. § 287 a Abs.3 bereits im Eröffnungsbeschluss die RSB ankündigen.

Das Instrument der amtswegigen RSB-Versagung war bereits Regelungsgegenstand des RefE BMJ v. 23.1.2007³ und bereits damals Gegenstand verschiedenseitiger Kritik⁴, da es sich um einen dogmatischen Bruch zum Antragsprinzip im Versagungsverfahren handeln würde. Der jetzige Referentenentwurf übersieht, dass die Praxis mit dem vom BGH entwickelten Instrumentarium der „amtswegigen“ Stundungsablehnung oder –aufhebung aufgrund unzweifelhaft gegebener RSB-Versagungsgründe in der Regel einfacher zum gleichen Ergebnis gelangt⁵. Soweit die Begründung zum RefE davon ausgeht, der Arbeitsaufwand für die amtswegige Versagungsentscheidung sei „gering“⁶, zumal ebensolche Fragen bei der Stundungsgewährung zu prüfen seien, verkennt diese Begründung, dass a.) erst durch die im RefE vorgesehene Erweiterung der Stundungsablehnungsgründe auch hier aufwändige Prüfungen entstehen (dazu unten Ziff.3.) und weiterhin, dass bisher bei der Stundungsprüfung ein anderer Maßstab, nämlich der des „offensichtlich unzweifelhaften“ Versagungsgrundes, galt.

Bereits die bisherige Kritik an der amtswegigen RSB-Versagung hatte zu Recht darauf hingewiesen, dass die Normierung entsprechender „Amts“-Versagungsgründe mit dem Entstehen einer diesbezüglichen gerichtlichen Ermittlungspflicht (siehe auch § 5 Abs.1 InsO) einhergeht. Der Referentenentwurf wählt nunmehr den Weg vermeintlich „einfache“ Feststellungstatbestände in die amtswegige Versagung hineinzunehmen. Der RefE glaubt aber laut Begründung selbst nicht, dass der Schuldner zum Vorliegen von Versagungsgründen betreffend Verurteilungen wahrheitsgemäße Angaben macht: *„denn es entspricht der Lebenserfahrung, dass bei der Begehung von Straftaten gegen einzelne oder alle Insolvenzgläubiger auch regelmäßig unrichtige Angaben im Insolvenzverfahren gemacht werden.“*⁷

Da nunmehr die Versagungsgründe des § 290 Abs.1 aber um zwei neue Tatbestände (Ziffern 1a und 3a) erweitert werden sollen, führt die Kombination der amtswegigen RSB-Versagung gerade bei diesen Versagungsgründen mit den bereits bestehenden Versagungsgründen der Insolvenzstraftatverurteilung (nicht sehr häufig) und RSB-Erteilung in einem Vorverfahren (nicht sehr häufig) zu einer massiven **Ausweitung gerichtlicher Amtsermittlungspflichten** bevor überhaupt das Verfahren eröffnet werden kann, da die „neuen“ Versagungstatbestände

² Pape, ZInsO 2011, 1; Graeber, ZInsO 2010, 2227; Schmerbach, NZI 2011, 131; Frind, ZInsO 2009, 1135 ff.; Hergenröder, DZWIR 2009, 209

³ Beilage ZVI 1/2007, Beilage NZI Heft 3/2007

⁴ Ahrens, ZInsO 2007, 673 ; Vallender, InVo 2007, 219; Pape, NZI 2007, 681

⁵ Weshalb das Plädoyer für die amtswegige Versagung (Frind, ZInsO 2007, 473; ders. ZInsO 2007, 1097) aus den Jahren 2007/2008 mittlerweile dadurch weitgehend als erledigt angesehen werden kann.

⁶ So tatsächlich Begr. S. 43

⁷ Begr. S.46

weit häufiger vorkommen werden und ihr Vorhandensein weit wahrscheinlicher ist, als die bisherigen Tatbestände nach den Ziffern 1 und 3 des § 290 Abs.1 InsO.

Der neue Versagungstatbestand des § 290 Abs.1 Ziffer 1a passt schon bereits dogmatisch nicht zu einer amtswegigen Versagung, da er als ein reiner Antragstatbestand des durch die Vermögensstraftat „verletzten“ Gläubiger ausgestaltet ist. Weshalb dieser Versagungsgrund im Verfahren nur vom Verletzten, im Eröffnungsverfahren aber vom Gericht amtswegig zum tragen gebracht werden können soll, erschließt sich nicht.

Bei amtswegiger Versagung müsste das Gericht in jedem Fall des Insolvenzantrages einer natürlichen Person vor Eröffnung einen Bundeszentralregisterauszug anfordern, um sich zu vergewissern, dass keine Insolvenzstraftaten (Ziff.1) und keine Vermögens- und Eigentumsstraftaten im Sinne von § 290 Abs.1 Ziff.1a begangen worden sind. Das Bundeszentralregister muss sich daher auf zusätzliche ca. 160.000 Registeranfragen einstellen. Dieses Procedere verzögert zudem massiv ansonsten in Stundungsverfahren von Verbrauchern häufig sofort mögliche Verfahrenseröffnung.

Auch die amtswegige Versagung wegen der Gründe in § 290 Abs.1 Ziffern 3 und 3a erscheint nicht praktikabel. Zwar sollen ab Geltung der Neuregelung gem. § 303a die RSB-Erteilungen und –versagungen ins Schuldnerverzeichnis eingetragen werden, aber nicht eingetragen sind dort die „alten“ RSB-Erteilungen, so dass das Gericht solche im Sinne von Ziffer 3 nicht ermitteln kann. weiterhin sieht § 290 Abs.1 Ziffer 3a eine Beschränkung auf die RSB-Versagung nach den Ziffern 5 und 6 vor. Allerdings verzeichnet die Eintragsregelung des § 303 a nicht, dass auch der genaue Grund der RSB-Versagung ins Schuldnerverzeichnis einzutragen wäre, so dass das Gericht nicht auf einfache Weise ermitteln kann, weshalb dem Schuldner im Vorverfahren die RSB versagt wurde. Stellt also das Gericht eine RSB-Versagung im Vorverfahren fest, muss es den Schuldner erst aufwändig nach § 97 InsO anhören, um Tatbestände im Sinne des amtswegigen Versagungsverfahrens nach § 287a ausschließen zu können.

Das bisherige Procedere, im Stundungsverfahren bei der Stundungsgewährungsentscheidung oder -aufrechterhaltung, nur unzweifelhafte Versagungsgründe zu berücksichtigen, hatte dagegen den Vorteil, dass hier nichts „ermittelt“ werden musste. Das Gericht verwandte schlicht die Tatsachen, z.B. mangelnde Mitwirkung des Schuldners, die ihm bekannt waren, es „suchte“ aber keine Versagungsgründe. Zudem kann dabei das Gericht auch alle Arten von Versagungsgründen berücksichtigen, während die „amtswegige“ Versagung gerade den im laufenden Verfahren wichtigen Versagungsgrund der mangelnden Mitwirkung im laufenden Verfahren (§ 290 Abs.1 Nr.5) nicht berücksichtigen will.

Weshalb der Schuldner seine Anträge bei Hinweis auf eine mögliche amtswegige Versagung gem. § 287a Abs.2 S.2 InsO, was zu einer weiteren Verfahrensverzögerung führen würde, auch noch zurücknehmen können sollte, mit der Folge der dreijährigen Sperrfrist für einen späteren RSB-Antrag gem. BGH-Rechtsprechung⁸, erschließt sich ebenfalls nicht.

Es sollte daher erwogen werden, die im RefE vorgesehene amtswegige RSB-Versagung weitgehend zu streichen. Lediglich die bisherige Erteilung der RSB in einem Vorverfahren sollte durch einfache Abfrage im Schuldnerverzeichnis ermittelt werden können. Das Gericht sollte sich hier nicht auf „Versicherungen“ des Schuldners verlassen müssen. da „alte“ RSB-Erteilungen kaum nachtragbar sein werden, müsste eine Zeitgrenze eingefügt werden, ab der dies bei Anträgen zu berücksichtigen ist. Das gleiche gilt auch dann, sofern die „Sperrfrist“-Rechtsprechung des BGH über einen reinen Antragsversagungsgrund (§ 290 Abs.1 Ziffern 3 und 3a) hinaus amtswegig berücksichtigt (und damit ermittelt) werden soll.

⁸ BGH v. 12.5.2011, IX ZB 221/09, ZInsO 2011, 1127=NZI 2011, 544; siehe auch LG Hamburg v. 25.2.2011, ZInsO 2011, 886; bestätigt: BGH v. 6.10.2011, ZInsO 2011, 2198

3. Verfahrenskostenstundungsprüfung – und gewährung

Im Gegensatz zu bisherigen Neuregelungsentwürfen der Jahre 2007/2008 will der Referentenentwurf –zu Recht- das Instrument der Verfahrenskostenstundung erhalten. Leider sehen auch bisher, selbst nach der Neuordnung des Insolvenzstatistikgesetzes⁹, die Erhebungen des Bundesamtes für Statistik keinerlei Erhebungen zur Frage der späteren Deckung der Verfahrenskosten und zum Rücklauf der gestundeten Verfahrenskosten inkl. der Phase gem. § 4b InsO vor¹⁰. Dies sollte dringend geändert werden.

Der jetzige Entwurf will in § 4a Abs.1 S. 3 nur die Versagungstatbestände des § 290 Abs.1 Ziffer 1a und 3a einfügen. Auch diese könne das Gericht, da „urkundlich belegt“ „von Amts wegen leicht feststellen“¹¹. Hierzu gilt das vorstehend Ausgeführte. Alles andere als „leicht festzustellen“ ist richtig: Der Versagungsgrund nach Ziffer 1a provoziert im Stundungsverfahren ebenfalls eine regelhafte Zentralregisteranfrage, der Versagungsgrund nach Ziffer 3a lässt sich ohne detaillierte Versagungsgrundeintragung im Schuldnerverzeichnis überhaupt nicht feststellen.

Auch hier versucht der RefE eine von der Praxis geprägte Rechtsprechung, nämlich die „Vorwirkung unzweifelhafter Versagungsgründe“ durch überzogenen gesetzlichen Determinismus missglückt zu fixieren.

4. Die Ankündigung der Restschuldbefreiung mit der Verfahrenseröffnung

Mit der Regelung in § 287a Abs.3 (und Aufhebung von § 291 InsO bei Änderung des § 289 InsO) soll –vermeintlich- der Weg für eine weitere, aber nicht vollständige Harmonisierung der RSB-Versagungsgründe (§§ 290, 295 InsO) geebnet werden. Es soll „Ankündigung der RSB“ bei vermeintlicher Abwesenheit (amtswegiger) Versagungsgründe gleich im Eröffnungsbeschluss erfolgen.¹² Dies entspricht zumindest dem seit 2001 geltenden Beginn der Laufzeit der Abtretungserklärung.

In der Folge wäre ein einheitlicher Kanon von Versagungsgründen bei Auflösung der §§ 290, 295, 296 InsO zu erwarten gewesen¹³.

Die dortige Formulierung in § 287a Abs.3 nimmt aber Bezug auf den ganzen Wortlaut des § 295 in seiner neuen Fassung. § 295 RefE enthält aber nur für die Erwerbsobliegenheit eine Geltung für das eröffnete Verfahren (Abs.1). Die Versagungsgründe des § 295 Abs.2 sollen weiterhin nur für die Wohlverhaltensphase gelten. Der vorgesehene Wortlaut des § 287a Abs.3 ist daher falsch.

Die vom RefE gewählte Lösung hat zudem den Nachteil, dass

- durch die Nennung der §§ 290, 295, 297 bis 298 InsO in der „Eingangentscheidung“ der Eindruck entstehen kann, dass die Vorschriften parallel gelten
- für die Beteiligten die Zäsur nicht erkennbar ist
- zumindest der Schuldner nach Aufhebung des Verfahrens gesondert zu belehren ist.

→ Richtig und konsequent wäre eine vollständige Harmonisierung der RSB-Versagungsgründe.

⁹ Diesbzgl. kritisch zu den „Lücken“: Frind, ZInsO 2011, 656

¹⁰ Dies war bereits 2007/2008 beklagt worden: Frind, ZInsO 2007, 1097; Pape, ZInsO 2007, 1149; zusammenfassend: INDAT-Report 8/07, 8 ff.; Springeneer, ZVI 2008, 106

¹¹ Begr. S.35

¹² Begr.S.44

¹³ Dazu bereits: Ahrens, NZI 2011, 425; Frind, ZInsO 2009, 1135 ff.; punktuelle Änderungsvorschläge des 1.Deutschen Privatinsolvenztagess 5.11.2010, vgl. Graeber, ZInsO 2010, 2227; Schmerbach, NZI 2011, 131

→ Zu begrüßen ist, dass der „Treuhand“ des Verbraucherinsolvenzverfahrens nunmehr im Eröffnungsbeschluss auch als Insolvenzverwalter bezeichnet werden muss und so eine Verwechslungsgefahr mit dem Treuhänder der Wohlverhaltensphase entfällt.

V. Die Neuregelung der RSB-Versagungsgründe, des RSB-Erteilungsverfahrens und der RSB-Reichweite

1. Ständige Versagungsantragsmöglichkeit

Durch § 290 Abs.1 S.1 RefE soll die Antragstellung nicht nur im/zum Schlußtermin, sondern immer im eröffneten Verfahren und auch nur schriftlich möglich sein. Letztere Änderung ist im Hinblick auf die bei einigen Insolvenzgerichten noch praktizierten mündlichen Schlußtermine in Verfahren natürlicher Personen und im Hinblick auf damit verbundene Wege für Gläubiger und Schuldner (Vermeidung unstrittiger Anträge !) sinnvoll. Allerdings bewirkt bereits die im RefE ohnehin vorgesehene Änderung v. § 5 Abs.2 (RefE Nr.2) ein in der Regel schriftlich durchzuführendes Verfahren, so dass es einem Gläubiger auch zumutbar ist, bis zur Mitteilung des schriftlichen Schlußtermins mit seinem schriftlichen Versagungsantrag zuzuwarten.

Denn nicht sinnvoll ist die *jederzeitige* Antragsmöglichkeit.

Entschieden wird erst nach dem Schlußtermin über eine mögliche RSB-Versagung (mit Ausnahme des Falles des Ablaufes der –event. verkürzten- RSB-Zeit während des eröffneten Verfahrens („vorzeitige RSB“), daran will der RefE offenbar nichts ändern (§ 290 Abs.1 Satz 1, § 300).¹⁴ Dieser reguläre Zäsurzeitpunkt sollte auch beibehalten werden, da das eröffnete Verfahren ohnehin weitergeführt wird. In massehaltigen Verfahren wird das Verfahren auch bei einer Versagung der Restschuldbefreiung fortgesetzt bis zur Verwertung der Masse, anders als in den auf Stundungsbasis eröffneten masselosen Verfahren. In masselosen Verfahren wird das Verfahren nach Eröffnung zeitnah beendet.

→Den Gläubigern ist daher zuzumuten – und für das Gericht ist dies aus Gründen der Konzentration und „Sammlung“ verschiedener Anträge auch arbeitsökonomisch – bis zur Veröffentlichung des Schlußtermins mit den Anträgen zuzuwarten. Das Gericht sollte nicht das ganze eröffnete Verfahren hinweg mit RSB-Versagungsanträgen versehen werden können, da diese ansonsten auch Nachfragen zu deren Erledigung provozieren.

2. Änderung der Versagungsgründe

2.1 Begrenzung v. § 290 Abs.1 Nr.1

Es ist sinnvoll, den bisher zeitlich nur durch die Rechtsprechung eingegrenzten Tatbestand im Hinblick auf § 34 Bundeszentralregistergesetz einzugrenzen.

Allerdings müsste ein Versagungsantragsteller in spe in diesem Rahmen auch ein Auskunftsrecht erhalten. Weshalb gerade bei Insolvenzdelikten eine Erheblichkeitsgrenze von erst über 90 Tagessätzen die „Redlichkeit“ des Schuldners markieren soll¹⁵, erschließt sich in keiner Weise.

2.2 Einfügung § 290 Abs.1 Ziff.1a

¹⁴ So auch Begr.S. 44

¹⁵ Eigenanspruch der Begründung des RefE für die Versagungsgründe, S. 45

Der neue RSB-Versagungsgrund ist dogmatisch aus zwei Gründen „unpassend“:
Wann ein Straftatbestand dazu bestimmt ist, „dem Eigentum oder dem Vermögen zu dienen“, ist unklar. Es wird sich eine Vielzahl von Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben. Richtig wäre hier eine enumerative Auflistung. Weiter ist unklar, ob Steuerstraftaten, die unter § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO fallen können, auch hier erfasst sind.

Weiterhin ist die Konstruktion des Versagungsgrundes hinsichtlich der Antragsbeschränkung auf den „benachteiligten“ Gläubiger nicht mit dem übrigen System kohärent: Die Versagungsantragstellung erfolgte bisher immer im Interesse aller Gläubiger. Den Interessen des geschädigten Gläubigers ist mehr gedient, wenn der Schuldner Restschuldbefreiung erhält und die Forderung von der Restschuldbefreiung ausgenommen bleibt (§§ 174 Abs. 2, 302 Nr. 1 InsO).

2.3 Änderung v. § 290 Abs.1 Ziff.3, Einfügung von § 290 Abs.1 Ziff.3a

Die im RefE nunmehr vorgesehene Begrenzung der Geltung einer vorherigen RSB-Versagung als Versagungsgrund auf eine zeitliche Berücksichtigungsfrist der Versagungen innerhalb von fünf Jahren vor Antragstellung ist unverständlich. Der Gesetzgeber geht in Ziff.3 über die bisherige BGH-Rechtsprechung einer dreijährigen Sperrfrist noch hinaus, will nunmehr aber nicht alle Versagungsgründe berücksichtigen (s. Ziff.3a). Die Formulierung „vor oder nach diesem Antrag“ in Ziff.3a ist zudem unverständlich und wird in der Begründung mit einer RSB-Entscheidung in Verfahren betreffend den Neuerwerb des Schuldners gerechtfertigt¹⁶. In solchen „Zweitinsolvenzverfahren“ ist jedoch, da diese sich auf eine Sondermasse beziehen und nicht auf eine natürliche Person per se keine RSB möglich.

→ Das gesamte System der Berücksichtigung von bisherigen RSB-Versagungen ist im RefE nicht stimmig geregelt. Unterschiedliche Sperrfristen sind inkonsequent. Notwendig ist eine gleichlange Sperrfrist für Folgeanträge für alle Arten der erfolgten RSB-Versagung. Nur dies ermöglicht aus Sicht der insolvenzgerichtlichen Anwender eine einfache und wirksame Handhabung. Die Versagung einer Restschuldbefreiung muss dann auch nicht mit ihrem genauen „Tatbestand“ im Schuldnerverzeichnis eingetragen werden, was ansonsten notwendig wäre. § 303a RefE scheint eine solche „allgemeine“ Eintragung vorzusehen. Soweit die Begründung des RefE eine Harmonisierung der Sperrfristen ablehnt unter Verweis auf „die jeweils dem Tatbestand eigene Frist müsste dann noch hinzugerechnet werden“¹⁷, ist das unverständlich: Wenn eine Versagung darauf gestützt wird, dass eine Verurteilung binnen der letzten fünf Jahre erfolgt ist, entsteht aufgrund dieser Versagung auch nur eine dreijährige Sperrfrist, genauso, wie wenn die Versagung auf die eine nicht erbrachte Mitwirkungshandlung gestützt wird. „hinzugerechnet“ wird im ersten Fall gar nichts.

Nicht geregelt sind dann immer noch die übrigen vom BGH bereits judizierten Fälle einer Sperrfrist für einen erneuten RSB-Antrag außerhalb der erfolgten RSB-Versagung¹⁸ und die Problematik des „Zweitinsolvenzverfahrens“¹⁹. Insofern kann es aber bei der diesbezüglich ausreichend ausdifferenzierten BGH-Rechtsprechung bleiben.

2.4 Einfügung eines neuen § 290 Abs. Ziff.7 (Verletzung Erwerbsobliegenheit)

Die verfehlte Terminologie „Verletzung einer Obliegenheit“ als ein Versagungsgrund im eröffneten Insolvenzverfahren, zeigt, dass der Ursprung dieses Regelungsproblems die

¹⁶ Vgl. die merkwürdige Sentenz auf S.46 der Begründung

¹⁷ So in der Tat die Begr. S. 46

¹⁸ Verwerfung eines Antrages auf Restschuldbefreiung als unzulässig, BGH NZI 2010, 153; Unterlassene Stellung eines Antrages auf Restschuldbefreiung, BGH NZI 2010, 195; Rücknahme eines Antrages auf Restschuldbefreiung nach einem Versagungsantrag, BGH NZI 2011, 544

¹⁹ vgl. FK-Inso/Schmerbach § 13 Rz. 57 ff.; Schmerbach ZInsO 2009, 2388, 2389 und Insbüro 2009, 452, 457

fehlende Harmonisierung der Versagungsgründe ist, die mit der Umformulierung des § 295 Abs.1 lt. RefE in eine Obliegenheit „ab Eröffnung“ des Verfahrens eben nicht gelungen ist.

→Eine befriedigende Regelung müsste einen Kanon der mit Versagungsantrag „bemakelten“ Verhaltensweisen des Schuldners festlegen, der für das Gesamtverfahren gilt. Darin wären die jetzt in § 295 Abs.2 genannten Verhaltensweisen ausdrücklich mit aufzuführen, auf die unterschiedliche Regelung zum Erbe im eröffneten Verfahren und in der Wohlverhaltensphase müsste als einzige Regelung dann zugunsten der Harmonisierung verzichtet werden.

Bei der jetzigen Regelung in Ziff.7 (neu) ist bereits unklar, ob die Auskunftspflicht gem. § 295 Abs.2 Ziff.2 über den Umfang der Erfüllung der Erwerbsobliegenheit von einer möglichen Versagung nach Ziff.7 (neu) bei Verletzung dieser Pflicht mit umfasst ist.

2.5 Einschub eines neuen Satzes 1 in § 290 Abs.2 zur obligatorischen Anhörung aller „Insolvenzgläubiger“

Die Begründung meint, es handele sich um eine Verfahrensvereinfachung und Übernahme des bisherigen § 289 Abs.1 S.1 InsO.

Sollte der Gesetzgeber dem folgen, wird die zu § 289 Abs.1 S.1 ergangene einschränkende BGH-Rechtsprechung negiert, die ein Antragsrecht nur dem Insolvenzgläubiger zugesteht, der seine Forderung –unbestritten- angemeldet oder die Erhebung der Feststellungsklage nachgewiesen hat²⁰. Denn wenn der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Rechtsprechung –erneut- den gesetzlich definierten Begriff „Insolvenzgläubiger“ wählt, muss davon ausgegangen werden, dass er auf § 38 InsO rekurriert. Die Rechtsprechung tut dies- zum Glück- nicht, da nicht angehört zu werden braucht, wer sich am Verfahren bisher nicht beteiligt hat.

2.6 Neufassung des § 295 InsO

Der RefE will mit einer Änderung in Abs.1 die Erwerbsobliegenheit“ bereits mit der Verfahrenseröffnung beginnen lassen und sucht damit die Harmonisierung zu § 4c Nr.4 InsO in den Stundungsfällen. Der Begriff „Obliegenheit“ verweist aber auf die Wohlverhaltensphase und ist daher missverständlich, er sollte umformuliert werden („Ab Eröffnung hat der Schuldner ...“).

In Abs.2 wird für die Wohlverhaltensphase die bisherige Unterscheidung der dort geltenden Versagungsgründe fortgesetzt. Besonders inkongruent ist nunmehr, dass § 295 Abs.2 Nr. 2 weiterhin eine Auskunftspflicht für die Erfüllung der Erwerbsobliegenheit erst in dieser Phase normiert. Auch die Pflicht, den Wohnsitzwechsel anzuzeigen und (Ziff.3), Zahlungen nur an den Treuhänder vorzunehmen, ist keine nur auf diese Phase passende Pflicht (letzteres folgt ohnehin bereits aus § 294 InsO).

→ Zur Harmonisierung der Versagungsgründe ist jegliche Unterscheidung verschiedener Pflichtenkreise nach Verfahrensabschnitten aufzugeben.

2.7 Ergänzung/Einführung nachträglicher Versagungsgründe

2.7.1 § 297 Ziff.2

²⁰ BGH v. 22.2.2007, ZInsO 2007, 446; BGH ZInsO 2010, 1660=NZI 2010, 865; LG Köln v. 8.6.2011, ZInsO 2011, 2047; AG Potsdam v. 25.8.2006 m.w.N., ZIP 2006, 2230; AG Hamburg ZVI 2004, 260 (Abt.68b); AG Hamburg ZInsO 2005, 1060 (Abt.68g)

Der RefE will mit Blick auf den neuen Versagungsgrund der Verurteilung wegen eines Eigentumsdeliktes (§ 290 Abs.1 Ziff.1a) diesen Versagungsgrund bis zum Ende der Wohlverhaltensphase erstrecken. Diese Erweiterung begegnet den gleichen Bedenken, wie die Einführung des Versagungsgrundes selbst (siehe 2.2).

2.7.2 § 297 a neu

Weiterhin will der RefE eine „Teil-Harmonisierung“ der Versagungsgründe schaffen, indem der zeitliche Geltungsbereich der Versagungsgründe des § 290 noch in die Wohlverhaltensphase ausgedehnt wird. Ein Versagungsantragsteller soll auch nach dem Schlußtermin binnen sechs Monaten ab Kenntnis die Versagungsgründe des § 290 InsO noch fruchtbar machen können. Die Regelung ist inkonsequent und wird die gerichtliche Praxis über Gebühr mit Streitigkeiten zum Beginn/Ende der Sechs-Monatsfrist belasten.

Eine einfachere Lösung wäre der unter 2.6 bereits erwähnte Kanon von einheitlichen Versagungsgründen.²¹

2.8 Was fehlt ?

Die Praxis empfindet es als überflüssig, im Rahmen des § 296 Abs.2 S.1 InsO auch die übrigen Gläubiger bei Stellung eines Versagungsantrages anzuhören. Bei Verstoß werden Beschlüsse aus formalem Grund aufgehoben²². Anders als der RegE 2007 (BT-Drs. 16/7416; dort Art. 1 Nr. 26) enthält der vorliegende Entwurf keinen Verzicht auf diese unnötige Regelung.

3. Die Verkürzung der Wartefrist bis zur Erteilung der RSB / Streichung massebegrenzender Normen

Mit einer Neureglung des § 300 will der RefE der „verschwiemelten“ Regelung im Koalitionsvertrag (Abkürzung der RSB-Frist „für Gründer“) nunmehr Rechnung tragen und für alle Insolvenzgläubiger die Möglichkeit zur Erlangung der RSB nach drei Jahren bei einer Quotenausschüttung von 25 % und nach fünf Jahren bei Deckung der Verfahrenskosten ermöglichen. Damit wird von der nicht konturierten Figur des „Gründers“ als privilegiertem Schuldner zu Recht abgegangen.

Im Anschreiben zur Versendung des RefE und in der Begründung des RefE²³ ist verdeutlicht, dass zur Mindestquote insbesondere Meinungsäußerungen der Praxis erwartet werden.

Valide empirische Erhebungen zur Frage der Quoten und Verfahrenskostendeckung, insbesondere in Stundungsverfahren, hat der Gesetzgeber selbst vereitelt, indem er nicht vorgesehen hat, dass das Statistische Bundesamt diese Fragen untersucht²⁴. Dies war bereits Gegenstand der Kritik im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages bei der Anhörung am 9.4.2008.²⁵ Soweit der RefE in seiner Begründung²⁶ Zahlenmaterial zu Befriedigungsquoten aus den veröffentlichten Verfahrenskennzahluntersuchungen des AG Hamburg zitiert, sind diese hinsichtlich der Untersuchungsbasis nicht verstanden worden, denn untersucht wurden dort ausschließlich schlussgerechnete Unternehmensinsolvenzverfahren ohne natürliche

²¹ Frind ZInsO 2004, 1064, 1070; Schmerbach ZInsO 2005, 77, 81; ders. Insbüro 2009, 452, 456; ders. NZI 2011, 131, 133

²² LG Göttingen ZInsO 2008, 1033

²³ S.21 – 23, S. 51, 52

²⁴ Schmitz-Winnenthal/Reuter, ZVI 2010, 41, 48; Breiter, u.a., ZInsO 2011, 860, 862

²⁵ zur Historie: Kainz, Schriftenreihe Insolvenzrecht in Forschung und praxis, Hamburg 2010, Bd.48

²⁶ S.23

Personen.

Eine Mindestbefriedigungsquote von 25 % innerhalb von drei Jahren ist selbst in Regelinsolvenzverfahren derzeit kaum denkbar:

Das alte Vergleichsverfahren sah hier eine Quote von 35 % bei Unternehmensinsolvenzen (!) vor und spielte wegen dieser hohen Hürde in der Praxis keine Rolle²⁷. Die sog. „IFM-Studie“ des Institutes für Mittelstandsforschung Bonn aus dem Juni 2009²⁸ weist unbereinigt (mit natürlichen Personen) eine Befriedigungsquote von durchschnittlich 3,6 % und bereinigt für Unternehmensinsolvenzverfahren eine Quote von 7,72 % aus.²⁹

Grote/Müllers³⁰ kommen auf Basis 643 Verfahren (nicht repräsentativ) zu ca. 1.261,-- EUR durchschnittl. Kosten im eröffneten Verfahren, von denen bei 30 % der Verfahren alle und bei weiteren 20,4 % wenigstens ca. 40% der Kosten zurückgeführt wurden. Rüntz u.a.³¹

berichten von der Untersuchung in Bayern, NRW und Baden-Württemberg. Basis: 1.530 Verfahren je Verfahrensart. Stundungsquote IK-Verfahren: über 90 %, in IN-Verfahren ca. 50 –60 %. In 85 % der Verfahren werden keinerlei Zahlungen an Gläubiger vorgenommen. Die Ein Verfahrenskostenrückfluss wurde in IK-Verfahren mit 25 % der Verfahren und in IN-Verfahren mit 21 % der Verfahren durchschnittlich ermittelt. Hochrechnung:

Kostendeckungsquote: 12 % der Stundungsverfahren. Die § 4 b –Phase blieb dabei ununtersucht. Löffler³² kommt bei einer Untersuchung für das AG Göttingen zu höheren Verfahrenskosten, zu einer Quote von 95 % der Fälle in denen Gläubiger leer ausgehen und (als Zwischenstand) zu einer Kostendeckungsquote von 27 % der angefallenen Kosten in den Stundungsverfahren.

Alle Untersuchungen zeigen mithin höchstens prognostisch nur eine Verfahrensdeckung in 60 % -70 % der Verfahren bis zum Ende der § 4b -Phase.³³

Sofern der RefE flankierende Maßnahmen zur „Masseanreicherung“ treffen will, so z.B. die Streichung von § 114 Abs.1 und Abs.2 InsO zur schnelleren Vereinnahmbarkeit der pfändbaren Bezüge und die Streichung von § 313 Abs.2, Abs.3³⁴ zur Nutzung der Insolvenzanfechtung und Verwertung der Absonderungsgüter mit der daraus folgenden Vereinnahmung der Pauschalen ist dies –eingeschränkt bei § 114 InsO- begrüßenswert, wird aber beim Gros der Verbraucherinsolvenzverfahren die Befriedigungsquoten nicht erhöhen. Soweit die Begründung des RefE auf den Einsatz von „Drittmitteln“ setzt³⁵, ist dies kein Verfahrensziel der InsO, welches auch nur im Ansatz mit einer Normierung unterstützt werden sollte, da die „Dritten“ am Insolvenzgeschehen keine Verantwortung haben oder hatten.

Die Figur der „Mindestquote“ übersieht, dass durch die Rechtsprechung des BGH seit geraumer Zeit die Möglichkeit einer vorzeitigen Restschuldbefreiung gegeben ist, wenn der Schuldner sich während des Verfahrens mit seinen Gläubigern einigt³⁶; § 213 InsO sieht das von Anfang an vor³⁷. Vor diesem Hintergrund ist die Regelung schlicht unnötig.

²⁷ Ahrens, NZI 2011, 425, 429: 1989 – 1998 insgesamt 489 Verfahren, d.i. 0, 213 % der Antragsverfahren

²⁸ Einzusehen unter der internet-Seite des IFM-Bonn oder unter www.bakinso/Informationen/Materialien_zur_Gutachtenprüfung.de

²⁹ Vgl. zur Kritik an der Studie wg. Einbeziehung der natürlichen Personen aus dem „IN-Verfahren“: Bakinso-News-Letter August 2009, dort Teil I.

³⁰ ZInsO 2006, 187

³¹ ZVI 2006, 185

³² ZVI 2006, 385

³³ Zusammenfassend Frind, NZI 2009, 140 m.w.N.

³⁴ Dazu bereits Frind, ZInsO 2006, 342 ff

³⁵ S.52

³⁶ BGH v. 17.3.2005 (IX ZB 214/04 –LG Oldenburg) ZInsO 2005, 597; BGH v. 29.01.2009 –IX ZB 290/08; BGH v. 29.9.2011, ZInsO 2011, 2100=NZI 2011, 947

³⁷ Haarmeyer, ZInsO 2009, 556; Lauck, InsbürO 2009, 131; du Carrois, InsbürO 2012, 15 ff.

→ Eine Verfahrensverkürzung auf drei Jahre bei einer Quote von 25 % sollte gestrichen werden. Bei der Verfahrenskostendeckung erscheint ein Zeitraum von vier Jahren realistischer.

→ Genauer zu klären hätte die Regelung, weshalb der Schuldner die Voraussetzungen der Verkürzung „glaubhaft“ zu machen hat, da diese Gegenstand der Berichte der Verwalters/Treuhänders sein müssten. Weiterhin ist zu klären, was gelten soll, wenn die Frist abgelaufen ist und der Verkürzungstatbestand nachträglich eintritt, z.B. nach fünf Jahren.

→ Die Anschlussregelung in § 301a Abs.1 wird durch den Ausschluss in Satz 2 zu massiven Streitigkeiten über den Umfang der Masse zwischen Schuldner und Verwalter führen, die die Insolvenzgerichte nach § 36 Abs.4 InsO zu klären haben werden. Ein „Neuerwerb“, der vor Erteilung der RSB „angelegt“ war, ist rechtlich nicht klar konturiert. Die Begründung³⁸ nennt hier Steuerrückzahlungen, Erbschaften und Schenkungen als „insolvenzfrei“. Zumindest in den ersten beiden Beispielfällen könnte sehr wohl darüber gestritten werden, ob diese nicht bereits vor Erteilung der RSB „angelegt“ waren.

Die von § 301a Abs.2 in diesem Zusammenhang erhoffte Regelung der Neugläubigerproblematik (die dann jenseits v. § 89 Abs.1, 2 InsO wieder vollstrecken können sollen), wird genau diesen Streit über den Umfang der Vollstreckungsmöglichkeiten provozieren. Zudem wird übersehen, dass der BGH auch das „sonstige Vermögen“ des Schuldners innerhalb des Vollstreckungsverbotes sieht.³⁹

→ Obligatorische Rückkoppelung des Schuldners mit Schuldnerberatungsstellen während des Verfahrens

Überhaupt nicht geregelt –außer der generellen Vertretungsberechtigung des Schuldners durch Schuldnerberatungsstellen (§ 305 Abs.4) - ist eine aus Sicht der Praxis notwendige, obligatorische Begleitung des Schuldners mittels *mehrerer turnusmäßiger Konsultationen* während des Verfahrens durch die Schuldnerberatungsstellen. Eine intensive Begleitung des Schuldners tut not, um das Ziel des Verfahrens „fresh start“, überhaupt sicherzustellen (Vermeidung Drehtüreffekt– in 30% der Fälle kommt es schon während des Verfahrens zu einer Neuverschuldung)⁴⁰.

4. Erweiterung des Geltungsbereiches des § 302 InsO

Der RefE will in Ziff.1 nunmehr Forderungen aus vorsätzlich pflichtwidrig nicht gezahltem Unterhalt und rechtkräftig verurteilten Steuerhinterziehungen privilegieren.

Die Feststellung des „vorsätzlich pflichtwidrig“ wird auf Schuldnerwidrspruch vermehrt die Zivilgerichte mit schwierigen Feststellungsklagen zur „Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten und Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners“⁴¹ in den entsprechenden Zeitpunkten beschäftigen.

Weiterhin: Privilegiert werden häufig aber nicht die Unterhaltsberechtigten. Denn meist werden bei Unterhaltsberechtigten bis zum 12. Lebensjahr Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz gewährt. Ansprüche werden in diesen Fällen von Jugendämtern,

³⁸ S.52

³⁹ BGH v. 12.2.2009, ZInsO 2009, 830

⁴⁰ Hergenröder/Kokott, ZVI Sonderheft 2009, 27; Frind, ZInsO 2009, 1135 ff.; zustimmend: Jäger, INDAT-Report 7/2010, 24, 25; Entschliessung erster deutschen Privatinsolvenztag 2011, INDAT-Report 8/2010, 44, 47; Ahrens, NZI 23/2010, IX, ders. ZVI 2011, 273, 287); „Drehtüreffekt“: Studie Dr. Lechner, TU Chemnitz, „Eine zweite Chance für alle gescheiterten Schuldner?“, Juni 2010

⁴¹ RefE-Begründung S. 53

auf die diese Ansprüche übergegangen worden sind, geltend gemacht werden. Bei Jugendämtern sind die rechtlichen Kenntnisse häufig nicht ausgeprägt. Es ist mit einer Vielzahl von Anmeldungen zur Tabelle gem. § 174 II InsO zu rechnen, bei denen zu mindestens Nachfragen entstehen.

Steuerhinterziehungen werden bisher von § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfasst⁴², fallen aber nicht unter § 302 Nr. 1 InsO⁴³. Zukünftig werden sich die Anwendungsbereiche beider Vorschriften (und möglicherweise des § 290 Abs. 1 Nr. 1a E, s.o.) teilweise überschneiden. Es bleibt unklar, wie dieser Dualismus aufgelöst werden soll.

→ Die Erweiterung ist unnötig und gefährdet die generelle Wirkung der Restschuldbefreiung.

5. Erweiterung der Möglichkeiten des nachträglichen Widerrufs des RSB

Die neue Regelung des § 297 Abs.4 InsO (Verurteilung zu schwerer Insolvenzstraftat oder Eigentums-/Vermögensdelikt) soll nun auch für den nachträglichen Widerruf „scharf geschaltet“ werden. Obwohl letztere Taten gem. § 297 Abs.4 Nr.2 nur vom antragstellenden Gläubiger fruchtbar gemacht werden können sollen, will § 303 Abs.1 Nr.2 dies nun im Widerrufswege alle Insolvenzgläubiger antragsberechtigt machen. Das passt wenig.

Ein neuer Widerrufsgrund der mangelnden Mitwirkung und Auskunftserteilung nach Erteilung der RSB gem. § 303 Abs.1 Nr.3 ist unnötig. Entgegen der Begründung ist eine Verweigerung von Auskünften nicht „sanktionslos“⁴⁴. Zwar werden solche Auskünfte vom Schuldner selten zu erteilen sein, da sein Neuerwerb nicht mehr zur Masse zählen soll (§ 301 a Abs.1) und im übrigen der Verwalter die übrige Masse bereits generiert oder die dazu notwendigen Auskünfte bereits erhalten haben wird, so sieht doch § 97 InsO i.V.m. § 98 InsO ein wirkungsvolles Erzwingungssystem für notwendige Auskünfte vor. Dieses auch noch mit –nur auf Antrag! – zu widerrufender RSB zu sanktionierenden, erscheint überreguliert.

Die komplizierte Einschränkungsregelung des § 303 Abs.2 in zeitlicher Hinsicht mit unterschiedlichen Zeiträumen für den Widerrufsanspruch nach Abs.1 Nr. 3 und Nr.1 und 2 und unterschiedlichen Glaubhaftmachungsanforderungen gewährleistet weder Rechtssicherheit noch ein schlankes Verfahren.

VI. Flankierende Änderungen im Privatinsolvenzverfahren

1. Umkehrung des Regel-/Ausnahmeprinzips in § 5 Abs.2 InsO

Das Regelinsolvenz- wie das Verbraucherinsolvenzverfahren sollen nunmehr in der Regel schriftlich durchgeführt werden. Dies erspart Gläubigern und Schuldnern, letzteren insbesondere zur Vermeidung des „unstreitigen“ Versagungsantrages gem. BGH-Rechtsprechung⁴⁵ im Schlußtermin, zum Insolvenzgericht zu Versammlungen zu kommen. Die Regelung ist allerdings durch die Ankoppelung an § 304 InsO nicht eindeutig genug gehalten: Besser wäre die Anordnung des schriftlichen Verfahrens als ausdrücklicher Regelfall: „Das Verfahren wird schriftlich durchgeführt, falls nicht ein mündlicher Termin wegen der Unüberschaubarkeit zwingend geboten ist.“ Die Zahl der Gläubiger oder die Höhe der Verbindlichkeiten indiziert nicht die mündliche Durchführung.

⁴² BGH v. 13.1.2011, ZInsO 2011, 301=NZI 2011, 149

⁴³ FG Hamburg v. 2.2.2007, NZI 2007, 738 mit zust. Anmerk. Farr, 739, bestätigt durch BFH v. 19.8.2008, ZInsO 2008, 1208

⁴⁴ So in der Tat die Begründung S. 54

⁴⁵ BGH v. 5.2.2009 IX ZB 185/08, ZInsO 2009, 481

2. Obligatorische Angabe des Geburtsdatums im Eröffnungsbeschluss

Was bei der Reform zum 1.07.2007 noch vom Bundesdatenschutzbeauftragten verhindert worden war, soll nunmehr Gesetz werden. Gem. § 27 Abs.2 Nr.1 soll unverzichtbar das Geburtsdatum des Schuldners angegeben werden. Dies ist zu begrüßen, erleichtert es doch die Identifizierbarkeit des Schuldners. Umgesetzt werden muss das dann auch in den Antragsvordrucken (§ 13 Abs.3 InsO).

3. Aufhebung der Begrenzung der Abtretungserklärung durch Streichung v. § 114 Abs. und Abs.2 InsO

Zur Masseanreicherung und Verfahrenskostendeckung ist diese Regelung zu begrüßen (s. o. V. 3) . Fraglich ist allerdings, ob die bisherigen Verlautbarungen der Kreditwirtschaft, dies schmälere nicht die Praxis der Kreditvergabe an „Normalbürger“ entsprechend in der Praxis umgesetzt werden. Aus den Erfahrungen mit dem „P-Konto“ gälte es hier zu lernen. Immerhin wird dem Normalbürger sein einziges Mittel zur Besicherung von Darlehen damit entwertet.

4. Abschaffung des „Motivationsrabattes“; Einführung einer Bagatellverteilungsgrenze

Der Entwurf will § 292 Abs.1 S.4 und 5 in derzeitiger Fassung abschaffen. Der Schuldner erhält damit auch nach vier Jahren keinen Anteil von den eingezogenen Beträgen. Dies ist in Ansehung der Möglichkeiten nach § 300 Abs.1 RefE konsequent. Sollte allerdings, wie vorliegend angeregt, § 300 Abs.1 Nr.1 RefE gestrichen werden, sollte die Regelung beibehalten werden.

Die nunmehr vorgesehene Aussetzung der Verteilung bei Bagatellbeträgen, die die Praxis teilweise ohnehin bereits so übt, ist zu begrüßen.

5. Schutz der schuldnerseitig genutzten Genossenschaftswohnung

Die Regelung in Art.11 des des RefE über Einfügungen einer komplizierten Regelung in §§ 66a, 67c GenG nebst Kündigungserlaubnis und inzidenter Beschränkung des Verwalters für die Genossenschaftsanteile ist ein Musterbeispiel geplanter fehlerhafter, aber originär deutscher Gesetzgebung:

Das Ziel- die Genossenschaftswohnung des Schuldners in Folge der BGH-Rechtsprechung zum Umfang der Masse und zu § 109 InsO⁴⁶ - über eine Einschränkung der Beschlagnahmerwirkung der Insolvenzeröffnung bzgl. der Genossenschaftsanteile zu verwirklichen, ist im Prinzip zu begrüßen; die Regelungsmechanik ist völlig verfehlt.

→Richtiger Regelungsort wäre § 109 InsO⁴⁷, allein damit auch Genossenschaftswohnungen im Ausland (bei gewerblicher Tätigkeit des Schuldners in Deutschland) dem Schutz über die lex fori concursus (Art. 4 EuInsVO) unterfallen würden. Weiterhin ist eine geschlossene Regelung des Problems „Kündigung der Wohnung des insolventen Schuldners“ in der InsO, nicht in Einzelgesetzen zu befürworten.

Regelungstechnisch ist eine Kündigungsmöglichkeit des Verwalters mit

⁴⁶ BGH v. 19.3.2009, ZInsO 2009, 826; BGH v. 17.9.2009, ZInsO 2009, 2104

⁴⁷ du Carrois, InsbürO 2009, 458

Beschlagnahmebeschränkung verfehlt.

→Die Kündigungsmöglichkeit sollte ausgeschlossen werden analog § 109 S.2 InsO⁴⁸. Anzuknüpfen ist bei einer Masseumfangsbeschränkung nicht an einem abstrakten Wert (das „Vierfache des Nutzungsentgeltes“) geschützter Genossenschaftsanteile, sondern an denjenigen Anteilen, die gem. Satzung der jeweiligen Genossenschaft für die Überlassung der Wohnung zur Nutzung erforderlich sind; dies differiert v. Genossenschaft zu Genossenschaft stark. Dabei muss, was der Entwurf in der Begründung in Abrede stellt, in Kauf genommen werden, dass eventuell dadurch erhebliche Summen zu Lasten der Masse dem Beschlag entzogen werden. Will man anderes, bleibt es zuweilen bei der Gefährdung des Nutzungsverhältnisses.

VII. Sonstige Änderungen der InsO u. v. Begleitgesetzen

1. Ergänzung von § 15 a

Der RefE sieht vor, in einem *Abs. 6* eine Insolvenzantragspflicht nicht bestehen soll bei Vereinen und Stiftungen, da diese mit werbenden Handelsgesellschaften nicht vergleichbar seien.⁴⁹ Die Regelung entspricht nunmehr der h.M. in der Literatur.⁵⁰

Nachdem eine „verkappte“ Antragspflicht über einen möglichen Schadenersatz weiter reduziert worden ist, fragt sich, ob diese Entscheidung sinnvoll ist: Ab dem 3.10.2009 gilt das „Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlichen tätigen Vereinsvorständen“ durch Einführung eines **§ 31 a BGB**⁵¹. Darauf verweist auch der BGH mit Entscheidung v. 8.2.2010⁵² und lehnt, da der Gesetzgeber diesen Problemkomplex mithin erkannt habe, eine analoge Haftungsanwendung des § 64 Abs.2 GmbHG ab. Der Vereinsvorstand hat daher keinerlei insolvenzrechtliche Folgen zu fürchten. Da Vereine durchaus auch wirtschaftlich tätig sind, erscheint diese Folge sehr misslich. Über die Einführung einer Insolvenzantragspflicht könnte hier gerade zumindest für die Gläubiger, die an Vereine leisten (Versorger, Handwerker, Vermieter, etc.) eine gewisse Sicherheit geschaffen werden.

→ Wünschenswert ist eine gegenteilige Regelung.

2. Klarstellung Ermächtigungsgrundlage in § 63 zu Art. 11 InsVV

Die Regelungen zu § 11 Abs.1 S.2 InsVV sollen ein ein Gesetz erster Ordnung übernommen werden, nachdem in der Literatur bezweifelt worden war, ob § 63 InsO insofern ausreichende Ermächtigungsgrundlage ist. Flankierend wird das in § 11 InsVV nachvollzogen (Art. 6 Nr.2).

3. Sonderregelung für Lizenzen im Insolvenzfall (§ 108a)

⁴⁸ Und zwar auch diejenige der Genossenschaft, da in manchen Satzungen dies im Insolvenzfall ohne Rücksicht auf die Frage der bestehenden/Verbleibenden Anteile vorgesehen ist (Schulz (EWiR 2009, 317, 318), vgl. dazu BGH v. 8.1.2009 (ZInsO 2009, 383); BGH v. 17.9.2009 (ZInsO 2009, 2104); vgl. Doose/Schmidt-Sperber, ZInsO 2009, 1144; Heyn, InsbürO 2010, 284

⁴⁹ Begr. S. 36

⁵⁰ Rugullis, NZI 2007, 323: keine „Drei-Wochen-Frist“; beim Verein bestehe eine Antragspflicht nur vermittelt über die nach § 42 II BGB - mögliche Schadenersatzhaftung -: OLG Hamburg v. 5.2.2009, ZInsO 2009, 835; eine strafbewehrte Antragspflicht besteht nicht: Brand/Reschke, NJW 2009, 2343; a.A.

Insolvenzverschleppungshaftung: Pflichtenkreis analog § 15 a InsO, Poertzgen, NZG 2010, 772

⁵¹ BGBI. I 2009, 3161; dazu sehr kritisch: Burgard, ZIP 2010, 358; s.a. Unger NJW 2009, 3269

⁵² ZInsO 2010, 1003

Die angebliche Regelungsnotwendigkeit des Lizenzvertrages in der Insolvenz war bereits Gegenstand des RegE 2007 (BT.Drs. 16/7416). Die dafür jeweils wiederholten „Praxisbeispiele“ (Musiklizenz, Pharma- und Softwarelizenz) sind Einzelfällen des Insolvenzgeschehens entnommen und von interessierter Seite immer wieder den politischen Entscheidungsträgern unterbreitet worden. Eine regelhafte oder auch nur häufige Problematik existiert hingegen nicht. Der RegE 2007 ist nicht zuletzt an der „Lizenz-Regelung“ gescheitert.⁵³

Zunächst das gilt das bisher in der Diskussion immer wieder vorgebrachte Argument nach wie vor fort, dass eine Gleichbehandlung der Gläubigerschaft hier –ohne Not- durchbrochen werden soll.⁵⁴ Wird § 108a Gesetz werden in kürzester Zeit andere Vertragskonstellationspartner auch Sonderregelungen begehren, z.B. Energieversorger.

Der RefE sieht nunmehr eine komplizierte Regelung vor: Das Wahlrecht des Verwalters bleibt erhalten, aber dem Lizenznehmer wird –auch gegenüber einem Rechtsnachfolger- als befristet auszuübendes Recht zur Kompensation ein Anspruch auf Abschluss eines neuen Lizenzvertrages eingeräumt. Die unbestimmten Rechtsbegriffe „zu angemessenen Bedingungen“ und „angemessene Beteiligung der Insolvenzmasse“ in Abs.1 werden zu mannigfachen Rechtstreiten innerhalb des –geringen- Anwendungsbereichs führen.⁵⁵ Die Regelung in § 108a Abs.3 S. 2 Ziff.2, die den Nachweis der Klage zur Voraussetzung der Weiternutzung bei Nicht-Einigung erklärt, macht dies sogar zum gesetzlichen Tatbestand.

Die Regelung in Abs.2 befasst sich mit den Lizenzketten und enthält eine Art Kontrahierungszwang für den Hauptlizenzgeber. Die Ablehnungsbefugnis mit Sicherheitsleistungsverlangen in § 108a Abs.2 S. 2 RefE, die an „ernsthaften Erfüllungszweifeln“ betreffs der Person des Unterlizenznehmers orientiert ist, schafft ein weiteres Feld unbestimmter Konturierung. Auch die Begründung des Entwurfes enthält hier keine Auslegungshilfen.⁵⁶

→ Es ist zu erwägen, wegen des geringen praktischen Anwendungswertes in Abwägung zur absehbaren Belastung der Rechtsprechung und der Dauer der Insolvenzverfahren auf die Regelung zu verzichten.

4. Änderung der InsVV

Eine Herabsetzung der Verwaltermindestvergütung in § 13 InsVV von EUR 1.000,-- auf EUR 800,-- ist nicht gerechtfertigt. Im Gegenteil: Wie bereits in der Stellungnahme zum vorgerichtlichen Verfahren und zur Erteilung der „Aussichtslosigkeitsbescheinigung“ aufgezeigt (dort III. Nr.1) wird die nunmehr in § 305 Abs.1 Ziff.1 ermöglichte Bescheinigung als „offensichtlich aussichtslos“ ohne Kontaktierung der Gläubiger im außergerichtlichen Verfahren zu häufig inaktuellen Gläubigeranschriften führen. Dies belastet den Verwalter mehr als bisher.

5. Folgeänderungen im GKG (Art. 8 RefE)

⁵³ Zu den Anhörungen im Rechtsausschuss am 9.4.2008 und 23.4.2008: NZI 5/08, XI ff.; INDAT-Report 3/08, 36; Leithaus, NZI 9/08, XII; INDAT-Report 3/08, 6,7; Stellungnahme BAKinsO v. 16.5.2008, NZI 6/08, IX ff..

⁵⁴ Mock, ZInsO 2007, 1121; Mitlehner, ZIP 2008, 450; Schleich/Götz, DZWIR 2008, 58; kritisch mit Alternativvorschlag: Berger, ZInsO 2007, 1142; kritisch: Wegener, ZInsO 2008, 352; Trips-Hebert, ZRP 2007, 225

⁵⁵ Ähnliche Befürchtung bei Pannen, INDAT-Report 1/2012, 19

⁵⁶ Begr. S. 41

Die dort vorgesehenen Folgeänderungen zu anderen Änderungen des RefE sind in sich konsistent.

Es bleibt die Frage, warum Entscheidungen über Versagungsanträge gem. § 290 InsO weiterhin gerichtskostenfrei sind (vgl. Nr. 2350 Anlage 1 GKG).

Mit freundlichen Grüßen

i.V. Frind
(Vorstand)

(dieses Dokument wird nur per Mail versandt und trägt daher keine Originalunterschrift)

Kontaktadressen:

RiAG Frank Frind

c/o Amtsgericht Hamburg
Sievekingplatz 1
20355 Hamburg

info@bakinso.de

Dipl. - Rechtspfleger (FH) Wolfgang Gärtner

c/o Amtsgericht Hof
Berliner Platz 1
95030 Hof

info@bakinso.de

Bankverbindung:

Sparkasse Münsterland Ost; Konto-Nr. 134 928 910; BLZ: 400 501 50;
Kontoinhaber: BAKinso e.V., vertreten durch den Vorstand;
Amtsgericht Charlottenburg VR 27475 B
www.bak-inso.de