Berlin, Dezember 2004
56/04

Stellungnahme des
Deutschen Anwaltvereins durch den
DAV Insolvenzrechtsausschuß zum
Referentenentwurf eines Gesetzes
zur Änderung der Insolvenzordnung, des Kreditwesengesetzes
und anderer Gesetze

- AZ: RB 6 – 3760/7-6-6-R3892/2004 -

Mitglieder des Insolvenzrechtsausschusses
Rechtsanwalt Dr. Hans-Jochem Lüer, LL.M. (Vorsitzender)
Rechtsanwalt Dr. Josef Füchsl
Rechtsanwalt Dr. Volker Grub
Rechtsanwalt Udo Henke
Rechtsanwalt Wilhelm Klaas
Rechtsanwalt Dr. Manfred Obermüller
Rechtsanwalt Dr. Klaus Olbing
Rechtsanwalt Dr. Klaus Pannen
Rechtsanwalt Horst Piepenburg
Rechtsanwalt Rolf Rattunde
Rechtsanwalt Dr. Jobst Wellensiek

zuständiger DAV-Geschäftsführer
Rechtsanwalt Udo Henke

Verteiler:
siehe Deckblatt-Rückseite

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz, Berlin
Bundesrechtsanwaltkammer, Berlin
Bundesnotarkammer, Köln
Deutscher Notarverein e. V., Berlin
Deutscher Richterbund e. V.,. Berlin
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzender des Forum Junge Anwaltschaft im DAV
Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.

Diese Stellungnahme finden Sie auch auf der Internetseite des Deutschen Anwaltvereins unter: http://www.anwaltverein.de/03/05/index.html

Vorbemerkungen

Mehr als fünf Jahre nach Inkrafttreten der InsO liegt erneut der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der InsO vor mit einer Reihe vorgeschlagener Regelungen, die in erster Linie dazu bestimmt sind, in der Praxis erkannte Schwächen der InsO zu korrigieren. Eine ganze Reihe dieser Änderungen erscheinen der Sache nach berechtigt und verdienen keine weitere Erörterung. Deshalb konzentriert sich die nachfolgende Stellungnahme auf solche Teile des vorgesehenen Gesetzes, die nach Ansicht des DAV noch einmal gründlich überdacht werden sollten. Dies gilt für eine Reihe der Änderungen einzelner Vorschriften der InsO, der Korrektur der Vorschriften über die Restschuldbefreiung sowie zur Verbraucherinsolvenz und der Ergänzung des KWG durch die Einführung insolvenzfester Vorrechte. Im einzelnen:

1. Zu Art. 1 – Änderung der Insolvenzordnung, Nr. 1 – 28

Zu lfd. Nr. 4

Die Einfügung des vorgesehenen Abs. 2 in § 5 InsO und die damit verbundene Option für das Insolvenzgericht zur Durchführung eines schriftlichen Verfahrens wird begrüßt[1]:

Nach geltendem Recht sieht § 312 Abs. 1 InsO die Möglichkeit, das Verfahren schriftlich durchzuführen, lediglich für das vereinfachte Verfahren (Verbraucher- und Kleininsolvenzverfahren i.S.d. § 304 InsO) vor. Generell zeigt die Praxis - insbesondere seit Inkrafttreten der Stundungsregelung in § 4 a InsO -, daß sowohl die Schuldner als auch die Gläubiger an der Teilnahme an Berichts- und Prüfungsterminen in Kleinstinsolvenzverfahren keinerlei Interesse haben. Der weitaus überwiegende Teil dieser Termine findet ohne Beteiligung der Gläubiger und Schuldner statt. Das Gebrauchmachen von der Möglichkeit der Anordnung des schriftlichen Verfahrens führt zu einer Verschlankung und damit einhergehend zu einer Reduzierung des Aufwands (sowohl für die Gerichte als auch für die Verwalterbüros) in Kleinstinsolvenzverfahren. Auch im Hinblick auf die regelmäßig vorzufindende „einfache“ Struktur stellt die Anberaumung und

[1] Vgl. auch *Frind*, ZInsO 2004, 1064 (1067) sowie *Schmerbach*, ZInsO 2004, 697 (699).

Durchführung von Terminen in Kleinstverfahren oftmals letztlich eine reine „Förmelei“ dar. Aus diesem Grund ist es zu begrüßen, dem jeweiligen Insolvenzgericht im Einzelfall die Wahl zu eröffnen, welche Verfahrensabwicklung am sinnvollsten ist.

Die Tatbestandsmerkmale „überschaubare Vermögensverhältnisse“, „geringe Zahl der Gläubiger“ oder „geringe Höhe der Verbindlichkeiten“ sind unbestimmt. Dies soll allerdings nicht kritisiert werden, da die Ausfüllung dieser Merkmale letztlich den Insolvenzgerichten überlassen bleiben sollte.[2] Eine flexible, auf den jeweiligen Einzelfall bezogene Handhabung ist so möglich.

Es sei allerdings bereits an dieser Stelle – unter Verweis auf die späteren Ausführungen – darauf hingewiesen, daß die hier angesprochene Möglichkeit der Vereinfachung von Kleinstinsolvenzverfahren allein nicht ausreichend erscheint, um diese für die beteiligten Insolvenzverwalter wirtschaftlich „erträglich“ zu gestalten.[3] Eine grundlegende Straffung und Vereinfachung der zumeist masselosen Kleininsolvenzverfahren fehlt in dem Gesetzesentwurf.

Zu lfd. Nr. 11

Die Einfügung von Nr. 5 in § 21 Abs. 2 InsO wird befürwortet[4]:

Die Möglichkeit der Anordnung des Verwertungsverbots für Aus- und Absonderungsberechtigte im Rahmen eines vorläufigen Insolvenzverfahrens dient der Fortführung und Sanierung von Betrieben und damit letztlich einer optimalen „Verwertung“ des schuldnerischen Vermögens im Interesse der Gläubiger.[5]

Die Anordnung, Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners einzusetzen, soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind und durch den Einsatz nicht wesentlich entwertet werden, ist ohne weiteres praktikabel für

---

[2] Ob das schriftliche Verfahren Vorteile bringt, ist umstritten, vgl. Begründung des Referentenentwurfs, S. 14 sowie *G. Pape*, ZInsO 2003, 389 (393); *Grote/Pape*, ZInsO 2004, 993 (994); *Stephan*, NZI 2004, 521 (522). Deshalb wurde es in das Ermessen des Gerichts gestellt, zu entscheiden, welche Verfahrensabwicklung am sinnvollsten ist (Begründung des Referentenentwurfs, S. 14 f.).

[3] Vgl. dazu auch *Frind*, ZInsO 2004, 1064 (1068), der ausführt, daß der „große Wurf fehle“.

[4] So auch *I. Pape*, NZI 2004, 601 (603); *G. Pape*, ZInsO 2003, 389 (390), *ders.*, ZInsO 2004, 993 (995).

[5] Vgl. auch *G. Pape*, ZInsO 2004, 993 (995).

Gegenstände des Anlagevermögens, wie insbesondere Produktionsmaschinen, Kraftfahrzeuge etc.. Wenn die Gegenstände durch ihren Einsatz nicht „wesentlich entwertet“ werden, stellt sich auch nicht die Frage eines Wertausgleichs.

Wie allerdings § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO RefEntw im Hinblick auf das Umlaufvermögen, z. B. Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe, anzuwenden sein wird, ist fraglich. Wenn Gegenstände des Materiallagers verwendet werden, um den weiteren Geschäftsbetrieb zu ermöglichen, besteht im vorläufigen Insolvenzverfahren die Gefahr des Verlusts des Gegenwerts dieser Stoffe. Deshalb könnte man argumentieren, daß eine Ermächtigung des vorläufigen Verwalters, diese Gegenstände für die Fortführung des Schuldnerbetriebes einzusetzen, nicht in Frage kommt (weil derartige Gegenstände im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO RefEntw „wesentlich entwertet werden“); andererseits bedarf es in vielen Fällen der Betriebsfortführung zur Erhaltung der notwendigen Liquidität neben des Einzugs der (abgetretenen) Forderungen auch des Einsatzes des Materiallagers. Daher könnte § 21 Abs.2 Nr. 5 RefEntw dahingehend auszulegen sein, daß solche Gegenstände nur dann bei einer Betriebsfortführung in der vorläufigen Insolvenzverwaltung eingesetzt werden dürfen, wenn ein Wertausgleich in der vorläufigen Verwaltung oder später sichergestellt ist.

Hierfür spricht der Verweis auf die §§ 170, 171 InsO im Hinblick auf das Einziehen zur Sicherung eines Anspruchs abgetretener Forderungen durch den vorläufigen Insolvenzverwalter. Es würde keinen Sinn machen, dem (vorläufigen) Verwalter Massezuschüsse zuzubilligen, wenn ihm ohnehin gestattet ist, vollumfänglich den Gegenwert der Forderungen des Schuldners zur Betriebsfortführung einzusetzen. Es ist daher zu überlegen, ob im Interesse und zum Schutze gesicherter Gläubiger § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO RefEntw im obigen Sinne zu konkretisieren wäre, etwa wie folgt:

> „..... entwertet werden; werden Gegenwerte für den Einsatz von Gegenständen verbraucht, die der Aus- oder Absonderung unterliegen, ist dem Gläubiger ein entsprechender Wertausgleich zu gewähren“.

Zu lfd. Nr. 16

Die in § 35 Abs. 2 InsO RefEntw vorgesehene Regelung wird grundsätzlich befürwortet, obwohl sie eine Ausnahme von dem Grundsatz darstellt, daß ein Neuerwerb zur Insolvenzmasse gehört. Sie sollte jedoch ergänzt werden durch die gleichartige Regelung, die bereits in § 295 Abs. 2 InsO enthalten ist. Eine entsprechende Verweisung könnte dies gesetzeschnisch leisten.

Betont werden sollte in diesem Kontext, daß einerseits vor allem in einer Vielzahl der Kleinstinsolvenzverfahren „Betriebsfortführungen“ für den Insolvenzverwalter nicht überschaubar, kontrollierbar und hinsichtlich der damit verbundenen Risiken wirtschaftlich auch nicht tragbar wären. Es macht weder für die Gläubiger noch für den Verwalter Sinn, derartige Unternehmen fortzuführen und sämtliche damit verbundenen Überwachungs- und Kontrollfunktionen auszuüben. Andererseits ermöglicht die Fortführung der Geschäftstätigkeit dem Schuldner, einen angemessenen Lebensunterhalt zu erwerben. Im Gläubigerinteresse sollte dies jedoch beschränkt werden auf den Umfang, den § 295 Abs. 2 InsO vorsieht.

Generell wird der Insolvenzverwalter zwar zu Beginn des Verfahrens eine Prognose anzustellen haben, ob die Chance besteht, daß aus der „selbstständigen Tätigkeit“ für die Gläubiger hohe Massezuflüsse erwirtschaftet werden können.[6] Sollte dies der Fall sein, so sollte er die Freigabe nur in dem angeführten Rahmen erklären können.

[6] *Frind*, ZInsO 2004, 1064 (1065).

Zu lfd. Nr. 18. und 19.

Die in § 56 Abs. 1 i.V.m. § 63 Abs. 2 S. 2 InsO RefEntw. vorgesehene Regelung begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken. Hiernach kann die oberste Landesbehörde oder die von ihr bestellte Stelle mit geeigneten Personen eine Vereinbarung über die in diesem Verfahren zu gewährende Vergütung treffen, deren Höhe die nach der insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung vorgesehene Vergütung nicht überschreiten darf (es wird quasi eine Liste mit „preiswerten Verwaltern“ aufgestellt).[7] Gemäß der Neufassung des § 56 Abs. 1 S. 3 InsO soll das Gericht den Verwalter aus dem Kreis der Personen gemäß § 63 Abs. 2 Satz 2 InsO auswählen. Diese Bestimmung ist als unzulässige Beschränkung der richterlichen Unabhängigkeit anzusehen. Zwar wird in der Begründung zu den genannten Bestimmungen ausgeführt, daß es sich hier um eine reine „Soll-Vorschrift“ handele: den Richtern sei es unbenommen, den Verwalter aus dem Kreis der übrigen – zur Übernahme des Amtes bereiten – Personen auszuwählen. Dies muß aber gemäß § 56 Abs.1 S. 4 InsO RefEntw in dem Beschluß gesondert begründet werden. Dem Praktiker erschließt sich ohne weiteres, daß diese Begründung in der Regel schwer fallen dürfte.[8] Für die Auswahl des Verwalters ist dann letztlich lediglich die Höhe der vereinbarten Vergütung maßgebend und nicht seine Qualifikation.

Aus dem Gesamtzusammenhang der §§ 56 und 63 InsO RefEntw wird deutlich, daß sich die Regelung in § 63 InsO RefEntw allein auf Verbraucher- und sonstige Kleininsolvenzverfahren bezieht[9]. Zur Klarstellung sollte dies in § 56 Abs. 1 S. 2 InsO wie folgt aufgenommen werden:

> „...Die Bereitschaft zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen kann auf Verbraucherinsolvenz- und sonstige Kleininsolvenzverfahren i.S. d. §§ 304 ff. InsO beschränkt werden.“

Die Neufassung des § 56 Abs. 1 InsO RefEntw steht im Übrigen im Zusammenhang mit der Diskussion über die Verwalterauswahl. Hier ist auf die dazu vor kurzem ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hinzu-

---

[7] *Frind*, ZInsO 2004, 1064 (1065).

[8] *Frind*, ZInsO 2004, 1064 (1065).

[9] So wohl auch *Stephan*, NZI 2004, 521 (526).

weisen [10]. Vor dem Hintergrund dieser viel diskutierten Entscheidung sollte die Festlegung der Kriterien für die Auswahl eines „geeigneten“ Verwalters i.S.d. § 56 Abs. 1 S. 1 InsO jedoch nicht durch den Gesetzgeber vorgenommen werden, sondern dies sollte den Gerichten überlassen bleiben, um die für den jeweiligen Einzelfall nötige Flexibilität zu gewährleisten.[11] Außerdem ist in diesem Kontext nochmals darauf hinzuweisen, daß die endgültige Entscheidung über die Bestellung des Insolvenzverwalters entsprechend dem Grundsatz der Gläubigerautonomie bei der Gläubigerversammlung liegt, § 57 InsO.[12]

Hinsichtlich der Begründung zur Neufassung der §§ 56, 63 InsO ist generell zu sagen, daß die Intention des Gesetzgebers, die hier in Rede stehenden Kleinstinsolvenzverfahren, „wirtschaftlich“ abzuwickeln, so nicht verwirklicht werden kann. Der Gesetzgeber geht in der Begründung des Referentenentwurfs[13] davon aus, daß die „großen“ Verwalterbüros einen zu hohen Kostenapparat vorhalten, um Kleinstverfahren ökonomisch abzuwickeln. Dies ist generell nicht der Fall. Die „Unwirtschaftlichkeit“ der Abwicklung ergibt sich nicht aus den generell zu hohen Kosten eines „großen“ Verwalterbüros, sondern aus den vielfältigen Aufgaben und Pflichten, die ein Verwalter auch bei einem Kleinstinsolvenzverfahren zu erfüllen hat. Dabei geht es insbesondere um die ausgesprochen aufwendige Bearbeitung im Rahmen der Forderungsprüfung. Diesbezüglich ist z. B. der Lösungsansatz denkbar, eine gesetzliche Regelung dahingehend zu finden, daß eine Forderungsprüfung mit der Folge der Schaffung von rechtskräftigen Titeln erst dann zu erfolgen hat, wenn absehbar ist, daß in dem Verfahren eine Quote erwirtschaftet wird (dies ist erfahrungsgemäß in 80 % bis 90 % aller Fälle nicht zu erwarten).

In jedem Fall sollte der Gesetzgeber klarstellen, daß sich der in § 63 Abs. 2 letzter Satz InsO Ref.Entw. erfaßte Tatbestand nur auf Vergütungen in Verbraucherinsolvenzverfahren bezieht; die allgemeine Regelvergütung der Verwalter – auch im Stundungsverfahren – sollte hiervon keinesfalls betroffen sein.

---

[10] Entscheidung des BVerfG vom 2.8.2004, NZI 2004, 574 ff. Vgl. dazu auch *Frind/Schmidt*, NZI 2004, 533 ff.; *Graeber*, NZI 2004, 546 ff; *Pannen*, NZI 2004, 548 ff; *Pape*, ZInsO 2004, 1126 ff.; *Römermann*, ZInsO 2004, 937 ff.

[11] *Füchsl/Pannen/Rattunde*, ZInsO 2002, 414 (415). Anders: *Frind*, ZInsO 2004, 1064 (1065); *Vallender*, NZI Heft 10, V.

[12] *Pannen*, NZI 2004, 548 (549).

[13] S. 21 der Begründung des Referentenentwurfs.

Zu lfd. Nr. 22

Die Regelung in § 108 Abs. 2 InsO ist grundsätzlich zu begrüßen, allerdings ist die gewählte Formulierung missverständlich.[14] Vom Wortlaut her kann sich die Norm auch auf Darlehensverbindlichkeiten des Schuldners beziehen mit der Folge, daß Darlehenszinsen auf diese Verbindlichkeiten als Masseschulden zu begleichen sind.[15] Das ist vom Gesetzgeber wohl nicht beabsichtigt gewesen. Deshalb bedarf die Bestimmung einer Klarstellung, die wie folgt lauten könnte:

„(2) Ein vom Schuldner als Darlehensgeber eingegangenes Darlehensverhältnis …“

Zu lfd. Nr. 23

Die vorgesehene Neuregelung des § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO wird befürwortet.[16] Die Neufassung dient einer Entlastung der Insolvenzmasse und stellt eine Gleichbehandlung mit anderen Dauerschuldverhältnissen her.[17]

Zu lfd. Nr. 24

Eine Ausweitung des Merkmals der „nahe stehenden Person“ wird befürwortet.

Zu lfd. Nr. 28

Die Anfügung zu Absatz 1 sollte entfallen.

Ein gerichtliches Verfahren zur Feststellung, daß die Anzeige der Masseunzulänglichkeit berechtigt ist, erscheint aus der Sicht der Praxis nicht geboten. Unberechtigte Anzeigen der Masseunzulänglichkeit durch einen Insolvenzverwalter werden dann offenbar, wenn er gem. § 212 Abs. 2 InsO für seine Tätigkeit nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit Rechnung legt. Dem Anliegen eines

---

[14] Vgl. hierzu auch *Marotzke*, der darauf hinweist, vom Wortlaut her sowohl in der Insolvenz des Darlehensgebers als auch der Insolvenz des Darlehensnehmers gilt; ZInsO 2004, 1063.

[15] *Marotzke*, ZInsO 2004, 1063.

[16] So auch der *Gravenbrucher Kreis* zum DiskE, ZIP 2003, 1220 (1222).

[17] Vgl. auch *Vallender/Fuchs*, NZI 2003, 292 (293).

Massegläubigers kann bereits im Rahmen der Aufsicht des Insolvenzgerichtes gem. § 58 Abs. 1 InsO Rechnung getragen werden. Danach kann das Gericht jederzeit einzelne Auskünfte oder einen Bericht über den Sachstand und die Geschäftsführung vom Insolvenzverwalter verlangen. Eines besonderen Antragsverfahrens bedarf es daher nicht mehr. Die angetrebte gesetzliche Änderung erscheint bürokratisch und überflüssig, im Ergebnis zu niemandes Vorteil.

Grundsätzlich ist eine frühzeitige Anzeige der Masseunzulänglichkeit gem. § 208 InsO einer sofortigen Einstellung eines Verfahrens gem. § 207 InsO vorzuziehen. Nur im Rahmen des § 208 InsO ist vorgesehen, daß die Massegläubiger in der Rangfolge des § 209 InsO befriedigt werden, also einem geordneten Abwicklungsverfahren.

Ein gesondertes gerichtliches Feststellungsverfahren ist daher abzulehnen. Es führt zu einer unnötigen Belastung der Insolvenzgerichte.

2. Zu Art. 1 – Änderung der Insolvenzordnung, lfd. Nr. 30 – 43

Allgemeine Einschätzung

Die mit der Einführung der InsO neu eingerichteten Institute "Restschuldbefreiung" und "Verbraucherinsolvenzverfahren/Kleinverfahren" werfen nach mehr als fünfjähriger praktischer Rechtsanwendung vielfältige Fragen auf. Angesichts der Tatsache, daß inzwischen wohl mehr als sechs Millionen Bundesbürger überschuldet sind und weitere mindestens 1,5 Millionen Bundesbürger die ihnen obliegenden Verbindlichkeiten nicht oder nur teilweise begleichen, stellt sich die ganz grundsätzliche Frage, ob die vom Gesetzgeber neu eingeführten Institute dazu wirklich beitragen, diesen sozialen Mißstand wirksam zu bekämpfen oder nachhaltig abzubauen. Außerdem stellt sich die Frage, ob die sehr komplex ausgestalteten Verfahren zu einer größeren Effizienz und einer tendenziell besseren Gläubigerbefriedigung (vgl. § 1 S. 1 InsO) führen als in der Vergangenheit. Angesichts des enormen administrativen Aufwands und der durch die Verfahren verursachten Kosten müßte unter rechtspolitischen, fiskalischen und sozialpolitischen Gesichtspunkten überdacht werden, ob die gegenwärtige gesetzliche Regelung insgesamt beibehalten werden kann. Hierzu

herrscht die Einschätzung vor, daß die gegenwärtige gesetzliche Regelung einer grundsätzlichen Erneuerung bedarf.

Ungeachtet dieser allgemeinen Einschätzung sieht der DAV in den nunmehr angestrebten gesetzlichen Änderungen und Ergänzungen keine nachhaltige Verbesserung des geltenden Rechts. Denn bei Aufrechterhaltung der Institute der Restschuldbefreiung und gesonderter Verbraucherinsolvenzverfahren können nur erhebliche Vereinfachungen zur erleichterten und unbürokratischen Durchführung der vorgesehenen Verfahren führen. Diese sind in dem, was der Gesetzgeber nunmehr plant, nicht zu sehen. Angesichts der Befürchtung, daß sich die Zahl der Verbraucherinsolvenzverfahren in naher Zukunft erheblich steigern wird, muß ein gewaltiger zusätzlicher Aufwand befürchtet werden, der weder von den Einrichtungen der Justiz noch von den am Verfahren beteiligten Personen getragen werden kann.

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Einschätzung beschränken sich die nachfolgenden Beurteilungen auf die Frage, ob und in welchem Umfang die nunmehr vorgeschlagenen Änderungen im Rahmen des geltenden Rechts Verbesserungen darstellen oder anderweitig geregelt werden sollten.

Zu lfd. Nr. 30

Die vorgesehene Einführung der Versagung der Restschuldbefreiung von Amts wegen erscheint rechtspolitisch verfehlt; sie könnte die Quelle enormer zusätzlicher Belastung der Justiz werden, wenn hieraus eine "aktive Versagungspolitik" entwickelt wird.

Wenn bisher lediglich die Gläubiger den Antrag stellen konnten, die Restschuldbefreiung zu verhindern, so soll nun die Redlichkeit des Schuldners auch ohne einen solchen Antrag geprüft und verneint werden können. Diese Erweiterung der Möglichkeiten, die Restschuldbefreiung zu versagen, kann zu einem Amtsermittlungsverfahren führen, das letztlich bewirkt, daß die Überwachung der Obliegenheitsverpflichtungen durch den Treuhänder über ein Amtsverfahren ausgehebelt wird. Diese weitreichenden Folgen erscheinen nicht erstrebenswert. Dabei richtet sich die Kritik nicht deshalb auf die gesetzliche Regelung, weil unredlicher Entschuldung das Wort geredet werden soll. Vielmehr

muß festgestellt werden, daß die Restschuldbefreiung ob ihrer Langwierigkeit und der Fülle formaler Anforderungen bisher gerade nicht leistet, wozu sie gedacht war, nämlich ernsthaft dazu beizutragen, daß redliche Schuldner in den normalen sozialen Prozeß zurückgegliedert werden können (vgl. § 1 S. 2 InsO). Die in der Entwurfsbegründung angeführten Gerechtigkeitsdefizite erscheinen sehr viel weniger bedeutsam als vielmehr das Mißverhältnis zwischen formalem Aufwand und tatsächlichen Regelungserfolgen.

Die Kritik an der Einführung der Versagung der Restschuldbefreiung von Amts wegen durch das Insolvenzgericht richtet sich natürlich auch gegen die vorgesehenen weiteren Umsetzungen in § § 296, 297 und 300 Abs. 2 InsO: Die gesamte Erweiterung auf eine mögliche Versagung der Restschuldbefreiung von Amts wegen erscheint unglücklich; der Gesetzgeber sollte von dieser Erweiterung absehen.

Zu lfd. Nr. 35

Die mit der Neufassung von § 304 InsO RefEntw. angestrebte Erweiterung des Anwendungsbereichs des Verbraucherinsolvenzverfahrens erscheint gleichfalls verfehlt. Die Weglassung der Worte "oder ausgeübt hat" aus der bisherigen Formulierung von § 304 Abs. 1 S. 1 InsO bewirkt nichts anderes, als daß auch ehemals Selbständige, die möglicherweise noch über erhebliches Vermögen verfügen, zwangsläufig in die Verbraucherinsolvenz geraten (Fall "Schneider"). Es ist nicht erkennbar, welche Verbesserungen sich hieraus ergeben sollen. Tatsächlich ist diese Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 304 InsO eher gläubigerschädlich; denn mit der "Herabstufung" der früher selbständig wirtschaftlich Tätigen in das Verbraucherinsolvenzverfahren werden dem Verwalter sowohl das Anfechtungsrecht als auch das Inkassorecht nach § 166 InsO aus der Hand genommen. Wenn die gesetzliche Änderung darauf abzielen sollte, die Absenkung der Mindestvergütung im Stundungsverfahren zu ermöglichen, so würde dieser eher unglücklichen Einschätzung der erhebliche Nachteil gegenüberstehen, daß das Vermögen des insolvent gewordenen früheren Selbständigen nicht wie bisher umfassend nach den allgemein geltenden Regeln zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung steht.

Die Tatsache, daß bei den Regelverfahren über das Vermögen ehemals Selbständiger erheblich größere Massen realisiert werden können als in Verbraucherverfahren, läßt sich empirisch aus der Erfahrung des Verbraucherinsolvenzbüros Stuttgart ableiten. In etwa 30 % der Verfahren konnte eine Quote ausgeschüttet werden, in etwa 40 % der Verfahren konnte zwar keine Quote ausgeschüttet werden, zumindest aber ein erheblicher Teil der Verfahrenskosten aus der Masse beglichen werden.

Die "Masseschöpfung" folgt im wesentlichen aus

- noch vorhandenem Vermögen der ehemals Selbständigen,
- der zeitnahen Eröffnung des Verfahrens (ohne den außergerichtlichen Einigungsversuch),
- dem zügigen Einzug und der schnellen Verwertung des liquiden Vermögens und
- der Ausübung von Anfechtungsrechten und der Verwertung von Vermögensgegenständen, die mit Absonderungsrechten belegt sind.

Durch die vorgesehene Änderung wird diese im Normalverfahren mögliche Masseanreicherung nicht nur durch den außergerichtlichen Einigungsversuch im Zeitablauf behindert, sondern durch den Wegfall von Anfechtungs- und Verwertungsrechten des Verwalters auch dem Umfang nach erheblich eingeschränkt.

3. Zu Art. 8 – Änderungen des Kreditwesengesetzes

Größten Bedenken begegnen die vorgesehenen Änderungen des Kreditwesengesetzes mit der Institutionalisierung des Poolverwalters, der Bestellung von Verwaltern durch die BaFin, die Bestellung von Sachverwaltern durch das Insolvenzgericht und Handelsregister sowie die Einführung gesonderter Refinanzierungs-, Konsortial- und Grundpfandregistern. Diese Vorschriften führen zu einer Überregulierung und belastender Bürokratie, die zukünftig die Abwicklung von Insolvenzverfahren wesentlich erschweren wird. Insbesondere erscheint es unglücklich, die Richtigkeit von Grundbüchern und sonstigen Registern durch die mit der Gesetzesänderung vorgesehenen Register in Frage zu stellen. Die durch die Änderung des KWG vorgesehenen Auswirkungen auf die Regelungen

des BGB erscheinen so schwerwiegend, daß sie im Hinblick auf die verfolgten Ziele nicht gerechtfertigt sind. Nach Umfang, Umständlichkeit und Detailausgestaltung schießen die vorgeschlagenen Vorschriften ganz offensichtlich über den engen Anwendungsbereich hinaus, für den sie möglicherweise initiiert worden sind. Dies beschwört die Gefahr herauf, daß in der Praxis Mißverständnisse und Fehlinterpretationen aufkommen und der bewußte enge Anwendungsbereich dieser Vorschriften übermäßig ausgedehnt werden wird. Hinzuweisen ist auf die Stellungnahme des deutschen Richterbunds und Äußerungen in der Literatur, die bereits indizieren, welche Fehlentwicklungen mit der Einführung der vorgeschlagenen Vorschriften möglich erscheinen.

Anlaß der umfangreichen gesetzgeberischen Neuregelung im KWG geben offenbar Transaktionen im Bankbereich, die zur Entlastung von bestimmten Kreditportfolios durch stille Zessionen an SPV zur Refinanzierung durch Geldmarktpapiere führen sollen. Die Qualität dieser Geldmarktpapiere wird nicht zuletzt durch die zugrundeliegenden Sicherheiten der zedierten Forderungen bestimmt. Solange nicht sichergestellt ist, daß diese Sicherheiten insolvenzfest tradiert werden, verbleibt das Insolvenzrisiko des Zedenten, mithin der die Kreditforderungen abgebenden Bank. Wenn der Gesetzgeber es für rechtspolitisch vertretbar hält, eine solche Sonderregelung für den Fall von "Bankinsolvenzen" einzuführen, dann sollte gleichzeitig gesetzestechnisch verhindert werden, daß sie auch auf sonstige Unternehmensinsolvenzen ausgeweitet werden kann. Andernfalls könnten die vorgesehenen Vorschriften leicht dazu benutzt werden, planmäßíg Insolvenzmassen durch das Verschieben von Vermögenswerten über den Registerschutz dem Zugriff des Verwalters bzw. der Gläubiger dauerhaft zu entziehen.

Vor diesem Hintergrund wird der Vorschlag gemacht, auf die vorgesehene Ergänzung des KWG insgesamt zu verzichten und stattdessen nach den §§ 46 a ff. KWG folgende Regelung aufzunehmen:

§ 46 g KWG

"Hat ein Kreditinstitut für einen Dritten die treuhänderische Haltung von Forderungen, Rechten oder Sachen übernommen, ohne daß diese un-

> mittelbar aus dem Vermögen des Dritten in das des Kreditinstituts gelangt sind, so kann der Dritte in der Insolvenz des Kreditinstituts ein Aussonderungsrecht oder bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen das Kreditinstitut ein die Veräußerung hinderndes Recht nur geltend machen, wenn der Dritte eine etwa geschuldete Gegenleistung für die Übertragung erbracht hat und die Gegenstände in ein bei dem Kreditinstitut eingerichtetes Register, dessen ordnungsgemäße Führung von einer unabhängigen Person überwacht wird, eingetragen sind. Das gleiche gilt für Gegenstände, die an die Stelle der im Register eingetragenen Forderungen, Rechte oder Sachen treten."

Durch eine solche Regelung soll eindeutig zum Ausdruck gebracht werden, daß sie lediglich in der Insolvenz von Banken zum Zuge kommen und nur die Gestaltung von Treuhandverhältnissen erleichtern. Von dem von der Rechtsprechung geforderten Unmittelbarkeitsprinzip bei der Begründung von Treuhandverhältnissen, demzufolge dem Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders ein Aussonderungsrecht nur dann zusteht, wenn das Treugut unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers in das Vermögen des Treuhänders übergegangen ist, soll in Anlehnung an das von der Rechtsprechung vereinzelt akzeptierte Offenkundigkeitsprinzip eine Ausnahme zugelassen werden, wenn eine sogenannte Registerpublizität geschaffen wird. Damit wird dem Bedürfnis Rechnung getragen, daß bei ABS Konstruktionen eine Insolvenz des Forderungsverkäufers die Position des Käufers, der seine Verpflichtungen voll erfüllt hat, nicht mehr beeinträchtigen darf. Ebenso wird bei Konsortialkrediten und Sicherheitenpools die direkte Bestellung von Sicherheiten an den Konsortial- bzw. Poolführer ohne den zeit- und kostenaufwendigen Zwischenerwerb durch die Konsorten bzw. Poolmitglieder ermöglicht.

Im übrigen ist hinzuzufügen, daß die Bestellung eines eigenen Sachverwalters im Fall der Insolvenz einer Bank praxisfremd erscheint; denn ein Insolvenzverwalter ist durchaus in der Lage, den Registerbestand als Sondermasse zu führen. Will man dies nicht, sollte es genügen, einen unabhängigen Dritten mit dieser Aufgabe zu betrauen. Einer gesonderten Einschaltung der BaFin bedarf es nicht. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die Insolvenz von Kreditinstituten ohnehin eher im Rahmen des Europäischen Rechts zu sehen ist und weniger in einer Art Maßnahmegesetzgebung im materiellen deutschen Recht.