

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters/Sachwalters in Zeiten des „ESUG“- materielle Notwendigkeit oder verzichtbarer Formalismus ?

**Norddeutsches Insolvenzforum
e.V. 2013
-15.4.2013-**

RiAG Frank Frind

(Insolvenzgericht Hamburg, BAKinso e.V.)

Agenda

- **1. Grundlegende Bedeutung der „Unabhängigkeit“ des Insolvenzverwalters**
- **2. Dogmatische Ausgestaltung der Unabhängigkeitsprüfung**
- **3. Zwei Ebenen der Unabhängigkeitsprüfung: Vorauswahl u. konkretes Verfahren (§ 56 I S.3, § 56a InsO)**
- **4. Einschränkung der Unabhängigkeitsprüfung durch vorläufigen GA ?**
- **5. Unabhängigkeitsprüfung in Eigenverwaltungs- und „Schutzschirm“-Verfahren**
- **6. Zwischenfazit**
- **7. Ausblick: Wohin geht die Reise ?**
- **8. Sicherstellungsmechanismen für „Unabhängigkeit“**

Vorwort zum Thema

- *Die Frage nach den Werten stellt sich in Zeiten beschleunigt globalen Wandels lodernd aktuell.* (Hamburger Abendblatt v. 15.4.2013, S. 13, Theaterkritik)

„Unabhängigkeit“- Normierung

- § 56 Abs.1 S.1 InsO: **„von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen“**
- Geltung qua Verweisungen in §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 270a Abs.1 Satz 2, 270b Abs. 2, § 274 und § 313 Abs. 1 Satz 3 InsO **auch für**
 - **den vorläufigen Verwalter,**
 - **den (vorläufigen) Sachwalter und**
 - **den Treuhänder im vereinfachten Insolvenzverfahren**
- **TH der Wohlverhaltensperiode:** im Ergebnis auch, da personengleich mit TH des eröffneten Verfahrens (BGH v. 26.1.2012, ZInsO 2012, 455)

Unabhängigkeit - Funktion und Bedeutung für Gläubiger

- „amtsähnliche Stellung“ des Verwalters (s.dazu Ries/Rook, PK-InsO, 2.Aufl. 2012, § 80 Rn.20)
- Garant für vollständige Massegenerierung und gerechte Verteilung zugunsten der „Notgemeinschaft der Gläubiger“
- Daher: **„ausschlaggebende Bedeutung“ für das Verfahren** (allg. Meinung) → ordnungsgemäße Abwicklung
- **Der Verwalter hat eine klassische Vertrauensstellung innerhalb eines vollständig kontradiktorisch bestimmten Interessenfeldes**

Unabhängigkeitsprüfung flankiert vorbeugend die nachgelagerte gerichtliche Kontrolle

- **Das Insolvenzgericht bedarf des Vertrauens in eine verlässliche korrekte Amtsführung des Verwalters, weil es eine „ständige Kontrolle“ eben nicht ausüben kann** (BGH v. 19.4.2012, ZInsO 2012, 928 Rn. 16)
- → **Nachgelagerte Kontrolle i.d. Regel erst bei Schadenseintritt (§§ 61, 92, 60 InsO)**

Bedeutung des Merkmales

„Unabhängigkeit“ - § 56 Abs.1 S.1

InsO für den Verwalter selbst

- Insolvenzverwalter als Beruf , konturiert durch→ BVerfG v. 3.8.2004, ZInsO 2004, 913
- Beruf erfordert Konturierung maßgeblicher **Berufsgrundsätze** → VID e.V. seit 2002 (Neuf.2006)→ Unabhängigkeit : § 4
- ***Der Insolvenzverwalter ist eine von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Person. Er hat daher alles zu vermeiden, was berechtigte Zweifel an seiner Unabhängigkeit hervorrufen könnte.***

BVerfG 23.5.2006, ZInsO 2006,

765, Rn. 54 – **für das Verfahren**

- ***der Insolvenzverwalter wird weder allein im Interesse der Gläubiger noch allein im Interesse des Schuldners tätig, sondern hat vielfältige Aufgaben wahrzunehmen, für deren Erfüllung er allen Verfahrensbeteiligten gegenüber verantwortlich ist .***

Bedeutung des Merkmales „Unabhängigkeit“ - § 56 Abs.1 S.1 InsO –aus Sicht der Bundesregierung

- Leutheusser-Schnarrenberger, INDAT-Rep. 2/13, 10, 14:
„Es geht also darum, dass die stärkere Einflussnahme nicht dazu missbraucht wird, die Insolvenzverwalter zu Handlungen zu verleiten, die nicht im Interesse der Gesamtgläubigerschaft sind.
Ohne Unabhängigkeit des Verwalters gegenüber dem Schuldner und den Gläubigern ist ein funktionsfähiges Insolvenzverfahren nicht denkbar.“
- So auch auf dem Dt.Insolvenzrechtstag 2013 ausdrücklich

2. Dogmatische Ausgestaltung der Unabhängigkeitsprüfung

- Prüfung der Unabhängigkeit dogmatisch derjenigen **zur Prüfung der Besorgnis einer Befangenheit des Gerichtspersonals gleich geordnet** (Jaeger-Gerhardt, InsO, § 56 Rn.43; Vallender/Zipperer, ZIP 2013, 149, 151; zusammenfassend: Frind, Fs Haarmeyer, 39 f.): Es geht mithin um Besorgnis-Anlässe analog § 42 ZPO
- **Ein Anlass oder ein Konglomerat von Anlässen, die bei unvoreingenommener, lebensnaher Betrachtung die ernstliche Besorgnis rechtfertigen, dass der Verwalter als befangen an seiner Amtsführung verhindert ist** (BGH v. 19.1.2012, ZInsO 2012, 269)
- → Schaffung einer vollständigen Entscheidungsgrundlage für das Insolvenzgericht vor Bestellung → Insolvenzgericht soll sich aufgrund der mitteilungspflichtigen Anlasstatsachen ein eigenes Urteil bilden können

Anwendung der Befangenheitsrechtsprechung=
Anzeigepflicht – ständige BGH-Rechtsprechung

- **BGH v. 19.1.2012, Rdn. 13:**
*Ein Insolvenzverwalter ist verpflichtet, von sich aus dem Insolvenzgericht einen Sachverhalt anzuzeigen, der bei unvoreingenommener, lebensnaher Betrachtungsweise **die ernstliche Besorgnis rechtfertigen kann**, dass der Verwalter als befangen an seiner Amtsführung verhindert ist* (BGH, Urteil vom 24. Januar 1991 - IX ZR 250/89, BGHZ 113, 262, 275, 277).
Zu § 42 ZPO ist anerkannt, Entsprechend kann der Umstand
- So auch BGH, 23.02.2012 - IX ZB 24/11, JurionRS 2012, 11349; BGH v. 19.4.2012 ZInSO 2012, 928; BGH, Beschl.v. 26.4.2012, IX ZB 31/11, ZInSO 2012, 1125

Berufsverband u. Literatur : Anzeigepflicht **Anscheinsanlässe**

- **„Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung“** des Verbandes der Insolvenzverwalter Deutschlands (VID e.V.) – Fassung v. 5.5.2012
- **III.1: Der Insolvenzverwalter hat sofort mögliche Interessenkollisionen - auch ungefragt – umfassend zu offenbaren. Das betrifft auch alle Umstände, die nur den Anschein begründen könnten, der Insolvenzverwalter sei nicht unparteiisch oder im Sinne des Gesetzes nicht unabhängig.**
- **VID-Berufsgrundsätze § 7:** Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, Umstände, die Zweifel an (...) seiner Unabhängigkeit (§ 4) (..) begründen, dem Insolvenzgericht unter Berücksichtigung berufsrechtlicher Schweigepflichten unverzüglich schriftlich anzuzeigen.
- Uhlenbruck, 13.Aufl.InsO, § 56 Rn. 35; Graf-Schlicker, 3.Aufl.InsO, § 56 Rn.71; **BGH v. 22.4.2004, ZIP 2004, 1113:** *mögliche* Interessenkollisionen sind anzuzeigen

Anzeigepflicht - Funktion

- Das Gericht **muss „wissen, um prüfen und entscheiden zu können“** (Jaeger-Gerhardt, § 56 Rn. 43)
- Keine „interne Vorprüfung“ durch den Verwalter, ob „unabhängigkeitsgefährdender Tatbestand“ (LG Halle, ZIP 1993, 1739, 1742)→
Aktenfeste Dokumentation der gerichtlichen Anzeige !

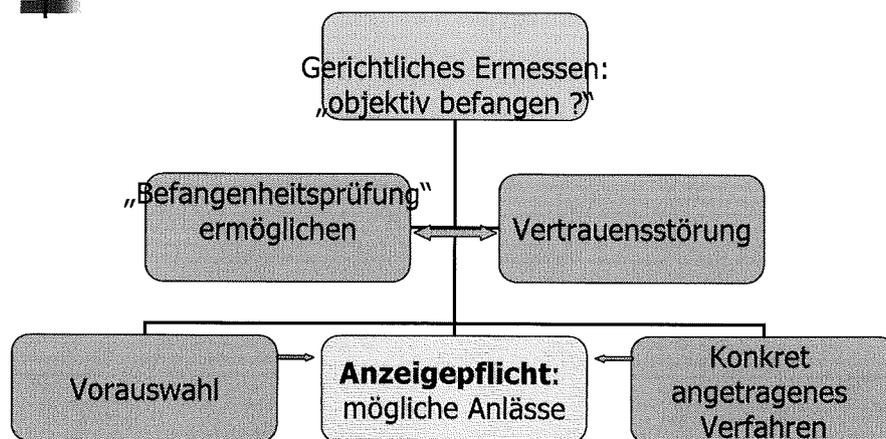
Dogmatik: *wie Befangenheitsprüfung*

- *Es geht um „objektive Befangenheit“; nicht erforderlich ist, dass der Betreffende wirklich befangen ist.*
- Daher ist **in Zweifelsfällen einer Bejahung der Befangenheit vor einer Ablehnung der Vorzug zu geben**, da das Gericht nicht seine Sicht als „Auftraggeber“, sondern die der „Partei“ im Insolvenzverfahren, diejenige der Gläubiger (vielleicht auch diejenige des Schuldners), berücksichtigen soll (Musielak, 8.Aufl.ZPO, § 42 Rn.6; Zöller-Vollkommer, 28.Aufl.ZPO, § 42 Rn. 10)

Vernachlässigung der Anzeigepflicht=Vertrauensverlust

- Erfolgt notwendige Anzeige nicht, gefährdet und unterminiert dies das Vertrauen des Insolvenzgerichtes in eine verlässliche, korrekte Amtsführung des Verwalters
- ist Anlass für einen Vertrauensverlust seitens des Insolvenzgerichtes (**BGH v. 19.4.2012, ZInsO 2012, 928**)
- der dann für sich genommen zur Entlassung gem. § 59 InsO oder bei der Vorauswahl analog zur Nicht-Aufnahme auf die Liste berechtigt

Anzeigepflicht - Funktionsebenen



3. Zwei Ebenen der Unabhängigkeitsprüfung

- Vorauswahl (generelle Eignung)
- Konkrete Verfahrensvergabe (Verhältnis zu Verfahrensbeteiligten, nahestehenden Personen, etc.)

1.Ebene: Vorauswahl (Listung gem. §§ 23 ff. EGGVG)

- Der Unabhängigkeit stehen generelle, ständige Umstände entgegen
- Z.B. **ständige geschäftliche Beziehung zu ortsansässigen (oder gar bundesweiten), regelhaften („institutionellen“) Hauptgläubigern** (z.B. Banken, Sozialversicherungsträgern, Vermietern, etc.) (Graf-Schlicker, 3.Aufl.InsO, § 56 Rn.70; Lind in AGR; § 56 Rn. 12) oder „Honorarabführungsvertrag“
- Eigentlicher Grund für Inhabilität:
Besorgnis geschäftliche Abhängigkeit; ständiger „Conflict-Check“ notwendig → eventuell häufigere Verfahrensrückgabe u. Entlassung

2.Ebene: Konkrete Verfahrensvergabe

- Einschränkung der Unabhängigkeitsprüfung durch § 56 Abs.1 Satz 3 -neu InsO →
- **2 Fälle der regelhaften Einschränkung der Unabhängigkeits-Zweifelsanlässe**

§ 56 Abs.1 Satz 3 InsO (§ 21 Abs.2 Nr.1 InsO)

„Erlaubnistatbestände Vorbefassung“ für (vorl.)

Insolvenzverwalter: Dem Absatz 1 wurde durch das „ESUG“ folgender Satz 3 angefügt:

„Die erforderliche **Unabhängigkeit** wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass eine Person

- 1. vom Schuldner oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist, oder**
- 2. den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.“**

Der Schuldner- oder Gläubigervorschlag (S.3 Nr.1)

- Generell gilt: Nicht eingeschränkt ist die gerichtliche Prüfung des Unabhängigkeitsgebotes aus § 56 Abs.1 Satz 1 InsO gegenüber Schuldner und den Gläubigern !
- → Dogmatisch werden nur (vermeintliche) bisherige „Automatismen“ der Disqualifikation beseitigt (bisherige „Lehre vom Verdachtsanlass“)!= Umkehr einer Vermutungsregel

§ 56 Abs.1 Satz 3 **Nr.1 InsO**

- **Nr.1:** im Prinzip unproblematisch, im Grunde kein Fall der „Vorbefassung“
- Graf-Schlicker, 3.Aufl.InsO, § 56 Rn.66: **„Es bleibt Aufgabe der Gerichte, zu prüfen, ob im Einzelfall konkrete Umstände vorliegen, die eine andere Beurteilung erfordern.“**

Probleme bei § 56 Abs.1 Nr.2

- Nr.2 : mögliche (allg.) Beratungs-Tätigkeit für Schuldner vor Antragstellung wird regelhaft ins Berufsbild einbezogen
- Zulässige Reichweite einer „Beratung“ -doppelt eingeschränkt-:
- „ **in allgemeiner Form**“ → keine Fragen zum konkreten Sachverhalt ?
- Und nur „**über den Ablauf des Insolvenzverfahrens**“: Der Gesetzgeber meint »allgemeine Informationen über den Gang des Insolvenzverfahrens« (BT-Drucks. 17/5712, S. 26)

Beratungsgrenzen : wie „allgemein“ ist die „allgemeine Form“ ?

- „ **Allgemeine Beratung**“ in Insolvenzsachen isoliert **kaum denkbar**
- ohne Stellungnahme zu Zeitpunkt der Insolvenzantragspflicht (Römermann/Praß, GmbHR 2012, 425, 430) → konkrete Beratung
- ohne Ratschlag, der zum konkreten Sachverhalt passt, z.B. welche Verfahrensvariante günstiger ist → mehr als Ablauf
- „Die Norm führt zu schwer erträglichen Situationen“ (Römermann, ZInsO 2013, 218, 224), s. aber: Körner/Rendels, INDAT-Rep. 1/2013, 42,45: Gespräch kann abgebrochen werden
- Jede **konkrete Beratung bemakelt**, da insbes. auch Beraterhonorar anfechtbar sein kann (Frings/Bernsen, NJW-Spezial 2012, 405)

Enge Auslegung der erlaubten Vorberatungssituation

- Norm ist eng auszulegen^[1]
[1] Lind in Ahrens/Gehrlein/Ringsmeier, InsO 2012, § 56 Rn. 10
- Gemeint ist die allgemeine Erläuterung von gesetzlichen, regelhaften Verfahrensmöglichkeiten (Koch in Kübler, HRI, § 7 Rn.68 – rät dazu im unentgeltlichen Bereich zu bleiben)
- im Grunde ist **nur eine reine „Informationssituation“ gemeint und erlaubt worden**

Regelmäßige Annahme der Nicht- Unabhängigkeit in der Literatur

- Der Abschlussprüfer des Schuldners (Graf-Schlicker, § 56 Rn. 68)
- Der „langjährige Berater“ des Schuldners (FK-Jahntz § 56 Rn.9; ähnlich Koch in Kübler, HRI, § 7 Rn.71)
- Der Durchführer eines gescheiterten Sanierungsversuches (FK-Jahntz, § 56 Rn.9)
- Der für „institutionelle Gläubiger“ laufend Tätige (Graf-Schlicker, § 56 Rn. 70; Ahrens/Gehrlein/Ringsmeier-Lind, InsO 2012, § 56 Rn. 1)
- Der vorher in anderen Verfahren für Gläubigergruppen tätige Poolverwalter : sehr streitig

BGH IX ZB 154/03, 22.4.2004
(ZInsO 2004, 614)

- *Die Bestellung eines in der ersten Gläubigerversammlung auf Vorschlag eines Großgläubigers gewählten, fachlich geeigneten Insolvenzverwalters (hier: Rechtsanwalt) kann abgelehnt werden, wenn objektive Anhaltspunkte für die Möglichkeit eines Interessenkonflikts vorliegen.*
- *Solche Anhaltspunkte sind gegeben, wenn der Insolvenzverwalter einer Rechtsanwaltssozietät angehört, die von dem Großgläubiger zahlreiche und zum Teil noch nicht abgeschlossene Mandate erhalten hat.*

Exkurs: Weitergehendere gesetzl.
Begrenzung einer Vorbefassung
durch Berufsrecht I

- **§ 43a Abs.4 BRAO:** Verbot keine widerstreitenden Interessen zu vertreten
- **§ 43a Abs.2 BRAO** – Verschwiegenheitspflicht
- **§ 45 BRAO** – Vor- und Nachbefassungsverbot
- Erfassungsbereich:
- → → **Mandatskollisionsfälle**, d.h. erst Mandat, später Insolvenzverwaltung; denn:
Insolvenzverwaltung ist keine anwaltliche Tätigkeit (Braun-Blümle, 5.Aufl.InsO, § 56 Rn. 29-streitig) –
- **„Folgekonflikte“** (erst Verwalter, dann RA gegen den Schuldner) : nur erfasst in § 45 Abs.1 Nr.3 BRAO

Gesetzl. Begrenzung einer Vorbefassung durch **§ 45 II Nr.2 BRAO**

§ 45 BRAO Versagung der Berufstätigkeit

(2) Dem Rechtsanwalt **ist es untersagt:** (...)

1. in Angelegenheiten, mit denen er bereits als Rechtsanwalt gegen den Träger des zu verwaltenden Vermögens befaßt war, als **Insolvenzverwalter**, Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker, Betreuer oder in ähnlicher Funktion tätig zu werden;
2. in Angelegenheiten, mit denen er bereits als Rechtsanwalt befaßt war, **außerhalb seiner Anwaltstätigkeit** oder einer sonstigen Tätigkeit im Sinne des § 59a Abs. 1 Satz 1 **beruflich tätig zu werden**.
- (3) Die Verbote der Absätze 1 und 2 gelten auch für die mit dem Rechtsanwalt in Sozietät oder in sonstiger Weise zur gemeinschaftlichen Berufsausübung **verbundenen oder verbunden gewesenen Rechtsanwälte und Angehörigen anderer Berufe** und auch insoweit einer von diesen im Sinne der Absätze 1 und 2 befaßt war.

Schlussfolgerungen: Berufsrechtliche Grenzen

- **§ 45 Abs.2 Ziff.1 BRAO** sperrt nicht vorherige Tätigkeit für den Schuldner
- **Aber § 43 a II, IV BRAO hat Folgewirkungen!** – soweit sich Mandat auf (auch) insolvenznahe Sachverhalte bezog → widerstreitende Interessen, Verschwiegenheit
- **§ 45 Abs.2 Ziff.2 BRAO** umfasst bei Verständnis „Insolvenzverwalter= keine anwaltliche Tätigkeit“ jede „vormandatsbezogene“ Insolvenzverwaltung
- → Die vorherige berufliche Tätigkeit (auch des Sozius) in einem Lebenssachverhalt, welcher Mandats-Bezüge zur späteren Insolvenzmasse hatte, verpflichtet den RA/StB mindestens berufsrechtlich zur Anzeige an d. InsO-Gericht

§ 45 Abs.3 BRAO – Die „berufsrechtliche Verbindung“ bemakelt auch

- Denn: § 45 Abs.3 BRAO (Tätigkeitsverbotsausweitung auf beruflich verbundene Personen) bezieht auch „Angehöriger anderer Berufe“ mit ein – und zwar für die Tätigkeitsverbote in Abs.1 und Abs.2 !
- → BT-Drs. 17/7511 S.36: „... besonders eingehend dessen Unabhängigkeit zu prüfen. Diese Prüfung hat auch einzuschließen, ob die vorgeschlagene Person etwa in einer Anwaltssozietät tätig ist, von denen ein Mitglied den Schuldner im Vorfeld der Insolvenz beraten hat. Ein besonderes Augenmerk auf die Unabhängigkeit des Verwalters ist auch in den Fällen zu richten, in denen der Vorgeschlagene etwa in einer internationalen Großkanzlei mit Unternehmensberatern tätig ist, die den Schuldner in der Krise beratend begleitet haben.“

Unabhängigkeit des außergerichtlichen „Planerstellers“ oder „Planerstellungsmitwirkers“ ?

- **Gestrichen vom Rechtsausschuss § 56 Abs.1 Nr.3-RegE:**
„Die erforderliche Unabhängigkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die Person ...3. unter Einbindung von Schuldner und Gläubigern einen Insolvenzplan erstellt hat.“
→ Umkehrschluß : Planersteller immer „nicht unabhängig“ = ausgeschlossen ?

Auslegungshilfen aus Begründung Rechtsausschuss (17/7511): Unabhängigkeit ist grundlegend !

- S.34: Nummer 3 (Planersteller ist „unabhängig“) gestrichen, - es gehe darum „jeden Anschein einer Parteilichkeit (zu) vermeiden“
- S.35: Notwendigkeit für Gericht „besonders eingehend dessen Unabhängigkeit zu prüfen“ einschließlich, ob Mitglied der Sozietät beraten hat oder Großkanzlei, die „begleitet“ hat
- S.34: Planersteller kann gem. § 56a II einstimmig vorgeschlagen werden, aber: gerichtl. Prüfung folge ja !!!
- Zur Interpret. s. auch: Interv. mit den maßgeb. Berichterstattern in INDAT-Rep. 7/2011, 8-11; Bork, ZIP 2013, 145, 147 gibt diese „Kurvenfahrt“ ironisch wieder ³³

Streichung RefE § 56 I Nr. 3 - Planersteller trotzdem bestellbar ?

- Darf Planersteller im Wege einstimmigen GA-Vorschlag zum (vorl.) IV werden ?:
nein: Siemon, ZInsO 2012, 364,367; Rendels, INDAT-Report 6/2011, 30; Körner/Rendels, INDAT-Rep. 1/2013, 42,44
- **Bestellung schwer vorstellbar** (Römermann, ZInsO 2013, 218, 224)
- **Intensive gerichtliche Prüfung erforderlich**, kein Automatismus (HambKomm-Frind, § 56 Rn.26b; Bork, ZIP 2013, 145, 147)
- **a.A.** Willemsen/Rechel, BB 2012, 204 ; A.Schmidt/Hölzle, ZIP 2012, 2238; Horstkotte, ZInsO 2013, 160: „wirtschaftlicher Unfug“ (es nicht zu tun)

4. Einschränkung/Suspendierung des Unabhängigkeitserfordernisses bei (einstimmigem) Gläubigervorschlag (§ 56a InsO) oder Maßnahmen von Hauptgläubigern ?

- § 56a InsO → Ausschuss teilt mit:
- Anforderungsprofil
- (einstimmiger) Personalvorschlag
- Drei Möglichkeiten:
- A.) Kann Anforderungsprofil die Voraussetzungen des § 56 Abs.1 InsO einschränken ?
- B.) Kann vorl.GA per Beschluss Unabhängigkeitsprüfung einschränken
- C.) Kann Hauptgläubiger via Massekredit Unabhängigkeitsprüfung einschränken ?

A.) nur zulässiges „Anforderungsprofil“

- ***dass es mit dem Gesetz, d.h. der Rechtsordnung, im Einklang stehen muss, bereits verworfene Merkmale dürfen nicht genutzt werden*** (Bt-Drs. 17/5712, S. 26)
- Sachbezogene, auf das Verfahren passende, aussagekräftige Kriterien (Mitarbeiteranzahl; Plankenkenntnisse, internationale Kontakte, Sprachkenntnisse, etc., verfahrensspezifische Kenntnisse, branchenspezifische Kenntnisse (vgl. Neubert, GmbHR 2012, 436, 444; Frind, NZI 2012, 650)

Konstruktion des § 56 a Abs.2 zwingt zur Unabhängigkeitsprüfung

- Gruber, NJW 2013, 584 „Neue Korruptiongefahr“: durch das Vorschlagswesen entstehen fast unvermeidbare Loyalitätsbindungen zu einzelnen Gläubigern
- weil in der Regel Großgläubiger den Ausschuss faktisch dominieren
- **Im Ergebnis klassischer Loyalitätskonflikt des Verwalters, da er deren Interessen nicht bevorzugen darf und deren Rechte prüfen muss**
- Häufig wird der Vorschlag des vorl.GA über den Schuldner-Gf.er eingeleitet, dieser wiederum kurz vor Antragstellung erst eingesetzt (sog. „Sanierungsberater-Gf.er“); Fälle: AG Stendal, ZIP 2012, 1875; AG Lüneburg v. 14.9.2012 → Schuldnerorgan = Bankenvorschlag = Verwaltervorschlag

B.) Suspendierung der gerichtlichen Unabhängigkeitsprüfung durch einstimmigen, diesbezüglichen Beschluss des vorl. GA ?

- Vorschlag Schmidt/Hölzle, ZIP 2012, 2238
 - einstimmiges Votum des vorl. GA mit **„Doppelbeschluss“**, das auch in Kenntnis v. Inhabilitätsgründen der Personalschlag erfolgt
 - vorl.GA repräsentiere „die“ Gläubigerschaft
 - Unabhängigkeit nur „subjektives“ Merkmal zum Vertrauensschutz der Gläubiger
 - „wirtschaftlicher Unfug“, den „Konzeptersteller“ auszuschließen
- So auch Horstkotte, ZInsO 2013, 160 (Lösungsweg unklar) beim Vorschlag der Person mit „im Vorfeld planendem Kontakt zu Schuldner und zumindest den wichtigsten Gläubigern“

Methodik It. ZIP 2013, 2243

- *...ist ein Verzicht auf das Merkmal der Unabhängigkeit nur durch einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses möglich.*
- *Es ist daher ein zweigliedriger Beschluss zu fassen, in dem zunächst der Verwalter benannt und sodann konkret festgestellt wird, dass auf das Merkmal der Unabhängigkeit verzichtet werde.*
- Gfs. konkludent bei Diskussion darüber It. Sitzungsprotokoll
- Nachvollziehbare Erläuterung gegenüber Gericht → kein Anlass *die Gläubiger* vor sich selbst zu schützen

Konklusio It. ZIP 2013, 2243

- ***Dasselbe gilt, wenn mögliche Verstrickungen des Insolvenzverwalters durch dessen Anzeige zur Gerichtsakte oder auf andere Weise bekannt werden, die Gläubigerversammlung den Insolvenzverwalter aber dennoch im Amt bestätigt bzw. von ihrem Recht zur Wahl eines anderen Insolvenzverwalters (einstimmig) absieht.***
- ***Wird auf diese Weise Vertrauen ausgesprochen, hat das Gericht weder das Recht noch die Pflicht ... einzuschreiten und sich über die autonome Entscheidung der Gläubiger hinwegzusetzen.***
- Ausnahme : ... sämtlichen (!) Mitgliedern des Gläubigerausschusses wurden vom Kandidaten Sondervorteile versprochen, ... nicht bindet

Umsetzung so ?

- „den für das eröffnete Verfahren vorbereiteten Insolvenzplan selbst erstellt hat. Der vorl. GA ist sich bewusst, dass damit eine unabhängige Prüfung dieses Planes und der Angemessenheit der bereits gezahlten Vergütung nicht stattfinden wird.“

1. Unklarheiten der Reichweite des Vorschlages/der Diskussion

- Soll **jede Form der Inhabilität**, z.B. korrupte Vereinbarungen, **durch Einstimmigkeit „überbordnet“ werden**, oder nur die reine Vorbefassung (so gutwillig interpretierend Bork, ZIP 2013, 145) ?
- Es gehe nur um eine Disposition zur sachlich-fachlichen Unabhängigkeit, nicht zur persönlichen (Hölzle, ZIP 2013, 447, 448)

Fragen dazu

- Unterschied ? **Ist der Kandidat, der seit 6 Monaten den Plan entwickelt und bestimmte Gläubigergruppen „sammelt“ (mit Zusagen) u. eine bestimmte „Gruppenbildung“ plant (Wirtschaftswoche 18.3.2013) und dafür Honorar erhalten hat, noch „persönlich“ unabhängig ?**
- Ist der Kandidat, der bereits „im Team“ mit dem Geschäftsführer vier Sanierungen (teilw. noch laufend) in anderen Verfahren absolviert hat, noch „persönlich“ unabhängig bei Ansprüchen gegen den Gf.er gem. § 64 GmbHG ?

Abschwächung des Vorschlages/der Diskussion

- → Der Grad des Einflussbereiches ist vom Gericht zu entscheiden (Hölzle, ZIP 2013, 447,449) ????? **Gericht entscheidet, ob Sonderverwalter ausreicht, diese Kompetenz genügt, um Vertrauensverhältnis zu erhalten** (Hölzle, ZIP 2013, 450) – aber was bedeutet dann noch der GA-Beschluss ??
- Sonderverwalter für alle Fragen einen Anspruchsgegner betreffend ? Mehrere Sonderverwalter ?

2. Dogmatischer Stellenwert der Unabhängigkeit

- Unabhängigkeit als „subjektives Kriterium“ ?
**Ist Unabhängigkeit kein Element der –
objektiv festzustellenden-„Eignung“
nach § 56 Abs.1 S.1 InsO ?** Doch, so Bork,
ZIP 2013, 145, 16 bereits mit dem Wortlaut
- Unabhängigkeit ist Element von „Geeignetheit“
: Eine Trennung von Geschäftskunde (fachlich-
objektiv) und Unabhängigkeit (angebl.
„subjektiv“) widerspricht Wortlaut und
Systematik (Frind, ZInsO 2013, 59; Vallender/Zipperer, ZIP 2013,
149,150) – siehe dazu Folien Beginn

3. Gegenargument: Gesetzesbegründung

- **der Vorschlag darf nicht im Widerspruch zu den
Geeignetheits-Kriterien nach § 56 Abs.1 S.1 InsO
stehen → Unabhängigkeit ist auch bei Vorschlag
vorl. GA gerichtlich zu prüfen** (→ Begründung RegE u.
Rechtsausschuss:
BT-Drs. 17/5712, S.18, S.26
BT-Drs. 17/7511 S. 34,35, 37 („stets“) und S.4
- S. auch Smid, ZInsO 2012, 757; FK-Jahntz, 7.Aufl., § 56a
Rn.24, 39, 41; Körner/Rendels, INDAT-Rep. 1/2013, 42,44
und **Leutheusser-Schnarrenberger auf dem 10.DIT
(NZI 7/2013, XII)**

Gegenargument Gesetzesbegründung

- **Selbst beim Schutzschirmverfahren ist die Unabhängigkeit des „mitgebrachten“ vorl. SW zu prüfen** (s. auch Bork, ZIP 2013, 145, 147)
- Der Gesetzgeber erwartet auch dort den „stets“ unabhängigen vorläufigen Sachwalter, siehe BT.Drs. 17/7511, S.37

4. Gegenargument: Verfahrensfunktion des Unabhängigkeitserfordernisses

- Unabhängigkeitsprüfung unverzichtbar, da Eigenschaft mit Amt als TH fremden Vermögens unauflöslich verbunden (Frind, ZInsO 2012, 59; Vallender DB 2012, 1609, 1612; Römermann, ZInsO 2013, 218, 223)
- Unabhängigkeit korrespondiert mit reduzierter gerichtlicher Kontrolle auf Rechtsaufsicht (Vall./Zipperer, ZIP 2013, 149, 151; Frind, FS Haarmeyer, 39, 43)

Gegenargument: Verfahrensfunktion des Unabhängigkeitserfordernisses

- Unabhängigkeit ist nicht nur Gläubigerschutz ! (Bork, ZIP 2013, 145, 148):
- sondern auch Schuldnerschutz und Wahrnehmung des öffentlichen Interesses an einem geordneten Verfahren (so auch Römermann, ZInsO 2013, 218, 221; Vallender/Zipperer, ZIP 2013, 149, 151; so bereits Frind, NZI 2010, 705)
- Hölzle, ZIP 2013, 447, 450: „ordnungsmäßes“ Verfahren = entspr. Regelung aus § 56a = Auslegung; „integre Rechtspflege“ kein Schutzzweck;

Gegenargument: Verfahrensfunktion des Unabhängigkeitserfordernisses

- **Unabhängigkeit schützt die Massegenerierungsfunktion**
- Ca. 33 % der Teilungsmassen bestehen aus „insolvenzspezifischen Ansprüchen“ (Verfahrenskennzahluntersuchung beim AG Hamburg, vgl. zuletzt Frind, ZInsO 2011, 1913, 1918)
- Die Anspruchsgegner haben regelmäßig ein Interesse, sich durch die Insolvenz nicht weiter zu verschlechtern und das Verfahren „planbar“ zu machen (Weitzmann, Meilensteine ..., Rn.49)

5. Gegenargument:

vorl.GA = „die“ Gläubigerschaft ?

- BT-Drs. 17/7511, S. 5: „naturgemäß ein unvollkommenes Abbild der Gesamtgläubigerschaft darstellen kann“
- Begründung zu § 13 I S. 3 – 7 : Mitteilung der Gläubiger bei „gebührender Anstrengung“ unvollständig
- → **Der vorl.GA repräsentiert nicht „die Gläubiger“** (Frind, ZInsO 2013, 59; Bork, ZIP 2013, 145, 148): Z.B. noch entstehende Insolvenzgläubiger, Aussonderungs- und Massegläubiger (abl. Hölzle, ZIP 2013, 447, 450) fehlen

C.) Einschränkung der Unabhängigkeit des vorl.SW durch **Massekredit gekoppelt an Person des vorl.IV/Sw ?**

- Ja: AG Stendal v. 31.8.2012, ZIP 2012, 1875 und v. 19.10.2012, ZIP 2012, 2171; Frind in PK-HWF; § 56 Rn.12b; Ganter, ZIP 2013, 597 → **„Change-of-control-Klausel“**
- Nein: Fölsing, ZInsO 2012, 2272, 2275; Haarmeyer, ZInsO 2012, 2210
- Besonders sorgfältige Prüfung notwendig, wenn Kreditinstitut des Massekredites selbst Großgläubiger des Verfahrens !
- Pflicht des vorl.SW aus § 274 Abs.3 S.1 InsO (270a I S.2) – haftungsbewehrt gem. § 60 InsO- dem Insolvenzgericht Bedenken gegen nachteilige Massekredite mitzuteilen
- Massekredit mit Personenbindung birgt unabsehbare Kündigungsgefahr, da Personenbindung an Gf.er und vorl.SW an Entscheidung Dritter (Gericht) anknüpft, die unabhängig ergehen

Koppelungsvorgehen trägt Vermutung der Sachwidrigkeit in sich

- Beharren der Bank auf einem best. vorl.Sachwalter bei Ersatz durch adäquate Person *bestärkt Vermutung auf sachlich unbegründete Vorteile* (Ganter, ZIP 2013, 597, 604)
- **Der vorl.SW wird durch diese Vertragsgestaltung inhabil** wg. Interessenkollision („er sorgt dafür, im Spiel zu bleiben“)
- und event. haftpflichtig gem. § 60 InsO, da Konditionen des Massekredites nachteilig, denn Gefahr des Scheiterns durch Nicht-Bestellung von vornherein angelegt (Ganter, ZIP 2013, 597, 600, 602)

Motivation für eine Einschränkung der gerichtlichen Unabhängigkeitsprüfung ?

- Versuch, das gerichtliche Verfahren zu nutzen, ohne auf die „Vorzüge“ außergerichtlicher Sanierung zu verzichten (Vall./Zipperer, ZIP 2013, 149, 153)

5. Unabhängigkeitsprüfung in Eigenverwaltungs- und „Schutzschirm“-Verfahren

- A.) Normale Eigenverwaltung (§ 270 InsO)
- Über **§ 270 a Abs.1 Satz 2** mit dem Verweis auf u.a. § 274 Abs.1 InsO (unverändert) **soll §§ 56, 56a InsO in Bezug** genommen werden
- Gericht prüft vorl. Sachwalter genau wie bei vorläufiger Verwaltung (Graf-Schlicker, § 270a Rn. 5; M.Hofmann in Kübler, HRI, 2012, § 6 Rn. 10-12)
- Es bestehen die gleichen Anzeigepflichten

Unabhängigkeit des (vorl.)Sachwalters im Schutzschirm-Verfahren ?

- „mitgebrachter“ Sachwalter : **§ 270 b Abs.2 → Schuldneranschlag → § 56 Abs.1 S.3 Nr.1: schadet generell nicht**
- Darf Gericht darüber hinaus „Unabhängigkeit“ noch prüfen ?
- (h.M.) → „**Unabhängigkeit**“ **notwendig und prüfbar** (Graf-Schlicker, aaO, § 270b Rn. 14; Rendels, INDAT-Report 8/11,44; AGR-Ringstm. § 270b Rn. 21 f.; Vallender, EWiR 2012, 495, 496; Rendels, Indat-Report 8/11,44; Hölzle, ZIP 2012, 158,161; nicht mehr, als „allgemeine Beratung“ KPb-Pape, § 270b Rn.64; Römermann/Praß, GmbHR 2012, 425, 430)
- Keine Bestellung des „Erstellers des Sanierungskonzeptes“ (Braun-Riggert, § 270b Rn. 11); keine Bestellung des konzeptionellen „Beraters“ (Hofmann, HRI § 6 Rn.16)
- gfs. Einigung mit Gericht (Buchalik, ZInsO 2012, 349, 353; Desch, BB 2011, 841, 843)

6. Zwischenfazit: ESUG, Unabhängigkeit –Probleme - Praxisberichte

Kritisiert wird:

- Mangelnde Kenntnis Gläubigerausschussmitglieder über Person/Qualität potentieller Verwalter
- Fehlende Protokolle über Sitzung vorl. GA in Gerichtsakten
- Angebote Forderungskauf durch Fonds (s. Wirtschaftwoche 18.3.2013)
- Versuch v. Hauptgläubigern, das Verfahren zu dominieren (Bereitstellen Massendarlehen personenbezogen nur an konkreten Prätendenten)
- Manipulationsversuche bei der Zusammensetzung des vorl. GA (falsche Angaben im Antrag; Gläubiger nicht genannt)

Fazit II

- **Mangelnde Bereitschaft zur Teilnahme an vorl. GA** durch Einzelpersonen/selbst Institutionen, teilweise Banken nicht bereit (DB)
- Folge: Vakuum mangels Mitarbeit von Großgläubigern – noch repräsentative Vertretung ?
- „Normale“ Gläubiger nicht organisierbar: Der Gläubigerschutzvereinigung gelang es mit einem Gesamtaufwand von 4 Mill. EUR in 2 Jahren nur knapp 400 Mitglieder zu gewinnen (Vors. Haarmeyer, lt. INDAT-Rep. 1/2012, S.10)
- Mögliche Einflussnahme Berater auf Verwalter (Keine Überprüfung der Beraterrechnungen, keine Anfechtung; Forderung nach Vergütungshöheabsprachen)
- Forderungen von Beratern an prozentualer Beteiligung Verwaltervergütung

Fazit III - Ausblick

- Wimmer (BMJ) Kieler Symposium 9.6.2012: BMJ beobachtet genau Entwicklung möglicher Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit des Verwalters
- Leutheusser-Schnarrenberger, INDAT-Report 6/2012, 8, 12: Druck in Richtung Anfechtungseinschränkungen wurde mitgeteilt; BMJ beobachtet, ob Einzelfälle oder Gesetzesänderung notwendig
- Befragung zu Erwartungen (Buchalik/Haase, ZInsO 2012, 1832):
 - Zu großer Einfluss der Großgläubiger bemängelt (55 %);
 - Eigenverwaltung nur für 29 % der Gläubiger Grund Sanierung mitzutragen,
 - nur 33 % glauben, dass „ESUG“ zu früheren Insolvenzanträgen führt; auch höhere Quoten erwarten nur 27 %

7. Wohin geht die Reise ? – nationales forum shopping ?

- **LoPucki**, ZInsO 2013, 420 in Analyse der Verhältnisse in USA (Delaware./New York) : Folgen eines „Wettbewerbes der Insolvenzgerichte“ um „interessante Verfahren“
- → **„case placer“ übernehmen Kontrolle über Gerichte (–siehe DiskE Konzerninsolvenz § 3a InsO)**
- Schädliche Veränderungen mit Destabilisierungswirkung für die nationale Insolvenzordnung
- Ähnlich: **Office for fair trading**, Juni 2010, ZInsO 2010, 1791 bzgl. England

Effekte der Zulassung v. nationalem forum shopping

- Gerichte ändern ihre lokalen Regeln und Verfahrensweisen in Richtung „geringster Widerstand“ und größtmögliche Anpassung an die Verlangen der „case placer“
- Lockerungen der Standards für Interessenkonflikte und Haftungsfreistellungen

Effekte der Zulassung v. nationalem forum shopping

- Jobs von insolvenzverschuldenden Geschäftsführern werden „sicherer“
- Regeln zum Schutz von Kleininvestoren wurden aufgegeben
- Transparenz vernachlässigt
- Gerichte beginnen mit „rubber-stamping“ von pre-packed-Plans
- **Gefahr von nicht nachhaltiger Reorganisation steigt-** statistisch erwiesen (Nachfolgeinsolvenzen) (in Deutschland siehe z.B. erste gescheiterte ESUG-Eigenverwaltungsverfahren mit Nachfolgeinsolvenz)

Wohin geht die Reise ?

- LoPucki, ZInsO 2013, 420, 426: gefährlicher Verzicht auf Auslosungsverfahren, **so dass Richter von vornherein für „case placer“ feststeht** → in Deutschland bei Buchstabenzuständigkeit schon Wirklichkeit !
- → **Gefahr des Auspielens der Richter innerhalb v. Gerichten gegeneinander**
- → Lösung: Zuständigkeit von Insolvenzgerichten unmanipulierbar gesetzlich manifestieren
- **Keine Gerichtsstandswahl durch Tochterantrag**

8.

Sicherstellungsmechanismen

- **Verwalter-Büro → Conflict-Check**
(Berufsgrundsätze VID e.V. § 4 Abs.2 S.2)
- Orientierung an Gläubigerliste des Schuldners (gem. § 13 Abs.1 Satz 3 InsO) wohl nicht ausreichend → eingehende Befragung des Schuldners/Gf.ers
- Gerichtliche Prüfung möglich, z.B. Befragung vorl.Verwalter (auch zu Modalitäten conflict-check), Unterzeichnung entsprechende Erklärung

Gerichtliche Prüfung/Reaktion

- **Fragebogen** der Insolvenzrichter , um mögliche Inhabilitätstatbestände schnell erfragen (versch. Insolvenzrichter , **ZInsO 2012, 368** und gemeinsamer **Fragebogen BAKinso/VID in ZInsO 2012, 2240**)
- Die **Unterlassung der Anzeige ...**, kann eine Störung des Vertrauensverhältnisses begründen, die schwer und nachhaltig ist, und dadurch eine Entlassung rechtfertigt (BGH v. 19.1.2012, ZInsO 2012, 269, 270; BGH v. 19.4.2012 ZInsO 2012, 928; BGH, Beschl.v. 26.4.2012, IX ZB 31/11, ZInsO 2012, 1125)
- (...) wie auch ein **schwerwiegender Pflichtenverstoß in einem anderen Verfahren** mit Eignung und möglicher Schlussfolgerung, das Vertrauen in die Amtsführung nachhaltig und schwer zu beeinträchtigen (BGH v. 19.4.2012 ZInsO 2012, 928 (**s.Rn.4**))

Dokumentation

- Auch für den Gläubigerausschuss sollte das Gericht die Antworten in der Akte dokumentieren
- → Akteneinsicht → mehr wissen hilft