



Zum ordnungspolitischen Versagen von Insolvenzgerichten und Gutachtern in Antragsverfahren von Kapitalgesellschaften

Wissenschaft und Praxis haben bald zehn Jahre nach Inkrafttreten der InsO nunmehr herausgefunden, was die wahren Ursachen der „(Nicht)-Eröffnungspraxis mancher Insolvenzgerichte“ (Weyand, ZInsO 2008, 242) bei Kapitalgesellschaften sind:

1. der faktische Leerlauf der Sanktionswirkungen „anfechtungs- und haftungsrechtlicher Ansprüche infolge mangelhafter Tätigkeiten vieler Gerichte und Sachverständiger“ (Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, 1065 [1080]);
2. unbrauchbare Gutachten im Insolvenzantragsverfahren, da sie „eine der wichtigsten Fragen des Eröffnungsverfahrens“, nämlich den Zeitpunkt der materiellen Insolvenz, unbeantwortet lassen (Pape, ZInsO 2007, 1080 [1082 f.]);
3. einige Insolvenzgutachter orientieren sich „nur an ihrem unmittelbaren Auftrag“ und lassen „weitere Begleit Aspekte, vor allem strafrechtlicher Art“, unbeachtet (Weyand, ZInsO 2008, 242 [245]).

Wie nunmehr empirisch nachgewiesen ist, beeinflussen weder regionale Wirtschaftskraft noch regionale Wirtschaftsstrukturen, auch nicht unterschiedliche Branchen oder gar die Größe des befassten Insolvenzgerichts die Eröffnungsquote: Nein, es deuten vielmehr „alle Befunde darauf hin, dass allein die Bearbeitung der Verfahren an den jeweiligen Gerichten der für die Höhe der Eröffnungsquote maßgebende Faktor ist“ (Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, 1065 [1075]). Die Insolvenzgerichte sind dabei, ihre „Existenzberechtigung“ (Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, 1065 [1080]) zu verlieren, da sie es offensichtlich versäumen, eine klare „Anforderung an Sachverständige dahingehend zu postulieren“, warum – trotz gesicherter empirischer Befunde – bei einer Kapitalgesellschaft gleichwohl eine Abweisung mangels Masse erfolgen soll (Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, 1065 [1080]). Ansonsten seien Eröffnungsquoten von 85 bis 90 Prozent und mehr durchaus erreichbar bei einer Befriedigungsquote von deutlich über 15 bis 20 Prozent (Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, 1065 [1080]): Ein wahrlich insolvenzrechtliches Schlaraffenland zieht ungenutzt an uns vorüber!

Angesichts dieser „gesicherten empirischen Befunde“ wagt man kaum zu widersprechen, versagt sich einer Prüfung der mit großem Fleiß erstellten Datenbasis und schweigt – so der Befund denn zutrifft – entwarfnet über sonstige mögliche Ursachen. Schuldbewusst klopft sich auch der Verfasser an die Brust, hat er doch nun in über 25-jähriger Tätigkeit als Gutachter massiv die „Existenzberechtigung“ der Insolvenzgerichte erschüttert und auch dazu beigetragen, dass „München zunehmend in die Rolle eines Schlusslichts gerät“ (Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, 1065 [1065 f. Fußn. 16]).

Die aufgeworfene Fragestellung ist ernst. Die Verwirklichung der ordnungspolitischen Funktion des Insolvenzverfahrens ist die Messlatte für den Erfolg der InsO. Allerdings lässt sich die Verifizierung der gesetzlichen Zielerreichung kaum auf die Eröffnungsquote und damit das Ergebnis des Antragsverfahrens verkürzen.

Das Insolvenzverfahren ist ein gesetzliches Ordnungsverfahren für gescheiterte unternehmerische Aktivitäten. Diese Ordnungsfunktion ist notwendiges Korrelat einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung. Dies wusste bereits der Gesetzgeber der KO vom 10. 2. 1877. Es ist das Verdienst der InsO, Resultate unternehmerischen Scheiterns in gesetzlich strukturierte Bahnen gelenkt und wesentliche Ziele einer Unternehmensinsolvenz definiert zu haben: Sanierung statt Zerschlagung von Unternehmen (§ 1 S. 1 Alt. 2 InsO), wenn auch mit dem nur bedingt tauglichen Mittel des Insolvenzplans. Gottlob blieb die Möglichkeit der übertragenden Sanierung erhalten. Ein weiteres Kernziel ist die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger (§ 1 S. 1 InsO), unter Abschaffung von (alten) Vorrechten und einer Ausdehnung der Anfechtungstatbestände.

Diese Ziele sind richtig. Alle an einer Unternehmensinsolvenz Beteiligten sind nachhaltig gefordert, an der konsequenten Umsetzung dieser Ziele beharrlich und professionell zu arbeiten. Allerdings scheint für alle Beteiligten vorrangig ein klares Bekenntnis des Gesetzgebers vonnöten, an den zum 1. 1. 1999 mit normativer Kraft formulierten Zielen auch weiterhin festhalten zu wollen. Eine erhebliche Verunsicherung macht sich hier breit. Sie speist sich in nicht geringem Maße aus den nachfolgend dargestellten Quellen:

Die InsO hat trotz fast zwanzigjähriger Vorberatung in weniger als zehn Jahren mehr als 20 Novellierungen erfahren, die in zahllosen Grundsatzentscheidungen des BGH teils wieder korrigiert wurden und – bei Grundsatzfragen – oftmals neue Aktivitäten des Gesetzgebers ausgelöst haben, um die gerichtlich beanstandete Gesetzeslage doch zu legalisieren. Wie kann sich da Rechtssicherheit im Sinne von Planbarkeit, Berechenbarkeit und Praxiseinübung ausbilden?

Ein Großteil der Novellen war und ist nicht getragen von der unbestrittenen Ordnungsaufgabe des Insolvenzrechts, schon gar nicht von der Weiterentwicklung der in § 1 InsO definierten Verfahrensziele. Maßgeblich waren und sind zunehmend fiskalpolitische Überlegungen (vgl. z. B. die Historie und Diskussion zum ursprünglichen Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung vom 8. 3. 2006; dazu etwa Huber, ZIP 2007, 501; zur Rückkehr der Insolvenzvorräte Pape, NZI Heft 3/2008, VI) oder gar insolvenzfremde Ziele (z. B. § 11 WpHG, eingeführt durch das Transparenzrichtlinien-Umsetzungsgesetz vom 5. 1. 2007, BGBl I 2007, 10; hierzu: Grub/Obermüller, ZInsO 2006, 592). Dies führt zwischenzeit-

lich in der Tat dazu, dass sich das deutsche Insolvenzrecht im europäischen Wettbewerb zu verabschieden beginnt (vgl. *Pape*, NZI Heft 3/2008, VI f.).

Der Gesetzgeber, bei seinen ebenso sprunghaften wie fragmentarischen Vorhaben von der Fachwelt zu Recht kritisiert, schleust systemwidrige Gesetzesreparaturen „erfolgreich“ unter anderer Etikette durch den Gesetzgebungsprozess, oftmals gar in beeindruckender Eile. Jüngstes Beispiel hierfür ist § 28 e I 2 SGB IV (vgl. hierzu *Bräuer*, ZInsO 2008, 169; *v. d. Heydt*, ZInsO 2008, 178). Etikette heilt keine Systemwidrigkeit. Hier wünschte man sich offene Diskussion, mehr Fortschritt als Rückschritt, insolvenzzweckorientierte, plan- und berechenbare Weiterentwicklung der zutreffend formulierten Insolvenzziele.

Aufgabe des Antragsverfahrens und der hiermit befassten Gerichte und Gutachter ist de lege lata allein die Frage, ob die Insolvenzgründe bei Antragstellung vorliegen und eine Deckung der Massekosten gegeben ist. Nicht mehr, aber auch nicht weniger. Zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens notwendige Massekosten von etwa 3000 Euro werden – zumindest im Regelfall – nicht durch gerichtlich erst durchzusetzende, mit allen Prozessrisiken behaftete Anfechtungs- und Schadensersatzansprüche gegen selbst vermögenslose Gesellschaftsorgane generiert. Anfechtungsprozesse lösen in aller Regel allein Kosten für den gerichtlich bestellten Sachverständigen in Höhe von 10 000 Euro und mehr aus. Hier kann ein Gutachten, welches nach gesetzeskonformer, richtiger Vorgabe durch die Insolvenzgerichte kostengünstig zu sein hat und kurzfristig zu erstellen ist, im Normalfall lediglich Hinweise auf solche Ansprüche geben. Es ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers dann Aufgabe der (antragstellenden) Gläubiger, die zur Eröffnung notwendigen Vorschüsse zu leisten (§ 26 I 2 InsO). Bezeichnenderweise findet sich aber bei Anträgen von Trägern der Sozialversicherung und der Finanzverwaltung der stereotype Hinweis, dass Massekostenvorschüsse nicht geleistet werden.

Schon gar nicht ist der Gutachter Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft (§ 152 GVG). Die Prüfung strafrechtlicher Tatbestände oder die Erhebung hierzu notwendiger Sachverhalte fällt nicht in seinen Aufgabenbereich. Dies gilt im Insolvenzrecht ebenso wie in allen anderen Rechtsgebieten. Hier sind allein die staatlichen Strafverfolgungsorgane gefordert. Dem Gläubigerinteresse deutlich förderlich wäre allerdings, wenn die von Gesetzes wegen vorgesehenen vorbeugenden Maßnahmen, insbesondere §§ 79, 82, 84 I Nr. 1 GmbHG sowie die analogen Vorschriften im Aktienrecht, von den hierfür zuständigen Instanzen konsequenter überwacht würden. Verurteilungen nach § 84 Nr. 1 GmbHG, § 401 I Nr. 1 AktG sind uns bislang nicht bekannt geworden, obgleich die unterlassene Verlustanzeige nach § 84 I Nr. 1 StGB dieselben Strafsanktionen wie der Tatbestand der Insolvenzverschleppung nach sich zieht. Ein beherztes Durchgreifen der Staatsanwaltschaft im Rahmen des ihr allein anvertrauten staatlichen Strafverfolgungsmonopols hätte sicherlich deutliche Signalwirkung für rechtzeitige Insolvenzanträge. So herum könnte auch ein Schuh daraus für eine verbesserte Eröffnungsquote werden. Die gegen weitere Ermittlungstätigkeiten der Staatsanwaltschaft ins Feld geführten haushaltspolitischen Grenzen sind bekannt. Genuin staatliche Aufgaben jedoch zu Lasten (privater) Dritter zu lösen, ist hingegen der falsche Weg.

Richtig ist, dass die vom Gesetzgeber der InsO ursprünglich gesteckten ordnungspolitischen Ziele zunehmend ver-

wässert werden. Grund hierfür ist nicht das Versagen von Insolvenzgerichten und Gutachtern. Um an den ordnungspolitischen Zielen festzuhalten, ist die Anstrengung aller am Insolvenzverfahren Beteiligten notwendig. Dies schließt selbstverständlich auch eine professionelle Arbeit von Insolvenzgerichten, gerichtlich bestellten Gutachtern und Insolvenzverwaltern ein. Eine Gesamtschau tut not. Ob hierzu allerdings die heftig diskutierte Zertifizierung von Insolvenzverwaltern (zum Meinungsstand: *Haarmeyer*, NZI 2007, 635; *Kurz*, NZI 2007, 638; *Bergner*, NZI 2007, 642) notwendig und segensreich ist, erscheint zumindest zweifelhaft (vgl. *Laudatio* in ZInsO Heft 10/2007, IV; hierzu: *Wagner*, NZI Heft 8/2007, IX). Für die Uhlenbruck-Kommission ist offensichtlich noch nicht einmal der Fachanwalt für Insolvenzrecht in diesem Zusammenhang aussagekräftig (ZInsO 2007, 760). Auch die Diskussion haftungsrechtlicher Folgen bei Nichtanspruchnahme von Gesellschaftsorganen und Geschäftsführern (*Pape*, ZInsO 2007, 1080) hilft solange nicht, wie Vorgänge möglich sind, die der bereits von *Brenner* (ZIP 2007, 1826) zutreffend kritisierten Entscheidung des *OLG Stuttgart* vom 9. 5. 2007 (NZI 2008, 102 = ZIP 2007, 1822) zu Grunde liegen. Erfreulicherweise hat der *BGH* die Berufungsentscheidung insoweit wieder korrigiert (*BGH*, NZI 2008, 241 = ZIP 2008, 466). Auch die beklagenswerte Überlastung der Staatsanwaltschaften ist nicht dadurch verursacht, dass sich die von den Insolvenzgerichten im Rahmen ihrer Amtsermittlungspflicht beauftragten Gutachter – richtigerweise – „nur an ihrem unmittelbaren Auftrag orientieren“.

Das „Schwarze-Peter-Spiel“ sollte Kindern überlassen bleiben. Auch überhastete Vorschläge, gar systemwidrige Normen, helfen nicht. Die Rückbesinnung auf die eigentlichen Ziele des Insolvenzverfahrens und professionelle Umsetzung des Machbaren durch alle Beteiligten in der ihnen jeweils zugewiesenen Rolle tut Not.

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Ott, München