

Paulus/Wimmer-Amend (Hrsg.)

**Festschrift für
Dr. Klaus Wimmer**



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4294-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-8556-6 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.



Geleitwort

Sein Ausscheiden aus dem Bundesjustizministerium war den Herausgebern und Autoren Anlass und Anliegen, Dr. Klaus Wimmer mit einer Festschrift für seinen mehrere Dekaden währenden maßgeblichen Einfluss auf die Entwicklung des hiesigen Insolvenzrechts zu würdigen und ihm damit für seine herausragenden Verdienste Dank auszusprechen. An zentraler Stelle hat er entscheidend dazu beigetragen, dass das deutsche Insolvenzrecht heute geradezu ein Aushängeschild hoher Gesetzgebungskunst und effizienter Bewältigung der gestellten Aufgaben ist.

In Kaiserslautern geboren, aufgewachsen und zur Schule gegangen, hat er sein Jura-Studium in Heidelberg absolviert. Eben dort hat er auch zum Strafrecht promoviert und nach Abschluss des 2. Staatsexamens mit einer Habilitation angefangen. Das erwies sich jedoch als nicht seinem Geschmack entsprechend, so dass er 1982 in den Staatsdienst am Bundesministerium der Wirtschaft in Bonn eintrat. In diesem Kontext bekam er Kontakt mit dem Insolvenzrecht – an geradezu idealer Stelle: Denn er nahm an den Sitzungen der Insolvenzrechtskommission zur Insolvenzrechtsform teil.

Trotz dieses Einstiegs führte ihn der weitere Weg nur auf Umwegen in das Zentrum dieses Rechtsgebiets hinein. 1986 war er nämlich zunächst delegiert an die Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der OECD in Paris. Drei Jahre später wechselte er dann in das Bundesministerium der Justiz und war dort auch erst für das Umweltstrafrecht zuständig. Und im Zuge der Wiedervereinigung 1990 arbeitete er das verwaltungsrechtliche Rehabilitierungsgesetz aus (VwRehaG). Erst 1995 wurde er dann schließlich zum Leiter des Referats für Insolvenzrecht berufen, das er bis zum Eintritt in den Ruhestand im September 2016 leitete.

Die Insolvenzordnung war bei Übernahme des Referats als Gesetz bereits verabschiedet, doch an all den in der Folgezeit sich als erforderlich erweisenden Änderungen, Ergänzungen und Korrekturen (insgesamt 29 an der Zahl) war er maßgeblich beteiligt. Darüber hinaus war er auch für das internationale Insolvenzrecht zuständig, das er u.a. auf den Verhandlungen der Working Group V von UNCITRAL begleitete oder bei den Verhandlungen zur Europäischen Insolvenzverordnung. Zu dieser internationalen

Ausrichtung gehörte dann zum einen auch der mit dem Inkrafttreten der EuInsVO eintretende Wettbewerb der Restrukturierungs- und Insolvenzrechte; zum anderen aber – und vor allem – der mit der Finanzkrise 2008 einsetzende „Stresstest“ (auch) des deutschen Insolvenzrechts.

Kurzum, die geradezu dramatische Wandlung des (vornehmlich mit „Aufräumarbeiten“ beschäftigten) Konkurs- hin zu einem weit umspannenden (sich tief mit dem Wirtschaftsrecht verwebenden) Restrukturierungs- und Insolvenzrecht innerhalb der letzten 20 Jahre fand genau in der Zeit statt, in der der hier Geehrte mit hohem Pflichtbewusstsein, mit feinem Gespür für das Machbare und mit aufopferungsvoller Hingabe Weichen stellen konnte und musste. Seine umfassende literarische Begleitung dieser Vorgänge wirkte immer wieder wie ein Wegweiser auf immer wieder erneuertem Terrain. Die nachfolgenden Beiträge zollen Dr. Klaus Wimmer den ihm für all diese Verdienste in höchstem Maß gebührenden Respekt.

Angelika Wimmer-Amend
Christoph G. Paulus

Inhalt

Zweite Chance für Verbraucher – Über den Zugang zum Entschuldungsverfahren nach dem Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final	13
<i>Martin Ahrens</i>	
Plädoyer für ein Berufsrecht der Insolvenzverwalter – der Professionalität geschuldet, zur Qualitätssicherung erforderlich –	31
<i>Siegfried Beck</i>	
Sanierung als rechtliche Kategorie	63
<i>Daniel Bergner</i>	
„Wenn der Hahn kräht auf dem Mist...“ – Ändert sich etwas bei § 133 InsO?	98
<i>Reinhard Bork</i>	
Auswirkungen der insolvenzrechtlichen Krise des Stifters auf die gemeinnützige Stiftung	117
<i>Friedrich L. Cranshaw</i>	
Umsetzung des EU-Richtlinienvorschlags vom 22.11.2016: Vorschläge zur Einführung eines präventiven Restrukturierungsverfahrens	162
<i>Reinhard Dammann</i>	
Von der Beständigkeit rechtspolitischer Richtungsentscheidungen – Der Kampf für und gegen ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren	187
<i>Hans Gerhard Ganter</i>	

Inhalt

Die Einbeziehung des Neuerwerbs des Selbständigen gem. § 35 Abs. 2 und § 295 Abs. 2 InsO: Von Scheinproblemen und Surrogaten	219
<i>Hugo Grote</i>	
Die Abtretung des Anspruchs aus § 64 S. 1 GmbHG	243
<i>Ulrich Haas</i>	
Zahlungsvorgänge auf debitorischen Konten nach Insolvenzreife im Licht des Rechts der Zahlungsverbote	263
<i>Alfred Hagebusch / Nicolai Fischer</i>	
Die Entwürfe des Reichsjustizministeriums für eine Reform des Konkursrechts aus den Jahren 1937 und 1938	294
<i>Johannes Holzer</i>	
Persönliche Verträge in der Insolvenz	326
<i>Florian Jacoby</i>	
Vergütungsabsprachen im Insolvenzverfahren	339
<i>Michael Jaffé</i>	
Ist § 55 Abs. 4 InsO auf Umsatzsteuerforderungen anderer EU-Mitgliedstaaten anwendbar?	356
<i>Günter Kahlert</i>	
Disponibilität des § 258 Abs. 2 InsO als Alternative zum Insolvenzplan bei Massezulänglichkeit	368
<i>Frank Kebekus / David Georg</i>	
Zur Bedeutung des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO für die Einziehungs- und Veräußerungsbefugnisse des Schuldners und des vorläufigen Insolvenzverwalters bei globalen Sicherungsübertragungen oder Eigentumsvorbehalten	386
<i>Gerhart Kreft</i>	

Die Befriedigung der Gläubiger im Insolvenzverfahren – bestmöglich und gleichmäßig!	408
<i>Hans-Georg Landfermann</i>	
Restrukturierungsverfahren mit Insolvenzprinzipien und Insolvenzverfahren mit Restrukturierungsziel? Eine Betrachtung der Grundannahmen des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts	446
<i>Stephan Madaus</i>	
Gedanken zur Effizienz der Insolvenzordnung	475
<i>Christoph G. Paulus</i>	
Einmal Insolvenzverwalter – immer Insolvenzverwalter? Über Pflichten des Insolvenzverwalters bei und nach Verfahrensaufhebung	488
<i>Michael Pluta / Grit Heidrich</i>	
Internationale Insolvenzanfechtung gemäß § 135 InsO	506
<i>Martin Prager / Attila Bangha-Szabo</i>	
“Back tot he roots“ – Gedanken über § 9 des Entwurfes einer Deutschen Gemeinschuldordnung von 1873	528
<i>Stefanie Semmelbeck</i>	
Harmonisierung des Insolvenzrechts in der EU schreitet voran – Zum Kommissionsentwurf einer Richtlinie für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren	537
<i>Heinz Vallender</i>	
Die Steuerbilanz der Mitunternehmerschaft mit besonderer Beachtung der Ergänzungsbilanz	555
<i>Florian Wimmer</i>	
Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters im Wandel der Zeiten	593
<i>Angelika Wimmer-Amend</i>	

Inhalt

Gläubigerausschussarbeit aus Praktikersicht 636
Hermann Peter Wohlleben

Autorenverzeichnis 653

Zweite Chance für Verbraucher
– Über den Zugang zum Entschuldungsverfahren nach dem
Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final

Martin Ahrens

I. Verfahrensverkürzung unter europäischen Vorzeichen

Lange Jahre war der Jubilar an herausragender Stelle mit der fortwährenden Weiterentwicklung der Insolvenzordnung befasst. Eine der letzten großen zu bewältigenden Herausforderungen stellte die Novellierung des Insolvenzrechts für natürliche Personen dar, die im Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15.7.2013¹ umgesetzt worden ist. Ein besonderes Anliegen war ihm aber stets auch die europäische Rechtsentwicklung. So mag dann vielleicht ein Thema, in dem beide Aspekte einfließen, von Interesse sein.

Einen wesentlichen Baustein der jüngsten Novellierung des Privatinsolvenzrechts bildete ein abgekürztes Restschuldbefreiungsverfahren, wovon bereits der Gesetzestitel kündigt. Dabei ist die Diskussion über die angemessene Verfahrensdauer mit der Verabschiedung des Gesetzes längst nicht abgeschlossen, wie die in Art. 107 EGIInsO vorgeschriebene Evaluation der Verfahrensverkürzung nur zu deutlich belegt. Entscheidende Impulse für die weitere Ausrichtung des Restschuldbefreiungsverfahrens werden dabei vom Europäischen Recht ausgehen. Im Mittelpunkt der künftigen Entwicklung steht der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU vom 22.11.2016.² Mit der endgültigen Verabschiedung der Richtlinie kann für 2018 gerechnet werden.

In Art. 20 I dieses Vorschlags wird für überschuldete Unternehmer grundsätzlich eine nur noch dreijährige Frist bis zur vollständigen Ent-

1 BGBl. I S. 2379.

2 COM(2016) 723 final.

schuldung vorgesehen. So weitreichend auch die Rechtsfolgen der vorgesehenen Norm sind, so eng ist doch der geplante persönliche Anwendungsbereich, denn die umfassende Entschuldung soll nach dem Richtlinienvorschlag nur unternehmerisch handelnden Personen zugutekommen. Beide Elemente des Regelungsvorschlags, sowohl die tatbestandliche Anknüpfung als auch die Folgenanordnung, weisen erhebliche Abweichungen gegenüber der in Deutschland derzeit geltenden Rechtslage auf. Die Regelfrist für eine Entschuldung wäre danach für Unternehmer, nicht aber andere natürliche Personen zu halbieren.

Ob dabei von einer prinzipiell voraussetzungslosen Entschuldung nach Ablauf einer dreijährigen Frist auszugehen ist, hängt davon ab, wie die Einschränkungen aus Art. 22 des Vorschlags ausgestaltet werden. Entscheidend wird letztlich sein, welche Reichweite die Ausnahmen von der Entschuldung bei unredlichem oder bösgläubigem Handeln und für bestimmte Schuldkategorien erhalten. Da der Richtlinienvorschlag in Art. 22 I nur Musterbeispiele vorsieht, wie aus der Formulierung insbesondere abzuleiten ist, können in einem richtlinienkonformen Rahmen auch andere durch ein allgemeines Interesse gedeckte Ausnahmen derzeit nicht ausgeschlossen werden. Hier ist noch vieles in Bewegung und die endgültige Gestalt nur schwer abzusehen.

Festerer Boden existiert dagegen bei dem persönlichen Anwendungsbereich der Entschuldungsregel in der künftigen Richtlinie. Insoweit ist eine auf Unternehmer beschränkte dreijährige Höchstfrist für eine umfassende Entschuldung zu erwarten, wie sie aus der gesamten Entwicklung der Politik einer zweiten Chance im Fall des unternehmerischen Scheiterns seit 2007 abzulesen ist.³ Wegen dieser sehr erwartbaren Regelungsperspektive soll deren Umsetzungsmöglichkeit in das deutsche Recht untersucht werden. Insoweit ist ganz konkret zu klären, ob eine gespaltene Lösung mit einer unterschiedlichen Behandlung von Unternehmern und anderen natürlichen Personen bei der Verfahrensdauer Modell für eine deutsche Regelung stehen kann. Alternativ müsste der personelle Anwendungsbereich des Entschuldungsregimes einheitlich für sämtliche natürliche Personen bestimmt werden. Deswegen sollen hier die entwicklungsgeschichtlichen, europa- und verfassungsrechtlichen, aber auch sonstigen rechtssystematischen und verfahrenspraktischen Möglichkeiten sowie Grenzen einer personell zwischen Unternehmern und anderen natürlichen Personen differen-

3 KOM(2007) 584 endgültig.

zierten verkürzten Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens untersucht werden.

II. Entwicklungsverläufe

1. Unternehmens- und Privatinsolvenzrecht

Der Regelungsentwurf in Art. 20 I des Richtlinienvorschlags überschneidet sich mit zwei Entwicklungslinien des deutschen Insolvenzrechts. Auf einer übergeordneten Ebene berührt der Vorschlag das Verhältnis zwischen Unternehmens- und Privatinsolvenzrecht, wie die Segregation überschuldeter Unternehmer bei der Regeldauer des Verfahrens nur zu deutlich ausweist. Als Ausschnitt dessen, der aber eine sehr eigene Bedeutung besitzt, betrifft der Entwurf auch die Diskussion um die angemessene Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens. Beide Aspekte sind separat zu würdigen.

Im Rahmen der ordnungspolitischen Leitvorstellungen wird seit Langem eine Ungleichbehandlung zwischen dem Unternehmens- und Privatinsolvenzrecht konstatiert. Der Ausgangspunkt für diese Differenzierung liegt bereits sehr früh bei der Ausbildung eines Konkursrechts für Kaufleute.⁴ Den romanischen Rechten entstammt ein Verständnis des Konkurses als Kaufmannsprivileg. Als Recht des Handelsstands wurde der Konkurs zunächst in den Statuten der italienischen Städte ausgebildet⁵ und später in den weithin prägenden Art. 437 bis 614 des französischen Code de commerce normiert. Dieses Modell des Kaufmannskonkurses wurde von zahlreichen romanistisch beeinflussten Rechtsordnungen übernommen.

In der Reichskonkursordnung wurde dagegen mit guten Gründen⁶ die Konkursfähigkeit aller natürlichen und juristischen Personen normiert. Trotz dieser gesetzlichen Verankerung entwickelte sich auch das deutsche Konkursrecht zu einer immer stärker kaufmännisch geprägten bzw. unter-

4 Zum Folgenden *Ahrens*, ZZZ 122 (2009), S. 133, 136 f.

5 *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 4, Konkursordnung, 1881, S. 41; *Ranieri*, in: Coing, Handbuch der Quellen, III/2, S. 2396; *Jaeger*, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. 1932, S. 11.

6 Dazu *K. Schmidt*, Gutachten D zum 54. DJT, 1982, S. 38.

nehmensbezogenen Materie.⁷ Mit dem Bedeutungsverlust des Konkurses für natürliche Personen ging seine einseitige Indienstnahme durch liberale Ordnungsvorstellungen einher. Der Konkurs wurde als Selbstreinigungsprozess der Wirtschaft⁸ bzw. als Instrument zur Ausscheidung nicht mehr funktionsfähiger Wirtschaftseinheiten verstanden.⁹ Andere Aufgabenstellungen traten dadurch in der Wahrnehmung zurück.

Einen wesentlichen Faktor für diese Entwicklung bildete die fehlende Attraktivität des Konkurses für natürliche Personen. Zu den Tragwerken der Konkursordnung gehörte das in § 164 I KO normierte unbeschränkte Nachforderungsrecht der nicht befriedigten Gläubiger, die nach Aufhebung des Konkurses ihre Forderungen weiterverfolgen konnten. Dafür stand ihnen mit dem Auszug aus der Konkurstabelle nach § 164 II KO sogar ein besonderer Vollstreckungstitel zur Verfügung. Wegen der einseitigen Belastung natürlicher Personen und der daraus für sie resultierenden Perspektivlosigkeit eines Konkurses, aber auch seinen nicht mehr zu rechtfertigenden ökonomischen und sozialen Konsequenzen, wurde das freie Nachforderungsrecht lange kritisiert.¹⁰

Mit der Verabschiedung der Insolvenzordnung setzte auch insoweit ein grundlegender Wandel ein. Durch das Institut der Restschuldbefreiung wird die früher bestehende fundamentale Ungleichbehandlung bei der nachkonkurslichen Haftung zwischen natürlichen Personen und juristischen Personen aufgebrochen. Vollständig beseitigt ist die Ungleichbehandlung jedoch noch nicht. Neben der allein für natürliche Personen vorgeschriebenen langjährigen Verfahrensdauer und den weitreichenden persönlichen Anforderungen im Restschuldbefreiungsverfahren, die mit scharfen Versagungsregeln gesichert werden, sind insbesondere die vielfältigen Nachhaftungen zu nennen. Das prominenteste Beispiel dafür stellt

7 MüKo-InsO/Ott/Vuia, 3. Aufl., § 304 Rdnr. 5; anders der Befund von *K. Schmidt*, KTS 1988, 1, 5, der das positive Konkursrecht ganz auf eine zahlungsunfähige natürliche Person zugeschnitten sah.

8 Vgl. noch heute *Vollmershausen*, Vom Konkursprozess zum Marktberreinigungsverfahren, 2007.

9 *Muthesius*, ZfgesKW 1954, 759.

10 *Menzinger*, Das freie Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger, 1982, insbes. S. 15 ff., 133 ff.; *Ackmann*, Schuldbefreiung durch Konkurs?, 1983, S. 114 ff., aber 140; *Knüllig-Dingeldey*, Nachforderungsrecht oder Schuldbefreiung, 1984, S. 57 ff., 114, 216; zuvor schon *Heilmann*, KTS 1975, 18.

§ 302 InsO dar. Vergleichbare Regeln im Unternehmensinsolvenzrecht fehlen.¹¹

Dennoch ist die jüngere deutsche Rechtsentwicklung auf eine weitere Annäherung beider Materien ausgerichtet. Bei der erwähnten letzten Novellierung des Privatinsolvenzrechts ist der besondere Abschnitt über das vereinfachte Insolvenzverfahren der §§ 312 bis 314 InsO in der Verbraucherinsolvenz gestrichen worden. Insbesondere wird nicht mehr ein Treuhänder, sondern ein Insolvenzverwalter tätig, der aus eigenem Recht anfechtungsbefugt ist. Zudem ist das Insolvenzplanverfahren auch für Verbraucherschuldner eröffnet. Damit ist das Verfahrensdesign von Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz in wichtigen Bereichen angenähert.

Soweit dagegen § 302 Nr. 1 InsO um zwei zusätzliche Privilegierungstatbestände erweitert worden ist, weist diese Änderung in die gegenteilige Richtung einer verstärkten Nachhaftung natürlicher Personen und damit einer intensivierten Ungleichbehandlung. Dennoch spricht diese Regelung nicht gegen den allgemeinen Befund der sachlichen Annäherung beider Materien. Bei der Ausweitung von § 302 Nr. 1 InsO handelt es sich um keine prinzipiengeleitete Gesetzesänderung, sondern um eine scharf kritisierte Durchsetzung fiskalischer Interessen.¹² Solche haushaltspolitischen Landnahmen existieren in vielen Bereichen des Insolvenzrechts, ohne eine systematische Gegenstruktur zu schaffen.

Wenn nun der Richtlinienvorschlag unternehmerische Schulden durch eine besonders schnelle Entschuldung privilegieren soll, steht diese Gestaltung in einer gedanklichen Linie mit der lange währenden Begünstigung der Unternehmensinsolvenz. Der Vorschlag kollidiert insoweit aber substantziell mit dem bereits in der Konkursordnung begründeten Rechtsverständnis und der seit Verabschiedung der Insolvenzordnung verstetigten Rechtsentwicklung. An die Stelle der sachgerechten Annäherung von Unternehmens- und Privatinsolvenzrecht träte dadurch eine vertiefte Spal-

11 Gottwald/Ahrens, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 76 Rn. 5; Pape, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., § 17 Rn. 3.

12 Jäger, ZVI 2012, 177, 187; Ahrens, ZVI 2012, 122, 125; Beck, ZVI 2012, 223, 231 f.; Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender, ZIP 2012, 558, 561; Hofmeister, ZVI 2014, 247, 251; s. a. Hergenröder/Homann, ZVI 2013, 91, 92; Ernst, JurBüro 2013, 401, 403; Grunicke, ZVI, 2014, 361; Pape, ZInsO 2016, 2005, 2007; Deppe, Insbüro 2015, 287; Gaul, Liber Amicorum Henckel, 2015, S. 119, 143; anders soweit ersichtlich nur Graf-Schlicker, ZVI 2014, 202, 204; Waltenberger, ZInsO 2013, 1458, 1463.

tung. Mit den deutschen insolvenzrechtlichen Modellen ist dies nicht zu vereinbaren.

2. Ein kurzes Zwischenspiel

Die mögliche Privilegierung unternehmerischen Handelns gegenüber anderen Erwerbsformen und Verschuldungsursachen natürlicher Personen stellt allerdings auch in Deutschland keine gänzlich unbekanntere rechtspolitische Überlegung dar. Mit einer kleinen Akzentverschiebung gegenüber dem Richtlinienvorschlag wurden bereits im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags vom 26.10.2009 entsprechende Zielsetzungen formuliert. In dem Vertrag hatten die Koalitionspartner vereinbart, Gründern nach einem Fehlstart eine zweite Chance zu eröffnen und dazu, wie es wenig präzise hieß, die Zeit der Restschuldbefreiung auf drei Jahre zu halbieren.¹³

Dieser Vorstoß kam einigermaßen überraschend, denn bei den vorangegangenen Diskussionen über ein reformiertes Privatin insolvenzrecht hatte eine verkürzte Verfahrensdauer keine nennenswerte Rolle gespielt. Zudem war diese Absichtserklärung auch nicht im Rahmen der justizpolitischen Überlegungen des Koalitionsvertrags formuliert. Als Instrument der Mittelstandsförderung sollte mit einem verkürzten Restschuldbefreiungsverfahren die Gründermentalität gestärkt werden. Trotz der begrifflichen Unterschiede zwischen der im Koalitionsvertrag vorgesehenen zweiten Chance für Gründer und der zweiten Chance für Unternehmer des Richtlinienvorschlags, ist der sachliche Abstand zwischen beiden Anknüpfungen nicht sonderlich groß. Letztlich geht es in beiden Fällen um eine wirtschaftspolitisch motivierte Förderung des Unternehmertums. Dabei sind die Vorstellungen der Koalitionäre im Zusammenhang mit den europäischen Entwicklungen zu sehen. Wie die Wortwahl nahelegt, wurden sie wahrscheinlich von den europäischen Entwicklungen beeinflusst.

Es erscheint naheliegend, dass die Formulierung im Koalitionsvertrag nach ihrer Stellung und dem Inhalt nicht auf den Beratungen der Rechtspolitiker, sondern denen der Wirtschaftspolitiker beruht. Dafür spricht auch die sprachlich unbeholfene, teils lediglich ungenaue, teils aber auch

13 Koalitionsvertrag, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile, S. 25.

logisch verfehlte Aussage, es werde „die Zeit der Restschuldbefreiung auf drei Jahre halbiert“. Eine Zeit zu halbieren ist denkrichtig ausgeschlossen. Gemeint gewesen sein kann nur eine Dauer oder eine Frist. Außerdem sollte nicht die Restschuldbefreiung, sondern die Zeitspanne des Restschuldbefreiungsverfahrens bzw. der Abtretungsfrist halbiert werden. Bereits äußerlich erwies sich damit die Zielvorstellung als überaus brüchig.

Die juristisch wenig reflektierte Sachaussage rief vielfältige Bedenken hervor. Umgekehrt gab es praktisch keine Unterstützung dieser Idee. Soweit ersichtlich, schwiegen selbst die Wirtschaftsverbände. Vor allem aus zwei Richtungen wurde die für Gründer vorgesehene Privilegierung kritisiert. Einerseits wurde ein drohender Verstoß gegen den grundgesetzlichen Gleichheitssatz moniert.¹⁴ Andererseits wurden ganz erhebliche rechtsdogmatische Schwierigkeiten bei der Umsetzung eines allein für Gründer verkürzten Restschuldbefreiungsverfahrens eingewendet. Diese substantiellen Vorbehalte setzten sich auch im Gesetzgebungsverfahren durch. Infolgedessen wurde eine für alle natürliche Personen und sämtliche Verschuldungsursachen einheitliche Abkürzungsmöglichkeit der Abtretungsfrist und des Verfahrens geschaffen.

Wichtige Entwicklungstendenzen und aktuelle rechtspolitische Erfahrungen sprechen damit gegen eine gespaltene Entschuldungsregel, die unternehmerische Schuldner begünstigt, aber Privatpersonen benachteiligt. Eine solche Differenzierung konterkariert die Angleichung von Unternehmens- und Privatinsolvenzrecht. Dies gilt nicht allein für die langfristigen Verläufe, sondern gerade auch für die jüngste Novellierung, mit der sich die Einheitsgestaltung verstärkt durchgesetzt hat. Warum diese einheitliche Form jetzt aufgegeben werden sollte, erschließt sich nicht ohne Weiteres.

3. Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens

Wie die Länge des Restschuldbefreiungsverfahrens sachgerecht zu bemessen ist, gehört zu den fundamentalen rechtspolitischen Entscheidungen im Rahmen eines Insolvenzrechts natürlicher Personen. Auch nach der Verabschiedung der Insolvenzordnung ist hier vieles im Fluss. In zahlreichen Einzelschritten ist die Verfahrensdauer korrigiert oder, genauer formuliert,

14 Beck, ZVI 2012, 223, 224; a. A. Baczako, ZVI 2013, 209, 213.

abgekürzt worden. Die vielfachen Änderungen der letzten zwanzig Jahre weisen nur zu deutlich auf eine unzureichende konzeptionelle Grundlage der langen Abtretungsfristen hin. Weder existieren belastbare empirische Daten über den ökonomischen Wert bzw. über höhere Befriedigungsquoten für die Gläubiger noch existiert eine überzeugende rechtssystematische Begründung für die ganz erhebliche Verfahrenslänge.

Nach der ursprünglichen, am 5.10.1994 verabschiedeten Fassung der Insolvenzordnung betrug die durch die Abtretungszeit bestimmte Dauer der Treuhandperiode sieben Jahre nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, §§ 287 II 1, 300 I InsO. Damit schloss sich an das Insolvenzverfahren ein zusätzliches siebenjähriges Verfahren an. Überraschenderweise ist diese für alle Beteiligten des Insolvenzverfahrens natürlicher Personen ganz entscheidende Zeitspanne im Gesetzentwurf nicht begründet worden.¹⁵ Ganz augenscheinlich existierten keine rationalisierbaren Argumente für die exakte Bemessung der Abtretungsfrist.

In den parlamentarischen Beratungen hat der Rechtsausschuss des deutschen Bundestags den Termin für das Inkrafttreten der Insolvenzordnung gegenüber den ursprünglichen Planungen hinausgeschoben. Um die Schuldner nicht unzumutbar lange auf eine Restschuldbefreiung warten zu lassen, wurde für die bereits vor dem 1.1.1997 zahlungsunfähigen Schuldner mit der vom Rechtsausschuss zusätzlich eingefügten Regelung des Art. 107 EGInsO a.F. die „Laufzeit der Abtretung“ von sieben auf fünf Jahre verkürzt.¹⁶ Bereits der Gesetzgeber der Insolvenzordnung hat damit einen Hinweis auf eine unzumutbare Länge des Restschuldbefreiungsverfahrens gegeben.

Da die siebenjährige Dauer der Treuhandperiode oftmals als übermäßig lang empfunden wurde,¹⁷ kam es sehr schnell zu einer weiteren gesetzgeberischen Korrektur. Im Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26.10.2001¹⁸ wurde die Abtretungszeit durch zwei Maßnahmen wesentlich verkürzt. Die Frist betrug danach sechs Jahre und begann bereits mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu laufen. Damit war ein wichtiger Schritt hin zu einer besser kalkulierbaren Verfahrensdauer getan, die dennoch sehr lang blieb. Auch wenn in der Folgezeit die Kritik an der Länge des Verfahrens nie ganz verstummte, blieb sie

15 Vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 81, 100, 189.

16 BT-Drucks. 12/7303 S. 102, 118.

17 BT-Drucks. 14/6468 S. 18.

18 BGBl. I S. 2710.

doch weithin moderat. Ursächlich dafür waren wohl die fortwährenden Angriffe gegen die Restschuldbefreiung und die Verfahrenskostenstundung, die kaum Raum für eine Umsteuerung bei der Verfahrensdauer ließen.

Nach einer mehr als zehnjährigen Pause wurde im Jahr 2013 die Abtretungsfrist erneut verändert. Wie die prominente Erwähnung des verkürzten Restschuldbefreiungsverfahrens bereits an der ersten Stelle in der Bezeichnung als „Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte“ ausweist, besitzt eine verringerte Verfahrensdauer eine herausragende Bedeutung für diese gesamte Gesetzesänderung. An ihr muss sich der Erfolg der Novelle messen lassen.

Mit der neuen Regelung des § 300 InsO ist die zuvor geltende starre sechsjährige Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens durch ein modifiziertes vierstufiges Konzept ersetzt worden. Von einer sofortigen Restschuldbefreiung bei fehlender Forderungsanmeldung, aber Kostendeckung,¹⁹ bzw. vollständiger Forderungsbefriedigung über eine dreijährige Frist bei einer Mindestbefriedigungsquote von 35 % und einer fünfjährigen Dauer allein bei Kostenberichtigung reicht die Spanne bis hin zu der in den übrigen Fällen geltenden sechsjährigen Höchstdauer, §§ 287 II, 300 I 2 InsO. Die Verfahrenslänge und damit die Zeitspanne der insolvenzrechtlichen Bindungen werden dadurch mit unterschiedlichen Erfolgsmodellen verknüpft.

Gerade die dreijährige Verfahrensdauer nach § 300 I 2 Nr. 2 InsO stellt konzeptionell und systematisch einen erheblichen Entwicklungssprung für das deutsche Insolvenzrecht dar. Sie belohnt eine Teilbefriedigung der Gläubiger in Höhe von etwas mehr als einem Drittel ihrer Verbindlichkeiten, wobei die notwendige Berichtigung der Masseverbindlichkeiten nicht vergessen werden darf, mit einer Halbierung der Verfahrensdauer für den Schuldner. Allerdings wird die praktische Bedeutung dieser Regelung derzeit eher skeptisch eingeschätzt.²⁰

19 BGH NZI 2016, 1006.

20 Hess/Groß/Reill-Ruppe/Roth, Insolvenzplan, Sanierungsgewinn, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz, 4. Aufl., Kap. 4 Rn. 244; Pape, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., § 17 Rn. 320; Pape/Grote, AnwBl 2012, 507; Kranzusch, ZInsO 2012, 2169, 2175 ff.; Beck, ZVI 2012, 223, 224; Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender, ZIP 2012, 558, 561; Kohte, VuR 2013, 321; Vallender, NZI 13/2014, V; Homann, DGVZ 2014, 137, 139.

Dennoch ist mit den differenzierten Verkürzungsmöglichkeiten und insbesondere der auf die Hälfte verringerten Verfahrensdauer eine erneute Diskussion über die angemessene Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens und deren Legitimation angestoßen worden. Diese Debatte wird mit der in Art. 107 EGIInsO vorgeschriebenen Evaluation darüber, wie erfolgreich das auf drei Jahre verkürzte Restschuldbefreiungsverfahren gemäß § 300 I 2 Nr. 2 InsO ist, weiter an Fahrt gewinnen. Gerade wenn sich, wie vielfach angenommen, die halbierte Verfahrensdauer nicht zu einer Erfolgsgeschichte entwickelt, wird über die Perspektiven und Gestaltungen einer Verfahrensverkürzung nachzudenken sein. Notwendigerweise wird diese Diskussion vor dem Hintergrund des Richtlinienvorschlags geführt werden müssen.

III. Die europäische Dimension

Um die Lissaboner Partnerschaft für Wachstum und Beschäftigung umzusetzen, verfolgt die Europäische Kommission zumindest seit 2007 eine Politik der zweiten Chance im Fall des unternehmerischen Scheiterns.²¹ Im „Small Business Act“ vom 25.6.2008 postulierte die Kommission eine Politik der zweiten Chance für insolvente Unternehmer als einen für die Planung und Durchführung politischer Maßnahmen auf der Ebene der EU und der Mitgliedstaaten maßgebenden Grundsatz.²² Die Mitgliedstaaten sollten danach sicherstellen, dass rechtschaffene insolvente Unternehmer rasch eine zweite Chance bekommen.²³ In der Folgezeit wurde die Forderung nach einer alsbaldigen zweiten Chance zu einer dreijährigen Tilgungs- und Entschuldungsfrist für Unternehmer konkretisiert.²⁴ Bei der Überprüfung des „Small Business Act“ für Europa hat die Kommission die Mitgliedstaaten aufgefordert, die Empfehlung einer höchstens dreijährigen Tilgungs- und Entschuldungsfrist bis zum Jahr 2013 umzusetzen.²⁵

In der Mitteilung der Kommission über einen neuen europäischen Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolven-

21 KOM(2007) 584 endgültig; Überblick über die Entwicklung bei Ahrens, Das neue Privatinsolvenzrecht, 2. Aufl., Rn. 118 ff.

22 KOM(2008) 394 endgültig, S. 4.

23 KOM(2008) 394 endgültig, S. 8.

24 Komm.dok. 10975/11, S. 7; COM(2012) 795 final.

25 KOM(2011) 78 endgültig, S. 20.

zen vom 12.12.2012 wurden diese Vorstellungen weiterentwickelt. Abgestellt wurde auf den redlichen Unternehmer, der die Insolvenz ohne offensichtliches Verschulden und nicht in betrügerischer Absicht oder fahrlässig herbeigeführt habe.²⁶ Ein Schlüsselement für eine zweite Chance sollte die Befreiung von den Verbindlichkeiten darstellen. Eine dreijährige Tilgungsfrist wurde in der Mitteilung als vernünftige Obergrenze für einen redlichen Unternehmer bezeichnet, die, soweit möglich, automatisch eintreten sollte.²⁷

Auf dem damit eingeschlagenen Weg ist die Kommission mit ihrer Empfehlung vom 12.3.2014 für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen weitergegangen.²⁸ In ihrer Bewertung vom 30.12.2015, wie die Empfehlung umgesetzt worden ist, bezeichnete die Kommission die Mindestquote von 35 % in Deutschland als sehr strenge Regelung. Auch wird eine Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens von fünf, sieben oder zehn Jahren als zu lang angesehen.²⁹ Den einstweiligen Schlusspunkt unter die Entwicklung setzt der Vorschlag für eine Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren vom 22.11.2016.³⁰

Gegenstand des Richtlinienvorschlags ist u.a. nach seinem Titel III die zweite Chance für Unternehmer. Wie sehr der Entwurf auf unternehmerisches Handeln fixiert ist, wird an der fortwährenden Verwendung des Begriffs des überschuldeten Unternehmers in den Art. 19 bis 23 deutlich. Insgesamt wird dieser Terminus in diesem Titel des Vorschlags elf Mal verwendet. Diese Ausrichtung mag der Rechtstradition einiger Mitgliedstaaten der EU entsprechen und auf der beschränkten Kompetenzbegründung der EU zur Herstellung einer Kapitalmarktunion beruhen.

In den Materialien wird zwar die dreijährige Entschuldungsfrist als vernünftige Obergrenze für Unternehmer bezeichnet. Es fehlt aber jede Erklärung, warum diese Zeitspanne allein für Unternehmer und nicht auch für andere natürliche Personen gelten solle. Ganz im Gegenteil scheint auch

26 COM(2012) 742 final, S. 5 f.

27 COM(2012) 742 final, S. 6.

28 COM(2014) 1500 final, ZInsO 2016, 320.

29 Evaluation of the implementation of the Commission Recommendation of 12.3.2014 - On a new approach to business failure and insolvency, S. 4.

30 COM(2016) 723 final.

die Kommission selbst nicht von dem beschränkten persönlichen Anwendungsbereich überzeugt zu sein. Anders lässt sich kaum erklären, warum die Entwurfsbegründung keinen Zweifel daran lässt, dass die Kommission eine Erstreckung der Entschuldungsregeln auf Verbraucher als sinnvoll erachtet.

Ausdrücklich werden die Mitgliedstaaten von der Kommission aufgefordert, die Entschuldungsgrundsätze auf Verbraucher auszudehnen.³¹ Im Erwägungsgrund 15 wird eine Regelung über eine zweite Chance für Unternehmer als wenig wirksam angesehen, wenn unterschiedliche Zugangsvoraussetzungen und Entschuldungsfristen für geschäftliche und private Schulden bestünden. Deswegen sollen die Mitgliedstaaten die Möglichkeit erhalten, die Entschuldungsbestimmungen auf Verbraucher anzuwenden. Nach Art. 1 III des Richtlinienvorschlags können daher verschuldete natürliche Personen, ohne Unternehmer zu sein, in das Entschuldungsverfahren einbezogen werden. Zugleich kündigt die Kommission an, überwachen zu wollen, wie die Bestimmungen des Vorschlags zur zweiten Chance für Verbraucher umgesetzt werden.³² Eine einheitliche Umsetzung des künftigen Entschuldungsregimes entspricht damit den Wünschen der Kommission und dient zugleich einer besseren europäischen Integration.

IV. Verfassungsrechtliche Schranken

Bei einer gespaltenen Lösung, welche die Dauer des Entschuldungsverfahrens entweder nach der Stellung des Schuldners im Erwerbsleben oder nach der Herkunft der Schulden unterscheidet, scheint sich ein möglicher Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG geradezu aufzudrängen. Auch aus verfassungsrechtlichen Bedenken ist im Entwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte eine Halbierung der Verfahrensdauer allein für Gründer abgelehnt worden.³³ An diesem Befund hat sich nichts geändert.

Dennoch liegt das Ergebnis nicht ohne Weiteres auf der Hand. Für die Prüfung sind die beiden möglichen Gestaltungen klar zu trennen. Wenn auf die Position des Schuldners im Erwerbsleben abgestellt wird, unterlie-

31 COM(2016) 723 final, S. 16, 19.

32 COM(2016) 723 final, S. 16.

33 BT-Drucks. 17/11268 S. 13.

gen auch die privaten Verbindlichkeiten eines Unternehmers der verkürzten Abtretungsfrist, während für die privaten Schulden aller anderen natürlichen Personen weiterhin die bisherige Regelung mit der sechsjährigen Regelfrist gilt. Da eine solche Gestaltung schärfere Gleichbehandlungsfragen aufwirft, soll sie hier zunächst untersucht werden. Anschließend ist eine mögliche Unterscheidung allein nach der Art der Schulden zu erörtern.

Das Gleichheitsgebot ist nach der Rechtsprechung des BVerfG verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.³⁴ Differenzierungen müssen stets durch Sachgründe gerechtfertigt werden, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Differenzierung angemessen sind.³⁵ Dabei unterliegt der Gesetzgeber bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen einer strengeren Bindung. Sie gilt auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt.³⁶

Sollte nicht nur für die unternehmerisch, sondern auch die privat begründeten Verbindlichkeiten überschuldeter Unternehmer eine dreijährige Entschuldungsfrist umgesetzt werden, während es für die Schulden anderer natürlicher Personen bei der sechsjährigen Regelfrist bleibt, droht ganz unmittelbar ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Die Schuldbefreiung von Unternehmern und Verbrauchern für private Verbindlichkeiten betrifft den gleichen rechtlichen Ordnungsbereich und übereinstimmende systematische Zusammenhänge.³⁷ Obwohl mit den jeweils privat begründeten Verbindlichkeiten gleichartige Sachverhalte betroffen wären, würden durch eine solche Gestaltung vergleichbare Personengruppen ungleich behandelt.

Um eine derartige personengebundene Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, müssten erhöhte Anforderungen erfüllt werden.³⁸ Wie dies geschehen könnte, ist nicht zu erkennen. Bei beiden Schuldnergruppen resultieren die Verbindlichkeiten aus einer Ausübung der grundrechtlich ge-

34 BVerfG NJW 1981, 271 f.; 1993, 1517; 2003, 2079, 2080; NVwZ 2011, 1316.

35 BVerfG NVwZ 2011, 1316 Rn. 77.

36 BVerfG NJW 1993, 1517.

37 Vgl. BVerfG NJW 2013, 1418 Rn. 63.

38 *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 14. Aufl., Art. 3 Rn. 20.

schützten Handlungsfreiheit, sie sind also prinzipiell gleichwertig. Wenn der unternehmerisch agierende Schuldner dennoch privilegiert werden soll, dann deswegen, weil eine zweite Chance für Unternehmer wenig effektiv wäre, falls der Unternehmer getrennte Verfahren mit unterschiedlichen Zugangsvoraussetzungen und Entschuldungsfristen durchlaufen müsste, um sich von seinen geschäftlichen und privaten Schulden zu befreien.³⁹ In der Konsequenz bildet damit die Befreiung von den privaten Schulden lediglich das Mittel zum Zweck der Unternehmensentlastung. Eine solche mittelbare Rechtfertigung, die nicht auf eigenständigen Sachgründen beruht, genügt jedoch nicht, um die verlangten höheren Legitimationsmaßstäbe zu erfüllen.

Gegen eine Befreiung allein von den unternehmensbezogenen Schulden sprechen sicherlich die im Richtlinienvorschlag angeführten praktischen Gründe.⁴⁰ Verfassungsrechtlich erscheint eine solche Differenzierung auf den ersten Blick weniger bedenklich, denn hier wird die Differenzierung an unterschiedliche Entstehungsfaktoren und damit verschiedene Sachverhalte angeknüpft. Eine Begünstigung unternehmerisch veranlasster Verbindlichkeiten existiert etwa auch nach den §§ 513, 655e II BGB für Existenzgründer. Die von ihnen eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten etc., um eine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit aufzunehmen, werden manchen Verbraucherschützenden Regelungen unterstellt. Darin erweist sich bereits der sachlich anders gelagerte Rechtfertigungsgrund, denn es geht hier darum, Existenzgründer ebenso günstig zu stellen wie Verbraucher, nicht aber sie besser zu behandeln.

Auch sonst verhält sich die Situation nicht gar so einfach. Unternehmerisch veranlasste Verbindlichkeiten sind doppelt angeknüpft, an die Aufrechterhaltung der selbständigen Tätigkeit, aber eben auch an die Sicherung der Erwerbstätigkeit und damit der Lebensgrundlage. Letzteres kann jedoch ebenso auf die Verbindlichkeiten nicht selbständig erwerbstätiger Schuldner zutreffen. Zu denken ist an den kreditfinanzierten Erwerb eines für den Arbeitsweg notwendigen Pkw. Es ist nicht zu rechtfertigen, warum derartige Schulden bei einem Unternehmer, nicht aber einer anderen natürlichen Person begünstigt sein sollen. Entsprechendes gilt für die Anschaffung anderer Arbeitsmittel. Deswegen liegt auch über einer Differen-

39 COM(2016) 723 final, Erwägungsgrund 15.

40 S.a. COM(2016) 723 final, S. 16.

zierung nach der Herkunft der Schulden das Odium der Verfassungswidrigkeit.

Durch den unterschiedlich intensiven Eingriff in die von Art. 14 I GG geschützten Gläubigerrechte werden die verfassungsrechtlichen Bedenken noch intensiviert. Warum es für den Gläubiger einen erheblichen Unterschied bedeuten soll, ob die Schulden geschäftlich oder privat veranlasst sind, ist nicht ersichtlich. Zudem bleibt vielfach unbeantwortet, wie der Gläubiger die Entstehungsgründe erkennen kann und wie er sich zur Risikosteuerung darauf einstellen soll.

V. Insolvenzrechtliche Systematik

Verfassungsrechtlich erscheint eine differenzierende Behandlung von unternehmerischen und privaten Schulden als sehr bedenklich, aber doch nicht ganz so offensichtlich grundrechtswidrig, wie eine Unterscheidung allein nach der Stellung der Person als Unternehmer oder Privatperson. Im Verhältnis zum insolvenzrechtlichen System gilt der umgekehrte Befund. Eine Begünstigung unternehmerischen Handelns erscheint konzeptionell einfacher zu realisieren als eine Unterscheidung nach Art der Schulden. Eine verkürzte Entschuldungsfrist allein für geschäftlich veranlasste Schulden führt zu praktisch unüberwindbaren Schwierigkeiten.

Zu bestimmen wäre zunächst, ob ein einheitliches Insolvenzverfahren oder ob zwei getrennte Verfahren mit je gesonderten Massen durchgeführt werden sollen. Eine Aufgliederung in zwei Verfahren widerspräche der Universalität des Insolvenzverfahrens mit seiner prinzipiellen Einheitlichkeit der vermögensrechtlichen Verantwortung und der Zugriffsmöglichkeit auf ein Vermögen. Im Grundsatz ist dem Insolvenzrecht eine Unterscheidung nach der Art der Schulden fremd. Diesem Befund widersprechen weder Sonderinsolvenzverfahren noch die von der Restschuldbefreiung ausgenommenen Verbindlichkeiten nach § 302 InsO. Sonderinsolvenzverfahren setzen spezielle Vermögensmassen voraus, die hier gerade nicht problemlos bestimmt werden können. Zudem erhielten diese bislang relativ seltenen Fälle ein ganz neues Gewicht und würden die Praxis erheblich belasten. Außerdem werden privilegierte Verbindlichkeiten im Insolvenzverfahren unterschiedslos behandelt und allein von der Restschuldbefreiung ausgenommen, während die geplante Sonderregelung für unternehmerische Schulden das gesamte Insolvenzverfahren erfasst.

Zusätzliche Schwierigkeiten bestehen bereits bei der Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs. Soweit allein an eine selbständige Tätigkeit angeknüpft wird, ist zwar ein klarer Referenzpunkt genannt. Dann wird der Schuldner freilich bei jeder noch so geringfügigen Selbständigkeit begünstigt, etwa als Versicherungsvertreter oder Nebenerwerbslandwirt. Offen ist auch, ob eine Fortführungsperspektive bestehen muss oder eine allein im Zeitpunkt des Eröffnungsantrags ausgeübte Selbständigkeit genügt, doch wäre in den letztgenannten Fällen zu entscheiden, wie sich Abwicklungstätigkeiten auswirken. Geklärt werden müsste auch, wie frühere geschäftliche Verbindlichkeiten zu behandeln sind, wenn der Schuldner die unternehmerische Tätigkeit inzwischen aufgegeben hat. Das Modell des § 304 I 2 InsO überweist bei Verbindlichkeiten aus Arbeitsverhältnissen das Verfahren stets in die Regelinsolvenz. Soll dies auch für die Entschuldungsfrist gelten?

Bei der Forderungsanmeldung müsste die Qualifikation der Forderung aus unternehmerischer Tätigkeit bestimmt werden. Soll dazu der anmeldende Gläubiger die Qualifizierung aus privaten Schulden oder umgekehrt der Schuldner den Einwand einer geschäftlichen Veranlassung zu nennen haben) Wie auch immer, es dürfte hier ein in wichtigen Aspekten verändertes Modell erforderlich sein, um den vielfältigen Kollisionspunkten Rechnung tragen zu können. Bereits jetzt erwartbar sind dann explosionsartig ansteigende Zahlen der Feststellungsprozesse über die Forderungsqualifikation. Zu entscheiden ist auch, wer die Feststellungslast mit den beweisrechtlichen Konsequenzen trägt.

Wie schwierig eine solche Abgrenzung nach Herkunft der Schulden ist, zeigt sich etwa bei dem Prozesskostenvorschuss nach § 1360a IV BGB. Der BGH weist bei der Voraussetzung einer persönlichen Angelegenheit auf die Bestimmungsschwierigkeiten hin, die dazu geführt hätten, dass bislang keine allgemein anerkannte Definition existiere.⁴¹ Vergleichbare Probleme dürften bei der Festlegung einer unternehmerisch veranlassten Verbindlichkeit existieren. Zu denken ist etwa an die Fälle des dual use, etwa bei einem Pkw oder bei Telekommunikationseinrichtungen. Steuerrechtliche Kategorien helfen hier nicht weiter. Zudem liegen zahlreiche Folgefragen nahe, etwa ob sich die Gläubiger wirksam den privaten Charakter der Verbindlichkeiten zusichern lassen können, um die längere Entschuldungsfrist zu erreichen.

41 BGH NJW 2010, 372 Rn. 5.

Wenn in einem einheitlichen Insolvenzverfahren nach der Art der Schulden zu differenzieren ist, müsste für einen Teil der Schulden nach drei Jahren und für den anderen Teil nach der sechsjährigen Regelfrist die Restschuldbefreiung erteilt werden. Abgesehen von der nur schwer verständlichen Aufspaltung der Restschuldbefreiung setzen dann, etwas leichthändig formuliert, die Schwierigkeiten erst richtig ein. Soll in diesem Fall die Zahlungsobliegenheit bei selbständiger Tätigkeit aus § 295 II InsO fortbestehen, obwohl doch gerade nicht mehr die geschäftlich veranlassten Schulden erfüllt werden müssen? Ist bei einer Obliegenheitsverletzung des Schuldners auf die §§ 295, 296 InsO oder auf § 303 InsO abzustellen? Wie sind die gestundeten Kosten zu behandeln, wenn der Schuldner doch schon partiell Restschuldbefreiung erhalten hat? Wann liegt ein asymmetrisches Verfahren vor und wie ist § 300a InsO anzuwenden? Wie sind die Fristen für einen erneuten Restschuldbefreiungsantrag oder auch nur die Löschung aus den Registern zu bestimmen? Bereits diese wenigen Hinweise belegen, zu welch tiefen Eingriffen in das System eine nach der geschäftlichen oder privaten Veranlassung unterschiedliche Entschuldungsfrist führen müsste. Sachgerecht ist das nicht.

Aber auch die Unterscheidung danach, ob der Schuldner als Unternehmer selbständig erwerbstätig ist oder nicht, eröffnet keine sachgerechte Alternative. In diesem Fall könnte sich der Schuldner durch Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit problemlos der sechsjährigen Regeldauer des Restschuldbefreiungsverfahrens entziehen. Einen Anreiz für eine derart einfach zu erreichende Umgehungsmöglichkeit darf der Gesetzgeber nicht schaffen.

VI. Konsequenzen

Sämtliche Untersuchungsergebnisse sprechen dafür, eine verkürzte Entschuldungsfrist ohne sachliche oder persönliche Differenzierung einheitlich auf alle natürlichen Personen anzuwenden. Nur so kann eine vertiefte Ungleichbehandlung zwischen Unternehmer- und Privatinsolvenzen verhindert und den Forderungen der Kommission nach einer Einbeziehung auch der sonstigen natürlichen Personen in den Geltungsbereich der kurzen Entschuldungsfrist Rechnung getragen werden.

Verfassungsrechtlich wie verfahrenspraktisch erweisen sich sowohl eine nach der Stellung des Schuldners als auch eine nach der Art der Schulden differenzierende Entschuldungsregel als problematisch. Grund-

rechtlich ist vor allem eine allein von der unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners abhängige Verkürzung nicht zu rechtfertigen. Insolvenzrechtlich dürfte dagegen eine an die Entstehungsgründe der Schulden anknüpfende Konzeption nicht realistisch umsetzbar sein. Letztlich sind damit beide Gestaltungsoptionen blockiert.

Immer noch besitzen die Feststellungen im Entwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte uneingeschränkt Gültigkeit.⁴² Demzufolge besteht das Bedürfnis nach einem schnellen Neustart gleichermaßen für alle natürlichen Personen. Eine Beschränkung der kurzen Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens auf einzelne Personengruppen kommt danach nicht in Betracht. Als gesetzgeberischer Auftrag ist diese Begründung nach wie vor aktuell.

42 BT-Drucks. 17/11268 S. 13.

Plädoyer für ein Berufsrecht der Insolvenzverwalter – der Professionalität geschuldet, zur Qualitätssicherung erforderlich –

Siegfried Beck

Einleitung

Nach den Verlautbarungen der Weltbank¹ liegt Deutschland im internationalen Vergleich auf dem 3. Rang der weltbesten Insolvenzrechtsordnungen; in Europa liegt Deutschland auf Rang 2. Dies ist auch dem Wirken des Bundesjustizministeriums und ganz konkret dem Wirken des langjährigen Leiters des Insolvenzreferates, dem Jubilar Dr. Klaus Wimmer, zu verdanken.

Können wir uns angesichts dieses hervorragenden Befundes also beruhigt zurücklehnen nach dem Motto: „Alles bestens?“ Es funktioniert ja im Großen und Ganzen - aber eben nur im Großen und Ganzen. Warum kommt es dann zu - häufig wenig beachteten - und gelegentlich spektakulären² und in der Öffentlichkeit diskutierten³ Fehlverhalten von Insolvenzverwaltern.

Ist etwa doch nicht alles auf das Beste bestellt? Wo gibt es immer noch Schwachstellen und wie können sie ausgemerzt werden? Könnte eine Schwachstelle darin bestehen, dass das deutsche Insolvenzrecht immer noch kein Berufsrecht für Insolvenzverwalter⁴ kennt, dass also jedermann zum Insolvenzverwalter ernannt werden kann, der nach der Überzeugung des bestellenden Richters für den Einzelfall geeignet ist, ohne dass diese Überzeugung auf einem gesetzlich geregelten Ausbildungsgang und einem förmlichen Nachweis des Erwerbes der geforderten Kenntnisse beruht.

1 „Doing Business Resolving Insolvency“, veröffentlicht am 27.10.2015, abrufbar unter: www.doingbusiness.org/reports/doing-business-2016.

2 LG Hannover, Beschluss vom 13.03.2009 – 20 T 142/08, abrufbar unter juris.

3 Frankfurter Rundschau v. 15.11.2012.

4 Das Gesetz (vgl. §§ 56 bis 66 InsO) verwendet den Terminus „der Insolvenzverwalter“. Es benützt damit das „grammatische Geschlecht (Genus), das mit dem natürlichen Geschlecht (Sexus) nicht zu verwechseln ist; vgl. Walter, Kleine Stilkunde für Juristen, 3. Auflage 2017, S. 231 ff.