

Herausgeber:

Hans-Peter Kirchhof, Richter am BGH a.D., Karlsruhe; Dr. Gerhart Kreft, Vors. Richter am BGH a.D., Karlsruhe; Ernst-Dieter Berscheid, Vors. Richter am LAG, Hamm; Dr. Gerhard Pape, Richter am OLG, Celle; Professor Dr. Heribert Hirte, LL. M. (Berkeley), Hamburg; Professor Dr. Michael Huber, Präsident des LG, Passau; Professor Dr. Wolfgang Marotzke, Tübingen; Professor Udo Hintzen, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Manfred Obermüller, Frankfurt/M.; Rechtsanwalt Wolfgang Wutzke, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Bremen; Rechtsanwalt Dr. Karsten Förster, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Oldenburg.

Herausgeberbeirat:

Michael Bretz, Creditreform, Neuss; Frank Frind, Richter am AG, Hamburg; Karlhans Fuchs, Richter am AG, Köln; Professor Dr. Hugo Grote, Köln; Michael Hermanns, WP/StB, Wuppertal; Godehard Kayser, Richter am BGH, Karlsruhe; Dr. Karl Heinz Maus, Dipl.-Kfm./WP/StB, Frechen; Dr. Dietmar Onusseit, Vors. Richter am OLG, Dresden; Bernd Raebel, Richter am BGH, Karlsruhe; Mario Thurner, Center of Legal Competence (CLC); Gerhard Vill, Richter am BGH, Karlsruhe; Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert.

Schriftleiter: Professor Dr. iur. Hans Haarmeyer, Bonn; FH-Koblenz, RheinAhrCampus Remagen.

8. Jahrgang

Dezember

Heft 24/2005

Seite I

Inhaltsverzeichnis

ZInsO-Kompakt

ZInsO-Beihefter: Insolvenzreport 24/2005

ZInsO-Aufsätze

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters	1289
von Rechtsanwalt/vereidigter Buchprüfer Dr. jur. Norbert Hill, Stuttgart	
Treuhandkonto – geeignete Umgehung der „Einzelermächtigung“?	1296
von Richter am Insolvenzgericht Frank Frind, Hamburg	
Kriterien der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung	1304
von Dipl.-Betriebsw. Dr. Michael Harz/Dipl.-Betriebsw. Uwe Baumgartner und Dipl.-Betriebsw. Günther Conrad, Saarbrücken	

ZInsO-Praxis

Die Vermeidung von Räumungskosten als Masseverbindlichkeit durch Freigabe der in die gemieteten Räume eingebrachten Gegenstände	1311
von Rechtsanwalt Dr. iur. Andreas Henkel, Köln	
Besonderheiten bei der insolventen GmbH & Co. KG	1314
von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuer- und Insolvenzrecht/StB Jens M. Schmittmann, Essen	
Nichteinbehalten, -anmelden und -abführen von Lohnsteuer als vorsätzlich begangene, unerlaubte Handlung i.S.d. § 302 Nr. 1 InsO	1316
von Regierungsassessor Simon Vesper, Ulm	

ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

In dieser Rubrik geben wir eine Übersicht über die wichtigsten und interessantesten Veröffentlichungen aus dem Bereich des Insolvenzrechts

Diese Ausgabe enthält u.a. Rezensionen zu folgenden Titeln:

Friedrich Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerk; Wolfgang Zöllner/Ulrich Noack; Kölner Kommentar zum AktG – Band 6: §§ 15 – 22, §§ 291 – 328 AktG; Stefan Smid, Zur „Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ und anderer Fragen der gegenwärtigen Gesetzgebung

ZInsO-Aufsätze

Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters

von Rechtsanwalt/vereidigter Buchprüfer Dr. jur. Norbert Hill, Stuttgart

1. Begriff der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters

1. Bestimmung des § 56 Abs. 1 InsO

Im Gegensatz zur KO verlangt die seit 1999 in Geltung befindliche InsO in § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO u.a. nunmehr ausdrücklich eine „von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Person“ als Insolvenzverwalter. Der Zweck des § 56 Abs. 1 InsO ist die Garantie einer sachgemäßen Rechtsverfolgung und des Vertrauens in die Amtsführung des Insolvenzverwalters mittels des an den Insolvenzverwalter gerichteten Unabhängigkeitsgebotes in derselben Art und Weise, wie dies vergleichbare Unabhängigkeitsvorschriften für andere Amtswalter anstreben.¹

Die Festlegung des Unabhängigkeitserfordernisses in § 56 InsO stellt jedoch keine Neuerung dar, sondern hat nur die unter der KO gewachsenen und in der GesO bereits normierten Anforderungen (§ 5 Satz 2 Nr. 2 GesO verlangte hinsichtlich des Verwalters bereits eine vom Schuldner und den Gläubigern unabhängige Person) festgeschrieben.² Die Unabhängigkeit des Verwalters ist eines der zentralen Kriterien seiner Tätigkeit; sie hat als Eignungsvoraussetzung bei der Auswahl des Insolvenzverwalters an erster Stelle zu stehen.³

Seine wesentliche Bedeutung hat der Begriff der Unabhängigkeit in der grundgesetzlichen Gewährleistung des Art. 97 GG, der die sog. sachliche Unabhängigkeit des Richters als Freiheit vor Einflussnahme auf seine Rechtsprechungstätigkeit schützt; damit ist der verfassungsrechtliche Unabhängigkeitsbegriff primär abwehrrechtlich geprägt, ohne richterliche Pflichten zu begründen.⁴

§ 56 InsO dagegen richtet sich an das Insolvenzgericht als das den Insolvenzverwalter bestellende Organ und will eine sachgerechte und unparteiische Aufgabenerfüllung durch den Insolvenzverwalter als „Amtsträger“ gewährleisten.⁵ Jedoch sind bei der Tätigkeit des Insolvenzverwalters andererseits auch Grundrechte berührt; bei der Verfahrensabwicklung ist Art. 3 GG zu berücksichtigen; bei der Durchsetzung und Verwertung des Schuldnervermögens ist Art. 14 GG betroffen; bei der Verfahrensabwicklung ist sowohl dem Rechtsstaatsprinzip als auch dem Sozialstaatsprinzip Rechnung zu tragen.⁶

Demnach kann der Begriff der richterlichen Unabhängigkeit nicht ohne Modifikationen auf die Auslegung des § 56 InsO übertragen werden. Die Unabhängigkeit des Richters bedeutet, dass diesem im konkreten Fall keine Weisungen erteilt werden dürfen und er finanziell hinreichend ausgestattet und unversetzbar sein muss, sodass er sein Richteramt unabhängig ausüben kann; dies dient vor allem der Sicherung des Grundsatzes der Gewaltenteilung.⁷ § 56 InsO ist dagegen eine besondere Sicherung gegenüber ungeeigneten Personen als Insolvenzverwalter; es soll die Erreichung der Ziele des Insolvenzverwalters gesichert werden, insbesondere die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger i.S.d. § 1 Satz 1 InsO.⁸

Im Einzelfall bedeutet dies, dass die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters jedenfalls durch jede Art der direkten oder indirekten Selbstbeteiligung des Insolvenzverwalters ausgeschlossen wird; im Hinblick auf das Integritätsinteresse und die sachgerechte Durchführung der Insolvenzverwaltung sowie auf das Vertrauen in die Rechtspflege müssen indes auch solche Bindungen einen Ausschluss der Unabhängigkeit zur Folge haben, die eine bereits eingetretene oder drohende Interessenkollision für den Verwalter befürchten lassen.⁹

2. Entscheidung des BGH v. 24. 1. 1991

Einen Markstein der richterlichen Rechtsfortbildung hinsichtlich der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters stellt das Ur. des BGH v. 24.1.1991 dar.¹⁰ Das höchste deutsche Zivilgericht hatte einen Fall zu beurteilen, in dem der Konkursverwalter den Betrieb des Schuldners fortgeführt und dabei Mitarbeiter eingesetzt hatte, die ihm eine Drittfirma entgeltlich gestellt hatte. Hierbei war der Insolvenzverwalter anfänglich noch Alleingesellschafter besagter Drittfirma gewesen, hatte jedoch später seine Anteile treuhänderisch auf den Geschäftsführer übertragen.

Der BGH nahm in diesem Fall eine Pflicht des Insolvenzverwalters zur Selbstanzeige an und erklärte die Ausschließungs- und Befangenheitsgründe der ZPO expressis verbis für auf den Konkursverwalter entsprechend anwendbar; er führt aus, eine so weitgehende Beteiligung begründe die Besorgnis, dass der hier ausdrücklich als „Amtsträger“ bezeichnete Konkursverwalter sich in seiner Entscheidung beeinflussen lassen könne.¹¹ Insbesondere liege aus der Sicht jedes unvoreingenommenen, sachlich abwägenden Konkursbeteiligten die Befürchtung nicht fern, dass der Konkursverwalter sein Amt nicht ausschließlich dem Konkurszweck entsprechend führen werde, sondern sich auch vom Gesichtspunkt leiten lassen könnte, der Drittfirma auf möglichst lange Dauer zu lohnenden Einnahmen zu verhelfen.¹²

3. Analoge Anwendung der §§ 41 f. ZPO

Nach § 42 Abs. 2 ZPO findet die Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Die Sachverhaltsvariante, dass ein Richter Geschäftsbeziehungen zu Verfahrensbeteiligten unterhält oder unterhalten hat, wird in § 42 ZPO nicht genannt.¹³ Bei Übertragung dieser Grundsätze auf die Insolvenzverwaltung bedeutet dies, dass ein normaler geschäftlicher Kontakt mithin nicht genügt, um die Besorgnis der Befangenheit zu begründen; vielmehr müssen die Geschäftskontakte des Insolvenzverwalters von besonderer Art sein. Wendet man die Rechtsprechung zur Befangenheit des Richters auf den Verwalter an, so besteht die Besorgnis der Befangenheit erst dann, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Insolvenzverwalters zu zweifeln.¹⁴ Lüke allerdings ist der Auffassung, die Befangenheitsvorschriften der ZPO könnten nicht analog he-

1 Schumann, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters – Sicherung der Integrität des Insolvenzverfahrens, FS Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag (herausgegeben von Rolf A. Schütze), S. 1043, 1047.

2 Vgl. Graeber, NZI 2002, 345, 346.

3 So auch Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Kap. 5, Rn. 3.

4 Riggert, NZI 2002, 352.

5 Riggert, NZI 2002, 352, 353.

6 Prütting, ZIP 2002, 1965, 1966.

7 Lüke, ZIP 2003, 557, 558.

8 Lüke, ZIP 2003, 557, 558 f.

9 Prütting, ZIP 2002, 1965, 1970.

10 Ur. v. 24.1.1991 – IX ZR 250/89, BGHZ 113, 262 ff. = NJW 1991, 982 ff.

11 BGHZ 113, 262, 276 ff.

12 BGHZ 113, 262, 278.

13 Hierauf weist bereits Riggert, NZI 2002, 352, hin.

14 So für den Richter z.B. BVerfGE 92, 138, 13; BGHZ 77, 70, 72; 156, 269, 270; Zöller, ZPO, 25. Aufl., § 42 Rn. 9 m.w.N.; für den Rechtspfleger BGH, NJW-RR 2003, 1220, 1221.

rangezogen werden, da das Amt des Insolvenzverwalters nicht dem des Richters gleichgesetzt werden könne.¹⁵ Er begründet seine Auffassung jedoch nicht, sondern nimmt Bezug auf eine Entscheidung des LG Frankfurt aus dem Jahre 1989, nach der eine Ablehnung des Verwalters durch den Gemeinschuldner daran scheiterte, dass das geltende Recht eine Ablehnung wegen Befangenheit nicht kenne.¹⁶

Vom Verwalter werde gerade keine Unparteilichkeit verlangt; vielmehr sei es sogar seine Aufgabe, die Interessen der Gläubiger u.U. auch gegen die Interessen des Gemeinschuldners wahrzunehmen.¹⁷ Zumindest für die Praxis dürfte diese Rechtsauffassung durch das Ur. des BGH v. 24.1.1991 überholt sein, zumal dieser die Befangenheitsvorschriften der §§ 41 f. ZPO ohne Begründung und mit großer Selbstverständlichkeit heranzieht. Zu der Entscheidung des LG Frankfurt ist nur anzumerken, dass der Verwalter sich weder als Vertreter der Gläubiger noch des Gemeinschuldners versteht, sondern als Amtswalter zu handeln hat, der die berechtigten Interessen aller am Verfahren Beteiligten nach streng objektiven Aspekten zu wahren und abzuwägen hat. Daher erweist sich die landgerichtliche Argumentation als bereits im Ansatz verfehlt.

4. Entsprechende Anwendung des § 45 BRAO

§ 45 BRAO normiert für den Rechtsanwalt bestimmte Tätigkeitsverbote. Diese gelten zwar ausdrücklich nur für den Anwalt, sind aber auch bei der Bestellung eines Insolvenzverwalters zu beachten; kein Insolvenzverwalter darf bestellt werden, bei dem eine Interessenkollision i.S.d. § 45 BRAO droht.¹⁸

5. Verhaltenskodex des Arbeitskreises der Insolvenzverwalter Deutschlands (AID)

Am 16.11.2001 hat der „Arbeitskreis der Insolvenzverwalter Deutschland e.V.“ (AID) einen Verhaltenskodex¹⁹ beschlossen, der die Verhaltensrichtlinien²⁰ weiterentwickelt hat, die vom „Arbeitskreis für Insolvenzrecht“ im DAV im Herbst 1991 beschlossen worden waren. Der heutige AID ist zwar mit dem damaligen Arbeitskreis des DAV nicht identisch, hat jedoch dessen Kernbegriffe, vor allem „Unabhängigkeit, Objektivität, Geschäftskunde, Leistungsbereitschaft“, übernommen.

Nach Nr. 1.2 Abs. 1 der Richtlinien steht der Insolvenzverwalter zu keinem Beteiligten in Beziehungen, die dieser Unabhängigkeit zuwiderlaufen bzw. zuwiderlaufen könnten; er hat vor Annahme seines Amtes oder unverzüglich nach Kenntniserlangung unter Berücksichtigung der anwaltschaftlichen Schweigepflicht gegenüber Gericht, Gläubigerversammlung und ggf. Gläubigerausschuss auf Umstände hinzuweisen, die mit solchen Beziehungen in Verbindung stehen könnten.

Das AG Hamburg hatte wenige Tage nach dem Beschluss der Verhaltensrichtlinien einen Fall zu entscheiden, in dem ein zum vorläufigen Insolvenzverwalter berufener Rechtsanwalt, der dem Arbeitskreis angehörte, sich auf die Verhaltensrichtlinien bezog und dem Gericht entsprechende Mitteilungen machte.²¹ In diesem Fall hatte ein mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter assoziierter Anwalt regelmäßig die Hauptgläubigerin der Schuldnerin, eine Sparkasse, vertreten. Das Gericht berief unter entsprechender Anwendung des § 42 ZPO den dem Arbeitskreis angehörenden Rechtsanwalt ab und bestellte einen neuen vorläufigen Insolvenzverwalter.

Das AG Hamburg formuliert:

„Die Frage, ob eine Beziehung des Insolvenzverwalters zur Hauptgläubigerin des Insolvenzverfahrens die Bestellung ausschließt, kann nicht pauschal beantwortet werden. Vielmehr handelt es sich um eine einzelfallbezogene Ermessensentscheidung des Gerichts, bei der sich jede schematische Betrachtungsweise verbietet. Damit das Gericht sein Ermessen überhaupt ausüben kann, sind sämtliche Umstände anzuzeigen, die aus Sicht eines Beteiligten, namentlich

des Schuldners, der Unabhängigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters entgegenstehen können. Hierzu zählt auch ein ständiges Mandatsverhältnis eines mit dem Insolvenzverwalter assoziierten Rechtsanwaltes zur Hauptgläubigerin des Insolvenzverfahrens. Nr. 1.2 des genannten Kodex entfaltet vor diesem Hintergrund eine mittelbare Wirkung gegenüber dem Gericht.²² Angesichts der besonderen Verantwortung des Insolvenzverwalters und des von ihm ausgeübten öffentlichen Amtes spricht sogar vieles dafür, dass einem Insolvenzverwalter, der Nr. 1.2 der Richtlinien nicht zu beachten bereit ist, regelmäßig die Eignung i.S.d. § 56 InsO fehlen dürfte.“²³

Die Formulierung, der Kodex entfalte eine mittelbare Wirkung gegenüber dem Gericht, kann so verstanden werden, als ob ihm eine gewisse normative Kraft zukomme, die auch das Gericht binde. Dies allerdings wäre verfehlt, da ein privater, nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteter Arbeitskreis keine Rechtssetzungsbefugnis besitzt.²⁴ Jedoch ist es selbstverständlich möglich und sinnvoll, ja sogar vielleicht geboten, den Kodex als einen Erfahrungsschatz gestandener Insolvenzverwalter bei der Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit i.S.d. § 56 InsO mit heranzuziehen.

6. Sonderinsolvenzverwalter

Sollten dennoch während der Tätigkeit des Insolvenzverwalters vorher nicht vorhergesehene Interessenkollisionen auftreten, so kann hinsichtlich dieser Bereiche ein Sonderinsolvenzverwalter bestellt werden.²⁵ Dass diese Möglichkeit existiert, heißt indes nicht, dass das Insolvenzgericht einen Verwalter zu bestellen hat, bei dem bereits vor seiner Bestellung Interessenkollisionen erkennbar sind, um in den Kollisionsfällen dann jedesmal einen Sonderinsolvenzverwalter bestellen zu müssen; vielmehr muss das Gericht bereits bei der Auswahl dafür sorgen, dass zumindest bei der Bestellung noch keine Interessenkollisionen absehbar sind.²⁶

II. Gefahren für die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters

1. Probleme bei der sog. Poolverwaltung

Bei der Poolverwaltung geht der Poolverwalter dergestalt vor, dass er sich selbst an die Lieferanten mit dem Angebot auf Abschluss eines Poolvertrages wendet. Die Poolverwaltung zielt auf die Bündelung der Interessen vieler Gläubiger, sodass Hindernisse infolge einer großen Zahl verschiedener Gläubiger unter Vermeidung zahlreicher Rechtsstreite aus dem Weg geräumt werden. Die Insolvenzverwalter weisen die Insolvenzgerichte indes lediglich selten auf ihre Tätigkeit hin.²⁷

Dennoch ist mit *Graeber* anzunehmen, dass insbesondere Großbanken und Kreditversicherer den Poolverwalter beauftragen.²⁸ Gerade von den Kreditversicherern wird eine solche Verwertungsgemeinschaft häufig befürwortet und den kreditversicherten Lieferanten sogar die Teilnahme an ihr empfohlen, da eine erfolgreiche Sicher-

15 *Lüke*, in: Kübler/Prütting, InsO, § 56 Rn. 10.

16 LG Frankfurt, Beschl. v. 15.6.1989 – 2/9 T 612/89, Rpfleger 1989, 474; zust. *Kuhn/Uhlenbruck*, Konkursordnung, 11. Aufl., § 84 Rn. 3; dagegen geht *Uhlenbruck* nunmehr von der analogen Anwendbarkeit der Befangenheitsvorschriften aus (InsO, 12. Aufl., § 56 Rn. 96).

17 LG Frankfurt, Beschl. v. 15.6.1989 – 2/9 T 612/89, Rpfleger 1989, 474.

18 OLG Celle, Beschl. v. 23.7.2001 – 2 W 41/01, NZI 2001, 551, 553.

19 Veröffentlicht in ZIP 2001, 2200.

20 Abgedruckt in AnwBl. 1992, 119 f.

21 AG Hamburg, Beschl. v. 21.11.2001 – 67g IN 280/01, ZIP 2001, 2147 f.

22 Hervorhebung durch den Verfasser.

23 AG Hamburg, ZIP 2001, 2147, 2148.

24 Darauf hat bereits *Prütting*, ZIP 2002, 1965, 1974, hingewiesen.

25 Vgl. *Uhlenbruck* (Fn. 15), § 56 Rn. 31.

26 OLG Celle, Beschl. v. 23.7.2001 – 2 W 41/01, NZI 2001, 551, 553.

27 So *Graeber*, NZI 2002, 345, 348.

28 *Graeber*, NZI 2002, 345, 348.

heitenverwertung der Eigentumsvorbehaltsrechte den Schaden der Lieferanten und damit auch des Kreditversicherers mindern.²⁹

Fraglich ist, ob eine derartige Poolverwaltung eine Besorgnis der Befangenheit i.S.d. § 42 ZPO mit der Folge begründet, dass der Poolverwalter in Insolvenzverfahren, in denen er auf Gläubiger trafe, für die er bereits als Poolverwalter tätig ist, wegen Fehlens seiner Unabhängigkeit nach § 56 InsO nicht mehr als Insolvenzverwalter bestellt werden darf. *Braun* hat in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, eine entsprechende Anwendung der für die Auswahl von Abschlussprüfern geschaffenen Norm des § 319 Abs. 1 Nr. 8 HGB a.F. vorzunehmen, wonach eine Bestellung des Abschlussprüfers erst dann ausgeschlossen war, wenn er mindestens 30 % seines Umsatzes durch Tätigkeit für das betreffende Unternehmen erzielte.³⁰

Eine solche Umsatzgrenze kann jedoch seitens der Gerichte nicht überprüft werden, da hierzu die als Insolvenzverwalter in Frage kommenden Personen regelmäßig ihre Bilanzen gegenüber dem Gericht offenbaren müssten; eine bloße Überwachung der Einhaltung dieser Grenze allein durch den als Insolvenzverwalter tätigen Personenkreis genügt nicht, da nur die Gerichte zur Auswahl des Insolvenzverwalters befugt sind und diese daher über alle relevanten Informationen verfügen müssten.³¹ Die Konsequenz der Ansicht *Braun's* wäre, dass ein Insolvenzverwalter, der ein Viertel seiner Zeit lediglich für einen einzigen Gläubiger arbeitet und dadurch 25 % seines Umsatzes erzielt, als unabhängig i.S.d. § 56 InsO zu gelten hätte.³² Indes könnten die Beteiligten des betreffenden Insolvenzverfahrens hier durchaus nachvollziehbare Bedenken haben, ob der Verwalter gegenüber diesem Gläubiger wirklich noch unabhängig sein kann, zumal die Verfahrensbeteiligten nicht über die genaue wirtschaftliche Situation des Insolvenzverwalters orientiert sind. Es mag sein, dass ein solcher Insolvenzverwalter im konkreten Einzelfall tatsächlich unabhängig gegenüber allen Verfahrensbeteiligten agieren kann; jedoch geht es bei der Besorgnis der Befangenheit nicht um die Fähigkeit zu unbeeinflusstem Handeln und die Selbsteinschätzung des Insolvenzverwalters, sondern darum, ob aus Sicht der Beteiligten Gründe vorliegen, die nach Auffassung einer ruhig und vernünftig denkenden Partei Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit zu zweifeln. Hierbei ist im Zweifel zu Gunsten des Ablehnungsgesuchs zu entscheiden.³³

Bei einer jedenfalls nachhaltigen und nicht nur geringfügigen Tätigkeit für einen der Gläubiger außerhalb des Insolvenzverfahrens drängen sich derartige Zweifel geradezu auf, da für den Verfahrensbeteiligten so gut wie niemals das Verhältnis der Tätigkeit des Verwalters für den Gläubiger in der anderen Sache im Hinblick auf seinen Gesamtumsatz zu erkennen ist, sondern nur das simple Faktum, dass er für einen anderen Gläubiger bereits vorher tätig geworden ist. *Graeber* führt aus, dass in besonderen Ausnahmefällen eventuell Tätigkeiten geringen Umfangs, die zudem bereits vor einer erheblichen Zeit abgeschlossen wurden, so beurteilt werden könnten, dass aus ihnen keine Befürchtung für die Unabhängigkeit zu vermuten wäre.³⁴ Es ist fraglich, ob solche Ausnahmen gemacht werden sollen, da eine Grenzziehung zwischen geringfügigen und nicht geringfügigen Tätigkeiten Schwierigkeiten bereiten kann und neue Rechtsunsicherheit schüfe. Gleichwohl dürfte eine Bagatellschwelle unter Beachtung des Regelungszwecks anzunehmen sein.

Bereits die Verhaltensrichtlinien des „Arbeitskreises für Insolvenzrecht“ im DAV aus dem Jahre 1991 haben unter der Überschrift „Unabhängigkeit“ u.a. ausgeführt, dass ein Insolvenzverwalter nicht die Leitung oder die Vertretung eines am Verfahren beteiligten Pools übernehmen dürfe, was der Verhaltenskodex der Mitglieder des AID wortgleich unter 1.6 übernommen hat.

Hierbei handelt es sich nicht um ein neueres Problem; vielmehr führte *Jaeger* bereits im Jahre 1929 in einer Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Dresden, in der ein die Konkursverwaltung ausschließendes Abhängigkeitsverhältnis angenommen wurde,

wenn der zum Konkursverwalter Gewählte bereits zum Vertreter eines ausschlaggebenden Teils der Konkursgläubiger bestellt worden war,³⁵ aus: „Die Gefahren des Cliquenwesens machen sich immer stärker geltend, so stark, dass man nachgerade daran zweifeln darf, ob das Gesetz (§ 87 KO) gut daran tat, die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses schlechthin dem Mehrheitsbelieben der Gläubigerversammlung anheimzustellen. Geht doch der tatsächliche Einfluss des Gläubigerausschusses heute weit über den Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben hinaus. Jedenfalls aber muss die Ernennung des Konkursverwalters in völlig neutralen Händen liegen. Es genügt, dass dabei die Gläubigerschaft mit Vorschlägen zu Worte kommt. Schon die Besorgnis, dass der Vertrauensmann einer Mehrheitsgruppe sich ihr gegenüber gebunden fühlen könnte, rechtfertigt es, seine Ernennung zu versagen.“³⁶

2. Wirtschaftliche Verflechtungen

a) Wirtschaftliche Verflechtungen vor der Verwalterbestellung

Besitzt ein Richter, der in einem Zivilrechtsstreit mitwirkt, an dem eine Publikums-AG beteiligt ist, deren Aktien, so führt dies im Allgemeinen nicht zu seinem Ausschluss vom Verfahren; vielmehr kann dieser Umstand lediglich im Einzelfall die Besorgnis der Befangenheit begründen.³⁷ Auf den Insolvenzverwalter ist dies nicht übertragbar, vielmehr muss eine Bestellung wohl selbst dann ausscheiden, wenn er auch nur Kleinaktionär der Publikums-AG ist. Denn der Wert der Beteiligung des Richters wird durch einen Rechtsstreit i.d.R. weder erhöht noch vermindert; das Insolvenzverfahren aber hat direkten Einfluss auf den Wert der Beteiligung des Verwalters, sodass die Gefahr besteht, dass sich der Insolvenzverwalter als Anteilseigner auch von den Erwägungen der Anteilseigner leiten lässt.³⁸ Deshalb ist in derartigen Fällen über §§ 41 f. ZPO hinaus eine Besorgnis der Befangenheit anzunehmen.

b) Wirtschaftliche Verflechtungen während der Abwicklung

aa) Verbürgung für Masseverbindlichkeiten

Angesichts des schärfer werdenden Wettbewerbs auf dem Gebiet der Insolvenzverwaltung könnte ein Insolvenzverwalter bereit sein, im Interesse der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs des Schuldnerunternehmens sich persönlich gegenüber Lieferanten oder Banken zur Erlangung eines Massekredits zu verbürgen. Zunächst könnte man ein derartiges Verhalten als Ausdruck eines besonderen Engagements für begrüßenswert erachten.

Damit aber wird außer Acht gelassen, dass der Verwalter, der auf diese Weise vorgeht, der Masse wie eine Bank oder Kreditversicherer der Sache nach einen Avalkredit erteilt und damit als Kreditgeber der Masse gegenübertritt. Er hat in diesem Falle ein besonderes einseitiges Interesse an der Erfüllung der durch die Bürgschaft gesicherten Masseverbindlichkeiten, das weit über seine Amtspflichten gegenüber sämtlichen Masse- und Insolvenzgläubigern hinausgeht, sodass er nicht mehr als neutral und unabhängig betrachtet werden kann. Die Verpflichtung zur unabhängigen und neutralen Wahrnehmung der Interessen der Masse steht im Widerstreit zu den einseitigen Interessen als Avalkreditgeber.

29 *Riggert*, NZI 2002, 352, 355.

30 *Braun*, Editorial NZI Heft 1/2002, V f.

31 Darauf weist bereits *Graeber*, NZI 2002, 345, 349, richtig hin. *Riggert* dagegen hält die analoge Anwendung der Umsatzgrenze für vertretbar (NZI 2002, 352, 355).

32 Vgl. *Graeber*, NZI 2002, 345, 349.

33 *Zöller* (Fn. 14), § 42 Rn. 10.

34 *Graeber*, NZI 2002, 345, 349, Fn. 34.

35 OLG Dresden, KuT 1928, 57, 58 = ZJP 54 (1929), 135, 137.

36 *Jaeger*, ZJP 54 (1929), 137 f.

37 *Lüke*, ZIP 2003, 557, 561.

38 *Lüke*, ZIP 2003, 557, 561.

Das wirtschaftliche Interesse, das der Verwalter am Insolvenzverfahren haben darf, wird zudem eindeutig durch die Vergütungsbestimmungen definiert und begrenzt. Indem er neben seiner Insolvenzverwalterleistung gesonderte zusätzliche Lieferungen oder Leistung gegenüber der Masse erbringt, entsteht ein zusätzliches wirtschaftliches Interesse an einer Vergütung dieser Lieferungen oder Leistungen. Es besteht dann die Gefahr, dass der Insolvenzverwalter in diesem Fall die persönlichen aus diesen Liefer- oder Leistungsbeziehungen resultierenden Interessen gegenüber den ihm anvertrauten Interessen der Masse- und Insolvenzgläubiger und letztlich auch des Schuldners bevorzugt.

Ein solches Vorgehen ist auch haftungsrechtlich problematisch. So bestimmt § 4 Nr. 2 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und Patentanwälte (AVB-A), dass sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche erstreckt, soweit sie aufgrund Vertrages oder besonderer Zusage über den Umfang der gesetzlichen verschuldensabhängigen Haftpflicht nach den §§ 60, 61 InsO hinausgehen. Mit der eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht begründenden Verbürgung wird im Regelfall der gesetzliche Haftungsumfang überschritten, sodass ein Versicherungsschutz durch die Haftpflichtversicherung insoweit nicht mehr besteht. Dass durch eine Verbürgung der Versicherungsschutz zweifelhaft werden kann, könnte auch noch mit der Bestimmung des § 4 Nr. 5 Satz 1 AVB-A begründet werden, die bei einer Schadensverursachung durch wesentliches Abweichen vom Gesetz Haftpflichtansprüche ausschließt. Voraussetzung wäre allerdings, dass der Bestimmung des § 56 Abs. 1 InsO im Wege der Auslegung ein Verbot der Verbürgung zu entnehmen ist.

Ferner lässt sich durchaus vertreten, ein Verwalter, der sich für die Erfüllung der Forderungen gegen die Masse verbürgt, verstoße auch gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Nach § 3 UWG sind unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, unzulässig. Auch die gesetzlichen Verwalter eines Unternehmens, mithin auch Insolvenzverwalter, haben die Unternehmereigenschaft,³⁹ sodass es sich bei den anderen Insolvenzverwaltern, die aufgrund einer Verbürgung aus dem Felde geschlagen werden, um „Mitbewerber“ nach der Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG handelt.

Gem. § 4 Nr. 11 UWG handelt insbesondere unlauter i.S.v. § 3 UWG, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Der BGH hat allerdings im Jahre 2000 entschieden, dass die Vorschrift des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO, die dem Rechtsanwalt verbot, in einer Sache tätig zu werden, in der er vorher schon geschäftlich tätig war, nicht dazu geeignet sei, einen Wettbewerbsverstoß zu begründen.⁴⁰ Die Bestimmung des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO sei eine sog. wertbezogene Norm, die den Zweck verfolge, die Gefahr von Interessenkollisionen bei der anwaltlichen Tätigkeit einzudämmen.⁴¹ Sie solle damit die Unabhängigkeit und Integrität der Anwälte und das Vertrauen in die Rechtspflege stärken.⁴² Ein Rechtsanwalt, der gegen § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO verstoße, handle damit jedoch nicht zugleich wettbewerbswidrig.⁴³ Ein solcher Verstoß habe nur insofern einen Bezug zum Wettbewerbsgeschehen, als der Anwalt andernfalls in der betreffenden Sache nicht tätig werden könnte; er falle deshalb mit dem Auftreten des Rechtsanwalts im Wettbewerb zusammen.⁴⁴ Ein derartiger bei der Wettbewerbshandlung lediglich mitwirklicher Gesetzesverstoß begründe „nicht ohne weiteres“ die Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens.⁴⁵ Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die verletzte Gesetzesvorschrift eine wertbezogene Norm sei.⁴⁶ Die Vorschrift des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO habe als solche keinen Bezug zum Wettbewerb.⁴⁷ Ihr komme weder primär noch sekundär die Funktion zu, die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes zu regeln.⁴⁸ Soweit sie einen Rechtsan-

walt im Einzelfall vom Tätigwerden ausschließe und damit insoweit auch als Wettbewerber, sei dies nur ein Reflex ihrer beabsichtigten andersartigen Wirkung.⁴⁹ Ein Gesetzesverstoß, der mit einem Tätigwerden unter Verletzung des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO begangen werde, strahle nicht in der Weise auf die Handlung aus, dass diese gerade auch als Wettbewerbsverhalten gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstoße.⁵⁰ Das Interesse der Allgemeinheit daran, dass die Vorschrift des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO eingehalten werde, gelte nicht der Lauterkeit des Wettbewerbs, sondern ausschließlich der Wahrung einer geordneten Rechtspflege und der Aufrechterhaltung der Integrität der Anwaltschaft.⁵¹ Die ihrem Grundcharakter nach deliktsrechtlichen wettbewerbsrechtlichen Ansprüche gäben daher kein Grundlage dafür, Verstöße gegen § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO zu unterbinden.⁵²

Bei Übertragung dieser Grundsätze auf die berufsrechtliche Regelung des § 56 InsO, der die Unabhängigkeit der Insolvenzverwalter sichern und insbesondere Interessenkollisionen vermeiden soll, dürfte davon auszugehen sein, dass die Gerichte § 56 InsO den Marktbezug absprechen werden.

Jedoch hat der BGH in seinem Urteil aus dem Jahre 2000 nur ausgeführt, ein derartiger Verstoß gegen eine solche berufsrechtliche Norm begründe „nicht ohne weiteres“ die Wettbewerbswidrigkeit des betreffenden Verhaltens. Hier ließe sich indes argumentieren, es kämen weitere Umstände hinzu, nach denen ein wettbewerbswidriges Verhalten vorliege, sodass der Auffangtatbestand des § 3 UWG eingreife, da durch die Verbürgung für die Realisierung der Forderungen alle Mitbewerber, die nicht zu diesem Mittel greifen, gegenüber den Gläubigern spürbar in ihren Marktchancen beeinträchtigt werden, sodass die Verbürgung zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung geeignet sei. Bei einer Gesamtabwägung ergebe sich, dass bei einem derartigen Gebaren das gesetzliche Leitbild des unabhängigen Verwalters verlassen werde und der sich verbürgende Insolvenzverwalter nunmehr auftrete wie ein Avalkreditgeber sowie sein eigenes Schicksal mit dem der Masse, die er neutral verwalten solle, verquicke, um sich gegenüber anderen Verwaltern einen Marktanteil zu verschaffen. Vor allem bestehe bei einem Erfolg eines solchen Verhaltens eine hohe Nachahmungsgefahr durch andere Verwalter. Damit sei die Verbürgung für Forderungen gegen die Masse unzulässig, sodass ein Recht der anderen Insolvenzverwalter auf Unterlassung (§ 8 UWG) und Schadensersatz (§ 9 UWG) bestehe. Eine derartige Argumentationskette erscheint durchaus als schlüssig.

Ob die Bürgschaft selbst von den Gerichten als sittenwidrig i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB angesehen werden dürfte, liegt noch stärker im Dunkeln. Ein Verstoß gegen § 3 UWG hat nicht zugleich auch immer die Nichtigkeit nach § 138 BGB zur Folge, da § 3 UWG an einen Verstoß gerade nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit, sondern über die §§ 8 und 9 UWG die Verpflichtung zur Unterlassung und bei Verschulden zum Schadensersatz knüpft.⁵³ Für die Beurteilung als sittenwidrig i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB ist jedoch entscheidend, ob das Rechtsgeschäft seinem Inhalt nach mit den

39 Köhler, in: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 2 UWG Rn. 89.

40 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

41 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

42 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

43 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

44 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

45 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

46 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

47 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

48 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

49 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

50 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

51 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

52 BGH, Ur. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

53 BGH, Ur. v. 14.5.1998 – I ZR 10/96, GRUR 1998, 945, 946.

grundlegenden Werten der Rechts- und Sittenordnung unvereinbar ist und alle Beteiligten sittenwidrig handeln, d.h. die Tatsachen kennen oder sich zumindest ihrer Kenntnis grob fahrlässig verschließen, welche die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts begründen.⁵⁴ Ob die Rechtsprechung den Verstoß gegen das gesetzliche Leitbild des objektiven, neutralen und unabhängigen Insolvenzverwalters für derartig gravierend erachtet, ist noch nicht entschieden worden und kann auch nicht prognostiziert werden.

bb) Masse-an-Masse-Darlehen

Auch ist gelegentlich zu beobachten, dass Insolvenzverwalter Massegeschäfte vornehmen, bei denen sie mit Geld aus der einen Masse „Löcher“ in anderen Massen „stopfen“, indem Darlehen aus der Masse ausgereicht werden.⁵⁵ Für ein derartiges Vorgehen könnte zunächst sprechen, dass es keine risikofreien Geschäfte gebe und letztlich jedes dem Vertragspartner eingeräumte Zahlungsziel letztlich eine Kreditierung sei; der Verwalter müsse nur das Darlehensgeschäft ökonomisch vernünftig kalkulieren; realisiere sich das Restrisiko, so liege dies in der Natur der Sache jeder Transaktion.⁵⁶

In § 1 InsO sind indes die Ziele des Insolvenzverfahrens und damit auch die Pflichten des Insolvenzverwalters beschrieben. Die Verwaltung von Massegegenstände nach Art eines Kreditinstituts wird vom Insolvenzverfahren nicht umfasst; des Weiteren dürfen verschiedene Insolvenzmassen auch nicht miteinander vermischt werden.⁵⁷ Die Forderung auf dem Konto des Gemeinschuldners ist zwar letztlich auch nichts weiter als eine bloße Forderung; indes ist sie wesentlich mehr wert als eine Darlehensforderung, mag sie auch noch so hoch besichert sein, da deren Realisierung immer mit Unsicherheiten und Unwägbarkeiten verbunden ist.⁵⁸ Der Verwalter sollte die Masse bei den großen Kreditinstituten mit hervorragender Bonität anlegen; nimmt der Verwalter aber durch Masse-an-Masse-Geschäfte faktisch Bankgeschäfte vor und vermischt er unterschiedliche Massen miteinander, so haftet er auf Schadensersatz, da er bereits dadurch eine Pflichtverletzung begangen hat, genauso, wie auch die Mitglieder des Gläubigerausschusses haften, wenn sie ein derartiges Gebaren des Insolvenzverwalters nicht verhindern.⁵⁹ Agiert der Verwalter nach Art eines Kreditinstituts, so gibt er seine Neutralität auf. Verquickt er verschiedene Massen durch Ausreichung von Darlehen miteinander, so entwickelt er wegen seiner potenziellen Haftung ebenfalls ein Interesse an der Rückzahlung der Darlehen, das weit über seine gesetzlichen Pflichten hinausgeht – ja sogar konträr zu diesen stehen kann – und ebenfalls seine Unabhängigkeit aufhebt.

3. Gefahren durch Sozietätszusammenschlüsse und Kooperationen

Die Gründe für die Ungeeignetheit des Verwalters infolge des Fehlens der Unabhängigkeit gelten natürlich ebenso, wenn der zum Ausschluss führende Umstand nicht in der Person eines potenziellen Verwalters, sondern in der eines seiner Sozien gegeben ist.⁶⁰ Für die Tätigkeit des Rechtsanwalts stellt dies § 45 Abs. 3 BRAO ausdrücklich fest. Ein Gleiches muss selbstverständlich auch für die Sozien eines Insolvenzverwalters gelten.⁶¹

Bei den zahlreichen Kanzlei-Fusionen in der neueren Zeit, die natürlich nicht vor den Insolvenzabteilungen der Großkanzleien Halt machen, entsteht für die betroffenen Kanzleien und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die international tätig sind, ein beträchtlicher Prüfungsaufwand.⁶² Der betroffene Verwalter befindet sich in einem Interessengeflecht, in dem z.B. Anfechtungsansprüche gegen Banken durchgesetzt werden müssen, die zum Mandantenstamm gehören.⁶³

Folgerichtig hat eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2004 für eine Großkanzlei die Existenz höheren Prüfungsbedarfs dann auch bestätigt, bei der die Anwaltssozietät in der Zeit von 1998 – 2003 von Gläubigern 28 Einzelmandate erhalten hatte und bei der

in einem Fall ein anderer Sozium der Kanzlei einen Mandanten in einem Verfahren gegen die Gläubigerin vertreten hatte.⁶⁴ Wegen dieses durch die Zusammenschlüsse stark erhöhten Prüfungsaufwandes und der Erhöhung der Gefahr von derartigen Interessenkollisionen haben einige größere Verwalterbüros bereits Zusammenschlüsse mit Wirtschaftsprüfungsunternehmen wieder verworfen.⁶⁵

4. Verwicklungen auf der Schuldnerseite

Wird über das Vermögen einer GmbH & Co. KG sowie über deren persönlich haftende Gesellschafterin, die GmbH oder über das Vermögen einer OHG und deren Gesellschafter oder auch über das Vermögen mehrerer GmbH, die einen personenidentischen Geschäftsführer haben, das Insolvenzverfahren eröffnet, so können Interessenkollisionen auftreten, die nur durch die Bestellung verschiedener Insolvenzverwalter verhindert werden können.⁶⁶

5. Vorbefassung mit Sanierung oder Planerstellung

Unter der Geltung der KO herrschte vielfach die Übung bzw. der Ehrenkodex, dass der Rechtsanwalt, der die Schuldnerin vor ihrem Konkurs beraten hatte, nicht zum Konkursverwalter bestellt werden durfte.⁶⁷ Kadletz meint, diese Übung habe auch für die abschließlich auf Zerschlagung gerichtete KO ihre Berechtigung besessen.⁶⁸ Das neue Rechtsinstitut der Reorganisation bzw. der Plansanierung, das mit Blick auf die USA entstanden sei, fordere jedoch eine Neuorientierung.⁶⁹ Das US-amerikanische Recht verbiete es nunmehr nicht mehr, dass ein Rechtsanwalt, der den Schuldner bereits vorher beraten hat, zum Insolvenzverwalter bestellt werde.⁷⁰ Vielmehr sei unter teleologischen Aspekten zu beachten, dass die Sanierungsregeln dazu dienen sollten, das schuldenrische Unternehmen schnell wieder effizient und rentabel zu machen.⁷¹ Der bisherige Berater des Schuldners sei ein besonders qualifizierter Sanierer, da er den Schuldner und dessen Stellung in seiner Branche kenne, während sich ein externer Sanierer erst in das schuldenrische Unternehmen und die jeweilige Branche einfinden müsse.⁷² Dort, wo es um Sanierung gehe, dürfe keine Zeit verloren werden; die Zeit, die ein externer Sanierer brauche, könne aber im Einzelfall bereits zu lang sein, um das Unternehmen optimal – schlimmstenfalls sogar überhaupt – erfolgreich zu sanieren.⁷³ Jede Verzögerung verschlechtere die Sanierungsaussichten; die Mitwirkungsbereitschaft der Gläubiger und Investoren sinke, Lieferanten und Kunden, deren Geschäfte ebenfalls weiterlaufen müssten, suchten sich schnell neue Partner an den Märkten, was dem Schuldner die bestmögliche Unternehmensfortführung schnell abschneiden könne.⁷⁴

54 BGH, Urt. v. 5.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356.

55 Reck allerdings ist der Meinung, die Gewährung von Darlehen aus der Masse heraus sei keine weit verbreitete Praxis, ZInsO 2005, 304.

56 So Förster, ZInsO 2005, 302, 303, der in seinem Aufsatz zunächst den Advocatus Diaboli spielt.

57 Förster, ZInsO 2005, 302, 303.

58 Förster, ZInsO 2005, 302, 303.

59 Förster, ZInsO 2005, 302, 303.

60 Lüke (Fn. 15), § 56 Rn. 10; ders., ZIP 2003, 557, 565.

61 Lüke (Fn. 15), § 56 Rn. 11; ders., ZIP 2003, 557, 565.

62 So auch Lüke, ZIP 2003, 557, 565.

63 Ausf. zu dieser Problematik Frind, ZInsO 2002, 745, 746 ff.

64 BGH, Beschl. v. 22.4.2004 – IX ZB 154/03, NZI 2004, 448, 449.

65 Frind/Schmidt, NZI 2004, 533, 535.

66 MünchKomm-InsO/Graeber, § 56 Rn. 35.

67 Kadletz, ZIP 2000, 117, 118.

68 Kadletz, ZIP 2000, 117, 118.

69 Kadletz, ZIP 2000, 117, 118.

70 Kadletz, ZIP 2000, 117, 118 f.

71 Kadletz, ZIP 2000, 117, 119.

72 Kadletz, ZIP 2000, 117, 120.

73 Kadletz, ZIP 2000, 117, 120.

74 Kadletz, ZIP 2000, 117, 120.

Auch nach *Lüke* soll bei einem Insolvenzantrag vorausgehenden Sanierung geprüft werden, ob der Sanierungsberater aus diesem Grunde in dem Verfahren als Insolvenzverwalter ausscheidet oder ob er bestellt werden dürfe; dafür spreche seine Vertraulichkeit mit dem Insolvenzfall.⁷⁵

Dagegen stehe, dass im Falle eines vorgerichtlichen Sanierungsversuches sich der auf diese Weise Vorbefasste in starkem Maße als Interessenvertreter des Schuldners engagiert haben müsse, sodass aus der Sicht anderer Beteiligten i.d.R. der Eindruck entstehen müsse, dass eine völlige Unabhängigkeit des früheren Sanierers als nunmehriger Insolvenzverwalter nicht mehr gegeben sei.⁷⁶

Dasselbe müsste für den früheren Rechtsberater des Schuldners gelten. *Kadletz* hält dem entgegen, es sei nicht nachvollziehbar, dass der Schuldner im Rahmen der Eigenverwaltung die Sanierung selbst durchführen dürfe, sein Anwalt jedoch nicht.⁷⁷ Dieses Argument aber greift bei genauer Betrachtung nicht durch, da der Schuldner bei der Eigenverwaltung nur unter der Aufsicht eines Sachwalters agieren darf, der selbstverständlich unabhängig i.S.d. § 56 InsO sein muss.

Damit ist davon auszugehen, dass eine Unabhängigkeit i.S.d. § 56 InsO i.d.R. nicht mehr gegeben ist, wenn der betreffende Insolvenzverwalter den Schuldner vor Insolvenzantragstellung beraten hat.⁷⁸ Bei einem beträchtlichen Zeitabstand mag dies im Einzelfall anders bewertet werden; hat jedoch eine Beratung im Vorfeld der Antragstellung stattgefunden, ist der Verwalter bzgl. des Gemeinschuldners als befangen anzusehen.⁷⁹

Auch wer bereits als Gutachter zur Erstellung eines Vermögensstatus für den Schuldner tätig gewesen ist, kann wegen dieses Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsverhältnisses nicht mehr als unabhängig betrachtet werden.⁸⁰

Relevant für die Frage der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ist auch die Problematik der Einreichung eines Insolvenzplans, der von einem Verwalter erstellt worden ist. Reicht der Schuldner einen Insolvenzplan – z.B. gemeinsam mit einem Eigenantrag – ein, so kann es für den Fall, dass der Insolvenzplan zur Anwendung gelangt, geboten sein, den Planersteller auf Vorschlag des Schuldners zum Insolvenzverwalter zu bestellen, da er die umfassendsten Kenntnisse der Verhältnisse des betroffenen Unternehmens und der Vorgaben des Insolvenzplans besitzt. Damit dürfte der Planersteller über die besten Voraussetzungen verfügen, den Plan erfolgreich zu verwirklichen.

Auf diese Weise bringt der Schuldner einen ihm genehmen Insolvenzverwalter mit einem ebenfalls von ihm gebilligten Insolvenzplan mit. Dies kann Zweifel an der Unabhängigkeit des potenziellen Insolvenzverwalters wecken und befürchten lassen, dass er die Belange der Gläubiger nicht optimal durchsetzen könnte. In einem solchen Fall muss der Insolvenzrichter sehr genau prüfen, ob wegen dieser im Vorfeld des Insolvenzantrags erfolgten Zusammenarbeit die erforderliche Unabhängigkeit fehlt, wovon i.d.R. – jedoch nicht immer – auszugehen ist; ist der Planersteller nämlich dem Insolvenzgericht bekannt und geht dieses aufgrund großer Erfahrung mit dem Planersteller von dessen Zuverlässigkeit, Fähigkeit und Lauterkeit aus, so kann ausnahmsweise eine Bestellung des Planerstellers als Insolvenzverwalter in Betracht kommen.⁸¹ Bei einer derartigen Konstellation sind die Bestimmungen des Insolvenzplans indes bereits vor der Annahme des Plans genauestens darauf zu prüfen, ob sie insgesamt den Gläubigerinteressen gerecht werden.⁸²

6. Problem der Eigenverwaltung

In den Blickpunkt der Kritik ist im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters auch die Eigenverwaltung geraten. In den Fällen der Kirch Media AG, der BMM GmbH und der Babcock-Borsig AG ist kurz vor oder nach der Stellung des

Insolvenzantrags jeweils der Vorstandsvorsitz der insolventen Schuldnerin aus dem Kreise der bekannten und erfahrenen deutschen Insolvenzverwalter besetzt worden.⁸³

Daraufhin wurde dem Gericht ein Antrag auf Eigenverwaltung unterbreitet; durch die Neubesetzung des Vorstands waren die üblichen Argumente der Unzuverlässigkeit der Konzernführung sowie des Vertrauensverlusts der Hauptgläubiger beseitigt; vielmehr konnte die Antragstellung nunmehr mit der bisherigen Abwicklungserfahrung des neuen Vorstandes untermauert werden.

Frind z.B. ist der Ansicht, dass der zum „Eigenverwaltungsvorstand“ erhobene Insolvenzverwalter weniger unabhängig sein dürfte als ein vom Gericht ernannter „normaler“ Verwalter, da er die informellen Erwartungen der Hauptgläubiger und der Politik zu erfüllen habe, denen er sein Amt verdanke, und sich mit den anderen gesellschaftsrechtlichen Organen arrangieren müsse.⁸⁴

Jedoch ist die Diskussion dieser Problematik unter dem Blickpunkt der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters nach § 56 InsO verfehlt; ein Eigenverwalter kann schlechterdings nicht die Unabhängigkeit des im Normalfall vom Gericht bestellten Insolvenzverwalters besitzen.

§ 56 InsO gilt für den Eigenverwalter unstreitig nicht.⁸⁵ Deshalb wird der Eigenverwalter ja auch der Aufsicht eines Sachwalters (vgl. §§ 270 ff. InsO) unterstellt, der selbstverständlich den Anforderungen des § 56 InsO unterworfen ist.⁸⁶ Ob die derzeitige Ausgestaltung der Eigenverwaltung sinnvoll ist und ob der „Trick“ der Unternehmen, einen Insolvenzverwalter „ins Boot zu holen“, eine durch die Einsetzung eines Sachwalters nicht mehr neutralisierbare Schadensgefahr in sich birgt, die nicht mehr tragbar ist, ist eine rechtspolitische Fragestellung, die mit der Unabhängigkeit der Insolvenzverwaltung i.S.d. § 56 InsO nichts mehr zu tun hat.

III. Pflichten von Verwalter und Gericht

1. Anzeigepflicht des Insolvenzverwalters gegenüber dem Gericht

Der BGH hat sich in seiner Entscheidung v. 24.1.1991 eingehend zur Anzeigepflicht des Verwalters geäußert; in der Präzisierung der Verwalterpflichten liegt die eigentliche Bedeutung des Urteils.⁸⁷

Das höchste deutsche Zivilgericht hat zunächst ausgeführt, der Konkursverwalter sei gem. §§ 6 Abs. 2, 83 KO verpflichtet, von sich aus dem Konkursgericht einen Sachverhalt anzuzeigen, der bei unvoreingenommener, lebensnaher Betrachtungsweise die ernstliche Besorgnis rechtfertigen könne, dass der Verwalter an seiner Amtsführung verhindert sei.⁸⁸ Dies entspreche einer allgemeinen Pflicht von Amtsträgern, was auch für den Konkursverwalter niemals in Frage gestellt worden sei.⁸⁹ Nach § 83 KO sei das Konkursgericht befugt, vom Konkursverwalter Auskünfte zu verlangen; ein Aus-

75 *Lüke*, ZIP 2003, 557, 559.

76 *Lüke*, ZIP 2002, 1965, 1972.

77 *Kadletz*, ZIP 2000, 117, 119.

78 *MünchKomm-InsO/Graeber*, § 56 Rn. 30.

79 *MünchKomm-InsO/Graeber*, § 56 Rn. 30; zustimmend *Uhlenbruck* (Fn. 16), § 56 Rn. 21, der eine Ausnahme an kleineren Orten zulassen will, an denen keine andere zum Verwalter geeignete Persönlichkeit zu finden ist, wenn die durch die Bestellung eines auswärtigen Verwalters entstehenden Unkosten angesichts der Masseunzulänglichkeit nicht tragbar erscheinen.

80 *Haarmeyer/Wutzke/Förster* (Fn. 3), Kap. 5, Rn. 16.

81 *MünchKomm-InsO/Graeber*, § 56 Rn. 28 f.

82 Vgl. *MünchKomm-InsO/Graeber*, § 56 Rn. 29.

83 Vgl. *Frind*, ZInsO 2002, 745, 751.

84 *Frind*, ZInsO 2002, 745, 752.

85 *Prütting*, ZIP 2002, 745, 1973.

86 Darauf weist auch *Prütting*, ZIP 2002, 1965, 1973, hin.

87 *Gottwald*, EWIR 1991, 275 f. (Anm. zum Ur. des BGH v. 24.1.1991 – IX 250/89; EWIR § 6 KO 1/91).

88 BGH, BGHZ 113, 262, 275.

89 BGH, BGHZ 113, 262, 275.

kunftsverlangen sei aber erst möglich, wenn überhaupt ein gewisser Anhaltspunkt gegeben sei, dass Aufklärung in einer bestimmten Richtung Not tue.⁹⁰ Dies gelte insbesondere mit Bezug auf mögliche Verhinderungsgründe in der Person des Verwalters.⁹¹ Eine Anzeigepflicht sei hierfür das mildeste und zugleich ein wirksames Mittel, um Missbräuche bei der Konkursabwicklung schon vorbeugend zu verhindern.⁹² Ohne sie hinge oft auch das nachträgliche Verlangen nach Schadensersatz von dem Zufall ab, ob die Interessenkollision auf Seiten des Konkursverwalters bekannt werde oder nicht.⁹³

Interessant ist, dass der BGH die Pflicht zur Selbstanzeige möglicher Verhinderungsgründe nicht allein mit der Amtsstellung des Konkursverwalters begründet hat. Auch ohne diese, also bei Zugrundelegung eines rein privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses, wäre er nach Auffassung des höchsten deutschen Zivilgerichts gem. §§ 611, 675, 666 BGB zur Offenbarung verpflichtet.⁹⁴ Denn nach diesen Bestimmungen sei der Beauftragte – erforderlichenfalls bereits vor der Ausführung des Auftrags – gehalten, seinen Auftraggeber über alle Umstände zu informieren, die für die sinnvolle Ausführung des Weisungsrechts (§ 665 BGB) wesentlich seien.⁹⁵

Dazu könne insbesondere bei möglichen Interessenkollisionen die Person des in Aussicht genommenen Vertragspartners gehören.⁹⁶ § 666 BGB gelte u. a. für den Testamentsvollstrecker als Partei kraft Amtes (§ 2218 BGB) und den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713 BGB).⁹⁷ Materiell übe auch der Konkursverwalter mit Bezug auf die Konkursmasse eine Geschäftsbesorgung aus.⁹⁸ Selbst wenn aber aufgrund der Vielschichtigkeit der möglichen „Auftraggeber“ (Gemeinschuldner, Konkursgläubiger oder Konkursgericht) § 666 BGB auf den Konkursverwalter eventuell nicht unmittelbar anwendbar sein möge, sondern seine Auskunftspflicht sich nach konkurrenzspezifischen Regeln richte, würden diese die Pflicht zur Selbstanzeige von Verhinderungsgründen gegenüber dem Konkursgericht umfassen.⁹⁹

Die Anzeige der Interessenkollision hat der Verwalter in unmissverständlicher Form – schriftlich oder zur Niederschrift des Gerichts – offiziell an dieses selbst zu richten.¹⁰⁰ Mündliche Andeutungen, die möglicherweise missverständlich sind oder als private Voranfrage nach der persönlichen Meinung des zuständigen Richters oder Rechtspflegers aufgefasst werden können, genügen nicht.¹⁰¹ Diese strengen Anforderungen haben auch ihren guten Sinn; denn das Gericht soll in den Stand versetzt werden, eine nachprüfbare Ermessensentscheidung zu treffen; daher ist eine aktenkundige Anzeige unerlässlich.¹⁰²

Weist der Insolvenzverwalter bzw. der vorläufige Insolvenzverwalter nicht von sich aus auf eine mögliche Interessenkollision hin, die er hätte erkennen müssen, so lässt dies die Befürchtung zu, dass er nicht von sich aus auf potenzielle Interessenkollisionen aufmerksam macht, sondern eventuell trotz des Bestehens solcher Umstände weiter handelt.¹⁰³ In einem solchen Fall ist die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters als Insolvenzverwalter nicht zulässig; das Insolvenzgericht muss zwingend einen anderen Insolvenzverwalter bestellen.¹⁰⁴ Ist der Insolvenzverwalter bereits ernannt, muss die Nichtanzeige von Interessenkollisionen, die auftreten können, zur Entlassung des Verwalters führen.¹⁰⁵ Die Nichtbeachtung der Anzeigepflicht muss mit derartig einschneidenden Sanktionen geahndet werden, da es nur so möglich ist zu verhindern, dass der Verwalter z. B. in die Gefahr gerät, dass er die Gläubigerinteressen in den verschiedenen von ihm betreuten Verfahren nicht mehr objektiv vertreten kann, weil er sich eventuell in Widerspruch zu seinen eigenen Handlungen und Entscheidungen in den unterschiedlichen Verfahren mit gegenteiligen Interessen setzen müsste.¹⁰⁶

Gemessen an diesen Grundsätzen stellt es sich als eine grobe Pflichtwidrigkeit dar, wenn der Verwalter in Verfahren, deren Abwicklung aufgrund von unterschiedlichen Interessen nicht miteinander vereinbar sind, diese Kollisionen nicht unverzüglich

anzeigt und um Entpflchtung in dem einen oder anderen Verfahren bittet.¹⁰⁷ Ein Verwalter, der in einem derartigen Fall beide Verfahren weiterführt und seine Tätigkeit nicht auf ein Verfahren beschränkt, sondern vielmehr berechnete Interessen der Gläubiger missachtet und etwa begründete Ansprüche mit Rücksicht auf das andere Verfahren nicht erfüllt, kann in keinem der kollidierenden Verfahren weiter tätig bleiben, da die Gläubiger auf eine neutrale Amtsführung in jedem Verfahren vertrauen können müssen.¹⁰⁸ Freilich sollte im Einzelfall noch geprüft werden, ob die Einsetzung eines Sonderverwalters den Gläubigerbelangen ausreichend Rechnung trägt.

Auch die fehlende Aufklärung des Gerichts über Sanierungsversuche des Verwalters vor Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt einen Entlassungsgrund dar.¹⁰⁹

Gibt der Verwalter potenzielle Interessenkonflikte nicht an, riskiert er es zudem, persönlich in Anspruch genommen zu werden und des Vergütungsanspruchs wegen Verwirkung verlustig zu gehen.¹¹⁰

2. Nachforschungspflicht des Gerichts

Um einen Verdacht, dass dem zu bestellenden Verwalter möglicherweise die Unabhängigkeit fehlen könnte, zu überprüfen, genügt es nicht, lediglich festzustellen, dass der Gewählte über die erforderliche berufliche Qualifikation verfügt und für das Verfahren hinreichend Kapazitäten frei sind.¹¹¹ Vielmehr ist auch sicherzustellen, dass die erforderliche Gläubigerferne vorhanden ist.¹¹²

Obwohl zunächst nur den Beteiligten bekannt ist, wenn der Verwalter zuvor für die Schuldnerin beratend tätig war geworden ist oder von einem Gläubiger regelmäßig vorgeschlagen wird, ist in der Praxis allerdings davon auszugehen, dass entsprechende „Befangenheitsgründe“ jedenfalls auf Nachfrage¹¹³ offen gelegt werden, da das Risiko, später aberufen zu werden oder bei Unterlassen einer entsprechenden Anzeige fortan nicht mehr eingesetzt zu werden, im Zweifel schwerer wiegt als die einmalige Vergütung in einem lukrativen Verfahren.¹¹⁴

90 BGH, BGHZ 113, 262, 276.

91 BGH, BGHZ 113, 262, 275.

92 BGH, BGHZ 113, 262, 275.

93 BGH, BGHZ 113, 262, 275.

94 BGH, BGHZ 113, 262, 275.

95 BGH, BGHZ 113, 262, 275.

96 BGH, BGHZ 113, 262, 275.

97 BGH, BGHZ 113, 262, 275.

98 BGH, BGHZ 113, 262, 275.

99 BGH, BGHZ 113, 262, 276 f.

100 BGH, BGHZ 113, 262, 279.

101 BGH, BGHZ 113, 262, 279.

102 *Frind*, ZInsO 2002, 745, 749.

103 AG Potsdam, Beschl. v. 30.11.2001 – 35 IN 677/01, NZI 2002, 391, 392.

104 AG Potsdam, Beschl. v. 30.11.2001 – 35 IN 677/01, NZI 2002, 391, 392.

105 OLG Celle, Beschl. v. 23.7.2001 – 2 W 41/01, ZInsO 2001, 755, 757; hier ist lediglich die Rede davon, „dass in diesen Fällen eine Entlassung des Verwalters von Amts wegen erfolgen kann“ (Kursivsetzung durch den Verfasser).

106 Vgl. OLG Celle, ZInsO 2001, 755, 757.

107 *Pape*, EWIR 2001, 169, 170 (Anm. zu OLG Zweibrücken, Beschl. v. 31.5.2000 – 3 W 94/00, EWIR 2001, § 7 InsO 2/01).

108 *Pape*, EWIR 2001, 169, 170 (Anm. zu OLG Zweibrücken, Beschl. v. 31.5.2000 – 3 W 94/00, EWIR 2001, § 7 InsO 2/01).

109 *Pape*, EWIR 2001, 169, 170 (Anm. zu OLG Zweibrücken, Beschl. v. 31.5.2000 – 3 W 94/00, EWIR 2001, § 7 InsO 2/01).

110 *Pape*, EWIR 1997, 954, 946 (Anm. zu LG Baden-Baden, Beschl. v. 5.6.1997 – 1 T 34/97, EWIR 1997, § 80 KO 1/97), AG Potsdam, Beschl. v. 6.4.2005 – 35 IN 686/01, ZInsO 2005, 503 und *Graeber*, Vergütung in Insolvenzverfahren von A – Z, 2005, S. 309 ff., Rn. 505, dagegen LG Potsdam, Beschl. v. 1.8.2005 – 5 T 252/05, ZIP, 2005, 1698 ff.

111 *Pape*, EWIR 1997, 954, 946 (Anm. zu LG Baden-Baden, Beschl. v. 5.6.1997 – 1 T 34/97, EWIR 1997, § 80 KO 1/97).

112 *Pape*, EWIR 1997, 954, 946 (Anm. zu LG Baden-Baden, Beschl. v. 5.6.1997 – 1 T 34/97, EWIR 1997, § 80 KO 1/97).

113 Allerdings braucht der Insolvenzrichter den möglichen oder bestellten Insolvenzverwalter natürlich nicht in jedem Fall der Bestellung zu befragen, worauf *Graeber* zutreffend hinweist (MünchKomm-InsO, § 56 Rn. 25).

114 *Neubert*, ZInsO 2002, 309, 312.

Neubert empfiehlt, um bereits den Anschein unzulässiger Einflussnahme zu vermeiden, sollten vorgeschlagene Verwalter besonders kritisch überprüft und im Zweifel nicht bestellt werden.¹¹⁵ Gerade bei größeren Verfahren scheine es nicht unüblich, dass die Antragstellerin (bzw. bei einem Eigenantrag die dahinter stehende Bank) einen „geeigneten“ Verwalter gleich mit präsentiere.¹¹⁶ Dabei sei einerseits zu berücksichtigen, dass insbesondere eine Unternehmensfortführung kaum möglich sein werde, wenn der Verwalter nicht das Vertrauen der Bank besitze, die weitere Kreditmittel zur Verfügung stellen solle, und § 57 InsO die Wahl eines gewünschten Verwalters durch die Mehrheit der Gläubiger ermögliche.¹¹⁷ Andererseits könne die vom Gesetz ausdrücklich geforderte Unabhängigkeit kaum noch angenommen werden, wenn der vorgeschlagene Verwalter regelmäßig mit der Großgläubigerin zusammenarbeite und auf deren Vorschlag Aufträge erhalte.¹¹⁸ Hierbei seien insbesondere die Insolvenzgerichte gefordert, derartige Abhängigkeiten explizit zu erfragen.¹¹⁹ Soweit der Vorschlag sich dagegen auf spezielle Kenntnisse und Qualifikationen des betreffenden Verwalters stütze, bestünden gegen die Bestellung i.d.R. keine Bedenken, wenn dies schriftlich begründet und daher aus der Akte heraus nachvollziehbar werde.¹²⁰ Ein ausdrücklich nur „informell“ vorgelegter und begründeter Wunsch nach einem bestimmten Verwalter mache dagegen regelmäßig argwöhnisch und könne keine Grundlage für eine entsprechende Bestellung darstellen.¹²¹

Jedenfalls aber ist das Insolvenzgericht nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, von Amts wegen zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse diejenigen Ermittlungen anzustellen, die es für erforderlich erachtet.¹²² Mittlerweile ist es für die Richter, die sich gegen die Gefahr eines Verstoßes gegen ihre Nachforschungspflicht absichern wollen, deshalb bereits vielfach gängige Praxis, dass dem vom Gericht Auserwählten eine Erklärung abverlangt wird, dass er in keinen Geschäftsbeziehungen zu den Gläubigern stehe und insbesondere nicht deren „Hausverwalter“ sei.¹²³

Zwar ist allein die Tatsache, dass ein oder mehrere Großgläubiger einen bestimmten Verwalter vorschlagen oder nach § 57 InsO, der eine Neuwahl durch die erste Gläubigerversammlung gestattet, wählen, für sich allein noch kein Indiz dafür, dass ihm die Neutralität fehlt; ist er aber auch bereits in anderen Verfahren von denselben Gläubigern gewählt worden, so begründet dies die Besorgnis

der Befangenheit.¹²⁴ Da die Bestellung eines derartigen „Hausverwalters“ i.d.R. nur durch Großgläubiger, insbesondere Banken, durchgesetzt zu werden vermag, würde das Bekanntwerden einer allzu großen Nähe zu einer Bank wohl das Ende der Tätigkeit als Insolvenzverwalter bedeuten, da er insgesamt nicht mehr bestellt würde.¹²⁵

IV. Zusammenfassung

Unabhängig von der Nachforschungspflicht der Insolvenzgerichte muss der Verwalter potenzielle Interessenkollisionen von sich aus anzeigen; unterlässt er dies, ist er nicht zu bestellen bzw. ist er – ggf. nach Einholung eines Votums des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung – zu entlassen, soweit die Einsetzung eines Sonderverwalters den Gläubigerbelangen nicht ausreichend Rechnung trägt; außerdem riskiert er in einem solchen Fall, sich schadensersatzpflichtig zu machen und den Vergütungsanspruch wegen Verwirkung zu verlieren. Neben den altbekannten Gefahren wirtschaftlicher Verflechtungen, der Poolverwaltung, der Vorbehaftung mit der Sanierung des insolventen Unternehmens und mit der Erstellung eines Insolvenzplans oder bspw. mit der Beratung im Vorfeld der Insolvenzantragstellung wird die Unabhängigkeit und Neutralität des Insolvenzverwalters auch durch Verbürgung für Verbindlichkeiten der Masse in Frage gestellt. Hier entwickelt der Verwalter ein besonderes, durch die legitimen Vergütungsinteressen, wie sie in der Vergütungsverordnung gesetzlich definiert sind, nicht mehr gedecktes wirtschaftliches Eigeninteresse an der Insolvenzabwicklung, das weit über seine gesetzlichen Aufgaben hinausgeht und seine Unabhängigkeit aufhebt.

115 Neubert, ZInsO 2002, 309, 312.

116 Neubert, ZInsO 2002, 309, 312.

117 Neubert, ZInsO 2002, 309, 312.

118 Neubert, ZInsO 2002, 309, 312.

119 Neubert, ZInsO 2002, 309, 312.

120 Neubert, ZInsO 2002, 309, 312.

121 Neubert, ZInsO 2002, 309, 312.

122 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 5.8.1997 – 10 W 23/97, ZIP 1997, 1970, 1973.

123 Pape, EWIR 1997, 954, 946 (Anm. zu LG Baden-Baden, Beschl. v. 5.6.1997 – 1 T 34/97, EWIR 1997, § 80 KO 1/97).

124 Graeber, ZIP 2000, 1465, 1471; Muscheler/Bloch, ZIP 2000, 1474, 1479.

125 Graeber, ZIP 2000, 1465, 1471.

Treuhandkonto – geeignete Umgehung der „Einzelermächtigung“?

Bericht über praktische Erfahrungen mit dem Treuhandkonten- oder Treuhandmodell¹ – zugleich Erwiderung auf Bork², Marotzke³ und Werres⁴

von Richter am Insolvenzgericht Frank Frind, Hamburg

Das (Doppel-)Treuhandmodell feiert fröhliche Urständ – nicht nur in der Literatur.⁵ Die dem Verfasser bekannten praktischen Erfahrungen mit der Umsetzung sehen dagegen eher bitter aus. Wir erinnern uns: Kernzweck des sog. (Doppel-)Treuhandmodells soll nach Darstellung seiner Befürworter sein, notwendigen „Weiterlieferer-Gläubigern“ während einer Betriebsfortführung, die unter der Ägide eines vorläufigen Insolvenzverwalters⁶ stattfindet, die sichere Begleichung ihrer zur Betriebsfortführung benötigten Leistungen zu „garantieren“.⁷ Es wird behauptet, die „Gefahr der Nachrangigkeit“ solcher Forderungen bei nachfolgender Masseunzulänglichkeit

1 Zur Unterscheidung: Werres, ZInsO 2005, 1239, III.4.; der Verfasser wird künftig die Bezeichnung „Treuhandmodell“ für alle Spielarten benutzen, da es nicht darauf ankommt, ob „Konten“ (und wie viele) verwandt werden.

2 NZI 2005, 530.

3 ZInsO 2005, 561 f.; 2004, 721 f.

4 ZInsO 2005, 1233 ff.

5 S. die zu Fn. 3 – 5 genannten Aufsätze sowie Mönning/Hage, ZInsO 2005, 1185, 1191. In der Praxis, so hört man, ist bei vielen Insolvenzgerichten und Verwaltern (noch) ein entsprechendes Problembewusstsein zu den Risiken und Problemen dieses „Instrumentes“ zu vermissen.

6 Teilweise auch noch in der späteren Phase des eröffneten Verfahrens durch den Insolvenzverwalter.

7 Zur Skizzierung dieses „Treuhandmodells“ bereits: Frind, ZInsO 2003, 778 f.; ders., ZInsO 2004, 470 f.; zur vergütungsrechtlichen Behandlung ders., ZInsO 2004, 840 f.