

Berlin, April 2007
Nr. 22/07
abrufbar unter www.anwaltverein.de

**Stellungnahme
des Deutschen Anwaltvereins
durch den Insolvenzrechtsausschuss**

**zum Entwurf eines Gesetzes
zur Entschuldung völlig mittelloser Personen und
zur Änderung des Verbraucherinsolvenzverfahrens
(Referentenentwurf, Stand: 23.01.2007)**

- Schreiben des BMJ vom 25.01.2007, AZ: RA6 – 3760/7-6-6-1 R3 47/2007 -

Mitglieder des Insolvenzrechtsausschusses:

RA Dr. Klaus Pannen, Hamburg (Vorsitzender)
RA Kolja von Bismarck, Frankfurt a.M.
RA Dr. Joseph Fuchsl, München
RA Dr. Volker Grub, Stuttgart
RA Wolfgang Hauser, Stuttgart (Berichterstatter)
RA Kai Henning, Dortmund (Berichterstatter)
RA Wilhelm Klaas, Krefeld
RA Dr. Manfred Obermüller, Frankfurt a.M.
RA Dr. Klaus Olbing, Berlin
RA Horst Piepenburg, Düsseldorf
RA Rolf Rattunde, Berlin
RA Dr. Jobst Wellensiek, Heidelberg

externe Berichterstatter:

RAin Katrin Wedekind, Lüneburg
Professor Dr. Hugo Grote, Köln
RA Uwe Kuhmann, Bremen
RA Axel Seubert, Stuttgart

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Udo Henke, Berlin

Verteiler:

siehe Deckblatt-Rückseite

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz, Berlin
Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
Bundesnotarkammer, Köln
Deutscher Notarverein e. V., Berlin
Deutscher Richterbund e. V., Berlin
Gravenbrucher Kreis, München/Neu-Ulm
Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V., München
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzender des Forum Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

Presseverteiler:

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.
Redaktion Insolvenzrecht und Vollstreckung / InVo, Bonn
Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP, Köln
Redaktion InDat-Report, Köln
Redaktion Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht / DZWIR, Berlin
Redaktion Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung / NZI, München
Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht / ZInsO, Recklinghausen

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

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 64.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der DAV begrüßt ausdrücklich den jetzt vom BMJ vollzogenen Kurswechsel vom treuhänderlosen Entschuldungsverfahren hin zu dem mit Entwurf vom 23.1.07 vorgestellten neuen Verfahren zur Verbraucherentschuldung. Dieses neue Verfahren verzichtet in den Fällen der Masselosigkeit zwar auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, belässt die Entschuldung aber grundsätzlich im Gesamtvollstreckungsrecht. Damit behält es die Verfahrensteile bei, die sich seit Inkrafttreten der neuen Insolvenzordnung zum 1.1.1999 bewährt haben. Beispielhaft soll hier nur die Wohlverhaltensperiode mit der Einsetzung eines Treuhänders und dem Zwangsvollstreckungsverbot für die Gläubiger genannt werden.

Der DAV warnt aber gleichzeitig ausdrücklich davor, ein Verfahren zu schaffen, dessen Finanzierung nicht gesichert ist. Das jetzige Verfahren ist unbestritten viel zu kostenaufwändig. Eine fundierte und auch nachhaltige Verbraucherentschuldung, die sowohl den berechtigten Gläubigerinteressen, den Interessen der Schuldner und vor allem auch den öffentlichen Interessen gerecht wird, kann es nicht zum Nulltarif geben. Eine angemessene Treuhändervergütung ist daher ebenso erforderlich wie eine dem Aufwand entsprechende Vergütung des anwaltlichen Beraters des Schuldners. Eine Kostenbeteiligung des Schuldners ist vertretbar, sie muss aber zumutbar und kalkulierbar sein. Eine sinnvolle Verbraucherentschuldung braucht weiterhin eine sowohl öffentliche als auch anwaltliche Schuldnerberatung, deren finanzielle Absicherung zu klären ist.

Der DAV hält daher den von einer breiten Praxiszustimmung getragenen, dem Referentenentwurf in den wesentlichen Teilen ähnlichen Alternativentwurf von Grote/Heyer (ZInsO 2006, 1138) für ausgewogener und angemessener. Im Einzelnen möchte der DAV noch zu folgenden Punkten besonders Stellung nehmen¹:

1. Keine Notwendigkeit der Beteiligung eines Gerichtsvollziehers, § 289a Abs. 3-InsO-E
2. Problem des Begriffs „Verfahrenskosten“ in § 289a Abs. 1 InsO-E
3. Zustellungen durch das Insolvenzgericht gem. § 289a InsO-E
4. Versagung der Restschuldbefreiung von Amts wegen, § 290 InsO-E
5. Verschärfung der Versagung der Restschuldbefreiung, §§ 290 InsO-E, 296 InsO-E, 297 InsO-E, 297a InsO-E
6. Bedeutung der außergerichtlichen Verhandlungen, § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO-E
7. Zustimmungsersetzungsverfahren gem. § 309 InsO-E
8. Streichung der §§ 312 – 314
9. Aufhebung der Vorrechte aus § 114
10. Vergütung des Treuhänders
11. Anwaltliche Schuldnerberatung und deren Vergütung

1. Keine Notwendigkeit der Beteiligung des Gerichtsvollziehers, § 289a Abs. 3 InsO-E

Der Entwurf sieht vor, dass der Schuldner seine Vermögensverhältnisse mit dem Gerichtsvollzieher zu erörtern und sie anschließend an Eides statt zu versichern hat. Das Verfahren über den Antrag auf Restschuldbefreiung ruht bis zur Vorlage der Eidesstattlichen Versicherung bei dem Insolvenzgericht, § 289 a Abs. 3 Satz 2 InsO-E.

¹ Vorschriften ohne Bezeichnung sind solche der InsO

Die Einschaltung eines Gerichtsvollziehers wird als nicht sinnvoll erachtet. Schon vom Verfahrensablauf her erschließt sich der Sinn und Zweck seiner Beteiligung nicht. Wird ein Insolvenzantrag gestellt, prüft das Insolvenzgericht von Amts wegen alle Umstände, die für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sind, § 5 Abs. 1. Hierzu gehört insbesondere auch die Prüfung, ob das Vermögen des Schuldners ausreicht, um die Kosten des Verfahrens zu decken. Hat das Insolvenzgericht nach seinen Ermittlungen die Erkenntnis gewonnen, dass aus dem Vermögen des Schuldners eine Kostendeckung nicht zu erreichen ist, weist es den Antrag mangels Masse ab, § 26. Wird die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 26 abgelehnt, steht dem Schuldner die sofortige Beschwerde zu und es kommt zu einer weiteren gerichtlichen Kontrolle. Unverständlich ist daher, warum einem Gerichtsvollzieher die Überprüfung von gerichtlichen Entscheidungen zugewiesen werden soll.

Im Übrigen ist bei der aktuellen Belastung der Gerichtsvollzieher, die schon heute kaum in der Lage sind, innerhalb angemessener Fristen Zwangsvollstreckungsaufträge zu erledigen, eine erhebliche Verfahrensverzögerung zu erwarten, so dass das beabsichtigte flexible, effektive und weniger aufwändige Entschuldungsverfahren schon in der Anfangsphase unnötige Verzögerungen und Belastungen erleidet. Durch die Einschaltung einer „weiteren“ Stelle bei der Vermögensermittlung entsteht ein Reibungsverlust, der sicher nicht im Interesse der Gläubiger und Schuldner liegt.

Schließlich bestehen erhebliche Zweifel daran, dass der Gerichtsvollzieher aufgrund seiner Ausbildung in der Lage ist, insolvenzspezifische Sachverhalte, z. B. gem. §§ 88, 94 ff. oder 129 ff. richtig zu bewerten. Das Gleiche gilt für die Überprüfung der Wirksamkeit von komplexen Abtretungsvereinbarungen.

2. Das Problem der Verwendung des Begriffs „Verfahrenskosten“ in § 289a InsO-E

§ 289a Abs. 1 InsO-E verlangt vom Schuldner den Nachweis des Begleichens der Verfahrenskosten. Hier ist nach Ansicht des DAV die Klarstellung erforderlich, dass der Schuldner nur die Gerichtsgebühren in Höhe von 75 € (Anlage 1 Gerichtskostengesetz Nr. 2310-E) und die Gerichtsvollziehergebühr in Höhe von 40 € (Anlage zum Gerichtsvollzieherkostengesetz Nr. 440-E) zu begleichen hat.

In der Begründung des Referentenentwurfs wird ausgeführt, dass dem mittellosen Schuldner künftig eine begrenzte finanzielle Beteiligung abverlangt werden soll, die jedoch auch von Schuldnern ohne pfändbare Habe ohne größere Mühe aufgebracht werden könne. Die Verfahrenskosten werden dann mit € 75,- beziffert. Offensichtlich meint der Referentenentwurf hier nur die Gerichtsgebühr.

Der insolvenzrechtliche Begriff der Verfahrenskosten des § 54 ist jedoch sehr viel weiter. Neben der Gerichtsgebühr gehören beispielsweise auch die Kosten eines vom Gericht in Auftrag gegebenen Sachverständigengutachtens oder die Kosten der Zustellungen hierzu².

Die Anwendung des § 54 im Rahmen des § 289a InsO-E würde bedeuten, dass der Schuldner auch diese Kosten und bei nachträglicher Einstellung mangels Masse sogar die Kosten eines bereits tätig gewordenen Insolvenzverwalters aufzubringen hätte, bevor er in das Entschuldungsverfahren eintreten kann. In der Begründung des Referentenentwurfs ist zwar erwähnt, dass es sich „aus Kostengründen“ nicht empfehle, in voraussichtlich masselosen Verfahren, bei denen eine Abweisung nach § 26 absehbar sei, ein Gutachten einzuholen, diese Entscheidung obliegt jedoch dem jeweiligen Insolvenzrichter. Da es nach wie vor Insolvenzgerichte gibt, die in jedem Verbraucherverfahren prinzipiell einen Gutachter bestellen, ist hier nach Ansicht des DAV eine Änderung des Entwurfes erforderlich, die diese Kostengefahr bannt und sicherstellt, dass

² vgl. Münch-Komm-InsO-Hefermehl, § 54, Rdnr. 10

der Schuldner tatsächlich nur 115 € (Gerichtskosten und Gerichtsvollziehergebühr) vor Eintritt in das Entschuldungsverfahren zu zahlen hat.

3. Zustellungen durch das Insolvenzgericht gem. § 289b Abs. 1 InsO-E

Die Zustellungsregelung des § 289b Abs. 1 InsO-E wird den Insolvenzgerichten nach Ansicht des DAV große Probleme im Geschäftsstellenbereich bescheren. Die Umsetzung des neuen Verfahrens wird so, auch unter Berücksichtigung des neu gefassten § 8, gefährdet. Bei vorsichtig angenommenen 150.000 Verfahren pro Jahr sind bei durchschnittlich 10 Gläubigern pro Verfahren 1,5 Mill. Zustellungen pro Jahr zu erwarten. Hier sollte angedacht werden, die Zustellung durch eine moderne und zeitgerechte Veröffentlichung im Internet zu ersetzen. Diese Veröffentlichung im Internet könnte zur Sicherung der Gläubigerrechte z.B. verbunden werden mit einer nachzuweisenden Verpflichtung des Schuldners, vor Insolvenzantragstellung die Gläubiger über das beabsichtigte Verfahren zu informieren.

4. Versagung der Restschuldbefreiung von Amts wegen, § 290 InsO-E

Die Einführung der Versagung der Restschuldbefreiung von Amts wegen wird abgelehnt, da diese einen Systembruch darstellen würde, der aus der Sicht des DAV weder sinnvoll noch notwendig ist. Der Gesetzgeber hat das Verfahren der Restschuldbefreiung bewusst gerichtsextenziv gestaltet und die Frage der Versagung als Parteiverfahren in die Hände von Schuldnern und Gläubigern gelegt. Die Hürde der Glaubhaftmachung wurde bewusst zusätzlich gewählt, um insbesondere die Gerichte vor willkürlichen Versagungsverfahren zu schützen. Die Versagung sollte nur in relevanten Fällen möglich sein.

Aus der Begründung des vorliegenden Entwurfs wird nicht ersichtlich, warum von diesem Prinzip abgewichen werden soll. Soweit darauf verwiesen wird, dass die Gläubiger in massearmen Verfahren kein Interesse an einer Versagung haben, ist nicht erkennbar warum dann der Staat an Stelle der Gläubiger tätig werden soll. Hier wird ohne Not in die Gläubigerautonomie eingegriffen. Wenn Gläubiger kein Interesse an einer Versagung der Restschuldbefreiung haben, z. B. weil sie eine Forderung gegen den Schuldner haben, die von der Restschuldbefreiung ausgenommen ist oder auch bei einer Versagung keine Chance auf eine Realisierung der Forderung sehen, gibt es keinen Grund, ihnen die Forderung quasi aufzuzwingen. Soweit zutreffend festgestellt wird, dass eine Antragstellung im mündlichen Verfahren nur im Schlusstermin möglich ist, wird das auch von Seiten des DAV als eine unzumutbare Hürde angesehen, die allerdings durch die vorgesehene Möglichkeit der jederzeitigen schriftlichen Antragstellung ohnehin beseitigt wird.

Die Möglichkeit der Versagung von Amts wegen birgt zudem die Gefahr einer richterlichen Verweigerung der Restschuldbefreiung durch die Hintertür. Nicht nur die Verfassungsbeschwerden eines Insolvenzrichters aus München haben gezeigt, wie groß der Widerstand gegen die Restschuldbefreiung in Teilen der Richterschaft ist. Auch in der Literatur wird dieses Problem bereits gesehen und von einer prinzipiellen Ablehnung der Restschuldbefreiung durch einige Gerichte ausgegangen³.

Die Einschränkung des Rechts zur amtswegigen Versagung auf „offensichtliche“ Versagungsgründe würde einer solchen Gefahr kaum Grenzen setzen, da generell gem. § 5 Abs. 1 ein umfassendes gerichtliches Nachforschungsrecht besteht. Die Folge wäre, dass insbesondere sozial und wirtschaftlich schwache Schuldner den „Ermittlungen“ einzelner Gerichte ausgeliefert wären, da diese strukturell über den schwächsten Rechtsschutz verfügen.

Die vorgesehenen Änderungen würden schließlich zu einem starken Anstieg der Versagungsverfahren führen. Den Schuldnern stehen hierbei Rechtsmittel zu, die wegen der existenziellen Bedeutung der Restschuldbefreiung auch genutzt werden dürften. Die auf der einen Seite durch

³ Stephan, Die Reform des Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens, NZI 2006, 671, 676

das neue Verfahren erreichte Entlastung der Gerichte würde damit auf der anderen Seite ohne Not wieder kompensiert.

5. Verschärfung der Versagung der Restschuldbefreiung, §§ 290 InsO-E, 296 InsO-E, 297 InsO-E, 297a InsO-E

Der DAV fühlt sich nicht berufen, unredlichen Schuldner die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung zu erhalten, gleichwohl sollten einige der beabsichtigten Neuregelungen überdacht werden. Dies auch vor dem Hintergrund, dass ein tatsächlicher Missbrauch der Restschuldbefreiung in beachtenswertem Umfang nicht festzustellen ist. Sicherlich wird jedem Verfahrensbeteiligten ein Fall bekannt sein, in dem der Schuldner die Restschuldbefreiung eigentlich nicht verdient hätte. Auch die spektakulären Fälle der Versagung einer Restschuldbefreiung erzeugen oft eine länger anhaltende Stimmung, sind aber doch Einzelfälle, die nicht als Beleg für zu unterbindenden Missbrauch herangezogen werden sollten. Der Alternativentwurf von Grote/Heyer spricht sich ebenso für eine gemäßigte Anpassung der Versagenvorschriften aus.

Keinen Bedenken begegnet das Vorhaben, in Abänderung des § 290 Abs. 1 S.1 die schriftliche Antragstellung zuzulassen. Auch die Versagung aufgrund nachträglich bekannt gewordener Gründe gem. § 297a InsO-E ist angebracht.

Die weiteren Änderungen sind allerdings nach Ansicht des DAV nicht erforderlich. Die Fristverlängerung durch Einfügung der Vorschriften §§ 290, 297 und 297a in § 290 Abs. 1 Nr. 3 auf 10 Jahre, ist unangemessen. § 290 berücksichtigt bislang ausgewogen, dass sich der Schuldner vor Insolvenzantragstellung in einer Situation befindet, in der Fehler aufgrund der angespannten Finanzsituation und des häufig verlorenen Überblick über die eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse nachsichtiger zu beurteilen sind. Werden Verfahrensverstöße nach Eintritt in die Wohlverhaltensperiode begangen, ist eine strengere Beurteilung angebracht. Dieses System sollte nur durch die Einfügung einer 3-Jahresfrist in § 290 Abs. 1 Nr. 3 ergänzt werden, so wie es der Alternativentwurf von Grote/Heyer oder der Referentenentwurf 2004 zu § 4a Abs. 1 vorsieht bzw. vorgesehen hat.

Der neue Versagenstatbestand des § 290 Abs. 1 Nr. 1a InsO-E ist nicht erforderlich. In seiner jetzt vorgeschlagenen Form wird er zahlreiche Auslegungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten. Die Formulierung „dem Schutz des Eigentums oder des Vermögens zu dienen bestimmt ist“ ist ungenau und zu weit. Auch ist nicht verständlich, warum im Falle der Verurteilung zu einer Geldstrafe ein Mindestmaß von 90 Tagessätzen gesetzt wird, im Falle der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe aber ein solches Mindestmaß fehlt. Ein redaktionelles Versehen wird es schließlich sein, dass § 290 Abs. 1 Nr. 1a-E eine rechtskräftige Verurteilung fordert, § 297 Abs. 1 Nr. 2-E aber eine Verurteilung genügen lässt.

6. Bedeutung der außergerichtlichen Verhandlungen, § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO-E

§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO-E kommt einer Forderung der Praxis nach, wenn er die Vorlage eines außergerichtlichen Schuldenbereinigungsplanes dann nicht mehr verlangt, wenn eine Einigung offensichtlich nicht zu erzielen ist. Die Vorschrift sollte allerdings nach Ansicht des DAV auch von ihrem Wortlaut her die Bedeutung der außergerichtlichen Verhandlungen stärker hervorheben. Ebenso sollte die Entscheidung, wann außergerichtliche Verhandlungen aussichtslos sind, allein der beratenden Person oder Stelle überlassen werden und nicht an starre Bedingungen wie Gläubigeranzahl oder Befriedigungsquote geknüpft werden.

Den außergerichtlichen Verhandlungen vor Insolvenzantragstellung kommt in den Verfahren der natürlichen Personen eine entscheidende Bedeutung zu. Der Gesamtsachverhalt wird hier zum ersten Mal geprüft. Es werden die Verbindlichkeiten und aktuellen Forderungshöhen durch schriftliche Nachfrage bei den Gläubigern ermittelt und eingeholt. Die Forderungen werden rechtlich z.B. im Hinblick auf eine mögliche Verjährung geprüft und anschließend zumeist edw-mäßig erfasst. Das so entstehende Forderungsverzeichnis soll nach § 292a InsO-E in masselo-

sen Verfahren Grundlage der Verteilung von Beträgen bis zu 1.000 € sein. Auch die Vermögensverhältnisse und damit die Frage, ob eine Überschuldung im Sinne der InsO vorliegt, sind zu ermitteln.

Zusätzlich sind mögliche deliktische Forderungen oder das Vorliegen von Versagensgründen gem. § 290 und damit die Sinnhaftigkeit eines Insolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung zu prüfen und mit dem Schuldner zu erörtern. Auch der Schuldner selbst muss nach seinen Lebensverhältnissen gewisse Anforderungen erfüllen, um eine Entschuldung sinnvoll erscheinen zu lassen. Geeignete Person oder Stelle werden daher zumindest aktuelle Suchtproblematiken und das Erfordernis einer gewissen persönlichen Stabilität mit dem Schuldner besprechen.

Schließlich verfügt der Schuldner häufig über kein oder nur ein gepfändetes Girokonto und ist auch in dieser Hinsicht zu unterstützen. Gleiches gilt hinsichtlich des meist entweder zu umfangreichen oder zu dürftigen Versicherungsschutzes.

Diesen zahlreichen Bestandteile der außergerichtlichen Verhandlungen wird die Neuformulierung des § 305 Abs. 1 Nr. 1-E nicht gerecht. Diese neue Vorschrift vermittelt eher den Eindruck, die außergerichtlichen Verhandlungen beschränkten sich in den definierten aussichtslosen Fällen auf ein Prüfen der vom Schuldner vorgelegten Unterlagen und das anschließende Ausstellen der für die Antragstellung erforderlichen Aussichtslosigkeitsbescheinigung. Ein derart außergerichtlich betreuter Schuldner wäre allerdings in keiner Weise auf das Verfahren vorbereitet. Eine nachhaltige Entschuldung dürfte so nicht zu erreichen sein. Auf die Gerichte würden ungeordnete und schlecht vorbereitete Anträge von Schuldner mit einem hohen Informationsbedürfnis zukommen. Der DAV verweist daher auch hier auf den Alternativentwurf von Grote/Heyer, der beispielsweise formuliert, dass die Bescheinigung „auf der Grundlage einer persönlichen Beratung und Prüfung“ auszustellen ist.

7. Zustimmungsersetzungsverfahren gem. § 309 InsO-E

Der DAV begrüßt das neu gestaltete Zustimmungsersetzungsverfahren. Mit diesem wird eine außergerichtliche Einigung erleichtert, da obstruktive Gläubiger überstimmt werden können. Auch dem neuen Zustimmungsersetzungsverfahren fehlt allerdings eine Allgemeingültigkeitsklausel. Denn der entscheidende Nachteil des außergerichtlichen Plans ist in der Praxis die Geltung nur gegenüber den benannten Gläubigern. Der DAV kann nicht nachvollziehen, dass ein Insolvenzplan nach §§ 217ff., der doch regelmäßig weit höhere Forderungen betrifft, gem. § 254 Abs. 1 S. 3 auch gegenüber den nicht benannten Gläubigern gilt, der Plan im Verbraucherverfahren aber nicht. Dies gilt umso mehr, als dass der Referentenentwurf die Streichung des § 312 Abs. 3 vorsieht, jetzt also auch im Verbraucherverfahren ein Insolvenzplan gem. §§ 217ff vorgelegt werden kann.

8. Streichung der §§ 312 bis 314

Der DAV begrüßt die Streichung der §§ 312 – 314 und die damit einhergehende Schaffung eines einheitlichen Insolvenzverfahrens. Die nicht der Praxis entsprechenden Einschränkungen der Rechte des Treuhänders aus § 312 Abs. 3 und § 313 Abs. 3 und 4 werden aufgegeben. Der Insolvenzverwalter hat nunmehr in allen Verfahren die Möglichkeit durch Anfechtung nach §§ 129 bis 147 oder durch Verwertung von mit Absonderungsrechten belasteten Gegenständen gem. § 166, insbesondere abgetretener Forderungen gem. § 166 Abs. 2 Masse zu mehren. Die in Einzelfällen sinnvolle Möglichkeit der Durchführung eines Insolvenzplanes wird nicht mehr formal verbaut. Die Vorschriften des „vereinfachten Verbraucherinsolvenzverfahren“ gingen vom Bild eines insolvenzrechtlich nur mäßig bewanderten Abwicklers aus. Entgegen diesem Bild haben sich in der Praxis spezialisierte Treuhänderbüros entwickelt, welche über das notwendige insolvenzrechtliche Handwerkszeug verfügen.

9. Aufhebung der Vorrechte aus § 114 Abs. 1

Nach Ansicht des DAV sollte das Vorrecht der Abtretungsgläubiger nach § 114 Abs. 1 aufgehoben werden. Es handelt sich hierbei um eine verfehlte Regelung, da der Gesetzgeber 1995 offenbar die Tragweite des § 91 falsch eingeschätzt hatte und davon ausging, dass ohne die Regelung des § 114 Abs. 1 die Abtretung des Arbeits- bzw. Sozialleistungsentgelts des Schuldners während der Gesamtlaufzeit des Verfahrens Vorrang haben würde. Man wollte mit der Regelung Vorrechte begrenzen, hat aber das Gegenteil erreicht, nämlich die Schaffung von Vorrechten. Für eine solche Abweichung vom Grundsatz der *par conditio creditorum* ist aber kein rechtfertigender Grund erkennbar, denn bei der Kreditvergabe haben Entgeltabtretungsklauseln in der Praxis keine krediterhöhende oder zinsbegünstigende Wirkung.⁴

Die Bevorrechtigung bringt in der Handhabung viele Schwierigkeiten und verhindert zunächst außergerichtliche Einigungen zwischen Schuldner und Gläubigern. Dem Bundesministerium für Justiz liegt ein Gutachten des Instituts für Finanzdienstleistungen aus dem Jahr 2001 vor. Darin wird festgestellt, dass nicht bevorrechtigte Gläubiger überwiegend Regulierungspläne ablehnen, die die Abtretungsgläubiger entsprechend der Regelung des geltenden § 114 Abs. 1 in den ersten Jahren bevorzugen. Auf der anderen Seite lehnen nach dieser Untersuchung Abtretungsgläubiger mehrheitlich Pläne ab, in denen diese Bevorrechtigung fehlt. Eine Streichung der Vorrangregelung wird daher zu einer Erleichterung der außergerichtlichen Einigungen und in einem Teil der Fälle auch zu einer Anreicherung der Masse zugunsten der Kostendeckung und der Allgemeinheit der Gläubiger führen.⁵

In der Praxis des eröffneten Verfahrens führt der geltende Abtretungsvorrang ebenfalls zu erheblichen Problemen und Aufwänden. Da dem Abtretungsgläubiger ein Absonderungsrecht zusteht, muss er im Verfahren gem. § 190 wegen des Verbotes der Doppelberücksichtigung dem Treuhänder oder Verwalter seinen Ausfall nachweisen oder ihn schätzen. Hierzu ist er häufig nicht in der Lage, so dass seine Forderung in nicht seltenen Fällen gar nicht im Verzeichnis berücksichtigt wird. Insofern erscheint die Streichung des Vorranges konsequent und notwendig. Auch im zukünftigen Entschuldungsverfahren nach dem vorliegenden Entwurf soll der Vorrang beibehalten werden. Es ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen, wie die Doppelberücksichtigung des Abtretungsgläubigers vermieden werden soll.

10. Die Vergütung des Insolvenzverwalters und Treuhänders

A. Vergütung des Insolvenzverwalters im eröffneten Insolvenzverfahren

Der Referentenentwurf geht konsequenterweise und vom Ergebnis her auch zu Recht bei der Vergütung für alle Verfahren davon aus, dass der degressive Vergütungsberechnungsansatz des § 2 InsVV („Regelvergütung“) nunmehr für alle massereichen Verfahren gilt, da es in Zukunft bei vorhandener Masse nur noch ein einheitliches Verfahren gibt.

Diese konsequente Anwendung einer einheitlichen Vergütungsvorschrift für ein einheitliches Verfahren wird aber dadurch wieder relativiert, dass der vorgeschlagene neue § 3 Abs. 2 Ziffer e InsVV eine Absenkung in einfachen Verfahren vorsieht. Zwar soll diese Regelung ihrem Wortlaut nach für alle Verfahren gelten und würde insoweit den Grundsatz der einheitlichen Behandlung nicht verletzen, in der Begründung heißt es jedoch, dass es „für Kleinverfahren“ diesen neuen Abschlagstatbestand geben soll. Durch die Bezeichnung als „Kleinverfahren“ wird wiederum der zunächst gefundene einheitliche Verfahrensbegriff wieder verlassen, so dass über die Begründung (mit Bezug auf § 5 Abs. 2) die alte Unterscheidung sich zumindest in der Vergütung des Insolvenzverwalters niederschlagen soll. § 5 Abs. 2 ist aber nicht auf „Kleinverfahren“ beschränkt. Der Verweis in der Begründung auf § 5 Abs. 2 geht insoweit fehl, als die Vorschrift des

⁴ Vgl. hierzu *Scholz*, BB 1987, S. 1139 ff.

⁵ Zu den Einzelheiten einer möglichen Regelung vgl. den Alternativentwurf von Grote/Heyer ZInsO 2006, 1138 ff.

§ 5 Abs. 2 InsO keinen Einfluss auf den Umfang der Tätigkeit des Insolvenzverwalters/Treuhänders hat.

Im Übrigen und unabhängig von der falschen Begründung greift die beabsichtigte Neuregelung des § 3 Abs. 2 Ziffer e InsVV in alle in Zukunft eröffneten Regelinsolvenzverfahren - auch die der juristischen Personen - ein und führt den Tatbestand des generellen Abschlages für die Fälle mit geringer oder normaler Insolvenzmasse ein, wenn die Vermögensverhältnisse überschaubar sind und nur wenige Gläubiger im Verfahren anmelden. Dies ist mit dem Sinn und Zweck vorliegenden Gesetzentwurfes nicht vereinbar. Hier wird versucht, ganz offensichtlich unbemerkt unter dem berechtigten Anliegen der sinnvollen Änderung der Entschuldung völlig masseloser Personen, die Vergütungsregelung der InsVV für alle zukünftigen Insolvenzverfahren einzuschränken. Hierfür besteht nach Ansicht des DAV weder Anlass noch Bedarf.

Der Gesetzentwurf verstößt auch in der beabsichtigten Regelung des § 13 InsVV-E gegen die von ihm zunächst aufgestellte Prämisse eines einheitlichen Verfahrens, in dem er die vom BGH verfassungsrechtlich für richtig angesehene Mindestvergütung in Regelinsolvenzverfahren von € 1.000,00 auf € 800,00 kürzt. Die Tatsache, dass in diesen Fällen eine geeignete Stelle dem eigentlichen Regelinsolvenzverfahren vorgeschaltet ist, rechtfertigt keinen Abschlag, da der Umfang der Tätigkeit des Insolvenzverwalters unabhängig von der Tätigkeit der geeigneten Stelle der gleiche ist als ohne deren Einschaltung. Die Tatsache, dass es wahrscheinlicher ist, dass geordnete Unterlagen und Forderungsaufstellungen eingereicht werden, erleichtert dem Insolvenzverwalter seine Arbeit nicht merklich. Die Absicht des Gesetzgebers, die Schuldner zur Einreichung ausreichender und ordnungsgemäßer Unterlagen anzuhalten, ist zu begrüßen. Unverständlich ist, weshalb der in solchen Verfahren dann eingesetzte Insolvenzverwalter für die Tatsache, dass notwendige Voraussetzungen und Selbstverständlichkeiten geregelt werden, weniger Vergütung erhalten soll und damit für den vom Gesetzgeber beabsichtigter Normalfall „abgestraft“ wird. Ob dieses vordergründige Argument des Entwurfes ausreichen wird, um eine verfassungsrechtliche Überprüfung durch den Bundesgerichtshof standzuhalten, erscheint mehr als fraglich.

B. Vergütung des Treuhänders im neuen Verbraucherentschuldungsverfahren

Völlig unzureichend ist nach Ansicht des DAV die beabsichtigte Regelung im Hinblick auf die Vergütung des Treuhänders in masselosen Verfahren (in den sogenannten „Entschuldungsverfahren mit Wohlverhaltensperiodentreuhänder“).

Der Gesetzgeber schreibt eine anlässlich der Einführung des EURO rein tatsächlich gekürzte, im Übrigen seit 1999 bestehende Mindestvergütung für den Treuhänder nach § 293 nunmehr nach 8 Jahren erneut fest. Es wäre Anlass gewesen, auch diese Vergütung den tatsächlichen Steigerungen der Lebenshaltungskosten anzupassen. Deswegen schlagen Grote/Heyer in ihrem Alternativentwurf zu Recht eine angemessene jährliche erhöhte Mindestvergütung von € 120,00 vor.

Da dem neuen „Entschuldungsverfahren“ kein Insolvenzverfahren mehr vorgeschaltet ist, kann der in diesem Verfahren eingesetzte Treuhänder nach § 292a InsO-E logischer Weise auch nicht auf von ihm im bisherigen Verfahren gefertigten Unterlagen und Verzeichnisse zurück greifen. Ohne diese Unterlagen und Verzeichnisse kann er jedoch das neue „Entschuldungsverfahren nicht abwickeln. Unabhängig von der Verteilung wird jeder Treuhänder die ihm bekannt gewordenen Gläubiger edv-mäßig erfassen müssen, um den notwendigen Schriftverkehr mit diesen führen zu können. Nach derzeit geltendem Recht konnte der Treuhänder auf seine Unterlagen aus dem vorgeschalteten eröffneten Insolvenzverfahren, für welches er auch gesondert vergütet wurde, zurückgreifen. Nunmehr hat er diese Unterlagen im Entschuldungsverfahren zusätzlich zu erstellen, ohne das ihm dies in irgendeiner Form vergütet wird. Auch hier regelt der Alternativentwurf von Grote/Heyer dies dadurch angemessen, dass eine einmalige „Eingangsgebühr“ von € 250,00 vom Schuldner aufzubringen ist.

Ebenfalls völlig unzureichend ist die vom Gesetzgeber beabsichtigte Erhöhung der Vergütung um lediglich 2%-Prozentpunkte von 5% auf 7% (bis T€ 25.-) bzw. von 3 % auf 7% (bis T€ 50.-) bei vorzunehmender Verteilung gem. § 14 Abs. 4 InsVV-E. Legt man beispielhaft die Einziehung, Buchung, Verteilung und Dokumentation einer Masse von € 2.500,00 an 5 Gläubiger zu Grunde, so erhält der Treuhänder für die nicht unerheblichen Mehrarbeiten den Vergütungsaufschlag von insgesamt 50,00 €. Für diesen Betrag hat er zusätzlich ein bislang auf Grund des fehlenden vorgeschalteten Insolvenzverfahrens nicht vorhandenes Verteilungsverzeichnis edv-mäßig zu erstellen und zu erfassen. Diese Vergütung ist unangemessen und entspricht in keiner Weise dem Aufwand, den der Treuhänder hat. Dieses ihm zugemutete „Sonderopfer“ wird das Bundesverfassungsgericht bei erster Gelegenheit nach oben korrigieren. Auch hier ist die von Grote/Heyer vorgeschlagene Einführung einer degressiven Staffelung mit höherem Eingangs- und niedrigerem Endsatz gerechter und damit zu bevorzugen. Diese Regelung entspricht der aus der Vergangenheit bewährten Handhabung des § 2 InsVV mit anderen Sätzen und Degressionsstufen.

11. Anwaltliche Schuldnerberatung und deren Vergütung

Anwaltliche Schuldnerberatung wird im Referentenentwurf kaum erwähnt, während die Bedeutung der öffentlichen Schuldnerberatung wiederholt betont wird. Gleichzeitig wird die Beratungshilfevergütung des Anwalts für die Vertretung des Schuldners in den außergerichtlichen Verhandlungen vor Insolvenzantrag in den meisten Fällen faktisch von heute maximal möglichen 560 € (RVG Nr. 2507) auf 60 € herabgesetzt. Damit verkennt der Referentenentwurf nach Ansicht des DAV sowohl die tatsächliche Situation von öffentlicher und anwaltlicher Schuldnerberatung als auch die Bedeutung der außergerichtlichen Verhandlungen vor Insolvenzantragstellung.

A. Anwaltliche Schuldnerberatung

Es gibt in Deutschland kein flächendeckendes Netz öffentlicher Schuldnerberatungsstellen, das den Beratungsbedarf der ca. 7 Millionen Überschuldeten auch nur annähernd decken könnte. Die Wohlfahrtsverbände sind schon seit längerem nicht mehr in Lage, Sozialberatung aus Eigenmitteln, z.B. aus Kirchensteuermitteln, zu finanzieren. Die bestehenden Schuldnerberatungsstellen sind daher so stark überlastet, dass Wartezeiten von 6 Monaten und mehr nicht die Ausnahme, sondern die Regel sind. In vielen Fällen ist es auch nach Ablauf einer Wartezeit nicht gewährleistet, eine Beratung oder Vertretung zu erhalten. Das Angebot der Schuldnerberatungsstellen wird sozialpolitisch verfehlt trotz steigender Verfahrenszahlen noch abgebaut. So ist von 1999 bis 2004 die Anzahl der Schuldnerberatungsstellen in Deutschland von ca. 1200 auf 1050 gesunken⁶. Das Land Hessen hat sich im Jahr 2004 im Rahmen der Haushaltskonsolidierung zur Beendigung der Förderung von Beratungsstellen entschlossen. Gleichzeitig steigt die Zahl der überschuldeten Haushalte und die Anzahl der gerichtlichen Verbraucherinsolvenzverfahren ständig an. Im Jahr 2007 wird mit 125.000 Verbraucherinsolvenzverfahren gerechnet.

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber schon im Jahre 2001 versucht, mit einer Erhöhung der Beratungshilfevergütung Rechtsanwälte zur vermehrten Übernahme von Schuldnermandate zu motivieren. Schuldnerberatungsstellen sollten hierdurch entlastet und ausreichende Hilfsmöglichkeiten für Betroffene sichergestellt werden⁷.

Die Anwaltschaft hat diese Aufgabe angenommen. Schuldnerberatung ist mittlerweile kein Randgebiet anwaltlicher Tätigkeit mehr. Anwälte sind viel stärker an Verbraucherinsolvenzverfahren beteiligt, als gemeinhin vermutet. Nach der ersten jetzt vorliegenden genaueren Untersuchung der außergerichtlichen Verhandlungen vor Insolvenzantragstellung werden ein Drittel der

⁶ Pressemitteilung des Bundesministeriums für Familie, Soziales, Frauen und Jugend vom 18.10.2004, www.bmfsfj.de.

⁷ Schoreit/Dehn, Beratungshilfe/Prozesskostenhilfe, 8. Aufl. § 1 Rn. 12a.

außergerichtlichen Pläne mittlerweile von Anwälten vorgelegt⁸. Eine Aktualisierung dieses Forschungsberichts geht mittlerweile sogar von einem 50%-Anteil aus. Dies bedeutet bei 100.000 Verbraucherinsolvenzverfahren in 2006 die Bearbeitung von ca. 50.000 Verfahren durch Rechtsanwälte. Ohne anwaltliche Schuldnerberatung ist daher ein zumindest halbwegs zufriedenstellendes Beratungs- und Vertretungsangebot für überschuldete Familien und Einzelpersonen überhaupt nicht mehr sicher zu stellen.

Es geht hierbei nach Ansicht des DAV nicht um die Frage, ob die Schuldnerberatung der Kommunen, Kirchen und Wohlfahrtsverbände durch anwaltliche Schuldnerberatung ersetzt werden kann oder sollte. Öffentliche Schuldnerberatung leistet zweifelsohne eine ergänzende psychosoziale und lebenspraktische Hilfe, die die rechtlich ausgerichtete anwaltliche Unterstützung zumeist nicht bieten kann. Andererseits überwiegen in nicht wenigen Verfahren die rechtlichen Fragestellungen, wenn z.B. Immobilienfinanzierungen oder deliktische Forderungen in die Beratung einzubeziehen sind. Anwaltliche Schuldnerberatung und Schuldnerberatung durch öffentlich geförderte Stellen haben daher beide ihre Existenzberechtigung und arbeiten sinnvoller Weise vielerorts bereits konstruktiv zusammen.

B. Vergütung der anwaltlichen Schuldnerberatung

Die Vergütung des Rechtsanwalts kann ein Schuldner, der noch über Restvermögen, nach Abzug des pfändbaren Lohnanteiles genug verbleibendes Nettoeinkommen oder die Hilfe Dritter verfügt, selbst tragen. Für die Vertretung des mittellosen Schuldners in den außergerichtlichen Verhandlungen vor Insolvenzantragstellung muss aber Beratungshilfe bewilligt werden.

Schon die bisher grundsätzlich mögliche Bewilligung von Beratungshilfe gem. RVG Nr. 2502 ff. wird aktuell von den Gerichten immer seltener gewährt. Dies geschieht zumeist mit Hinweis auf eine Entscheidung des BVerfG vom 4.9.2006 (1 BvR 1911/06). Das BVerfG hat festgestellt, dass Beratungshilfe nur dann zu bewilligen ist, wenn eine Beratung und Vertretung durch Schuldnerberatungsstellen nicht möglich ist. Der Nachweis, dass die Schuldnerberatung die Beratung und Vertretung nicht übernehmen kann, ist allerdings trotz des tatsächlich geringen Beratungsangebots oft schwer zu erbringen, da Schuldnerberatungsstellen sich -verständnisweise scheuen, lange Wartezeiten oder Nichtannahmen zu bestätigen, da sie durch solche Bescheinigungen ihr eigenes Ansehen und damit ihre Finanzierung gefährden.

Der Referentenentwurf kürzt nun zu diesen schon bestehenden Einschränkungen praktisch die Beratungshilfevergütung auf generell 60 €, denn in den meisten Verfahren wird nach der Definition des neuen § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO-E eine außergerichtliche Einigung aussichtslos sein. Für eine solche Vergütung kann aber nur noch nach Prüfung vorgelegter Unterlagen eine Bescheinigung über die Aussichtslosigkeit außergerichtlichen Verhandlungen erstellt werden. Jede weitere Vorbereitung wie z.B. Ermittlung der tatsächlichen und aktuellen Verbindlichkeiten, Prüfung des Vorliegens von Versagensgründen gem. § 290, Prüfung deliktischer Forderungen, Beschaffung eines Girokontos, Prüfung bestehender Dauerschuldverhältnisse und Kündigung überflüssigen Versicherungsschutzes müssen entfallen. Diese Bearbeitungsschritte sind z.B. aber auch erforderlich, um die Erfolgsaussichten des neuen Zustimmungseretzungsverfahrens gem. § 309 InsO-E prüfen zu können, das unnötige Insolvenzverfahren verhindern und so die Gerichte entlasten soll.

Der Schuldner wird nach Erhalt dieser Bescheinigung in Ermangelung eines anderen Hilfsangebotes mit einem selbst ausgefüllten Formular Insolvenzantrag stellen. Diese unprofessionellen Anträge werden eine erhöhte Bearbeitungszeit der Gerichte verursachen.

⁸ Der außergerichtliche Einigungsversuch im Verbraucherinsolvenzverfahren, Heuer u.a., Forschungsberichte des Instituts für Soziologie der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle 2005, S. 21; ebenso: Litschke, Die Nutzung des Verbraucherinsolvenzverfahrens, Diplomarbeit Christian-Albrechts-Universität Kiel 2000, S.28

Es ist daher nach Ansicht des DAV eine grundsätzliche Neugestaltung der hier betroffenen Beratungshilfeschichten erforderlich, der auch Missbrauch verhindern muss. Beratungshilfe für eine anwaltliche Vertretung in außergerichtlichen Verhandlungen vor einem Insolvenzantrag sollte bewilligt und ausgezahlt werden,

- wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen vorliegen,
- wenn anschließend auch tatsächlich ein Insolvenzantrag gestellt wurde.

Gleichzeitig sollten die bisherigen Pauschalen nach RVG Nrn. 2504ff. angemessen gekürzt werden, wenn auf die Erstellung und Übersendung eines Planes verzichtet wird.