

ZInsO-Aufsätze

Rechnungslegung und Schlussrechnungsprüfung

von Rechtsanwalt Jörn Weitzmann, Hamburg

Institutionelle Gläubiger berichten, dass einzelne Insolvenzgerichte dazu übergegangen seien, sämtliche, oder zumindest einen erheblichen Prozentsatz der Schlussrechnungen auch in kleineren Verfahren durch externe Sachverständige prüfen zu lassen.¹ Die wirtschaftlichen Folgen in einigen Insolvenzverfahren sind nachhaltig. Berichtet wird von Gebühren in 5-stelliger Höhe. Da das Insolvenzgericht die Kosten der Schlussrechnungsprüfung dem Insolvenzverfahren belastet, führt dieses zu einer erheblichen Minderung der Masse; teilweise werden Verfahren nachträglich masseunzulänglich und/oder massearm. Die Praxis einiger Insolvenzgerichte, die Schlussrechnungsprüfung praktisch vollständig auf einen Sachverständigen zu übertragen, soll hier auf ihre Zulässigkeit untersucht werden.

1. Rechtlicher Rahmen

Die Rechnungslegungspflichten des Insolvenzverwalters sind in der InsO nur rudimentär geregelt. Die sich u.a. aus §§ 156, 151 – 153, 66 InsO ergebenden Pflichten des Insolvenzverwalters betreffen die interne Rechnungslegung, während § 155 InsO die externe Rechnungslegung betrifft.

§ 66 InsO ist nahezu unverändert aus den §§ 71 DE, 71 RefE und 76 RegE übernommen worden. Die Vorschrift folgt im Wesentlichen den Regelungen des bisherigen Rechts. Die mit der Anerkennung der Schlussrechnung des Verwalters nach bisherigem Recht, § 86 Satz 3, 4 KO verbundene Präklusionswirkung ist in das geltende Recht jedoch nicht übernommen worden, weil die Gläubiger nach Ansicht des Gesetzgebers überfordert würden, wenn von ihnen verlangt würde, binnen der kurzen Zeit der Auslegung der Rechnungslegung die Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung des Verwalters festzustellen. Dem Bedürfnis des Verwalters, nicht auf unabsehbare Zeit im Unklaren über mögliche Ersatzpflichten zu bleiben, werde durch die Verjährungsregelung (§ 62 InsO) in angemessener Weise Rechnung getragen.²

Die in jüngster Zeit publik gewordenen Verfehlungen bei Insolvenzabwicklung waren Anlass über eine gesetzliche Konkretisierung der Rechnungslegungspflichten nach § 66 InsO nachzudenken.³

2. Sinn und Zweck der Schlussrechnungslegung

Das Insolvenzverfahren dient als gesetzliches Ordnungsverfahren der Haftungsverwirklichung und der Sanierung. Dem Insolvenzverwalter obliegt als Partei kraft Amtes die Verwaltung und Verwertung sowie die Berichterstattung der Istmasse zur Sollmasse. Der Insolvenzverwalter wird dabei nach h.M. auf Grundlage eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen dem Insolvenzverwalter und den Beteiligten tätig.⁴ Das Rechtsverhältnis hat für den Insolvenzverwalter fiduziarischen Charakter. Daraus folgt, dass der Insolvenzverwalter bei Beendigung der Tätigkeit Rechenschaft ablegen muss.⁵ Der Insolvenzverwalter soll darlegen, dass und wie er seiner Pflicht zur Verwaltung genügt hat.⁶

Die Schlussrechnung hat den Verfahrensbeteiligten ein vollständiges Bild von der Tätigkeit des Insolvenzverwalters zu vermitteln und für die Verfahrensbeteiligten

sämtliche notwendigen Informationen bereitzustellen, die sie für die Beurteilung und zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit benötigen.

Die Schlussrechnung ist vom Gericht zu prüfen und für die Beteiligten mit einem entsprechenden Prüfungsvermerk auszulegen. Die Schlussrechnung muss die Gläubigerversammlung in die Lage versetzen, sich von der ordnungsgemäßen Abwicklung zu überzeugen⁷ oder gegenüber dem Insolvenzverwalter Haftungsansprüche durchzusetzen.⁸ Gleichzeitig dient die Schlussrechnung als Bemessungsgrundlage für die Insolvenzverwaltervergütung.

3. Inhalt und Umfang der Rechnungslegungspflichten des Insolvenzverwalters

Die Schlussrechnung baut auf der laufenden Rechnungslegung des Verwalters und den vorgelegten Berichten und Verzeichnissen auf.

Rechenschaft ablegen heißt, zunächst einmal Rechnung zu legen, d.h. eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und/oder Ausgaben mitzuteilen, die in verständlicher, der Nachprüfung zugänglicher Kundgebung der Tatsachen besteht.⁹ In der Praxis besteht die Schlussrechnung üblicherweise aus einer Einnahmen- und Ausgabenrechnung und (nicht zwingend) einer Insolvenzschlussbilanz, die durch die bilanzielle Gegenüberstellung mit den Wirtschaftsgütern der Insolvenzeröffnungsbilanz die Verfahrensabwicklung bilanztechnisch darstellen soll.¹⁰ Die Rechnungslegung, d.h. die Buchführung, muss so beschaffen sein, dass ein sachverständiger

1 Vgl. auch Heyrath, ZInsO 2005, 1092, 1095.

2 Balz/Landfermann, Materialien, S. 146; Kübler/Prütting/Onusseit, InsO, § 66 Rn. 1.

3 Vgl. GAVI Entwurf, <http://www.insolvenzrecht.de/inhalte/materialien/diskussion/>.

4 Vgl. Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 1; Kübler/Prütting/Liike (Fn. 2), § 60 Rn. 12, HambKomm-InsO/Weitzmann, § 60 Rn. 1.

5 Zur eingeschränkten Rechnungslegungspflicht der Erben vgl. Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetz, 17. Aufl., Anm. 1c; Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 4), § 66 Rn. 70; a.A. MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 55.

6 MünchKomm-InsO/Krüger, § 259 Rn. 6; Hinz, in: Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, B 100 Rn. 5; HambKomm-InsO/Weitzmann, § 66 Rn. 1.

7 Anders als nach der KO ist mit der Abhaltung des Schlusstermines keine Entlastungswirkung verbunden, vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 162 Rn. 6.

8 BK-InsO/Blersch, § 66 Rn. 3; MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 3; AG Göttingen, ZInsO 2006, 50.

9 MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 9.

10 Braun/Kind, InsO, § 66 Rn. 9; MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 11.

diger Dritter die Buchführung ohne Schwierigkeiten übersehen und nachprüfen kann, dass sämtliche Geschäftsvorfälle richtig und vollständig aufgezeichnet worden sind. Die insolvenzrechtliche Rechnungslegung ist eine pagatorische Buchhaltung, auf welche die GoB nur eingeschränkt Anwendung finden.¹¹ Die Rechnungslegung umfasst sämtliche vom Insolvenzverwalter abgewickelten Zahlungsströme, auch die auf Treuhandkonten verwahrten Beträge. Mit Treuhandkonten sind diejenigen Treuhandkonten gemeint, die der (vorläufige) Insolvenzverwalter und/oder ein von ihm beauftragter Dritter einrichtet, um Leistungen im Rahmen einer Betriebsfortführung abzurechnen.¹²

Die Anforderungen an die Schlussrechnung sind gesetzlich nicht konkret fixiert. Sie lassen sich jedoch im Rückgriff auf die bestehende insolvenzrechtliche Praxis¹³ und teleologischen Anforderungen ausreichend konkretisieren. In Rechtsprechung und Literatur hat sich eine einheitliche Meinung herausgebildet, welche Mindestanforderungen an eine ordnungsgemäße Schlussrechnungslegung zu stellen sind.¹⁴

Die Schlussrechnung verlangt vom Insolvenzverwalter einen Tätigkeitsbericht, hier auch Rechenschaftslegung benannt. Daneben besteht die geordnete Schlussrechnung noch aus einer Einnahme-Überschussrechnung, ggf. einer Insolvenzschlussbilanz, dem Schlussverzeichnis und dem Schlussbericht. Die Schlussrechnung muss ein vollständiges Bild der gesamten Tätigkeit des Verwalters gewähren. Danach gehört zur Schlussrechnungslegung der Schlussbericht, (Tätigkeitsbericht als Rechenschaftsbericht), eine Einnahmen-/Ausgaben- bzw. Überschussrechnung, eine (fakultative) Schlussbilanz und das Schlussverzeichnis sowie das Verteilungsverzeichnis. Die Rechnungslegung, d.h. die Buchführung muss so beschaffen sein, dass ein sachverständiger Dritter die Buchführung ohne Schwierigkeiten übersehen und nachprüfen kann und dass sämtliche Geschäftsvorfälle richtig und vollständig aufgezeichnet worden sind.¹⁵

Nicht verwertbare Gegenstände sind anzugeben. Die Schlussrechnung ergibt sich aus der laufenden Buchhaltung.¹⁶ Sämtliche Einnahmen und Ausgaben müssen chronologisch verbucht sein. In die Rechnung sind alle Konten und Kassen des Verfahrens, einschl. ggf. extern geführter Treuhandkonten, einzubeziehen. Fremdbuchhaltungen sind vorzulegen, sofern der Sachverhalt nicht originär in der pagatorischen Rechnungslegung erfasst wurde. Zu allen rechnerischen Belegen (Kontoauszug etc.) muss je ein sachlicher Beleg (Verträge, Rechnungen etc.) vorhanden sein.¹⁷ Die Berichterstattung führt durch die Verwertungsmaßnahmen sowie die unternommenen Maßnahmen der Berichtigung der Ist- zur Sollmasse. Verfahrenswesentliche Vorgänge sind zu erläutern. Die Rechnungslegung ist eine Dokumentationsrechnung und keine Entscheidungsrechnung.¹⁸ Sie ist eine Rechenschaftslegung des Insolvenzverwalters und nicht der Unternehmung; handelsrechtliche Regelungen kommen deshalb nur eingeschränkt zur Anwendung.¹⁹

Die Schlussrechnung knüpft an das Inventar und die Insolvenzeröffnungsbilanz an und muss erkennen lassen,

welche Aus- und Absonderungsrechte beansprucht, festgestellt und bedient worden sind, sowie welche Gegenstände freigegeben und wie Massegegenstände verwertet wurden. Auch nicht verwertbare Gegenstände sind anzugeben. Die Schlussrechnung wird aus der laufenden Buchhaltung entwickelt.²⁰ Sämtliche Einnahmen und Ausgaben müssen chronologisch verbucht sein. In die Rechnung sind alle Konten und Kassen des Verfahrens, einschließlich ggf. extern geführter Treuhandkonten einzubeziehen. Fremdbuchhaltungen sind vorzulegen, sofern der Sachverhalt nicht originär in der pagatorischen Rechnungslegung erfasst wurde. Zu allen rechnerischen Belegen muss ein sachlicher Beleg vorhanden sein.²¹

Die Anforderungen an die Rechnungslegung sind unabhängig davon, ob das Insolvenzverfahren eingestellt oder aufgehoben wurde. Die interne Rechnungslegungspflicht ergibt sich unmittelbar aus dem fiduziarischen Charakter des Rechtsverhältnisses.

Die darüber hinausgehende Rechenschaftslegung, d.h. der Tätigkeitsbericht des Insolvenzverwalters, wird jedoch nach Art und Umfang durch das berechtigte Informationsinteresse der Beteiligten konkretisiert. Rechenschaftslegung und Rechnungslegung haben „dienende Funktion“.²² Die Schlussrechnung hat den Verfahrensbeteiligten ein vollständiges Bild von der Tätigkeit des Insolvenzverwalters zu vermitteln und für die Verfahrensbeteiligten sämtliche notwendigen Informationen bereitzustellen, die sie für die Beurteilung und zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit benötigen.

4. Rechnungslegung und Kontrolle im laufenden Insolvenzverfahren

Das Insolvenzverfahren ist ein gläubigerdominiertes Verfahren, welches unter der Aufsicht des Insolvenzgerichtes steht.²³ Das Gericht kann jederzeit einzelne Auskünfte oder einen Bericht über den Sachstand und die Geschäftsführung vom Insolvenzverwalter verlangen, § 58 Abs. 1 Satz 2 InsO. Eines besonderen Anlasses für die Einforderung von Auskünften bedarf es nicht.²⁴

Der Insolvenzverwalter hat nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Masse sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen, zu

11 Uneingeschränkt sind die Grundsätze der Vollständigkeit, Richtigkeit und Klarheit anzuwenden.

12 Vgl. Hamburger Leitlinien, ZInsO 2004, 24; HambKomm-InsO/Frind, § 58 Rn. 5.

13 Die in § 66 geregelte Vorschrift entspricht inhaltlich der Vorgängervorschrift zur KO.

14 Vgl. BK-InsO/Blersch, § 66 Rn. 5; Kübler/Prütting/Onusseit (Fn. 2), § 66 Rn. 12 ff.; MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 3, 6 ff.

15 HambKomm-InsO/Weitzmann, § 66 Rn. 4.

16 Vgl. schon zur KO Kilger/K. Schmidt (Fn. 5), § 86 KO Anm. 1a.

17 MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 10; HambKomm-InsO/Weitzmann, § 66 Rn. 5.

18 Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 4), § 66 Rn. 8.

19 K. Schmidt, Liquidationsbilanzen, S. 25; Pink, Insolvenzschriftslegung, S. 73; Klein, Handelsrechtliche Rechnungslegung in Insolvenzverfahren, S. 354.

20 Kilger/K. Schmidt (Fn. 5), § 86 KO Anm. 1a.

21 MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 10.

22 Winnefeld, Bilanzhandbuch, Einführung, Rn. 20, 40 ff.; Hinz (Fn. 6), B 100 Rn. 1; Heyrath, ZInsO 2005, 1092, 1094.

23 Kübler/Prütting/Prütting (Fn. 2), § 1 Rn. 14 ff.; MünchKomm-InsO/Gößmann, § 69 Rn. 1.

24 Runkel/Runkel, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, § 5 Rn. 197.

sichern und die erforderlichen Verzeichnisse anzufertigen, §§ 148, 151, 153 InsO. Im Berichtstermin hat er über die wirtschaftliche Lage zu berichten. Bei besonders bedeutsamen Rechthandlungen hat er die Zustimmung des Gläubigerausschusses, soweit ein solcher nicht bestellt ist die der Gläubigerversammlung einzuholen. Der Insolvenzverwalter hat revolvierend nach Vorgabe des Gerichtes Zwischenberichte vorzulegen, § 58 Abs. 1 InsO. Weitergehend kann auch eine Zwischenrechnung verlangt werden, § 66 Abs. 3 InsO. Die Informationsrechte der absonderungsberechtigten Gläubiger werden u.a. durch § 167 InsO gestärkt. Den Aussonderungsberechtigten ist der Insolvenzverwalter zur Auskunft über den Verbleib und etwaige Verarbeitungen der mit Drittrechten belegten Gegenstände verpflichtet.²⁵ Der Insolvenzverwalter ist den Beteiligten ggü. für die Beachtung der ihm auferlegten Pflichten verantwortlich, § 60 InsO. Den Insolvenzverwalter treffen darüber hinaus insolvenzspezifische Anzeige-, Auskunfts- und Aufklärungspflichten.²⁶

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen, § 69 InsO. Sie haben sich über den Gang der Geschäfte zu unterrichten sowie Bücher und Geschäftspapiere einzusehen und den Geldverkehr und -bestand prüfen zu lassen. Diese Prüfungspflicht reicht weiter als die des Insolvenzgerichtes. Sie erstreckt sich auch auf die Zweckmäßigkeit und die Wirtschaftlichkeit des Verwalterhandelns.²⁷ Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind den absonderungsberechtigten Gläubigern und den Insolvenzgläubigern zum Schadenersatz verpflichtet, wenn sie schuldhaft die Pflichten verletzen, die ihnen nach diesem Gesetz obliegen.

5. Haftungsbegründende Sachverhalte

Das BMJ hat sich z.Zt. mit einer Eingabe zu befassen, welche auf die verstärkte Tendenz hinwies, die Prüfung der Schlussrechnung des Insolvenzverwalters, die nach § 66 Abs. 2 dem Insolvenzgericht obliegt, durch externe Prüfer begutachten zu lassen. Die Folgen dieser Prüfungen seien gravierend: Die Kosten für die Prüfungen würden teilweise einen 5-stelligen Betrag erreichen. Die Überwälzung dieser Kosten auf die Insolvenzmassen würde dazu führen, dass häufig die Prognoserechnungen im Planverfahren zusammenbrechen würden, in kleineren Verfahren verursachten die „Kosten“ Masseunzulänglichkeit oder zerstörten die von den Gläubigern bereits beschlossene Einstellung gem. § 213 InsO, weil die für die Zustimmung gebotene Quote nicht mehr dargestellt werden könne.

Ursache dieses Handelns mag sowohl in den in jüngerer Zeit vermehrt berichteten Pflichtenverstößen und strafbaren Handlungen, wie auch in einer erheblichen Arbeitsbelastung der Insolvenzgerichte liegen.²⁸

Die haftungsbegründenden Sachverhalte lassen sich grob in „einfache Schlechtleistung“ und fraudulöses Verhalten unterteilen, auch wenn die Grenzen bisweilen fließend sind.²⁹ Bei Fällen „einfacher Schlechtleistung“ liegt ein Verstoß gegen die originären insolvenzrechtlichen Pflichten nach §§ 60, 61 InsO und/oder spezialgesetzliche Normen vor. Diese Sachverhalte belasten – bei

richtiger Abwicklung – nicht die Masse, sondern den haftenden Insolvenzverwalter. Problematischer sind die Fälle fraudulösen Verhaltens. Bei ihnen stößt kriminelle Energie auf die Kontrollmechanismen der InsO.

Bei einer systemischen Analyse der Sachverhalte stellt sich die Frage, ob das Kontrollsystem oder die Kontrolleure versagt haben. Für eine genauere Betrachtung lassen sich die Fälle weiter untergliedern, in Sachverhalte,

- a) bei denen offen gegen insolvenzrechtliche Normen verstoßen wurde (bspw. Insolvenzsammelanderkonten, offen insolvenzzweckwidrige Verfügungen),³⁰
- b) die nicht offen gelegt wurden (bspw. Vermeidung der Vorlage von Massebestandsnachweisen) und solche,
- c) die bewusst vertuscht wurden (Vorlage gefälschter Kontoauszüge etc.).

Während im Fall lit. a) ein Fehlverhalten der Kontrolleure nahe liegt, ist dieses in den nachfolgenden Fällen nicht a priori indiziert. Dieses wäre in der Fallgruppe lit. b) nur dann der Fall, wenn der Insolvenzverwalter gegen Offenlegungspflichten verstoßen und die Kontrolleure dieses pflichtwidrig nicht erkannt haben. Auch im Fall lit. c) wäre ein Verschulden nur gegeben, wenn die Kontrolleure dieses hätten erkennen können.

6. Art und Umfang der Aufsicht während des laufenden Verfahrens

Der Insolvenzverwalter steht unter der Aufsicht des Insolvenzgerichtes. Er ist den Beteiligten für die Erfüllung der insolvenzrechtlichen Pflichten verantwortlich. Für deren Verletzung haftet er unmittelbar. Ist ein Gläubigerausschuss berufen, hat er den Insolvenzverwalter zu unterstützen und zu überwachen. Nach allg.A. reichen die Prüfungspflichten des Gläubigerausschusses weiter als die des Insolvenzgerichtes.³¹ Sie erstrecken sich im Hinblick auf § 69 InsO auch auf die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit des Verwalterhandelns. Dem Gläubigerausschuss obliegt es, die Handlungen und Entscheidungen des Insolvenzverwalters im Hinblick auf die formelle und materielle Richtigkeit sowie die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Die Prüfung ist Ausdruck der dem Gläubigerausschuss obliegenden Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle.³²

Demgegenüber obliegt dem Gericht kein allgemeines materielles, d.h. auch auf Prüfung der Zweckmäßigkeit, Richtigkeit, Angemessenheit der Amtsführung gerichtliches Prüfungsrecht. Der Verwalter ist in der Amtsführung frei und nicht der Weisung des Gerichts unter-

25 Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 4), § 47 Rn. 102; HambKomm-InsO/Büchler, § 47 Rn. 70.

26 Vgl. Mohrbutter/Ringstmeier/Mohrbutter, Handbuch der Insolvenzverwaltung, § 33 Rn. 44.

27 Mohrbutter/Ringstmeier/Voigt-Salus/Pape (Fn. 26), § 21 Rn. 243 m.w.N.; Bork/Koschmieder/Zimmer, Fachanwaltshandbuch Insolvenzrecht, 4.20 ff.

28 BMJ, Schreiben v. 1.3.1997; Heyrath, ZInsO 2005, 1092, 1095; Heyrath/Schmerbach, ZInsO 2004, 372.

29 Vgl. Frind, ZInsO 2006, 182 zu den einzelnen Verstößen.

30 OLG Rostock, ZInsO 2004, 814; Müsezahl, ZInsO 2006, 580 ff.; Heyrath, ZInsO 2006, 1192, 1197.

31 Mohrbutter/Ringstmeier/Voigt-Salus/Pape (Fn. 26), § 21 Rn. 243; Kübler/Prütting/Lüke (Fn. 2), § 58 Rn. 11; Frege/Riedel, Schlussbericht und Schlussrechnung, Rn. 275.

32 Frege/Riedel (Fn. 31), Rn. 275.

worfen; dieses Weisungsrecht würde jedoch durch ein solches materielles Prüfungsrecht eingeführt werden.³³ Der Übergang von der Zweck- zur Pflichtwidrigkeit ist fließend,³⁴ wobei eine kleinliche Überwachung über die Rechtmäßigkeit hinaus fehl am Platz ist.³⁵ Das Gericht ist „Hüter der Rechtmäßigkeit des Verfahrens“.³⁶ Eine alles umfassende Gerichtsaufsicht würde ansonsten aus dem Institut der Gläubigerselbstverwaltung ein administratives Verfahren mit hohem staatlichen Haftungsrisiko machen und damit einen nicht mehr leistbaren Arbeitsaufwand der Gerichte verlangen.³⁷ Es entspricht somit dem gesetzlichen Leitbild, dass die gerichtliche Aufsicht primär Rechtsaufsicht ist.

Diese Verantwortungsabstufung entspricht dem Grundsatz, dass Handlungsmöglichkeit und Haftung zwei Seiten einer Medaille sind.³⁸ Ist ein Gläubigerausschuss bestellt, und nimmt dieser die Aufgaben wahr, kann dieses zu einer Reduzierung der Aufsichtspflicht des Insolvenzgerichtes führen.³⁹

Das Insolvenzgericht kann nach pflichtgemäßem Ermessen selbst entscheiden, welche Kontrollmaßnahmen es nach Art und Umfang für geeignet, erforderlich und für den Insolvenzverwalter zumutbar erachtet.⁴⁰ Das Gericht hat darauf zu achten, dass der rechtliche Rahmen für eine ordnungsgemäße Verfahrensabwicklung eingehalten wird. In der Literatur wird dazu ein buntes, nicht abschließendes Bündel an Maßnahmen genannt. Dazu gehören u.a. Kassenprüfung, Prüfung der Konten durch Einsichtnahme in Bankbelege, Schlüssigkeitsprüfung des Berichtes des Insolvenzverwalters, Kontrollanfragen bei Insolvenzverwalter und Dritten, Prüfung der Verzeichnisse etc.

Eine erst nach Abschluss der Verwertung einsetzende Kontrolle des Verwalterhandelns im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung kommt regelmäßig zu spät. Das fraudulöse Verhalten liegt regelmäßig längere Zeit zurück. Wenn der Insolvenzverwalter gleichartige Handlungsstrukturen in verschiedenen Verfahren angewandt hat, ist zudem zu befürchten, dass bei ihm eine wirtschaftliche Erschöpfung und Insolvenz eintritt. Eine erst mit der Schlussrechnung verbundene Kontrolle des Verwalterhandelns entfaltet darüber hinaus keine – oder nur geringe – präventive Wirkungen. Der fraudulös handelnde Verwalter wird den Verfahrensabschluss herausgeschoben und zu Berichtsterminen nur die „Wandermasse“⁴¹ zeigen.

Wenn das Gericht darüber hinaus auf die Vorlage von Kontoauszügen und fortgeschriebenen Einnahme-Ausgabenrechnungen als Mindestvoraussetzungen einer Zwischenberichterstattung⁴² verzichtet, erleichtert es unbewusst doloses Verhalten. Auch wenn die Arbeitsbelastung der Insolvenzgerichte hoch ist, ist es möglich, durch wenige Maßnahmen eine höhere Kontrolldichte und Prävention zu erreichen.⁴³ Im Rahmen der Zwischenberichterstattung sollte die Vorlage einer fortgeschriebenen Einnahmen- und Ausgabenrechnung mit den zuletzt erteilten Belegen (zumindest in Kopie) obligatorisch sein. Wenn stichprobenartig vom Verwalter alle zwischen den Berichtsterminen erteilten Kontoauszüge abgefordert werden, können „Wandermassen“ leicht entdeckt werden. Auch die Abforderung von Bestandsnachweisen in verschiedenen (massehaltigen) Verfahren kann zur Aufde-

ckung von „Wandermassen“ führen. Spricht sich herum, dass ein Insolvenzgericht regelmäßig auch qualifizierte Stichproben der v.g. Art vornimmt, kann auch diesen eine gewisse präventive Wirkung zukommen.

Ob der Schaffung einer direkten Einsichtsmöglichkeit des Insolvenzgerichtes in die Anderkonten des Insolvenzverwalters⁴⁴ die gleiche Abschreckungswirkung und Transparenz zukommt, muss bezweifelt werden. Aufgrund der Sach- und Personalausstattung droht den Insolvenzgerichten ein „informativischer Overkill“. Sie werden kaum in der Lage sein, die Prüfungen neben ihrem Tagesgeschäft zeitnah zu erledigen.⁴⁵ Darüber hinaus wird das Ergebnis der Einsicht für die Gläubiger nicht dokumentiert. Eine zur Insolvenzakte gereichte Dokumentation, die gläubigeröffentlich ist, ist deshalb vorzuziehen. Die Häufigkeit der Kontrollen und die Kontrolldichte kann von verschiedenen Faktoren und Prüfungsroutinen abhängig sein, und ist deshalb schwerer von fraudulös Handelnden zu antizipieren.⁴⁶

Neben der Größe des Verfahrens ist es vor allem die Frage, ob ein Gläubigerausschuss bestellt wurde. Vor allem in Großinsolvenzen muss sich das Gericht auf die größere Sachkunde des Gläubigerausschusses verlassen können. Wird eine Maßnahme oder Unterlassung des Insolvenzverwalters vom Gläubigerausschuss gebilligt, darf das Gericht regelmäßig unterstellen, dass es sich um keine insolvenzzweckwidrige Maßnahme handelt.⁴⁷

Wenn das Gericht einen unerprobten Verwalter einsetzt, kann eine erhöhte Beobachtungsintensität angezeigt sein. Gleiches gilt, wenn der Verwalter bereits im laufenden Verfahren Pflichtwidrigkeiten begangen hat, die aber nicht zu einer Abberufung führten.⁴⁸

33 Zur KO *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 5), § 86 Anm. 5a; *Uhlenbruck/Uhlenbruck* (Fn. 4), § 58 Rn. 6; *Frind*, ZInsO 2006, 182 f.

34 *MünchKomm-InsO/Graeber*, § 58 Rn. 39.

35 Allg.A. *MünchKomm-InsO/Graeber*, § 58 Rn. 38 ff.; *Uhlenbruck/Uhlenbruck* (Fn. 4), § 58 Rn. 6.

36 BVerfG, ZIP 1993, 683; *Mohrbutter/Ringstmeier/Voigt-Salus/Pape* (Fn. 26), § 21 Rn. 44; *Bork/Koschmieder/Zimmer* (Fn. 27), 4.20; BK-InsO/*Blersch*, § 58 Rn. 4; *Nerlich/Römermann/Delhaes*, InsO, § 58 Rn. 1, 5.

37 *Mohrbutter/Ringstmeier/Voigt-Salus/Pape* (Fn. 26), § 21 Rn. 44; *Uhlenbruck/Uhlenbruck* (Fn. 4), § 58 Rn. 2, 4; vgl. a. *Frind*, ZInsO 2006, 182 f.; *Heyrath*, ZInsO 2005, 1092, 1095; *Heyrath/Schmerbach*, ZInsO 2004, 372, die auf die hohe Belastung der Gerichte hinweisen.

38 Vgl. zur Parallelproblematik von Handlung und Haftung bei der Testamentsvollstreckung RGZ 170, 392, 394 f.; BHGHZ 24, 106, 112 f.; BGH, BB 1996, 1128 f.

39 *Uhlenbruck/Uhlenbruck* (Fn. 4), § 58 Rn. 4 weist zutreffend darauf hin, dass wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, bei ordnungsgemäßer Kassenprüfung im Regelfall keine Veranlassung für eine zusätzliche Prüfung durch das Gericht besteht. *Kübler/Prütting/Liike* (Fn. 2), § 58 Rn. 7; str. a.A. *Braun/Kind* (Fn. 10), § 58 Rn. 1; *Bork/Koschmieder/Zimmer* (Fn. 27), 4.23; *MünchKomm-InsO/Graeber*, § 58 Rn. 15.

40 *Nerlich/Römermann/Delhaes* (Fn. 36), § 58 Rn. 4; *Uhlenbruck/Uhlenbruck* (Fn. 4), § 58 Rn. 5.

41 Gemeint ist das Verschieben von Liquidität unter den Massen um zum Berichtstermin einen entsprechenden Liquiditätsausweis zu zeigen.

42 Die Erstattung von Zwischenberichten ist nicht mit der Zwischenrechnungslegung zu verwechseln.

43 Womit nicht eine genügende Personal- und Sachausstattung der Insolvenzgerichte obsolet wird, vgl. *HambKomm-InsO/Frind*, § 58 Rn. 3.

44 *HambKomm-InsO/Frind*, § 58 Rn. 2.

45 *Frind*, ZInsO 2006, 182 f.; *Heyrath*, ZInsO 2005, 1092, 1095; *Heyrath/Schmerbach*, ZInsO 2004, 372 die auf die hohe Arbeitsbelastung der Gerichte hinweisen. Bereits heute zieht sich die Schlussrechnungsprüfung über Monate hin; BK-InsO/*Blersch*, § 58 Rn. 7.

46 *MünchKomm-InsO/Graeber*, § 58 Rn. 15.

47 *Uhlenbruck/Uhlenbruck* (Fn. 4), § 58 Rn. 2; *Kübler/Prütting/Liike* (Fn. 2), § 58 Rn. 8.

48 *Kübler/Prütting/Liike* (Fn. 2), § 58 Rn. 9; BK-InsO/*Blersch*, § 58 Rn. 6; *MünchKomm-InsO/Graeber*, § 58 Rn. 18.

Auch verfahrenübergreifende, systemische Prüfungen, etwa das gleichzeitige Abfordern von Bestandsnachweisen in mehreren Verfahren auf einen kurz zurückliegenden Termin ist zulässig und geeignet Vermögensverschiebungen aufzudecken.

Eines besonderen Anlasses für das Aufsichtsrecht bedarf es nicht. I.d.R. erfolgt die Aufsicht durch sorgfältiges Durcharbeiten der überreichten Gutachten, Zwischenrechnungen, Sachstandsmitteilungen und Aufklärung der sich möglicherweise ergebenden Sach- und Rechtsfragen, wobei die gesamte Amtsführung des Verwalters zu berücksichtigen ist.⁴⁹ Die Maßnahmen müssen jedoch verhältnismäßig sein, d.h. sie müssen auf der einen Seite ein geordnetes Verfahren ermöglichen, aber auf der anderen Seite können kleinliche, bürokratische und/oder unverhältnismäßige Maßnahmen Übermaß darstellen.

7. Prüfung durch das Gericht

Der Insolvenzverwalter hat der Gläubigerversammlung Rechnung zu legen. Das Gesetz sieht in § 66 Abs. 2 Satz 1 InsO eine Vorprüfung des Insolvenzgerichts vor. Die gerichtliche Vorprüfung soll eine sachkundige Hilfestellung für die Gläubiger sein. Sie ist Bestandteil der Aufsichtspflicht des Gerichtes. Das Gericht soll bei festgestellten formellen Mängeln dem Verwalter Nachbesserung aufgeben.⁵⁰ Das Gericht hat keine materielle Prüfungspflicht.⁵¹ Insolvenzverwalter und Gläubigerversammlung ist eine Einschätzungsprärogative zuzubilligen. Erst wenn diese und ein ihnen zustehendes Beurteilungsermessen insolvenzzweckwidrig missbraucht wurden, steht dem Insolvenzgericht ein materielles Prüfungsrecht zu, arg. e. § 78 Abs. 1.

Funktionell zuständig für die Prüfung ist im Regelfall der Rechtspfleger, §§ 3 Nr. 2e, 18 Abs. 1 RPflG, sofern kein Richtervorbehalt nach § 18 Abs. 2 RPflG erfolgt ist. Die Prüfung muss so rechtzeitig vor der Gläubigerversammlung durchgeführt werden, dass die Auslegungsfrist des § 66 Abs. 2 Satz 3 InsO gewahrt werden kann.

Das Gericht kann sich auf Stichproben beschränken, die jedoch eine ausreichende Kontrolldichte erreichen sollten. Das Gericht hat die Rechnungslegung des Insolvenzverwalters in formeller und in materieller Hinsicht zu überprüfen. Die formelle Prüfung umfasst die äußere Ordnungsmäßigkeit, d.h. die vollständige und ordnungsgemäße Erfassung aller Geschäftsvorgänge sowie deren rechnerische Richtigkeit. Bei der weiteren Nachschau ist zu prüfen, ob die Schlussrechnung inhaltlich ein vollständiges Bild der gesamten Geschäftsführung des Insolvenzverwalters ergibt und ob die Verwertung des schuldnerischen Vermögens nachvollzogen werden kann.⁵²

Art und Umfang der Prüfungshandlungen sind vom Gesetzgeber nicht vorgegeben, sodass hier auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgegriffen werden kann. Eine lückenlose Überprüfung jedes Belegs und jeder Kontenbewegung ist abgesehen von besonderen Einheiten weder sachlich geboten noch wirtschaftlich vertretbar. I.d.R. reicht eine Prüfung anhand von Stichproben aus. Das Gericht kann bei Zweifelsfragen die Einberufung einer Gläubigerversammlung entsprechend

§§ 58, 74 InsO anregen, in welcher die Gläubigerversammlung über den Sachverhalt zu beschließen hat.

8. Bestellung eines Sachverständigen

In jüngerer Zeit beklagen sich vor allem institutionelle Gläubiger darüber, dass die Gerichte dazu übergehen – ohne erkennbare qualitative – und/oder quantitative Kriterien oder besondere Anlässe – die Schlussrechnungen durch externe Gutachter überprüfen zu lassen.⁵³ Die gerichtlichen Anforderungen an den Gutachter sind dabei höchst unterschiedlich. Während einzelne Gerichte sich damit begnügen, die sachliche und rechnerische Richtigkeit der Schlussrechnung festzustellen, lassen andere Gerichte (nach Informationen des Autors) auch den Stand der Masseverwertung, die ordnungsgemäße Erfassung und Befriedigung der geltend gemachten Aus- und Absonderungsrechte zur Überprüfung einer angemessenen Verwaltervergütung und die Übertragung einzelner Tätigkeiten auf Hilfskräfte prüfen.

Anders als die KO normiert § 66 Abs. 2 Satz 1 InsO ausdrücklich eine gerichtliche Vorprüfungspflicht. Ob deshalb die zur KO entwickelten Grundsätze zur Bestellung von Sachverständigen, die das Gericht mit der Prüfung beauftragt hat, uneingeschränkt übertragen werden können, muss bezweifelt werden.⁵⁴

Die standardisierte Bestellung von Sachverständigen zur Prüfung der Schlussrechnung des Insolvenzverwalters kann nicht auf § 5 InsO gestützt werden.⁵⁵ Da § 66 Abs. 2 Satz 1 InsO eine originäre Prüfungspflicht des Gerichtes festlegt, obliegt im Normalfall die Prüfung der Schlussrechnung dem Gericht, wobei für die Ermittlung des Normalfalls die zur InsVV entwickelten Qualifizierungen entsprechend herangezogen werden können.⁵⁶ Eine fehlende personelle und sachliche Ausstattung des Gerichtes rechtfertigt nicht die Privatisierung gerichtlicher Aufgaben durch das Gericht. Die Gewährung effektiven Rechtsschutzes verlangt eine entsprechende Ausstattung der Gerichte.⁵⁷ Weder die laufende reguläre Prüfungstätigkeit, noch die Prüfung der Schlussrechnung dürfen auf Dritte übertragen werden. Die laufende Kontrolle und die Schlussrechnungsprüfung obliegen dem Insolvenzgericht. Ist ein Gläubigerausschuss bestellt, obliegen diesem weitgehende Pflichten. Der Gläubigerausschuss wird durch das Gericht bestellt; er ist neben der Gläubigerversammlung das zentrale Organ der Gläubigerautonomie.⁵⁸

Eine Entsprechung mit der Gutachterbestellung im Eröffnungsverfahren ist nicht gegeben. Zum einen sind

49 BK-InsO/Blersch, § 58 Rn. 6; MünchKomm-InsO/Graeber, § 58 Rn. 13.

50 MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 22; Kübler/Prütting/Onusseit (Fn. 2), § 66 Rn. 19.

51 AG Duisburg, ZIP 2005, 2335; Frege/Riedel (Fn. 31), Rn. 275; Frege/Keller/Riedel, Insolvenzzrecht, Rn. 1682.

52 Kübler/Prütting/Onusseit (Fn. 2), § 66 Rn. 22; MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 16.

53 In der Praxis ist dabei eine gewisse Häufung bei bestimmten Gutachtern erkennbar.

54 Vgl. Heyrath, ZInsO 2005 1092, 1095; HambKomm-InsO/Weitzmann, § 66 Rn. 13.

55 Vgl. BK-InsO/Blersch, § 66 Rn. 10.

56 Vgl. Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsVV, § 2 Rn. 11, 24 zur Qualifizierung des Verfahrens.

57 Vgl. auch BAKInso, ZInsO 2007, 489, in diesem Heft.

58 Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 4), § 67 Rn. 1.

die Ermittlungen im Eröffnungsverfahren im besonderen Maße eilbedürftig, und zum anderen eignen sich nur wenige Sachverhalte zur Prüfung an Amtsstelle. Die Bestellung eines Gutachters im Insolvenzeröffnungsverfahren erfolgt mit konkretem Auftrag und wird regelmäßig zu überschaubaren Kosten abgewickelt. Im Insolvenzeröffnungsverfahren liegt der Schwerpunkt in der Ermittlung der wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse. Insolvenzeröffnungsgrund und Massekostendeckung sind noch offen.

Der Sachverhalt liegt dem Gericht regelmäßig nicht in aufbereiteter geordneter Form vor. Im Eröffnungsverfahren besteht noch keine Gläubigerautonomie. Die Eingriffe in das Schuldnervermögen sind deshalb an dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszurichten. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist nur bei Vorliegen von Besonderheiten die Bestellung eines Sachverständigen erforderlich und zumutbar. Die Schlussrechnungsprüfung erfordert die Kenntnis des Verfahrens und insolvenzrechtliches Know-how. Dieses muss für den Normalfall von der Judikative bereitgestellt werden. Bei der Schlussrechnung sind die wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse – anders als bei der Beantragung des Insolvenzverfahrens – dem Gericht offen gelegt. Soweit die Offenlegung nicht ausreichend ist oder Mängel festgestellt werden, hat das Gericht den Verwalter zur Nachbesserung anzuhalten.⁵⁹ Darüber hinaus soll die Bestellung eines Gutachtens zur Prüfung der Schlussrechnung nicht selbstständig anfechtbar sein. Die Kosten der Schlussrechnungsprüfung laufen direkt gegen die zu verteilende Masse. Es sind Fälle bekannt, in denen Verfahren masseunzulänglich wurden. Es handelt sich deshalb um eine wesentliche Entscheidung, die nach dem Regelungsmodell InsO (§§ 157, 158, 160) der Entscheidung der Gläubiger vorbehalten ist. Damit wird der Gläubigergemeinschaft effektiver Rechtsschutz versagt. Es ist deshalb zweckmäßig, der Gläubigerversammlung die Letztentscheidungskompetenz für Fragen der Bestellung und der Entlohnung zuzubilligen. Die Rechtslage gleicht der der Hauptversammlung der AG, die gegenüber dem Aufsichtsrat die Vergütungshoheit hat.⁶⁰

Die Bestellung eines Sachverständigen kann deshalb nur nach den allgemeinen Grundsätzen, d.h. bei fehlender Sachkunde des Gerichts, § 4 InsO, § 402 ZPO oder aus besonderem Anlass erfolgen.⁶¹ Beim Insolvenzgericht tätige Richter und Rechtspfleger haben jedoch regelmäßig aufgrund ihrer Tätigkeit das erforderliche Fach- und Erfahrungswissen und verfügen über die erforderliche Sachkunde, eine ordnungsgemäße Schlussrechnung des Insolvenzverwalters zu prüfen.

Erst wenn nach den eigenen Prüfungshandlungen und/oder den Prüfungshandlungen des Gläubigerausschusses noch Zweifel oder Unklarheiten verbleiben, die vom Verwalter nach Androhung und ggf. Anwendung von Zwangsmitteln nach § 58 Abs. 2 InsO nicht mehr beseitigt werden können, ist die Prüfung durch Sachverständige angezeigt.⁶² Anlass für eine gesonderte Prüfung kann darüber hinaus bei Verfahren, die vom Normalfall abweichen deshalb nur gegeben sein, wenn kein Gläubigerausschuss bestellt wurde, der Gläubigerausschuss seinen Aufgaben (ggf. nach Erinnerung) nicht nachkommt oder

Anhaltspunkte vorhanden sind, nach welcher eine Prüfung durch das Insolvenzgericht nicht zur erforderlichen Sachaufklärung führt. Die Bestellung unterliegt dann der Verhältnismäßigkeit, d.h. sie muss geeignet, erforderlich und zumutbar sein.

Aus dem Justizgewährungsanspruch, Art. 19 Abs. 4 GG, folgt, dass die mangelnde personelle oder sachliche Ausstattung der Insolvenzgerichte nicht auf Kosten der Insolvenzmasse auf diese abgewälzt werden kann. Zentraler Aspekt dieses Gebotes ist eine möglichst wirksame Kontrolle aller Rechtsakte durch die zuständige Gerichtsbarkeit. Im Einzelnen bedeutet das, dass der Gesetzgeber klare Rechtsweg- und Zuständigkeitsvorschriften erlassen und lückenlosen Rechtsschutz gewähren muss.⁶³

Mit den Gerichtskosten sind die gesamten Kosten des Insolvenzverfahrens abgegolten. Die Gebühren umfassen auch die Tätigkeit im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung.⁶⁴ Man wird auch zu berücksichtigen haben, dass – anders als nach Rechtslage der KO – das Verfahren stärker gläubigerdominiert ist.⁶⁵ Gerade in Großverfahren ist regelmäßig ein fachkundiger Gläubigerausschuss berufen, dem auch die Kontrolle obliegt. Bei ständiger Überwachung durch einen Gläubigerausschuss müssen für eine gesonderte gerichtliche Prüfung besondere Umstände vorliegen.

Hält das Gericht – aus besonderem Grund – dennoch eine (zusätzliche) Überprüfung für erforderlich, hat es in entsprechender Anwendung der §§ 58, 78, 79 die Zustimmung der Gläubigerversammlung einzuholen. Bei der Bestellung des Sachverständigen verbietet sich jede schematische Lösung.⁶⁶ Der Prüfungsauftrag ist im Umfang an die Lage im Einzelfall anzupassen; er kann umfassend aber auch auf einzelne Sachverhalte oder Bereiche beschränkt sein. Wird ein Sachverständiger bestellt, hat dieser für den konkreten Fall leistungsfähig und leistungsbereit zu sein. Neben der gebotenen fachlichen Qualifikation ist deshalb insbesondere darauf zu achten, dass keine Gefahr der Inhabilität besteht und der Gutachter von den Beteiligten, worunter in diesem Fall auch das Insolvenzgericht zu zählen ist, unabhängig ist. Das Sachverständigengutachten ist nicht ungeprüft zu übernehmen, sondern vom Gericht kritisch zu würdigen.⁶⁷ Der Gesetzgeber hat das Insolvenzverfahren bewusst in einem stärkeren Maß gläubigerdominiert.⁶⁸ Die Gläubigerversammlung hat die Letztentscheidung über den Ablauf des Insolvenzverfahrens.⁶⁹ Die Gläubigerversammlung wird dann die bisherige Arbeit des Insolvenzverwalters,

59 MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 22; Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 4), § 66 Rn. 35; Kübler/Prütting/Onusseit (Fn. 2), § 6 Rn. 19.

60 Vgl. BGHZ 126, 340 f.; MünchKomm-AktG/Semler, § 113 Rn. 5.

61 Vgl. BGH, NJW 1993, 2382; BGH, NJW 2004, 1163; BAG, DB 1999, 104; Zöller/Greger, ZPO, § 402 Rn. 7; vgl. Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO, § 5 Rn. 13, 18.

62 BK-InsO/Blersch, § 66 Rn. 10.

63 BVerfG, NJW 2004, 3320; BVerfG, NJW 2006, 136; Kübler/Prütting/Prütting (Fn. 2), § 5 Rn. 10.

64 Heyrath, ZInsO 2005, 1092, 1095.

65 Balz/Landfermann (Fn. 2), S. 11, 146.

66 MünchKomm-InsO/Nowak, § 66 Rn. 20.

67 Kübler/Prütting/Onusseit (Fn. 2), § 66 Rn. 23.

68 Balz/Landfermann (Fn. 2), S. 11, 43 f.

69 Balz/Landfermann (Fn. 2), S. 45.

seine Rechenschaft, die Tätigkeit des Gläubigerausschusses, die Hintergründe der gerichtlichen Anregung⁷⁰ sowie die Kosten und den zusätzlichen Informationsnutzen gegeneinander abwägen.⁷¹ Erst nach erfolgtem Beschluss der Gläubigerversammlung können die Kosten der Masse auferlegt werden, andernfalls gehen sie in den Gerichtskosten auf. § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. d. GKG weist ausdrücklich darauf hin, dass Kosten, d.h. Gebühren und Auslagen nur nach Maßgabe des Gesetzes berechnet werden dürfen. Eine Rechtsgrundlage für die Belastung der Insolvenzmasse mit Auslagen – außerhalb eines Gläubigerversammlungsbeschlusses – besteht nicht, da das Gesetz ausdrücklich das Insolvenzgericht mit der Schlussrechnungsprüfung beauftragt.

Gegen einen entsprechenden Beschluss können der Insolvenzverwalter und alle in der Gläubigerversammlung anwesenden Gläubiger sowie Absonderungsberechtigte entsprechend § 78 Abs. 1 InsO vorgehen.⁷² Damit wird effektiver Rechtsschutz gewährt.

Mit dem Schlusstermin ist – anders als nach der Regelung der KO – keine Präklusion verbunden. Da die Verjährung der Haftung des Insolvenzverwalters erst drei Jahre nach Kenntnisnahme bzw. grob fahrlässigem Unterlassen der Kenntnisnahme beginnt, ist ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen der Gläubiger, dem Gebot effektiven Rechtsschutz zu gewähren und den Interessen des Insolvenzverwalters nicht auf unabsehbare Zeit im Unklaren zu bleiben, hergestellt. Eine umfassende, zeitnahe und vollständige Rechnungslegung und Rechenschaftslegung ist deshalb schon im eigenen Interesse des Insolvenzverwalters, weil nur offengelegte Tatsachen exkulpieren können.⁷³

9. Zusammenfassung

Die Verpflichtung des Insolvenzverwalters zur Rechnungs- und Rechenschaftslegung entstammt dem fiduziarischen Charakter der gesetzlichen Sonderrechtsbeziehung. Es entspricht dem gesetzlichen Leitbild, dass die gerichtliche Aufsicht primär Rechtsaufsicht und das Gericht „Hüter der Rechtmäßigkeit des Verfahrens“ ist. Eine alles umfassende Gerichtsaufsicht würde ansonsten aus dem Institut der Gläubigerselbstverwaltung ein administratives Verfahren mit hohem staatlichen Haftungsrisiko machen und damit einen nicht mehr leistbaren Arbeitsaufwand der Gerichte verlangen.

Die flächendeckende Bestellung von Gutachtern zur Prüfung der Rechnungslegung des Insolvenzverwalters ist rechtswidrig. Die Prüfung der Schlussrechnung ist originäre gerichtliche Aufgabe. Die Bestellung eines Sachverständigen kann nur nach den allgemeinen Grundsätzen, d.h. im Ausnahmefall, erfolgen. Das Insolvenzverfahren ist gläubigerdominiert. Die Gläubigerversammlung hat die Letztentscheidungskompetenz. Will das Insolvenzgericht einen Sachverständigen bestellen, hat es einen Beschluss der Gläubigerversammlung herbeizuführen. Die rechtliche Kontrolle erfolgt dann entsprechend § 78 InsO.

70 Arbeitsüberlastung des Gerichtes kann dabei nicht als Grund angeführt werden, Heyrath, ZInsO 2006, 1092, 1095.

71 In der steuerberatenden Literatur wird bereits darauf hingewiesen, dass die Stundensätze nach JVEH nicht ausreichend seien und die Prüfung nicht nur die interne, sondern auch die externe Rechnungslegung umfassen solle, Dreyer, KSI 2007, 85.

72 HambKomm-InsO/Preß, § 78 Rn. 3.

73 Vgl. Kilger/K. Schmidt (Fn. 5), § 86 Anm. 1b.

Das Refinanzierungsregister und die Wohnungswirtschaft

– Eine weitere insolvenzrechtliche Ausnahme –

von Professor Dr. Jörg Peter, Wildau/Berlin und Dipl.-Wirtschaftsjurist (FH) Oliver Greß, Berlin

ABS-Finanzierungen waren bis vor Kurzem in Deutschland rechtlich nur unter großen Schwierigkeiten möglich. Das Hauptproblem bestand in der Insolvenzfestigkeit der Transaktionen. Diesen Schwierigkeiten wollte der Gesetzgeber mit Schaffung des Refinanzierungsregisters (§§ 22a ff. KWG), das ein Aussonderungsrecht kraft Registereintragung vorsieht, abhelfen. Der Fokus des Gesetzgebers war allerdings auf Kreditinstitute gerichtet. Die Problematik insolvenzfester ABS-Finanzierungen stellt sich aber in zunehmendem Maße auch für die Wohnungswirtschaft. Insolvenzurechtliche Fragestellungen ergeben sich hier in besonderem Maße aus der Natur der Mietforderung als regelmäßig wiederkehrender Forderung, die auf einem Stammrecht beruht.

Der Beitrag untersucht, ob das Refinanzierungsregister auch für die Wohnungswirtschaft einen gangbaren Weg für insolvenz sichere ABS-Finanzierungen darstellt. Dabei wird insbesondere dem Spannungsverhältnis zwischen der InsO und dem neu geschaffenen Aussonderungsrecht in den verschiedenen Fallgestaltungen der Praxis nachgegangen.

I. Einleitung

Die Finanzierung der Wohnungswirtschaft in Deutschland war und ist durch grundbuchlich gesicherte Darlehen gekennzeichnet.¹

Andere Finanzierungsarten wurden wegen des langfristigen und hohen Kapitalbedarfs der Wohnungsunternehmen, der günstigen Konditionen und der Geschäfts-

politik der Banken weder in Betracht gezogen noch gab es entsprechende Alternativen.

Doch durch veränderte Rahmenbedingungen, wie Basel II mit dem damit verbundenen Übergang von der

1 Vgl. IFD (Initiative Finanzstandort Deutschland), Finanzstandort Bericht Nr. 1, 2005, S. 32.