

dazu aber in der Praxis wegen der Arbeitsbelastung nur noch eingeschränkt in der Lage ist.

Die Arbeit der Gläubigerausschüsse und die Effizienz dieses Organs sind jedoch in die Kritik geraten. Haftungsfälle von Gläubigerausschussmitgliedern<sup>5</sup> wecken bei Kandidaten Zweifel, ob sie die Bestellung annehmen sollen. Es geht um eine im Vergleich zu sonstigen Verdiensten meist eher geringe Vergütung. Dagegen stehen ein hohes Haftungsrisiko und eine anspruchsvolle Aufgabe. Die Gläubigerausschussmitglieder sollen die Arbeit eines professionellen und in der Regel erfahrenen Insolvenzverwalters kontrollieren und unterstützen und das Interesse einer abstrakten Gläubigergesamtheit verfolgen. Die tatsächliche Verbreitung des Gläubigerausschusses nahm denn auch – gerade wegen der ungeahnten straf- und haftungsrechtlichen Risiken – beständig ab<sup>6</sup>, wobei zu erwarten ist, dass sich dieser Trend durch die Neuregelungen zur Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses nach dem ESUG (vgl. § 22 a InsO) wieder umkehrt.

Ferner gibt es Fälle von Missbrauch durch eingesetzte Gläubigerausschüsse. Es gibt z. B. Verfahren, in denen jahrelang trotz Anhaltspunkten für haftungsrelevante Fehler des Verwalters keine Ausschusssitzungen oder Kassenprüfungen stattfinden. Gläubigerausschüsse können über Jahre Kosten verursachen, ohne das Verfahren in der Sache weiterzubringen<sup>7</sup>. Hinzu kommt die Intransparenz der Gläubigerausschussarbeit, die zu Misstrauen führt. So muss der Ausschuss – anders als der Aufsichtsrat (§ 171 II AktG) – über seine Tätigkeit keinen Bericht verfassen. Falls er dennoch berichtet, verhindert eine getrennte Aktenführung der Insolvenzgerichte für die Insolvenzgläubiger die Möglichkeit zur Einsichtnahme.

Festzuhalten ist also, dass die Qualität der Gläubigerausschussarbeit in der Praxis sehr unterschiedlich ist. Dem entspricht, dass es anerkannte Regeln für die Qualität der Gläubigerausschussarbeit – etwa entsprechend den Verhaltensrichtlinien für Insolvenzverwalter<sup>8</sup> – bisher nicht gibt<sup>9</sup>. Es existieren auch noch keine anerkannten Gremien oder Gläubigerzusammenschlüsse (z. B. vergleichbar den Kreditschutzvereinen in Österreich<sup>10</sup>), die solche Regelungen erstellen könnten.

## II. Professionalisierung der Aufsichtsrats Tätigkeit

Die an Aufsichtsräte zu stellenden Anforderungen wurden schon länger diskutiert<sup>11</sup>. Im Zuge der Finanzkrise verstärkte sich dann das Bedürfnis nach Kontrolle der Vorstände durch qualifizierte Aufsichtsräte zunehmend. Als Quintessenz der Diskussion kann gelten, dass die Überwachungseffizienz des

Rechtsanwälte Markus Heeseler und Dr. Peter Neu\*

## Plädoyer für die Professionalisierung des Gläubigerausschusses

Über die Rechtsstellung des Gläubigerausschussmitglieds ist in den vergangenen Jahren viel geschrieben worden. Dabei wird die Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss mit einem Aufsichtsratsmandat verglichen und teilweise werden die Rechtsfolgen aktienrechtlicher Bestimmungen entsprechend angewendet. Der vorliegende Beitrag möchte angesichts der erhöhten Anforderungen an die Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder einerseits und der zu erwartenden steigenden Bedeutung der Gläubigerausschüsse durch neue gesetzliche Regelungen (Stichwort: vorläufiger Gläubigerausschuss nach dem ESUG) andererseits eine aktuelle Parallele ziehen und für eine dem Aufsichtsrat entsprechende Professionalisierung plädieren.

### I. Bestandsaufnahme

Der Gläubigerausschuss ist ein selbstständiges, unabhängiges Organ im staatlichen Insolvenzverfahren<sup>1</sup>. Er wird als „zentrales Organ der Gläubigermitwirkung“ gesehen, dessen Rechtsstellung durch die InsO gestärkt worden ist<sup>2</sup>. Die Aufgaben des Gläubigerausschusses sind die Unterstützung und Kontrolle des Insolvenzverwalters, jedoch bestehen weder Möglichkeiten der direkten Einflussnahme auf die Entscheidungen und Verfügungen des Verwalters noch Sanktionsmöglichkeiten<sup>3</sup>. Die Kontrolle und Sanktionierung des Insolvenzverwalters wird stattdessen dem Insolvenzgericht überlassen, das – nach eigenem Bekunden der Richterschaft<sup>4</sup> –

\* Rechtsanwalt Heeseler ist Sozjus, Rechtsanwalt Neu ist Partner der Anwaltskanzlei ATN d'Ávoine Teubler Neu Rechtsanwälte, Wuppertal, Remscheid, Solingen, Leverkusen, Düsseldorf.

1 Frege, NZG 1999, 478 (479).

2 Frege, NZG 1999, 478 (479).

3 Vgl. Gundlach/Frenzel/Jahn, ZInsO 2007, 1028.

4 S. BAKInso, Beschl. v. 20. 11. 2008, NZI 2009, 42.

5 Z. B. OLG Rostock, ZInsO 2004, 814.

6 Brand/Sperling, KTS 2009, 355 (357) m. w. Nachw.; Vallender, WM 2002, 2040; zur Haftung von Gläubigerausschussmitgliedern vgl. Vortmann, ZInsO 2006, 310; Gundlach/Frenzel/Jahn, ZInsO 2009, 1095.

7 Ob der Ausschuss dann aufgelöst werden kann, ist fraglich, s. dazu Gundlach/Frenzel/Jahn, ZInsO 2011, 708.

8 Verhaltenskodex des VID, NZI 2002, 23.

9 S. neuerdings Vorschlag für eine Mustersatzung von Ingelmann/Idel Steinwachs, ZInsO 2011, 1059.

10 Aber es gibt in neuester Zeit Bemühungen, die Gläubigervertretung zu organisieren, z. B. KSI e. V. oder GSV Service GmbH.

11 Vgl. z. B. die Thesen des Arbeitskreises „Externe und interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft/Deutsche Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V., DB 1995, 1.

Aufsichtsrats mit der Qualifikation und der Unabhängigkeit seiner Mitglieder steigt<sup>12</sup>.

Gesetzgebung (KonTraG, TransPuG, UMAG) und Rechtsprechung haben bezüglich der Aufsichtsräte auf die Kritik reagiert und die Anforderungen stetig erhöht<sup>13</sup>. In Nr. 5.6 des *Deutschen Corporate Governance Kodex* (DCGK) wird dem Aufsichtsrat zudem die Überprüfung der „Effizienz seiner Tätigkeit“ empfohlen. Dabei umfasst der Begriff der Effizienz der Aufsichtsrats Tätigkeit zum einen die Wirtschaftlichkeit im Sinne eines guten Aufwand-Nutzen-Verhältnisses und besonders die Wirksamkeit und Effektivität in organisatorischer und inhaltlicher Hinsicht<sup>14</sup>. Im Mittelpunkt der internationalen *Corporate Governance*-Diskussion stehen dabei die Begriffe der *Unabhängigkeit* und des *Sachverstands* der Aufsichtsratsmitglieder.

### III. Vergleich des Gläubigerausschusses mit dem Aufsichtsrat

Eine entsprechende Reaktion des Gesetzgebers bezüglich der Kritik an den Gläubigerausschüssen steht dagegen noch aus. Das am 1. 3. 2012 in Kraft getretene Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) enthält zur Unabhängigkeit oder persönlichen Qualifikation<sup>15</sup> seiner Mitglieder keine Ergänzungen oder Änderungen der InsO. Im Diskussionsentwurf zum GAVI (Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren, BT-Dr 16/7251) wurde dagegen noch folgendes festgestellt:

„In vielen umfangreichen Insolvenzverfahren ist eine mangelnde Mitwirkungsbereitschaft betriebswirtschaftlich hoch qualifizierter Gläubiger im Gläubigerausschuss zu beklagen. Dies ist besonders bedauerlich vor dem Hintergrund der dem Gläubigerausschuss obliegenden Aufgaben der Geschäfts- und Rechnungsprüfung [...]“

Damit drängt sich die Frage auf, ob sich die erhöhten Anforderungen, die an die Qualifikation und die Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats gestellt werden, auch auf die Mitglieder eines Gläubigerausschusses übertragen lassen.

Dies setzt eine Vergleichbarkeit der Interessenlage voraus. Sie liegt vor, wenn die Abwägung zwischen den Eigeninteressen des Mitglieds im Gläubigerausschuss mit den Interessen der Gläubigergesamtheit vergleichbar ist mit der Abwägung der Eigeninteressen des Aufsichtsratsmitglieds mit den Interessen der Gesellschaft. Bricht man die Abwägung der Interessenlagen auf die konkrete Handlung (also eine Entscheidung) hinunter, kommt man nicht umhin zu konstatieren: Hat eine Entscheidung eines Gläubigerausschussmitglieds eine Auswirkung auf das Gesamtergebnis (Masse) des Verfahrens, dann besteht ein Interesse der Gläubigergesamtheit, dass diese Entscheidung im Sinne der Gläubigergesamtheit (also unabhängig und sachkundig) getroffen wird. Bei einer Gesellschaft sind die Vermögenswerte in Form der Gesamthandsgemeinschaft oder der juristischen Person vergemeinschaftet (Sondervermögen) und bilden einen Haftungsfonds für die Gesellschaftsgläubiger. Der Insolvenzbeschluss weist insoweit vergleichbar den Insolvenzgläubigern die Insolvenzmasse als Sondervermögen haftungsrechtlich zu, auch wenn die Insolvenzmasse (wie auch der Gläubigerausschuss selbst) keine eigene Rechtsfähigkeit besitzt. Diese Masse zu schützen, ist Aufgabe des Insolvenzverwalters, der gem. § 69 InsO durch den Gläubigerausschuss unterstützt und kontrolliert wird. Die Interessenlage ist also für den hier entscheidenden Schutz der Anteilseigner (durch Erhalt des Gesellschaftsvermögens) und die Kontrolle des Vorstands auf der einen bzw. den

Schutz der Gläubigergesamtheit (durch Erhalt der Masse) und Kontrolle des Insolvenzverwalters auf der anderen Seite vergleichbar. Auf Grund dieser vergleichbaren Interessenlage wird man insbesondere die Anforderungen an die Qualität und die Unabhängigkeit der Mitglieder aus dem Aktienrecht auf die Gläubigerausschussmitglieder übertragen müssen.

### IV. Persönliche Voraussetzungen: Sachverstand und Unabhängigkeit

#### 1. Sachverstand

a) *Aufsichtsratsmitglied*. Ein Aufsichtsrat kann nur so gut sein wie seine Mitglieder<sup>16</sup>. Aufsichtsratsmitglieder müssen daher für ihre Aufgaben über die dazu erforderlichen Kompetenzen und genügend Zeit verfügen<sup>17</sup>. Schon die These 1 der *Schmalenbach Gesellschaft* lautet:

„Jedes AR-Mitglied muss bei der Annahme und Ausübung seiner Aufsichtsrats Tätigkeit prüfen, ob es über ausreichende Fähigkeiten verfügt, die Aufgaben des Mandats wahrzunehmen. Grundsätzlich sind von jedem Aufsichtsratsmitglied allgemeine betriebswirtschaftliche und juristische sowie unternehmensspezifische bzw. branchenspezifische Kenntnisse zu fordern.“

Die Forderung nach Sachkunde des Aufsichtsratsmitglieds ist richtig. Nach dem Wortlaut des AktG muss der Aufsichtsrat keine Sachkunde nachweisen. Der Gesetzgeber hat bisher von einer allgemeinen Auflistung von Mindestqualifikationen für Aufsichtsratsmitglieder abgesehen<sup>18</sup>. Es wird jedoch aus anderen Vorschriften geschlossen, dass das Aufsichtsratsmitglied gewisse Sachkenntnisse haben soll.

Gemäß § 111 V AktG können Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen. Mit diesem Gebot persönlicher und eigenverantwortlicher Amtsausübung ist vorausgesetzt, dass ein Aufsichtsratsmitglied die nötigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen muss, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können<sup>19</sup>. Deshalb gibt das Gesetz dem Aufsichtsrat auch nur die Befugnis, Sachverständige zur Beratung über „einzelne“ Gegenstände hinzuzuziehen (§ 109 I 2 AktG) oder sie für „bestimmte“ Prüfungsaufgaben zu beauftragen (§ 111 II 2 AktG). In dieser Beschränkung auf konkrete Einzelangelegenheiten kommt wiederum der für den Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit, aber nicht minder für seine einzelnen Mitglieder geltende allgemeine Grundsatz zum Ausdruck, dass sie ihre Funktionen nicht

12 Vgl. These 1.2 der Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder und ihre Nominierung des Roundtable des *Berliner Center of Corporate Governance*, DB 2007, 297.

13 Zu den Verschärfungen der Anforderungen an den Aufsichtsrat vgl. *Knapp*, DStR 2010, 56; *Lutter*, DB 2009, 775.

14 *Seibt*, DB 2003, 2107 (2109).

15 Allerdings können nach dem Wortlaut des § 21 II 1 Nr. 1 a InsO nur noch Gläubiger oder Personen, die mit Insolvenzeröffnung zu Gläubigern werden, zu Mitgliedern des vor(vor-)läufigen Gläubigerausschusses bestellt werden. Entsprechend fehlt auch der Verweis auf § 67 III InsO. Im RegE hieß es noch: „[...] einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, für den § 67 II und III und die §§ 69 bis 73 entsprechend gelten“. Damit dürften nun z. B. externe Gewerkschaftsvertreter dort ebenso wenig tätig werden wie die für Gläubiger tätigen Rechtsanwälte. Sie können erst später hinzugewählt werden, wenn die Entscheidung über den Verwalter getroffen ist. Krit. auch *Obermüller*, ZInsO 2012, 18 (22).

16 *Schwalbach*, Die AG 2004, 186 (188).

17 Vgl. *Spindler*, ZIP 2005, 2033 (2039) Fußn. 85 m. w. Nachw., u. a. auf BGHZ 85, 293 – Hertie).

18 Die *Hans Böckler-Stiftung* hat 2003 „Grundsätze ordnungsmäßiger Aufsichtsrats Tätigkeit“ für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat entwickelt, die auch auf die personellen Anforderungen eingehen, vgl. [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de).

19 BGHZ 85, 293 – Hertie, unter II 1.

generell auf andere abwälzen dürfen, sondern selbst über allgemeinen betriebswirtschaftlichen Sachverstand verfügen müssen.

Und in § 4 I KAGG (Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften) heißt es konkreter: „Die Mitglieder des Aufsichtsrats sollen ihrer Persönlichkeit und ihrer Sachkunde nach die Wahrung der Interessen der Anteilhaber gewährleisten.“

In § 36 KWG (Kreditwesengesetz) heißt es dann noch deutlich differenzierter: „(3) Die Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines Instituts oder einer Finanzholding-Gesellschaft müssen zuverlässig sein und die zur Wahrnehmung der Kontrollfunktion sowie zur Beurteilung und Überwachung der Geschäfte, die das Unternehmen betreibt, erforderliche Sachkunde besitzen [...]“

Durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG), seit 29. 5. 2009 in Kraft, wurde schließlich § 100 V AktG eingeführt. Im Aufsichtsrat so genannter kapitalmarktorientierter Kapitalgesellschaften i. S. des § 264 d HGB muss danach mindestens ein unabhängiges Mitglied zumindest über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen<sup>20</sup>. Das ist z. B. für Finanzvorstände, leitende Angestellte aus den Bereichen Rechnungswesen und Controlling oder von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern anzunehmen. Ein derartig sachverständiges Aufsichtsratsmitglied muss fachlich in der Lage sein, die vom Vorstand gegebenen Informationen zu hinterfragen; hierfür genügt aber eine verantwortliche vormalige Tätigkeit in diesem Bereich<sup>21</sup>.

Die Sachkunde ist also im Gesetz ausdrücklich und immer konkreter bezogen auf die Überwachungstätigkeit festgeschrieben.

b) *Gläubigerausschussmitglied*. Der Sachverstand der Gläubiger soll nach der Intention des Gesetzgebers gerade durch den Gläubigerausschuss in das Verfahren einbezogen werden<sup>22</sup>. Eine gesetzliche Regelung dazu fehlt aber ebenso wie im Aktienrecht.

§ 69 S. 2 InsO verlangt, dass die Mitglieder Bücher und Geschäftspapiere einsehen sollen. Sie müssen diese aber auch verstehen können, sonst macht die gesetzliche Forderung keinen Sinn. Die Kasse aber können sie „prüfen lassen“, diese Kenntnisse müssen sie also nicht selbst haben<sup>23</sup>. Die Regelung ist vergleichbar mit §§ 109 I 2, 111 II 2 AktG. Daraus kann also ebenfalls wie im Aktienrecht geschlossen werden, dass das Gläubigerausschussmitglied bestimmte Sachkenntnisse haben muss. Im Übrigen schweigt die InsO zur persönlichen Qualifikation des Gläubigerausschussmitglieds. Diese Lücke kann damit erklärt werden, dass der Gesetzgeber im Sinne der Gläubigerautonomie möglichst wenig in die Gläubigerselbstverwaltung eingreifen wollte. Nun mag man von dem Prinzip ausgehen: „Wenn jeder an sich selber denkt, ist an jeden gedacht.“ Dieser Ansatz ist nach den geschilderten Erfahrungen mit Gläubigerausschüssen und deren wachsender Bedeutung und Einfluss<sup>24</sup> aber nicht mehr tragfähig, sondern muss weiterentwickelt werden.

Eine dem § 111 V AktG entsprechende Vorschrift fehlt in der InsO, jedoch wird auch für das Gläubigerausschussmitglied angenommen, dass es seine Überwachungspflichten grundsätzlich nur höchstpersönlich ausüben kann<sup>25</sup>. § 69 InsO ist ausschließlich individualbezogen und zeigt, dass das Amt eines Mitglieds im Gläubigerausschuss ein persönliches ist. Dieses Verständnis entspricht der Regelung in § 101 III 1 AktG für die insoweit vergleichbare Mitgliedschaft im Aufsichtsrat<sup>26</sup>.

Demzufolge ist in der Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass die Gläubigerausschussmitglieder die Verpflichtung

haben, sich eigenverantwortlich über die Aufgaben und Pflichten zu informieren<sup>27</sup>. Zudem sind die Gerichte zum Teil dazu übergegangen, die Gläubigerausschusskandidaten über die rechtlichen Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit zu belehren<sup>28</sup>. Es wird sogar vertreten, das Ausschussmitglied müsse anhand seiner eigenen Sachkunde und Erfahrung prüfen, ob es das Amt annehmen könne<sup>29</sup>. Ansonsten könnte dies schon den Vorwurf der Fahrlässigkeit begründen, wenn es zu Pflichtverletzungen kommt<sup>30</sup>. Ferner wird vertreten, dass ein Kaufmann fahrlässig handelt, der sich in einen Ausschuss wählen lässt, in dem vorwiegend Rechtsfragen geklärt werden müssen, worauf der Insolvenzverwalter hingewiesen hat<sup>31</sup>. Hieran erkennt man, welches Risiko für das potentielle Ausschussmitglied besteht, wenn die Voraussetzungen für seine Qualifikation nicht klar geregelt sind.

In der Literatur werden verschiedene Anforderungen an die einzelnen Mitglieder des Gläubigerausschusses definiert. Hervorgehoben werden Branchenkenntnisse, Kenntnisse des Insolvenzrechts, insbesondere des Verfahrensablaufs, sowie eine grundlegende kaufmännische Ausbildung. Hergeleitet werden diese Anforderungen aus den Aufgaben des Gläubigerausschusses. Es ist dabei auf die gesetzlich vorgesehenen allgemeinen und üblichen Aufgaben zu rekurrieren. Dies muss umso mehr gelten, als die Zweckmäßigkeitkontrolle und nicht nur die Rechtmäßigkeitkontrolle im Mittelpunkt der Tätigkeit stehen soll<sup>32</sup>.

Damit kann man als Ergebnis lediglich festhalten, dass das Amt eines Gläubigerausschussmitglieds nur diejenige Person übernehmen darf, die zu der notwendigen Überprüfung und Überwachung der Tätigkeit des Insolvenzverwalters durch Vorkenntnisse bzw. die Fähigkeit, sich einzuarbeiten, in der Lage ist<sup>33</sup>. Das sind zwar keine ausreichend spezifizierten Kriterien, die eine vorhandene Regelungslücke schließen könnten, aber immerhin ist zwingend zu schlussfolgern, dass ein Mindestmaß an Sachverstand für das Amt des Gläubigerausschussmitglieds vorauszusetzen ist.

c) § 100 V AktG analog. Darüber hinaus wäre noch eine entsprechende Anwendung des § 100 V AktG denkbar. Dadurch würde zumindest ein Mitglied des Ausschusses über Sachverstand auf den Gebieten „Rechnungslegung oder Abschlussprüfung“ verfügen müssen, was die Qualität der Ausschussarbeit zusätzlich sichern dürfte. Diese Kenntnisse können grundsätzlich auch für den Gläubigerausschuss gefordert werden. Wie oben festgestellt, ist die Interessenlage mit der eines Aufsichtsrates grundsätzlich vergleichbar. Indes fordert § 100 V AktG die zwingende Sachkenntnis eines Aufsichtsratsmitglieds nur bei einer Aktiengesellschaft mit Kapitalmarktorientierung. Demzufolge lässt sich § 100 V AktG auch nur auf Gläubigerausschüsse übertragen, die für eine im

20 Vgl. *Erchinger/Melcher*, DB 2009, Beil. 5 zu Heft 23, S. 91 ff.

21 *OLG München*, NZG 2010, 784.

22 Dazu *Heidland*, in: *Kölner Schrift z. InsO*, 3. Aufl. (2009), S. 714; *Blersch*, in: *BK-InsO*, Stand: Juli 2003, § 67 Rdnr. 1.

23 Vgl. dazu *Gundlach/Frenzel/Jahn*, ZInsO 2009, 902.

24 S. *Steinwachs*, in: *Steinwachs/Vallender*, Der Gläubigerausschuss in der Insolvenz des Firmenkunden, 2012, S.11, der von dem Gläubigerausschussmitglied als „Ersatzinsolvenzrichter“ spricht, weil es nach dem ESUG den vorläufigen Insolvenzverwalter auswählen soll.

25 *Gundlach/Frenzel/Jahn*, ZInsO 2009, 902 (905).

26 *Schmid-Burgk*, in: *MünchKomm-InsO*, 2. Aufl. (2007), § 69 Rdnr. 4.

27 *Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl. (2010), § 71 Rdnr. 1; *OLG Rostock*, ZInsO 2004, 814 (815).

28 *Gundlach/Frenzel/Jahn*, ZInsO 2009, 1095 (1099).

29 *Obermüller*, *InsolvenzR in der Bankpraxis*, 6. Aufl. (2002), Rdnr. 1.427.

30 *Hess/Weiß*, InVo 1997, 1 (4); zu Recht abl. *Gundlach/Frenzel/Jahn*, ZInsO 2009, 1095 (1099).

31 *Vortmann*, ZInsO 2006, 310 (313) m. Verw. auf *Obermüller*, in: *Festschr. f. Möhrig*, 1975, S.106.

32 *Vortmann*, ZInsO 2006, 310 (314); *OLG Rostock*, ZInsO 2004, 814 (815).

33 *Delbaes*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, Stand: 2012, § 71 Rdnr.10.

Insolvenzverfahren befindliche kapitalmarktorientierte Gesellschaft gebildet werden. Der Hinweis auf die Kenntnisse zur Abschlussprüfung begründen sich aber aus der Prüfungspflicht des Aufsichtsrates betreffend des Jahresabschlusses, § 171 AktG. Dieser Pflicht unterliegt das Gläubigerausschussmitglied nicht. Insoweit kann die Regelung auch nur eingeschränkt übertragen werden. Kenntnisse in Rechnungslegung sind zwar sinnvoll, aber da es beim Gläubigerausschuss um die Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit des Verwalterhandelns insgesamt geht, wäre dies zu kurz gegriffen. § 100 V AktG hilft daher nicht weiter.

d) *Gesetzliche Neuregelung der Anforderungen.* Deshalb bleibt zuletzt nur der Appell an den Gesetzgeber, eine Konkretisierung der Anforderungen vorzunehmen, um die Qualität der Arbeit zu erhöhen. Eine solche gesetzliche Regelung könnte z. B. lauten:

„Die Mitglieder des Gläubigerausschusses müssen die zur Wahrnehmung der Kontroll- und Unterstützungsfunktion sowie zur Beurteilung und Überwachung der Geschäfte, die der Insolvenzverwalter betreibt, erforderliche Sachkunde besitzen, insbesondere Kenntnisse über das Insolvenzrecht und kaufmännische Grundkenntnisse [...].“

Damit würden dann aber unter Umständen die Arbeitnehmervertreter benachteiligt, die gegebenenfalls von dieser Regelung auszunehmen wären. Ihnen kommen naturgemäß insbesondere ihre Unternehmens- und Branchenkenntnisse zugute, die sie in den Ausschuss einbringen können, was ihre Sonderstellung rechtfertigt.

Eine besondere Entwicklung hat der Gläubigerausschuss (*Comitato dei creditori*) in Italien genommen: Nach anfänglicher Kritik an den mangelnden Auswahlkriterien können sich die Gläubiger nach Art. 40 VI LF nun nur noch durch Personen vertreten lassen, die die fachlichen Voraussetzungen erfüllen, die auch an einen Insolvenzverwalter gestellt werden<sup>34</sup>. Das ist eine konsequente Forderung, die bei Umsetzung in Deutschland an die Voraussetzungen des § 56 I InsO anknüpfen würde. Zum Insolvenzverwalter ist eine „für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen“. Es wird also auf den Sachverstand und die Unabhängigkeit abgestellt.

## 2. Unabhängigkeit

a) *Aufsichtsratsmitglied.* Zwar definiert das BilMoG den Begriff „unabhängig“ nicht<sup>35</sup>. Es gibt aber vereinzelte Normen, die die Unabhängigkeit gewährleisten sollen, z. B. §§ 105 I, 102 II Nr. 2, 100 II Nr. 3 AktG. Zur Unabhängigkeit verweist die Gesetzesbegründung auf die Definition in Rdnr. 5.4.2 S. 2 des *Deutschen Corporate Governance Kodex* (DCGK) und ergänzend auf die Empfehlung der EU-Kommission vom 15. 2. 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren oder Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs- und Aufsichtsrats (2005/162/EG). Daraus geht hervor, dass ein Aufsichtsrat unabhängig ist, wenn er frei von geschäftlichen, familiären oder anderweitigen Beziehungen zu dem Unternehmen, dessen Mehrheitsgesellschafter oder dessen geschäftsführenden Organen ist, die einen Interessenskonflikt begründen könnten, der sein Urteilsvermögen beeinträchtigen könnte.

Gerade bei kleineren börsennotierten Aktiengesellschaften sind in den Aufsichtsräten Mehrheitsaktionäre vertreten oder ehemalige Vorstände, die ihre eigenen Interessen verfolgen. Hier darf bereits die Parallelbetrachtung *Hegmanns* zum Gläubigerausschuss zitiert werden:

„Wie die Beherrschung einer Aktiengesellschaft durch einen Großaktionär nichts an sich Schlechtes ist, so ist auch die Lenkung der Konkursabwicklung durch einen Großgläubiger nicht a priori negativ.“<sup>36</sup>

Eine Deminor-Studie 2003 zeigte aber, dass die Aufsichtsräte in deutschen Unternehmen der FTSE Eurotop 300 wegen mangelnder Unabhängigkeit die schlechteste Bewertung unter den größten europäischen Unternehmen erhielten<sup>37</sup>. Entsprechende Studien über die Arbeit der Gläubigerausschüsse existieren nicht.

b) *Gläubigerausschussmitglied.* Die InsO erwähnt die Unabhängigkeit ausdrücklich nur als Kriterium der Verwalterauswahl nach § 56 InsO. Die Unabhängigkeit liegt nicht vor, wenn Gründe vorliegen, die bei einem Richter eine Befangenheit auslösen würden (§ 42 ZPO)<sup>38</sup>. Im Rahmen des § 42 ZPO ist anerkannt, dass es nicht auf die tatsächliche Befangenheit ankommt, sondern ob objektiv Gründe vorliegen, die einer vernünftig denkenden Partei Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit zu zweifeln<sup>39</sup>. Die Beziehung eines Insolvenzverwalters zu einem Hauptgläubiger soll aber nicht pauschal eine Unabhängigkeit ausschließen, sondern im Einzelfall zu entscheiden sein<sup>40</sup>. Nach dem Inkrafttreten des ESUG regelt § 56 InsO jetzt ausdrücklich:

„Die erforderliche Unabhängigkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die Person 1. vom Schuldner oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist, 2. den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.“

Damit wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass die regional tätigen Verwalter mit den örtlichen Unternehmen und Banken immer wieder zusammentreffen. Die im Zusammenhang mit dieser speziell auf den Insolvenzverwalter zugeschnittene Vorschrift entwickelten Anforderungen an das Kriterium der Unabhängigkeit wird man nicht ohne Weiteres auf die Mitglieder eines Gläubigerausschusses übertragen können.

In der Literatur und in der Rechtsprechung wird stattdessen in Bezug auf das Kriterium der Unabhängigkeit ein Vergleich zwischen dem Gläubigerausschussmitglied und dem Aufsichtsratsmitglied gezogen<sup>41</sup>. So wird ausgeführt, jedes Gläubigerausschussmitglied sei – wie ein Aufsichtsratsmitglied – zu einer unabhängigen Amtsführung verpflichtet und habe die Interessen aller Beteiligten, also auch des Schuldners, wahrzunehmen<sup>42</sup>. Es finden sich dann aber auch einschränkende Formulierungen, wie z. B. diese, dass „Partikularinteressen als (alleinige) Handlungsmaxime des Gläubigerausschusses“ ausgeschlossen seien<sup>43</sup> oder auch, dass „die Tätigkeit eines Gläubigers bzw. Gläubigervertreters im Gläubigerausschuss immer eine „Gratwanderung“ sei“<sup>44</sup>. Grund für diese vorsichtigen Formulierungen ist wohl der Umstand, dass jeder Gläubiger als Mitglied des Gläubigerausschusses auch seine eigenen Interessen vertreten wird und man offenbar geneigt ist, dies in gewissem Umfang auch zu tolerieren.

34 Dazu *Niemeyer*, Gläubigerbeteiligung im Insolvenzverfahren, Diss., 2008, S.151.

35 Vgl. *Dieckmann/Bidmon*, NZG 2009, 1087; *Jaspers*, Die AG 2009, 607.

36 *Hegmanns*, Der Gläubigerausschuss, 1986, S. 26.

37 Zit. bei *Schwalbach*, Die AG 2004, 186 Fußn. 3.

38 *Eickmann*, in: HK-InsO, 4. Aufl. (2008), § 56 Rdnr. 3.

39 *BVerfGE* 82, 30 (38) = NJW 1990, 2457; *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO, 29. Aufl. (2012), § 42 Rdnr. 9 m. w. Nachw.

40 Vgl. *AG Hamburg*, NZI 2002, 166.

41 Hier ist nicht die Unabhängigkeit des Gläubigerausschusses von der Kontrolle durch das Insolvenzgericht gemeint (so genanntes Selbstorganisationsrecht), vgl. dazu *Gundlach/Frenzell/Jahn*, ZInsO 2005, 304 (305).

42 Z. B. *BGH*, ZIP 1994, 46 (48); *Schmid-Burgk*, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 26), § 69 Rdnr. 2.

43 *Schmid-Burgk*, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 26), § 69 Rdnr. 2.

44 *Uhlenbruck*, InsO (o. Fußn. 27), § 67 Rdnr. 2.

Vergleicht man die Anforderungen an die Unabhängigkeit mit denen an ein Aufsichtsratsmitglied, so ist das Gläubigerausschussmitglied schon per se nicht unabhängig, denn es ist als Gläubiger(vertreter) immer auch Interessenvertreter und steht in dem permanenten Konflikt, die Einzelinteressen, die er als Gläubiger selbstverständlich hat, einem abstrakten Interesse der Gesamtgläubigerschaft unterzuordnen. Ein Interessenkonflikt ist daher bereits in der Funktion des Gläubigerausschussmitgliedes angelegt<sup>45</sup>. Das zeigt sich besonders in der Diskussion um den Umfang der Verschwiegenheitsverpflichtung<sup>46</sup> und die Teilnahmefähigkeit einer juristischen Person im Gläubigerausschuss<sup>47</sup>. Für den Gläubiger bestehen im Gegensatz zum Aktionär keine mitgliedschaftlichen Treuepflichten. Denn niemand wird soweit gehen, auch dem Gläubiger eine Treuepflicht für das Unternehmen zumuten zu wollen, das ihm Geld schuldet. Auch eine organschaftliche Treuepflicht des Mitglieds im Gläubigerausschuss ist auf Grund der Herleitung der Funktion des Gläubigerausschusses aus den Gläubigerinteressen fraglich und letztlich zu verneinen<sup>48</sup>. Damit lässt sich die Pflicht des Gläubigerausschussmitglieds zur unabhängigen Amtsführung allein aus der gesetzlich normierten Kontroll- und Unterstützungsfunktion ableiten.

Aber führt das in Bezug auf die Verpflichtung zur Unabhängigkeit in der Amtsführung zu anderen Ergebnissen? Nein, denn trotzdem muss hinsichtlich der Aufgabe, ausschließlich die Interessen der Gläubigergesamtheit zu vertreten, eine grundsätzliche Unabhängigkeit (von Eigeninteressen) gefordert werden. Entsprechend der Ansicht des *AG Hamburg* zum Insolvenzverwalter kann eine solche Unabhängigkeit nicht von vorneherein deshalb ausgeschlossen sein, weil das Ausschussmitglied (auch) die Interessen des einzelnen Gläubigers vertritt, der ihn in den Ausschuss gesendet hat. Interessenkonflikte können auch bei beauftragten Dritten entstehen, so z. B. Anwälten, da sie Mandanteninteressen mit den Interessen der Gläubigergesamtheit vereinbaren müssen<sup>49</sup>. In diesem Zusammenhang erklärt der *BGH* das Amt des Mitglieds eines Gläubigerausschusses sei auch weder von dem Vertrauen des Insolvenzverwalters noch der Mehrheit oder einzelner Mitglieder des Gläubigerausschusses abhängig. Vielmehr sei seine Tätigkeit nicht an den Sonderinteressen seines Mandanten auszurichten; dies scheidet zwingend aus. Dem *BGH* ist beizupflichten. Letztlich muss das Gläubigerausschussmitglied seine Partikularinteressen hinter die Interessen der Gläubigergesamtheit zurück stellen, selbst wenn es die Interessen seines Mandanten wahrzunehmen hat. Es gelten insoweit die oben unter III angestellten grundsätzlichen Erwägungen zur Vergleichbarkeit der Interessenlage: Die Abwägung der jeweiligen Eigeninteressen des Ausschussmitglieds mit den Interessen der Gläubigergesamtheit fällt wie im Aufsichtsrat zu Gunsten der Gläubigergesamtheit aus. Hat eine Entscheidung eines Gläubigerausschussmitglieds eine Auswirkung auf das Gesamtergebnis (Masse) des Verfahrens, dann besteht ein Interesse der Gläubigergesamtheit, dass diese Entscheidung im Sinne der Gläubigergesamtheit (also unabhängig und sachkundig) getroffen wird. Dieses Ergebnis führt dazu, dass bei konkret auftretenden Interessenkollisionen das betroffene Mitglied nach herrschender Meinung kein Stimmrecht hat, aber an den Sitzungen und Beratungen teilnehmen darf<sup>50</sup>. Da die InsO insoweit keinerlei Regelungen enthält, muss auf Parallelwertungen wie § 34 BGB, § 47 IV GmbHG oder § 136 I AktG zurückgegriffen werden<sup>51</sup>.

c) Lösung über ein „Gegenpapst-Modell“. Möglich wäre, dass in einem Gläubigerausschuss ein kompetentes „neutrales“ Mitglied gesetzlich vorgesehen wird, das zwingend kein

Vertreter eines einzelnen Gläubigers ist. Ein institutionalisierter und unabhängiger Vertreter auch der Kleingläubiger könnte dem Gläubigerausschuss die notwendige Akzeptanz geben. Ein zusätzliches neutrales Gläubigerausschussmitglied könnte vom Gericht bestellt werden oder von der Gläubigerversammlung auf Vorschlag des Gerichts oder eines Gläubigers gewählt werden. Denkbar wäre z. B. ein im Insolvenzrecht erfahrener Rechtsanwalter oder auch ein Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater. Eine Liste von Spezialisten könnte dem Gericht die Auswahl erleichtern. Es wäre auch denkbar, die bestehenden Verwalterlisten um solche Experten zu erweitern. Natürlich ist zu befürchten, dass ein derart gesetzlich vorgeschriebener Sachverständiger sich aus dem Kreis der bekannten Insolvenzverwalter und Sanierungsberater rekrutiert. Das liegt aber in der Natur der Sache und kann nicht vermieden werden. Diese Lösung sollte an dieser Stelle auch nicht bedeuten, dem Insolvenzverwalter gleich einen Sonderrinsolvenzverwalter als eine Art Revisionsinstanz an die Seite zu stellen. Auch hier ist es Sache des Insolvenzgerichts, für Ausgewogenheit zu sorgen.

Es sei aber darauf hingewiesen, dass es dem Gläubiger über § 67 III InsO bereits jetzt rechtlich möglich ist, einen solchen Vertreter in den Gläubigerausschuss zu entsenden. Es wird lediglich – analog § 100 II Nr. 3 AktG – angenommen, dass es unzulässig ist, dass sich Verwalter verschiedener Insolvenzverfahren wechselseitig in den jeweiligen Ausschuss wählen lassen (so genannte „Überkreuzbesetzungen“)<sup>52</sup>.

§ 67 III InsO, der nach seinem Wortlaut die Möglichkeit vorsieht, dass ein Gläubigerausschussmitglied kein Gläubiger sein muss, ist aber für den vorläufigen Gläubigerausschuss eingeschränkt worden (s. Fußn. 15). Der Gesetzgeber wollte ursprünglich *besonders geeigneten außenstehenden Personen* damit die Möglichkeit der Mitgliedschaft eröffnen, um den Gläubigerausschuss als Organ der Selbstverwaltung durch Sachkompetenz aufzuwerten<sup>53</sup>. Es sollen auch solche Personen einbezogen werden können, die besonders zur Wahrung der Interessen der Gläubiger oder eines bestimmten Kreises von Gläubigern im Gläubigerausschuss geeignet sind bzw. die besondere Erfahrung in Insolvenzverfahren aufweisen (z. B. Branchenspezialisten bei leistungswirtschaftlich definierten Sanierungsfällen)<sup>54</sup>. Die Insolvenzgerichte haben also schon heutigem Recht die Möglichkeit, selbst einen Sachverständigen zu suchen und ihn als Gläubigerausschussmitglied zu benennen. Sie sind aufgerufen, von dieser Vorschrift stärker Gebrauch zu machen. Dass ausgerechnet diese Möglichkeit für den vorläufigen Gläubigerausschuss nach dem durch das ESUG eingeführten § 21 II 1 Nr. 1 a InsO eingeschränkt wurde, indem „nur“ noch Gläubiger zu Mitgliedern des (vor-)vorläufigen Ausschusses bestellt werden können, ist eine bedauerliche Fehlentwicklung, die zu korrigieren ist. Die Argumentation des Rechtsausschusses, dass

45 Insoweit ist die Situation vergleichbar mit der eines Großaktionärs, der im Aufsichtsrat des Unternehmens sitzt. Vgl. zu Interessenkonflikten auch *Pape*, ZInsO 2002, 1017, u. *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, ZInsO 2005, 974.

46 Vgl. dazu *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, ZInsO 2006, 69.

47 Vgl. *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, ZInsO 2007, 531.

48 S. aber *Zipperer*, NZI 2010, 281, der für den antragstellenden Gläubiger eine Treuepflicht gegenüber den anderen Gläubigern bejaht.

49 Vgl. *BGH*, NZI 2008, 229 (230).

50 *Hess*, InsO, § 72 Rdnr. 8; *Delbaes*, in: *Nerlich/Römermann* (o. Fußn. 33), § 72 Rdnr. 4; *Weber*, in: *Jaeger*, InsO, 2007, § 90 Rdnr. 4; *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung u. Stimmverbote im neuen Insolvenzverfahren, 1999, S. 93.

51 *BGH*, ZIP 1985, 423.

52 S. dazu *Niemeyer* (o. Fußn. 34), S. 92 Fußn. 431; vgl. auch *Hegmanns* (o. Fußn. 36), S. 115 ff.

53 BT-Dr 12/2443, in: *Balz/Landfermann*, Die neuen InsolvenzG, 1999, S. 282; *Hess/Weis*, InVo 1997, 1.

54 *Kind*, in: *Braun*, InsO, 4. Aufl. (2010), § 67 Rdnr. 7.

Nichtgläubigern praktische Kenntnisse vom Unternehmen fehlen, ist ebenso abwegig wie der Umkehrschluss, dass die Gläubiger zwangsläufig Kenntnisse vom Unternehmen haben. Das kann z.B. bei Banken, Leasinggebern, Factoring-Unternehmen, Lieferanten von Rohmaterial, aber auch von manchen Arbeitnehmern (z. B. gerade neu eingestellten einfachen Arbeitskräften ohne Führungsverantwortung) wohl kaum allgemein unterstellt werden. Es ist auch fraglich, warum ein Unternehmensberater oder Rechtsanwalt, der den Schuldner bei der Insolvenzantragstellung beraten hat, zwar qualifiziert und unabhängig genug ist, Insolvenzverwalter zu werden (§ 56 I Nr. 2 InsO), aber nicht fähig sein soll, im Gläubigerausschuss sinnvoll mitzuwirken.

Ob die Praxis hier einen Ausweg findet, indem ein zusätzliches Mitglied nach der Verwalterauswahl hinzugewählt wird, bleibt abzuwarten. Für die entscheidende vorinsolvenzliche Phase sollte auf ein solches Mitglied nicht verzichtet werden müssen. Bei einer Neuregelung könnte ein solches Mitglied von der Wahl des vorläufigen Insolvenzverwalters aber auch ausgeschlossen werden, sofern hier Bedenken bestehen sollten, einen „Außenstehenden“ daran zu beteiligen.

## V. Vergütung

Nicht zuletzt muss über eine angemessene Vergütung die professionelle Besetzung des Gläubigerausschusses gefördert werden. Sie darf weder zu hoch sein – das wird den Widerspruch seitens der Insolvenzgläubiger provozieren – noch darf sie zu niedrig sein. Auch hier kann ein Vergleich mit dem Aufsichtsrat gezogen werden.

### 1. Aufsichtsrat

Die Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds richtet sich nach der Satzung oder einem Gesellschafterbeschluss. Ohne solche Maßnahmen besteht kein Vergütungsanspruch. Nach § 113 I 3 AktG soll die Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen. Weitere Differenzierungen ergeben sich aus 5.4.6 DCGK, wobei zwischen der festen Vergütung, einer funktions- und aufwandsbezogenen Komponente und einer erfolgsbezogenen Komponente unterschieden wird. Die Vergütung soll auch die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats garantieren.

Im Zuge der Professionalisierung der Aufsichtsräte stieg in den letzten Jahren deren Vergütung erheblich<sup>55</sup>. Für mehr Sachverstand sind die Aktionäre offenbar auch bereit, mehr zu bezahlen.

### 2. Gläubigerausschuss

Die Vergütung des Gläubigerausschussmitglieds<sup>56</sup> ist immer wieder ein Streitpunkt<sup>57</sup>. Ihre Festsetzung erfolgt nach §§ 73 II, 64, 65 InsO durch das Insolvenzgericht, die Höhe bestimmt sich nach §§ 17, 18 InsVV. Die Kriterien des § 73 InsO sind denen des § 113 I 3, 4 AktG ähnlich<sup>58</sup>. Dem Gericht ist eine Festsetzung der Vergütung außerhalb der gesetzlichen Regelsätze möglich (s. § 17 InsVV, „regelmäßig“). Berücksichtigt werden bei der Abrechnung auch Zeiten für Vor- und Nachbereitung der Sitzungen. In der Praxis stimmen sich die Gläubigerausschussmitglieder oft vorher untereinander und mit dem Insolvenzverwalter über ihre Vergütungsanträge ab, damit sie nicht aus dem (regional üblichen) Rahmen fallen.

§ 17 I 1 InsVV fordert Vergütungen von „regelmäßig zwischen 35 bis 95 Euro/Std.“ Dieser Stundensatzrahmen wird allgemein als zu niedrig empfunden<sup>59</sup>. Für eine solche nied-

rige Vergütung wird ins Feld geführt, dass die Tätigkeit schließlich dem Interesse der Gläubiger selbst dient und daher eine „bescheidene“ Vergütung angemessen sei. Das trifft aber insbesondere bei Nichtgläubigern im Ausschuss nicht zu und kann auch pauschal nicht für jeden Gläubiger angenommen werden. Die Regelvergütung ist für hoch qualifizierte professionelle Mitglieder zu niedrig und fördert weder deren Teilnahme noch die Motivation zur Mitarbeit. Im Diskussionsentwurf zum GAVI wurde richtigerweise festgestellt:

„In vielen umfangreichen Insolvenzverfahren ist eine mangelnde Mitwirkungsbereitschaft betriebswirtschaftlich hoch qualifizierter Gläubiger im Gläubigerausschuss zu beklagen. Dies ist besonders bedauerlich vor dem Hintergrund der dem Gläubigerausschuss obliegenden Aufgaben der Geschäfts- und Rechnungsprüfung. Eine der Hauptursachen hierfür ist die – für diesen Personenkreis – relativ geringe Vergütung, die sich auf höchstens 95 Euro pro Stunde beläuft. Die Bandbreite der festsetzungsfähigen Vergütung ist daher anzuheben. Zugleich soll es der Gläubigerversammlung ermöglicht werden, eine noch höhere Vergütung zu beschließen, wenn sie dies im Hinblick auf die im Ausschuss zu erfüllenden Aufgaben oder zur Gewinnung bestimmter Personen für diese Aufgaben für erforderlich erachtet.“

Das GAVI schlug daher eine Erhöhung des Rahmens auf 190 Euro vor. Dies wäre sicher ein Ansatz, würde aber die Einzelfalldiskussion über die Vergütungen kaum beeinflussen. Der Spielraum des Insolvenzgerichts ist ohnehin größer, lediglich der Begründungsaufwand würde geringer. Im Einzelfall kann das Gericht auch bisher schon Stundensätze von 500 Euro gewähren<sup>60</sup>.

Die Insolvenzgerichte haben stattdessen schon mit anderen Vergütungsberechnungen „experimentiert“. Vergütungsfestsetzungen z. B. prozentual an der Vergütung des Verwalters angelehnt oder Pauschalhonorare sind dabei als zulässig zu betrachten<sup>61</sup>. Bei einer Orientierung an der Verwaltervergütung werden ein bis fünf Prozent als angemessen betrachtet<sup>62</sup>. Das kann aber in Großinsolvenzen zu erheblichen Vergütungssummen führen und ist daher vom Insolvenzgericht gut abzuwägen. Eine Bezugnahme auf die Aufsichtsratsvergütung würde eine pauschale feste Vergütung kombiniert mit einem Auslagensatz (vgl. § 18 InsVV) nahelegen. Erfolgsbezogene Bestandteile – z. B. an der Quotenhöhe orientiert oder an einer erfolgreichen Betriebsfortführung – dürften jedoch auch möglich sein. Ob sich ein Gericht auf solche innovativen Ansätze einlassen wird, ist aber fraglich. Für beschwerdewillige Insolvenzgläubiger zählt die Summe, die „unter dem Strich“ herauskommt und das kann bei erfolgsbezogenen Komponenten ebenso wie bei der prozentualen Ausrichtung an der Verwaltervergütung ein erheblicher Betrag sein. Die Stundensatzabrechnung ist für die Beteiligten greifbarer und leichter nachzurechnen.

55 Vgl. Studie des DSW e. V., in: BOARD 1/2011, S. 34 ff., danach Anstieg des Vergütungsniveaus um circa 25 Prozent seit 2009.

56 Allg. Deppe, InsBürO 2005, 164; Steinwachs, in: Steinwachs/Vallender (o. Fußn. 24), Rdnrn. 560 ff.

57 Vgl. AG Braunschweig, ZInsO 2005, 870 (bis 200 Euro); AG Detmold, NZI 2008, 505 (bis 300 Euro); LG Göttingen, NZI 2005, 340 (zu Kilometerpauschalen in Höhe von 0,30 Euro); BGH, NZI 2009, 845 (unter 25 Euro in Verbraucherinsolvenzen).

58 AG Duisburg, NZI 2003, 502.

59 Last/Keller, in: Gottwald, InsolvenZR-Hdb., 4. Aufl. (2010), Rdnr. 63 m. w. Nachw.

60 AG Detmold, NZI 2008, 505.

61 Str., dafür: Andres/Leithaus, InsO, 2. Aufl. (2011), § 73 Rdnrn. 1, 3 m. w. Nachw.; Kind, in: Braun (o. Fußn. 54), § 73 Rdnr. 8 m. w. Nachw.; AG Duisburg, NZI 2003, 502 (n. rkr.), das ein Pauschalhonorar verfahrensübergreifend an der Vergütung eines vorhandenen Aufsichtsrats orientiert hat, was aber angesichts der weitergehenden Aufgaben des Aufsichtsrats nicht angemessen erscheint; dagegen: Last/Keller, in: Gottwald (o. Fußn. 59), Rdnr. 68.

62 Kind, in: Braun (o. Fußn. 54), § 73 Rdnr. 8 m. w. Nachw.

Letztendlich kann dem Gericht die Einzelfallfestsetzung nicht abgenommen werden. Eine Beteiligung der Gläubigerversammlung ist bisher nicht vorgesehen. Es wäre zu befürworten, wenn in dem Gläubigerversammlungstermin zumindest ein Vergütungsrahmen oder eine Berechnungsart für das konkrete Verfahren beschlossen werden könnte. Die letzte Entscheidung wäre dann immer noch dem Gericht vorbehalten. Das würde die Akzeptanz bei den Insolvenzgläubigern erhöhen und Beschwerden (s. § 64 III InsO) gegen die Vergütungsfestsetzung minimieren.

Bei der Festsetzung der Vergütung eines Gläubigerausschussmitglieds wird als Kriterium für die Höhe der Vergütung unter anderem auf seine Sachkunde und Qualifikation abgestellt<sup>63</sup>, ohne dass diese Fähigkeiten gesetzlich gefordert und gefördert werden. Der Ansatz, die Qualität der Gläubigerausschüsse durch eine höhere Vergütung seiner Mitglieder zu verbessern, „zäumt das Pferd von hinten auf“. Besser wäre es, erst einmal die Qualifikation zu definieren und zu fordern und diese dann auch angemessen bezogen auf das einzelne Gläubigerausschussmitglied zu honorieren.

## V. Fazit

Geht man von den Prämissen aus, dass eine effiziente Kontrolle des Verwalters auch bessere Verfahrensergebnisse fördert und dass die Gläubiger auch Mitsprache- und Mitbestimmungsrechte haben sollen<sup>64</sup>, dann führt kein Weg an einer Besetzung des Gläubigerausschusses mit qualifizierten und unabhängigen Mitgliedern vorbei. Der Ruf nach einem „starken“ (qualitativ hochkarätig besetzten und engagierten) Gläubigerausschuss ist also nachvollziehbar und soll hier bekräftigt werden.

Es ist notwendig und möglich, die Qualitätsanforderungen, die an einen Aufsichtsrat gestellt werden, auch an die Gläubigerausschussmitglieder zu stellen. Insbesondere Sachverstand und Unabhängigkeit müssen bei Gläubigerausschussmitgliedern in gleichem Maße vorhanden sein, wenn sie eine letztendlich mit dem Aufsichtsrat vergleichbare Kontrolltätigkeit ausüben sollen.

Da § 100 V AktG auf Gläubigerausschüsse nicht sinnvoll analog angewendet werden kann, ist hier der Gesetzgeber gefragt. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, Anforderungen an den Sachverstand der Gläubigerausschussmitglieder zu definieren, um die Gläubigergesamtheit zu schützen. Bisher kann die Qualität nur durch den einzelnen Gläubiger und die Bestellung entsprechender sachkundiger Vertreter gewährleistet werden.

Die Einrichtung eines institutionellen neutralen Mitglieds wäre zu befürworten, um eine professionelle Konstante einzuführen. Der Gesetzgeber der InsO hat den Sachverstand zum Beispiel durch die Möglichkeit der Bestellung eines Dritten (z. B. Rechtsanwalt) an Stelle eines Gläubigers in § 67 III InsO zutreffend berücksichtigt<sup>65</sup>. Dies geht jedoch nicht weit genug. Stattdessen sollte diese Möglichkeit zur Regel erhoben werden. Schließlich gibt es ein „Gemeinwohl der Gläubiger“, das zu schützen ist<sup>66</sup> und für dessen Verfolgung sie letztlich auch aus der Masse gemeinschaftlich den Gläubigerausschuss bezahlen. Die Gerichte sollten § 67 III InsO jedenfalls bereits jetzt anwenden, um eine professionelle Besetzung des Ausschusses zu erreichen. Die mit Einführung des § 22 a I InsO für den vorläufigen Gläubigerausschuss erfolgte Einschränkung der Möglichkeit „Nichtgläubiger“ zu Mitgliedern zu bestellen, ist eine bedauerliche Fehlentwicklung, die vom Gesetzgeber zu korrigieren ist oder von der bei Einrichtung eines neutralen Mitglieds eine Ausnahme zu machen ist.

Auch die bisherige Vergütung der Gläubigerausschussmitglieder ist mit steigender Professionalisierung anzupassen. Dabei gilt es auch hier, erst Qualitätsanforderungen zu stellen und sie dann angemessen zu vergüten. Die Regelstundensatzerhöhung auf 190 Euro wäre ein Anfang, der den Gerichten die Argumentation erleichtern würde. Eine Beteiligung der Gläubigerversammlung an der Wahl der Rahmenbedingungen für die Berechnung wäre wünschenswert.

63 Kind, in: *Braun* (o. Fußn. 54), § 73 Rdnr. 8.

64 *Heidland*, in: *Kölner Schrift* (o. Fußn. 22), S. 714 m. Verw. auf *Hegmanns* (o. Fußn. 36), S. 24.

65 Vgl. BT-Dr 12/2443 zu § 78.

66 S. hierzu *Jaeger*, zit. bei *Hegmanns* (o. Fußn. 36), S. 5; aber auch aus § 78 InsO herzuleiten, der von einem „gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger“ spricht.