

Insolvenzordnung (InsO)

Andres / Leithaus

5. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-79425-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

I. Entstehungsgeschichte und Normzweck

1. Entstehungsgeschichte

Im Konkursrecht wurde das Rechtsinstitut der Sequestration aus § 106 Abs. 1 KO entnommen und von der gerichtlichen Praxis im Einzelnen ausformuliert. Nach der InsO können die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters weit über die dem Sequester von Rechtsprechung und Literatur zugebilligten Möglichkeiten hinausgehen. Es besteht eine grundsätzliche Verpflichtung des vorläufigen Insolvenzverwalters, das schuldnerische Unternehmen fortzuführen.

2. Normzweck

§ 22 ist im Zusammenhang mit § 21 zu sehen. Der vorläufige Insolvenzverwalter ist – je nach Intensität seiner Befugnisse – **weitgehend dem endgültigen Insolvenzverwalter angenähert**. Der Gesetzgeber wollte sicherstellen, dass bereits im Insolvenzantragsverfahren eine rechtssichere Fortführung des schuldnerischen Geschäftsbetriebs gewährleistet ist. Dies machte eine abschließende und umfassende Bestimmung der Rechte und Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters erforderlich (Römermann/Mönning § 22 Rn. 11; Jaeger/Gerhardt § 22 Rn. 1).

II. Regelungsinhalt

1. Abgrenzung zwischen „starkem“ und „schwachem“ vorläufigen Insolvenzverwalter

§ 22 unterscheidet zwischen dem vorläufigen Insolvenzverwalter *mit* Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (auch „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter genannt) und dem vorläufigen Insolvenzverwalter *ohne* Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, aber regelmäßig unter Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts (sog. „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter). Dabei ging der **Gesetzgeber** davon aus, dass der „starke“ **vorläufige Insolvenzverwalter die Regel**, der „schwache“ hingegen die Ausnahme sein sollte. In der **Praxis** ist jedoch häufig das **Gegenteil** der Fall (→ Rn. 13). Zur gezielten Befugnis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den vorläufigen Insolvenzverwalter → § 55 Rn. 13, 17. Zur Begründung von Steuerverbindlichkeiten des vorläufigen Insolvenzverwalters zu Lasten der Insolvenzmasse → § 55 Rn. 19 ff.

2. Tatbestandliche Voraussetzungen

a) „**Starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter**. Nach Abs. 1 geht auf den vom Insolvenzgericht bestellten vorläufigen Insolvenzverwalter bereits automatisch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über, wenn dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt worden ist. Es bedarf daher insoweit keines zusätzlichen Beschlusses (zu den Rechtsfolgen der Bestellung des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters → Rn. 6 ff.). In seinen Befugnissen ist der „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter dem Insolvenzverwalter weitgehend angenähert (→ Rn. 8 ff.).

- 5 **b) „Schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter.** Solange dem Schuldner **kein allgemeines Verfügungsverbot** auferlegt wird, verbleibt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis beim Schuldner. Die Befugnisse des „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters müssen gem. Abs. 2 vom Gericht im Einzelnen bestimmt werden. Nach Abs. 2 S. 2 **dürfen die Pflichten des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters nicht über die des starken hinausgehen** (BGH NJW 2002, 3326). In der Praxis wird üblicherweise zunächst ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter nach Abs. 2 bestellt sowie die Sicherungsmaßnahme gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 angeordnet. In diesem Fall behält der Schuldner zwar die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis; jedoch sind Verfügungen des Schuldners von der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters abhängig. Das führt in der Praxis häufig dazu, **dass der „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter faktisch das schuldnerische Unternehmen fortführt**. Rechtlich bilden Schuldner und vorläufiger Insolvenzverwalter jedoch ein „Tandem“, bei dem der Schuldner verfügt und der vorläufige Insolvenzverwalter seine Zustimmung erteilt, der vorläufige Insolvenzverwalter jedoch alleine nicht verfügen kann. Durch eine umfassende und ins Einzelne gehende Ausgestaltung der Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters iSv Abs. 2 **kann dieser faktisch einem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter weitgehend angenähert werden** (MüKoInsO/Haarmeyer/Schildt § 22 Rn. 23). Ist die dingliche Einigung erfolgt und der Eintragungsantrag gestellt, hindert die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts nicht den Eintritt des Verfügungserfolgs (BGH NZI 2012, 614).

3. Rechtsstellung

- 6 **a) Allgemeines.** Nach der Grundnorm der Nr. 1 hat der vorläufige Insolvenzverwalter das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten. Diese Sicherungsbefugnis und -verpflichtung trifft sowohl den „starken“ als auch den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter.
- 7 **b) „Starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter.** Die Befugnisse des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters werden in Abs. 1 Nr. 1–3 ausformuliert.
- 8 **aa) Fortführungspflicht des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters.** Nach Nr. 2 **hat** der vorläufige Insolvenzverwalter das schuldnerische Unternehmen jedenfalls bis zur Entscheidung über die Verfahrenseröffnung grundsätzlich **fortzuführen**. Ausnahmsweise kann er das Unternehmen stilllegen, wenn das Insolvenzgericht einer solchen Stilllegung zustimmt, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden. Hierbei rechtfertigt eine Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO gegenüber dem Schuldner die gerichtliche Zustimmung zur Stilllegung nicht, denn der Unzuverlässigkeitstatbestand knüpft an die Person des Schuldners an, sodass eine entsprechende Untersagung nicht der Betriebsfortführung durch den vorläufigen Verwalter entgegensteht (AG Hannover NZI 2020, 330). Insbesondere die unbedingte Fortführungspflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters wurde von der Praxis stark kritisiert (s. zum Meinungsstreit BAG NZI 2002, 118). Ein wesentlicher Grund für diese Kritik lag in der Vorschrift des § 55 Abs. 2, wonach ein „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter bereits Masseverbindlichkeiten begründet, für deren Nichterfüllung er nach § 61 haften kann. Wird also ein „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und ist dieser gem. Abs. 1 Nr. 2 verpflichtet, das Unternehmen fortzuführen, so beinhaltet dies schon in der ersten Phase des Antragsverfahrens, das aus Sicht des vorläufigen Insolvenzverwal-

ters regelmäßig schwer einschätzbar ist, für diesen ein hohes Haftungsrisiko. Diese Haftungsproblematik wurde allerdings durch Einführung von § 55 Abs. 3 für auf die Bundesanstalt für Arbeit übergegangene Insolvenzgeldansprüche teilweise entschärft (→ § 55 Rn. 16). Auch hat der BGH die **gezielte Begründung von Masseverbindlichkeiten** durch einen „halbstarken“ vorläufigen Insolvenzverwalter ermöglicht (BGH NJW 2002, 3326 ff., → Rn. 11). Die Bestellung eines „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters ist in der Praxis die Ausnahme.

bb) Weitere Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters. Nach Nr. 3 ⁹ hat der vorläufige Insolvenzverwalter zu prüfen, ob eine zur Eröffnung des Verfahrens ausreichende Masse vorhanden ist. Zusätzlich kann das Gericht den vorläufigen Insolvenzverwalter als Sachverständigen bestellen, der das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes zu überprüfen und eine Fortführungsprognose über das Unternehmen abzugeben hat (zur Rechtsstellung des Sachverständigen → Rn. 12). Das Gericht kann den vorläufigen Insolvenzverwalter auch beauftragen, bestimmte Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Insolvenzantrags zu ermitteln, zB örtliche und/oder internationale Zuständigkeit.

c) „Schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter. Die Pflichten des „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters sind vom Insolvenzgericht im Einzelnen anzuordnen. Sie ergeben sich somit nicht automatisch aus dem Katalog des Abs. 1. Allerdings wird das Gericht im Regelfall jedenfalls die Pflichten nach Nr. 1 und Nr. 3 anordnen. Eine **Fortführung des Unternehmens ist dem vorläufigen Insolvenzverwalter** regelmäßig nur möglich, wenn auch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (teilweise) auf ihn übergegangen ist oder ein Zustimmungsvorbehalt angeordnet wurde. Andernfalls kann der „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter die vorläufige Fortführung des Unternehmens lediglich begleiten und überwachen. Bereicherungsansprüche wegen rechtsgrundloser Zahlungen auf das Vollrechtstreuhandkonto eines vorläufigen „mitbestimmenden“ Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt richten sich gegen diesen persönlich und nicht gegen den Schuldner (BGH NZI 2015, 704).

d) „Halbstarker“ vorläufiger Insolvenzverwalter. Nach der Grundsatzentscheidung des BGH (NZI 2002, 543 = BGHZ 151, 353) ist auch eine **gezielte Begründung von Masseverbindlichkeiten** durch einen „halbstarken“ vorläufigen Insolvenzverwalter möglich (→ § 55 Rn. 17).

e) Gutachter. Nach Nr. 3 Hs. 2 kann das Gericht einen Sachverständigen ¹² bestellen, der das **Vorliegen eines Eröffnungsgrundes zu überprüfen und eine Fortführungsprognose zu erstellen** hat. Dem Sachverständigen stehen keine einem vorläufigen Insolvenzverwalter vergleichbaren Rechte zu (LG Göttingen ZIP 2002, 2269), es ist jedoch möglich und üblich, den Sachverständigen zum vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen. Außerdem hat der bestellte Sachverständige ein Akteneinsichtsrecht in die über den Insolvenzschuldner geführten Strafakte, wenn sich daraus Hinweise dazu ergeben, ob mit der Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Insolvenzschuldner zu rechnen und mit welcher Wahrscheinlichkeit von einer Durchsetzung behaupteter Ansprüche Dritter auszugehen ist (OLG Braunschweig NZI 2016, 597). Der Gutachter wird von der Gerichtskasse nach dem JVEG (vormals ZSEG) entschädigt, während dem vorläufigen Insolvenzverwalter gem. § 11 InsVV ein Vergütungsanspruch gegen das schuldnerische Unternehmen zusteht, der insbes. von der vorgefundenen Masse abhängt.

- 13 **f) Graduelle Erweiterung der Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters. aa) Allgemeines.** In der Praxis erfolgt eine Bestellung durch das Insolvenzgericht häufig zunächst nach Abs. 1 Nr. 3 als Gutachter bzw. als „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter iSv Abs. 2 bzw. § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2. In den meisten Fällen ist eine Bestellung zum „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter iSv Abs. 1 nicht erforderlich und hat daher auch mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu unterbleiben. Das Gericht kann – sofern es dies für erforderlich hält – den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter **im Verlauf des Antragsverfahrens durch die Verhängung eines allgemeinen Verfügungsverbotes zum „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter „befördern“**.

- 14 **bb) Beispiele.** Eine „Beförderung“ bietet sich etwa an, wenn der Gutachter im Zuge seiner Ermittlungen feststellt, dass bestimmte Masse schädigende Handlungen des Schuldners unterbunden werden müssen. Die Anordnung der „starken“ vorläufigen Verwaltung ist etwa dann erforderlich, wenn zur Schonung der Masse sehr kurzfristig **Kündigungen von Arbeitsverhältnissen** ausgesprochen werden müssen und die bisherige Unternehmensleitung hierzu nicht bereit oder in der Lage ist. Nach allgemeiner Auffassung geht die Arbeitgeberbefugnis auf den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter über (vgl. MüKollnsO/Haarmeyer/Schildt § 22 Rn. 110; KPB/Blankenburg InsO § 22 Rn. 211; Uhlenbruck/Ries InsO § 22 Rn. 62; Jaeger/Gerhardt § 22 Rn. 49 ff.; vgl. auch OLG Saarbrücken NZI 2014, 804; 2014, 796). Auch kann es im Einzelfall angezeigt sein, kurz vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 2) zu begründen, um eine nahtlose Fortführung des Geschäftsbetriebs zu gewährleisten. Zur möglichen analogen Anwendung des § 125 bei der vorläufigen Insolvenzverwaltung vgl. Mückl/Krings ZIP 2012, 109. Der Widerruf der Lastschriftbuchung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter ist nach Ablauf der vierzehntägigen Prüffrist (vgl. BGH NZI 2012, 506; 2012, 190) nicht mehr möglich (OLG Frankfurt a. M. NZI 2015, 707).

4. Prozessuale Wirkungen

- 15 Die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters hat nur dann nach § 240 S. 2 ZPO die Unterbrechung eines anhängigen Rechtsstreits zur Folge, wenn das Gericht ein allgemeines Verfügungsverbot erlässt und einen „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter einsetzt (BGH NJW 1999, 2822 f.). Vgl. zur Stellung des vorläufigen Insolvenzverwalters im Gerichtsverfahren des Schuldners Mitsching ZInsO 2015, 1906.

5. Weitere Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters (Abs. 3)

- 16 Abs. 3 der Vorschrift gibt dem vorläufigen Insolvenzverwalter Befugnisse, die an jene des endgültigen Insolvenzverwalters weitgehend angenähert sind. Zu nennen sind insbes. die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners gegenüber dem Insolvenzverwalter.

§ 22a Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

(1) Das Insolvenzgericht hat einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Absatz 2 Nummer 1a einzusetzen, wenn der Schuldner im

vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllt hat:

1. **mindestens 6 000 000 Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags im Sinne des § 268 Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs;**
2. **mindestens 12 000 000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;**
3. **im Jahresdurchschnitt mindestens fünfzig Arbeitnehmer.**

(2) **Das Gericht soll auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Insolvenzverwalters oder eines Gläubigers einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Absatz 2 Nummer 1a einsetzen, wenn Personen benannt werden, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und dem Antrag Einverständniserklärungen der benannten Personen beigefügt werden.**

(3) **Ein vorläufiger Gläubigerausschuss ist nicht einzusetzen, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners eingestellt ist, die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.**

(4) **Auf Aufforderung des Gerichts hat der Schuldner oder der vorläufige Insolvenzverwalter Personen zu benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen.**

Literatur: Busch, Hat das ESUG die Praxis und die Kriterien der Insolvenzgerichte bei der Auswahl von Insolvenzverwaltern geändert? ZInsO 2012, 1389–1395; Cranshaw, Haftung, Versicherung und Haftungsbeschränkung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses, ZInsO 2012, 1151–1160; Frind, Der vorläufige Gläubigerausschuss – Rechte, Pflichten, Haftungsgefahren, ZIP 2012, 1380–1387; Frind, Die Praxis fragt, „ESUG“ antwortet nicht – Eine Exegese der wichtigsten „ESUG“-Auslegungsfragen mit Handlungsvorschlägen, ZInsO 2011, 2249–2261; Huber, Großer Wurf oder viel Lärm um nichts?, ZInsO 2013, 1–11; Kolbe, Arbeitnehmer-Mitbestimmung im vorläufigen Gläubigerausschuss, NZI 2015, 400–405; Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender, 30 Monate ESUG – eine Zwischenbilanz aus insolvenzrichterlicher Sicht, ZIP 2014, 2153–2166; Pape/Schulz, Der Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren und im eröffneten Insolvenzverfahren mit Eigenverwaltung des Schuldners, ZIP 2016, 506–514; Rauscher, Aufgaben, Kosten und Nutzen des vorläufigen Gläubigerausschusses, ZInsO 2012, 1201–1204; Schmidt/Hölzle, Der Verzicht auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, ZIP 2012, 2238–2244.

I. Entstehungsgeschichte und Normzweck

1. Entstehungsgeschichte

Die Norm wurde durch das ESUG neu in das Gesetz eingefügt. Bereits vor Inkrafttreten des ESUG war allgemein anerkannt, dass, insbes. bei laufendem Geschäftsbetrieb, auch schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein „vorläufiger“ Gläubigerausschuss eingesetzt werden konnte, um die Gläubigerbeteiligung bei Rechtshandlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters zu gewährleisten (→ § 67 Rn. 2).

2. Normzweck

- 2 Der vorläufige Gläubigerausschuss nach § 22a stellt eine der zentralen Neuerungen des ESUG dar. Neben der allgemeinen Sicherstellung einer angemessenen Gläubigerbeteiligung bei vorentscheidenden Maßnahmen im Eröffnungsverfahren hat er vor allem die Möglichkeit, dem Insolvenzgericht bei einstimmiger Entscheidung eine **bestimmte Person als vorläufigen Insolvenzverwalter bindend vorzuschlagen**. Die **zwingende Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses sieht das Gesetz nur bei mittelgroßen und großen Insolvenzverfahren** vor. Auch bei kleineren Insolvenzverfahren kann auf Antrag des Schuldners ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt werden. Als Rücknahme zur zwingenden Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses sieht das Gesetz die wirtschaftliche Unverhältnismäßigkeit bei zu geringer Masse vor (vgl. allgemein zum vorläufigen Gläubigerausschuss Frind ZIP 2012, 1380; zum vorläufigen Gläubigerausschuss aus insolvenzrichterlicher Sicht Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender ZIP 2014, 2153).

II. Regelungsinhalt

1. Allgemeines

- 3 Das Gesetz unterscheidet zwischen einem (semi-)obligatorischen sowie einem fakultativen vorläufigen Gläubigerausschuss. Bei Erreichen bestimmter Kennzahlen im Unternehmen des Schuldners sieht das Gesetz zwingend die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses vor. Lediglich dann, wenn „die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt“ (Abs. 3), hat das Gericht von der Einsetzung eines Gläubigerausschusses abzusehen. Der fakultative Gläubigerausschuss nach Abs. 2 „soll“ auch dann eingesetzt werden, wenn die Kennzahlen nicht erreicht worden sind, **der Schuldner dies aber beantragt** hat. Auch beim fakultativen Gläubigerausschuss gilt die Rücknahme nach Abs. 3. Die Möglichkeit einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, besteht auch im Eröffnungsverfahren mit Eigenverwaltung des Schuldners, vgl. dazu Pape/Schulz ZIP 2016, 506.

2. Der obligatorische vorläufige Gläubigerausschuss

- 4 a) **Überblick über die Voraussetzungen.** Das Gesetz ordnet die zwingende Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses an, wenn wenigstens zwei der drei vom Gesetz genannten Merkmale erfüllt sind:
- Wenigstens **6.000.000,00 EUR Bilanzsumme** nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrages iSv § 268 Abs. 3 HGB;
 - Wenigstens **12.000.000,00 EUR Umsatzerlöse** in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;
 - Im Jahresdurchschnitt wenigstens **50 Arbeitnehmer**.
- Im Gesetzgebungsverfahren waren die vorgenannten Schwellenwerte von zuvor 2,0 Mio. EUR Bilanzsumme, 2,0 Mio. EUR Umsatzerlöse sowie 10 Arbeitnehmer auf die Schwellenwerte von mittelgroßen Kapitalgesellschaften angehoben worden, um zu verhindern, dass in zu vielen kleineren Insolvenzverfahren ein zu

großer Administrationsaufwand entsteht. Allerdings wurden auch die Schwellenwerte, die bis 23.7.2015 galten, von Stimmen in der Literatur als noch zu niedrig kritisiert. Die bloß geringfügigen Erhöhungen zur Bilanzsumme und der Umsatzerlöse gehen auf die Umsetzung europäischer Richtlinien zurück, sodass die Kritik der Literatur bleibt. Als Korrektiv für die Einsetzung des obligatorischen vorläufigen Gläubigerausschusses hat der Gesetzgeber jedoch die Generalklausel (Öffnungsklausel) des Abs. 3 eingefügt.

b) Bilanzsumme. Nach Nr. 1 ist von der Bilanzsumme ein auf der Aktivseite ausgewiesener Fehlbetrag abzuziehen. Darüber hinaus sollte die Bilanzsumme **gekürzt** werden, **wenn sich auf der Aktiv- und der Passivseite saldierbare Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüberstehen**. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn bei Unternehmensgruppen erhebliche saldierbare Forderungen und Verbindlichkeiten in der Vergangenheit künstlich angewachsen sind. Dabei kommt es nach der hier vertretenden Auffassung nicht darauf an, ob Forderungen und Verbindlichkeiten nach insolvenzrechtlichen Vorschriften (§§ 94 ff.) noch aufgerechnet werden können. Die Korrektur der ansonsten wenig aussagekräftigen Bilanzsumme ist im Hinblick auf die Entlastung des Insolvenzverfahrens von überflüssigen Gläubigerausschüssen vorzunehmen.

c) Umsatzerlöse. Nr. 2 stellt auf die Umsatzerlöse **der letzten 12 Monate** 6 „vor dem Abschlussstichtag“ ab. Es sind die Umsatzerlöse des letzten vorhandenen Jahresabschlusses heranzuziehen. Insbesondere dann, wenn das schuldnerische Unternehmen den Jahresabschluss erst verspätet aufgestellt hat und es zwischen dem letzten verfügbaren Jahresabschluss und dem Moment der Insolvenzantragstellung zu einer erheblichen Verringerung des Geschäftsbetriebes gekommen ist, kann die Norm zu einer Verfälschung der für die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses maßgeblichen Fakten führen. Auch insofern ist vor dem Hintergrund der vorstehend (→ Rn. 5) geschilderten Gründe eine Korrektur vorzunehmen.

d) Arbeitnehmer. Nach Nr. 3 kommt es schließlich auf die **Zahl der Arbeitnehmer „im Jahresdurchschnitt“** an. Die Ziffer lässt offen, auf welches Jahr abgestellt werden soll. In Betracht kommt das letzte Jahr vor Insolvenzantragstellung oder das letzte komplette Geschäftsjahr vor Stellung des Insolvenzantrages. Sofern sich erhebliche Abweichungen zeigen, sollte auch aus den Gründen die vorstehend (→ Rn. 5) erwähnt wurden, auf die geringere Zahl abgestellt werden. Vgl. zur Arbeitnehmer-Mitbestimmung im vorläufigen Gläubigerausschuss, Kolbe NZI 2015, 400.

e) Partikular- und Sekundärsolvenzverfahren. Ein vorläufiger Gläubigerausschuss kommt auch im Rahmen eines Partikular- oder Sekundärsolvenzverfahrens nach §§ 354, 356 bzw. nach Art. 3 Abs. 4, Art. 27 EuInsVO in Betracht. Nicht geregelt ist, auf welche Vermögenseinheit im Hinblick auf die Schwellenwerte nach Abs. 1 abzustellen ist. Da sich die Wirkungen eines Partikular- bzw. Sekundärsolvenzverfahrens auf das inländische Vermögen beschränken, ist für die Bemessung der Schwellenwerte ausschließlich der inländische Geschäftsbetrieb bzw. das inländische Vermögen heranzuziehen. Sofern der Schuldner als Antragsteller die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses wünscht, so steht ihm der Weg über Abs. 2 offen.

3. Der fakultative vorläufige Gläubigerausschuss

- 9 a) **Allgemeines.** Erst kurz vor Ende des Gesetzgebungsverfahrens wurde in § 22a ein neuer Abs. 2 eingefügt, wonach auch in den Fällen, in denen nach Abs. 1 ein vorläufiger Gläubigerausschuss nicht einzusetzen wäre, **auf Antrag des Schuldners** dennoch ein vorläufiger Gläubigerausschuss vom Gericht eingesetzt werden soll. Die Ermöglichung eines fakultativen vorläufigen Gläubigerausschusses wurde für erforderlich gehalten, da die Schwellenwerte für den obligatorischen Gläubigerausschuss im Gesetzgebungsverfahren noch angehoben wurden. Die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses kann auch in kleineren Insolvenzverfahren noch sinnvoll erscheinen.
- 10 b) **Antrag des Schuldners.** Die Beantragung eines vorläufigen Gläubigerausschusses bietet sich insbes. dann an, wenn die Schwellenwerte nach Abs. 1 nur knapp unterschritten werden oder es Zweifel gibt, ob der eine oder andere Schwellenwert tatsächlich erreicht wurde. Es empfiehlt sich für den Schuldner aus praktischen Erwägungen auch dann einen Antrag nach Abs. 2 zu stellen, wenn die Voraussetzungen nach Abs. 1 sicher erfüllt sind (vgl. → Rn. 4 ff.). Im Falle der Beantragung durch den Schuldner „soll“ das Gericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen. Es kann also von der Einsetzung bereits dann absehen, wenn es die Einsetzung aus allgemeinen Erwägungen für nicht sinnvoll erachtet. Zusätzlich hat das Gericht die Möglichkeit, einen Antrag unter Verweis auf Abs. 3 zurückzuweisen.

4. Zusammensetzung, Größe und Auswahl der Mitglieder

- 11 a) **Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses.** Über den Verweis in § 21 Abs. 2 Nr. 1a auf § 67 sollen im vorläufigen Gläubigerausschuss die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen, die Kleingläubiger sowie die Arbeitnehmer vertreten sein, wenn letztere mit nicht unerheblichen Forderungen am Insolvenzverfahren beteiligt sind. Da bestimmte Gläubigergruppen (etwa der Pensionssicherungsverein aG, Warenkreditversicherer sowie Garantie- und Bürgschaftsgläubiger) erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu Gläubigern des Schuldners werden, ordnet § 21 Abs. 2 Nr. 1a an, dass **auch solche Gläubiger dem vorläufigen Gläubigerausschuss angehören können, die erst später zu Insolvenzgläubigern werden.** Hierdurch wird sichergestellt, dass auch eine Beteiligung der wirtschaftlich stark betroffenen Gläubiger gewährleistet ist.
- 12 b) **Größe des vorläufigen Gläubigerausschusses.** Der Verweis auf § 67 greift auch im Hinblick auf die Größe des vorläufigen Gläubigerausschusses ein. Diese sollte sich nach den Gläubigerinteressen und der Zusammensetzung der Gläubiger richten (→ § 67 Rn. 6). Er muss aus wenigstens zwei Mitgliedern bestehen (BGH NZI 2009, 386), sollte aber eine ungerade Zahl aufweisen (Kaiser/Thole/Riedel § 67 Rn. 11). Das AG Ludwigshafen (NZI 2012, 850) hat die Auffassung vertreten, dass einem vorläufigen Gläubigerausschuss auch in kleineren und mittleren Verfahren wenigstens fünf Personen angehören müssen, da § 67 Abs. 2 vier Gläubigergruppen erwähnt und eine ungerade Zahl von Mitgliedern sinnvoll erscheint. Dieser Auffassung kann bei überschaubaren Verfahren nicht gefolgt werden: regelmäßig können gesicherte und Großgläubiger zusammengefasst werden. Darüber hinaus sollen Arbeitnehmervertreter nur dann berücksichtigt werden, wenn diese „als Insolvenzgläubiger mit nicht uner-