

# ZVI 2020, 117

Praxedis Möhring

## Die Bescheinigung nach § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO – Ein Machtwort durch den Bundesgerichtshof?

Seitdem § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO durch das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15. 7. 2013 um die Worte „auf der Grundlage persönlicher Beratung und eingehender Prüfung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Schuldners“ ergänzt worden ist, wird in Rechtsprechung gestritten, ob die Insolvenzgerichte die vom Schuldner vorgelegte Bescheinigung inhaltlich darauf überprüfen dürfen, ob die geeignete Stelle oder Person den Schuldner persönlich beraten hat. Immer mehr Insolvenzgerichte nehmen eine solche materielle Prüfungskompetenz an (AG Köln ZVI 2015, 371; AG Potsdam ZInsO 2015, 599; AG Düsseldorf ZVI 2015, 171; LG Potsdam ZVI 2015, 285; LG Düsseldorf ZVI 2015, 335; AG Düsseldorf ZVI 2015, 421; LG Köln ZInsO 2016, 289; AG Oldenburg ZVI 2016, 318; AG Kaiserslautern ZVI 2016, 320, 321; LG Düsseldorf ZVI 2017, 147; AG Göttingen ZVI 2017, 149; LG Münster ZVI 2017, 190; AG Fürth ZVI 2017, 192). Eine wirksame Bescheinigung auf der Grundlage persönlicher Beratung und eingehender Prüfung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse gem. § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO setze einen persönlichen Kontakt des Bescheinigers mit dem Schuldner voraus (AG Potsdam ZInsO 2015, 599, 600; LG Düsseldorf ZVI 2015, 335; AG Kaiserslautern ZVI 2016, 320, 321; AG Oldenburg ZVI 2016, 318, 319 f.; AG Göttingen ZVI 2017, 149). Die Prüfungskompetenz der Gerichte sei immer dann zu bejahen, wenn bereits aus der Bescheinigung Anhaltspunkte erkennbar seien, die gegen eine persönliche Beratung sprächen. Solche Anhaltspunkte lägen jedenfalls dann vor, wenn zwischen Bescheiniger und Schuldner eine erhebliche räumliche Distanz liege (AG Köln ZVI 2015, 371, 372; AG Potsdam ZInsO 2015, 599, 600; AG Kaiserslautern ZVI 2016, 320, 321; LG Köln ZInsO 2016, 289; AG Göttingen ZVI 2017, 149). Dabei sind der Umfang des materiellen Prüfungsrechts und die Einzelheiten der Art der persönlichen Beratung durchaus streitig. So wird gestritten, ob eine telefonische Beratung zulässig ist. Ebenso ist streitig, in welchem Umfang der Bescheiniger Mitarbeiter hinzuziehen darf. Auf der anderen Seite wird ein materielles, inhaltliches Prüfungsrecht abgelehnt und eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (*Pape/Pape*, ZInsO 2017, 793, 795), ein Machtwort des IX. Zivilsenats eingefordert, welches dem – aus Sicht dieser Autoren – „modernen insolvenzrechtlichen Kreuzrittertum“ nun endlich den „Garaus“ macht (*A. Schmidt*, ZVI 2017, 129 f.).

Die angesprochenen Rechtsfragen sind dem Senat bislang noch nicht vorgelegt worden; deswegen hatte er noch keine Gelegenheit, die vielen Streitfragen zu entscheiden und für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu sorgen. Die Beschwerdegerichte scheinen die Rechtsbeschwerden nicht zuzulassen oder, wenn sie zugelassen wurden, wurde eine Rechtsbeschwerde nicht eingelegt. Es müsste dabei die Rechtsbeschwerde gerade von den Beschwerdegerichten zugelassen werden, welche die sofortige Beschwerde gegen die Abweisung des schuldnerischen Insolvenzantrags durch das Insolvenzgericht als unzulässig (§ 34 Abs. 1 InsO) zurückweisen. Im Hinblick auf die eingangs genannten unterschiedlichen Auffassungen zur Grundfrage nach der Prüfungskompetenz der Insolvenzgerichte, aber auch zu den vielen strittigen Einzelfragen dazu, wie der Schuldnerberater die persönliche Beratung durchzuführen hat, wäre hier die Rechtsbeschwerde nach § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (nachdem der Einzelrichter die Sache auf die Kammer übertragen hat) zuzulassen und es verwundert, dass dies trotz der vielen, teilweise – wenn manchmal

ZVI 2020, 118

auch nur in Nuancen – voneinander abweichenden Entscheidung noch nicht geschehen ist (vgl. *Pape/Pape*, ZInsO 2017, 793, und *A. Schmidt*, ZVI 2017, 129). Es stellt sich die Frage, ob die Beschwerdegerichte eine Überprüfung ihrer Entscheidung durch den Bundesgerichtshof fürchten.

Aber Vorsicht! Auch wenn die Beschwerdegerichte die Rechtsbeschwerde nicht zulassen, können sie sich nicht sicher sein, dass ihre Entscheidungen nicht doch aufgehoben werden. Zwar kann der Bundesgerichtshof dieses Unterlassen nicht korrigieren, weil es bei Beschwerden keine Nichtzulassungsbeschwerde wie bei Urteilen gibt (BGH, Beschl. v. 10. 1. 2008 – IX ZB 109/07, WuM 2008, 113). Doch kann die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde den Schuldner in seinem Recht aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, seinem Recht auf den gesetzlichen Richter, verletzen. Kommt ein Gericht der gesetzlich vorgesehenen Pflicht zur Zulassung eines Rechtsmittels nicht nach, so verstößt dies gegen die Gewährleistung des gesetzlichen Richters in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn die Entscheidung insoweit sachlich nicht zu rechtfertigen ist, sich damit als objektiv willkürlich erweist und den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar erschwert (BVerfG FamRZ 2015, 2123, Rz. 12). Ob die Nichtzulassung eines Rechtsmittels danach gegen dieses Verfahrensgrundrecht verstößt, lässt sich insbesondere anhand der in der Entscheidungsbegründung wiedergegebenen Erwägungen überprüfen (BVerfG FamRZ 2015, 2123, Rz. 13). Wenn die Entscheidung über die Nichtzulassung nicht näher begründet ist, kommen die Feststellung einer mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter unvereinbaren Handhabung der Zulassungspflicht und die Aufhebung durch das BVerfG gleichwohl in Betracht, wenn die Zulassung des Rechtsmittels unterblieben ist, obwohl sie nahegelegen hätte und die Nichtzulassungsbeschwerde nicht eröffnet ist. Hat das Beschwerdegericht das Rechtsmittel nicht zugelassen, obwohl die Zulassung des Rechtsmittels objektiv nahe lag, und finden sich weder in der Entscheidung noch anderweitig Anhaltspunkte dafür, auf Grund welcher – die Nichtzulassung möglicherweise sachlich rechtfertigenden – Überlegungen das Gericht von der Zulassung abgesehen hat, ist im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Überprüfung einer Entscheidung, gegen die die Nichtzulassungsbeschwerde nicht eröffnet ist, grundsätzlich von einer verfassungswidrigen Nichtzulassung auszugehen (BVerfG FamRZ 2015, 2123, Rz. 14).

