

**Berufsrecht für Insolvenzverwalter –
Qualität versus Quantität?**

von

Prof. Dr. Hanns Prütting, Köln

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Europarechtliche Überlegungen
- III. Verfassungsrechtliche Überlegungen
- IV. Berufszugang
- V. Die Vorauswahl
- VI. Die Bestellung im Einzelfall
- VII. Träger der Berufsaufsicht
- VIII. Die Überschneidung von Berufspflichten
- IX. Ergebnis

I. Einleitung

Noch vor 50 Jahren – so berichten erfahrene frühere Konkursrechtler – war es für den Konkursrichter sehr mühsam, einen Rechtsanwalt zu finden, der sich bereit fand, eine Konkursverwaltung zu übernehmen. Geradezu unmöglich war es, einen Konkursverwalter zu finden, der auch noch die Konkursordnung kannte. Dies alles erscheint heute unvorstellbar. Trotz des ungeheuren Anwachsens der Fälle und der Zahl der Verwalter kam es jedoch zu einem Eklat, als im Jahre 2001 der Freiburger Rechtsanwalt Kleine-Cosack, der damalige Richter am LG Holzer und der Referent in einem vom Gravenbrucher Kreis erbetenen Gutachten den Insolvenzverwalter aus seiner Grauzone herausholen wollten, um Zugang, Vorauswahl und konkrete Bestellung

einem gesetzlichen Rahmen zu unterstellen, der verfassungsrechtlicher Prüfung standhalten sollte.¹ Dafür war die Zeit im Jahre 2001 noch nicht reif.

Seither hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere durch seine Entscheidungen vom 03.08.2004², vom 23.05.2006³ und zuletzt vom 03.08.2009⁴ die Entwicklung vorangetrieben und damit sicherlich einen Bewusstseinswandel herbeigeführt. Die Parallele zu den legendären Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14.07.1987 zum anwaltlichen Berufsrecht drängt sich auf. Aber auf welchem Fundament soll ein künftiges Berufsrecht stehen? Nach den Diskussionen der vergangenen Jahre wird man dies in der Reihenfolge der Normenpyramide zu überlegen haben.

II. Europarechtliche Überlegungen

Damit stellt sich zunächst die vieldiskutierte Frage, ob die europäische Dienstleistungsrichtlinie auf den Beruf des Insolvenzverwalters Anwendung findet. Diese Frage wird bekanntlich von den Mitgliedern des Bundesministeriums der Justiz,⁵ zuletzt in der soeben erschienenen dritten Auflage der Kölner Schrift von Frau Ministerialdirektorin Graf-Schlicker,⁶ sowie anderen Autoren bejaht, von einer größeren Zahl von Autoren aber heftig bestritten. Worum geht es im Kern? Art. 2 Abs. 1 der RiLi erstreckt deren Anwendungsbereich auf alle Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedsstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden. Eine Ausnahme macht Art. 2 Abs.2 i für Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind und verweist dabei auf Art. 45 des EGV. Zusätzlich wird die Tätigkeit von Notaren und Gerichtsvollziehern gesondert aufgeführt und von der Richtlinie ausgenommen. Im Kern dreht sich die Diskussion also um den Begriff der Dienstleistung, der in der Vergangenheit gemäß Art. 50 EGV vom EuGH sehr weit ausgedehnt wurde und um den Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt. Zu Letzterem hat der EuGH bisher keine abstrakte Definition gegeben. Bei der konkreten Einordnung bestimmter beruflicher Tätigkeiten hat der EuGH freilich Rechtsan-

¹ *Holzer/Klein-Cosack/Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, 2001.

² BVerfGK 4,1 = ZIP 2004, 1649 = NJW 2004, 2725 = NZI 2004, 574.

³ BVerfGE 116, 1 = ZIP 2006, 1355 = NZI 2006, 453 = NJW 2006, 2613.

⁴ BVerfG, ZIP 2009, 1722 = NZI 2009, 641; dazu *Jacoby*, ZIP 2009, 2081.

⁵ *Sabel/Wimmer*, ZIP 2008, 2097.

⁶ *Graf-Schlicker*, in: Arbeitskreis für Insolvenzrecht, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, S. 235 ff. mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand.

wälte und Wirtschaftsprüfer stets von Art. 45 EGV ausgenommen und damit die Ausübung öffentlicher Gewalt verneint. Soweit man daraus schließt, dass nur dort öffentliche Gewalt zu bejahen ist, wo ein öffentliches Amt in der Form übertragen ist, dass hoheitliche Maßnahmen und staatliche Zwangsgewalt ausgeübt werden, wird man die Tätigkeit des Insolvenzverwalters nicht in diese Kategorie einreihen können. Mit guten Gründen wird darauf hingewiesen, dass Maßnahmen wie die Anordnung einer Postsperre gemäß § 99 InsO oder die Übernahme der Insolvenzmasse gemäß § 148 InsO gerade nicht durch den Verwalter erfolgen, sondern vom Gericht bzw. einem staatlichen Vollstreckungsorgan angeordnet bzw. durchgeführt werden. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 23.05.2006 sehr klar formuliert, dass der Insolvenzverwalter kein öffentliches Amt ausübe.

Die Gegenauffassung verweist darauf, dass der Verwalter ein herausgehobenes und unabhängiges Organ der Rechtspflege sei, nicht ein einfacher Dienstleister. So heißt es im soeben veröffentlichten Thesenpapier von 22 Wissenschaftlern und Praktikern des Insolvenzrechts in These 1 plakativ: „Die Tätigkeit des Insolvenzverwalters als Organ der Rechtspflege und Träger hoheitlicher Gewalt schließt eine Anwendung der EU-Dienstleistungsrichtlinie auf ihn aus.“⁷ Daraus folgt freilich zunächst sehr wenig. Gemäß der Definition von § 1 BRAO ist bekanntlich auch der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, obgleich er zweifellos der Dienstleistungsrichtlinie unterfällt. Weitergehend wird freilich geltend gemacht, dass der Verwalter letztlich die gesamte Vollstreckung gewährleistet, die zum Kernbereich staatlicher Aufgaben gehört. Jedoch handelt der Verwalter nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich, weswegen es wohl auch kaum vertretbar erscheint, ihn als „beliehenen Unternehmer“ zu bezeichnen. Bei der Beleihung bedient sich der Staat zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe eines privaten Rechts- und Organisationsträgers und verleiht ihm die Befugnis, die Angelegenheit in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts selbständig auszuführen.⁸ Andererseits sind gewisse Ähnlichkeiten zu einem beliehenen Unternehmer nicht zu verkennen. Denn die Amtsbefugnis des Verwalters erstreckt sich trotz seines Handelns in privatrechtlicher Form auf die Verwirklichung aller insolvenzrechtlichen Verfahrensziele und damit insbesondere auf die verfahrenszweckgebundene Verwaltungs- und Verfügungsmacht über das Schuldnervermögen. Seine Befugnis zur Insolvenzanfechtung gibt dem Verwalter das Recht, die haftungsrechtliche Unwirk-

⁷ Gemeinsamer Aufruf, ZInsO-Dokumentation, ZInsO 2009, 1950.

⁸ Preuss, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, 2005, S. 117; a.A. Schick, NJW 1991, 1328, 1329.

samkeit anfechtbarer Rechtshandlungen geltend zu machen. Sein Wahlrecht gem. § 103 InsO und darüber hinaus die Modalitäten der §§ 103 ff. InsO zeigen, dass das materielle Vertragsrecht durch die Insolvenzziele modifiziert wird. Auch insoweit handelt es sich um eine originäre Verfahrensaufgabe des Verwalters.⁹ Die Stellung des Verwalters hat zweifellos einen amtsähnlichen Charakter. Die übliche Charakterisierung des Insolvenzverwalters als Partei Kraft Amtes nimmt darauf Bezug und unterstützt dies. Die auf seinen Antrag im Insolvenzverfahren vorgenommenen Eingriffe in die Rechtsstellung des Schuldners gehen weit über eine bloße Vermögensverwaltung oder sonstige private Dienstleistungen hinaus und haben die Qualität von Grundrechtseingriffen. Dies alles könnte durchaus dafür sprechen, Art. 2 Abs. 2 i der Richtlinie zu bejahen.

Eine interessante Mittelmeinung in diesem Streit hat Frau Kollegin Preuß aus Düsseldorf¹⁰ vertreten. Ausgehend von der Feststellung, dass der Insolvenzverwalter nicht in den staatlichen Justizapparat eingegliedert ist, dass aber der Staat als alleiniger Nachfrager für die Dienste des Insolvenzverwalters auftritt, kommt sie zu folgender Differenzierung. Die konkrete richterliche Bestellung des Insolvenzverwalters sowie das Insolvenzverfahren selbst und die justizielle Aufsicht des Insolvenzverfahrens sind von der Beachtung der Dienstleistungsrichtlinie freigestellt. Dagegen unterfällt der Richtlinie die Aufstellung und die Führung eine Vorauswahlliste.

Letztlich erscheint diese Diskussion wenig gewinnbringend. Klar ist jedenfalls, dass die abschließende Befugnis zur Entscheidung dieser Frage beim EuGH liegt, der das Problem in vertragsautonomer Auslegung und unabhängig von den einzelnen nationalen Gesichtspunkten entscheiden wird. Die Rechtsprechung des EuGH ist bekanntlich seit langem von der Tendenz geprägt, jeweils eine Auslegung zu wählen, die die europäischen Grundfreiheiten möglichst umfassend und einheitlich zur Geltung bringt. Dies spricht tendenziell für eine Anwendung der Richtlinie. In jüngster Zeit waren freilich mehrfach Entscheidungen des EuGH zu beobachten, die den einzelnen Mitgliedsstaaten größeren Spielraum einräumen. Hinzuweisen ist auf die jüngsten Entscheidungen zum deutschen sowie zum italienischen Apothekenrecht, zur nationa-

⁹ Preuss, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, 2005, S. 334 f.

¹⁰ Vortrag vom 04.05.2009 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Vereinigung Düsseldorf; bisher nicht veröffentlicht.

len Einschränkung von Glücksspielangeboten im Internet sowie zu weiteren Rechtsbereichen.¹¹ Ebenfalls nicht eindeutig ist der von der eine Anwendung ablehnenden Meinung gegebene Hinweis auf Art. 4 EuInsVO, der zunächst die Dienstleistungsrichtlinie zu verdrängen scheint, der freilich im Lichte von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie an Gewicht verliert, wenn dort ersichtlich auf sich im Einzelnen widersprechende Bestimmungen abgestellt wird.

Mich führt dieser Streit zu dem Ergebnis, dass die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie ein Nebenkriegsschauplatz ist. Sollte sich der deutsche Gesetzgeber entschließen, den Beruf des Insolvenzverwalters gesetzlich auszuformen, den generellen Berufszugang sowie die Berufsausübung in einer Berufsordnung, also einem formellen Bundesgesetz, diskriminierungsfrei zu regeln, weiterhin in gleicher Weise Regelungen für eine Vorauswahl und eine konkrete Beststellungsentscheidung zu treffen, dann wird er sinnvollerweise eine diskriminierungsfreie Umsetzung der europäischen Grundfreiheiten im Auge behalten. Der bis zu einer abschließenden Entscheidung des EuGH weiterhin offenen Frage nach der Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie wird somit wohl eine eher geringe Bedeutung zukommen. Für die folgenden Überlegungen kann der Streit m.E. zunächst dahinstehen. Dass bei der Zulassung von Verwaltern die Staatsangehörigkeit ohne Bedeutung ist, dass grenzüberschreitende Dienstleistungen auch ohne Niederlassung zulässig sind, dass eine Kanzlei- und Zweigstellenregelung für deutsche Bewerber nicht diskriminieren darf, dass Kriterien der Vorauswahl ebenfalls diskriminierungsfrei, vorhersehbar und bestimmt sein müssen, dass nicht eine Mehrfachprüfung einzelner Merkmale vorgesehen ist, das alles möchte man dem deutsche Gesetzgeber als zwingende Ausgangspunkte auch dann anempfehlen, wenn die Dienstleistungsrichtlinie nicht anwendbar sein sollte.

III. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Ausgangspunkt der folgenden Erwägungen ist die Feststellung des BVerfG, dass die Tätigkeit des Insolvenzverwalters jedenfalls heute als eigenständiger Beruf zu qualifizieren ist. Das hat das BVerfG bereits in der Entscheidung vom 03.08.2004 klar herausgestellt und dürfte heute auch dem Selbstverständnis aller professionell tätigen Verwalter entsprechen. Daher erscheint es ausgeschlossen, die Verwaltertätigkeit als bloße Nebentätigkeit einer Berufsausübung von

¹¹ EuGH, NJW 2009, 2112; NJW 2009, 2803; NJW 2009, 3221; EuZW 2009, 173 und 415.

Rechtsanwälten anzusehen. Das eigenständige Profil des Insolvenzverwalters ist nicht lediglich ein unselbständiger Bestandteil einer Anwalts-, Steuerberater- oder Wirtschaftsprüfertätigkeit.

Diese Berufsbildfixierung wird nach der ausdrücklichen Feststellung des BVerfG auch nicht dadurch tangiert, dass die Tätigkeit des Insolvenzverwalters nur aufgrund einer Zuteilung durch einen Träger öffentlicher Gewalt wahrgenommen werden kann. Zwar stellt das BVerfG in diesem Zusammenhang ausdrücklich fest, dass der Insolvenzverwalter kein öffentliches Amt im Sinne von Art. 33 Abs.2 GG ausübt, er sei jedoch als externer Funktionsträger in die staatliche Zivilrechtspflege eingebunden und bilde insoweit eine Funktionseinheit zusammen mit dem Gericht.¹² Dies hat vor einem Jahr Wolfram Höfling in seinem Vortrag auf diesem Kongress im November 2008 zu der Folgerung geführt, dass der Staat sich durch die Einbeziehung solcher externer Funktionsträger partiell seiner eigenen Wahrnehmungsverantwortung begeben und er deshalb kompensatorisch eine Gewährleistungsverantwortung übernehmen müsse.¹³ Dies bedeutet nach Höfling eine zentrale Verantwortung für die Rekrutierung angemessenen externen Personals sowie Kontrollverantwortung. Zugleich steht aber auch jeder Versuch stärkerer Regulierung von Zugang zum Verwalterberuf, von Vorauswahl und Auswahl unter dem Gebot von Art. 12 Abs. 1 GG. Beschränkungen der beruflichen Freiheit von Insolvenzverwaltern bedürfen damit einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Will man also künftig den Zugang zum Beruf des Insolvenzverwalters durch qualitätssichernde Maßnahmen näher regeln und soll der Vorgang der Aufnahme in eine Vorauswahlliste in irgendeiner Form durch subjektive Beschränkungen oder objektive Bedarfsregelungen eingeschränkt werden, so müssen alle diese Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG durch eine gesetzliche Regelung realisiert werden. Zwar hatte noch im Jahre 2006 der für das Berufsrecht zuständige Richter des Ersten Senats des BVerfG (Gaier) eine gesetzliche Regelung nicht für zwingend geboten gehalten, schon damals hatte Gaier aber zugleich gefordert, ein breiter Zugang zu den jeweiligen Qualifikationsmerkmalen des Insolvenzverwalters müsse unter allen Umständen gewährleistet sein. Vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG führt dies alles m.E. zu der Erkenntnis, dass erhöhte Qualitätsanforderungen an den Insolvenzverwalter ebenso wie ein verstärktes Begrenzungspotential bei der Vorauswahl ohne eine klare gesetzliche Berufsregelung nicht möglich sind. Für den Zugang zur Vorauswahlliste hat das BVerfG dies mit den Entschei-

¹² Grundlegend Preuss, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, 2005, S. 16 ff., 302 ff.

¹³ Höfling, JZ 2009, 339.

dungen vom 03.08.2004 und vom 03.08.2009 sehr deutlich formuliert. Es hat mit guten Gründen herausgearbeitet, dass eine justiziable Vorauswahl nach klaren Kriterien verfassungsrechtlich geboten ist. Gerade wenn man (wie das BVerfG in seiner Entscheidung vom 23.05.2006) betont, dass die Entscheidung über die konkrete Bestellung wegen ihrer Eilbedürftigkeit weder einer Anfechtung durch Mitbewerber noch einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz zur Verhinderung der Bestellung offen steht, wird das Gewicht und die Bedeutung der Vorauswahl ganz besonders unterstrichen.

Im Ergebnis mag es dahinstehen, ob eine Regelung von Berufszugang und Berufsausübung der Insolvenzverwalter durch eine gesetzliche Berufsordnung absolut zwingend ist. Jedenfalls dann, wenn man (wie vom VID befürwortet) die Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung verbindlich regeln will, wenn man ebenso den Zugang zum Beruf des Insolvenzverwalters allgemein verbindlich regeln möchte und wenn man die künftigen Anforderungen an die Berufsausübung einem hohen Anforderungsprofil unterwerfen will, führt kein Weg an einer Berufsordnung in Gesetzesform vorbei. Mit den Worten des BVerfG löst das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage in Art. 12 Abs. 1 GG eine Verantwortung des demokratischen Gesetzgebers aus. Dieser ist berufen, Eingriffe in die Berufsfreiheit im öffentlichen Willensbildungsprozess unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen über die von der Verfassung offen gelassenen Fragen des Zusammenlebens zu entscheiden. Dabei müssen die sog. statusbildenden Normen zwingend vom Gesetzgeber selbst geregelt werden.¹⁴

IV. Berufszugang

Die intensiven Diskussionen der vergangenen Jahre haben gezeigt, dass bei einer gesetzlichen Regelung von Berufszugang und Berufsausübung drei verschiedene Schritte zu trennen und eigenständig zu regeln sind. Zunächst muss ein künftiges Berufsgesetz den generellen Berufszugang, also die Voraussetzungen für die Aufnahme jeder Insolvenzverwaltertätigkeit regeln. Sodann bedarf es einer Regelung der Vorauswahl (keineswegs zwingend im selben Gesetz) und schließlich muss die Bestellung im Einzelfall gesetzlich normiert sein.

¹⁴ BVerfGE 76, 171, 184 ff.

Beim Berufszugang und bei den allgemeinen Grundsätzen einer Berufsausübung kann naheliegenderweise auf § 56 InsO zurückgegriffen werden. Die dortigen Kriterien einer für den jeweiligen Einzelfall geeigneten, insbesondere geschäftskundigen und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängigen natürlichen Person sind bis heute auch für das BVerfG Ausgangspunkt aller Erwägungen. Die Aufzählung in § 56 InsO vermischt freilich die o.g. drei Schritte. Festzulegen bzw. zu konkretisieren wird also künftig die generelle Eignung des Bewerbers sein. Dabei ergeben sich schon bei den allgemeinen Merkmalen der Person (natürliche Person, volle Geschäftsfähigkeit, kein Vorliegen von Tätigkeitsverboten) gewisse Schwierigkeiten. So ist in jüngster Zeit nicht selten darauf hingewiesen worden, dass bei Anwendung der europäischen Dienstleistungsrichtlinie eine Beschränkung auf natürliche Personen nicht mehr zu rechtfertigen sei. Dem soll hier entgegengetreten werden. Eine gesetzliche Beschränkung auf natürliche Personen kann auch unter dem Regime der Dienstleistungsrichtlinie zulässig sein, wenn sie nicht diskriminierend ist, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig ist. Dies lässt sich im Hinblick auf die Schwierigkeiten und die Eilbedürftigkeit der Verwalterbestellung und die dem Insolvenzgericht daher obliegenden Kontrollpflichten insoweit rechtfertigen, als die vom BVerfG geforderte höchstpersönliche Tätigkeit des Verwalters und seine Überwachung bei juristischen Personen unter keinen Umständen zu gewährleisten wäre.

Ein weiteres Problem der generellen Eignung liegt in der Frage einer Altersgrenze. Das geltende Recht kennt bekanntlich für die Ausübung freier Berufe eine solche Altersbegrenzung nicht. Dennoch ist m.E. zu erwägen, ob speziell für die Tätigkeit des Insolvenzverwalters eine solche Begrenzung eingeführt werden sollte. Das heute außerordentlich hohe Anforderungsprofil an den Beruf des Insolvenzverwalters sollte zumindest Anlass geben, über eine Altersgrenze (etwa von 75 Jahren) nachzudenken. Es kann nicht sinnvoll und richtig sein, dass beispielsweise ein 84-jähriger Verwalter ein konkretes Verfahren seit 17 Jahren betreut.

Die weitere fachliche Eignung und insbesondere die Geschäftskundigkeit dürften wie schon bisher darauf hinauslaufen, dass vom Insolvenzverwalter fundierte juristische und wirtschaftliche Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen verlangt werden. Dazu gehört in jedem Fall der Nachweis eines abgeschlossenen Hochschulstudiums mit juristischer oder wirtschaftswissenschaftlicher Ausrichtung. Bei den weitergehenden insolvenzrechtlichen und betriebswirtschaft-

lichen Kenntnissen könnte man sehr gut an den Katalog von § 14 FAO anknüpfen (Kenntnisse im materiellen Insolvenzrecht, im Insolvenzverfahrensrecht und in betriebswirtschaftlichen Grundlagen). In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass bei einer eigenständigen gesetzlichen Regelung des Berufs des Insolvenzverwalters und seiner Anforderungen zugleich die Fachanwaltsbezeichnung als Fachanwalt für Insolvenzrecht aufgehoben werden müsste. Macht man fachliche Voraussetzungen zu einem zwingenden Zugangserfordernis für den eigenständigen Beruf des Insolvenzverwalters, so können diese nicht zugleich Zugangsvoraussetzungen für den Erwerb eines Fachanwaltstitels sein. Darüber hinaus scheint mir der Fachanwalt für Insolvenzrecht spätestens nach einer gesetzlichen Berufszugangsregelung funktionslos zu sein. Im Grunde war dieser Fachanwaltstitel schon seit seiner Einführung im Jahre 1998 ein Stiefkind der FAO.

Übernommen werden sollte aus § 56 InsO das Kriterium der Unabhängigkeit und damit zugleich die Vertrauenswürdigkeit.

Nicht zu den Merkmalen des Berufszugangs gehören die Fragen der Geeignetheit im Einzelfall, der höchstpersönlichen Erledigung des einzelnen Amtes sowie der konkreten Bewertung der Qualität bisheriger Arbeit im Einzelfall. Dies dürfte bei der konkreten Bestellung zu erwägen sein. Auch das konkrete Organisationsumfeld für eine bestimmte Bestellung dürfte keine Frage des generellen Berufszugangs sein.

Abschließend ist für die Frage des generellen Berufszugangs noch das Kriterium der Kenntnisse und der praktischen Erfahrung zu diskutieren. Nach meiner Auffassung ist hier der entscheidende Ansatzpunkt für eine künftige deutliche Qualitätssteigerung. In diesem Bereich sollte der Beruf des Insolvenzverwalters deutlich von dem Zugang zur anwaltlichen Berufstätigkeit abgegrenzt werden. Wie allgemein bekannt, besteht für jeden Absolventen des 2. Juristischen Staatsexamens die grundsätzliche Möglichkeit des Zugangs zum Anwaltsberuf. Diese Offenheit des Berufszugangs kann nur vor dem Hintergrund verstanden und verteidigt werden, dass jeder Absolvent eines 2. Juristischen Staatsexamens durch Studium und Referendarzeit eine intensive Ausbildung im klassischen Kernbereich aller Justiztätigkeiten erhält. Eine vergleichbare Ausrichtung eines rechtswissenschaftlichen oder wirtschaftswissenschaftlichen Studiums auf den Beruf des Insolvenzverwalters wird man sicherlich verneinen müssen. Es ist daher m.E. zu er-

wägen, dass der Zugang zum Verwalterberuf analog zum Notarassessor eine Voraussetzung aufstellt, dass der Bewerber sich für eine Zeit von 3 Jahren als Insolvenzasessor und damit als Angestellter bei einem selbständigen Insolvenzverwalter einfindet. Erst nach Ablauf von dreijähriger angestellter Tätigkeit als Insolvenzasessor kann das zuständige Organ die Zulassung zum Beruf des Insolvenzverwalters erteilen. Mit dieser Zulassungsentscheidung sind dann zugleich die heute in der FAO genannten Voraussetzungen und Kenntnisse im Bereich des Insolvenzrechts zu prüfen. Dies kann freilich nur für die theoretischen Kenntnisse gelten. Einen Nachweis selbständig erledigter Fälle wird man von dem Insolvenzasessor nicht verlangen können. Für eine Prüfung theoretischer Kenntnisse im Insolvenzrecht könnte man auf die Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat zurückgreifen, wie sie vom Gesetzgeber durch Gesetz vom 02.04.2009 in der neuen notariellen Fachprüfung gem. § 7 a BNotO geregelt worden ist.¹⁵

Es versteht sich, dass die hier angestellten Überlegungen zu den Merkmalen eines künftigen Berufszugangs nicht auf diejenigen Personen zutreffen können, die bereits heute als Insolvenzverwalter tätig sind. Hier werden zweifellos eine Übergangsregelung und ein gewisser Bestandsschutz erforderlich sein.

V. Die Vorauswahl

Am intensivsten verfassungsrechtlich überprüft ist bisher die Vorauswahl der Verwalter durch Aufstellung von Vorauswahllisten. Insbesondere die Entscheidungen des BVerfG vom 03.08.2004 und vom 03.08.2009, aber in ihrem Schlussteil auch die Entscheidung vom 23.05.2006 haben sich damit ausführlich beschäftigt. Dennoch dürften hier in der derzeitigen Gerichtspraxis die größten Probleme und Unzuträglichkeiten herrschen. Es fehlt weithin an Einheitlichkeit und Transparenz, da jeder Insolvenzrichter offenbar sein eigenes System kreiert hat. Die vom BVerfG verlangten qualifizierten Informationen in solchen Listen sind nach vielen Äußerungen von Fachleuten an kleinen Insolvenzgerichten kaum zu leisten. Die Frage einer Einheitsliste oder verschiedener Abteilungen solcher Listen sind ungeklärt und es existieren gewaltige zahlenmäßige Unterschiede. Ebenso wenig besteht Einigkeit über allgemeine Listen-

¹⁵ Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung (Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat) vom 02.04.2009, BGBl I 696.

kriterien. Dies hat zuletzt die Entscheidung des BVerfG vom 03.08.2009 verdeutlicht, die bekanntlich das Kriterium der Ortsnähe (wohl zu Recht) außerordentlich kritisch beleuchtet hat, sich dagegen auf das Erfordernis der Höchstpersönlichkeit in einer Weise kapriziert hat, die niemandem Klarheit verschafft, wo die Grenzen zulässiger Aufgabendelegation für einen Verwalter liegen sollten.

M. E. bedarf es hier grundlegender Veränderungen. Auf der Basis eines durch Fachprüfungen und das Erfordernis dreijähriger praktischer Assessorentätigkeit eingeschränkten Berufszugangs müssten in jedem OLG-Bezirk Schwerpunktinsolvenzgerichte gebildet werden, wie sie § 2 Abs. 2 InsO ausdrücklich vorsieht. Sodann sollte m.E. ausschließlich bei den Oberlandesgerichten (bzw. bei dem einen zuständigen Amtsgericht im OLG-Bezirk) Vorauswahllisten für den gesamten OLG-Bezirk gebildet werden, die nach Art elektronischer Register für jedermann einsehbar wären und die wesentliche Informationen über den gelisteten Verwalter enthalten, einschließlich von Zahl und Umfang der jeweiligen Verfahren, die dieser Verwalter aktuell bearbeitet. Diese Vorauswahllisten müssten unbedingt eine bundeseinheitliche Gruppenbildung enthalten, insbesondere eine Aufteilung in Verbraucherinsolvenzen, kleinere Unternehmensinsolvenzen, Unternehmensinsolvenzen mit mehr als 10 Arbeitsplätzen bei Verfahrenseröffnung, Konzerninsolvenzen und grenzüberschreitenden Verfahren. Die Einzelheiten sinnvoller Gruppierungen werden die Verwalter selbst wohl am besten erarbeiten können.

Voraussetzung zum ersten Zugang auf eine Vorauswahlliste müssen sodann die Existenz einer Kanzlei oder Zweigstelle im OLG-Bezirk sein, wobei die Regeln der §§ 27, 29, 29a BRAO (insbesondere für grenzüberschreitende Befreiungen) gelten sollten. Innerhalb der Abteilungen „Konzerninsolvenzen“ und „grenzüberschreitende Insolvenzen“, vielleicht auch schon „große Unternehmensinsolvenzen“ sollten lokale Gesichtspunkte gänzlich ausscheiden. Jeder Verwalter kann innerhalb der Gruppierungen nur in einer Abteilung stehen, wobei die jeweils qualitativ höheren Listenabteilungen den Zugang allen darunter befindlichen Abteilungen mit eröffnen. Ein neuer Bewerber muss in der untersten Abteilung bzw. den beiden untersten Abteilungen beginnen. Der Aufstieg in eine höhere Abteilung setzt einen dreijährigen erfolgreichen Zeitraum in der jeweils unteren Abteilung sowie bestimmte (im Einzelnen festzulegende) Fallzahlen voraus, wie wir sie aus der FAO kennen.

Zulässig sein müsste (wie bisher) die parallele Eintragung in Vorauswahllisten verschiedener OLG-Bezirke, soweit die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen. Ob es tunlich wäre, eine zahlenmäßige Beschränkung zu erwägen, mag hier offen bleiben. Bei 24 Oberlandesgerichten in Deutschland wäre es sicherlich denkbar, für die einzelne natürliche Person eine maximale Eintragung in 8 oder 10 OLG-Bezirken vorzusehen. Solche Beschränkungen dürften in den Abteilungen Konzerninsolvenz und grenzüberschreitende Insolvenz allerdings nicht in Betracht kommen.

Es ist mir klar, dass ein solcher Systemwechsel in der Führung von Vorauswahllisten nur für künftige Bewerber funktionieren kann. Für die bereits tätigen Verwalter müsste es Ausnahmen und Übergangsregeln geben. Diese Probleme halte ich aber für lösbar. Denn die Einführung von Fachprüfungen und zeitlichen Schranken beim erstmaligen Listenzugang würde bei dem Start der Neuregelung den Zugang neuer Bewerber für mehrere Jahre stark drosseln, bis sich in der Übergangszeit die Verteilung der heute tätigen Verwalter geregelt und austariert hätte.

Wichtig erscheint mir der Hinweis, dass künftige Regelungen des Berufszugangs und der Berufspflichten mit der Frage des Zugangs zu Vorauswahllisten weder rechtlich noch tatsächlich in Verbindung stehen. Beide Frage müssen weder im selben Gesetz noch zeitgleich noch inhaltlich abgestimmt geregelt werden. Sollten sich also Gesetzgeber und Praxis nicht auf einheitliche Kriterien für Vorauswahllisten einigen können, hielte ich dennoch die eigenständige Regelung einer Berufsordnung mit Berufszugang und Berufsausübungsregeln für sinnvoll.

VI. Die Bestellung im Einzelfall

Soweit der Zugang zum Beruf des Insolvenzverwalters gesetzlich geregelt und mit Qualitätserfordernissen versehen ist und soweit transparente und aussagefähige Vorauswahllisten mit den erforderlichen Abteilungen existieren, bedarf es m.E. keiner Änderung der Bestellung im Einzelfall. Der Insolvenzrichter sucht aus der Abteilung der Liste einen geeigneten vorläufigen Insolvenzverwalter nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO und einen endgültigen Verwalter nach § 56 InsO aus und bestellt ihn. Dabei hat der Insolvenzrichter nach der Entscheidung des BVerfG vom 23.05.2006 ein weites Auswahlmessen, ist aber an die Grundrechte und insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Die Auswahl steht nicht in seinem freien Belieben. Er muss (wie heute)

einen geeigneten Bewerber suchen, der nicht mit anderen Verfahren überlastet ist. Erforderlich ist angesichts der Eilentscheidung keine Bestenauslese. Jeder Bewerber in der konkreten Abteilung der Vorauswahlliste muss eine faire Chance zur Berücksichtigung haben. Eine Konkurrenzklage gegen diese Entscheidung oder das Ersuchen um einstweiligen Rechtsschutz sind nicht zulässig. Insgesamt sehe ich also bei der konkreten Bestellung des Verwalters keinen Handlungsbedarf, ebenso wenig bei § 57 InsO.

VII. Träger der Berufsaufsicht

Eine vieldiskutierte und noch völlig offene Frage ist es dagegen, wer als Träger der Berufsaufsicht und sinnvollerweise zugleich als Prüfungsamt und Zulassungsstelle für den Berufszugang in Betracht kommt.

Unzweifelhaft ist ein solcher Träger zwingend erforderlich, wenn eine Berufsordnung mit Regeln über den Berufszugang und weiteren Berufsausübungsregeln verwirklicht werden soll. In Betracht dürften drei verschiedene Lösungen kommen. Das Insolvenzgericht oder das jeweilige OLG könnte die Berufsaufsicht führen und die generelle Zugangsregelung betreuen, wenn dort die Vorauswahlliste geführt wird, eine staatliche Berufsaufsicht, etwa durch das Bundesamt für Justiz, käme in Betracht oder eine Selbstverwaltung der Insolvenzverwalter in Form eines Kammersystems. Jede dieser Alternativen hat Vor- und Nachteile.

Gegen die Zuordnung der Berufsaufsicht zu den Insolvenzgerichten bestehen gewisse Bedenken im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Verwalters. Es erscheint wenig glücklich, wenn drei ganz unterschiedliche Schritte wie der Zugang zum Beruf, die Führung von Vorauswahllisten sowie die konkrete Bestellung in einer Hand sind. Die generelle Berufsaufsicht und die Bestellung im konkreten Einzelfall sollten vielmehr unbedingt getrennt sein. Ebenso wenig erscheint es aber auch zweckmäßig, eine staatliche Stelle mit der generellen Berufsaufsicht und Berufszulassung zu beauftragen. Bekanntlich ist man in jüngerer Zeit bei den freien Berufen mit guten Gründen gerade den umgekehrten Weg gegangen und hat etwa die Zulassung der Rechtsanwälte in die Hand der Rechtsanwaltskammern gegeben. Mit guten Gründen ist insgesamt das Kammersystem der freien Berufe weiter ausgebaut worden. Zuletzt hat der Gesetzgeber im Jahre 2009 die Fachprüfung der künftigen Anwaltsnotare in die Zuständigkeit der Notarkammern

gegeben. Alle diese Erwägungen führen letztlich auch bei den Insolvenzverwaltern zur Selbstverwaltung und damit zur Schaffung einer Insolvenzverwalterkammer. Ich bin mir bewusst, dass eine solche Kammer nicht bei jedermann auf freudige Zustimmung stoßen wird. Von mancher Seite wird die Gefahr einer unnötigen Bürokratisierung befürchtet. Auch die allgemein bekannten Vorbehalte gegen das Kammersystem wegen eines gewissen Honoratiorenfluidums dürfen nicht unterschätzt werden. Andererseits gilt es zu bedenken: ein gesetzliches System des Berufszugangs erfordert ein gewisses Maß an Bürokratisierung. Dies wird sich auch dann nicht vermeiden lassen, wenn die Entscheidung in die Hand der Gerichte oder der Exekutive gelegt würde. Andererseits haben sich gerade die früher vielfach gescholtenen Rechtsanwaltskammern in vielfacher Weise modernisiert und auf die aktuelle Situation der Rechtsanwaltschaft eingestellt. Die Bedenken früherer Zeiten wegen einer allzu starren Verfestigung bestimmter Positionen können so heute nicht mehr geltend gemacht werden.

Insgesamt drängt sich damit das Ergebnis auf, dass an der Schaffung einer Insolvenzverwalterkammer kein Weg vorbeiführt. Der große Vorteil einer solchen Lösung bestünde auch darin, dass man insoweit an geeignete Vorbilder unproblematisch anknüpfen könnte. Denn der weitgespannte Begriff der Kammer im deutschen Recht umfasst vor allem auch den traditionsreichen Organisationstypus wirtschaftlicher und freiberuflicher Selbstverwaltung.¹⁶ Dazu zählen aus freiberuflicher Sicht insbesondere die Rechtsanwaltskammern, die Notarkammern, die Steuerberaterkammern, die Patentanwaltskammern, die Wirtschaftsprüferkammern, die Ärzte-, Zahnärzte- und Tierärztekammern, sowie die Architektenkammern, die Apothekerkammern und die Ingenieurkammern. In seinem Facharzt-Beschluss vom 09.05.1972¹⁷ hat das BVerfG die verfassungsrechtlichen Grundlagen und die Vorzüge solcher Selbstverwaltungen näher dargelegt und darauf hingewiesen, dass die eigenverantwortliche Regelung von Angelegenheiten, die den jeweiligen Beruf selbst betreffen und von ihm am sachkundigsten beurteilt werden können, den Abstand zwischen Normgeber und Normadressaten verringern und zugleich den staatlichen Gesetzgeber entlasten. Eine solche Selbstverwaltung schafft die Chance zur Berücksichtigung von sachlichen und örtlichen Besonderheiten sowie zu rascher Reaktion auf neue Entwicklungen. In mehreren Entscheidungen wurde vom BVerfG insbesondere auch die Pflichtmitglied-

¹⁶ Tettinger, Kammerrecht, 1997, S. 1, 4 ff.

¹⁷ BVerfGE 33, 125, 156.

schaft in solchen Berufskammern als verfassungsgemäß angesehen.¹⁸ Dass dabei gewisse demokratische und rechtsstaatliche Anforderungen an Organisationsstruktur, Rechtsetzung und Verwaltung der jeweiligen Kammer bestehen, bedarf hier keiner näheren Darlegung.¹⁹

Die Führung der Vorauswahllisten und die konkrete Bestellung zum Verwalter sollten demgegenüber unverändert in der Hand des Gerichts bleiben. Eine grundsätzliche Trennung der verschiedenen Schritte erscheint sinnvoll und wünschenswert.

VIII. Die Überschneidung von Berufspflichten

Die Anerkennung der Insolvenzverwaltung als Beruf und die Regelung der Berufspflichten wird nicht selten zu Doppelberufssituationen mit doppelter Kammerzugehörigkeit und doppeltem Berufsrecht führen. So werden viele Verwalter insbesondere zugleich auch Rechtsanwälte sein und daher der BRAO und der künftigen Berufsordnung der Verwalter unterliegen. Dies wirft die Frage auf, wie denkbare berufsrechtliche Kollisionen zu behandeln sind.

Zunächst ist unstrittig, dass der Rechtsanwalt, der zugleich als Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Insolvenzverwalter tätig ist, dem Berufsrecht der BRAO, dem Steuerberatungsgesetz sowie der WPO und den daraus abgeleiteten Berufsordnungen unterliegt. Welches Berufsrecht im Einzelfalle anzuwenden ist, entscheidet sich danach, welchem Berufskreis das konkrete Handeln zuzuordnen ist. Lassen sich allerdings die Berufskreise nicht trennen, muss das strengste Berufsrecht befolgt werden. Schwierigkeiten werden dabei eher selten auftreten, da die Divergenzen in den Berufsrechten der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe sich in engen Grenzen halten.

Für Sozietäten, in denen nicht nur Rechtsanwälte tätig sind, gilt ebenfalls kein einheitliches Berufsrecht. Jeder Sozius unterliegt dem Recht seines Berufs. Dies hat allerdings zu Folge, dass die Sozien bei gemeinsamem Handeln das strengste Berufsrecht zu beachten haben, wollen die diesem Recht unterfallenden Sozien berufsrechtliche Konsequenzen vermeiden. Angesichts der

¹⁸ BVerfGE 10, 354; BVerfGE 15, 235.

¹⁹ Im Einzelnen vgl. Tettinger, Kammerrecht, 1997, S. 96 ff.

Bestellung von Insolvenzverwaltungen nur an natürliche Personen und der höchstpersönlichen Beauftragung wird es auch hier im Regelfalle nicht zu schwierigen Überschneidungen kommen.

Soweit ein deutscher Insolvenzverwalter im Ausland tätig wird, unterliegt er weiterhin den deutschen Berufsregeln. Im anwaltlichen Bereich gibt es darüber hinaus die landesübergreifenden Regeln der CCBE (Rat der Anwaltschaften der Europäischen Union = Commission Consultative de Bureau de la Communauté Européen), auf die auch § 29 Abs. 1 der Berufsordnung der Rechtsanwälte ausdrücklich verweist. Eine vergleichbare Regelung wird sich auch für das künftige Berufsrecht der Insolvenzverwalter empfehlen.

IX. Ergebnis

Unabhängig von der Frage, ob die europäische Dienstleistungsrichtlinie auf den Beruf des Insolvenzverwalters anwendbar ist oder nicht, sollte der deutsche Gesetzgeber ein Berufsrecht für Insolvenzverwalter gesetzlich niederlegen. Er sollte dabei die zentralen Anforderungen, die eine solche Richtlinie im Falle ihrer Anwendbarkeit stellen würde, als zwingende Ausgangspunkte beachten. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Tätigkeit des Insolvenzverwalters als eigenständiger Beruf und im Hinblick auf die aus dem Gesetzesvorbehalt erwachsene Wesentlichkeitstheorie des BVerfG bedarf es dabei einer Regelung durch formelles Gesetz, in der die statusbildenden Normen des Berufsrechts enthalten sind. Innerhalb der erforderlichen gesetzlichen Regelung sollten die drei unterschiedlichen Schritte des generellen Berufszugangs, der Vorauswahl und der Bestellung im Einzelfall getrennt und eigenständig geregelt werden. Von zentraler Bedeutung wird dabei die Festlegung qualitativer Anforderungen im Rahmen des Berufszugangs sein. Anders als im Falle des Zugangs zur Rechtsanwaltschaft gibt es kein rechts- oder wirtschaftswissenschaftliches Studium, das unmittelbar auf den Beruf des Insolvenzverwalters vorbereitet. Daher ist nach Abschluss eines einschlägigen Studiums eine mindestens dreijährige praktische Ausbildungstätigkeit im Anstellungsverhältnis bei einem Insolvenzverwalter zu verlangen, darüber hinaus wird man eine Fachprüfung vorsehen müssen, deren Inhalt sich an § 14 FAO anlehnen kann und deren Form in vergleichbarer Weise wie die neugeschaffene Fachprüfung der Anwaltsnotare ausgestaltet sein könnte.

Die Aufstellung von Vorauswahllisten durch die Gerichte bedarf einer grundlegenden Veränderung. Erforderlich sind hier eine Vereinheitlichung, die Schaffung von Transparenz, die vom BVerfG geforderte Umsetzung wesentlicher Informationen im Rahmen der Vorauswahl sowie eine Aufteilung der Vorauswahllisten in verschiedene Bereiche. Viele Einzelheiten bedürfen hierbei sicherlich noch der Diskussion.

Dagegen sehe ich bei der konkreten Bestellung des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht derzeit keinen Handlungsbedarf. Allerdings muss § 56 InsO im Hinblick auf die Trennung von Berufszugang und Bestellung zweifellos geändert und angepasst werden.

Zwingend erforderlich erscheint die Schaffung einer eigenständigen Berufsaufsicht. Diese sollte im Rahmen einer Selbstverwaltung der Insolvenzverwalter durch die Schaffung einer Insolvenzverwalterkammer geschehen. Jedenfalls entspricht eine solche Entscheidung der generellen Tendenz des Gesetzgebers, Berufszugang und Berufsaufsicht in die Hände der jeweiligen Kammern der freien Berufe zu übertragen.

Bei Doppelberufstätigkeit und grenzüberschreitender Tätigkeit ist die konkrete Betätigung einem Rechtskreis zuzuordnen, andernfalls muss das strengste Berufsrecht Beachtung finden.

Nicht angesprochen wurde bisher die Festlegung einzelner Berufspflichten, für die es freilich im Recht der Anwälte, Notare und Wirtschaftsprüfer ausgeformte Grundlagen gibt. Auch die Berufsgrundsätze des VID²⁰ sowie die Vorschläge der Uhlenbruck-Kommission²¹ und der GAVI-Entwurf²² wären hier zu beachten. Dieser Bereich bleibt einer eigenen Untersuchung vorbehalten.

²⁰ Neufassung vom 04.11.2006, ZIP 2006, 2147.

²¹ Empfehlungen vom 07.07.2007, NZI 2007, 507.

²² BT-Drucks. 16/7251 vom 21.11.2007.