Antwortschreiben auf die Fragen des BVerfG vom 30.11. 2014 in der Sache 1 BvR 3102/13 – Verfassungsbeschwerde der Schultze & Braun Rechtsanwaltsgesellschaft für Insolvenzverwaltung mbH

Aus Sicht des Berufsverbandes der in Deutschland tätigen Insolvenzverwalter dürfen wir in Beantwortung der uns vom Bundesverfassungsgericht gestellten Fragen eine Vorbemerkung zu den wesentlichen Gesichtspunkten der Verwalterauswahl vorausschicken.

Die Entscheidung über die Bestellung eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters muss – wie das BVerfG selber festgestellt hat (ausführlich 1 BvR 2530/04, Rz.36ff.) - stets unter erheblichem Zeitdruck getroffen werden. Daher ist das Insolvenzverfahren zurecht als gerichtlich beaufsichtigtes Eilverfahren ausgestaltet. Dies gilt insbesondere bei Insolvenzverfahren über das Vermögen von Unternehmen mit einem laufenden Geschäftsbetrieb. In diesem Fall sind innerhalb kürzester Zeit die Interessen aller Beteiligten (Lieferanten, Banken, Dienstleistern, Arbeitnehmern, nahestehende Personen, etc.) zu wahren. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter ist Vertreter aller Gläubiger und darf im Hinblick auf die gesetzlich geforderte Unabhängigkeit, § 56 InsO, nicht im Lager einer bestimmten Gläubigergruppe oder sogar eines bestimmten Gläubigers stehen.

Wir möchten von vorneherein dem Eindruck entgegentreten, der Gesetzgeber habe mit der aktuellen Fassung von § 56 InsO keine innerhalb seiner grundsätzlich weiten Entscheidungsprärogative sachgerechte Entscheidung getroffen, nämlich nur natürliche Personen als Insolvenzverwalter bestellen zu lassen.

Der Gesetzgeber hat vielmehr im Eilcharakter des Insolvenzverfahrens einerseits und der zwingenden Notwendigkeit der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters andererseits Rechnung getragen. Bei der Bestellung juristischer Personen scheint eine gesetzliche Lösung im Interesse aller Gläubiger und vor allem des Erhalts von Unternehmen nicht möglich. Entweder widersprechen komplexe Regelungen zur Prüfung der Unabhängigkeit aller für eine juristische Person tätige oder an ihr beteiligte Geschäftsführer und Gesellschafter dem Eilcharakter des Insolvenzverfahrens oder aber würden schnelle und ungeprüfte Entscheidungen über die Bestellung des (vorläufigen) Insol-

venzverwalters in Gestalt einer juristischen Person dem gesetzlichen Erfordernis der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters nicht Rechnung tragen. Es stünde zu befürchten, dass die handelnden Personen oder aber die dahinterstehenden Gesellschafter in einem nicht ohne Weiteres sofort aufklärbaren Näheverhältnis zu einzelnen Gläubigern oder Gläubigergruppen stehen. Dies gefährdet nicht nur einen sachgerechten Interessensausgleich zwischen allen Gläubigern sondern möglicherweise gerade beim Erhalt von operativ tätigen Unternehmen die Sanierung nachhaltig.

Schon heute werden die als natürliche Person tätigen Insolvenzverwalter angehalten, zum Zeitpunkt der Annahme ihres Amtes unverzüglich eine umfassende Kollisionsprüfung vorzunehmen. Dies erfordert selbst für natürliche Personen einen hohen personellen und EDV-technischen Aufwand. Bei der juristischen Person als zu bestellender (vorläufiger) Insolvenzverwalter wäre diese Kollisionsprüfung zumindest auf alle vertretungsberechtigten Organe sowie die dahinterstehenden Gesellschafter zu erstrecken. Sofern als Gesellschafter auch juristische Personen auftreten, müsste der Konfliktcheck auch auf die dahinterstehenden Geschäftsführer und Gesellschafter erstreckt werden. Selbst optimale rechtliche Rahmenbedingungen unterstellt, wird bereits allein unter zeitlichen Gesichtspunkten und im Hinblick auch auf einen ständigen Wechsel der Geschäftsführer und/oder Gesellschafter während der zum Teil jahrelang andauernden Insolvenzverfahren die Überprüfung der Unabhängigkeit faktisch unmöglich werden.

Ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter ist nicht nur Vertreter der Interessen aller Gläubiger sondern er ist auch zugleich Treuhänder des ihm im wahrsten Sinne des Wortes anvertrauten Vermögens. Dieses Vermögen hat der vorläufige Insolvenzverwalter zu sichern und der Insolvenzverwalter später zu verwerten. Es werden ihm von einem Moment auf den anderen zum Teil erhebliche Vermögenswerte überantwortet. Diese hohe Verantwortung spiegelt sich in einem standesrechtlichen, zivilrechtlichen und strafrechtlichen Haftungsgeflecht wider, welches den Insolvenzverwalter zur bestmöglichen Ausübung seiner Tätigkeit anhalten soll. Anders als etwa die juristische Person oder aber das von der Insolvenz betroffene Unternehmen selbst, haftet der (vorläufige) Insolvenzverwalter mit seinem gesamten, das bedeutet auch mit seinem gesamten Privatvermögen. Diese zivilrechtliche Haftung ist nicht pauschal begrenzbar und das dahinterstehende Haftungsrisiko auch nur bedingt versicherbar. Schon allein diese Haftungsfolge wird den (vorläufigen) Insolvenzverwalter zur optimalen Bearbeitung der ihm anvertrauten Insol-

venzverfahren anhalten. Aber auch etwaige strafrechtlich relevante Fehlverhalten werden nur bei der natürlichen Person unmittelbar und uneingeschränkt dem Handelnden zugeordnet werden können. Dies gilt etwa bei Untreuehandlungen zu Lasten der Insolvenzmasse und damit der beteiligten Gläubiger. Bereits heute zeigt das Wirtschaftsleben und auch die Bestrebung des Gesetzgebers zur Schaffung eines Unternehmensstrafrechtes, dass diese strafrechtliche Zuordnung auf der Ebene juristischer Personen nicht oder nur mit großen Schwierigkeiten möglich ist.

Auch insoweit gilt: Wenn wir nachfolgend bei der Beantwortung der von dem BVerfG gestellten Fragen ausführen, dass die Bestellung von Kapitalgesellschaften zum Insolvenzverwalter neue oder mindesten angepasste gesetzliche Regelungen bedarf, sind wir nach wie vor der Auffassung, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, nur natürliche Personen zum Amt des Insolvenzverwalters zuzulassen, nicht nur innerhalb einer weiten Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers sachlich sehr gut begründet und daher auch unter grundrechtlichen Aspekten nicht zu beanstanden ist. Sie ist sogar sehr gut vertretbar und wohl überlegt, da sie bewusst den erheblichen gesetzgeberischen Regelungsbedarf, der bei der Bestellung von Kapitalgesellschaften zum Insolvenzverwalter anfiele, vermeidet und damit einen spürbaren Betrag zur Rechtssicherheit leistet,

Inwieweit wird in der Praxis der Insolvenzgerichte im Hinblick auf die Auswahl des Insolvenzverwalters – insbesondere bei Großinsolvenzen – tatsächlich ausschließlich auf die konkrete Person des Verwalters abgestellt? Inwieweit spielen die personelle und materielle Ausstattung des Verwalters bzw. der Kanzlei, der er angehört, eine (wesentliche) Rolle?

In der Bestellungspraxis der Insolvenzgerichte gilt grundsätzlich, dass stets der konkrete gelistete Bewerber in seinem Umfeld, nicht aber das Umfeld mit seinem konkret gelisteten Bewerber für die Bestellungsentscheidung den Ausschlag gibt.

In der Praxis der Insolvenzgerichte steht bei der Auswahl des Insolvenzverwalters die sog. Vorauswahlliste am Beginn der Überlegungen des auswählenden Gerichts. Sie enthält eine Auflistung der vom betroffenen Gericht/Richter bereits auf ihre allgemeine Eignung geprüften und akzeptierten Bewerber um das Amt des Insolvenzverwalters. In diese Liste werden solche Bewerber aufgenommen wenn sie bestimmte personelle und sachliche Voraussetzungen nachweisen, die das auswählende Gericht zuvor allgemein

festlegt und abfragt. Regelmäßig gehören zu diesen Voraussetzungen die umfangreichen Nachweise individueller Qualifikationen durch den Bewerber. Diese Nachweise betreffen Ausbildung (Studium, Examina, Fachanwaltschaften, laufende Fortbildung etc.), geordnete wirtschaftliche Verhältnisse sowie die Rechtstreue (Polizeiliches Führungszeugnis, Strafregister) des Bewerbers. Ein besonderes Augenmerk legen die Gerichte auf die individuellen Berufserfahrungen des Bewerbers aus dem Bereich der Unternehmensinsolvenzen. Schon im Rahmen der sog. Vorauswahl kommt also der konkreten Person und ihren Qualifikationen eine entscheidende Rolle zu. Sind diese Qualifikationen nach Ansicht des Gerichts noch nicht in ausreichendem Maß vorhanden um auch größere Unternehmensinsolvenzen bearbeiten zu können, wird das Gericht den Bewerber regelmäßig erst in Verbraucherinsolvenzen und IN-Verfahren natürlicher Personen einsetzen und langsam an größere Fälle heranführen.

Zur Illustration haben wir hier zwei Fragebögen (Heidelberger Musterfragebogen, NZI 2009, 97ff. und Fragebogen AG München, ZinsO 2009, 421 ff.) beigefügt, die beispielhaft für viele andere stehen. In der Literatur und im Internet sind weitere, ähnliche Fragbögen von anderen Gerichten zugänglich, die wir auf Wunsch gerne nachreichen.

Ebenfalls im Rahmen der Vorauswahl wird bereits die personelle und materielle Ausstattung des Bewerbers intensiv abgefragt. Sie spielt eine erkennbare Rolle bei der Beurteilung, für welche Größenordnung von Unternehmensinsolvenzen ein persönlich qualifizierter Bewerber in Frage kommt.

Große Unternehmensinsolvenzen, die statistisch nur wenige Prozentpunkte des Gesamtaufkommens an Unternehmensinsolvenzen in Deutschland ausmachen, setzen grundsätzlich auch einen größeren Stab qualifizierter Mitarbeiter voraus. Während diese Voraussetzung typischerweise nicht kurzfristig erfüllt werden kann sind andere Voraussetzungen einer solchen Tätigkeit in großen Unternehmensinsolvenzen einfacher darstellbar. Dies gilt etwa für die Notwendigkeit einer entsprechenden EDV oder das notwendige Netzwerk an insolvenznahen Dienstleistungen (Steuerberatung, Interimsmanagement, Verwertung etc.). Im Heidelberger Musterfragebogen wird deshalb schon gleich zu Beginn nach den Größenklassen (gegliedert nach der Zahl der Arbeitnehmer) gefragt für die sich der Bewerber zur Verfügung stellt.

In der gerichtlichen Praxis werden für Unternehmensinsolvenzen je nach Größenklasse Bewerber ausgewählt, die auch nach ihrer personellen und materiellen Ausstattung die Gewähr für eine erfolgreiche Bearbeitung bieten. Mit aufsteigender Größenklasse von Unternehmensinsolvenzen verringert sich damit der Kreis der Bewerber, die für solche Verfahren in Frage kommen. Aus diesem kleiner werdenden Kreis kommen dann zunächst solche Bewerber in Frage, die mit ihrer regionalen Nähe und mit ihrer speziellen Berufserfahrung (Größenklasse des Verfahrens, Branche etc.) zusätzliche, individuelle Voraussetzungen erfüllen. Im Einzelfall geben nach den Beobachtungen des VID individuelle Eigenschaften der Bewerber den Ausschlag und können auch dazu führen, dass ein Insolvenzverwalter mit kleinerem Büro aber besserer persönlicher Qualifikation ausgewählt wird.

Sind bei der Zulassung von Insolvenzverwaltergesellschaften verglichen mit Gesellschaften von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern oder Steuerberatern besondere Gefahren im Hinblick auf Aufsicht, Haftung, Unabhängigkeit und Interessenkonflikte zu befürchten?

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Insolvenzverwaltergesellschaften wohl überwiegend in Gestalt einer Gesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern oder Steuerberatern auftreten würden.

Dieser Umstand wird schon bei der Beschwerdeführerin deutlich und wird ganz wesentlich durch die Auswahlpraxis der deutschen Insolvenzgerichte determiniert, in der bei deutlich über 95% der Unternehmensinsolvenzverfahren ausschließlich Berufsträger aus Rechtsanwaltschaft, Wirtschaftsprüfung oder Steuerberatung (oft in mehrfacher Qualifikation) bestellt werden.

Mit einer jüngeren Reform der Insolvenzordnung (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen – ESUG) wurde dieser Umstand sogar vom Gesetzgeber aufgegriffen. § 270b Abs.1 Satz 2 InsO nennt für die notwendige persönliche Qualifikation zur Ausstellung einer Bescheinigung im sog. Schutzschirmverfahren ausdrücklich die Zugehörigkeit zu diesen drei Berufen. Regelmäßig wird auch in den bereits erwähnten Fragebögen zur Vorauswahlliste sehr detailliert nach diesen Qualifikationen und weiteren Qualifikationen (z.B. Fachanwaltschaften) gefragt, die nur auf ihrer Grundlage erworben werden können.

Die Berufsrechte der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer lassen eine gesellschaftsrechtliche Verbindung mit anderen Berufsträgern oder mit Dritten nur nach Maßgabe bestimmter Voraussetzungen zu. So sieht etwa § 59 e Abs.1 Satz1 i. v. m. § 59 a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BRAO vor, dass Rechtsanwälte eine solche gesellschaftsrechtliche Verbindung nur mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer, mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern eingehen dürfen.

Die Aufsicht über den Insolvenzverwalter wird nach § 58 Abs.1 Satz1 InsO durch das Insolvenzgericht ausgeübt. Sie beginnt mit seiner Bestellung und endet regelmäßig mit der Aufhebung des Verfahrens nach § 200 InsO. Während dieses Zeitraums, der oft mehrere Jahre umfasst, muss die nach § 56 Abs.1 Satz1 InsO notwendige Eignung des Insolvenzverwalters zu jedem Zeitpunkt gegeben sein.

Nach der gesetzlichen Definition gehört zum Eignungsbegriff des § 56 Abs.1 InsO insbesondere die Geschäftskunde des Insolvenzverwalters. Diese Geschäftskunde wird nicht bereits durch die einfache Zugehörigkeit zu einem der in z.B. § 59 a Abs.1 Satz 1 BRAO genannten Berufe vermittelt. Sie muss in der Praxis deutscher Insolvenzgerichte regelmäßig durch mehrjährige Bearbeitung von Insolvenzverfahren erworben und nachgewiesen werden.

Einer von mehreren möglichen Nachweisen solcher Praxis ist die - oft noch durch entsprechende zusätzliche Anforderung des jeweiligen Gerichts ergänzte - Qualifikation als „Fachanwalt für Insolvenzrecht“ nach § 14 der Fachanwaltsordnung (FAO).

Die hierzu notwendigen praktischen Erfahrungen werden durch § 5 Abs.1 Buchstabe g FAO wie folgt definiert:

Insolvenzrecht:

1. *Mindestens 5 eröffnete Verfahren aus dem ersten bis sechsten Teil der InsO als Insolvenzverwalter; in zwei Verfahren muss der Schuldner bei Eröffnung mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigen;*

2. *60 Fälle aus mindestens sieben der in § 14 Nr. 1 und 2 bestimmten Gebiete.*

3. *Die in Nr. 1 bezeichneten Verfahren können wie folgt ersetzt werden:*

a) Jedes Verfahren mit mehr als fünf Arbeitnehmern durch drei Verfahren als Sachwalter nach § 270 InsO, als vorläufiger Insolvenzverwalter oder als Vertreter des Schuldners in der Verbraucherinsolvenz bis zum Abschluss des Gerichtsverfahrens.

b) Jedes andere Verfahren durch zwei der in Buchstabe a) genannten Verfahren.

4. *Außerdem sind für jedes zu ersetzende Verfahren weitere acht Fälle aus den in § 14 Nr. 1 und 2 bestimmten Gebieten nachzuweisen. Verwalter in Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- und Vergleichsverfahren stehen dem Insolvenzverwalter gleich.*

Die Möglichkeit der Substitution eröffnet in dieser Vorschrift Chancen auch für solche Bewerber, die noch kein Unternehmensinsolvenzverfahren als Insolvenzverwalter bearbeitet haben. Kann ein Nachweis nicht durch die Qualifikation als „Fachanwalt für Insolvenzrecht“ geführt werden, verlangen die Insolvenzgerichte regelmäßig vergleichbare Nachweise der eigenständigen Bearbeitung von Insolvenzverfahren. Dies betrifft insbesondere Berufsträger, die mangels Zulassung zur Anwaltschaft keinen Fachanwaltstitel erwerben können. Hier wird regelmäßig eine Dokumentation verlangt, die den Nachweisen des § 5 Abs.1 Buchstabe g FAO vergleichbar ist.

Im Rahmen der Aufsicht über eine zum Insolvenzverwalter bestellte juristische Person müsste das Insolvenzgericht auch dort die Geschäftskunde zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens sicherstellen. Leider bietet auch die vorliegende Verfassungsbeschwerde keine tragfähigen Lösungen für eine ganze Reihe von Problemen, die sich im Zusammenhang mit der Aufsicht über juristische Personen als Insolvenzverwalter stellen würden. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Fragen:

- Ließe sich die unabweisbare und gesetzlich geforderte Geschäftskunde auch im Rahmen einer juristischen Person - beispielsweise durch eine gesetzlich notwendige Geschäftskunde des oder der Geschäftsführer - sicherstellen? Derzeit existiert keine adäquate gesetzliche Regelung die sicherstellt, dass immer zumindest ein allein vertretungsbefugter Geschäftsführer über diese Qualifikation verfügt. Eine angestellte geschäftskundige Person ohne selbständige Vertretungsmacht dürfte nicht in Frage kommen weil sie keine eigenständigen Entscheidungen treffen könnte. Auch ein Vorbehalt der Mitzeichnung, wie er etwa in § 44 Abs. 2 WPO vorgesehen ist, würde die-

sem Grundsatz widersprechen solange der Mitzeichnende nicht selbst über die gebotene Geschäftskunde verfügt. Ansonsten stünden die getroffenen Entscheidungen immer unter dem Vorbehalt der Genehmigung oder Zustimmung durch möglicherweise nicht i. s. d. § 56 Abs.1 InsO geschäftskundige Personen. Eine Verweigerung dieser Genehmigung oder Zustimmung könnte so dazu führen, dass die gebotene Geschäftskunde nicht zum Tragen käme.

- Wie würde bei einer juristischen Person sichergestellt und sich durch das Gericht überprüfen lassen, dass zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens eine ausreichende Geschäftskunde gewährleistet ist? Derzeit gibt es keine adäquate gesetzlich geregelte Anzeigepflicht an das Insolvenzgericht sobald die Geschäftskunde des oder der Geschäftsführer nicht mehr vorhanden ist.

- Wie könnte gewährleistet werden, dass die Geschäftskunde des oder der Geschäftsführer in den höchstpersönlich auszuführenden Tätigkeiten zum Tragen kommt wie sie etwa (der Rechtsprechung folgend) in den Grundsätzen ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung (GOI) des VID – II Ziffer 1- definiert sind? Eine gerichtliche Aufsicht und/oder eine regelmäßige unabhängige Prüfung durch Dritte, wie sie etwa der VID im Rahmen von Zertifizierungspflichten als freiwillige Selbstverpflichtung seiner Mitglieder eingeführt hat, würde für sich genommen nicht ausreichen. Ohne eine adäquate gesetzliche Definition der höchstpersönlich auszuführenden Aufgaben des Insolvenzverwalters könnte die gebotene Gleichmäßigkeit der Aufsichtspraxis zwischen natürlichen und juristischen Personen nicht hergestellt werden.

Leider gibt es bislang nur einen umrisshaften Begriff der Höchstpersönlichkeit, der im Wesentlichen durch die Rechtsprechung des BGH und einiger Instanzgerichte geprägt wurde. Der Gesetzgeber selbst hat bislang davon abgesehen, diesen Begriff aufzugreifen oder näher zu definieren obwohl ihn die genannten Gerichte als ungeschriebene Maßgabe aus einer Gesamtschau der Insolvenzordnung herleiten.

In seinem Nichtannahmebeschluss in der Sache 1 BvR 369/08 hat der erkennende Senat unter Rz. 21f. ausgeführt, dass im Rahmen der Vorauswahl das Kriterium der Höchstpersönlichkeit nicht zu beanstanden sei, da es hier - jedenfalls solange das Gesetz nur natürliche Personen zur Insolvenzverwaltung zulasse - nicht völlig sachfremd sei (Rz.23), die

Auswahlentscheidung daran zu knüpfen, dass der ausgewählte Bewerber „selbst substantiell bei der Verwaltung mitwirkt“.

Der hier angedeutete Vorbehalt einer anderen Entscheidung im Falle einer anderen gesetzlichen Regelung (Zulassung der juristischen Person zur Insolvenzverwaltung) wird spätestens dann bedeutsam, wenn es darum geht eine diskriminierungsfreie und dennoch rechtssichere Formulierung für das Maß der Aufgaben zu finden, die sowohl bei der Amtstätigkeit durch natürliche wie auch juristische Personen unabweisbar Geschäftskunde voraussetzen und damit in höchstpersönlicher Weise durch entsprechend qualifizierte Personen erledigt werden müssen.

Im Rahmen der Haftung wäre zunächst zu klären, wie die Haftung des Insolvenzverwalters nach §§ 60, 61 InsO auf eine juristische Person zu erweitern wäre. Diese Klärung ist erforderlich, unabhängig von der Frage, ob eine juristische Person in Form der Insolvenzverwaltergesellschaft oder eine juristische Person bestehend aus Rechtsanwälten und/oder Wirtschaftsprüfern und/oder Steuerberatern tätig wird. Der Haftungsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters (§ 60 Abs.1 Satz 2 InsO) hätte auch uneingeschränkt für die juristische Person zu gelten. Er stellt als objektiver Maßstab persönliche Fähigkeiten und Eigenschaften wie die oben bereits erwähnte Geschäftskunde in den Vordergrund.

Bei einer juristischen Person wäre schon aus Gründen der Diskriminierungsfreiheit kein strengerer aber auch kein laxerer Maßstab anzuwenden. Die Zurechenbarkeit des Handelns müsste auch in diesem Fall eindeutig geklärt sein. Dies betrifft sowohl das Außen- wie auch das Innenverhältnis. Mit Blick auf die Beteiligten im Sinne des § 60 Abs.1 Satz 1 InsO dürfte zu keinem Zeitpunkt zweifelhaft sein, wer als haftender Insolvenzverwalter im Schadensfall zur Verantwortung zu ziehen ist. Eine adäquate gesetzliche Regelung hierzu existiert derzeit nicht.

Eine präzisere gesetzliche Zuweisung höchstpersönlicher Aufgaben, die mit dem Gebot der Ausführung durch einen i. s. d. § 56 Abs.1 InsO geschäftskundigen und allein vertretungsberechtigten Vertreter der juristischen Person verbunden wäre, würde auch im Rahmen der Haftung notwendige Klarheit schaffen. Sie existiert derzeit nicht. Die Vertretungsmacht des allein berechtigten Vertreters der juristischen Person müsste dabei der Publizität des Handelsregisters unterliegen um jeden Zweifel auszuschließen.

Eine für die juristische Person notwendige adäquate gesetzliche Regelung über die Höhe der nachzuweisenden Haftpflichtversicherung müsste ebenfalls erst geschaffen werden. Anders als in der persönlichen Haftpflichtversicherung individueller Berufsträger besteht hier keine zumindest berufsrechtliche Verpflichtung zum Nachweis einer Vermögensschadenshaftpflichtversicherung. Die nachzuweisende Deckung müsste zudem dem möglichen Schadensvolumen angepasst und bei Bedarf erhöht werden. Da im Rahmen der Bestellung von natürlichen Personen die Auslastung des Einzelnen ein Regulativ darstellt, das in der gerichtlichen Praxis die Zahl der Bestellungen nach oben begrenzt, wird hier in der Folge auch das mögliche Schadensvolumen eingeschränkt. Bei einer juristischen Person mit potentiell häufigeren Bestellungen entfällt möglicherweise dieses Korrektiv wenn sie z.B. mit mehreren alleinvertretungsbefugten Geschäftsführern in einer entsprechend höheren Zahl von Verfahren bestellt wird. Hier müssten deshalb durch eine gesetzliche Regelung Maßgaben für den jeweils ausreichenden Versicherungsschutz eingeführt werden. Dabei wäre jedoch darauf zu achten, dass bei gleichzeitiger gesetzlicher Festlegung von Deckungssummen auch für natürlich Personen keine Diskriminierung stattfindet bei der natürliche Personen für das jenseits der Deckungssummen durch die Höhe des Haftungskapitals begrenzte Risiko der juristischen Personen in „Mithaft“ genommen werden.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass ein Insolvenzverwalter als natürliche Person unbegrenzt für den von ihm verursachten Schaden gegenüber den beteiligten Gläubigern aber auch den dahinterstehenden Gesellschaftern haftet. Diese zivilrechtliche Haftung nach §§ 60, 61 InsO ist pauschal nicht begrenzbar und auch nur bedingt versicherbar. Anders als etwa die Gesellschafter einer als Insolvenzverwalter auftretenden juristischen Person kann der Insolvenzverwalter als natürliche Person damit seine zivilrechtliche Haftung nicht in vergleichbarer Weise begrenzen. Hierdurch wäre bei der Zulassung einer juristischen Person als Insolvenzverwalter eine deutliche Ungleichbehandlung zu verzeichnen.

Diese Ungleichbehandlung steigert sich noch weiter, wenn auch die strafrechtliche Verantwortung des Insolvenzverwalters in die Überlegungen mit einbezogen wird. Strafrechtlich relevantes Verhalten wird bei der natürlichen Person als Insolvenzverwalter diesem uneingeschränkt und ohne strafrechtliche Lücke zuzuordnen sein. Auf der Ebene der juristischen Personen ist die strafrechtliche Verantwortung nicht uneingeschränkt

auf die handelnden Organe zuordenbar. Für die Geschäftsführung und erst recht für die dahinterstehenden Gesellschafter gibt es weitreichende Möglichkeiten, sich zu exkulpieren und so die strafrechtliche Haftungsandrohung zu mildern.

Sowohl die zivilrechtliche als auch die strafrechtliche Haftung des Insolvenzverwalters sind jedoch ein wesentlicher Garant für die ordnungsgemäße Erledigung der ihm auferlegten Aufgaben und insbesondere auch die Betreuung fremden Vermögens. Eine Aufweichung der zivilrechtlichen und/oder strafrechtlichen Haftung durch die schon der Rechtsform nach in der Haftung begrenzten juristischen Personen steht daher im deutlichen Widerspruch des dem Interesse aller beteiligten Gläubiger ausgerichteten Insolvenzverfahren.

Das in § 56 Abs.1 InsO angesprochene **Gebot der Unabhängigkeit** müsste auch im Rahmen der Insolvenzverwaltung durch juristische Personen uneingeschränkt gelten. Hier stellt sich die Frage, wie die Unabhängigkeit einer juristischen Person definiert und überwacht werden kann. Anders als bei natürlichen Personen lässt sich die Unabhängigkeit bei juristischen Personen nicht durch das Beziehungsgeflecht einer einzelnen Person abbilden. Als Mindestvoraussetzung wird man fordern müssen, dass alle Geschäftsführer sowie alle Gesellschafter i. s. d. § 56 Abs.1 InsO unabhängig sein müssen. Diese Unabhängigkeit müsste sowohl im Außen - wie auch im Innenverhältnis nachgewiesen werden. Im Außenverhältnis muss dies etwa durch Fragebögen geschehen, die einige Gerichte bereits einsetzen. Als Beispiel für einen solchen Fragebogen dürfen wir hier den von BAKInsO und VID gemeinsam entwickelten Fragebogen (ZinsO 2012, 2240f.) beifügen.

Diese Fragebögen wären zu ergänzen um Fragen nach der Unabhängigkeit der Gesellschafter soweit sie nicht mit dem oder den vertretungsberechtigten Geschäftsführer personenidentisch wären. Dies würde im Einzelfall eine erhebliche Ausweitung des gerichtlichen Prüfungsumfangs bedeuten, wäre aber wegen der gesellschaftsrechtlich angelegten Abhängigkeit des Geschäftsführers unabweisbar. Würden als Gesellschafter weitere juristische Personen auftreten so könnte dies zu einer Potenzierung der entsprechenden Prüfungen führen. Ein Transparenzbericht nach dem Vorbild des § 55c WPO wäre nur eingeschränkt dazu geeignet, die hier notwendigen Offenlegungen durchzuführen. Insbesondere wäre die in § 55 c Abs. 1 Nr. 6 WPO vorgesehene jährliche

„Erklärung über die Maßnahmen zur Wahrung der Unabhängigkeit einschließlich der Bestätigung, dass eine interne Überprüfung der Einhaltung von Unabhängigkeitsanforderungen stattgefunden hat“ wohl nicht ausreichend um von Fall zu Fall mit immer neuen Konstellationen von Gläubigern die notwendige Unabhängigkeit sicher zu stellen. Schon heute ist der Insolvenzverwalter auch verpflichtet von sich aus dem Insolvenzgericht einen Sachverhalt anzuzeigen, der bei unvoreingenommener, lebensnaher Betrachtungsweise die ernstliche Besorgnis rechtfertigen kann, dass der Verwalter als befangen an seiner Amtsführung verhindert ist (BGH, Urteil vom 24.Januar 1991 IX ZR 250/89, BGHZ 113, 262, 275 , 277 – zuletzt bestätigt durch BGH IX ZB 25/11, Rz.13).

Wie bereits in der Vorbemerkung erwähnt, wäre eine derart weitreichende Prüfung der Unabhängigkeit, d. h. der fehlenden Interessenskollision, nicht mit dem Eilcharakter des Insolvenzverfahrens vereinbar. Sowohl der Insolvenzrichter, als ggfls. auch ein in die Entscheidungsfindung mit einbezogener vorläufiger Gläubigerausschuss, muss in der Lage sein, kurzfristig, d. h. innerhalb weniger Stunden, die Frage der Unabhängigkeit und Interessenskollision überprüfen zu können. Eine Ausweitung des in die Unabhängigkeitsprüfung bzw. Interessenskollisionsprüfung einzubeziehenden Personenkreis würde aus zeitlichen aber auch aus organisatorischen Gründen auf Seiten der Insolvenzgerichte und der Gläubigerausschüsse mit dem Ziel der Insolvenzordnung zur bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger und zum Erhalt der von der Insolvenz betroffenen Unternehmen kollidieren.

Könnten durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung der Gesellschaft die Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit der mit Insolvenzverwaltungen im konkreten Fall betrauten Personen bzw. Organe ausreichend sichergestellt und die etwa befürchteten Interessenkonflikte vermieden werden? Wäre gegebenenfalls eine gesetzliche Regelung vorzuziehen?

Regelungen im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung der Gesellschaft können die Weisungsfreiheit einzelner Personen nur im Rahmen der gesetzlichen Grenzen herstellen. Konkret wäre die notwendige Weisungsfreiheit zur Herstellung der unabhängigen Amtsausübung einer mit Insolvenzverwaltung im konkreten Fall betrauten Person allein durch die gesetzliche Maßgabe ihrer Bestellung zum allein vertretungsberechtigten Geschäftsführer nicht gesichert. Eine lediglich durch den Gesellschaftsvertrag bzw. die Sat-

zung definierte Grenze der Weisungsfreiheit kann jederzeit durch entsprechende Gesellschafterbeschlüsse geändert werden ohne dass dieser Umstand dem Gericht oder den Beteiligten umgehend bekannt würde. Die Eintragung ins Handelsregister hätte hier auch keine konstitutive Wirkung. Die gesetzliche Vorgabe einer bestimmten Satzungsregelung erscheint ebenfalls nicht ausreichend. Sie würde den Insolvenzgerichten bei jeder Bestellung die Prüfung individueller Satzungen und späterer Satzungsänderungen auferlegen und könnte je nach Formulierung eine Fülle unterschiedlicher Interpretationen nach sich ziehen.

Obwohl auch die Eintragung der Bestellung oder Abberufung einzelner Personen als allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer im Handelsregister nur deklaratorische Wirkung entfaltet besteht hier im Vergleich zur Prokura oder anderen Formen der Bevollmächtigung ein bedeutsamer Unterschied in dem durch Gesetz und Rechtsprechung genauer definierten Umfang der Weisungsfreiheit. Diese Art der Vertretungsberechtigung bietet damit nach derzeitiger Rechtslage auch die relativ größte Weisungsfreiheit. Ergänzend müsste aber auch das von der Rechtsprechung entwickelte Recht der Gesellschafter auf „wirtschaftliche Unvernunft“ im Rahmen von Weisungen an den oder die Geschäftsführer im Interesse des Gläubigerschutzes ausgeschlossen werden. Um die notwendige Unabhängigkeit zu jedem Zeitpunkt sicher zu stellen müsste bei der Abberufung des oder der allein vertretungsberechtigten Geschäftsführer auch eine umgehende Mitteilung gegenüber dem Insolvenzgericht erfolgen. Adäquate gesetzliche Regelungen hierzu existieren derzeit nicht und sind mit Blick auf den verfassungsrechtlich geschützten Kernbestand der Gesellschafterrechte nur schwer vorstellbar.

Bestehen konkrete Erfahrungswerte hinsichtlich der Häufigkeit des freiwilligen oder unfreiwilligen Ausscheidens natürlicher Personen aus dem Amt des Insolvenzverwalters? Bestehen tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass diese Häufigkeit signifikant niedriger ist als sie es bei der Benennung juristischer Personen zu Insolvenzverwaltern - etwa wegen des Wechsels der mit der Insolvenzverwaltung im konkreten Fall betrauten Person oder wegen der Auflösung der Gesellschaft - wäre ?

Das statistische Bundesamt ermittelt seit 1950 die Anzahl der Unternehmensinsolvenzen und der eröffneten Insolvenzverfahren insgesamt. Bei einer durchschnittlichen Bearbeitungsdauer einer Unternehmensinsolvenz von vier Jahren (Kranzusch, P.; Icks, A. (2010):

Dauer von Regelinsolvenzverfahren von Unternehmen, in: PKM-Journal der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Heft 2, S. 26-27) waren somit in 2014 insgesamt 108.476 Unternehmensinsolvenzverfahren in der laufenden Bearbeitung. Nach einer von uns in Auftrag gegebenen Abfrage bei der WBDat GmbH, Köln, und der dort durchgeführten Auswertung der amtlichen Bekanntmachung zu Insolvenzverfahren, hat sich in 2014 nur bei 250 Regelinsolvenzverfahren über das Vermögen von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften ein Verwalterwechsel ergeben. Damit beträgt der prozentuale Anteil der von einem Verwalterwechsel betroffenen Insolvenzverfahren weniger als 0,25 %. Eine leichte Divergenz besteht zwischen den vom statistischen Bundesamt ermittelten Zahlen zu den eröffneten Unternehmensinsolvenzen und den von der WBDat GmbH ermittelten Verwalterwechsel nur insoweit, als die amtliche Statistik auch Unternehmensinsolvenzen berücksichtigt, deren Unternehmensinhaber eine natürliche Person ist. Der ganz überwiegende Anteil der Unternehmensinsolvenzen betrifft jedoch Einzelkaufleuten oder Kapitalgesellschaften, da selbst Kleinstgewerbetreibende heute ihre unternehmerische Tätigkeit in einer haftungsbeschränkten Rechtsform, hier vor allem im Rahmen der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft ausüben.

Die ohnehin geringe Anzahl der von einem aus persönlichen oder beruflichen Gründen hervorgerufenen Verwalterwechsel ließe sich nur bei der uneingeschränkten Bestellung der juristischen Person als Insolvenzverwalter noch weiter senken. Dies setzt jedoch voraus, dass die Bestellung an keine zusätzliche, d. h. persönliche Anknüpfungspunkte wie etwa dem Konstrukt des „ausübenden Verwalters“ geknüpft wird. Damit einhergehend müssten allerdings entgegen der heutigen Rechtslage auch etwa auf die Gesichtspunkte der Höchstpersönlichkeit der Aufgabenausübung, der persönlichen Sachkunde und der Zuordnung der zivil- und strafrechtlichen Haftung zu konkreten Handelnden verzichtet werden.

Wäre das in der Literatur vorgeschlagene Modell der gerichtlichen Benennung eines „ausübenden Verwalters“ bei der Bestimmung einer juristischen Person zum Insolvenzverwalter geeignet, die bestehenden Bedenken gegen die Übertragung von Insolvenzverwaltungen auf juristische Personen zu zerstreuen? Wenn ja, wäre hierzu eine gesetzliche Regelung erforderlich oder könnten die Insolvenzgerichte mit den Ihnen bereits zur Verfügung stehenden Befugnissen einen „ausübenden Verwalter“ benennen?

Das in der Literatur entwickelte Modell eines „ausübenden Verwalters“ zielt auf die gerichtliche Benennung „eines für den Fall Verantwortlichen“ (so Paulus in JZ 2014,629). Dieser Verantwortliche soll nur mit Zustimmung des Gerichts ausgewechselt werden können (so Bluhm in ZIP 2014, 559). Seine Unabhängigkeit soll er selbstverantwortlich durch sog. „conflict-checks“ bei Bestellung und während des laufenden Verfahrens sicherstellen (so wohl Bluhm a.a.O. S.560). Mit Blick auf die Vertretungsmacht wird eine Alleinvertretungsbefugnis als Geschäftsführer oder Prokura vorgeschlagen (Bluhm, a.a.O. S.557). Die Lektüre dieser Beiträge provoziert auf den ersten Blick die Frage, warum der „ausübende Verwalter“ nicht selbst als Verwalter tätig werden kann. Im Einzelnen stellen sich dann eine ganze Reihe weiterer Fragen.

Problematisch wären zunächst die Form und der Umfang einer gerichtlichen Bestellung, die auf eine „verwalterähnliche“ Stellung des „ausübenden Verwalters“ abzielt. Die mit einer Bestellung regelmäßig sofort notwendigen Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO zielen darauf ab, „alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten“.

Ist in dieser Situation für Gläubiger, Lieferanten etc. unklar wer die Befugnisse des Insolvenzverwalters wahrnimmt und etwa Zustimmung nach § 21 Abs.2 Nr. 2 InsO erteilt, dann drohen empfindliche Nachteile für die Gläubiger. Verweigert etwa ein Lieferant aufgrund der unklaren Situation weitere Lieferungen oder ist er nur dann zur Lieferung bereit wenn er Unterschriften aller möglicherweise Zustimmungsbefugten bekommt so wird dies u.U. zu einer Kettenreaktion führen, die sogar die Fortführung von Unterneh-

men gefährden kann. Das bereits durch die Insolvenz erschütterte Vertrauen der Lieferanten muss hier umgehend durch eindeutige und klare Verhältnisse gestärkt werden.

Die Konstruktion eines „ausübenden Verwalters“ kann vor diesem Hintergrund nur erwogen werden, wenn die betreffende Person uneingeschränkt vertretungsberechtigt ist. Eine möglicherweise zeitraubende Recherche nach Art und Umfang der Vertretungsmacht ist den Lieferanten in dieser Situation nicht zuzumuten. Aus diesem Grund scheidet auch die Prokura als Vertretungsform aus weil sie im Einzelfall beschränkt sein kann.

Zusätzlich müsste gewährleistet werden, dass der „ausübende Verwalter“ für das betreffende Verfahren die juristische Person alleine vertritt. Sind mehrere Personen als allein vertretungsberechtigte Geschäftsführer der insolvenzverwaltenden juristischen Person im Handelsregister eingetragen könnte ansonsten zweifelhaft sein, wer neben dem „ausübenden Verwalter“ noch zeichnungsberechtigt ist. Im Zweifel würden Lieferanten darauf bestehen, dass der „ausübende Insolvenzverwalter“ zeichnet. Würden daneben auch andere allein vertretungsberechtigte Geschäftsführer der insolvenzverwaltenden juristischen Person tätig dann entspräche dies auch nicht der Auswahlentscheidung des Insolvenzgerichts, das den konkreten ausübenden Insolvenzverwalters wegen seiner besonderen individuellen Eignung ausgewählt hätte. Eine adäquate gesetzliche Regelung hierzu existiert derzeit nicht.

Da auch die Eintragung des Entzuges der Geschäftsführungsbefugnis im Handelsregister nicht konstitutiv wirkt, müsste ergänzend an eine Erweiterung der gerichtlichen Bekanntmachung um den Namen des „ausübenden Verwalters“ gedacht werden. Spiegelbildlich wäre bei einem Wechsel in der Person des „ausübenden Verwalters“ eine erneute gerichtliche Bekanntmachung notwendig.

Wird in dieser Weise schon zu Beginn des Verfahrens eine natürliche Person als „ausübender Verwalter“ benannt stellt sich im weiteren Verlauf die bereits angesprochene Frage nach der Unabhängigkeit und ihrer Prüfung. Besonders in der Situation einer Betriebsfortführung und einer angestrebten Sanierung kommt dieser Unabhängigkeit große Bedeutung zu. Sie garantiert allen Beteiligten, dass niemand zu „Sonderopfern“ herangezogen oder von möglichen Sondererträgen ausgeschlossen wird. In der aktuellen Diskussion um die Reform des amerikanischen chapter 11 ist dies gerade eindrucksvoll

herausgearbeitet worden (s. hierzu Siemon, INDAT Report 02/2015, s. 26 ff. m. w. N. – im Anhang beigefügt).

Eine selbstverantwortliche Prüfung im Wege eines sog. conflict-checks, wie er etwa in großen Wirtschaftskanzleien üblich geworden ist, wäre schon deshalb kein Ersatz für die gerichtliche Überprüfung und Überwachung der Unabhängigkeit weil diese dem Wohle der Gläubigergemeinschaft und nicht zur Abwehr möglicher Haftungsgefahren gegenüber einzelnen Gläubigern dient. Mit dieser gerichtlichen Überwachung soll präventiv möglichen Nachteilen begegnet werden, die sich aus tatsächlichen Abhängigkeiten oder sogar nur aus dem Anschein von Abhängigkeiten ergeben können. Die Überwachungsaufgabe des Gerichts kann hier nicht an den zu Überwachenden delegiert werden.

Daneben und ergänzend besteht eine Pflicht des bestellten Verwalters, auf Gefährdungen seiner Unabhängigkeit vorab oder während des Verfahrens unverzüglich hinzuweisen und so nach Möglichkeit jede Situation zu vermeiden, in der das Vertrauen aller Gläubiger in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des gerichtlich bestellten Insolvenzverwalters beschädigt werden könnte. Diese Verpflichtung würde sowohl den „ausübenden Insolvenzverwalter“ wie auch die juristische Person als Insolvenzverwalter treffen. Ihre Wahrnehmung durch den ausübenden Insolvenzverwalter könnte für ihn eine Interessenkollision begründen wenn sich die Gesellschafter der juristischen Person dagegen aussprechen würden. Eine adäquate gesetzliche Regelung hierzu existiert derzeit nicht.

Mit Blick auf Abwahl oder Entlassung des Insolvenzverwalters müsste klar gestellt sein, dass mit dem „ausübenden Insolvenzverwalter“ immer auch die von ihm vertretene juristische Person abgewählt oder entlassen würde und ein schlichter Wechsel nur des „ausübenden Insolvenzverwalters“ nicht in Frage käme. Ansonsten würde Abwahl und Entlassung des Insolvenzverwalters deutlich erschwert weil es immer einer „doppelten“ Begründung in Bezug auf die „ausübende“ natürliche Person und die juristische Person bedürfte. Zudem wäre die bereits angesprochene gerichtliche Auswahlentscheidung übergangen, wenn man der insolvenzverwaltenden juristischen Person das selbstbestimmte Auswechseln des „ausübenden Verwalters“ gestatten würde. Eine adäquate gesetzliche Regelung hierzu existiert derzeit nicht.

Vor dem Hintergrund der geschilderten Besonderheiten erscheint ein sog. „ausübender Insolvenzverwalter“ ohne entsprechende gesetzliche Grundlage nur aufgrund bestehender gerichtlicher Befugnisse ausgeschlossen.