

Zur Verfassungskonformität kontingentierter Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten

Rechtsgutachten

im Auftrag des

Verbands der Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID)

erstattet von

Universitätsprofessor Dr. iur. Wolfram Höfling, M.A.

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Finanzrecht
sowie Gesundheitsrecht

und

Direktor des Instituts für Staatsrecht
der Universität zu Köln

Juli 2008

<u>Gliederung</u>	<u>Seite</u>
A. Problemaufriß und Gutachtenauftrag.....	4
I. Problemstellung und Problemkontext	4
1. Das (Berufs-)Recht der Insolvenzverwalter unter verfassungsrechtlichem Veränderungsdruck.....	5
2. Zur reformpolitischen Diskussion	9
3. Quantitative Beschränkungen im Rahmen der Insolvenzverwaltervorauswahl als ein zentrales Element der reformpolitischen Debatte.....	11
II. Gutachtenauftrag.....	12
B. Zur Verfassungskonformität kontingentierter Insolvenzverwalter-Vorauswallisten.....	13
I. Die Insolvenzverwaltertätigkeit und ihre Regulierung als berufsgrundrechtliches Thema	13
1. Der Insolvenzverwalter als eigenständiger Beruf.....	13
2. Die Bereichsdogmatik des Art. 12 Abs. 1 GG	15
a) Die sog. Drei-Stufen-Theorie als lediglich grobe Erstorientierung.....	15
b) Proportionalität von Eingriffsziel und Eingriffsintensität.....	17
c) Zur Geltung des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts	18
II. Rechtsstaatliche Insolvenzverwalter-Vorauswahl als Element funktionsgerechter Justizgewährleistung.....	21
1. Externe Funktionsträger in der Zivilrechtspflege	22
a) Erfüllung der staatlichen Justizgewährleistungspflicht	22
b) Interne und externe Funktionsträger der Rechtspflegeleistungen	23
2. Das Insolvenzverwalter“amt“ als institutionelles Element einer justizorganisatorischen Funktionseinheit	24
3. Staatliche Gewährleistungsverantwortung für eine funktionsadäquate Zivilrechtspflege bei Einbeziehung externer Funktionsträger.....	25
III. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation kontingentierter Insolvenzverwalter- Vorauswahllisten	27
1. Problemabschichtungen und Orientierungsmaßstäbe: Kontingentierende Berufszugangsbeschränkungen in anderen Berufen.....	27
a) Der öffentlich bestellte Sachverständige einerseits und der Notarberuf andererseits	27
aa) Der öffentlich bestellte Sachverständige: Die Entscheidung des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 25. März 1992	27

bb) Die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur zum Notarberuf.....	29
b) Die Begrenzung der Zahl der BGH-Anwälte	32
c) Kurze vergleichende Würdigung.....	35
2. Das bipolare Anforderungsprofil an eine rechtsstaatliche Insolvenzverwaltervorauswahl...	36
3. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation quantitativer Berufszugangsregelungen bei Insolvenzverwaltern.....	37
a) Vorabklärung: Zur eingeschränkten Reichweite der Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Unzulässigkeit sog. geschlossener Listen	37
b) Verfassungsrechtliche Direktive: Proportionalität von Eingriffsziel und Eingriffsintensität	39
aa) Zur Bestimmung der Eingriffsintensität kontingentierender (gesetzlicher) Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten	39
bb) Zur Bestimmung des Eingriffsziels.....	41
cc) Zu den Anforderungen des Übermaßverbots.....	43
(1) Zur Eignung der Maßnahme	44
(a) Zügige Auswahl für das konkrete Verfahren	45
(b) Professionalitätssichernde Arbeitsauslastung	46
(2) Zur Erforderlichkeit der Maßnahmen	47
(3) Zur Angemessenheit der Maßnahme	51
c) Exkurs: Mittelbarer „Konkurrenzschutz“ als Verfassungsproblem?	53
C. Thesenförmige Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	55
I. Problemaufriß.....	55
II. Die Insolvenzverwaltertätigkeit und ihre Regulierung als berufsgrundrechtliches Thema	55
III. Rechtsstaatliche Insolvenzverwalter-Vorauswahl als Element funktionsgerechter Justizgewährleistung.....	56
IV. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation kontingentierter Insolvenzverwalter- Vorauswahllisten	57

A. Problemaufriß und Gutachtauftrag

I. Problemstellung und Problemkontext

Das (Berufs-)Recht der Insolvenzverwalter

zum Insolvenzverwalter als eigenständigem Beruf siehe noch unten II.

steht seit einigen Jahren unter erheblichem Veränderungs- und Anpassungsdruck. Dieser geht einerseits maßgeblich vom Verfassungsrecht – bzw. vom Bundesverfassungsgericht – aus,

dazu nachstehend 1.

andererseits aber auch von rechtstatsächlichen Entwicklungen.

Hier ist insbesondere auf die sinkende Zahl von (massehaltigen) Unternehmensinsolvenzen hinzuweisen, siehe bspw. *Thorsten Graeber*, Wie viele Insolvenzverwalter verträgt das Insolvenzverfahren?, ZInsO 2006, 851 (852); ferner die Nachweise bei *Frank Frind*, „Die atmende Liste“ - qualitätsorientierte Bedarfsbegrenzung ohne „Closed Shop“ bei der Verwalter-Vorauswahl-Liste, ZInsO 2007, 515 ff. (515 mit Fn. 2 und 3)

Dementsprechend intensiv ist deshalb auch die reformpolitische Debatte.

Dazu unten 2.

1. Das (Berufs-)Recht der Insolvenzverwalter unter verfassungsrechtlichem Veränderungsdruck

Spätestens seit Inkrafttreten der neuen Insolvenzordnung zum Jahresanfang 1999 zählt die Problematik der Verwalter(vor)auswahl und – bestellung zu den am heftigsten diskutierten Themen des Insolvenzrechts. Ende des Jahres 1998 hatte der Gravenbrucher Kreis einen gutachtlichen Auftrag erteilt, die Frage der Bestellung des Insolvenzverwalters unter dem Aspekt der dogmatischen Grundlagen, der verfassungsrechtlichen Defizite und der rechtspolitischen Perspektive zu erörtern.

Knapp zur Vorgeschichte *Hanns Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters und die geplante Änderung des § 56 InsO, ZIP 2005, 1097 (1098 f.)

Die Studie empfahl sowohl die Eignungskriterien für die Tätigkeit als Insolvenzverwalter wie auch die Zugangskriterien zur Aufnahme in eine Liste und die konkreten Bestellungsregeln einer umfassenden gesetzlichen Regelung zuzuführen. Zugleich wurde angemessener Rechtsschutz eingefordert.

Siehe *Johannes Holzer/Michael Kleine-Cosack/Hanns Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, 2001

Das Gutachten führte zu einer außergewöhnlich heftigen Diskussion.

Siehe auch „Gutachterliche Gegenstellungnahme von 13 Mitgliedern des Grafenbrucher Kreises zur Frage der Bestellung des Insolvenzverwalters“, ZInsO 2001, 730 ff.; vgl. ferner die Anmerkungen und Hinweise bei *Prütting*, ZIP 2005, 1097 (1099)

Die danach einkehrende (relative) „Ruhe nach dem Sturm“

so *Prütting*, ZIP 2005, 1097 (1099)

wurde dann Mitte des Jahres 2004 durch das Bundesverfassungsgericht jäh und nachhaltig unterbrochen. Die Zweite Kammer des Ersten Senats

1 BvR 135/00 und 1086/01 – Beschluß vom 3. August 2004:

BVerfGK 4,1 ff. = NJW 2004, 2725 ff.

erkannte in der Verweigerung einer gerichtlichen Kontrolle des Vorauswahlverfahrens einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG. Der Interessent an einer Tätigkeit als Insolvenzverwalter werde bereits durch die Entscheidung über die Vorauswahl geeigneter Bewerber in seinen Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG berührt. Die grundrechtliche Gewährleistung gebiete, daß bei der Bewerbung um eine Tätigkeit im Rahmen von Insolvenzverfahren jeder Bewerber eine faire Chance haben müsse, entsprechend seiner Eignung berücksichtigt zu werden. Die Komplementärfunktion des Verfahrensrechts verlange insofern eine angemessene Verfahrensgestaltung schon im Vorfeld der Bestellungsentscheidung. Darüber hinaus müsse die Chancengleichheit der Bewerber gerichtlicher Überprüfung zugänglich sein.

BVerfGK, NJW 2004, 2726 f.

Die Entscheidung hat ein vielstimmiges Echo gefunden.

Siehe bspw. *Frank Frind*, Die begründete, plausible, unverbindliche Vorauswahl-Liste zur Bestellung von Insolvenzverwaltern, ZInsO 2004, 897 ff.; *Thorsten Graeber*, Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Vorauswahl des Insolvenzverwalters auf die Insolvenzgerichte, NZI 2004, 546 ff.; *Heinz Vallender*, Steine statt Brot, NJW 2004, 3614 ff.; *Joachim Wieland*, Verfassungsrechtliche Fragen der Auswahl des Insolvenzverwalters, ZIP 2005, 233 ff.

In der sich anschließenden intensiven Diskussion ist u. a. die These vertreten worden, ein konsequentes Fortdenken der Kammerentscheidung zwingt auch

dazu, den konkreten Akt der Insolvenzverwalterbestellung selbst dem Rechtsschutzregime der §§ 23 ff. EGGVG zu unterwerfen.

Siehe knapp zusammenfassend *Wolfram Höfling*, Insolvenzverwalterbestellung – Rechtsschutz durch Konkurrentenklage?, NJW 2005, 2341 ff.

Bereits im Mai 2006 nahm sich der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts dieser Frage an.

Siehe BVerfGE 116, 1 ff.

Der Senat stellte fest, daß Art. 3 Abs. 1 GG dem Bewerber um das Amt eines Insolvenzverwalters einen Rechtsanspruch auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlmessens nach § 56 Abs. 1 InsO vermittele. Allerdings sei es mit dem grundgesetzlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes vereinbar, eine Anfechtung der Bestellung zum Insolvenzverwalter durch Mitbewerber und einen vorläufigen Rechtsschutz zur Verhinderung der Bestellung zu versagen. Im Blick auf besondere Strukturen des Insolvenzverfahrens – insbesondere: Schutz der Gläubigerrechte durch Eilbedürftigkeit – müsse das Verfahren und der Rechtsschutz den „Besonderheiten der hier gegebenen multipolaren Konfliktlage“

vgl. dazu *meine* für den VID für das Verfahren vor dem Ersten Senat erstellte Stellungnahme, Kurzfassung in NJW 2005, 2341 ff.

gerecht werden. Zwar fordere die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bewerber um die Bestellung zum Insolvenzverwalter eine der Sicherung des chancengleichen Zugangs angemessene Verfahrensgestaltung. Geboten sei aber ein Verfahren, das dem Richter nicht nur eine zügige Eignungsprüfung für das konkrete Verfahren ermögliche, sondern ihm außerdem hinreichende Informationen für eine pflichtgemäße Ausübung des Auswahlmessens verschaffe und verfügbar mache. Insoweit komme „insbesondere dem weithin üblichen Vorauswahlverfahren entscheidende Bedeutung zu“.

Siehe BVerfGE 116, 1 (15 ff. Zitat: S. 17), dort auch Näheres zur Gestaltung einer solchen Liste; rechtsvergleichend: § 15 des österreichischen Insolvenzrechtseinführungsgesetzes (ÖBGBl. I 2002 S. 615 (616))

Im übrigen überantwortet es das Bundesverfassungsgericht den Fachgerichten, Kriterien für die Feststellung der Eignung eines Bewerbers sowie für eine sachgerechte Ausübung des Auswahlmessens zu entwickeln. Soweit Auswahllisten geführt würden, bleibe auch deren Gestaltung den Fachgerichten überlassen.

BVerfGE 116, 1 (17) – wobei allerdings einige begrenzende Vorgaben formuliert werden; zum Modell einer ‚geschlossenen Liste‘ siehe noch weiter unten sub III.3.a) zu dieser Entscheidung siehe etwa *Gerhard Pape*, Die Qual der Insolvenzverwalterauswahl: Viel Lärm um wenig, NZI 2006, 665 ff.; *Wilhelm Uhlenbruck*, Zur Vorauswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, NZI 2006, 489 ff.; *Heinz Vallender*, Rechtsschutz gegen die Bestellung eines Konkurrenten zum Insolvenzverwalter, NJW 2006, 2597 ff.; *Olaf Messen*, Ende der Qual bei der Verwalterauswahl?, DZWIR 2006, 326 ff.

Die Grundlinien der Senatsentscheidung sind dann in weiteren Kammerbeschlüssen bestätigt und zum Teil konkretisiert worden.

Siehe jeweils 3. Kammer des 1. Senats: 1 BvR 1469/05 vom 12.7.2006, BVerfGK 8, 368 ff. = ZIP 2006, 1954 ff.; i BvR 1493/05 vom 12.7.2006, BVerfGK 8, 372 ff. = ZIP 2006, 1956 f.; 1 BvR 1351/06 vom 19. Juli 2006, BVerfGK 8, 418 ff. = ZIP 2006, 1541 f.; zu diesen Kammerbeschlüssen *Jutta Laws*, Gelistet, aber doch nie bestellt – Was ist zu tun?, ZInso 2006, 1123 ff.; zusammenfassende Darstellung der bun-

desverfassungsgerichtlichen Judikatur auch durch (den Richter des Bundesverfassungsgerichts) *Reinhard Gaier*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Auswahl und der Abwahl des Insolvenzverwalters, *ZInsO* 2006, 1177 ff.

Weitere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum (Berufs-)Recht des Insolvenzverwalters sind: BVerfG (K), *ZIP* 2005, 537 ff. = BVerfGK, 5, 91 ff. (dazu die Anmerkung von *Wolfgang Lüke*, *ZIP* 2005, 539 f.; *Christine Berg-Grünenwald/Holger Herzog*, BVerfG EWiR, § 57 InsO 1/05, 507 f.; BVerfGK 6, 164 ff. = *ZIP* 2005, 1694 ff. (Beschuß vom 31.8.2005 – 1 Bv 700/05); BVerfGK 6, 399 ff. = *ZIP* 2006, 86 f. (Beschuß vom 29.11.2005 – 1 BvR 2035/05)

2. Zur reformpolitischen Diskussion

Auch wenn die bundesverfassungsgerichtlichen Interventionen hinsichtlich ihrer praxisrelevanten Wirkkraft auf erhebliche Skepsis gestoßen sind,

siehe bspw. *Volker Römermann*, Bestellung von Insolvenzverwaltern – Die verpaßte Chance des BVerfG, *ZIP* 2006, 1332 (1334); *Pape*, *NZI* 2006, 665 (670): „Justizmonster“

haben sie doch dazu beigetragen, daß die reformpolitische Debatte erneut

siehe bereits oben die Nachweise sub 1.

intensiviert wurde. Bereits im Herbst 2006 trat unter dem Vorsitz von *Wilhelm Uhlenbruck* eine Gruppe von Insolvenzverwaltern, Insolvenzrichtern und Insolvenzrechtspflegern zusammen (sog. *Uhlenbruck-Kommission*), um im Auftrag des Bundes und der Länder Qualitätsmerkmale für die Auswahl der Insolvenzverwalter zu entwickeln. Am 7. Juli 2007 hat die Kommission ihre Arbeit abgeschlossen und ihre Empfehlungen vorgelegt.

Siehe Empfehlungen der „Uhlenbruck-Kommission“ zur Vorauswahl und Bestellung von InsolvenzverwalterInnen sowie Transparenz, Aufsicht und Kontrolle im Insolvenzverfahren, ZIP 2007, 1432 ff.; siehe auch die redaktionell redigierte Zusammenfassung der Empfehlungen, in: ZInsO 2008, 107 ff.

Die Empfehlungen der sog. *Uhlenbruck-Kommission* sind ihrerseits wieder Gegenstand lebhafter Erörterungen geworden.

Siehe zunächst den „Selbstkommentar“: *Wilhelm Uhlenbruck/Rolf-Dieter Mönning*, Listing, Delisting und Bestellung von Insolvenzverwaltern, ZIP 2008, 157 ff.; ferner *Frank Frind*, Wenn der Schwanz versucht, mit dem Hund zu wedeln, ZInsO 2006, 1250 ff.; *ders.*, „Uhlenbruck-Kommission“ zur Verwalterbestellung – revisited, ZInsO 2007, 850 ff.; *Hans Haarmeyer*, Ein erster Schritt zur qualitätsorientierten Verwalterauswahl, ZInsO 2007, 729 ff.

Daneben hat auch der Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands (VID) Grundsätze vorgelegt.

Abrufbar unter www.vid.de

Ferner wurde auch der „Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte“ (BAK-InsO) als Zusammenschluß von Richter(innen) und Rechtspfleger(innen) gegründet, der ebenfalls Empfehlungen zur Vorauswahl und Auswahl von Insolvenzverwaltern formuliert hat.

Siehe ZInsO 2007, 256 f.

Schließlich hat auch der Gesetzgeber mit seinem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren (GAVI) sich u. a. der „Effizienzsteigerung im Insolvenzverfahren (Verwalterauswahl)“ zugewandt.

Siehe BT-Drs. 16/7251 und die öffentliche Anhörung vom 9. April 2008; in diesem Zusammenhang insbesondere die Stellungnahme von *Siegfried Beck*, namentlich S. 11 ff.; vgl. auch den Gesetzesvorschlag von *Hans Haarmeyer*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Effizienzsteigerung und Verbesserung der Verwalterauswahl im Insolvenzverfahren, ZInsO 2008, 367 ff.

3. Quantitative Beschränkungen im Rahmen der Insolvenzverwaltervorauswahl als ein zentrales Element der reformpolitischen Debatte

Neben Überlegungen der Qualitätssicherung mittels Zertifizierungsverfahren

dazu siehe bspw. *Hans Haarmeyer*, Die Zertifizierung von Unternehmens-Insolvenzverwaltern nach den Richtlinien des DIAI, NZI 2007, 635 ff.; *ders.*, Die „gute“ Insolvenzverwaltung, ZInsO 2007, 169 ff.; *Harald Hess*, Die Thesen des DIAI zur Zertifizierung des Unternehmens-Insolvenzverwalters durch Rating – „Junk Science“, ZIP 2007, 1042 ff.; *Daniel Bergner*, Das Kreuz mit der Zertifizierung, NZI 2007, 642 ff.

kommt einem reformpolitischen Vorschlag besondere Bedeutung zu, nämlich der quantitativen Beschränkung der Vorauswahlliste. So hat die sog. *Uhlenbruck*-Kommission folgende Empfehlung formuliert:

„Eine Beschränkbarkeit der Vorauswahlliste ist dringend geboten, wenn eine sorgfältige Abwägung der multipolaren Interessen aller Verfahrensbeteiligten ergibt, daß wegen der Vielzahl der Bewerber eine professionelle und optimale Verfahrensabwicklung mangels dauerhafter Befassung mit Insolvenzverfahren nicht mehr gewährleistet ist.

Die Kommission ist der Auffassung, daß eine Beschränkung der Zahl der zu listenden Bewerber nach derzeitiger Rechtslage nur aufgrund der Anwendung von Qualitätskriterien möglich ist. Sie empfiehlt eine Gesetzesänderung, aufgrund derer es den Insolvenzgerichten zusätzlich erlaubt wird, die Zahl der zu berücksichtigenden Bewerber und gelisteten

Verwalter nach Maßgabe des Geschäftsanfalls bei dem jeweiligen Insolvenzgericht zu beschränken“.

Siehe Empfehlungen der „Uhlenbruck-Kommission“ zu Vorauswahl und Bestellung von InsolvenzverwalterInnen sowie Transparenz, Aufsicht und Kontrolle im Insolvenzverfahren, ZIP 2007, 1432 ff. (1432)

II. Gutachtenauftrag

Vor dem skizzierten Hintergrund hat mich der Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID) gebeten, die Möglichkeiten kontingentierter Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten aus verfassungsrechtlicher Perspektive

ausgeklammert bleiben gemeinschaftsrechtliche Aspekte der Problematik; siehe dazu etwa *Claus-Peter Kruth*, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, 2006, S. 104 ff.

rechtsgutachtlich zu untersuchen.

Das erbetene Rechtsgutachten wird hiermit vorgelegt.

B. Zur Verfassungskonformität kontingentierter Insolvenzverwalter-Vorauswallisten

I. Die Insolvenzverwaltertätigkeit und ihre Regulierung als berufsgrundrechtliches Thema

Nicht zuletzt die bundesverfassungsgerichtlichen Interventionen der letzten Jahre haben der berufsgrundrechtlichen Dimension der Insolvenzverwaltertätigkeit und ihrer Regulierung Konturen verliehen.

1. Der Insolvenzverwalter als eigenständiger Beruf

„Man kann sich nicht als Konkursverwalter ‚niederlassen‘ und wird auch nicht als Konkursverwalter ‚zugelassen‘, sondern man wird vom Gericht mit Konkursverwaltungen beschäftigt“. Unter Berufung auf dieses viel zitierte Diktum von *Leopold Levy*

Leopold Levy, Konkursrecht, 2. Aufl. 1926, S. 32

ist lange Zeit die Vorstellung eines eigenständigen Berufsbildes des Insolvenzverwalters kritisch bis ablehnend betrachtet worden.

Zur Diskussion siehe *Wilhelm Uhlenbruck*, Aus- und Abwahl des Insolvenzverwalters – Eine Schicksalsfrage der Insolvenzrechtsreform, KTS 1989, 229 (241 f.); *dens.*, Das Bild des Insolvenzverwalters – Der Versuch einer Orientierung im Widerstreit vielfältiger Interessen, KTS 1998, 1 (14 und 26 f.); ferner etwa *Nicola Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, 2005, S. 429 ff.; *Johannes Holzer/Michael Kleine-Cosack/Hanns Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, 2001, S. 11 f., 19 f.

Das Bundesverfassungsgericht – genauer: die 2. Kammer des 1. Senats – hat allerdings im Beschluß vom 3. August 2004

NJW 2004, 2725 ff.; dazu etwa *Joachim Wieland*, Verfassungsrechtliche Fragen der Auswahl des Insolvenzverwalters, ZIP 2005, 33 ff.

hervorgehoben, die Tätigkeit von Insolvenzverwaltern könne angesichts der Entwicklung der letzten beiden Jahrzehnte „nicht mehr als bloße Nebentätigkeit der Berufsausübung von Rechtsanwälten oder von Kaufleuten angesehen werden“. Vielmehr sei „die Betätigung als Insolvenzverwalter zu einem eigenständigen Beruf geworden, der vielen Personen maßgeblich zur Schaffung und Aufrechterhaltung der Lebensgrundlage dient, sei es als alleiniger Beruf oder neben einem anderen Beruf“.

BVerfG (K), NJW 2004, 2725 (2727); ebenda heißt es weiter: „Rechtsanwälte bilden sich beispielsweise spezialisiert zum Fachanwalt für Insolvenzrecht fort. Kanzleien halten in erheblichem Umfang durch gutes Personal vor, um den Arbeitsanfall bei Großinsolvenzen bewältigen zu können. Es hat sich insoweit ein neuer ‚Markt‘ für Rechtsanwälte, Steuerberater und Kaufleute gebildet“

Diese Beurteilung wird inzwischen in der Literatur und Fachgerichtsbarkeit weitestgehend geteilt.

Siehe z. B. *Gerhard Pape*, Die Qual der Insolvenzverwalterauswahl: Viel Lärm um wenig, NZI 2006, 665 (666)

2. Die Bereichsdogmatik des Art. 12 Abs. 1 GG

Der Qualifizierung der Insolvenzverwaltertätigkeit als eines eigenständigen Berufs kommt Bedeutung vor allem im Blick auf die traditionelle Bereichsdogmatik des Art. 12 Abs. 1 GG zu.

a) Die sog. Drei-Stufen-Theorie als lediglich grobe Erstorientierung

Soweit die insolvenzrechtliche Literatur sich mit den grundrechtlichen Aspekten der Insolvenzverwaltervorauswahl bzw. Insolvenzverwalterbestellung befaßt, steht die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit im Zentrum der Überlegungen. Reglementierungen der Insolvenzverwaltertätigkeit werden dabei regelmäßig am Schema der sog. Drei-Stufen-Theorie „abgearbeitet“.

Siehe bspw. *Rolf-Dieter Mönning*, Die Auswahl des Verwalters als Problem der Qualitätssicherung, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e. V., Köln (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 375 (398 f.)

Dies gilt insbesondere auch im Blick auf quantitative Begrenzung der Insolvenzverwaltervorauswahl.

Siehe bspw. *Claus-Peter Kruth*, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, 2006, S. 261: Eine qualitative Beschränkung „unterläge als objektive Berufszugangsregelung ... sehr hohen Rechtfertigungsanforderungen“; siehe ferner etwa *Mönning*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, aaO, S. 375 (398)

Indes eignet sich die seit dem Apothekenurteil von 1958

BVerfGE 7, 377 ff.

geradezu kanonisierte Drei-Stufen-Theorie

zu ihren Problemen siehe bereits *Wolfram Höfling*, *Offene Grundrechtsinterpretation*, 1987, S. 156 ff.

nur noch bedingt für die Prüfung der Rechtfertigung eines Eingriffs in die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit. Ihrer Unterscheidung von bloßen Berufsausübungsregeln, subjektiven Berufszugangsbeschränkungen sowie objektiven Zugangshürden kommt zwar ein Bedürfnis nach typisierender Betrachtung entgegen und war vor einem halben Jahrhundert zweifelsohne ein wichtiger Beitrag zur Effektuierung des Grundrechtsschutzes. Gleichwohl vermag sie (heute) lediglich die Funktion eines orientierenden Grobrasters zu übernehmen.

Näher m. zahlr. N. hierzu etwa *Dietlein*, in: *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV/1, 2006, S. 1892 ff.; *Manssen*, in: von Mangold/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Rdnrn. 142 ff.

So ist zum einen das Korsett der Stufentrias nicht selten zu eng;

dies sieht auch das Bundesverfassungsgericht, vgl. etwa BVerfGE 86, 28 (39), wo der Unterscheidung zwischen subjektiven und objektiven Begrenzungsmerkmalen auch für andere Beschränkungen der Berufsfreiheit als Berufswahlbegrenzung Bedeutung zugemessen wird; eine „Fünf-Stufen-Theorie“ findet sich etwa bei *Thomas Clemens*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Bd. I, 2002, Anhang zu Art. 12 Rdnrn. 76 ff.

zum anderen sagt die Zuordnung zu einer „Stufe“ nicht zwangsläufig etwas aus über die Eingriffsintensität.

Siehe m. zahlr. N. etwa *Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht IV/1, aaO, S. 1901 f.

Dies wird auch vom Bundesverfassungsgericht seit längerem hervorgehoben,

siehe z. B. BVerfGE 86, 28 (38): „Die Eingriffsintensität ist aber mit dieser Feststellung (gemeint ist die Zuordnung zu einer bestimmten Stufe) noch nicht hinreichend bestimmt“

das zugleich immer wieder auf die „fließende(n) Übergänge zwischen Berufswahl und Berufsausübung“ hinweist.

Bspw. BVerfGE 103, 172 (183)

b) Proportionalität von Eingriffsziel und Eingriffsintensität

Der nach wie vor aktuelle Kern der sog. Drei-Stufen-Lehre besteht allerdings darin, daß die materiellen Rechtfertigungsanforderungen an Eingriffe in die Berufsfreiheit gleichsam dynamisch an die Intensität des jeweiligen Eingriffs angepaßt werden. Damit ist das Konzept einer Fixierung auf intensitätsindizierende Schutzebenen heute weitgehend einer situationsbezogenen Einzelfallbewertung gewichen.

Dazu zutreffend m.w.N. *Dietlein*, aaO, S. 1890 (1892)

Hieraus resultiert eine Flexibilisierung der Rechtfertigungsanforderungen auf den jeweiligen „Stufen“ – und zwar in beide Richtungen.

Siehe bspw. aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 33, 125 (161) und 77, 84 (106) einerseits sowie BVerfGE 102, 197 (215) andererseits; weitere Hinweise bei *Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht IV/1, aaO, S. 1893 ff.

Zusammenfassend spricht das Gericht davon, „Eingriffszweck und Eingriffintensität (müßten) stets in einem angemessenen Verhältnis stehen“.

So BVerfGE 103, 172 (183) unter Bezugnahme auf BVerfGE 101, 331 (347)

Damit ist – im Ergebnis zu Recht – ein Übergang zu einer „normalen“ Übermaßprüfung und eine „Kompatibilisierung“ mit der allgemeinen Grundrechtsdogmatik erreicht.

c) Zur Geltung des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts

Durch einige Diskussionsbeiträge aus letzter Zeit veranlaßt, scheinen an dieser Stelle einige knappe Bemerkungen zum grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt im Zusammenhang mit Eingriffen in die Berufsfreiheit angebracht. So hat etwa der Zusammenschluß der Insolvenzrichter und –rechtspfleger, der „Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte“ (BAK-InsO),

siehe „Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte“ als Zusammenschluß von Richter(innen) und Rechtspfleger(innen) gegründet, ZInsO 2007, 256 (257)

aber auch etwa *Frind*

Frank Frind, „Die atmende Liste“ – qualitätsorientierte Bedarfsbegrenzung ohne „Closed Shop“ bei der Verwalter-Vorauswahl-Liste, ZInsO 2007, 515 ff. (515)

die Auffassung vertreten, quantitative Begrenzungen der Insolvenzverwalterauswahl ließen sich auch „ohne gesetzliche Regelung“ realisieren.

Zu Recht kritisch *Uhlenbruck/Mönning*, ZIP 2008, 157 (159); für die Geltung des Gesetzesvorbehalts bspw. auch *Jutta*

Laws, Gelistet, aber doch nie bestellt – was ist zu tun?, ZInsO 2006, 1123 (1126)

Demgegenüber ist auf folgendes hinzuweisen: Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG bedürfen – so hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder hervorgehoben – einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage.

Siehe bspw. BVerfGE 107, 104 (120); 117, 71 (111); jüngst BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1294); siehe ferner BVerfG (K), NVwZ 2007, 804. Die Bestimmung eines Höchstalters für die Beauftragung von Fluglotsen lege ein Kriterium für die Besetzung von Stellen fest, wofür weder normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften noch eine ständige Verwaltungspraxis eine ausreichende Grundlage seien; vielmehr bedürfe es der gesetzlichen Regelung. – Allgemein zu den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten, die gesetzlich vorgesehene Abweichungen von bestimmten Grundrechtsgewährleistungssätzen zulassen: *Michael Sachs*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 369 ff.

Dementsprechend bedürfen auch Beschränkungen der beruflichen Freiheit von Insolvenzverwaltern oder von Personen, die sich als Insolvenzverwalter betätigen wollen, der parlamentsgesetzlichen Ermächtigung. Dies gilt unabhängig von der „Stufe“ bzw. Eingriffsintensität der jeweiligen Regulierung.

Siehe aus der aktuellen Diskussion bspw. auch *Pape*, NZI 2006, 665 (670): „Vorgaben, die letztlich der Gesetzgeber machen müßte“; *Volker Römermann*, Urteilsanmerkung, KG EWiR § 56 InsO 2/08, 145 (146), der den Gesetzgeber an seine Normsetzungsverantwortung erinnert; für Bedarfsbeschränkungen nachdrücklich auch *Wilhelm Uhlenbruck/Rolf-Dieter Mönning*, Listing, Delisting und Bestellung von Insol-

venzverwaltern, ZIP 2008, 157 (166); vgl. auch *Wieland*, ZIP 2005, 233 (236).

Soweit *Reinhard Gaier*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Auswahl und der Abwahl des Insolvenzverwalters, ZInsO 2006, 1177 (1182 f.) als Richter des 1. Senats eine Pflicht des Gesetzgebers zum Tätigwerden verneint, bezieht er sich auf „das gegenwärtig praktizierte System“. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers erklärt er im übrigen damit, es fehle zur Zeit an einem überzeugenden Gesamtkonzept.

II. Rechtsstaatliche Insolvenzverwalter-Vorauswahl als Element funktionsgerechter Justizgewährleistung

Die zentrale berufsgrundrechtliche Perspektive auf die Insolvenzverwaltertätigkeit darf allerdings nicht den Blick auf ihre institutionell-organisatorischen Bedingungen und Einbindungen verstellen.

Siehe auch schon BVerfG (K), NJW 2004, 2725 (2727), wo darauf hingewiesen wird, daß „der Beruf des Insolvenzverwalters nur aufgrund der Zuteilung durch einen Träger öffentlicher Gewalt wahrgenommen werden kann“

Zwar übt der Insolvenzverwalter kein „öffentliches Amt“ im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG aus,

siehe BVerfGE 116, 1 (13); näher *Höfling*, in: Bonner Kommentar, Art. 33 Abs. 1-3 Rdnrn. 88 ff. m.w.N. (Stand: August 2007); siehe demgegenüber aber auch OLG Hamm, NZI 2007, 659 Rdnr. 25: „Der Beruf des Insolvenzverwalters stellt einen ... staatlich gebundenen Beruf dar, da der Betreffende ähnlich wie der Notar ein öffentliches Amt ausübt, so daß ergänzend auch die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG Anwendung finden“

doch ist er (externer) Funktionsträger der staatlichen Zivilrechtspflege.

Dazu eingehend *Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, 2005

Das ist im folgenden näher zu entfalten,

sub III. 1.-3.

Hierzu zählen insbesondere Notare, aber auch die Insolvenz-, Zwangs- und Nachlaßverwalter. Dabei ist dem Notar eine verfahrensübergreifende Zuständigkeit eingeräumt und zur Ausübung seiner Kompetenzen ein öffentliches Amt verliehen,

dazu auch *Höfling*, in: Bonner Kommentar, Art. 33 Abs. 1-3 Rdnr. 97 ff. m.w.N.

während der (Insolvenz-)Verwalter lediglich für ein einzelnes Verfahren in eine staatliche Funktionseinheit eintritt und in diesem Rahmen Hoheitsfunktionen ausübt.

Vgl. hierzu wiederum näher *Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, S. 302, 468 f. und in den einzelnen Darstellungen der externen Funktionsträger

2. Das Insolvenzverwalter“amt“ als institutionelles Element einer justizorganisatorischen Funktionseinheit

Das Insolvenzverfahren wird durch die Funktionseinheit „Gericht und Insolvenzverwalter“ abgewickelt; damit erfolgt eine institutionelle Erweiterung der originär staatlichen Rechtspflegeeinrichtung unter Einbeziehung einer Person, der das Insolvenzverwalteramt übertragen wird. *Insoweit* verkörpert der Insolvenzverwalter in der Tat in ähnlicher Weise einen Teil der staatlichen Justizorganisation wie der Notar die Rechtspflegeeinrichtung „Notariat“ buchstäblich in eigener Person verkörpert. In beiden Konstellationen kommt institutionellen Grundpflichten wie Unparteilichkeit, Unabhängigkeit usw. eine wesentliche Bedeutung zu.

Näher zu diesen *Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, aaO, S. 354 ff., siehe ferner 481 f.

um auf diese Weise im Blick auf die rechtsgutachtlich aufgeworfene Fragestellung das *bipolare Anforderungsprofil* einer rechtsstaatlichen Insolvenzverwaltervorauswahl bestimmen zu können.

Dazu unten sub IV. 2.

1. Externe Funktionsträger in der Zivilrechtspflege

a) Erfüllung der staatlichen Justizgewährleistungspflicht

Die grundgesetzliche Entscheidung für den Rechtsstaat bedeutet vielmehr eine Entscheidung für die Gestaltung des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens nach Maßgabe des Rechts, wobei Recht als Instrument verbindlicher und nationaler Ordnung zu verstehen ist, das Maßstäbe, Verfahren und Institutionen umfaßt.

Dazu instruktiv *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rdnrn. 21 ff. m.w.N.

Elementares Bauprinzip des Rechtsstaats ist insoweit die unbestreitbare Pflicht des Staates zur Justizgewährung, d. h. die Vorhaltung qualifizierter Verfahren verbindlicher und öffentlicher Streitentscheidungen.

Siehe hier nur *Schmidt-Aßmann*, aaO, Rdnr. 70, der unter Bezugnahme auf *Roman Herzog* von den „Schichten eines rechtsstaatlichen ‚Urgesteins‘“ spricht

Dies gilt auch für die allgemeine Justizgewährung als Zivilrechtspflege.

Siehe nur BVerfGE 54, 277 (291 f.); 80, 103 (107); 85, 337 (345); 93, 99 (107); siehe auch den Überblick bei *Hans-Jürgen Papier*, Justizgewähranspruch, in: Isensee/Kirchhof

(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 153 (S. 1221 ff.); *Hartmut Maurer*, Rechtsstaatliches Prozeßrecht, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2. Bd., 2001, S. 467 (492 f.)

Staatliche Zivilrechtspflege bedeutet (u. a.) Wahrnehmung einer Rechtskontrolle, die nicht unbedingt mit der Ausübung von Entscheidungs- und Zwangsgewalt einhergehen muß, sondern auch institutionalisiert sein kann, um den Rechtsuchenden die Abwicklung und Gestaltung seiner privaten Rechtsbeziehungen nach Maßgabe der Privatrechtsordnung zu ermöglichen. Derartige Zivilrechtspflege wird mit der Durchführung der Zivilverfahren gewährleistet, die sich in die drei Verfahrensgruppen Zivilprozeß, Zwangsvollstreckung und freiwillige Gerichtsbarkeit unterteilen lassen.

Siehe dazu auch *Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, aaO, S. 5 ff. m. zahlr. N.

b) Interne und externe Funktionsträger der Rechtspflegeleistungen

Überwiegend liegt die Durchführung von Zivilverfahren in der Hand von Funktionsträgern, die dem staatlichen Justizapparat unmittelbar eingegliedert sind (wie Richter, Rechtspfleger, Gerichtsvollzieher usw.). Eben diesen „internen“ Funktionsträgern sieht das Zivilverfahrensrecht indes auch Verfahrensarten vor, in denen nicht in diesem Sinne in die staatliche Justizorganisation eingegliederte Personen bestimmte Aufgaben zur selbständigen Erledigung zugewiesen sind. In Abgrenzung zur bloßen Hilfstätigkeit im Kontext der Justizgewährung, wie sie etwa von Sachverständigen wahrgenommen werden (vgl. etwa §§ 402 ff. ZPO), ist für derartige „externe“ Funktionsträger charakteristisch die *Teilhabe an der Verfahrenshoheit*.

Eingehend hierzu *Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, aaO, S. 8 ff.

Durch die Einbeziehung des Insolvenzverwalters (als eines „originär“ privaten Rechtssubjekts) in die für die Durchführung eines konkreten Verfahrens zuständige Funktionseinheit „Gericht und Verwalter“ wird er gleichsam auf Zeit „Angehöriger“ des staatlichen Justizpersonals.

Eingehend *Preuß*, aaO, S. 330 ff.

3. Staatliche Gewährleistungsverantwortung für eine funktionsadäquate Zivilrechtspflege bei Einbeziehung externer Funktionsträger

Da der Staat bei der Einbeziehung externer Funktionsträger in die Zivilrechtspflege sich partiell seiner eigenen Wahrnehmungsverantwortung begibt, muß kompensatorisch eine Gewährleistungsverantwortung

allgemein zum Konzept des Gewährleistungstaates bzw. der Gewährleistungsverantwortung *Helmuth Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 12 Rdnrn. 1 ff, 51 ff., 148 ff. m.w.N.

übernommen werden. Diese bedeutet ganz wesentlich Verantwortung für die Rekrutierung angemessenen „externen“ Personals sowie Kontrollverantwortung.

Zu dieser Kontrollverantwortung siehe noch unten sub IV

Die (personelle) Gewährleistungsverantwortung betrifft nicht nur (und erst) die Bestellung des Insolvenzverwalters für ein konkretes Verfahren, sondern bereits die „Vergabe von Amtspräsidentenstellen“.

Formulierung bei *Preuß*, KTS 66 (2005), 155 (170)

Hier werden die Weichen für die spätere Konstruktion der für das einzelne Verfahren zuständigen Funktionseinheit gestellt. Die Vorauswahlentscheidung erweist sich deshalb als ein (auch) justizorganisatorischer Akt, der den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Schaffung von Einrichtungen der staatlichen Justizgewährung zu genügen hat.

Siehe eingehend *Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, aaO, S. 417 ff.

Hierzu zählen Transparenz, Rationalität und Funktionsadäquanz. Daß die derzeitige Praxis des Vorauswahlverfahrens diesem Anforderungsprofil wirklich gerecht wird – und unter den geltenden normativen Umständen gerecht werden kann –, unterliegt erheblichen Zweifeln.

Vgl. dazu schon oben sub I. 1.

Vor diesem Hintergrund erscheint es durchaus sinnvoll, ein denkbares Alternativmodell, nämlich kontingentierte Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten, auf den Prüfstand des Verfassungsrechts zu stellen.

Dazu im folgenden sub IV.

III. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation kontingentierter Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten

1. Problemabsichtungen und Orientierungsmaßstäbe: Kontingentierende Berufszugangsbeschränkungen in anderen Berufen

Sinnvoll erscheint es zunächst, einen Blick auf ausgewählte Referenzgebiete zu werfen, in denen kontingentierende Berufszugangsbeschränkungen bestehen bzw. erörtert worden sind und zu denen das Bundesverfassungsgericht bereits Stellung genommen hat.

a) Der öffentlich bestellte Sachverständige einerseits und der Notarberuf andererseits

Aufschlußreich ist insoweit vor allem eine erste Gegenüberstellung von zwei Berufen, die man vor dem Hintergrund der rechtsgutachtlich zu erörternden Grundsatzfrage – vergrößernd – als die beiden Pole einer Regulierungsskala charakterisieren könnte: Die Tätigkeit des öffentlich bestellten Sachverständigen einerseits und der Notarberuf andererseits.

aa) Der öffentlich bestellte Sachverständige: Die Entscheidung des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 25. März 1992

Die dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 25.3.1992 zugrundeliegende Verfassungsbeschwerde

siehe BVerfGE 86, 28 ff.

bedarf der Frage, ob die öffentliche Bestellung eines Sachverständigen gemäß § 36 GewO mit der Begründung abgelehnt werden darf, die Zahl der bereits tätigen öffentlich bestellten Sachverständigen sei ausreichend. Nach § 36 Abs.

1 können Personen, die als Sachverständige gewerbsmäßig tätig sind oder tätig werden wollen, durch die zuständigen Stellen nach deren Ermessen für bestimmte Sachgebiete öffentlich bestellt werden, wenn sie besondere Sachkunde nachweisen und keine Bedenken gegen ihre Eignung bestehen. Ergänzend bestimmte § 2 Abs. 1 der in dem Verfahren einschlägigen Sachverständigenordnung: „Für die öffentliche Bestellung muß ein allgemeines Bedürfnis vorliegen“.

Zunächst verneint das Bundesverfassungsgericht im Blick auf die Tätigkeit des öffentlich bestellten Sachverständigen einen eigenständigen Beruf

BVerfGE 86, 28 (38)

und qualifiziert § 36 GewO als Berufsausübungsregelung, die zwar noch nicht einer Beschränkung der Berufswahl nahekomme, aber erheblich über eine wettbewerbsneutrale Ausübungsregelung hinausgehe.

AaO, S. 39

Eine allgemeine abstrakte Bedürfnisprüfung sieht das Bundesverfassungsgericht als unproblematisch an, wenn damit lediglich der Aufwand für Ermittlung, Prüfung und Bestellung von Sachverständigen erspart werden solle, wenn spezialisierter Sachverstand nicht nachgefragt werde.

BVerfGE 86, 28 (40 f.)

Anders sei dies allerdings hinsichtlich einer vom Bundesverfassungsgericht so genannten „konkreten Bedürfnisprüfung“. Zum einen sei der gesetzlichen Regelung des § 36 GewO insoweit kein Hinweis zu entnehmen. Zum anderen greife eine solche auch „unverhältnismäßig stark in die Freiheit der Berufsausübung ein“.

BVerfGE 86, 28 (41 f. [Zitat: S. 42])

Das Gericht hält es nicht für überzeugend, daß die zahlenmäßige Beschränkung geboten sei, um das erforderliche Qualifikationsniveau zu gewährleisten. Nach § 36 GewO müsse die fachliche Qualifikation nämlich schon bei der öffentlichen Bestellung nachgewiesen werden; der Sachverständige erwerbe seine Kenntnisse und Erfahrungen also nicht erst durch seine Gutachtertätigkeit, sondern vor allem in seinem Ausgangsberuf, in dem die meisten auch weiterhin überwiegend tätig seien.

AaO, S. 43

Selbst wenn man von der Eignung für die Qualifikationssicherung ausgehe, müsse die Erforderlichkeit der Beschränkung der Berufsfreiheit verneint werden.

AaO, S. 43 f., wo auch weitere Argumente verworfen werden

bb) Die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur zum Notarberuf

Ganz anders sind demgegenüber die Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts zum (Zugang zum) Notarberuf akzentuiert.

Siehe überblickartig etwa *Klaus Stern*, Das Notariat in der Verfassungsordnung, in: Festschrift W. Rudolf, 2001, S. 367 ff.; *Wolfgang Löwer*, Der Notar im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Amt und freiem Beruf – Aktuelle Probleme, Mitteilung der Rheinischen Notarkammer 1998, 310 ff.; *Michael Ronellenfitsch*, Die Einrichtung von Notarstellen als Rechtspflegeaufgabe, DNotZ 1990, 75 ff.

Im Zentrum der Judikatur stand von Beginn an die quantitative Begrenzung der Notarstellen nach Maßgabe der Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege

vgl. § 4 BNotO (in der heute geltenden Fassung): „Es werden so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer ge-

ordneten Rechtspflege entspricht. Dabei ist insbesondere das Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtssuchenden mit notariellen Leistungen und die Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs zu berücksichtigen“

und – vermehrt in den letzten Jahren – die grundrechtskonforme Ausgestaltung des Auswahl- sowie Bestellungsverfahrens.

Siehe z. B. BVerfGE 17, 371 ff.; 73, 280 ff.; 110, 304 ff.; BVerfG (K), DNotZ 2002, 891 f. (891); BVerfG (K), NJW 2006, 2395 f.

Dabei geht das Gericht vom Notarberuf als einem öffentlichen Amt aus.

Siehe schon BVerfGE 17, 371 (377); vgl. ferner m.w.N. *Höfling*, in: Bonner Kommentar, Art. 33 Abs. 1-3 Rdnrn. 97 ff.

Bereits in seiner Grundsatzentscheidung vom 5. Mai 1964 hat es hervorgehoben, auch wenn der Notar nicht zum öffentlichen Dienst im engeren Sinne gehöre, erfülle er doch Aufgaben der ‚vorsorgenden Rechtspflege‘. Seine Aufgaben seien für den Rechtsverkehr zwischen den Bürgern und damit für den Rechtsfrieden in der Gemeinschaft von hoher Bedeutung. Der Staat könnte und müßte sie selbst durch seine Behörden erfüllen, wenn er sie nicht den Notaren übertragen hätte. Insofern stehe der Beruf des Notars ‚nach der Eigenart der ihm übertragenen Aufgaben wie nach der positiven Ausgestaltung des Berufsrechts dem öffentlichen Dienst sehr nahe‘, so daß Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG grundsätzlich möglich seien.

BVerfGE 17, 371 (378 f.)

Vor diesem Hintergrund seien quantitativen Begrenzungen für Notarstellen mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar.

AaO, S. 379 ff.

Hieran hat das Gericht grundsätzlich auch später festgehalten.

BVerfGE 73, 280 (292) unter Bezugnahme auf E 17, 371 (376 ff.)

Die verfassungsrechtliche Einordnung des Berufs, seine Beschränkungen und Bindungen hingen von der Eigenart der zu erfüllenden Aufgaben ab. Die staatlichen Bindungen seien nicht aus sich selbst heraus gerechtfertigt, sondern fänden ihre Rechtfertigung in den wahrzunehmenden Funktionen. Dies bedeute für den Notarberuf, daß die Befugnis des Staates zur Festsetzung der Stellenzahl mit der Folge der Beschränkung der Wahl dieses Berufs durch Aufgaben und Funktion des Notars gefordert sein müsse, was aber angesichts der vom Notar wahrgenommenen originären Staatsaufgaben der Fall sei.

BVerfGE 73, 280 (293 f.)

Beanstandet hat das Bundesverfassungsgericht allerdings die unzulänglichen Rechtsgrundlagen für die Eingriffe und die inadäquate Verfahrensausgestaltung.

BVerfGE 73, 280 (294 ff.); siehe ferner BVerfGE 110, 304 ff.; BVerfG (K), NJW 2003, 419 (420)

In den letzten Jahren hat die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung dann vor allem den engen und komplementären Zusammenhang von angemessener Verfahrensgestaltung bei Auswahl und Bestellung von Notar(anwärtern) – einschließlich des effektiven Rechtsschutzes – und materiellen Grundrechtsschutz hervorgehoben und näher konturiert.

Siehe z. B. BVerfG (K), NJW 2006, 2395 f.; BVerfG (K), NJW 2002, 3090 f.; DVBl. 2002, 891 f.; siehe auch BVerfGE 73, 280 (296) – auf welche Entscheidung im übrigen das

Bundesverfassungsgericht auch in seiner Insolvenzverwalterentscheidung vom 23.5.2006 Bezug nimmt (E 116, 1 [16]); allgemein in diesem Zusammenhang ferner *Höfling*, in: Bonner Kommentar, Art. 33 Abs. 1-3; ferner etwa *Daniel Bergner*, Grundrechtsschutz durch Verfahren, 1998, S. 105 ff.

b) Die Begrenzung der Zahl der BGH-Anwälte

Als ein weiteres für die rechtsgutachtlich aufgeworfene Fragestellung aufschlußreiches Referenzproblem erweist sich die Begrenzung der Zahl der Rechtsanwälte beim BGH gemäß § 168 Abs. 2 BRAO – eine seit mehr als einem Jahrzehnt überaus kontrovers diskutierte Thematik.

Siehe bspw. *Wolfgang Hartung*, Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof, JZ 1994, 117 ff.; *Martin Henssler*, Anwaltszulassung in der Rechtsmittelinstanz, JZ 2001, 337 ff.; *Michael Droege*, Die Rechtsanwaltschaft bei dem BGH im verfassungsrechtlichen Gegenwind, NJW 2002, 175 ff.; *Hanns Prütting/Gerrit Krämer*, Die Rechtsanwaltschaft beim BGH im Lichte des Verfassungsrechts, JZ 2003, 239 ff.; *Michael Kleine-Cosack*, Urteilsanmerkung, NJW 2007, 1142 f.

Die 2. Kammer des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts hat nunmehr mit Beschluß vom 27. Februar 2008

siehe auch schon den Beschluß eines Vorprüfungsausschusses vom 24.3.1982, Beck RS 2007, 21620; dazu auch *Christian Kirchberg*, Anm., BRAK-Mitteilungen 2002, 273 f. (273).

festgestellt:

(1) Mit der Begrenzung der bei dem BGH zugelassenen Rechtsanwälten gemäß § 168 Abs. 2 BRAO verfolge der Gesetzgeber ein gewichtiges Gemeinwohlziel, das die Beschränkung der Berufsausübung legitimieren könne.

Unter Bezugnahme auf BVerfGE 117, 163 (182)

(2) Sowohl das Auswahlverfahren als auch insbesondere die Zulassungsbegrenzung seien im Blick auf die Förderung und Verbesserung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Zivilsachen verhältnismäßig, d. h. geeignet, erforderlich und zumutbar.

BVerfG (K), NJW 2008, 1293 ff. – Zu der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidung BGH, NJW 2007, 1136 siehe die Anmerkung von *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1142.

Die Verfassungskonformität der Singularzulassung von Rechtsanwälten beim BGH schon zuvor bejahend: BVerfGE 106, 216 ff.

Ausgehend von der Annahme, der BGH-Anwalt übe keinen eigenständigen Beruf aus, qualifiziert das Bundesverfassungsgericht die einschlägigen Vorschriften insbesondere über die Begrenzung der Zahl der BGH-Anwälte als „Berufsausübungsregelung, die Elemente enthält, die einer Einschränkung der Berufswahl nahekommen“.

BVerfG (K), NJW 2008, 1293 ff. (1293), Abs.-Nr. 28

Die „Zulassungskontingierung nach § 168 Satz 2 BRAO (wirke) wie eine objektive Zugangssperre“ und weise damit Elemente auf, die einer Beschränkung der Berufsfreiheit nahekämen, blieben aber im Blick auf die begrenzte Bedeutung des forensischen Tätigkeitsfeldes hinter dem Gewicht zurück, das typischerweise Berufswahlregelungen zukomme.

AaO, Abs.-Nr. 32

Das Bundesverfassungsgericht sieht sodann § 168 Abs. 2 BRAO bei der verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung als hinreichende Grundlage für den Grundrechtseingriff: Zwar habe der Gesetzgeber dem Wahlausschuß keine Vorgaben zur konkreten Bestimmung der Anzahl der bei dem BGH zuzulassenden Rechtsanwälte gemacht; doch lasse sich trotz der Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „angemessen“ ein hinreichend bestimmter, vom Gesetzgeber gewollter Regelungsgehalt erkennen.

AaO, Abs.-Nr. 35

Mit dieser Begrenzung verfolge der Gesetzgeber auch ein „gewichtiges Gemeinwohlziel“ (Abs.-Nr. 39) bzw. einen „Gemeinwohlbelang von besonderem Gewicht“, ja: ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ (Abs.-Nr. 41). Die Förderung der Rechtspflege sei schon allgemein ein wichtiges Gemeinschaftsgut, so daß die Funktionsfähigkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Zivilsachen insbesondere wegen ihrer Aufgabe, die Fortbildung des Rechts und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu sichern, als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut anzusehen sei.

BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1295), Abs.-Nr. 41

Zur Förderung und Verbesserung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Zivilsachen sind das Auswahlverfahren und insbesondere die Zulassungsbegrenzung – so das Bundesverfassungsgericht – „auch verhältnismäßig, also geeignet, erforderlich und zumutbar“.

AaO, S. 1295 Abs.-Nr. 44

Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang zwei Erwägungen des Gerichts im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung:

- Zum einen hebt das Gericht den weiten Beurteilungsspielraum hervor, der dem Gesetzgeber zusteht. Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer Maßnahme sei dieser Beurteilungsspielraum „erst dann überschritten, wenn die

gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage“ für die ergriffenen Maßnahmen abgeben könnten.

AaO, Abs.-Nr. 48 unter Bezugnahme auf BVerfGE 110, 141 (157 f.); 117, 163 (189)

- Hinsichtlich der Frage, ob dem Gesetzgeber ein „anderes, in jeder Hinsicht gleich wirksames“, die Berufsfreiheit aber weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung stehe, verneint das Gericht die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Alternative, den Zugang zu den Zivilsenaten des BGH noch einzuführenden Fachanwälten für Revisionsrecht oder im jeweiligen Rechtsgebiet der bisherigen Fachanwaltschaften zu eröffnen. Auch strenge Eignungsprüfungen mit entsprechend hohen subjektiven Voraussetzungen seien für sich allein nicht in gleicher Weise geeignet, den Rechtsanwälten bei dem BGH einen ausreichenden Geschäftsanfall zu sichern und eine ausreichende Erfahrung im Revisionsverfahren zu garantieren, wie es die quantitative Zulassungsbegrenzung bewirke.

BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1296 f.), Abs.-Nr. 51, 52

c) Kurze vergleichende Würdigung

Nimmt man die skizzierten Referenzgebiete vergleichend in den Blick, so verdienen vier Aspekte der Heraushebung:

(1) Berufszugangsgrenzen bzw. –kontingentierungen werden vom Bundesverfassungsgericht einer grundsätzlich strengen Grundrechtskonformitätsprüfung unterzogen, können aber durch entsprechend gewichtige Gemeinwohlbelange verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.

(2) Als besonders hochrangiges Gemeinwohlziel wird die (Funktionalität der) Rechtspflege eingestuft, das durchaus derartige Berufsfreiheitsbeschränkungen zu legitimieren vermag.

(3) Dem Gesetzgeber wird bei der Einschätzung der Frage, welche Instrumente zur Realisierung der Gemeinwohlbelange erforderlich sind, ein großer Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum eingeräumt.

(4) Vor diesem Hintergrund können etwa subjektive (Eignungs-/Qualifikations-)Zugangskriterien gegenüber quantitativen Berufszugangsbeschränkungen keineswegs als prinzipiell gleich geeignete Maßnahmen eingestuft werden.

2. Das bipolare Anforderungsprofil an eine rechtsstaatliche Insolvenzverwaltervorauswahl

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Skizze zu Vergleichsproblematiken kontingentierender Berufszugangsregelungen soll nunmehr noch einmal das *bipolare Anforderungsprofil* einer rechtsstaatlichen Insolvenzverwaltervorauswahl in Erinnerung gerufen werden:

(1) Zweifelsohne prägt zunächst die grundrechtliche Perspektive den Problemzugriff. Reglementierungen der Insolvenzverwaltertätigkeit als eines eigenständigen Berufs bedürfen vor allem der Legitimation vor den Maßstabskriterien des Art. 12 Abs. 1 GG.

Dazu oben II.

Daneben verlangen Aspekte des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und ggf. des Art. 19 Abs. 4 GG Beachtung.

(2) Allerdings legitimiert die spezifisch justizverfassungsrechtliche Einbindung des Insolvenzverwalteramtes in die Zivilrechtspflege

dazu oben III.

ein gegenüber „normaler“ Freiberuflichkeit abweichendes Steuerungsmodell. Was dieses bipolare Anforderungsprofil im Blick auf eine kontingentierte Insolvenzverwaltervorauswahl verfassungsrechtlich bedeutet, ist im folgenden näher zu untersuchen.

3. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation quantitativer Berufszugangsregelungen bei Insolvenzverwaltern

a) Vorabklärung: Zur eingeschränkten Reichweite der Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Unzulässigkeit sog. geschlossener Listen

Nun könnte möglicherweise bereits vor jeder näheren Befassung mit der Thematik eingewandt werden, das Bundesverfassungsgericht habe „das Modell einer ‚geschlossenen Liste‘, nach dem die Zahl der aufgenommenen Bewerber begrenzt ist und nur bei Ausscheiden einer bereits geführten Person ein neuer Bewerber in den Kreis möglicher Insolvenzverwalter aufgenommen wird“ verworfen, weil es der Chancengleichheit der Bewerber nicht hinreichend Rechnung trage.

BVerfGE 116, 1 (17) unter Bezugnahme auf BVerfGK 4, 1 (7 ff.)

Indes ist der Kontext der Passage zu beachten: Der zitierte Satz schließt nämlich an Ausführungen zur fachgerichtlichen Kompetenz, Kriterien für die Feststellung der Eignung eines Bewerbers sowie für eine sachgerechte Ausübung des Auswahlermessens zu entwickeln, an.

Ebenda

Allein hierauf bezieht sich die Aussage zu geschlossenen Listen, und sie formuliert insoweit nur die selbstverständliche Einsicht, daß derartige Berufszugangshürden nicht ohne gesetzliche Grundlage

in diesem Sinne auch *Wieland*, ZIP 2005, 233 (236); vgl. auch *Pape*, NZI 2006, 665 (667), der die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wie folgt erläutert: „Den Insolvenzgerichten soll ein weites Auswahlermessen zustehen. Ei-

ne Schranke stellt lediglich das Verbot so genannter *closed shops* dar. ...“ (Hervorhebung im Original)

lediglich als Ausfluß richterlichen Ermessens gemäß § 56 Abs. 1 InsO errichtet werden können.

Anders aber etwa *Frind*, ZInsO 2007, 515 ff., der – allerdings von einer nicht immer zutreffenden Deutung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 116, 1 ff. ausgehend – eine insolvenzrichterliche Listenbegrenzung „auch ohne gesetzliche Regelung“ (S. 515) für möglich hält und Vorschläge zur „Ermittlungstechnik für eine insolvenzgerichtsspezifische ‚Bedarfsquote‘“ unterbreitet (aaO, S. 518 ff.); vgl. ferner den Beschluß des „Bundesarbeitskreises Insolvenzgerichte“ vom 6. März 2007: „Eine Überantwortung (sc. der Festlegung von Vorauswahlkriterien) auf den Gesetzgeber wird nicht für notwendig befunden“, siehe ZInsO 2007, 256 (257); siehe dazu schon oben II. 2. c)

Damit ist allerdings kein Verdikt über die Verfassungsmäßigkeit einer Kontingentierung des „Vorauswahlpools“ *auf gesetzlicher Grundlage* verbunden.

Deshalb kann der Gesetzgeber – eine positive Verfassungskonformitätsprüfung vorausgesetzt – auch die im Anschluß an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorgenommene Änderung des § 56 I 1 InsO, wonach der Verwalter „aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzprüfungen bereiten Personen“ auszuwählen ist,

siehe Insolvenzvereinfachungsgesetz vom 13.4.2007, BGBl. I S. 509

durch eine Kontingentierungsregelung ersetzen.

b) Verfassungsrechtliche Direktive: Proportionalität von Eingriffsziel und Eingriffsintensität

Wie bereits dargelegt,

oben II. 2. b)

läßt sich die berufsgrundrechtliche Bereichsdogmatik im Kern auf das zwingende Gebot zurückführen, daß Eingriffsziel und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Siehe nur BVerfGE 103, 172 (183) unter Bezugnahme auf E 101, 331 (347)

aa) Zur Bestimmung der Eingriffsintensität kontingentierender (gesetzlicher) Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten

Zunächst ist deshalb die Intensität des Grundrechtseingriffs zu bestimmen, der mit einer kontingentierten Vorauswahlliste auf gesetzlicher Grundlage verknüpft ist.

Im Blick auf die rechtsgutachtlich aufgeworfene Fragestellung, die auf die Klärung der grundsätzlichen Verfassungskonformität quantitativer Begrenzungen von Vorauswahllisten beschränkt ist, können (und müssen) sich die Überlegungen (unter Vernachlässigung von unterschiedlich denkbaren Varianten) auf die zentralen Argumentationslinien konzentrieren:

- Auch wenn – mit dem Bundesverfassungsgericht – der Insolvenzverwalter als eigenständiger Beruf qualifiziert wird,

dazu bereits oben II. 1.

ist doch zu berücksichtigen, daß eine Person nicht als Insolvenzverwalter ins Berufsleben „startet“, sondern auf der Basis einer anderweitigen Qualifikation

– als Rechtsanwalt, als Wirtschaftsprüfer, als Steuerberater etwa – sich diesem Berufsfeld zuwendet.

Das „Quantitätsproblem“ ist nicht zuletzt aber deshalb virulent, weil es an einer objektivierbaren Berufsbildkriteriologie fehlt. Wer sich als „Insolvenzverwalter“ um eine Aufnahme in die Vorauswahlliste „bewirbt“, wird in der Regel in dieser „Insolvenzverwaltereigenschaft“ nicht in Frage gestellt.

Nicht wenige (potentielle) Insolvenzverwalter sind überwiegend oder daneben auch in ihrem „originären“ Beruf tätig.

In gewisser Weise eine Parallele: die Tätigkeit als Vertragsarzt, wenn man diese, was strittig ist, als eigenständigen Beruf ansieht; siehe dazu etwa BVerfGE 103, 172 ff.

Subjektive wie objektive Berufszugangsbeschränkungen treffen deshalb die Adressaten nicht mit der gleichen Intensität wie etwa „konzentrierte“ Regulierungen für Apotheker

siehe dazu BVerfGE 7, 377 ff.

oder – ein anders gelagertes Beispiel aus neuerer Zeit – Hufpfleger,

dazu BVerfGE 117, 126 ff.

die gleichsam die gesamte berufliche Biographie erfassen.

- Quantitative Begrenzungen von Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten bedeuten allerdings objektive Berufszugangshürden und bewirken eine erhebliche Einbuße an grundrechtlicher Freiheit.

Nach *Laws*, ZInsO 2006, 1123 (1126) Fn. 25, stellt eine vom *Insolvenzrichter* ermittelte Bedarfzahl „zumindest eine Berufsausübungsschranke“ dar

- Dabei wird – naturgemäß – die konkrete Eingriffsintensität durch die spezifische Ausgestaltung des Kontingenzierungsmodells bestimmt. Zeitliche Befristungen der „Poolmitgliedschaft“ vor erneuten „Zulassungs“entscheidungen können z. B. das Beschränkungspotential mildern.
- Entsprechendes gilt für die Koppelung der objektiven Grenzziehung mit subjektiven, d. h. durch die jeweiligen Grundrechtsträger beeinflussbaren Faktoren des Qualitätsprofils.
- Unterschiedliche, d. h. insolvenzverfahrensspezifische Listen
dazu etwa *Uhlenbruck/Mönning*, ZIP 2008, 157 (158)

mit differenzierenden Zugangsprofilen können ebenfalls eine Milderung des grundrechtsrelevanten „Numerus clausus-Effekts“ bewirken.

Versucht man, das Begrenzungs- und Eingriffspotential in Anlehnung an das Grobraster der sog. Drei-Stufen-Lehre, zugleich aber in einer weiteren Ausdifferenzierung zu erfassen, so wird man kontingenzierte Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten als objektive Berufswahlbeschränkungen mit begrenzter Eingriffstiefe einstufen können.

bb) Zur Bestimmung des Eingriffsziels

Vor diesem Hintergrund wird man als Rechtfertigungsgrund jedenfalls gewichtige, u. U. sogar „überragend wichtige“ Gemeinschaftsbelange fordern müssen. Im Blick auf das bipolare Anforderungsprofil einer rechtsstaatlichen Insolvenzverwalter(vor)auswahl

dazu vorstehend sub 3.

ist in diesem Zusammenhang zunächst in Erinnerung zu rufen, daß die berufsgrundrechtliche Freiheitsrealisierung der Insolvenzverwaltertätigkeit dadurch in spezifischer Weise charakterisiert ist, daß sie sich (auch) als externe Zivilrechtspflege erweist. Der Insolvenzverwalter übernimmt als externer Funktionsträger – und mit dem Insolvenzgericht eine funktionelle Einheit der Zivil-

rechtspflege bildend – Aufgaben, deren Erfüllung zugleich die Realisierung der verfassungsrechtlichen Pflicht zur Justizgewährleistung durch den Staat bedeutet.

Dazu oben III.

Damit geht es bei der Rekrutierung des „Personals“ um die Sicherung einer funktionsadäquaten Rechtspflege.

Daß sich das Auswahlermessen des Insolvenzgerichts an den Erfordernissen des jeweiligen Verfahrens und nicht an der gleichmäßigen Berücksichtigung von Prätendenten auszurichten hat, ist auch vom Bundesverfassungsgericht hervorgehoben worden; siehe BVerfG, ZIP 2006, 1355 (1362) = BVerfGE 116, 1 (13); ebenso *Gaier*, ZInsO 2006, 1177 (1181)

Diese Feststellung gilt nicht nur für den konkreten Bestellungsakt selbst, sondern in besonderem Maße für das Vorauswahlverfahren, dem (auch) nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zentrale Bedeutung zukommt.

Siehe BVerfGE 116, 1 (17 f.) m.w.N.; ferner etwa *Gaier*, ZInsO 2006, 1177 (1181)

Daß die Rechtspflege ganz allgemein bzw. ihre Förderung ein „wichtiges Gemeinschaftsgut“ ist, hat das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach betont

Siehe BVerfGE 21, 173 (179); 54, 301 (315); 59, 302 (317)

und jüngst noch einmal bekräftigt.

BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1295)

In den zitierten Entscheidungen ging es dabei – lediglich – um die (mittelbare) Förderung der Rechtspflege durch Personen, die nicht als externe Funktionsträger der Rechtspflege zu qualifizieren sind und damit auch nicht personelle Elemente der Justizorganisation.

Nämlich: Aufgaben der steuerberatenden Berufe, BGH-Anwälte

Das Insolvenzverwalteramt indes ist unmittelbar in die Justizorganisation eingebunden; der Verwalter fungiert (temporär) als externer Funktionsträger der Zivilrechtspflege.

Dazu oben III.

Seine Rekrutierung bedeutet zugleich Ermöglichung der Erfüllung der staatlichen Justizgewährleistungspflicht. Diesen Prozeß funktionsadäquat zu realisieren, erweist sich damit nicht nur als wichtiges, sondern als ein mindestens ebenso bedeutsames Ziel wie die Funktionsfähigkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Zivilsachen, der das Bundesverfassungsgericht attestiert hat, ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ zu sein.

BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1295)

Ein solches aber vermag prinzipiell auch Beschränkungen der Berufs(wahl)freiheit von größter Eingriffsintensität

notabene: die vorliegend nicht angenommen werden kann

zu rechtfertigen.

cc) Zu den Anforderungen des Übermaßverbots

Mit der Feststellung, die Gewährleistung eines funktionsadäquaten Insolvenzverfahrens als Teil der Zivilrechtspflege sei ein überragend wichtiges Gemeinschaftsziel,

dazu vorstehend bb)

ist indes die Frage nach der Verfassungskonformität kontingentierter Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten noch nicht abschließend beantwortet. Die Wahl des Instruments einer quantitativen Beschränkung der Zahl der Prätendenten muß auch den Anforderungen des Übermaßverbotes entsprechen, d. h. zur Erreichung des Gemeinwohlbelangs geeignet, erforderlich und angemessen bzw. zumutbar sein.

(1) Zur Eignung der Maßnahme

Ein vom Gesetzgeber gewähltes Mittel ist dann geeignet im verfassungsrechtlichen Sinne, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei bereits die Möglichkeit der Zweckrealisierung genügt.

Siehe etwa BVerfGE 67, 157 (175); 103, 293 (307); BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1296), Rdnr. 45

Dies ist im vorliegend zu beurteilenden Zusammenhang gegeben. Quantitative Begrenzungen von Vorauswahllisten bewirken

- zum einen, daß der Insolvenzrichter die Entscheidung über die konkrete Insolvenzbestellung unter Beachtung der Besonderheit des Verfahrens geschuldeten Eilbedürftigkeit treffen kann,

sogleich (a)

- zum zweiten, daß die erfolgreichen „Poolbewerber“ auf eine professionalitätssichernde Arbeitsauslastung vertrauen können.

dazu unten (b)

(a) *Zügige Auswahl für das konkrete Verfahren*

In seinem Beschluß vom 23. Mai 2006 hat das Bundesverfassungsgericht die „entscheidende Bedeutung“ der Vorauswahlliste im Blick auf eine „schleunige Auswahl unter den Bewerbern“ bzw. „zügige Eignungsprüfung für das konkrete Verfahren“ nachdrücklich hervorgehoben.

Siehe BVerfGE 116, 1 (14 und 17); siehe auch *Reinhard Gai-
er*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Auswahl und Abwahl
des Insolvenzverwalters, ZInsO 2006, 1177 (1182)

Das Vorauswahlverfahren könne dem Richter „den Rahmen geben, der ihm trotz Eilbedürftigkeit der Bestellungsentscheidung eine hinreichend sichere Tatsachengrundlage für eine sachgerechte Auswahlentscheidung im konkreten Insolvenzverfahren“ vermittele.

So BVerfGE 116, 1 (17) unter Bezugnahme auf BVerfGK 4,
1 (9)

Gerade die Begrenzung der Vorauswahlliste bietet hier nach Einschätzung aus der Praxis ein probates – und erforderliches –

dazu noch unten sub (2)

Mittel.

Siehe etwa *Olaf Messner*, Ende der Qual bei der Verwalterauswahl?, DRiZ 2006, 326 (330); ferner etwa *Thorsten Graeber*, Auswirkungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vorauswahl des Insolvenzverwalters auf die Insolvenzgerichte, NZI 2004, 546 (547): nur eine „reduzierte Liste“ könne „im eilbedürftigen Tagesgeschäft über-

blickt“ werden; siehe ferner *Heinz Vallender*, Wie viele Verwalter braucht das Land?, NZI 2005, 473 (476)

(b) Professionalitätssichernde Arbeitsauslastung

Immer wieder wird in der insolvenzrechtlichen Literatur zu Recht auf den engen Zusammenhang von regelmäßiger Insolvenzverfahrenspraxis und Professionalisierung hingewiesen und die zwingende Notwendigkeit eines dies sichernden Vorauswahlprozesses hervorgehoben.

Nachdrücklich z. B. *Thorsten Graeber*, Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, DZWiR 2005, 178 (186): „Die Tätigkeit eines Insolvenzverwalters, insbesondere in dem Bereich aktiver Unternehmen, ist eine besonders anspruchsvolle Tätigkeit, die einen hohen Schwierigkeitsgrad und eine hohe Verantwortung mit sich bringt. Mit diesen Aufgaben müssen Personen beauftragt werden, welche nicht allein eine Bezeichnung eines Insolvenzverwalters führen, sondern in der Lage sind, diesen besonderen Bedingungen gerecht zu werden. Man kann sicherlich behaupten, daß hierfür nur Insolvenzverwalterpersönlichkeiten in Frage kommen. Dies sind Personen, die im Laufe der Zeit durch eine wiederholte Tätigkeit in die Insolvenzverwaltung hineingewachsen sind und sich ihre besondere Qualifikation als Insolvenzverwalter erarbeitet haben. ... Würde man es nicht zulassen, daß Insolvenzverwalter die Gelegenheit erhalten, sich auf ihre Tätigkeit zu konzentrieren, sich zu spezialisieren und ihre Fähigkeiten in der Praxis zu verbessern, so wäre zu befürchten, daß diese hochgradigen Spezialisten aussterben würden. ... Mit der Zeit würden den Insolvenzgerichten die Spezialisten fehlen. Die Folgen für die Insolvenzverfahren, gerade bei komplizierten und wirtschaftlich interessanten Konstellationen, wären fatal. Daher gebietet es bereits die Vorsorgenotwendigkeit, daß im Rahmen des Möglichen eine Spezialisierung

der Insolvenzverwalter erfolgen kann. Hierzu ist es *zwingend notwendig, die spezialisierten Insolvenzverwalter nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig als Insolvenzverwalter zu bestellen*“. (Hervorhebung hinzugefügt)

Der Vorauswahlliste kommt insofern auch eine wichtige *Garantiefunktion* zu.

Zur „Garantiefunktion der Liste“ siehe auch *Andreas Schmidt*, Die Auswahl des Insolvenzverwalters – Erfahrungen aus der Praxis eines Großstadtgerichts –, in: Bork/Kühle (Hrsg.), Insolvenzrecht 2000. Tagungsband zum RWS-Forum am 7. und 8. September 2000 in Berlin (RWS-Forum 18), 2001, S. 15 (18)

Daß eine regelmäßige Abwicklung etwa von Unternehmensinsolvenzen der Absicherung des dafür erforderlichen Apparats und damit wiederum der Qualitätssicherung der Zivilrechtspflege dient, ist ernsthaft ebensowenig zu bestreiten wie die Eignung einer quantitativen Begrenzung von Vorauswahllisten zur Erreichung des Ziels.

Siehe auch *Vallender*, NZI 2005, 473 (476): „Die hohe Qualität der Leistungen kann nur gewährleistet werden, wenn die Auswahl der Aufträge noch ausreicht, um notwendige Investitionen in die jeweils aktuellen und erforderlichen Arbeitsmittel erwirtschaften und qualifiziertes Fachpersonal in ausreichendem Maße beschäftigen zu können“

(2) Zur Erforderlichkeit der Maßnahmen

Zur Verfolgung des überragend wichtigen Gemeinschaftsbelangs ist die Insolvenzverwaltervorauswahlkontingentierung auch erforderlich im Sinne der Anforderungen des Übermaßverbotes.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit nur dann erforderlich, wenn ein anderes, *in jeder Hinsicht gleich wirksames*,

siehe dazu BVerfGE 105, 17 (36)

die Berufsfreiheit aber weniger einschränkendes Mittel nicht zur Verfügung steht. Dem Gesetzgeber steht allerdings bei der Beurteilung dessen, was er zur Verwirklichung der von ihm verfolgten Gemeinwohlzwecke für erforderlich halten darf, ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zu, der vom Bundesverfassungsgericht nur in begrenztem Umfang geprüft werden kann.

Jüngst in diesem Sinne erneut BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1296), Abs.-Nr. 48

„Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer Maßnahme ist der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers erst dann überschritten, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können“.

Ebenda unter Bezugnahme auf BVerfGE 110, 141 (157 f.); 117, 163 (189)

Jedenfalls aus der insoweit eingeschränkten Kontrollperspektive des Bundesverfassungsgerichts wäre es nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber den Zugang zum Prätendentenpool quantitativ beschränken würde.

Nochmals sei wiederholt, daß im vorliegenden Kontext kein spezifisches, ausgearbeitetes Modell der Kontingentierung zur Überprüfung steht, vielmehr lediglich nur die zentralen verfassungsrechtlichen Argumentationslinien gezogen werden können

Nun könnte möglicherweise eingewandt werden, das angestrebte Ziel einer funktionsadäquaten Zivilrechtspflege im Insolvenzrecht unter Einbeziehung

externer Funktionsträger sei auch dadurch zu erreichen, daß – unter Verzicht auf eine zahlenmäßige Limitierung – der Zugang zum Insolvenzverwalteramt an eine strenge Eignungsprüfung mit hohen subjektiven Voraussetzungen geknüpft werde.

Vgl. auch die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem entsprechenden Vorbringen des Beschwerdeführers im Verfahren zur Zulassungsbeschränkung bei BGH-Anwälten, BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1297), Abs.-Nr. 52

Indes wäre damit kein – ebenso wie das Kontingentierungsmodell – gleich geeignetes Zugangsverfahren installiert. Eine derartige Regulierung dürfte nämlich – im Vergleich zu einer quantitativen Begrenzung – zu einer insgesamt höheren Zahl von Prätendenten führen; für diese aber stünde nur die gleiche Zahl von Insolvenzverfahren als Betätigungsfeld offen. Mit anderen Worten: Gerade auf das auch durch den Grad der Auslastung bewirkte Maß an Professionalisierung,

nämlich: organisatorische und personelle Ausstattung des Insolvenzverwalterbüros; praktische Erfahrungen aufgrund der Durchführung von Verfahren usw.; siehe bereits vorstehend sub (1) (b)

das für die effektive Bewältigung etwa von Unternehmensinsolvenzen unentbehrlich ist, könnte nicht „in jeder Hinsicht gleich wirksam(es)“

siehe z. B. BVerfGE 105, 17 (36); BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1296), Abs.-Nr. 48

hingewirkt werden.

Vgl. auch die Überlegungen des BGH, NJW 2007, 1136 ff., die das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich jüngst gebil-

ligt hat; siehe BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1296), Abs.-Nr. 46

Sollte der Gesetzgeber sich zur Einführung einer kontingentierten Insolvenzverwalter-Vorauswahlliste bereit finden, könnte er sich in Ausfüllung seines Beurteilungsspielraums

siehe bereits vorstehend

im übrigen auf die sachverständige Einschätzung zahlreicher Praktiker des Insolvenzrechts berufen:

- So halten etwa *Uhlenbruck* und *Mönning* die „Beschränkbarkeit der Vorauswahlliste (für) dringend geboten, um die Qualität der Insolvenzverwalter sicherzustellen“.

Uhlenbruck/Mönning, ZIP 2008, 157 (158 f.) unter Bezugnahme auf Ziffer B I. 4. der Empfehlungen der sog. Uhlenbruck-Kommission (ZIP 2007, 1432 ff. [1432])

- Entsprechende Beurteilungen finden sich etwa bei *Vallender*.

Siehe z. B. *Heinz Vallender*, Weitgehend tauglich!, NZI 2006, H.4, S. V (VI)

Messner hält die Begrenzung der Vorauswahlliste für „das zukünftige Gebot der Stunde“.

Messner, DRiZ 2006, 326 (330)

Ein weiterer Gesichtspunkt von erheblicher Bedeutung kommt hinzu: Er betrifft die – die Funktionsadäquanz des Verfahrens sichernde – *Überwachungspflicht der Insolvenzgerichte gem. § 58 InsO*.

Dazu grundsätzlich *Graeber*, in: Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, § 58 Rdnr. 1 ff.; *Kind*, in: Braun (Hrsg.), InsO, 3. Aufl. 2007, § 58 Rdnr. 1 ff.

Sie ist bei einem kontingentierten Prätendentenpool zweifelsohne leichter zu erfüllen.

Siehe etwa *Vallender*, NZI 2005, 473 (476)

(3) Zur Angemessenheit der Maßnahme

Schließlich muß eine vom Gesetzgeber eingeführte Kontingentierung der Insolvenzverwalter-Vorauswahlliste nicht nur geeignet und erforderlich sein im Blick auf das angestrebte Ziel, sondern auch angemessen. Voraussetzung hierfür ist, daß das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht.

BVerfGE 76, 1 (51)

Insoweit ist eine Abwägung zwischen den angestrebten Gemeinwohlbelangen, zu deren Wahrung der Eingriff erforderlich ist, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen notwendig.

BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1297), Abs.-Nr. 54 unter Bezugnahme auf BVerfGE 92, 277 (327); 117, 163 (193)

Hier gewinnt nun der überragende Rang des Regelungsziels Bedeutung: die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Zivilrechtspflege

zu der überragenden Bedeutung dieses Gemeinwohlbelangs:
BVerfGE 21, 173 (179); 54, 301 (315); 59, 302 (317);
BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1295)

durch eine – im Interesse der Gläubiger und Schuldner zügigen – professionalitäts- und qualitätssichernde Rekrutierung der externen Funktionsträger „Insolvenzverwalter“.

In Relation zu diesem höchstrangigen Gemeinwohlziel ist die Beschränkung der Berufs(wahl)freiheit der Bewerber um Aufnahme in eine kontingentierte Insolvenzverwalter-Vorauswahlliste nicht als unangemessen zu qualifizieren.

c) Exkurs: Mittelbarer „Konkurrenzschutz“ als Verfassungsproblem?

Gelegentlich wird geltend gemacht, der Staat schulde Angehörigen eines Berufsstandes keinen bestimmten Geschäftsumfang, und die Garantie eines Tätigkeits- und Verdienstumfanges bedeute einen „unzulässige(n) Konkurrenzschutz“.

So im Blick auf die Kontingentierung der Zahl der BGH-Anwälte: *Prütting/Krämer*, JZ 2003, 239 (244)

Mit dieser Argumentation könnten u. U. auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine gesetzliche Regelung erhoben werden, die eine professionalitätssichernde Arbeitsauslastung von Insolvenzverwaltern

siehe oben

ermöglicht. Indes greift der Einwand nicht durch:

Zwar ist es zutreffend, daß „Konkurrenzschutz als solcher kein Gemeinwohlbelang ist“.

So BVerfGE 97, 12 (31) unter Bezugnahme auf E 7, 377 (408); 94, 372 (395); vgl. ferner *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 12 Rdnr. 76

Eine andere verfassungsrechtliche Bewertung ist allerdings dann angezeigt, wenn der „Konkurrenzschutz“ seinerseits einem legitimen Gemeinwohlzweck dient.

Siehe auch BVerfGE 97, 12 (31)

Ganz in diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht deshalb in seiner jüngsten Entscheidung zur Beschränkung der Zahl der BGH-Anwälte ausgeführt: „Der Gesetzgeber muß vom überkommenen Gemeinwohlzweck der Förderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht deshalb absehen, weil

seine Regelung folglich auch einen Wettbewerbsschutz für einen Teil der Rechtsanwaltschaft bedingt. Diese Folge wäre nur als eigenständiger Regelungszweck als Gemeinwohlbelang zurückzuweisen.

Unter Bezugnahme auf BVerfGE 93, 362 (370)

Abgesehen von dem stets zu wahrenen Verhältnismäßigkeitsprinzip darf der Gesetzgeber bei der Verfolgung legitimer Gemeinwohlbelange nur solche Folgen, die das Grundgesetz ausdrücklich ausschließt – wie beispielsweise Arbeitszwang und Zwangsarbeit (Art. 12 II und III GG) –, nicht in Kauf nehmen“.

So BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1295), Rdnr. 42

Nach diesem Maßstab begegnet eine im Dienste des „eigentlichen“ Gemeinwohlbelangs – nämlich: Sicherung eines funktionsadäquaten Insolvenzverfahrens als Erfüllung der Justizgewährleistungspflicht – stehende Kontigentierung der Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, auch wenn dies mittelbar einen gewissen „Konkurrenzschutz“ bewirkt.

C. Thesenförmige Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

I. Problemaufriß

1. Spätestens seit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus den Jahren 2004-2006 stehen Recht und Praxis des Insolvenzverfahrens unter einem (zusätzlichen) verfassungsrechtlich induzierten Veränderungsdruck.
2. Ein zentraler Punkt der Reformdiskussion betrifft dabei – vor dem Hintergrund rückläufiger Unternehmensinsolvenzen – die (Vor-)Auswahl der Insolvenzverwalter.
3. Dabei geht es u. a. um die verfassungsrechtliche Bewertung *kontingentierter Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten*.

II. Die Insolvenzverwaltertätigkeit und ihre Regulierung als berufsgrundrechtliches Thema

1. Der Insolvenzverwalter übt einen eigenständigen Beruf aus. Dieser Qualifizierung kommt vor allem im Blick auf die traditionelle Bereichsdogmatik des Art. 12 I GG (sog. Drei-Stufen-Theorie) Bedeutung zu.
2. Deren typologische Strukturierung in bloße Berufsausübungsregelungen, subjektive Berufszugangsbeschränkungen und objektive Zugangshürden (worum unter in der insolvenzrechtlichen Literatur auch Modelle quantitativ begrenzter Vorauswahllisten eingeordnet werden) hat allerdings heute nur noch die Funktion eines Grobrasters.
3. Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Konzept einer Fixierung der Rechtfertigungsprüfung an eine Schutzebenen-Trias weitgehend einer situationsbezogenen Einzelfallprüfung gewichen.

4. *Entscheidend* für die Verfassungskonformität einer Beschränkung der beruflichen Freiheit ist deshalb, ob „*Eingriffszweck und Eingriffsintensität ... in einem angemessenen Verhältnis stehen*“ (so z. B. BVerfGE 103, 172 [183]).

5. Unabhängig von der konkreten Eingriffsintensität einer berufsgrundrechtlichen Regulierung *bedürfen Eingriffe in die Berufsfreiheit jedoch einer gesetzlichen Ermächtigung*. Dies gilt auch für etwaige Modelle kontingentierter Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten.

III. Rechtsstaatliche Insolvenzverwalter-Vorauswahl als Element funktionsgerechter Justizgewährleistung

1. Die berufsgrundrechtliche Perspektive auf die Insolvenzverwaltertätigkeit darf indes nicht den Blick auf ihre institutionell-organisatorischen Bedingungen und Einbindungen verstellen.

2. Zwar übt der *Insolvenzverwalter* kein öffentliches Amt i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG aus, doch ist er *externer Funktionsträger der staatlichen Zivilrechtspflege*, die ihrerseits Erfüllung der verfassungsrechtlichen Justizgewährleistungspflicht bedeutet.

3. Durch seine Einbeziehung in die für die Durchführung eines konkreten Verfahrens zuständige Funktionseinheit „Gericht plus Verwalter“ wird der *Insolvenzverwalter gleichsam auf Zeit „Angehöriger“ des staatlichen Justizpersonals*.

4. Bereits Festlegungen zu Vorauswahllisten („Bewerberpools“) bedeuten als Vorentscheidungen über das in der Justiz tätige Personal zugleich justizorganisatorische Entscheidungen.

5. Durch die Einbeziehung externer Funktionsträger in die Zivilrechtspflege begibt sich *der Staat* partiell seiner Wahrnehmungsverantwortung. Kompensatorisch *hat er* deshalb eine *Gewährleistungsverantwortung zu übernehmen*, die

sich auf den gesamten Prozeß der Rekrutierung (s. III.4.) des externen Personals erstreckt.

6. *Die funktionsadäquate Ausgestaltung (auch schon) der Insolvenzverwalter-Vorauswahl steht damit im Dienst der Gewährleistungsverantwortung für die staatliche Zivilrechtspflege.*

IV. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation kontingentierter Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten

1. Der problemvergleichende Blick auf kontingentierende Berufszugangsregelungen in anderen Referenzgebieten (öffentlich bestellte Sachverständige; Notare; BGH-Anwälte) und deren bundesverfassungsgerichtliche Würdigung ergibt folgendes Bild:

a) *(Objektive) Berufszugangsgrenzen* werden vom Bundesverfassungsgericht zwar einer grundsätzlich strengen Grundrechtskonformitätsprüfung unterzogen, können aber *durch entsprechend gewichtige Gemeinwohlbelange verfassungsrechtlich gerechtfertigt* werden.

b) Als *besonders hochrangiges Gemeinschaftsziel* wird die (Funktionsfähigkeit der) *Rechtspflege* eingestuft, das derartige Beschränkungen der Berufsfreiheit durchaus zu legitimieren vermag.

c) Dem *Gesetzgeber* wird bei der Einschätzung der Frage, welche Instrumente zur Realisierung des Gemeinwohlbelangs erforderlich sind, ein *weiter Einschätzungsspielraum* zugebilligt.

2. Der Prozeß der Insolvenzverwalter(vor)auswahl ist durch ein *bipolares Anforderungsprofil* charakterisiert: grundrechtskonforme (insbes. im Blick auf Art. 12 I GG, aber auch auf Art. 3 I GG, 19 IV GG) Ausgestaltung einerseits, Gewährleistung der Zivilrechtspflege durch funktionsadäquate Rekrutierung der externen Funktionsträger andererseits.

3. Die Prüfung der Verfassungskonformität kontingentierter Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten (auf gesetzlicher Grundlage) muß die Relation von Eingriffsintensität und Eingriffsziel (s. o. II. 4.) in den Blick nehmen.

4a) Quantitative Begrenzungen von Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten bedeuten *objektive Berufszugangshürden* und damit eine erhebliche Beschränkung der Berufsfreiheit. Die konkrete Eingriffsintensität hängt – naturgemäß – von der spezifischen Ausgestaltung des Kontingentierungsmodells ab.

b) Dabei können z. B. zeitliche Befristungen der „Poolmitgliedschaft“ – vor einer erneuten „Zulassungs“entscheidung –, differenzierende Zugangsprofile für insolvenzverfahrensspezifische Listen und die jeweilige Koppelung der objektiven Begrenzungen mit subjektiven Faktoren der Qualitätsanforderungen das *Beschränkungspotential* beeinflussen und ggf. abmildern.

c) In Anlehnung an das Grobraster der sog. 3-Stufen-Theorie, zugleich aber in angezeigter Ausdifferenzierung wird man kontingentierte Insolvenzverwalter-Vorauswahllisten als objektive Berufswahlregelungen von relativer Eingriffstiefe einstufen können.

5. Die „Rekrutierung“ des Insolvenzverwalterpersonals als externen Funktionsträgern der Zivilrechtspflege dient der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Justizgewährleistungsverpflichtung und verfolgt damit einen *überragend wichtigen Gemeinschaftsbelang* (i.S. der Judikatur des BVerfG).

6. Ein derartig bedeutsames Gemeinwohlziel vermag prinzipiell auch Beschränkungen der Berufs(wahl)freiheit von größter (nicht nur: relativer [s. o. 4. c]) Eingriffsintensität zu legitimieren.

7. Eine kontingentierte Insolvenzverwalter-Vorauswahlliste genügt auch den *Anforderungen des Übermaßverbots*.

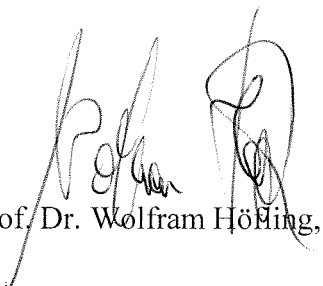
a) Die sachgerechte Durchführung von Insolvenzverfahren erfordert u. a. die „Vorhaltung“ geeigneter externer Funktionsträger und die zügige (und ggf.

bereichsspezifische) Auswahl des Verwalters aus einem – deshalb notwendigerweise überschaubaren – „Prätendentenpool“. Diese bewirkt zugleich die gewünschte und erforderliche Professionalisierung der Insolvenzverwaltertätigkeit. Vor diesem Hintergrund besteht *kein Zweifel an der Eignung* des Instruments.

b) In Anlehnung an die Argumentationsstruktur der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Begrenzung der Zahl der BGH-Anwälte ist – jedenfalls bei Beachtung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums – *auch von der Erforderlichkeit* auszugehen. Bloße subjektive (Qualitäts-)Anforderungen können nicht als in jeder Hinsicht gleich geeignet qualifiziert werden.

c) Berücksichtigt man schließlich, daß der Insolvenzverwalter als externer Funktionsträger der Zivilrechtspflege in ganz anderem Maße als etwa BGH-Anwälte einbezogen ist in die unmittelbare Erfüllung der verfassungsrechtlichen Justizgewährleistungspflicht, dann wird man auch die Proportionalität (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) einer kontingentierten Vorauswahlliste bejahen können.

Köln, den 6. August 2008



(Prof. Dr. Wolfram Höfing, M. A.)